JULIO ARMANDO GRISOLIA

manuales universitarios

# Manual de Derecho Laboral

Edición 2015. Revisada y actualizada

INCLUYE VERSION eBook

ABELEDOPERROT

**JULIO ARMANDO GRISOLIA**

manuales **universitarios**

# Manual de Derecho Laboral

Séptima edición ampliada y actualizada - 2011

AbeledoPerrot®

Grisolia, Julio A.
Manual de Derecho Laboral.
7a ed. - Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011.
1008 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-950-20-2198-0

1. Derecho Laboral. I. Título
CDD 344

ISBN 978-950-20-2198-0

© Grisolia, Julio A.
© AbeledoPerrot S.A.

Administración y redacción
Av. Callao 410 Piso 3°
Tel.: (54-11) 5236-8800 - Fax.: (54-11) 5239-1881

Ventas
Talcahuano 494 - Tel.: (54-11) 5235-0030
Lavalle 1280 - Tel.: (54-11) 5235-5430
Talcahuano 650 - Tel.: (54-11) 5235-9620
Figueroa Alcorta 2263 - Tel.: (54-11) 4803-2468
Fax.: (54-11) 5236-8939
clientes@abeledoperrot.com
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723. Derechos reservados.*
*Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Se terminó de imprimir en la segunda quincena de marzo de 2011,
en los talleres gráficos de LA LEY S.A.E. e I.,
Bernardino Rivadavia 130 - Avellaneda
Pcia. de Buenos Aires - República Argentina

# PALABRAS PRELIMINARES DE LA 7ª EDICIÓN

I. Esta 7ª edición, como las anteriores, pretende no sólo servir de herramienta para la aprobación de la asignatura, sino brindar al alumno un panorama global de la materia que otorgue los conocimientos básicos y esenciales de cada instituto, imprescindibles tanto para su formación jurídica como para el posterior ejercicio profesional.

Se basa en mi libro *Derecho del trabajo y de la seguridad social* (14ª ed., AbeledoPerrot, 3 tomos, 2011), que ha tenido una amplia repercusión y difusión, el que podrán consultar para profundizar los temas.

El abordaje es teórico-práctico y jurisprudencial, analizando lo esencial de cada instituto con la legislación vigente (transcripción de las principales normas) y la jurisprudencia actualizada. Se citan ejemplos y se incluyen cuadros demostrativos, gráficos y liquidación de indemnizaciones. A ello se suman los dos últimos capítulos que incorporan aspectos útiles para el futuro profesional: modelos de notas y telegramas y un anexo jurisprudencial que refleja los temas tratados y la posición de los tribunales.

En esta edición 2011 se agregaron y profundizaron temas y se actualizaron todas las citas de normas, reemplazando e incorporando las nuevas en los diferentes capítulos. Además, se renovó la jurisprudencia, incorporando especialmente fallos dictados durante 2010.

II. Las palabras finales son esencialmente de agradecimiento por la masiva recepción que han tenido mis libros, que motivaran elogiosos comentarios de los más importantes iuslaboralistas y de profesionales, docentes, colegas y estudiantes de distintos puntos del país. Y también son palabras de felicidad, porque pude ver plasmado en la realidad uno de los objetivos planteados al escribirlos: que fueran formativos para el alumno y útiles para el profesional.

Como en las ediciones anteriores, dedico este libro a quienes tanto quiero y me quieren de corazón, con amor sincero y desinteresado, porque su felicidad es la energía que justifica cualquier esfuerzo. Y también a los estudiantes, augurando que se transformen en profesionales honestos, que tengan como horizonte la Ética, la Equidad y la Justicia, y prioricen los valores esenciales y el respeto a la dignidad del hombre.

Con este manual rindo homenaje a mi abuelo —Juan Emilio Grisolia—, paradigma del buen profesor, docente de alma con vocación de servicio, que supo generar durante toda su vida el reconocimiento y afecto de sus alumnos, y a mi padre —Armando Eneas Grisolia— que me legó su ejemplo, me alentó incansablemente, me enseñó a querer los libros y me transmitió el don de la oratoria.

JULIO ARMANDO GRISOLIA
Marzo de 2011

# PALABRAS PRELIMINARES DE EDICIONES ANTERIORES

I. Cuando se prepara una clase, se efectúa un planeamiento docente, o se escribe un libro, necesariamente se deben resaltar tres aspectos del proceso enseñanza-aprendizaje: el objetivo ("para qué se enseña"), el contenido ("qué se enseña") y las estrategias metodológicas ("cómo se enseña"), todo ello priorizando la didáctica.

Como todo ejercicio docente, la búsqueda es trascender el agotamiento del contenido didáctico específico para propender a la instrucción formativa integral y bregar por el perfeccionamiento total de la persona.

Cuando una obra está dirigida a estudiantes, su objetivo no se cumple sólo con servir de herramienta para la aprobación de la asignatura, sino que debe brindar un panorama global de la materia que otorgue los conocimientos básicos y esenciales de cada instituto, imprescindibles tanto para su formación jurídica como para el posterior ejercicio profesional, sin introducir en su contenido matices que puedan entorpecer la visión real y objetiva de los temas.

Esta concepción de la enseñanza es compartida por queridos y prestigiosos especialistas, como la Dra. Estela Ferreirós —profesora titular regular de la UBA y de la UCA— y el Dr. Pedro Fernando Núñez —profesor titular de la UADE—, y por muchos docentes de distintas universidades del país en la que habrá de utilizarse este libro.

II. Partiendo de esas premisas, en el manual se realiza un abordaje teórico-práctico y jurisprudencial, analizando lo esencial de cada instituto, con la legislación vigente (transcripción de las principales normas) y la jurisprudencia actualizada. Se citan ejemplos y se incluyen cuadros demostrativos, gráficos y liquidación de indemnizaciones.

Los temas que tienen un desarrollo más extenso son los que entiendo de mayor trascendencia en la materia y los que resulta necesario conocer para desempeñarse con idoneidad en esta rama del derecho. También he tomado en consideración las preguntas efectuadas reiteradamente en cursos de grado y posgrado, lo que me ha permitido establecer otros puntos de interés y sobre ellos focalizar la obra.

En el cap. XXXIII, titulado "Práctica laboral. Modelos", se incorporan aspectos útiles para el futuro profesional: modelos de notas y telegramas, referidos a los temas tratados en los distintos capítulos.

En el cap. XXXIV se incorpora un anexo jurisprudencial que refleja los temas tratados en la mayoría de los capítulos y la posición de los tribunales. Se han seleccionado los últimos fallos (más de mil sumarios), a través, principalmente, del *online* de *AbeledoPerrot Laboral y Seguridad Social*, de la *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* de AbeledoPerrot y de los boletines de jurisprudencia publicados periódicamente por la Secretaría General de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo; en los casos de provenir de otra fuente, ésta fue consignada entre paréntesis; cuando en el sumario sólo se detalla la sala, pertenece a la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. El criterio de selección fue priorizar la jurisprudencia más trascendente sobre temas de interés práctico y —dentro de ésta— la más reciente.

III. Este manual está basado en mi libro *Derecho del trabajo y de la seguridad social. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia. Modelos* (2 tomos), que ha tenido una amplia repercusión y difusión. En sus distintas ediciones ha recibido numerosos elogios (merecidos o no) de profesores de la materia de distintas universidades del país y de abogados especialistas en derecho del trabajo, así como también comentarios de prestigiosos juristas publicados en revistas dedicadas a la materia.

La idea de realizar un manual se basó esencialmente en que la profundización y extensión de los temas tratados allí excedían los requerimientos mínimos necesarios de conocimiento del alumno de grado, ya que está dirigida a profesionales y estudiantes de posgrado, sin perjuicio de resultar de interés para los estudiantes que en el futuro piensen dedicarse al derecho laboral y deseen profundizar el análisis de los temas desarrollados en este manual.

IV. Agradezco a varios docentes integrantes de la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales —que se dicta en la Universidad Nacional de Tres de Febrero— y que comparten mi vocación docente en las cátedras de Derecho del Trabajo de distintas universidades, que han colaborado en la elaboración de este manual.

Al Dr. Pedro Fernando Núñez —profesor titular en la UADE—, por su colaboración en los caps. XXVII ("Derecho de la seguridad social") y XXVIII ("Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones"); a la Dra. Graciela O. Bozzo, por su colaboración en el cap. XXVI ("Accidentes y enfermedades del trabajo. Ley de Riesgos del Trabajo") y en la jurisprudencia; al Dr. Ricardo D. Hierrezuelo —docente en la UBA y en la UADE—, por su colaboración en los caps. VII ("Fraude. Responsabilidad solidaria. Transferencia del contrato"), XXI ("Asociaciones sindicales de trabajadores") y XXII ("Negociación colectiva. Convenios colectivos"); al Dr. Alberto Chartzman Birenbaum por su colaboración en los caps. XXVII ("Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones") y XXXI ("Obras sociales. Seguro de salud") y al Dr. Ernesto J. Ahuad —docente en la UADE y en la Universidad del Salvador—, por su colaboración en el cap. V ("Contrato de trabajo. Relación de dependencia") y en la actualización de la jurisprudencia.

V. Dedico este manual a nuestros estudiantes de todo el país, augurando que se transformen en profesionales honestos, que prioricen los valores esenciales —los derechos humanos y la dignidad del hombre que trabaja— y defiendan la Equidad y la Justicia.

En el plano personal, a quienes tanto quiero y me quieren de corazón, con amor sincero y desinteresado, porque su felicidad es la energía que justifica cualquier esfuerzo.

Rindo con este trabajo un homenaje a mi abuelo —Juan Emilio Grisolia— paradigma del buen profesor, docente de alma con vocación de servicio, que supo generar durante toda su vida el reconocimiento y afecto de sus alumnos.

JULIO ARMANDO GRISOLIA

CAPÍTULO I

# TRABAJO HUMANO. DERECHO DEL TRABAJO

## I. TRABAJO HUMANO

En *sentido amplio* se puede definir el trabajo humano como *toda actividad realizada por el hombre*, con su esfuerzo físico o intelectual, *que produce bienes y servicios* y que tiene por objeto convertir las cosas, es decir, transformar la realidad.

En cambio, para el *derecho del trabajo* el concepto es *más estricto*. Se circunscribe a toda *actividad lícita prestada a otro* —persona física o jurídica (empleador individual o empresa)— *a cambio de una remuneración: el derecho del trabajo no se ocupa de todo el trabajo humano sino sólo del trabajo en relación de dependencia*.

El trabajo humano no es un mero instrumento al servicio del interés particular de otro, ni una mercancía, tal como se presentaba en la esclavitud. Se trata de una *actividad creadora de utilidad que tiene valor social*. Constituye el lazo de unión entre el hombre y la sociedad: trabajar es crear utilidad; el producto del trabajo realizado sirve a otros: es un servicio social, un acto de solidaridad humana.

El trabajo está hecho para el hombre, pero éste no ha sido creado exclusivamente para el trabajo; primero, porque el trabajo no es todo, sino una parte de su vida y, en segundo término, porque *no es un fin en sí mismo, sino sólo un medio*, ya que le sirve al hombre para obtener otras cosas.

En principio, en el *trabajo oneroso* —remunerado— hay una *relación de cambio de carácter patrimonial*, ya que el trabajador desarrolla tareas para su subsistencia y la de su familia: trabaja por la remuneración. Pero, por encima de ello, la *dignidad humana del trabajador* merece una *valoración legal preferente*, que queda evidenciada no sólo en la legislación argentina, sino también en el derecho comparado, en los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en distintos tratados internacionales.

La dignidad humana se respeta al entender que el trabajador no es una máquina, ni una computadora, ni un robot: es un hombre. Ese hombre es digno no porque trabaje sino porque es un ser humano: la dignidad del trabajo humano no está en el brillo exterior de lo producido sino justamente en que ha sido realizado por un ser humano. Las máquinas, la informática y la robótica están al servicio del hombre: son meros instrumentos que necesitan de su intelecto, por lo cual de modo alguno se los puede comparar con él.

El trabajo sirve para el hombre y la sociedad porque ésta disfruta de los bienes y servicios producidos por aquél: es social por su fin y por su ejercicio.

Las relaciones de trabajo se centran en satisfacer las necesidades del hombre y facilitar su desarrollo como persona. Para ello el hombre está dotado de capacidad de acción (sus manos actúan como herramientas) y de inteligencia (puede dominar su mundo y convertir las cosas).

Para que el trabajo realizado sea debidamente retribuido no basta con otorgar una compensación económica suficiente (contraprestación material —remuneración—), sino que debe brindar cierta satisfacción al trabajador; a esto se denomina "salario psicológico"; puede con-

sistir tanto en la autovaloración de lo producido como en el reconocimiento de un tercero o de aquel a quien va dirigido el resultado del esfuerzo realizado.

Sin embargo, en la práctica esto se observa en pocas oportunidades porque el trabajo moderno produce una doble fractura con el hombre, tanto con la obra realizada —ya que no ve ni disfruta el resultado de su labor— como respecto del fruto de su tarea, que tampoco le pertenece.

Desde el punto de vista histórico, un *antecedente* del trabajo son los *esclavos*; pero cabe destacar que eran considerados por el derecho romano como cosas y, por ende, no eran trabajadores, ya que carecían de libertad.

El trabajo humano ha evolucionado *a lo largo del tiempo*, pasando de un *trabajo* esencialmente *físico* a uno básicamente *intelectual*. En la historia, el hombre utilizó para trabajar: sus propias fuerzas, los animales, las máquinas; finalmente, el avance de la tecnología incorpora al trabajo la computadora, la robótica, la cibernética, etcétera.

## 1. Trabajo benévolo, amateur, religioso y familiar. El trabajo autónomo

El trabajo que regula la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante, LCT) no es todo el trabajo humano, queda fuera de su alcance el benévolo, amateur, peligroso, familiar y el trabajo autónomo.

En el llamado *trabajo benévolo* —gratuito— no se observa una relación de cambio (trabajo-remuneración) sino que se presta en forma desinteresada, sin buscar el beneficio propio, por ejemplo, el trabajo realizado en una parroquia o en una cooperadora escolar.

En los casos de trabajos benévolos (amistosos o de buena vecindad), quien los realiza efectúa una obra de benevolencia, benéfica o un acto de mera cortesía, ayudando a una persona (por ejemplo, a un vecino) o a una institución que lo requiere, como es el caso de voluntarios (hospitales, asociaciones de beneficencia).

No tiene 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.

Lo mismo ocurre con el llamado *trabajo amateur*, que no responde a una finalidad laboral, sino a otras de carácter cultural, recreativo, deportivo, etc. (por ejemplo, integrantes de un coro musical o de un equipo deportivo).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que debe dejarse sin efecto la sentencia que determinó la existencia de relación laboral entre el jugador de voley y el club, en tanto se omitió considerar que el estado de sujeción necesario para los propósitos deportivos en que se sustenta la relación son sólo aceptables en un contexto de estricto orden voluntario, impuestos por necesidades de orden y programación —del dictamen del procurador fiscal que la Corte hace suyo—. En múltiples actividades amateurs tal condición sobrevive sin desnaturalizarse con subsidios y ayudas, que de no admitirse tendrían la virtualidad de limitar esas prácticas a personas pudientes —del dictamen del procurador fiscal que la Corte hace suyo— (Corte Sup., 4/7/2003, "Traiber, Carlos D. v. Club Atlético River Plate Asoc. Civil").

Los *religiosos* que profesan no pueden ser considerados trabajadores (art. 25, LCT) en relación de dependencia de las órdenes a las cuales pertenecen (cualquiera sea la confesión religiosa de que se trate), aunque el servicio lo reciba un tercero (por ejemplo, en hospitales o establecimientos de enseñanza).

En principio, tampoco cabe incluir dentro de la LCT el denominado *trabajo familiar*; por ejemplo, los cónyuges o los padres respecto de sus hijos que están bajo su patria potestad. No podría haber contrato de trabajo entre esposos, en virtud de la prohibición de celebrar entre sí contratos de compraventa (art. 1358, CCiv.) y del art. 27, ley 19.550, por el cual los esposos pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que en la legislación vigente no existe prohibición genérica de contratar entre cónyuges ni específica de celebrar contrato de trabajo, por ende, dado que la independencia de los patrimonios —aun gananciales— de los cónyuges permite conciliar sus derechos y deberes en la órbita matrimonial con la relación de dependencia propia del mencionado contrato que se limita a las actividades de la empresa, no existen razones objetivas para negar la prestación jubilatoria solicitada por la cónyuge invocando los servicios dependientes efectuados para su esposo si se acredita la efectiva realización de las tareas y de los correspondientes aportes impuestos por la legislación previsional (Corte Sup., 26/11/2002, "Segurotti, Luciana v. Anses", DT 2003-A-418).

Tampoco tienen carácter laboral los trabajos que presten los hijos que viven con sus padres en favor de ellos, aun si la prestación es remunerada. Al respecto, el art. 277, CCiv. establece que "los padres pueden exigir que los hijos que están bajo su autoridad y cuidado les presten la colaboración propia de su edad, sin que ellos tengan derecho a reclamar pago o recompensa". Asimismo, el art. 279, CCiv. dispone que "los padres no pueden hacer contrato alguno con los hijos que están bajo su patria potestad". Por lo tanto, no puede existir contrato de trabajo entre padres e hijos menores de edad, pero sí con los mayores.

En cambio, no existe prohibición legal de celebrar un contrato de trabajo con otros parientes, aunque se debe analizar detenidamente si el cumplimiento de la tarea se realiza en razón de la convivencia familiar. A tal efecto, se debe verificar si el familiar convive con el pretendido empleador y si la tarea sirve para el mantenimiento de la familia y no para exclusivo beneficio del empresario.

El *trabajo autónomo*, a diferencia del trabajo benévolo, es retribuido, pero *no incluye la nota de dependencia: el autónomo trabaja por su cuenta y riesgo*, por ejemplo, el dueño de un kiosco o un cuentapropista.

El trabajador autónomo no trabaja sometido a una organización ajena, sino que lo hace en su propia organización o trabaja solo. Es un *trabajador independiente*: trabaja bajo su propio riesgo —autorriesgo— y puede ganar mucho, poco o nada.

No está protegido por la LCT ni por otras normas del derecho del trabajo: no está sujeto a un régimen de jornada (lugar y tiempo de trabajo), ni recibe órdenes ni está sometido al poder disciplinario; pero tampoco goza de vacaciones pagas, ni de licencias, ni tiene derecho a percibir como mínimo un determinado salario legal o convencional, entre otros beneficios.

## 2. El trabajo en la LCT

El art. 4°, LCT, dispone que "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".

El párr. 2° del artículo imparte la directiva de privilegiar la faz dignificante del trabajo del hombre, desplazando a un lugar secundario la mera relación de intercambio y el fin económico. El trabajador no es un recurso económico más: es digno porque es persona y como tal debe ser respetado.

De la definición legal surgen distintos *caracteres*:

1) *productividad*, porque le sirve tanto a quien va destinado como al propio ejecutor, ya que constituye para él un medio para su subsistencia;

2) *ajenidad*, por cuanto se realiza para otro. Hay una triple ajenidad respecto de los frutos, de los riesgos y de la organización del trabajo: el trabajador no goza de los frutos de lo produci-

do (que quedan en poder del empleador), ni participa en la organización del trabajo, ni tampoco asume los riesgos;

3) *libertad*, en lo que respecta al ejercicio de la voluntad del trabajador para efectuarlo.

Es importante organizar los recursos humanos de la empresa para evitar conflictos y lograr vínculos armónicos entre el personal, que resulten satisfactorios para los fines de productividad y ganancia del empleador.

Tales objetivos se obtienen con la capacitación de los trabajadores y el desarrollo de las nuevas tecnologías, que tienden no sólo a aumentar la productividad, sino a mejorar la calidad del servicio. A estos aspectos se dedica, esencialmente, el área de recursos humanos y relaciones laborales de una empresa.

## 3. La relación de dependencia

El trabajador protegido por la LCT y el derecho individual del trabajo es el que presta su actividad personal a cambio de una remuneración, en relación de dependencia o subordinación respecto de otro —empleador (persona física o empresa)— que requiere de sus servicios.

El trabajador dependiente es una persona física que se caracteriza por:

*a) trabajar en una organización ajena*, sometido a las directivas o instrucciones que se le imparten;

*b) trabajar bajo el riesgo de otro*, que recibe la tarea y la dirige: no asume riesgos económicos;

*c) estar protegido por la Constitución Nacional* (art. 14 bis) *y por la legislación de fondo* (LCT, entre otras): tiene una remuneración mínima asegurada (el salario mínimo, vital y móvil), su jornada legal es de ocho horas o cuarenta y ocho semanales con un descanso mínimo de doce horas entre jornadas, las vacaciones son pagas, está protegido contra el despido arbitrario, etcétera.

La *relación de dependencia* entre empleador y trabajador no es un vínculo de superior a inferior en dignidad —no hay una subordinación servil— sino que se trata de *trabajo dirigido*: el trabajador está bajo la dependencia o dirección del empleador (cumple horarios, recibe órdenes, etcétera).

Es sólo una forma de relación jurídica: el *trabajador* pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo y se somete a sus decisiones e instrucciones respecto del trabajo, y el *empleador* se compromete a pagarle la remuneración pactada y a otorgarle condiciones de trabajo dignas, seguras e higiénicas para su condición humana.

La *relación de dependencia* se caracteriza por la subordinación que se manifiesta en un triple sentido:

1) *técnico*: somete su trabajo a los pareceres y objetivos señalados por el empleador; resulta más amplia respecto de los trabajadores con menor calificación, y más tenue en relación con los más capacitados profesionalmente;

2) *económico*: no recibe el producto de su trabajo y, en principio, no comparte el riesgo de la empresa; el trabajador pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador a cambio de una remuneración, y no se beneficia ni perjudica por las mayores ganancias o pérdidas derivadas de la explotación;

3) *jurídico*: es la principal característica para configurar la dependencia; consiste en la posibilidad jurídica del empleador de dirigir en el empleo la conducta del trabajador hacia los objetivos de la empresa. El trabajador está sometido a la autoridad del empleador: facultades de organización, dirección, control y poder disciplinario.

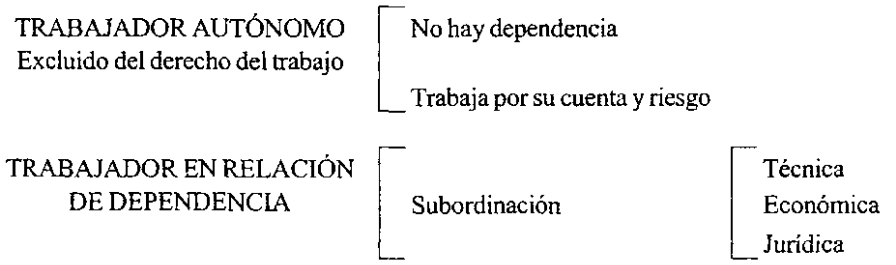
No obstante, el hecho de que una persona "realice actos, ejecute obras o preste servicios en favor de otra... mediante el pago de una remuneración", no implica necesariamente la existencia de contrato de trabajo. Lo importante es determinar si actúa "bajo la dependencia de otra". Estar bajo la dependencia de otra —como quedara dicho— significa la existencia de una relación de autoridad entre ellas.

Por ejemplo, un abogado que asesora legalmente a una empresa y cobra un abono mensual, en principio, no puede incluirse en esta norma, ya que para cumplir con el fin pactado el profesional determina la forma, el lugar y el tiempo de la prestación de la tarea.

Al contrario, un abogado interno de una empresa que debe respetar las directivas impuestas por sus superiores, sin perjuicio de no existir dependencia técnica, puede ser sancionado en caso de incumplirlas y está en relación de dependencia respecto de la empresa.

De los ejemplos referidos surge que ambos realizan tareas en favor de otro a cambio de una contraprestación dineraria durante un cierto tiempo, pero uno de ellos está en relación de dependencia y el otro no. De esto se desprende que lo determinante para establecer si existe vínculo laboral no es la tarea encomendada sino cómo y en qué condiciones se la efectúa; es decir: la nota excluyente es la existencia de subordinación efectiva de una parte respecto de la otra.

El tema es tratado en detalle en el capítulo "Contrato de trabajo. Relación de dependencia".




## II. DERECHO DEL TRABAJO

### 1. Concepto y división

En sentido amplio, se puede definir el *derecho* como el *conjunto de principios y normas jurídicas (coercitivas) que regulan la conducta del hombre en sociedad.* El derecho debe ser entendido como una unidad sistemática; al *derecho del trabajo* —como parte del derecho— se lo puede definir como *el conjunto de principios y normas jurídicas que regula las relaciones* —pacíficas y conflictivas— *que surgen del hecho social del trabajo dependiente, y las emanadas de las asociaciones sindicales, cámaras empresariales y grupo de empleadores, entre sí y con el Estado.*

A lo largo de la historia, nuestra disciplina ha recibido diversos nombres. En sus orígenes se la llamó legislación obrera o industrial, cuando se reducía a pocas leyes de carácter protectorio; derecho social o nuevo, según la denominación de Alfredo L. Palacios; y finalmente derecho del trabajo o derecho laboral.

La esencia de esta rama del derecho la configura el contrato individual de trabajo, ya que el resto de la normativa, incluida las referidas a las actuaciones colectivas de los trabajadores, resultan un medio para mejorar los contenidos de los contratos individuales.

El derecho del trabajo contiene normas imperativas, que restringen la autonomía de la voluntad, porque las partes se encuentran en una evidente desigualdad, debido a la hiposuficiencia, desigualdad e inferioridad prenegocial del trabajador.

El *fin perseguido* por el derecho del trabajo es *proteger a los trabajadores*; se constituye así en un medio —una herramienta— para igualar a trabajadores y empleadores: de esta manera genera desigualdades para compensar las diferencias preexistentes. Sus *elementos principales* son:

— el trabajo humano libre y personal;

— la relación de dependencia, caracterizada por la subordinación y el trabajo efectuado por cuenta ajena;

— el pago de la remuneración como contraprestación.

La importancia de esta rama del derecho radica, esencialmente, en su repercusión social y económica. Se caracteriza por su *universalidad*, ya que alrededor del 80% de la población activa del país, en algún momento de su vida, trabaja en relación de dependencia. Se trata de un derecho que regula —y efectivamente se aplica— a una gran cantidad de personas que prestan servicios para distintas empresas dentro de una sociedad básicamente organizacional.

El derecho del trabajo *puede dividirse en cuatro partes bien diferenciadas*; dos de ellas constituyen la esencia de su contenido: el derecho individual del trabajo y el derecho colectivo del trabajo; a estas dos partes se suman el derecho internacional del trabajo y el derecho administrativo y procesal del trabajo.

1) *Derecho individual del trabajo*: se ocupa de las relaciones de los sujetos individualmente considerados: por un lado, el trabajador (persona física) y, por el otro, el empleador (persona física o jurídica).

2) *Derecho colectivo del trabajo*: se ocupa de las relaciones de los sujetos colectivos; por un lado, la asociación sindical de trabajadores (sindicato) y, por el otro, los grupos o entidades representativas de los empleadores (grupo de empleadores, cámaras empresariales), y también el Estado como órgano de aplicación y control.

3) *Derecho internacional del trabajo*: está constituido por los tratados internacionales celebrados entre distintos países —tratados multinacionales— y esencialmente por los convenios y recomendaciones de la OIT.

4) *Derecho administrativo y procesal del trabajo*: se ocupa del procedimiento administrativo, esencialmente ante el Ministerio de Trabajo, que actúa como veedor, mediador o árbitro en los conflictos individuales (por ejemplo, en la ciudad de Buenos Aires el Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria —SeCLO—) y colectivos (conciliación y arbitraje). También se refiere al procedimiento en la órbita judicial ante los tribunales del trabajo, tanto respecto de conflictos individuales como colectivos.

## 2. Contenido

Si bien la relación de trabajo y la dependencia específica del trabajador son el eje del derecho del trabajo —relación privada e individual entre trabajador y empleador— se extiende a las relaciones colectivas en las que intervienen las asociaciones profesionales de ambas partes y el Estado, adquiriendo especial importancia los convenios colectivos de trabajo.

*a)* En cuanto al *derecho individual del trabajo*, la LCT (ley 20.744, modificada por ley 21.297) *constituye el cuerpo normativo principal*. Rige todo lo atinente al contrato de trabajo, se haya celebrado en el país o en el exterior, mientras se ejecute en nuestro territorio.

La LCT *establece las condiciones mínimas de trabajo* de todo contrato ejecutado en el territorio argentino, sin que importe el lugar de celebración ni la nacionalidad de las partes (principio de territorialidad, art. 1209, CCiv.).

Tal cual surge del art. 2°, LCT, están *excluidos* de su ámbito de aplicación los dependientes de la Administración Pública nacional, provincial o municipal —excepto que por acto expreso se los incluya en ella o en el régimen de convenios colectivos de trabajo—, los trabajadores

del servicio doméstico —dec.-ley 326/1956 y su reglamento (dec. 7979/1956)— y los trabajadores agrarios —leyes 22.248 y 25.191 y dec. 453/2001—. En las actividades que tienen una regulación particular (estatuto especial o convenio colectivo) opera como norma supletoria.

Desarrolla en su articulado los caracteres del contrato de trabajo, la forma, prueba y el objeto, las modalidades, los derechos y las obligaciones del trabajador y del empleador, la remuneración, el régimen de jornada y descanso, las suspensiones del contrato, las distintas formas de extinción, el despido y las indemnizaciones.

También resultan trascendentes otras *leyes*, como la ley 11.544 de jornada de trabajo; la ley 24.013, conocida como Ley Nacional de Empleo; la ley 24.467 de PyMEs; la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo; la ley 25.323 (BO del 11/10/2000); la ley 25.345 (BO del 17/11/2000); y la Ley de Ordenamiento Laboral 25.877 (BO del 19/3/2004). A ellas se suman distintas normas que introdujeron cambios, varias reformaron e incorporaron nuevos artículos a la LCT (arts. 9°, 12, 17 bis, 66, 92 ter, 103 bis, 124, 255 bis, etc.), entre ellas, las leyes 26.390, 26.427, 26.428, 26.474, 26.476, 26.574, 26.590, 26.593, 26.597, 26.598, y el dec. 1584/2010 (BO del 3/11/2010).

Asimismo, integran su contenido los denominados *estatutos profesionales*, que son leyes que rigen determinada actividad —por ejemplo, la ley 22.250 de obreros de la construcción; la ley 14.546 de viajantes de comercio; la ley 12.981 de encargados de casas de renta, etc.— (ver capítulo "Estatutos especiales").

*b)* Respecto del *derecho colectivo* —que se ocupa esencialmente de las relaciones de los sindicatos y los representantes de los empleadores, de los convenios colectivos y de los conflictos—, las *dos leyes fundamentales* son: *la ley 14.250* —modificada por ley 25.877— de convenios colectivos de trabajo, y la *ley 23.551* de asociaciones sindicales; también resultan trascendentes la ley 14.786 de conciliación obligatoria, la ley 23.546 (procedimiento para las negociaciones colectivas) y la Ley de Ordenamiento Laboral 25.877 (BO del 19/3/2004).

## 3. Caracteres

El derecho del trabajo presenta los siguientes caracteres:

1) *Es un derecho dinámico:* se trata de un derecho en permanente formación y en constante evolución. Continuamente se discuten proyectos de reformas de distintos institutos de esta rama del derecho, tanto en el aspecto individual como colectivo.

2) *Es un derecho de integración social*: sus principios y normas —principio protectorio, de irrenunciabilidad, normas de orden público, limitación de la autonomía de la voluntad— obedecen al interés general y se vinculan con la realidad social.

3) *Es profesional*: se ocupa del hombre por el hecho del trabajo.

4) *Es tuitivo*: protector, tutelar del trabajador que es la parte más débil en la relación laboral; el derecho del trabajo parte del presupuesto de que no existe un pie de igualdad entre las partes, es decir, que no hay paridad en el cambio.

5) *Es imperativo*: limita el ámbito de autonomía de la voluntad, recurriendo a determinados medios técnicos que garantizan el cumplimiento de la normativa considerada irrenunciable.

6) *Es un derecho especial*: se aplican las normas de derecho del trabajo sobre las del derecho civil, que tienen carácter complementario o supletorio y pueden ser aplicadas en tanto no estén en pugna con el principio protectorio. Algo similar ocurre con el derecho procesal del trabajo: en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires rige la ley 18.345 —reformada por la ley 24.635 (BO del 3/5/1996)— y sólo se aplican las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuando una norma específica de la ley 18.345 (art. 155) así lo dispone.

7) *Es autónomo*: tiene autonomía científica, legislativa y didáctica que le permite resolver *motu propio* el objeto de la materia.

Obviamente, esa "independencia" no es absoluta ni se trata de un derecho de excepción: la *autonomía* es *relativa*, ya que el derecho está interrelacionado entre sus distintas partes.

El derecho forma una unidad sistemática, sin perjuicio de que sus distintas ramas —como el derecho del trabajo— tengan contenidos propios. Sus fuentes (por ejemplo, los convenios colectivos) y sus principios (por ejemplo, el protectorio y el de irrenunciabilidad), también son distintos de los de otras ramas y sirven para justificar su autonomía.

## 4. El carácter protectorio. El orden público laboral

*El derecho del trabajo* es tuitivo; al no existir igualdad entre las partes, *protege al trabajador, que es la parte más débil en la relación de trabajo*. Es decir que mientras los empleadores tienen recursos suficientes para imponer determinadas condiciones, los trabajadores sólo cuentan con su fuerza (capacidad) de trabajo.

Nace así el *principio protectorio* que está enunciado expresamente en el art. 9°, LCT, pero cuya esencia se observa en toda la LCT y las demás normas laborales. La protección legal consagrada no reviste sentido clasista: está fijada en el art. 14 bis, CN, que dispone que "el trabajador en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes". Su fundamento es la desigualdad en el poder negociador entre trabajador y empleador.

El procedimiento lógico de corregir desigualdades —en el decir de Couture— es crear otra desigualdad: de esta forma se compensa la desigualdad original. El art. 16, CN, consagra el principio de "igualdad para los iguales en igualdad de circunstancias"; de allí que la igualación —otorgar un trato idéntico sin valorar diferencias objetivas— configure también una forma de desigualdad.

Para lograr equiparar la relación laboral, *la ley impone a las partes, con carácter de orden público, un mínimo de condiciones inderogables. No se suprime la autonomía de la voluntad* (art. 1197, CCiv.), *sino que se la limita* hasta donde resulte necesario para cumplimentar sus fines.

Esto significa que el empleador puede contratar a un trabajador libremente: impone los requisitos que estime necesarios para cubrir el puesto de trabajo y contrata a la persona que, según su parecer, los cumplimenta.

Pero el orden público laboral implica que en la relación laboral *el empleador debe respetar las condiciones mínimas establecidas en la LCT, o* —en su caso— *en el convenio colectivo aplicable*: el empresario *puede pactar con el dependiente condiciones más favorables para el trabajador pero no más perjudiciales*.

Por lo tanto, no se limita la libertad de contratación, sino que una vez concretada la relación, sus condiciones deben subordinarse a las *normas ineludibles* que constituyen el *orden público laboral*.

Estas normas son inmodificables por las partes en sentido negativo: se produce una *limitación de la autonomía de la voluntad* y se establece un mínimo de garantía social con carácter necesario e imperativo.

El concepto de orden público es uno de los más difíciles de precisar. Para Salvat, el orden público resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización establecida: por ejemplo, la separación de los distintos poderes que ejerce el gobierno, la libertad individual, la propiedad, etcétera.

Con posterioridad, Llambías se alineó en el mismo sentido al sostener que "se denomina orden público al conjunto de principios eminentes —religiosos, morales, políticos y económicos— a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida" [1].

De la Fuente lo define como la institución de que se vale el ordenamiento jurídico para defender y garantizar, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, la vigencia inex-

[1] Ver SALVAT - LLAMBÍAS, cit. por DE LA FUENTE, Horacio H., *Orden público*, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 12.

cusable de los intereses generales de la sociedad, de modo que siempre prevalezcan sobre los intereses particulares [2].

Álvarez, luego de señalar las grandes confusiones que generaba el concepto de orden público en el derecho civil del siglo XIX, agrega que la única coincidencia que se tuvo acerca del orden público es que no se puede definir. Pasaba como con la frase de san Agustín y el tiempo: si no me lo preguntan lo sé y si me lo preguntan lo ignoro.

Por ello los civilistas se pusieron de acuerdo en que el orden público se debe definir sólo por sus efectos, que son tres.

El primero es la territorialidad y la extraterritorialidad. Se decía: "el orden público es como una aduana", ya que "nada puede entrar o salir".

El segundo es la retroactividad e irretroactividad (art. 3°, CCiv. "Las leyes no tienen efectos retroactivos sean o no de orden público").

El tercero, y más importante, es el límite a la autonomía de la voluntad; de ahí que el orden público sea lo que no está en ella, sea un límite al contractualismo [3].

El orden público es un concepto cambiante, ya que se refiere a intereses que el legislador considera esenciales en la sociedad en un momento determinado y que deben ser protegidos; depende de las circunstancias sociales y económicas y del modelo de relaciones laborales adoptado.

Es relativo cuando sus efectos se limitan a producir la imperatividad de la norma o bien sólo la irrenunciabilidad de los derechos (efectos menos intensos), mientras que es absoluto cuando se generen en conjunto tanto la imperatividad como la irrenunciabilidad (efectos más intensos) [4].

Llevado al ámbito del derecho del trabajo, el orden público tiene carácter de absoluto cuando la ley se impone sobre la autonomía colectiva y sobre la autonomía individual; ampara el interés general de la sociedad por sobre el interés de los grupos o de los particulares, creando un ámbito reservado sólo a la ley.

En cambio, es relativo cuando la ley o el convenio colectivo ceden ante los mejores derechos del trabajador, que emanan, por ejemplo, de un contrato individual de trabajo.

Parte de la doctrina ha introducido el concepto de orden público económico, que tiene como meta inmediata la eficacia económica; es circunstancial, ya que se relaciona con las modificaciones y cambios propios de la economía.

Como apuntan Hierrezuelo y Núñez, desde los albores mismos de nuestra disciplina, y como mecanismo para restablecer y mantener el equilibrio del contrato frente a la manifiesta disparidad negocial que existe entre ambas partes del sinalagma laboral, el derecho del trabajo ha contado y cuenta con dos herramientas jurídicas, cuyo rasgo tipificante es restringir la autonomía de la voluntad, imponiendo imperativos mínimos que deben ser respetados por ellas.

Estas técnicas jurídicas la constituyen, por un lado, el intervencionismo estatal, que se evidencia a través de una serie de normas coactivas, que regulan distintos aspectos de la relación individual; y, por el otro, el reconocimiento de las autonomías colectivas, cristalizado en la gran cantidad de convenios colectivos que fijan, entre otras materias, condiciones de trabajo que las partes deben respetar, que reducen aún más el margen de discrecionalidad de los contratantes, en especial, del empleador [5].

[2] DE LA FUENTE, Horacio H., *Orden público*, cit., p. 23.

[3] ÁLVAREZ, Eduardo O., extractado de la clase dictada el 29/5/2003, en la Maestría de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales, Universidad Nacional de Tres de Febrero, tema "El orden público laboral y su relación con la renuncia de derechos".

[4] DE LA FUENTE, Horacio H., *Orden público*, cit., ps. 52/53.

[5] HIERREZUELO, Ricardo D. - NÚÑEZ, Pedro F., *Responsabilidad solidaria en el contrato de trabajo*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

En el siglo XVIII las transformaciones producidas con la Revolución industrial fueron revelando las deficiencias del sistema, por lo cual los trabajadores comienzan a organizar la defensa de sus intereses, mediante la unión entre ellos mismos, con la finalidad de obtener cambios que les fueran favorables. Los Estados debieron avenirse a estos hechos, limitando la autonomía individual mediante la ley, al menos en los casos más graves, como, por ejemplo, la protección de niños y mujeres, la limitación de la jornada y la protección de los infortunios laborales.

Comienza a formarse así el derecho del trabajo, que como rama autónoma del ordenamiento jurídico aparece en el siglo XX, acuñado en el texto de la Constitución de la OIT, donde se consigna que "el trabajo no es una mercancía" y que "la libertad de asociación es esencial para el progreso constante".

Es en dicho marco histórico donde esta nueva clase (los obreros de fábrica) comienza a perfilarse como grupo socialmente dominante, luego de los campesinos y sirvientes todavía invisibles y sin organización, en contraste con los primeros.

A mediados del siglo XX, los obreros industriales se habían convertido en el grupo más numeroso en todos los países desarrollados, incrementando sus ingresos y beneficios complementarios, pero también su poder político, lo que contribuyó a que campesinos y sirvientes pasaran también al empleo industrial.

En los años que van desde 1970 a 1990 se observa un fenómeno paradójico: se incrementa la producción industrial pero los trabajadores industriales no aumentan en número, sino que disminuyen, duplicándose en cambio en sectores no industriales.

Este proceso, fruto de diversos factores, contribuyó a que al iniciarse la última década del siglo XX, tanto los obreros industriales como sus sindicatos disminuyeran en número y en participación.

Las nuevas modalidades de trabajo y tecnologías provocaron una revolución en cuanto al modo en que se organiza el trabajo en los diferentes ámbitos: la tecnología de la automatización ya no requiere gran cantidad de trabajadores sino sólo un puñado de personas que ni siquiera deben estar unas al lado de las otras para poder comunicarse; y las microtecnologías permiten muchas veces que las máquinas o herramientas de trabajo estén en cualquier lugar, con lo cual el trabajo comienza a desplazarse hacia la persona, y no a la inversa (fenómeno del teletrabajo).

## 1. Primera época: las prestaciones laborales "preindustriales"

El primer antecedente de prestación en esta época es la que realizaban los primitivos romanos cuando llevaban a cabo una *locación de servicios* o *locatio conductio operarum*. Cabe recordar que sólo los ciudadanos romanos —como hombres libres— podían realizarlas.

Al contrario, las prestaciones de los *esclavos* no pueden ser entendidas como laborales, ya que no eran considerados personas por el derecho romano sino cosas u objetos y, como tal, carecían de libertad; la relación entre dador de trabajo y beneficiario era de dominio.

Con el tiempo se fue restringiendo el poder absoluto del señor, mejorando la condición del esclavo (podía llegar a comprar su libertad, o a adquirirla por voluntad del señor —*manumissio*—, o por disposición de la ley, etc.). Los esclavos eran parte del "inventario" de un predio urbano o de un fundo rural y les estaba vedada cualquier actividad libre de tipo creativo.

El trabajo de los esclavos era un elemento fundamental del sistema social clásico, el cual puede ser conceptualizado como "sistema esclavista de producción". No se debe olvidar que la fuente principal de suministro de esclavos era la guerra, y los últimos doscientos años de vida del Imperio romano fueron épocas de crisis general de la producción, caracterizadas por la decadencia de las costumbres y de la civilización romana.

Con la caída del Imperio romano y la estructura de la nueva sociedad medieval, las prestaciones que antes efectuaban los esclavos —trabajo esclavista— fueron trasladadas a los *sier-*

*vos de la gleba*, mientras que las que hasta entonces venían desarrollando los romanos libres fueron asumidas por los artesanos.

Los nuevos siervos —herederos de los primitivos esclavos del mundo clásico— continuaron desarrollando las *tareas* encomendadas por sus amos *de manera infrahumana*, ya que seguían siendo considerados como cosas y no como personas o sujetos de derecho. Estos siervos, que en su mayoría realizaban tareas de siembra y cosecha, eran parte inescindible de los fundos de los señores feudales para los cuales trabajaban.

Sólo a manera de rudimentaria contraprestación era permitido a los siervos conservar una pequeña porción de lo obtenido del suelo para su subsistencia y la de su familia. La *sociedad medieval era una organización de estamentos y clases, dominada por el clero y la nobleza*. Los campesinos quedaban excluidos de cualquier derecho de carácter político y estaban —por su condición de siervos— anexados a la tierra del señor para el cual trabajaban, conformando lo que se podría llamar una "economía natural".

El sistema de las *prestaciones*, tal como se venía pactando *desde la antigüedad clásica* en su doble dimensión *esclavo-hombre libre*, no varió demasiado durante la Edad Media y los comienzos de la modernidad.

En efecto, pese a los avances científicos y al desarrollo intelectual y artístico de la humanidad que se verificaron entre los siglos X y XVIII, no se produjo un cambio trascendente en el ámbito del trabajo humano, donde seguían laborando los hombres libres y los esclavos con la misma división de tareas y la misma construcción retributiva heredada de la Roma antigua.

En cuanto a la duración de la jornada de trabajo, las leyes de Manú (año 1280 a. C.), establecían el trabajo de sol a sol: se trabajaba mientras duraba la luz, y estaba limitado el trabajo nocturno, que era considerado perjudicial.

*En esta época cabe observar tres etapas bien diferenciadas*:

*a) La antigua* (hasta el siglo X): caracterizada por el trabajo esclavista, por las industrias familiares y por el agrupamiento de los artesanos en colegios.

*b) La medieval* (siglos X a XV): las comunas se liberan de la tiranía feudal y comienzan a aparecer —y luego a afianzarse— los gremios de practicantes de oficios y las corporaciones.

*c) La monárquica* (siglos XVI a XVIII): los monarcas, reforzados en su poder tras la decadencia y disolución del sistema feudal, trataron de desarrollar algún tipo de industria rudimentaria y emitieron reglamentaciones para los gremios.

## 2. Segunda época: las prestaciones laborales de la etapa industrial

*Hacia fines del siglo XVIII*, tanto la *Revolución francesa* como la *Revolución industrial* transformaron de manera definitiva las estructuras sociales y las formas tradicionales de prestación laboral.

En efecto, *con la aparición de las primeras máquinas, de la consecuente producción en serie y de la iluminación de gas de carbón* —que permitía el trabajo nocturno—, *comienza una etapa de "industrialización"*, en la cual se verificó una mutación de los típicos papeles de artesano-vasallo-propietario hasta lo que hoy se conoce como obrero-empleador.

A diferencia de lo que ocurría en las *etapas anteriores*, en las cuales el fundo o el pequeño taller eran el eje absoluto de la vida del trabajador —ya que allí no sólo trabajaba, sino que además vivía junto con su familia—, en la *etapa industrial* los obreros comenzaron a desplazarse en movimientos migratorios internos para asentarse en las típicas aglomeraciones suburbanas que fueron naciendo alrededor de las fábricas que se iban instalando.

El hacinamiento que se fue produciendo en los suburbios de las grandes ciudades y, como consecuencia de ello, el exceso de mano de obra ofrecida a cada establecimiento fabril, originaron nuevas relaciones de abuso, en las cuales el empresariado naciente sometió a sus obreros a condiciones infrahumanas de labor.

En cuanto a la jornada, *el trabajo era realizado esencialmente de día* y se descansaba el sábado o el domingo por razones religiosas. Las *jornadas* de trabajo eran *extenuantes*, ya que se extendían hasta dieciséis horas diarias; sólo a fines del siglo XVIII, en Inglaterra, se redujeron a doce horas, y a fines del siglo XIX se intentaba reducirlas a diez horas.

Las primeras leyes sobre la jornada datan de la mitad del siglo XIX en Inglaterra, Francia y Australia. Sin embargo, la jornada de ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales, a nivel internacional, fue establecida luego de la finalización de la Primera Guerra Mundial en el Tratado de Versalles, que creó la OIT (1919). En la Argentina se legisló sobre la jornada de trabajo en la ley 11.544, que data de 1929 y rige actualmente.

El trabajo, en la primera mitad del siglo XIX, se caracterizó por jornadas extenuantes en lugares carentes de seguridad e higiene, el trabajo de niños de corta edad y mujeres en cualquier actividad, la exigua retribución salarial y la inexistencia de los descansos hebdomadarios.

Esta nueva concepción del trabajo, en un marco de maquinismo y de liberalismo político y económico, trajo como consecuencia la conformación de una construcción que presentaba las siguientes *características*:

— la aplicación al trabajo de una energía distinta de la del hombre;

— la propiedad de los medios de producción y la apropiación del producto del trabajo por los patrones;

— el trabajo por cuenta ajena y asalariado, aunque de manera insuficiente;

— la producción en gran escala y estandarizada;

— la concentración industrial;

— la división del trabajo;

— la formación de monopolios y sindicatos;

— la disociación entre los factores de la producción;

— la división de la sociedad en clases;

— el antagonismo profundo entre los patrones como elementos fundadores de una nueva forma de capitalismo y los trabajadores, que comenzaban a considerarse como una verdadera "clase".

Como corolario de lo expuesto, se puede afirmar que *hacia fines del siglo XVIII y comienzos del XIX la situación de los trabajadores fue peor que en cualquiera de las épocas anteriores*, ya que prácticamente se habían transformado en una nueva expresión social de la esclavitud de los siglos pasados.

En tanto, con el advenimiento de la Revolución industrial y el uso de las máquinas, los *accidentes y riesgos en el trabajo* se multiplicaron. Comenzaron a producirse muertes, mutilaciones y enfermedades originadas por el trabajo realizado en los centros donde la Revolución industrial se había asentado.

Éste es el panorama que presentaba Europa a mediados del siglo XIX; era la época de la consagración a ultranza del *liberalismo económico y jurídico* —siendo su máxima expresión el "Código Napoleón" (Código Civil francés de 1804)— que consagraba el *principio de la autonomía contractual*.

La necesidad de terminar con las altas tasas de mortalidad entre las mujeres, los niños y obreros en general, por un lado, y los socialistas utópicos y científicos, el levantamiento de la Comuna de París (1848 y 1870) y los pensadores católicos franceses de mediados del siglo XIX, por otro, conformaron un hecho social de suficiente magnitud para exigir una legislación que contemplara la siniestralidad del trabajo.

Con la aparición de la doctrina de Josserand —que impuso la responsabilidad objetiva— se logró dictar las *primeras leyes sobre accidentes de trabajo*. La legislación inglesa toma en cuenta el riesgo que produce la industria, dejando a un lado la culpa, y aparece la "teoría del ries-

go". Este criterio es adoptado por la legislación francesa, luego por la belga, y posteriormente se traslada a América.

La teoría de Josserand responsabiliza al dueño de un establecimiento por haber generado el riesgo y repara el daño hasta determinado monto: la indemnización no era integral, sino tarifada, lo cual fue aplicado a la mayoría de los países de Europa. Pero la posición de Alemania —unificada por Bismarck— entre los años 1889 y 1890 fue consagrar los seguros obligatorios para supuestos de accidente, enfermedad, muerte y otras consecuencias emergentes de los siniestros laborales.

En síntesis, en esta *segunda época dominaba el sistema capitalista de producción*, que cobró fuerza en Francia con la disolución de las corporaciones y las regulaciones y con la libertad de contratar, de comerciar y de trabajar. En 1776, el ministro Turgot dispuso la abolición de las corporaciones, y en 1791 se votó la famosa Ley Chapelier, que abolió de manera definitiva el sistema corporativo.

El régimen que estableció la *Ley Chapelier* implicaba *cuatro facultades*:

— *la de establecimiento*: toda persona, nativa o extranjera, podía instalar una empresa en el territorio del país, sin otras restricciones que las de la policía;

— *la de acceso al trabajo*: desaparecido el régimen corporativo, el trabajo quedaba despojado de la traba del aprendizaje;

— *la de elección de los procedimientos técnicos*: todo productor podía realizar su trabajo según la técnica que estimase correcto emplear;

— *la de libre contratación*: las condiciones de trabajo —jornadas, salarios, descansos, etc.— quedaban liberadas a la voluntad de las partes contratantes.

El Código Civil francés de 1804 tradujo en sus normas estos principios y consagró la autonomía de la voluntad. Equiparó las convenciones establecidas en los contratos a la ley misma y dedicó a las relaciones de trabajo apenas dos artículos (el 1780 y el 1781): uno disponía que no se podía contratar servicios por tiempo determinado y el otro daba prevalencia, en caso de controversia, a la afirmación del patrono. Como se puede observar, el trabajo ni el trabajador tuvieron cabida en ese Código.

El Código Penal francés (sancionado en 1810) contenía disposiciones de carácter laboral que, lejos de tener un fin protectorio, buscaban reprimir las manifestaciones colectivas de reivindicación: las asociaciones profesionales y las coaliciones. Ambos códigos expresan el más crudo liberalismo y el individualismo con que se nutrió la Revolución francesa.

## 3. La cuestión social: soluciones teórico-filosóficas

A esta delicada situación descripta de abusos y de avance desmedido del capitalismo se la conoce como *cuestión social*. Las soluciones para paliarla fueron variadas y disímiles, ya que desde distintos ámbitos y posiciones teórico-filosóficas se buscó interpretar y encausar el industrialismo hacia formas más humanas.

En la búsqueda de paliativos para la "cuestión social" *cabe distinguir cuatro tipos de soluciones teórico-filosóficas* claramente diferenciadas tanto por su origen como por sus fundamentos ideológicos: *el liberalismo, el socialismo, el comunismo y la doctrina social de la Iglesia.*

***a) Liberalismo***. Esta doctrina, nacida de la conceptualización teórica de *Adam Smith* y propuesta en su obra *Investigación acerca de la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones*, propone la regulación natural de las relaciones sociales nacidas del nuevo industrialismo. Es decir que *propugna la normalización paulatina —sin intervención de ente alguno— de las relaciones obrero-patrono.*

El liberalismo es *antiintervencionista* por definición, ya que Smith postula que cualquier regulación conspira contra las leyes naturales de la división del trabajo, de la moneda y de la oferta y la demanda.

Para esta doctrina, el Estado sólo debe limitarse a preservar el discurrir normal de dichas leyes naturales, removiendo —aun de manera coercitiva, si fuera necesario— los obstáculos que puedan presentarse. De allí que a la concepción liberal del Estado se la caracteriza como "Estado gendarme".

***b) Socialismo***. El primero de los teóricos socialistas que expuso sus ideas acerca de la imposibilidad de la existencia de la armonia espontánea y natural de las relaciones sociolaborales de que hablaba Smith fue *Sismondi*.

*Considera que* la abstención gubernamental no tiene razón de ser, por cuanto *el Estado tiene la obligación de intervenir para evitar los abusos, poner límites a las iniciativas individuales y mantener el equilibrio de los distintos factores de producción*. Por ello, Sismondi es considerado como el primero de los "intervencionistas".

***c) Comunismo***. El comunismo o "socialismo científico" fue conceptualizado por *Carlos Marx y Federico Engels* y expuesto en el llamado *Manifiesto comunista* de 1848.

En el *Manifiesto*, sus autores proclaman que los instrumentos de producción deben ser puestos en manos de los obreros ("proletariado") mediante la lucha de clases, propuesta como solución para la eliminación de la burguesía.

Sostienen que tal fin no puede ser alcanzado sin la supresión violenta de todo el orden social tal como está organizado en ese momento.

Para el pensamiento de Marx y Engels, *las clases son irreconciliables y la lucha no termina hasta que sea instalada una verdadera "dictadura del proletariado"*.

Los comunistas también teorizaron acerca del concepto de "plusvalía". Sostienen que la sociedad capitalista se funda en la producción de mercancías, que son producto del trabajo humano, al cual consideraban creador de valor.

Para ellos, el poseedor del dinero compra "fuerza de trabajo" como si comprase cualquier otra mercancía por el valor equivalente al tiempo de trabajo socialmente necesario para su producción; por lo cual al obrero le cuesta subsistir y mantener a su familia.

Después de la compra de dicha fuerza laboral, el propietario del dinero es también detentatario del derecho de consumirla: obligarla a trabajar durante toda la jornada.

Pero, quizá en la mitad de tiempo de la jornada, el obrero produce una mercancía que cubre los gastos de su manutención, y en la segunda mitad crea un producto suplementario que el sistema capitalista no retribuye al obrero y cuyo beneficio el patrono se guarda para sí.

A esa producción suplementaria, no retribuida al obrero, y con cuyo valor se queda el propietario de la fábrica, es lo que los comunistas denominan "plusvalía".

***d) Doctrina social de la Iglesia***. Esta solución teórico-filosófica reconoce sus orígenes en las enseñanzas de *Jesucristo*, en las de los *padres de la Iglesia* (entre otros, santo Tomás de Aquino) y en las *encíclicas papales*.

La doctrina social condena tanto las soluciones capitalistas como las socialistas y las comunistas:

— *condena al capitalismo* porque, en un pretendido sistema idílico de libertad y de libre competencia, se produce el triunfo del más fuerte y una explotación del trabajador tan dura que lo reduce al pauperismo;

— *condena al comunismo* porque —además de profundamente materialista y anticristiano— propicia la lucha de clases y la instalación de una dictadura estatal férrea en manos del proletariado.

Los teóricos de la doctrina social sostienen que *la sociedad tiene como finalidad primordial conservar, desarrollar y perfeccionar a la persona como una integralidad*, que no puede ser dividida en "hombre-político" y en "hombre-social" como lo hacen las restantes posiciones filosóficas analizadas. Para esta posición, el hombre es un ser único e indivisible, que debe dedicarse a la búsqueda de su propio bien pero sin desatender el bien común social.

Las más modernas *construcciones de la doctrina social surgen*, principalmente, *de siete documentos* —encíclicas papales— emanados de los últimos papas, desde León XIII hasta Juan Pablo II, que han realizado un aporte trascendente para la solución de la cuestión social:

— La encíclica *Rerum Novarum*: fue emitida por el papa León XIII el 15/5/1891. En ella se plantea, por vez primera, lo que conocemos como "cuestión social" y el rechazo explícito a la concepción liberal de la sociedad y del trabajo humano.

El papa León XIII condena severamente la acción socialmente nociva del capitalismo deshumanizado, a la vez que afirma la necesidad de la existencia de la propiedad y la iniciativa privadas, del beneficio común de los bienes y de la intervención estatal como fuerza necesaria para balancear la fuerza de los distintos sectores que actúan en la comunidad.

También en esta encíclica se dejan sentados por primera vez algunos derechos inalienables de los trabajadores, los cuales tomaron algunas construcciones normativas del constitucionalismo social moderno. Entre ellos, cabe destacar: el derecho a la libre agremiación, al salario mínimo y vital, a la limitación de la jornada laboral y a la protección de las mujeres y los niños en el trabajo.

— La encíclica *Quadragesimo Anno*: fue emitida por el papa Pío XI, el 15/5/1931, para conmemorar el cuadragésimo aniversario de la encíclica *Rerum Novarum* de León XIII. Este documento ataca, abierta y definitivamente, tanto al capitalismo como al socialismo, dejando sentado que tanto una doctrina como la otra son aberrantes, antinaturales y profundamente nocivas para los individuos, en particular, y para la sociedad, en general.

Se anuncia, también por primera vez, el principio de "subsidiariedad" por el cual el Estado debe intervenir, en forma directa o por medio de instituciones o grupos intermedios, en la vida socioeconómica de la comunidad y en las relaciones laborales.

— La encíclica *Mater et Magistra*: fue emitida por el papa Juan XXIII el 15/5/1961. Este documento reitera y reafirma varios conceptos tratados en los anteriores: el de salario justo, la cogestión, la socialización de los bienes de producción, la justicia social, el derecho de propiedad, el de subsidiariedad y el de equidad.

— La encíclica *Pacem in Terris*: también fue emitida por el papa Juan XXIII el 11/5/1963. Constituye el primer llamado institucional de la Iglesia católica a los políticos de las naciones, instándolos a defender la libertad y los derechos fundamentales de los hombres en comunidad. Condena por igual al estatismo colectivista del marxismo y al liberalismo individualista del capitalismo.

— La Constitución pastoral *Gaudium et Spes*: éste es uno de los documentos modernos más importantes de la Iglesia católica, emitido por el Concilio Vaticano II el 7/12/1965. En su cap. III se dedica a destacar la responsabilidad social de los titulares del capital en la sociedad y su obligación de mejorar el salario y las condiciones de la prestación laboral de los trabajadores.

Insta a suprimir las grandes diferencias sociales surgidas entre clases con el avance y la afirmación del industrialismo, pero por medio de la agremiación y de la utilización de los medios pacíficos de resolución de conflictos. Conceptualiza el derecho a la huelga para los trabajadores, pero aclarando que ella es el último de los recursos que deben emplear para solucionar sus controversias salariales.

— La encíclica *Populorum Progressio*: fue emitida por el papa Pablo VI el 26/3/1967. Proclama la injusticia de la existencia de países extremadamente pobres frente a las naciones

más desarrolladas, con sobreabundancia de bienes no destinados a la redistribución entre los más necesitados. Sostiene que las relaciones entre capital y trabajo deben ser fundamentalmente armónicas y propone soluciones basadas en la solidaridad y en la justicia social.

— La encíclica *Laborem Exercens*: fue emitida por el papa Juan Pablo II el 14/9/1981. Establece un principio teórico-filosófico que su autor denominó como de "socialización de los bienes de producción"; entiende que el derecho de propiedad de los medios de producción no es absoluto ni concentrable en pocas manos, sino que debe hallarse subordinado y al servicio del trabajo.

Esta encíclica fija, por primera vez, la diferencia existente entre empleador directo y empleador indirecto, considerando al primero como el sujeto con quien el trabajador acuerda su trabajo, y al segundo como aquel conformado por los entes, factores y circunstancias que inciden sobre el empleador directo; por ejemplo, la política económica y laboral del Estado, los convenios colectivos, el sistema económico, la normativa laboral, etcétera.

Para Juan Pablo II, trabajo y salario son dos factores fundamentales de la dignidad humana, por los cuales se debe asegurar no sólo la subsistencia del trabajador, sino, además, la de su familia. En 1991 emite la encíclica *Centesimus Annus*.

— La encíclica *Centesimus Annus*: fue emitida el 1/5/1991 y pertenece al grupo de aquellas que tienen como tema la denominada "doctrina social": enseña a buscar la dignidad del hombre bajo cualquier sistema económico, político o jurídico, haciendo más justas y mejores las relaciones entre los hombres en todo el mundo.

Juan Pablo II invita a la relectura de documentos anteriores, proponiendo echar una mirada retrospectiva a la encíclica *Rerum Novarum* para descubrir nuevamente la riqueza de sus principios, en orden a la solución de la cuestión obrera (el conflicto entre el capital y el trabajo).

Refleja con detalle las realidades empíricas de la situación económica mundial del momento, combinando dos focos de atención: el análisis moral de la economía y la filosofía de la acción moral característica del pontífice. El resultado fue una encíclica que no analiza la economía en términos de macroagregados, sino mediante la descripción de la persona económica como dimensión del agente moral creado con inteligencia y libre albedrío.

Así, analiza los eventos que llevaron a la caída del régimen soviético en 1989, entre ellos "la violación de los derechos de los trabajadores" por parte de un sistema que decía gobernar en su nombre. Insta a los trabajadores a combatir las injusticias mediante la protesta pacífica, "sin usar otras armas que las de la verdad y la justicia".

En suma, no sólo es una reafirmación de todo lo expuesto por León XIII hace más de cien años, sino también una actualización creativa del ideal cristiano en el mundo actual.

— La encíclica *Deus Caritas est*: fue emitida por el papa Benedicto XVI en 2006, de elevado contenido intelectual y erudito, se refiere al ejercicio del amor solidario. Uno de sus méritos consiste en el reconocimiento de las objeciones que se hacen a la acción caritativa desde determinadas posiciones económico-políticas (específicamente el marxismo, al cual critica) y también una interesante y responsable alusión a la lentitud de la Iglesia en darse cuenta del cambio del panorama social traído por el proceso industrial del siglo XIX, remediada luego por la abundante aparición de documentos eclesiásticos que constituyen el cuerpo de su doctrina social.

Se efectúa también una referencia expresa a la responsabilidad del Estado y la Iglesia respecto de la justicia, sosteniendo que la sociedad justa no es obra de la Iglesia sino de la política con inspiración eclesial a través de diversos mecanismos.

Este primer documento público del sumo pontífice establece definiciones frente a la situación concreta de relaciones de la Iglesia y la sociedad, volviendo a la doctrina más tradicional del pensamiento eclesiástico.

## El trabajo a través de la historia

**TRES ETAPAS**

- ETAPA PREINDUSTRIAL
(hasta s. XVIII)
Organización de estamentos y clases.
Dominada por el clero y la nobleza.
  - Época antigua (hasta s. X)
    - Esclavos
    - Industrias familiares
    - Artesanos en colegios
  - Época medieval (siglos X a XV)
    - Se afianzan los gremios y corporaciones
  - Época monárquica (siglos XVI a XVIII)
    - Industria rudimentaria
    - Reglamentación para los gremios

- ETAPA INDUSTRIAL
(desde fines del s. XVIII)
Aparición de las primeras maquinarias.
Sistema capitalista. Jornadas extenuantes. Desprotección.
  - LAS IDEAS Teórico-filosóficas para paliar la cuestión social fueron:
    - Liberalismo –Adam Smith–
    - Socialismo –Sismondi–
    - Comunismo –C. Marx y F. Engels– *Manifiesto comunista*
    - Doctrina social de la Iglesia –Encíclicas papales–

- ETAPA POSTINDUSTRIAL
(actual)
Nuevo orden económico caracterizado por la globalización y la flexibilidad laboral.
  - Informatización
  - Robotización
  - Teletrabajo
  - Electrónica aplicada
  - Automatización de los procesos de producción
  - Búsqueda de eficiencia y bajo costo

- DERECHO COLECTIVO
  - Aglutinamiento de maestros artesanos, discípulos y aprendices a partir de la Edad Media.
  - Unión de cofradías de personas de igual profesión: conformaciones de tipo gremial.
  - Revolución francesa: aparición de las primeras organizaciones gremiales de trabajadores.
  - Revolución industrial: maquinismo; desprotección

⇩

Reclamo de normas para protección del trabajo de los menores y mujeres y jornadas reducidas para la totalidad de los obreros.

## II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

### 1. Antecedentes en el mundo

A partir de la Edad Media, los artesanos —como hombres libres— comenzaron a desarrollar tareas de tipo laboral por cuenta y en beneficio propio. Estos artesanos, cuyos talleres, en principio, fueron microemprendimientos de tipo familiar, evolucionaron en su organización hasta convertirse en un verdadero *aglutinamiento de maestros-artesanos, discípulos y aprendices*, que dominaban un oficio en particular y ejercían el monopolio de una determinada actividad en cada burgo.

De allí que, al unirse en cofradías de personas que ejercían una misma profesión, estos primeros trabajadores libres conformaron —aunque de manera muy rudimentaria— una *formación de tipo gremial.*

*La aparición de los gremios es contemporánea a la de los mercados*, y como consecuencia de este nuevo sistema de negociación, que se iba conformando en cada aglomeración urbana, el artesano podía convenir libremente su remuneración con el contratante de su servicio.

Sin embargo, *fue a partir de la Revolución francesa*, como respuesta colectiva a las nuevas situaciones de abuso que se producían en un marco jurídico que empezaba a consagrar los derechos individuales y las libertades públicas, cuando *aparecieron las primeras organizaciones gremiales de trabajadores.*

Estas organizaciones, verdaderamente "gremiales" en el sentido actual del término, comenzaron a reclamar normas para la protección del trabajo de los menores y las mujeres y jornadas reducidas de labor para la generalidad de los obreros.

El primer país que reconoció a los trabajadores el derecho a agremiarse fue Estados Unidos de América del Norte (1825), pero hasta 1890 no se reconocen los derechos de los sindicatos obreros en virtud de la llamada *Sherman Act.*

En España, los sindicatos son admitidos (1868) por un breve período y luego son disueltos (1872); en Inglaterra, son reconocidos en 1871; y en Francia, en 1884 e incorporados al Código del Trabajo en 1927.

La incorporación de los derechos colectivos de los trabajadores a los textos constitucionales de los países adquirió su mayor auge hacia fines de la Segunda Guerra Mundial.

### 2. La evolución en la Argentina

*El primer sindicato argentino* reconocido como tal fue la *Sociedad Tipográfica Bonaerense, formada en 1867.* Hacia *1890* aparecieron las *primeras federaciones de carácter obrero*: la *FORA* (Federación Obrera Regional Argentina), dirigida por inmigrantes anarquistas, y la *UGT* (Unión General de Trabajadores).

Más tarde, y ante la debilidad protectora de la nueva legislación laboral que iba apareciendo, fueron formándose distintos *sindicatos de inspiración socialista o anarquista.* Estos sindicatos, todavía simples asociaciones civiles que no estaban agrupados en confederaciones de carácter nacional, no concibieron otra medida (para alcanzar algunos logros que los posicionase entre los trabajadores) que llamar a largas y constantes huelgas.

Este tipo de conformación y de acción gremial provocó una nueva forma de antagonismo entre el Estado y los trabajadores, ya que aquél veía, en las nuevas formaciones, instituciones altamente disociadoras y perniciosas para el mantenimiento de la paz social.

La CGT (Confederación General del Trabajo) fue *creada en 1930* y produce la primera unificación de todos los gremios bajo una misma entidad gremial de carácter general.

*Desde 1945* comienza a gestarse un vasto y activo *proceso legislativo, en el cual se consagran numerosas figuras, instituciones y procedimientos de carácter gremial*; son reglamentadas las asociaciones profesionales y las convenciones colectivas de trabajo y se organiza el régimen previsional en varias "cajas".

La primera normativa estatal, destinada a unificar la organización y el funcionamiento de las entidades sindicales, fue el dec. 2669 de 1943, a la cual suceden el dec. 23.852 de 1945 y las leyes 14.455, 20.615 (1973), 22.105 (1979) y, finalmente, la ley 23.551 (BO del 22/4/1988), vigente en la actualidad.

En *1953* fue sancionada la *ley 14.250, de convenios colectivos* de trabajo, vigente en la actualidad con distintas modificaciones, entre ellas, la de la Ley de Ordenamiento Laboral 25.877 (BO del 19/3/2004); el antecedente más importante de la ley 14.250 fue el dec.-ley 23.852 de 1945.

Comienzan a generarse nuevos derechos en materia laboral, y una *protección especial a los trabajadores garantizada por el art. 14 bis, CN* (derechos sindicales).

Esta disposición constitucional establece la organización sindical libre y democrática, reconocida por su simple inscripción en un registro especialmente abierto a tal efecto; garantiza a los gremios concertar libremente convenciones colectivas de trabajo y el derecho a la conciliación y al arbitraje, y garantiza a todos los trabajadores el derecho a la huelga, y a los representantes gremiales, en particular, la estabilidad en sus empleos mientras dure su cargo sindical.

## III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO EN LA ARGENTINA

Si bien la regulación de las relaciones laborales en la República Argentina es la típica de la etapa del constitucionalismo social —como es común a toda América latina—, los *antecedentes del derecho del trabajo de nuestro país se remontan al dictado de las Leyes de Indias*, las cuales se hallaban inspiradas en un profundo sentido humanista y cristiano en beneficio y para la protección de los indígenas americanos.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que dicho cuerpo normativo fue utilizado casi exclusivamente para convertir a los habitantes del nuevo continente y someterlos a la obediencia y al ordenamiento jurídico de la Corona.

Así, las Leyes de Indias se vieron pronto desnaturalizadas y convertidas en un *instrumento de dominación* por medio de la utilización de figuras de prestación casi medievales, como la encomienda, la mita y el yanaconazgo.

Paulatinamente, las normas del derecho de Indias fueron cediendo paso a los *ordenamientos autóctonos* nacidos de la decisión de los virreyes de la región, de la Revolución de Mayo y de la presión de los hacendados locales.

En efecto, virreyes como Cevallos y Vértiz emitieron algunas regulaciones para el trabajo humano en la colonia, al tomar algunas medidas de carácter coercitivo, como, por ejemplo, las que tornaban obligatorias las prestaciones laborales en épocas de cosecha de todos los criollos desocupados y sin propiedad, bajo la pena, en caso de incumplimiento, de incorporarlos al servicio de armas.

A partir de la Revolución de Mayo, las Leyes de Indias y las disposiciones virreinales fueron cayendo en desuso, reemplazadas por bandos emanados de las nuevas autoridades del Río de la Plata. Las *nuevas regulaciones* —a pesar de las corrientes libertarias y humanistas que animaban el nuevo movimiento social y político—, *en lo sustancial no mejoraron el tratamiento de los indígenas ni las prestaciones laborales de los criollos y sólo procuraron la obtención de mano de obra abundante, barata y servil para las explotaciones rurales*.

En *1853*, con la consolidación política del país y la influencia de las corrientes de pensamiento que en su conjunto conformaron la llamada "Generación del 80", fueron dotados de *rango constitucional y normativo algunos de los principios y de los institutos laborales.*

*La Constitución Nacional de 1853 consagra el derecho al trabajo y a la industria*, propicia el desarrollo económico y social y fomenta la inmigración de todas las personas de buena voluntad que quisieran venir a trabajar en territorio argentino. Luego fueron sancionados los distintos códigos en los cuales también se consagraron principios e institutos laborales; por ejemplo, en el Código Civil fue contemplada la locación de servicios y en el de Minería, la tarea de los trabajadores del sector.

En cuanto a la *legislación del trabajo* propiamente dicha, en la *República Argentina* apareció —como en casi todos los países— con *medidas netamente protectoras*, como la limitación de la jornada de labor, la regulación del trabajo de las mujeres y los niños, la fijación de los descansos hebdomadarios y la protección contra los accidentes del trabajo.

Luego le sucedieron las regulaciones del salario vital y de un sistema rudimentario de jubilaciones y pensiones.

En forma sintética y cronológica puede efectuarse una *enumeración de las primeras leyes dictadas en materia laboral*:

— En 1904 fue enviado al Congreso nacional el primer proyecto de Ley de Trabajo que se redactó en nuestro país, y cuyo autor fue Joaquín V. González.

— En 1905 fue sancionada la ley 4461, que fue la primera Ley del Trabajo que estableció el descanso dominical.

— En 1907 fue sancionada la ley 5291, regulatoria del trabajo de mujeres y niños, modificada posteriormente por la ley 11.317 de 1924.

— En 1914 fue dictada la ley 9511, que establecía la inembargabilidad de los bienes del trabajador.

— En 1915 se dictó la primera ley regulatoria de los accidentes del trabajo (ley 9688), que estuvo vigente —con distintas modificaciones— hasta 1991; cabe destacar que esta ley resultó un modelo y fue precursora en nuestro continente.

— En 1921 fue dictada la ley 11.127, que regulaba las normas de seguridad industrial, y en 1929, la ley 11.544, que establecía la jornada laboral, aún vigente.

— En 1934 fue sancionada la ley 11.729, que hasta 1973 fue la norma regulatoria de las relaciones del trabajo.

En esta somera cita de importantes eventos en la evolución histórica del derecho del trabajo argentino no se puede dejar de mencionar que nuestro país fue uno de los primeros en contar con una oficina estatal, especialmente dedicada a tratar y solucionar los problemas inherentes a las relaciones laborales. Dicha oficina fue el *Departamento Nacional del Trabajo, creado en 1912.*

*A partir de 1940* comenzaron a surgir los *primeros estatutos especiales*, destacándose, por ejemplo, el estatuto del bancario, aprobado por la ley 12.637 de 1940, y el de los trabajadores a domicilio por la ley 12.713 de 1941.

En *1943*, luego de la revolución del 4 de junio, se inicia una nueva época en la *transformación de la legislación y de las relaciones laborales* en nuestro país. En efecto, a partir de la implantación a nivel oficial de una concepción social, el derecho del trabajo y la seguridad social comienzan a ser entendidos como los elementos fundamentales para lograr el desarrollo y la justicia social.

Fundamentalmente, las nuevas autoridades se dedicaron al *fortalecimiento de los sindicatos*, concebidos como factores inmejorables de transformación social y de dignificación de las condiciones laborales de los trabajadores. El propio Estado no sólo propició su constitución, sino que, además, por medio de una compleja legislación, logró su control y reguló su desarrollo.

Estos nuevos sindicatos, lejos de las primitivas asociaciones gremiales de los anarquistas y los socialistas de los primeros tiempos, se alinearon junto a las estructuras estatales y lograron importantes avances en materia de conquistas sociales y convenios colectivos de trabajo.

Asimismo, se produjeron importantes cambios. El antiguo Departamento Nacional del Trabajo fue sustituido por la *Secretaría de Trabajo y Previsión*, antecedente inmediato del actual Ministerio de Trabajo. *En 1944 fueron creados los tribunales del trabajo*, destinados a solucionar los conflictos entre empleadores y trabajadores.

Cabe destacar que fue precisamente la jurisprudencia de estos tribunales —a lo largo del tiempo— la que contribuyó tanto a la evolución como a la jerarquización del derecho del trabajo en la República Argentina, sirviendo de fuente formal de derecho.

*Hacia 1945*, por el dec. 33.302 fueron consagrados por vez primera los conceptos de "estabilidad en el empleo", de "vacaciones legales pagadas", de "salario mínimo y vital" y de "sueldo anual complementario" (como aguinaldo o decimotercer salario mensual del año).

En 1949, el derecho del trabajo alcanza, de manera definitiva en la República Argentina, su rango constitucional. En efecto, la *Constitución de 1949* incorporó los derechos al trabajo, a la retribución justa, a la capacitación del trabajador, a las condiciones dignas de trabajo, al cuidado de la salud, al bienestar personal y familiar del trabajador, a la seguridad social, al progreso económico y a la agremiación.

Producido el golpe de Estado en el año 1955, quedó suprimida la Constitución de 1949 y se reimplantó la Constitución de 1853; sin embargo, en *1957* fue reformada e incorporado el *art. 14 bis*, que *consagra los derechos del trabajador, los derechos sindicales y los derechos provenientes de la seguridad social.*

Con posterioridad a 1957 se dictaron distintas leyes dirigidas a regular aspectos de las prestaciones laborales, de las asociaciones gremiales y de la seguridad social.

La ley de mayor trascendencia, respecto del derecho individual del trabajo, fue la 20.744 (1974), modificada por la ley 21.297 (1976) —*Ley de Contrato de Trabajo*—, que, con diversas reformas, continúa vigente y constituye el cuerpo normativo fundamental en la materia. También resulta importante la *ley 11.544 de Jornada de Trabajo*, y la *ley 24.557 de Riesgos del Trabajo*, como asimismo los distintos estatutos profesionales (ley 11.546 de Viajantes de Comercio; ley 22.250 de la Industria de la Construcción; etcétera).

El marcado crecimiento de los fenómenos del desempleo y la subocupación, sumados a la marcada recesión de las décadas pasadas y a la dificultad de las empresas para afrontar procesos reestructuradores, han incidido en el modelo histórico de relaciones laborales, sometiéndolo a transformaciones intensas.

En los últimos veinte años fueron dictadas una serie de normas que resultan trascendentes para la conformación del actual derecho del trabajo de nuestro país. Se trata de la llamada *Ley Nacional de Empleo (ley 24.013)*, la *ley 24.467* (*Ley de PyMEs*), la ley 25.323 (BO del 11/10/2000), la ley 25.345 (BO del 17/11/2000) y la Ley de Ordenamiento Laboral 25.877 (BO del 19/3/2004), además del art. 16, ley 25.561 (norma de carácter transitorio), y los distintos decretos de necesidad y urgencia que prorrogaron su vigencia hasta el dec. 1224/2007 (BO del 11/9/2007). Los lineamientos de estas leyes y las que modifican la LCT, además de decretos y resoluciones, serán analizados detalladamente al tratar las modificaciones a cada instituto en los distintos capítulos del libro.

La *Ley de Ordenamiento Laboral 25.877* (BO del 19/3/2004) derogó el régimen indemnizatorio de la ley 25.013 (salvo el art. 9°). Sin embargo, continúan vigentes otros aspectos de la ley 25.013 (que comenzó a regir el 3/10/1998 y derogó todas las modalidades de contratos promovidos): la modificación de la regulación y naturaleza jurídica del con-

trato de aprendizaje (art. 4°, ley 24.465) y la modificación al régimen de solidaridad establecido en el art. 30, LCT.

La ley 25.877 derogó totalmente la ley 25.250 (BO del 2/6/2000), que constaba de treinta y cinco artículos, divididos en ocho títulos. La derogada ley 25.250 había producido importantes cambios en materia de convención y negociación colectiva. Había reformado la ley 23.546, derogaba las leyes 16.936 y 20.638 y los arts. 11, 18 y 20, ley 14.250, e incorporaba tres capítulos (arts. 21 a 29). Modificaba el art. 92 bis, LCT, y los arts. 3° y 4°, ley 25.013, que fijaban las condiciones del período de prueba. También derogaba los arts. 12, 14, 15 y 16, ley 25.013, y los decs. 2184/1990 y 470/1993.

La derogada ley 25.250 modificaba sustancialmente el marco regulatorio del *período de prueba* extendiendo sus plazos, con el objeto de *estimular el empleo estable*; el empleador que produjera un incremento neto en su nómina de trabajadores contratados por tiempo indeterminado gozaba de una reducción de sus contribuciones a la seguridad social, consignaba que las cooperativas de trabajo no podrían actuar como empresas de provisión de servicios eventuales ni de temporada, ni de cualquier otro modo brindar los servicios propios de las agencias de colocación.

En materia de *convenios colectivos*, modificaba el art. 6°, ley 14.250, que se refería a la pérdida de vigencia del convenio colectivo y al *principio de ultraactividad* que rigió desde la sanción de la ley 14.250, distinguiendo entre los celebrados antes de la promulgación de la ley 23.545 (11/1/1988) de aquellos que se habían celebrado después de la sanción de la ley citada (22/12/1987), disponiéndose que se sometería la controversia a un arbitraje.

Incorporaba tres nuevos capítulos a la ley 14.250, referidos a los ámbitos de negociación colectiva (funcional y territorial) y a la *coexistencia, articulación y sucesión de convenios*; introducía modificaciones a la ley 23.546, que regulaba el *procedimiento en la negociación colectiva*, preveía la *creación del Sistema Integrado de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social* y derogaba las leyes 16.936 (arbitraje obligatorio), 18.608, 18.692 (arbitraje obligatorio), los arts. 11, 18 y 20, ley 14.250, los arts. 12, 14, 15 y 16, ley 25.013, el inc. e) del art. 2° del anexo 1, ley 25.212, el dec. 2184/1990 (conflictos colectivos, reglamentación de los procedimientos de prevención y encauzamiento) y el dec. 470/1993 (modificatorio de los arts. 2° bis, 3° y 3° bis, dec. 199/1988, convenios colectivos de trabajo).

Disponía que en los casos que en razón de un *conflicto de trabajo* las partes decidieran la adopción de *medidas legítimas de acción directa* que involucren actividades que podían ser consideradas servicios esenciales, éstas deberían garantizar la prestación de *servicios mínimos* que impidan su interrupción y facultaba al Ministerio de Trabajo a disponer intimatoriamente la fijación de servicios mínimos.

La *ley 25.323* (BO del 11/10/2000) establece un incremento de las indemnizaciones laborales en distintos supuestos. Rige desde el 20/10/2000 y sus fines son combatir la evasión previsional, el trabajo no registrado ("en negro") y defectuosamente registrado ("en gris").

En el art. 1° dispone, en caso de falta de registración o registración defectuosa de la relación laboral, la duplicación de la indemnización por antigüedad, sin requerir intimación alguna del trabajador.

En el art. 2° fija un incremento del 50% sobre las indemnizaciones por antigüedad, indemnización sustitutiva de preaviso e integración del mes de despido si el empleador no paga las indemnizaciones por despido en tiempo oportuno, requiriendo en este caso intimación del trabajador y que éste hubiese iniciado acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas.

El cap. VIII de la *ley 25.345* (BO del 17/11/2000), conocida como ley "antievasión" —que comenzó a regir a partir del 26/11/2000 y que tiene como objetivo prevenir más eficazmente la evasión fiscal—, en el título "Normas referidas a las relaciones laborales y el empleo no registrado" (arts. 43 a 47), introduce modificaciones a distintas normas laborales: a la LCT, a la Ley de Procedimiento Laboral de la Capital Federal (ley 18.345) y a la Ley Nacional de Empleo (ley 24.013).

Incorpora a la LCT otro artículo, el 132 bis, y agrega párrafos a los arts. 15 y 80. Incorpora un párrafo al art. 132, ley 18.345, y al art. 2°, ley 23.789. También modifica el art. 11, ley 24.013.

Por su parte, el dec. 146/2001 (BO del 13/2/2001) —reglamentario de los arts. 43 a 45, ley 25.345— dispone que el Ministerio de Trabajo queda facultado para dictar las normas aclaratorias, complementarias y de aplicación de la reglamentación.

Otras normas dictadas los últimos años introdujeron cambios, varias reformaron e incorporaron nuevos artículos a la LCT (arts. 9°, 12, 17 bis, 66, 92 ter, 103 bis, 124, 255 bis, etc.), entre ellas, las leyes 26.390, 26.427, 26.428, 26.474, 26.476, 26.574, 26.590, 26.593, 26.597, 26.598, y el dec. 1584/2010 (BO del 3/11/2010).

CAPÍTULO III

# FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO

## I. FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO

### 1. Concepto

Se debe diferenciar la fuente material de la fuente formal.

*La fuente material es un hecho o factor social que surge como consecuencia de una necesidad de la sociedad o de un sector de ella*; adquiere especial importancia en determinado momento y lugar (por ejemplo, la Revolución francesa); es un hecho histórico que da origen a una norma jurídica. Por lo tanto, se trata del antecedente de una norma y del factor gravitante que motiva su sanción.

En la evolución histórica del derecho del trabajo, la consideración diversa de la situación del trabajador y del capital y de los intereses contrapuestos de los sectores constituyeron hechos sociales —fuentes materiales— que generaron la sanción de normas.

Justamente, *la fuente formal es la norma que surge de ese hecho social* que, a su vez, es la exteriorización de una necesidad de la sociedad o de parte de ella. Esa norma jurídica —ley, decreto, resolución—, que constituye una fuente formal de origen estatal, *debe reflejar lo más fidedignamente posible el hecho social.*

El art. 1°, LCT, enumera las fuentes del derecho del trabajo, al expresar que "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".

*No se trata de una enumeración taxativa de las fuentes*, sino meramente enunciativa, ya que han sido omitidas fuentes trascendentes del derecho del trabajo. Tampoco consagra un orden de prelación, ya que se aplica la norma más favorable.

Se omite la Constitución Nacional a pesar de que en el art. 14 bis queda consagrada la protección y defensa del derecho a trabajar y a una vida digna, al establecer pautas para el ejercicio del trabajo en libertad, el derecho a la agremiación libre y las garantías para el ejercicio de la gestión sindical y estabilidad en el empleo, y al dictaminar que el Estado garantiza el otorgamiento de los beneficios de la seguridad social.

De todos modos, esta omisión no es relevante, porque todo el ordenamiento jurídico debe adecuarse a la Constitución y a los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22).

Tampoco están incluidos en la enunciación del art. 1°, LCT, los tratados y concordatos que tienen jerarquía superior a las leyes, en virtud de lo establecido en el art. 75, inc. 22, CN.

La aplicación del derecho común en el derecho del trabajo puede ser subsidiaria o supletoria, cuando se aplica una norma de otra rama o análoga, si importa la adaptación de la solución dada por el derecho civil a los requerimientos del derecho del trabajo.

Se debe recurrir al derecho común cuando determinadas cuestiones no fueron conceptualizadas ni definidas por el legislador (por ejemplo, determinados institutos que se mencionan en los textos legales) o en caso de tratarse de conceptos jurídicos especialmente considerados dentro del contrato de trabajo en los que no se ha aportado su significado. Por ejemplo, el modo de contar los intervalos de tiempo, los conceptos de culpa, dolo, fuerza mayor, solidaridad, los efectos de la mora en el cumplimiento de las obligaciones, etcétera.

## 2. Clasificación

Por su alcance, cabe distinguir las *fuentes especiales* y las *generales*.

*a)* Las *fuentes especiales* tienen un alcance reducido, ya que *se dirigen a un conjunto determinado de personas*; por ejemplo, a una categoría de trabajadores amparados por un estatuto profesional o un convenio colectivo de trabajo.

*b)* Las *fuentes generales* tienen un alcance amplio, ya que *abarcan la generalidad de los trabajadores*, los cuales, por ejemplo, están amparados por la LCT o la Ley de Riesgos del Trabajo.

Teniendo en cuenta su relación con el derecho del trabajo, se las puede clasificar en *fuentes clásicas y propias*:

*a) Las fuentes clásicas (o generales) son aquellas que se presentan en todas las ramas del derecho*:

1) la Constitución Nacional;
2) los tratados con naciones extranjeras;
3) las leyes y sus reglamentaciones;
4) la jurisprudencia;
5) los usos y costumbres.
6) la voluntad de las partes.

*b) Las fuentes propias (o específicas) son exclusivas del derecho del trabajo*:

1) los convenios colectivos;
2) los estatutos profesionales;
3) los laudos arbitrales voluntarios y obligatorios;
4) los convenios de la OIT;
5) los reglamentos de empresas;
6) los usos de empresas.

### *2.1. Fuentes clásicas*

***1) Constitución Nacional***. Los derechos sociales fueron introducidos en la Constitución Nacional con la reforma de 1957, que incorporó el *art. 14 bis*. El texto original de 1853 sólo se ocupaba del derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita (art. 14).

El art. 14 bis consagra el constitucionalismo social en la Argentina; el Estado debe respetar los derechos de los trabajadores, los derechos sindicales y los emergentes de la seguridad social, absteniéndose de asumir cualquier conducta que, de algún modo, lesione dichos derechos.

Respecto de su interpretación, deben armonizarse con los demás derechos amparados por el texto constitucional, evitando su colisión.

Las cláusulas sociales contenidas en la Constitución Nacional, en tanto establezcan competencias negativas —esto es, imponen al Estado obligaciones de no hacer—, son siempre ope-

rativas. No ocurre lo mismo con las que atribuyen competencias positivas, ya que por lo general requieren de normas supletorias que las regulen e indiquen su modo de ejercicio.

El tema se desarrolla al final del capítulo.

***2) Tratados con naciones extranjeras***. En virtud de lo dispuesto en el art. 31, CN, en el derecho argentino los tratados internacionales constituyen una fuente formal. Para que resultaran aplicables y exigibles en el derecho interno nacional requerían no sólo que fueran suscriptos por nuestro país, sino que debían ser ratificados por una ley dictada a tal efecto por el Congreso nacional (teoría dualista).

Sin embargo, a partir de la reforma constitucional de 1994, los tratados internacionales suscriptos y ratificados por nuestro país son aplicables en el derecho interno (teoría monista).

El art. 31, CN, otorga a los tratados con potencias extranjeras la jerarquía de ley suprema de la Nación, junto con la propia Carta Magna y las leyes que en su consecuencia dicte el Congreso.

Pero la reforma de la Constitución Nacional de 1994 modificó la redacción del art. 75 —atribuciones del Congreso—, que ahora, en su inc. 22, párr. 1°, establece que corresponde al Congreso de la Nación "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..."; asimismo, el párr. 2°, inc. 22, art. 75, enumera los tratados relativos a los derechos humanos que tienen jerarquía constitucional, y el párr. 3° dicta el modo en que futuros tratados de tal índole podrán gozar de dicha jerarquía constitucional.

Por lo tanto, deben diferenciarse *dos tipos de tratados*:

*a)* los *referidos a derechos humanos* enumerados en los párrs. 2° y 3°, que pueden ser considerados como si fueran la *letra misma de la Constitución*; por ejemplo, el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos);

*b)* los *demás tratados* y los concordatos con la Santa Sede, que tienen *jerarquía superior a las demás leyes pero inferior a la Constitución Nacional.*

El tema se desarrolla en el capítulo "Derecho internacional del trabajo".

***3) Leyes y sus reglamentaciones***. En sentido amplio, la ley es toda norma jurídica con cierto grado de generalidad. La LCT menciona como fuente, en el art. 1°, a esta ley (LCT) y a las leyes y los estatutos profesionales.

*La LCT es una ley general que se ocupa de las relaciones individuales del trabajo.* Constituye el *cuerpo normativo básico* al cual se debe recurrir cuando no existe otra regulación del contrato o en caso de no existir un convenio colectivo o un estatuto profesional, o ante un acuerdo individual que viola alguna de las normas imperativas que constituyen el orden público laboral.

También se deben destacar, en materia de derecho individual, las leyes 24.013, 24.467, 25.323, 25.345, 25.877, 26.390, 26.427, 26.428, 26.474, 26.476, 26.574, 26.590, 26.593, 26.597, 26.598, entre otras, y el dec. 1584/2010 (BO del 3/11/2010) y, en materia de derecho colectivo, las leyes 14.250 (reformada por la ley 25.877) y 23.551, entre otras.

*Otras leyes generales* se refieren a materias determinadas; por ejemplo, la Ley de Riesgos del Trabajo (24.557), la de Jornada de Trabajo (ley 11.544) y la de Higiene y Seguridad (ley 19.587). También existen leyes que se ocupan exclusivamente del personal de determinadas actividades: los denominados *estatutos especiales o profesionales.*

Cabe recordar que las leyes procesales son competencia que las provincias han conservado para sí; por tanto, en cada provincia hay distintos códigos o leyes de procedimiento laboral.

Los *decretos reglamentarios* que dicta el Poder Ejecutivo nacional, en virtud de lo dispuesto en el inc. 2°, art. 99, CN, son necesarios para adecuar el texto de la ley a situaciones concretas.

Las *resoluciones administrativas* surgen de facultades normativas limitadas y específicas que otorgan las leyes a determinados organismos administrativos para interpretar normas o re-

glamentarlas sin alterar su esencia (por ejemplo, resoluciones del Ministerio de Trabajo, Administración Federal de Ingresos Públicos [AFIP], etcétera).

***4) Jurisprudencia***. Los *fallos judiciales, especialmente los emanados de los tribunales superiores*, constituyen una fuente para la sanción de nuevas normas y la interpretación y modificación de las existentes. La reiteración de los fallos en determinado sentido y su aceptación ha fundado o consolidado doctrinas jurisprudenciales con alcance general, las cuales, en muchos casos, se han transformado en leyes.

Los pronunciamientos judiciales se erigen como fuente esencial del derecho del trabajo, brindando respuestas concretas e inmediatas a las situaciones que se van planteando y coadyuvan a la paz social y a la seguridad jurídica.

Resulta trascendente destacar la autoridad de los *fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* que unifican los criterios sobre determinado tema y que son acatados por los tribunales inferiores, aunque no son vinculantes porque no opera como tribunal de casación.

Si bien las sentencias de la Corte sólo deciden en procesos concretos y sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a ellos (Fallos 25:364; 212:51 y 160), por cuanto por disposición de la Constitución Nacional y de la correspondiente ley reglamentaria la Corte tiene autoridad definitiva para la justicia de la República (sala 1ª, 16/4/2003, "Martínez, Rubén y otros v. Banco Bansud", y 23/4/2003, "Dinardi, Leonardo y otros v. Orofix Bijouterie SRL y otros"). Carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (sala 3ª, 28/11/2003, "Larrauri, María y otros v. AFIP").

Los fallos de la Corte sobre la Ley de Riesgos del Trabajo, que declararon inconstitucionales diversos artículos de la ley 24.557 (desde "Castillo", "Aquino" y "Milone" —de 2004— hasta los de fines de 2010) son fuente de derecho indiscutible, y la base y el punto de partida de los proyectos de reforma de dicho cuerpo legal. También han tenido esencial incidencia otros fallos de la Corte, entre ellos, el caso "Vizzoti" sobre el tope salarial del art. 245, LCT, y los casos "Madorrán", "Ruiz" (2007), "González", "Ramos" y "Álvarez"(2010).

También los *fallos plenarios de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo*, que son dictados cuando existen criterios distintos entre dos salas de la Cámara sobre un tema idéntico; conforme a lo previsto en el art. 303, CPCCN, resultan obligatorios para todas las salas del tribunal y para los juzgados de primera instancia y tribunales inferiores. Asimismo, cabe destacar los fallos de los tribunales nacionales y provinciales.

***5) Usos y costumbres***. Los usos y costumbres *son la repetición de actos o conductas socialmente aceptadas a lo largo del tiempo*. En el ámbito del derecho del trabajo se utiliza cuando nada puede extraerse de las demás fuentes; se configura cuando, en una actividad, las partes reiteradamente asumen determinada conducta que motiva que se la tenga por incorporada al contrato de trabajo.

El derecho de la costumbre, que tiene sus bases en usos y prácticas de la vida social, necesita la prueba de su notoriedad cuando no ha sido reconocida en precedentes jurisprudenciales o tratada particularmente por la doctrina.

Para asumir el carácter de obligatoriedad como fuente de derecho, su reiteración debe ser lo suficientemente extendida y aceptada en la actividad de que se trate de tal suerte que permita concluir que es aceptada por las partes como una convención tácita (sala 10ª, 31/5/1999, "Scotti, Roxana v. Emirian Artin y otros").

Por ejemplo, la comisión de los peones de taxi, tanto en lo referido a la forma de recaudación, como a la percepción no documentada del monto percibido.

Los usos y costumbres producen plenos efectos cuando ratifican el contenido de la ley (costumbre *secundum legem*) o mejoran las condiciones mínimas de trabajo; o bien cuando se ocupan de aspectos no legislados (costumbre *prater legem*).

En cambio, no puede ser considerada fuente de derecho cuando viola normas imperativas que constituyen el orden público laboral (costumbre *contra legem*).

***6) Voluntad de las partes***. Surge de la celebración del contrato de trabajo y de cualquier concertación posterior, cuyo contenido las partes pueden regular siempre que no violenten disposiciones de orden público ni el principio de irrenunciabilidad. Esta limitación produce que esta fuente, que tiene tanta relevancia en el derecho civil, se transforme en la menos trascendente en el derecho del trabajo.

La voluntad unilateral del empleador es fuente de derecho con relación a él mismo y, de esta forma, queda comprendida en el concepto más amplio de la "voluntad de las partes" como una de las fuentes de regulación del contrato y la relación de trabajo que establece la LCT —art. 1°, inc. d)— (sala 3ª, 31/3/2004, "Arévalo, Julio v. Transportadora de caudales Juncadella SA").

Es fuente de derecho porque permite al empleador establecer un orden vinculante con relación a sus trabajadores, y también en cuanto resulta obligado por los deberes que por propia decisión decide incorporar al plexo de derechos y obligaciones que constituye el estatus jurídico de la relación de trabajo.

### *2.2. Fuentes propias*

***1) Convenios colectivos***. Constituye una *fuente autónoma y propia del derecho del trabajo* regulada en la ley 14.250 (modif. por ley 25.877). *Es el acuerdo celebrado entre una asociación sindical con personería gremial y una empresa o grupo de empresas o una asociación profesional de empleadores que debe ser homologado por el Ministerio de Trabajo.*

Tiene por objeto fijar condiciones de trabajo y empleo en determinada categoría profesional, es decir, respecto de los sujetos comprendidos en una actividad, oficio o empresa. Es obligatorio no sólo para los firmantes, sino también para los trabajadores y empleadores comprendidos en su ámbito de aplicación.

En cuanto a su naturaleza jurídica, tomando en consideración su forma de celebración, tiene "cuerpo" de contrato —es un acuerdo de voluntades—, pero por su alcance y por requerir el control de legalidad de la autoridad de aplicación —homologación— tiene "alma" de ley, aunque no en sentido formal.

Los convenios colectivos deben diferenciarse de los contratos celebrados por empresas con grupos de trabajadores, que son acuerdos que tienen por partes al empleador y a un grupo de trabajadores, sea en forma directa, o bien representados por sus delegados. Lo convenido —que no tiene los alcances ni efectos del convenio colectivo— está dirigido a reglamentar ciertas aspectos de la relación laboral, que se incorporan a los contratos individuales de los sujetos intervinientes.

También debe distinguirse los contratos de empresas de los acuerdos plurindividuales, ya que mientras en los primeros suele pactarse con los representantes de los trabajadores y tienen efectos extensivos a los trabajadores futuros, esto no sucede con los segundos.

El tema se desarrolla en el capítulo "Negociación colectiva. Convenios colectivos".

***2) Estatutos profesionales.*** Son leyes que se ocupan exclusivamente del personal de determinada actividad, arte, oficio o profesión; regulan sus relaciones laborales y contienen mecanismos antifraude.

Pueden ser clasificados, por el ámbito, en: estatutos de actividad (construcción), de profesión (médicos), de especialidad (viajantes), de arte u oficio (radiotelegrafistas, peluqueros), según la empresa (PyMEs).

Los *principales estatutos especiales o profesionales son los siguientes: de la construcción (ley 22.250), de viajantes de comercio (ley 14.546), de los encargados de casas de renta (ley 12.981), de los periodistas y empleados administrativos de empresas periodísticas (ley 12.908, dec.-ley 13.839/1946), del servicio doméstico (dec.-ley 326/1956).*

El tema se desarrolla en el capítulo "Estatutos especiales".

***3) Laudos arbitrales obligatorios y voluntarios.*** 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 entre las representaciones paritarias.

El art. 7°, ley 14.786, dispone que los laudos tienen el mismo efecto que los convenios colectivos.

En el *laudo arbitral voluntario*, establecido en la ley 14.786 —Ley de Procedimiento Obligatorio de Conciliación de Conflictos Colectivos de Trabajo (arts. 4° a 7°)—, las partes, voluntariamente, eligen a un tercero para que solucione el conflicto.

***4) Los convenios de la OIT.*** La OIT tiene como fines esenciales promover internacionalmente la justicia social, prestar asistencia técnica a los programas de desarrollo económico y social, reunir y difundir toda la información relativa a los problemas del trabajo, establecer normas de validez internacional y controlar su aplicación y eficacia en todos los países.

Los convenios y las recomendaciones son normas de validez internacional que son adoptadas en el seno de la OIT.

Los *convenios* fijan directivas para facilitar la uniformidad de la legislación laboral de los países miembros; mediante las *recomendaciones* busca establecer mecanismos uniformes de validez internacional para llevar a la acción las medidas a adoptar y orientar a los Estados miembros en la preparación de la legislación laboral.

Respecto de la operatividad de las normas emanadas de la OIT, debe distinguirse entre convenios promocionales, normas programáticas, normas con operatividad propia, normas con directivas determinadas sobre temas específicos, normas autoejecutivas y normas que reconocen derechos subjetivos conforme a las condiciones impuestas por los Estados.

Si bien ningún convenio de la OIT figura en la nómina del denominado "bloque de constitucionalidad", el convenio 87 sobre libertad sindical está mencionado en los pactos en la parte pertinente al derecho sindical, indicándose que ninguna disposición autoriza a los Estados parte a "adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías".

Sobre la base de ello, podría concluirse que el convenio 87 goza de una jerarquía constitucional sui géneris.

La República Argentina ha ratificado, entre otros, los siguientes convenios de la OIT:

— Sobre derecho individual: convenio 1, sobre jornada de trabajo (1919); convenio 3, sobre protección a la maternidad (1919); convenio 26, sobre métodos para fijación de salarios mínimos (1928); convenio 100, sobre el principio de igual remuneración por igual tarea (1951); convenio 105, sobre abolición del trabajo forzoso (1957), convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil (1929), convenio 177 sobre trabajo a domicilio (1996).

— Sobre derecho colectivo: convenio 87, sobre libertad sindical y protección del derecho a la sindicalización (1948), convenio 98, sobre derechos sindicales y de negociación colectiva (1949), convenio 135, sobre representantes de los trabajadores (1971).

Con la reforma constitucional de 1994, la Argentina adhirió a la teoría "monista"; por ende, los convenios de la OIT, suscriptos y ratificados por nuestro país, son aplicables en el derecho interno.

El tema se desarrolla en el capítulo "Derecho internacional del trabajo".

***5) Reglamentos de empresas***. También son llamados acuerdos internos de empresa o reglamentos de taller; las empresas tienen la posibilidad de organizar el trabajo en un ordenamiento escrito.

Por medio del reglamento de empresa, el empresario puede *organizar la prestación laboral y reglamentar cuestiones referidas a las conductas del personal en el trabajo*, que establezcan obligaciones y prohibiciones propias de la actividad o de la forma habitual de efectuar las tareas.

Los reglamentos de empresa o taller son una serie de normas relativas al trabajo dentro de un establecimiento determinado y a las sanciones derivadas de su incumplimiento. Por lo general, la empresa pretende establecer el modo de cumplimiento del débito laboral, y fijar específicamente los derechos y deberes de cada una de las partes.

Como emanan exclusivamente de la voluntad del empleador, no requieren homologación ni autorización alguna, y su límite reside en las propias facultades de organización, dirección, control y disciplina.

Sus disposiciones son exigibles y tienen validez y, por ende, deben ser acatadas por los trabajadores, obviamente, si sus cláusulas no se contraponen a las normas de la LCT, ni a las disposiciones del convenio colectivo aplicables a la actividad o a la empresa, ni a lo pactado en el contrato individual de trabajo.

***6) Usos de empresas***. Se trata de *usos frecuentes y generalizados de la empresa respecto de su personal*, referidos a la forma de prestar las tareas, la organización del trabajo, las conductas a asumir en determinadas ocasiones, etcétera.

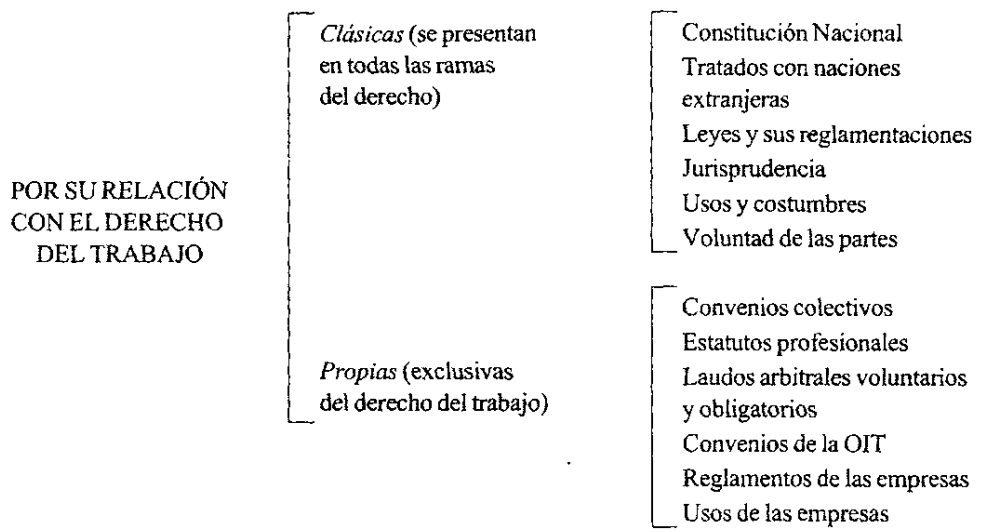
Tienen un alcance similar al reglamento de empresa en tanto se pruebe la existencia de la repetición de los actos y la aceptación reiterada de tales conductas. La diferencia es que las condiciones de la prestación laboral no están fijadas en un reglamento escrito.

La jurisprudencia ha sostenido que tanto los reglamentos de empresa como las costumbres y usos empresarios constituyen una expresión de la voluntad del empleador como fuente de creación de obligaciones (sala 2ª, 17/5/1996, "Gómez, Oscar v. Autolatina SA s/cobro de salarios").

## Clasificación de las fuentes

| | | |
|---|---|---|
| POR SU ALCANCE | *Especiales* | Se dirigen a un conjunto determinado de personas |
| | *Generales* | Abarcan la generalidad de los trabajadores |

INVENTARIO 29129
TOPOGRAFIA




## II. ORDEN JERÁRQUICO Y ORDEN DE PRELACIÓN. CONFLICTOS DE NORMAS

El orden jerárquico surge de lo dispuesto en los arts. 31 y 75, inc. 22, CN (redacción según la reforma de 1994).

La jerarquía máxima la tiene la *Constitución Nacional y los tratados internacionales relativos a los derechos humanos*; en segundo lugar se ubican los *demás tratados internacionales*; en tercer lugar, las *leyes*, y luego los *convenios colectivos y laudos arbitrales* (voluntarios u obligatorios) *con fuerza de convenios colectivos*, y los *usos y costumbres*.

En el ámbito del derecho del trabajo, *el orden jerárquico de las normas no coincide con el orden de prelación o de aplicación concreta* de ellas a un caso determinado.

Al regir el principio protectorio con sus tres reglas, *una norma de jerarquía inferior puede prevalecer sobre otra de jerarquía superior si resulta más favorable al trabajador*; por ejemplo, un convenio colectivo se aplica por encima de la ley porque establece condiciones más favorables al trabajador.

Se debe recordar que la autonomía de la voluntad individual está limitada por las normas imperativas que constituyen el orden público laboral y que surgen de las disposiciones de la LCT y del convenio colectivo aplicable.

De presentarse un conflicto en la aplicación de las distintas fuentes del derecho del trabajo (dejando a un lado la Constitución Nacional y los tratados internacionales), la ley —en principio— se impone sobre las demás fuentes.

*La ley tiene jerarquía superior al convenio colectivo* (art. 7°, ley 14.250); por ende, excepcionalmente y teniendo en cuenta cada caso particular, una ley podría derogar una cláusula de un convenio colectivo si afecta el orden público absoluto y en situaciones de emergencia (Corte Sup., 24/12/1985, "Nordensthol, Gustavo v. Subterráneos de Buenos Aires", Fallos 307-326; 7/8/1990, "Soengas v. Ferrocarriles Argentinos", S.101.XXII).

Resulta indiscutible que una ley posterior deroga a la anterior que ocupa el mismo espacio normativo. Una ley general posterior complementa a una ley especial, salvo que otorgue mejores derechos al trabajador; en ese caso, la sustituye parcial o totalmente.

*El convenio colectivo tiene eficacia derogatoria respecto de una ley anterior menos beneficiosa y deja sin efecto el convenio colectivo anterior aun cuando otorgara mejores dere-*

*chos a los trabajadores*; también deroga cláusulas menos favorables incluidas en un contrato individual. En cambio, las cláusulas normativas de los convenios colectivos no se incorporan al contrato individual.

Al contrario, *la ley ni el convenio colectivo pueden afectar el contrato individual anterior que otorga mayores beneficios al trabajador*; en este caso, el contrato individual se impone tanto al convenio colectivo como a la ley.

En síntesis, para saber cuál es la *fuente* (ley, convenio colectivo, etc.) *que corresponde aplicar* al caso concreto, se deben tener en cuenta los principios propios del derecho del trabajo y *analizar lo siguiente*:

1) lo pactado por el trabajador en el contrato individual de trabajo;

2) observar si a la actividad o a la empresa le resulta aplicable un convenio colectivo de trabajo, o bien si la actividad está regida por un estatuto especial, o si existe un reglamento de empresa;

3) si la respuesta a los puntos 1 y 2 es afirmativa, verificar que ninguna de las cláusulas o normas contenidas en dichas fuentes viole el orden público laboral;

4) si la respuesta a los dos primeros puntos es negativa, o la del punto 3 es afirmativa, se debe aplicar la LCT.

*Cuando colisionan dos o más fuentes de derecho* en la resolución de un caso específico, es decir que se produce un conflicto entre ellas, y cada fuente (ley, convenio o estatuto especial) otorga distintos beneficios al trabajador, se debe *aplicar la regla del régimen más favorable.*

Para lograr tal objetivo, doctrinariamente *se han establecido tres criterios*:

—*Acumulación*: en este sistema se toman normas y cláusulas más favorables de cada una de las fuentes de derecho, y con ellas se conforma una nueva norma.

— *Conglobamiento*: en este sistema se elige la fuente que contenga mayores beneficios para el trabajador y se descarta la restante.

— *Conglobamiento por instituciones*: es un método orgánico en el cual se toman como base, para efectuar la elección, las normas más favorables contenidas en un determinado instituto; es decir que se divide la norma por institutos y luego se elige aquella que tenga mayores beneficios para el trabajador. Éste es el sistema adoptado por la LCT.

El *ámbito geográfico de la aplicación del derecho del trabajo* es el territorio nacional y las zonas sometidas a su jurisdicción. Ante la ejecución de un contrato de trabajo dentro del territorio nacional hay que aplicar las normas laborales argentinas, independientemente de si el acuerdo se celebró dentro o fuera del territorio.

Cuando los casos son mixtos —con elementos nacionales y de uno o más países— se debe recurrir al derecho internacional privado para resolver la aplicación de las normas en conflicto y, en función de ellas, determinar la normativa aplicable y el juez competente para entender en la causa. Aun cuando el contrato se haya ejecutado en la Argentina, en los casos mixtos se puede aplicar el derecho extranjero si las normas resultan más favorables al trabajador.

El tema se desarrolla en el capítulo "Derecho internacional del trabajo".




## III. CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Hacia fines del siglo XIX y comienzos del XX, a los partidos tradicionales de la burguesía de corte liberal y capitalista se sumaron los representantes de las clases medias y trabajadoras. Ello trajo como consecuencia el traslado a los parlamentos de los antagonismos que hasta ese momento sólo venían produciéndose en el ámbito social.

El afianzamiento de estos nuevos sectores y la sanción de leyes orientadas a mejorar las condiciones de la vida y de la prestación laboral de los trabajadores provocó la aparición de lo que hoy llamamos "Estado social de derecho", que se caracteriza por la introducción de derechos y principios sociales en los textos constitucionales de los Estados.

En consecuencia, se puede definir el constitucionalismo social como la corriente de opinión que ha introducido en las constituciones de los Estados, en forma explícita, derechos y garantías de contenido social —cláusulas sobre salario justo, igual remuneración por igual tarea, derecho de huelga, vivienda digna, etc.— que en las constituciones clásicas estaban implícitos.

Como ejemplos cabe citar *dos Constituciones* cuya influencia fue decisiva en la construcción de esta nueva corriente: *la mexicana de 1917* y *la alemana de 1919 (Constitución de Weimar)*.

*México* fue el primer país que incluyó en forma orgánica en un texto constitucional los principios generales del derecho del trabajo. Cabe destacar lo establecido respecto del contrato de trabajo, de la jornada laboral de ocho horas, del descanso semanal de un día, del salario mínimo, vital e inembargable, del pago diferenciado de las horas extraordinarias de labor y de la inembargabilidad de los bienes declarados como patrimonio familiar del trabajador.

La *Constitución de Weimar* consagra la protección estatal para el trabajo en todas sus formas, la libertad y el derecho de trabajo, el derecho a la huelga, la libertad de agremiación, el control de las condiciones del trabajo y de la producción en beneficio del obrero.

*En la República Argentina, el principal antecedente del constitucionalismo social fue la Constitución de 1949*, que *consagró* en su texto *el derecho al trabajo, la retribución justa, la capacitación del trabajador, las condiciones dignas de trabajo, el cuidado de la salud, el bienestar personal y familiar del trabajador, la seguridad social, el progreso económico y la agremiación.*

### 1. El art. 14 bis, CN

Producido el golpe de Estado de 1955, quedó suprimida la Constitución de 1949 y retomó vigencia la de 1853 con las reformas introducidas hasta ese momento.

Sin embargo, los derechos sociales y la protección al trabajador eran valores que ya estaban definitivamente instalados no sólo a nivel nacional, sino en el plano internacional. De allí que los redactores de la reforma de la Constitución incorporaran, en 1957, el art. 14 bis, que otorgó rango constitucional a los derechos del trabajador, a los derechos sindicales y a los derechos emergentes de la seguridad social.

De lo expuesto cabe afirmar que *los derechos sociales y laborales quedaron establecidos al incorporar el art. 14 bis a la Constitución Nacional*. Así, dentro de una Constitución de corte liberal, que reflejaba las ideas de la época, se introdujo un artículo que consagró los derechos sociales y el constitucionalismo social.

El art. 14 bis *consagra las garantías mínimas del trabajo en la Argentina* en los siguientes aspectos:

***a) Derechos del trabajador en el contrato de trabajo***: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada y descanso y vacaciones pagas; régimen remuneratorio (remuneración justa, salario mínimo, vital y móvil, igual remuneración por igual tarea y participación en las ganancias con control de la producción y colaboración en la dirección); protección contra el despido arbitrario del empleado privado y estabilidad del empleado público; estabilidad del representante sindical; compensación económica familiar (asignaciones familiares).

***b) Derechos sindicales***: derecho a la organización sindical libre y democrática reconocida por la simple inscripción en un registro especial; derecho de los sindicatos a concertar convenios colectivos de trabajo, a recurrir a la conciliación, al arbitraje y a la huelga; protección especial a los representantes gremiales para el ejercicio de su gestión, en especial la relacionada con la estabilidad en su empleo.

***c) Derechos emanados de la seguridad social***: otorgamiento de los beneficios de la seguridad social con carácter de integral e irrenunciable; seguro social obligatorio a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía económica; jubilaciones y pensiones móviles; protección integral de la familia (defensa del bien de familia, compensación económica familiar y acceso a una vivienda digna).

Para determinar su alcance *es importante distinguir si los derechos y garantías consagrados en el art. 14 bis*, en cada una de sus cláusulas, están enunciados en forma operativa o programática:

— *Normas operativas*: generan derechos y obligaciones que permiten accionar directamente con la sola invocación del derecho constitucional. Las cláusulas operativas se aplican y funcionan sin necesidad de reglamentación ni actividad ulterior de los órganos de poder.

Los derechos establecidos en el art. 14 bis, claramente operativos, son la estabilidad del empleado público, el derecho de huelga, el principio de igual remuneración por igual tarea; estos derechos admiten la reglamentación pero no la exigen imprescindiblemente.

— *Normas programáticas*: requieren de otras normas de carácter reglamentario para que se pueda invocar derechos a su respecto. Su aplicación queda diferida a la decisión del legislador común, que tiene el mandato del constituyente para dictar la norma reglamentaria que haga efectivo el derecho constitucional "programático".

Las cláusulas programáticas necesitan, para su aplicación y funcionamiento, de una norma reglamentaria. En ausencia de la norma reglamentaria, la cláusula constitucional programática no goza de andamiaje propio; el derecho permanece en expectativa. Por ejemplo, la participación en la ganancia de las empresas (art. 14 bis, CN) y el juicio por jurados (art. 118, CN) son dos cláusulas programáticas de la Constitución Nacional.

En seguida se analizan sucintamente cada uno de los *derechos consagrados en el art. 14 bis*, CN.

— *Derecho de trabajar*: es el derecho a elegir la propia actividad, concretado de manera efectiva en un contrato de trabajo. También implica el derecho a la libertad de contratar.

— *Derecho a las condiciones dignas y equitativas de labor*: alude a la calidad de trato que debe recibir el trabajador. Las "condiciones dignas" abarcan también el ambiente, lugar, horario, descanso, retribución, trato respetuoso, etcétera.

El adjetivo "dignas" debe ser interpretado como condición compatible con la dignidad del hombre. El adjetivo "equitativas" alude a la justicia de cada caso particular, al trabajador en cada situación.

— *Derecho a la jornada limitada*: con ello se establece constitucionalmente que *el tiempo de trabajo no puede insumir todo el tiempo de vida del hombre*. La duración del trabajo debe tener tres pausas: la diaria, la semanal y la anual.

El texto *no establece una cantidad máxima de horas; hace referencia a una jornada limitada*, desde el punto de vista del principio de razonabilidad, y teniendo en cuenta la índole del trabajo; varía, por ejemplo, si es insalubre o si se trata de un menor. La ley es la que fija la cantidad de horas; uno de los principios de la OIT establece, desde 1919, que la jornada máxima de labor no puede exceder de ocho horas diarias.

— *Derecho al descanso y vacaciones pagadas*: tiene relación con lo expresado anteriormente, debiéndose destacar que el adjetivo "pagadas", debe ser entendido como pago previo o anticipado.

— *Derecho a la retribución justa*: cabe entenderlo como el derecho a percibir un salario que, por su monto y oportunidad de pago, resulta suficiente para vivir.

— *Derecho al salario mínimo, vital y móvil*: se refiere a aquella remuneración por debajo de cuyo monto se presume que resulta insuficiente para garantizar la supervivencia del trabajador, es decir, para satisfacer sus necesidades vitales que no sólo le permitan vivir, sino, además, vivir bien.

Ni en los convenios colectivos ni en los contratos individuales de trabajo se puede pactar un salario menor al considerado legalmente como mínimo y vital. El salario también debe ser "móvil", porque si existe "inflación" el salario debe ser ajustado para no perder su poder adquisitivo.

— *Derecho a percibir igual remuneración por igual tarea*: ésta es la única igualdad que la Constitución consagra en las relaciones privadas. Tiene por finalidad suprimir la arbitrariedad en cuanto a la fijación de retribución entre personas que realizan iguales tareas (sobre todo por sexo o edad), evitando discriminaciones.

Este precepto no se opone a que el empleador otorgue un trato distinto, fundado en razones objetivas como, por ejemplo, por mayor eficacia, laboriosidad, contracción al trabajo; no se prohíbe al empleador premiar —por encima de lo estipulado en el convenio— a aquellos trabajadores que demuestren mérito suficiente, sino que se sanciona el trato discriminatorio y arbitrario ante situaciones iguales.

— *Derecho a participar en el beneficio, el control y la dirección de la empresa*: la "participación en los beneficios" es un aspecto salarial. El "control de la producción y la colaboración en la dirección de la empresa" sirve para que el trabajador tenga derecho a verificar el crédito patronal; estos dos últimos derechos no tienen carácter remuneratorio.

La participación es debida a todo empleado que coopere directamente para la obtención de un beneficio lucrativo.

Se plantea el problema de que, para participar en la producción, debe existir control y colaboración en la dirección. Salvo acuerdo de partes, la participación en las ganancias no puede sustituir ni absorber el monto de la remuneración. Esa participación es un adicional o suplemento por encima del salario mínimo.

Este principio de participación trae aparejados diferentes problemas. En la norma constitucional no hay pauta alguna sobre cómo se debe hacer el reparto de las ganancias; no se dispone si es conforme al salario, a la antigüedad o a la asistencia, etc. Asimismo, el control de la producción de la empresa implicaría, por ejemplo, la necesidad de exhibir los libros de comercio para detectar las ganancias a dividir.

— *Derecho a la protección contra el despido arbitrario y a la estabilidad del empleado público*: hay que distinguir entre relaciones laborales privadas y empleo público.

En el campo de las *relaciones laborales privadas* rige la *estabilidad impropia*, que no prohíbe el despido ni lo anula, sino que se limita a establecer una compensación económica reparatoria; es decir que no existe la reinstalación en el empleo, sino que la reparación por el despido incausado se traduce en el pago de una indemnización.

En el ámbito del *empleo público*, el derecho a la protección contra el despido arbitrario se vincula con la *estabilidad del empleado público*, que es *propia* y está asegurada por la nulidad de la cesantía arbitraria y la obligación estatal de reincorporación.

La doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostienen que la estabilidad del empleado público, garantizada por el art. 14 bis, obliga también a las provincias y alcanza, por consiguiente, al personal de las administraciones locales.

En el caso del empleado público, ante una cesantía sin causa legal justa o sin sumario, el Estado está obligado a reincorporarlo.

Este tipo especial de *estabilidad queda vulnerada* en los siguientes casos: *a)* si la cesantía se dispone sin causa legal suficientemente razonable; *b)* si se dispone sin sumario previo y sin forma suficiente de debido proceso; y *c)* si se declara en comisión al personal.

Al contrario, no *se ha considerado vulnerada la estabilidad del empleado público: a)* cuando hay causa legal razonable, acreditada por un sumario previo; *b)* cuando se suprime el empleo; *c)* cuando se dispone la cesantía por razones de verdadera racionalización o economía administrativa, fehacientemente acreditada; y *d)* cuando el empleado está en condiciones de jubilarse con beneficio ordinario.

— *Derecho a la organización sindical*: surge del art. 14 bis cuando se refiere a "asociarse con fines útiles". Esta libertad implica la posibilidad de formar una asociación, poder ingresar en ella, desasociarse y no ser compelido a asociarse.

Asimismo, hace referencia a una *organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial*. Se debe distinguir entre "unidad sindical", en la que sólo se reconoce un sindicato por cada sector de actividad o profesión, y "pluralidad sindical", en la que puede actuar más de uno.

Efectuando una interpretación literal, el art. 14 bis parece optar por el sistema de pluralidad sindical, deduciéndose ello de la referencia a "la organización libre y democrática". Cabe entender como organización "libre" a aquella exenta de trabas, tanto para su formación como para su desenvolvimiento, sin coerciones estatales de ninguna especie, como tampoco de los empleadores o de los partidos políticos.

Por su parte, "organización democrática" significa una organización respetuosa de la persona, de sus libertades y de sus derechos.

De los dos conceptos indicados en el párrafo anterior se deducen las siguientes ideas: 1) que por categoría profesional pueden existir tantas organizaciones como trabajadores de ella quieran formar una organización; 2) que cada trabajador tiene derecho a afiliarse o no afiliarse a organización alguna; 3) que la estructura interna de las organizaciones debe ser libre y democrática respecto de su conformación, elección de autoridades, actividad de sus miembros, etcétera.

Sin embargo, la ley 23.551 —y las dictadas sobre las asociaciones sindicales con anterioridad— adopta el sistema de unidad sindical.

El tema se desarrolla en el capítulo "Asociaciones sindicales de trabajadores".

— *Derecho de huelga*: el derecho de huelga está constitucionalmente reconocido a los trabajadores, pero no como movimiento individual, sino colectivo. Es decir que le pertenece a la pluralidad de los trabajadores que comparten un mismo conflicto. *El sujeto de la huelga es el sindicato*: no existe norma expresa que reconozca el derecho de huelga o lo niegue a otros sujetos activos distintos de los gremios.

El art. 14 bis atribuyó el derecho de huelga a los gremios que se constituyen en sujetos activos de la huelga, por lo que no puede negarse su ejercicio.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció que el derecho de huelga *es operativo*, es decir que puede ser invocado y ejercido aunque no se dicte una ley que lo reglamente.

La doctrina iuslaboralista ha coincidido en considerarla como un conflicto colectivo y gremial, consistente en la suspensión o abstención del trabajo, con carácter temporal y con abandono del lugar de tareas para reclamar y obtener del empleador el reconocimiento o la mejora de prestaciones con fines de política social.

Queda reservado a la doctrina encuadrar o no dentro de aquel concepto las huelgas de solidaridad o con fines políticos. Es importante establecer el contenido del derecho de huelga, ya que los otros medios de acción directa están excluidos del amparo constitucional.

El tema es desarrollado en el capítulo "Conflictos colectivos de trabajo".

— *Derecho de los representantes sindicales a las garantías gremiales*: los representantes gremiales gozan de las garantías necesarias *para el cumplimiento de su gestión sindical* y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

La norma no se pronuncia sobre quiénes son los representantes gremiales: la ley, la justicia y la doctrina son las que deben establecerlo. Si en sede judicial alguien no incluido en la nómina legal acredita ser realmente dirigente gremial, se le podría extender el amparo constitucional.

Cabe interpretar la expresión "representante gremial" con elasticidad, de modo que ningún trabajador, que bajo una u otra denominación desempeña permanente o transitoriamente esa función, quede desprotegido.

El representante gremial tiene *estabilidad propia relativa*, lo cual impide el despido sin causa y el despido arbitrario y obliga al empleador a reincorporarlo.

Es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que los representantes gremiales no están al margen de medidas de racionalización administrativa general, autorizadas legislativamente, ni están exentos de sanciones disciplinarias.

El tema es desarrollado en el capítulo "Asociaciones sindicales de trabajadores".

— *Derecho a la seguridad social*: el art. 14 bis expresa que "el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social...". Se entiende como tal a aquella que protege a la persona contra la inseguridad social.

Se la conceptúa como un *conjunto de medidas y garantías adoptadas en favor de los hombres para protegerlos contra ciertos riesgos. Los beneficiarios de la seguridad social son todos los hombres* y su objeto es amparar las necesidades que obstaculizan su bienestar.

Después de afirmar que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, el texto añade que tendrá carácter integral e irrenunciable. Por "integral" se debe entender que la cobertura de las necesidades debe ser amplia, sin especificar las necesidades que tiende a amparar. "Irrenunciable", apunta a la obligatoriedad y a que no admite voluntad en contrario, ni la incorporación de particulares al sistema.

También dispone que se establecerá un seguro social obligatorio; no se refiere a las jubilaciones y pensiones, sino que apunta a cubrir necesidades distintas de las amparadas por el sistema jubilatorio.

Sin embargo, se podría interpretar que el régimen jubilatorio es una forma posible de seguro social, quedando absorbido por éste. En realidad, se debe entender que se trata de cuestiones distintas: el texto del artículo obliga a que el legislador implante ambos sistemas, optando por cubrir algunas necesidades mediante el seguro social y otras mediante las jubilaciones.

El seguro social obligatorio está a cargo de entidades nacionales o provinciales. Esto significa que, en caso de falta de decisiones, no sería inconstitucional que los organismos federales se encargaran de ello.

— *Derecho a la protección de la familia del trabajador*: en la parte final del artículo están enunciadas las cláusulas tutelares de la familia. El art. 14 bis dispone que la ley establecerá la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

El bien de familia y el salario familiar han recibido consagración legal. El acceso a una vivienda digna sigue siendo una promesa incumplida para grandes sectores de la población.

CAPÍTULO IV

# PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

## I. CONCEPTO

Los principios generales del derecho son pautas superiores emanadas de la conciencia social sobre la organización jurídica de una sociedad. Fundamentan el ordenamiento jurídico y orientan al juez o al intérprete de la norma.

Los principios del derecho del trabajo son las *reglas inmutables e ideas esenciales que forman las bases sobre las cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico-laboral.* Su finalidad es proteger la dignidad del trabajador y proyectar su eficacia, tanto al iniciarse el vínculo laboral, como durante su desarrollo y al momento de su extinción.

Sirven también como una especie de filtro para la aplicación de normas ajenas al derecho del trabajo. Si bien la norma hace referencia a ellos, no los expresa directamente (enuncia su presupuesto) ni tampoco contempla un procedimiento técnico de exteriorización.

Para Montoya Melgar son las ideas fundamentales de la organización jurídico-laboral que surgen del orden normativo dado y lo realimentan, dándole determinado sentido a cada una de las disposiciones que lo componen, resultando indispensables para aplicar rectamente sus normas [1].

## II. FUNCIONES

Es posible establecer cuatro funciones esenciales:

1) *Orientadora e informadora*, porque ilustra al legislador y delimita su actuar conforme a las pautas superiores; orienta también a quien debe sancionar una ley y, por ende, sirve como fundamento del ordenamiento jurídico.

2) *Normativa o integrativa*, ya que es un instrumento técnico para cubrir una laguna del ordenamiento jurídico; integra el derecho, actuando como fuente supletoria en caso de ausencia de la ley.

El art. 11, LCT, otorga expresamente la función de integración del derecho jurídico positivo ante una laguna del derecho (carencia de normas), al disponer que "cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato, o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social y a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe".

3) *Interpretadora*, ya que fija reglas de orientación al juez o al intérprete de la norma en las controversias y lo conduce hacia la interpretación correcta; también está dirigida al abogado —que debe encuadrar una norma en un caso determinado— y al jurista y al doctrinario, que fuera de los litigios concretos deben interpretar una norma.

[1] GARCÍA, Manuel A. - MONTOYA MELGAR, Alfredo, cits. por FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado práctico de derecho del trabajo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 1989, p. 160.

Al respecto, la Corte Suprema ha sostenido que en la interpretación de las leyes no es método recomendable el atenerse estrictamente a sus palabras, ya que el espíritu que las informa debe rastrearse en procura de una aplicación racional que avente el riesgo de un formalismo paralizante; lo que ha de perseguirse es una valiosa interpretación de lo que las normas, jurídicamente, han querido mandar (Corte Sup., 12/9/1989, "Partido del Trabajo y del Pueblo").

La ley no debe interpretarse conforme a la literalidad de los vocablos usados ni según rígidas pautas gramaticales, sino con arreglo a su significado jurídico profundo puesto que, por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que dicen jurídicamente en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país, con el fin de establecer la versión técnicamente elaborada de la norma aplicable al caso, por medio de una hermenéutica sistemática, razonable y discreta, que responda a su espíritu y para lograr soluciones justas y adecuadas al reconocimiento de los derechos, sin que pueda prescindirse de la voluntad legislativa (sala 10ª, 10/8/2000, "Gallico Macadar, Alejandro D. v. Aboud, Elías D. y otro"; 26/2/2001, "Cabrera, Ana v. Velasco, Graciela y otro").

4) *Unificante o de armonización de política legislativa y judicial*, ya que vela por la seguridad jurídica al preservar la unidad sistémica del derecho, evitando que tanto el legislador —al sancionar la ley— como el juez —al interpretarla— se aparten del sistema.

Una cuestión controvertida que divide a la doctrina es el *origen o la procedencia de los principios.*

Para los positivistas, que tienen a Kelsen como su máximo exponente, los principios generales del derecho (y especialmente los de cada una de las ramas jurídicas) guardan estrecha y exclusiva dependencia con el derecho vigente. Entienden que los principios son sólo aquellos que han sido acogidos por la normativa que estructura el ordenamiento jurídico de un país y que, según la expresión de Carnelutti, *"se encuentran dentro del derecho escrito como el alcohol dentro del vino: son el espíritu o la esencia de la ley"* [2]. Dentro de la doctrina laboralista argentina comparten esta postura Fernández Madrid y Álvarez.

En cambio, para la postura iusnaturalista —a la que adscribo— los principios no se agotan en aquellos que han sido acogidos por la ley y constituyen la "malla" de la estructura jurídica, hay también otros de derecho natural que la ley puede no haber sancionado positivamente, pero aun considerándolos como derecho extralegal o "extrapositivo" constituyen el fundamento último y primordial del orden jurídico, según la naturaleza de las personas y de las cosas, sobre cuya trama básica se construye el orden positivo [3].

Lo contrario importaría atribuirle al legislador la autoridad suprema de construir el ordenamiento jurídico caprichosamente, aunque no se compadezca con la realidad objetiva. Asiste razón a Orgaz al sostener que los principios generales del derecho no pueden ser ligados a ningún sistema positivo. Habrá que atenerse mejor a los principios de justicia universal, aquella conciencia jurídica de los pueblos de Savigny, que supera las circunstancias de tiempo y lugar.

## III. PRINCIPALES PRINCIPIOS

Los principios del derecho del trabajo más importantes son:

1) Principio protectorio. Se manifiesta en tres reglas:
   *a) in dubio pro operario*;
   *b)* regla de la aplicación de la norma más favorable,
   *c)* regla de la condición más beneficiosa.
2) Principio de irrenunciabilidad de los derechos.

[2] VAZQUEZ VIALARD, Antonio, *Tratado de derecho del trabajo*, t. II, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 127.

[3] VAZQUEZ VIALARD, Antonio, *Tratado...*, cit., t. II, p. 127.

3) Principio de la continuidad de la relación laboral.
4) Principio de primacía de la realidad.
5) Principio de buena fe.
6) Principio de no discriminación e igualdad de trato.
7) Principio de equidad.
8) Principio de justicia social.
9) Principio de gratuidad.
10) Principio de razonabilidad.
11) Principio de progresividad.

## 1. Principio protectorio

Es considerado —junto con el principio de irrenunciabilidad— el más importante. *Tiene como finalidad proteger la dignidad del trabajador en su condición de persona humana.*

Consiste en distintas técnicas dirigidas a *equilibrar las diferencias preexistentes entre trabajador y empleador*, evitando que quienes se desempeñan bajo la dependencia jurídica de otros sean víctimas de abusos que ofendan su dignidad, en virtud del poder diferente de negociación y el desequilibrio jurídico y económico existente entre ellos.

Puede analizarse desde dos aspectos:

Por un lado, como una directiva al legislador para que adopte las técnicas necesarias para cumplir con el art. 14 bis en cuanto consagra que "el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador...".

Por otro lado, como una directiva dirigida al juez para interpretar la norma laboral y valorar la prueba respetando las fuentes y los principios propios.

El principio protectorio *se manifiesta en tres reglas*:

*a) La regla in dubio pro operario*: es una directiva dirigida al juez (o al intérprete) para el caso de existir una duda razonable en la interpretación de una norma. La ley 26.428 (BO del 26/12/2008) modificó el párr. 2°, art. 9°, LCT, y extendió su alcance a la apreciación de la prueba. Su nueva redacción es la siguiente: "...Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador".

Tiene su antecedente en el aforismo del derecho romano según el cual en la duda había que estar a favor del acusado o reo (*in dubio pro reo*), que pasó al derecho civil como *in dubio pro solvendo*, es decir que, en caso de duda, el privilegiado era el deudor.

Esto significa que *si una norma* resulta ambigua, y *puede ser interpretada de varias formas y con distintos alcances, el juez debe, obligatoriamente, inclinarse por la interpretación más favorable al trabajador.*

Resulta obvio que sólo debe aplicársela cuando existan dudas razonables en el alcance o la interpretación de una norma legal o convencional, pero no cuando el texto es claro. En la práctica, por lo general, las dudas se plantean respecto de las cláusulas de los convenios colectivos de trabajo.

La reforma de la ley 26.428 al art. 9°, LCT, es aplicable en los casos de valoración de pruebas en un litigio judicial, y, en el momento de fallar, el juez en caso de duda razonable en la apreciación de la prueba en los casos concretos debe resolver en el sentido más favorable al trabajador, sin perjuicio de su facultad de seguir produciendo pruebas e investigando para alcanzar la certeza y la plena convicción de la razón de quien resulte vencedor en el pleito.

La modificación incorpora la frase que la ley 21.297 había eliminado de la ley 20.744, extendiendo su alcance no sólo en la apreciación de la ley, sino también a la prueba.

El *in dubio pro operario* es una derivación del principio protectorio; de allí que no resultaba lógico reducir su aplicación a la duda en la interpretación de la ley sino que también debía

proyectarse a los casos en que existiera una duda razonable del juzgador, una vez valorada con las reglas de la sana crítica la totalidad de las pruebas producidas en un litigio.

En la práctica, la materialización del principio protectorio se nutre de una actividad jurisdiccional que respete los principios rectores del derecho laboral.

Como lo sostuviera Rubinstein, si bien es cierto que el principio *in dubio pro operario* es de naturaleza procesal, su proyección es de mayor amplitud, ya que se introduce en la problemática filosófica y social para nivelar desigualdades [4]. El brocardo *in dubio pro operario* tiene su raíz, su razón de ser y su sustancia en la justicia social. Su aplicación en materia probatoria resulta de las dudas que puede tener el juzgador después de haber confrontado y analizado las distintas probanzas, entonces él debe recurrir a su aplicación, teniendo en cuenta que para rectificar desigualdades es fundamental incorporar otras [5].

La duda razonable no es la que surge de la ausencia total de pruebas [6]. Debe existir alguna de cualquiera de las partes que lleve a una duda razonable en el juzgador o a la presunción de que le asiste razón al trabajador. Tampoco el juzgador puede suplir deficiencias probatorias, sino valorar la prueba adecuada a las circunstancias y, en aquellos casos de verdadera duda, volcar el resultado de la apreciación en favor del trabajador [7].

*b) La regla de la norma más favorable*: así como en el caso anterior la duda recaía en la interpretación de una norma, aquí *se presentan dos o más normas aplicables a una misma situación jurídica*; en tal caso, *el juez debe, necesariamente, inclinarse por aquella que resulte más favorable al trabajador, aunque sea de jerarquía inferior*. Es decir, mientras que el *in dubio pro operario* es una regla de interpretación, ésta es una regla de aplicación.

El párr. 1°, art. 9°, LCT, establece que "en caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo". Por lo tanto, adopta el sistema de conglobamiento de instituciones.

Cabe recordar que en el fallo plenario 82 del 22/8/1961, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo había optado por el sistema de la acumulación, estableciendo que correspondía aplicar ambas normas según cuál fuera más favorable al trabajador.

La solución fue criticada por Deveali y parte de la doctrina, sosteniendo el sistema de conglobamiento que implicaba adoptar en un rubro determinado una u otra norma, pero no las partes más convenientes de ambas.

Esta regla también se manifiesta en la redacción del art. 8°, LCT, al consignar que "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".

*c) La regla de la condición más beneficiosa*: dispone que *cuando una situación anterior es más beneficiosa para el trabajador se la debe respetar*: la modificación debe ser para ampliar y no para disminuir derechos. El punto de partida es el reconocimiento en el contrato individual de trabajo de una situación concreta más favorable al trabajador que la que establece la nueva norma que se habrá de aplicar.

Resulta indiscutible que el contrato no puede ser modificado en perjuicio del trabajador por debajo del orden público laboral, que está compuesto por las normas imperativas que sur-

[4] RUBINSTEIN, Santiago, "El principio *in dubio pro operario* en materia probatoria", DT 1992-B-2407.

[5] RUBINSTEIN, Santiago, "El principio *in dubio pro operario* en materia probatoria y la justicia social", DT 1984-A-571.

[6] Cfr. CAPÓN FILAS, Rodolfo, *Derecho del trabajo*, Platense, La Plata, 1998, ps. 255 y ss.; RUBINSTEIN, Santiago, "El principio...", cit.

[7] FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, "Apuntes sobre las desigualdades procesales", DT 1986-A-597.

gen de la ley, los estatutos especiales y los convenios colectivos de trabajo y que constituyen mínimos inderogables.

Al respecto, el art. 7°, LCT, prescribe que "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 laudos 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".

El art. 13, LCT, dispone que "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".

Es decir que las condiciones de trabajo individualmente pactadas por las partes no pueden ser modificadas para el futuro en perjuicio del trabajador, aun cuando surjan de un convenio colectivo homologado.

Tampoco las cláusulas de un convenio colectivo pueden reducir los derechos del trabajador más allá de los límites de la ley. Como excepción a esta regla cabe señalar los arts. 90 y ss., ley 24.467 (Ley de PyMEs), que fija un régimen de disponibilidad colectiva por el cual, por un lado, se "pueden modificar en cualquier sentido las formalidades, requisitos, aviso y oportunidades de goce de la licencia anual ordinaria", excepto en lo que se refiere al derecho de gozarla, por lo menos cada tres años en el período de verano, cuando ella no se concede en forma simultánea a todo el personal (art. 154, párr. 3°, LCT) y, por otro lado, se puede autorizar el fraccionamiento del pago del sueldo anual complementario en tres períodos (arts. 91, ley 24.467).

## 2. Principio de irrenunciabilidad

### *2.1. Imperatividad de normas, irrenunciabilidad y disponibilidad de derechos*

Previo a analizar el principio de irrenunciabilidad resulta necesario precisar los conceptos de imperatividad, irrenunciabilidad y disponibilidad, que pueden llevar a confusiones y, por ende, ser utilizados en forma equívoca.

Cuando hablo de imperatividad, me refiero a normas. Las normas imperativas son aquellas que no pueden ser modificadas o sustituidas por la voluntad de las partes, y se oponen a las normas supletorias o dispositivas, que pueden ser alteradas o dejadas sin efecto por las personas. Es decir, las normas imperativas son una valla, un freno a la autonomía de la voluntad.

En el derecho del trabajo se presenta un fenómeno particular, ya que casi todas las normas son imperativas pero tienen una peculiaridad que las caracteriza: no pueden ser dejadas sin efecto por las partes si establecen condiciones menos favorables a los trabajadores; pero, pueden libremente disponer de ellas en la medida en que mejoren los derechos allí consagrados.

En cambio, cuando me refiero a irrenunciabilidad y disponibilidad hago alusión a derechos y no a normas [8]. Ello es así, por cuanto las personas sólo pueden renunciar a los derechos consagrados en las leyes, pero no a éstas, que le son ajenas y no les pertenecen.

[8] Señala De la Fuente que tanto la expresión norma irrenunciable, como norma indisponible, como sinómino de norma imperativa, a pesar de ser su uso frecuente, resulta inapropiada e incorrecta, pero sobre todo muy peligrosa por las confusiones y equívocos a que puede inducir, razón más que suficiente para que se descarte por completo su empleo. La expresión es jurídicamente incorrecta porque en la teoría general del derecho no se concibe una renuncia a normas o leyes, ya que resulta impensable que las personas puedan renunciar los mandatos generales que emite el legislador, pues carece de poder de disposición sobre ellos. Y agrega, siguiendo a Ojeda Avilés, "la impropiedad de decir que la ley sea renunciable o irrenunciable, por cuanto la ley, por su privilegiada posición, por su carácter soberano, se encuentra totalmente al margen de dichos conceptos que le son por completo extraños", afirmándose después que la renuncia a las leyes es una "expresión cuya sola enunciación repugna al jurista" (DE LA FUENTE, Horacio H., *Orden público*, Astrea, Buenos Aires, 2003, ps. 66/67).

Los conceptos de renuncia y disponibilidad de derechos están estrechamente relacionados, ya que quien renuncia no sólo debe tener la capacidad necesaria sino también la disponibilidad del derecho afectado por la renuncia.

Siguiendo a Álvarez, señalo que entre el concepto de indisponibilidad y el de irrenunciabilidad hay una relación de género a especie. La disposición de un derecho comprende la renuncia, pero puede limitarse y existir una disponibilidad relativa que excluya a ésta [9].

Por el contrario, los conceptos de irrenunciabilidad e imperatividad son autónomos e independientes, aludiendo el primero a los derechos y el segundo a las normas. De ahí que haya casos en los cuales los derechos asignados por normas imperativas, una vez adquiridos, pueden ser renunciados por su titular y a la inversa, también se dan supuestos en que los derechos son irrenunciables aunque provengan de normas no imperativas, como sucede con los derechos del trabajador [10].

### *2.2. Concepto y alcance*

Como refiere De la Cueva, el derecho del trabajo existe para asegurar a los trabajadores la percepción real de sus salarios y no la simple declaración de que percibirán determinados salarios.

Si los trabajadores pudieran renunciar a las indemnizaciones que les corresponden después de sufrido un riesgo personal, o pudieran admitir los descuentos que les propusieran los patrones después de haber devengado determinados salarios, el derecho del trabajo perdería su nota de imperatividad y pasaría a la categoría de *jus dispositivum* [11].

No basta consagrar el derecho, sin que se requiera una serie de medidas para asegurar en los hechos el cumplimiento efectivo de las normas protectoras. Dentro de los medios técnicos que deben emplearse para lograr ese objetivo, la irrenunciabilidad de los derechos cumple una función sumamente importante [12].

El principio de irrenunciabilidad constituye uno de los instrumentos destinados a evitar que el trabajador, forzado por una situación social y económicamente desventajosa frente a su empleador, acepte estipulaciones que impliquen renuncias y, para ello, excluye la validez de toda convención de parte que suprima o reduzca los derechos previstos en las normas legales, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas.

El derecho del trabajo se aparta así de la regla opuesta propia del derecho civil, que declara permisible la renuncia con independencia del modo en que se perfeccione, manteniendo el criterio de interpretación restrictiva que aun en ese ámbito le es propio.

Hay distintas teorías que pretenden *fundamentar* la existencia del principio de irrenunciabilidad; sin entrar en disquisiciones doctrinales, cabe afirmar que se basa en la imperatividad de muchas de las normas laborales y, concretamente, en el orden público laboral que no puede ser vulnerado: no cabe disminuir ni anular los beneficios establecidos en dichas normas.

En sentido amplio, se ha definido doctrinariamente la irrenunciabilidad como la *imposibilidad jurídica del trabajador de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho del trabajo en su beneficio*.

Para entender el alcance del principio de irrenunciabilidad, previamente se debe recordar que la voluntad de las partes del contrato individual está contenida dentro del marco obligatorio conformado por normas heterónomas (ajenas) y cambiantes (sujetas a permanentes modificaciones).

[9] ÁLVAREZ, Eduardo O., "Autonomía individual e irrenunciabilidad de derechos", DT XLVIII-A-903.

[10] DE LA FUENTE, Horacio H., *Orden público*, cit., ps. 77/79.

[11] DE LA CUEVA, Mario, cit. por LÓPEZ, Justo, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1978, p. 133.

[12] VAZQUEZ VIALARD, Antonio, *Tratado...*, cit., t. II, p. 222.

La norma inferior (cláusula contractual) reemplaza a las superiores (ley o convenio) si tienen mayores beneficios para el trabajador, mientras no altere el orden público absoluto (normas que hacen a la subsistencia de la comunidad y exceden el marco de la autonomía de la voluntad).

El principio de irrenunciabilidad está contemplado no sólo en el art. 12, sino también en los arts. 7°, 13, 15, 58 y 260, LCT. La *renuncia* puede ser definida como "el abandono voluntario de un derecho mediante un acto jurídico unilateral".

El derecho del trabajo considera que cuando el *trabajador renuncia* a un derecho, lo hace por *falta de capacidad de negociación o por ignorancia*, forzado por la desigualdad jurídico-económica existente con el empleador.

La LCT procura evitar esas renuncias y por eso —basándose en los principios propios del derecho del trabajo y en su carácter protectorio (tutelar)— declara que *lo pactado por debajo de las normas imperativas no tiene validez, es inoponible al trabajador e ineficaz jurídicamente*.

Es sustituido de pleno derecho por la norma que corresponda aplicar. Es decir que coloca un límite concreto a la disponibilidad de los derechos del trabajador.

Contrariamente a lo dispuesto en el art. 57, LCT, con relación al empleador, el silencio del trabajador en ningún caso puede generar una presunción en su contra. Si bien el Código Civil establece en el art. 919 que el silencio frente a una intimación no significa conformidad ni asentimiento, salvo que medie obligación de responder, en el derecho del trabajo, si el trabajador guarda silencio, no puede entenderse que ha consentido determinada situación.

El art. 58, LCT, dispone que "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".

Es decir que excluye en forma absoluta la posibilidad de que por cualquier tipo de presunción (*iuris et de iure, iuris tantum* o, aun, *hominis*) se llegue a sostener la renuncia a cualquier derecho.

Constituye una excepción el consentimiento tácito del trabajador que surge de su comportamiento inequívoco (que no admita dudas) y que lleve a interpretar que efectivamente prestó su libre conformidad.

La interpretación de los arts. 12, 58, 145 y 240, LCT, permite concluir que la validez de toda renuncia del dependiente a cualquier derecho que le corresponda requiere que ella surja del comportamiento inequívoco del trabajador, no bastando para ello su silencio ni cualquier otra actitud o manifestación que no configure el comportamiento mencionado.

La clara directriz fijada por el art. 58, LCT, impide que se valore como presunción, en contra de los reclamos judicialmente efectuados por el trabajador, la ausencia de reclamos oportunos durante la vigencia del vínculo (sala 2ª, 29/4/1995, "Del Carlos, Gladis v. Baugier SA").

Sin embargo, la Corte Suprema también ha sostenido que si bien es cierto que el silencio del trabajador no puede ser concebido como renuncia a sus derechos (Fallos 310:558) no menos lo es que tal principio cede a la exigencia de la seguridad jurídica, por una parte, en atención a circunstancias relativas a las personas y, por otra, cuando ha transcurrido un tiempo suficiente como para entender que la situación ha sido consentida (Corte Sup., 11/7/1998, "Zorzin, Víctor Rubén v. Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA", Fallos 255:117).

También, el Tribunal Superior de Córdoba entendió que aunque el silencio no puede ser concebido como renuncia de derechos, tal principio debe ceder ante la exigencia de seguridad jurídica, cuando el tiempo transcurrido en una determinada situación lleva a entender que ésta ha sido consentida (Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Lab., 29/5/2001, "Sala, Miguel Á. v. Soc. de Beneficencia Hospital Italiano s/recurso de casación", TySS 2001-551).

El art. 12, LCT, fue modificado por la ley 26.574 (BO del 29/12/2009) que agregó al texto la expresión "contratos individuales de trabajo" en la enumeración de fuentes, produciendo así una importante modificación.

Establece que "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" (texto ley 26.574; BO del 29/12/2009).

El efecto de la violación es la nulidad de la cláusula violatoria de la irrenunciabilidad. Dado el carácter de la cuestión, el trabajador puede plantear la nulidad del acto de renuncia que él suscribió.

No se trata de amparar su propia torpeza, sino de declarar la ineficacia de un acto contrario al ordenamiento jurídico que se estableció para dispensar una protección al trabajador, dada su situación de inferioridad negocial (por lo cual, en cierta manera y respecto de las normas de orden público laboral, lo considera un incapaz de disponer de ese derecho); y también de interés general, para asegurar ciertos parámetros fundamentales de la convivencia, a fin de evitar actos de injusticia social y su repercusión en el mercado, no sólo desde el punto de vista moral, sino también económico a través de la competencia desleal (el efecto de demostración, etcétera) [13].

Declarada la ineficacia del acto, y de conformidad con lo dispuesto por el art. 13, LCT, las cláusulas nulas son suplantadas automáticamente por las previstas en las normas legales o convencionales.

En conclusión, corresponde desconocer la validez de acuerdos que impliquen renuncia de derechos, aun cuando éstos emerjan de normas no imperativas.

Las funciones de orientación, información, integración e interpretación de los principios del derecho del trabajo no sólo se dirigen al juez, que es el responsable de dirimir la controversia, sino también al legislador, que es el encargado de dictar las leyes.

La LCT prohíbe la cesión de derechos y la afectación o transferencia de créditos a terceros por cualquier causa, ya sea que provengan de normas imperativas o del contrato individual de trabajo (art. 148, LCT), y condiciona la transacción y la compensación.

Resulta claro que si el trabajador ha sido privado del poder de transigir, compensar o ceder derechos nacidos de normas no imperativas, a pesar de tratarse de negocios que garantizan una contraprestación, con mucha más razón carecerá del poder de disponer de aquéllos a cambio de nada.

Por ende, este tipo de cláusulas deben ser declaradas nulas, de nulidad absoluta, por objeto prohibido.

Cabe mencionar otras dos normas relacionadas con el principio de irrenunciabilidad: los arts. 145 y 260, LCT.

El art. 145, LCT, dispone que el recibo no debe contener renuncias de ninguna especie, ni puede ser utilizado para instrumentar la extinción de la relación o la alteración de la calificación profesional en perjuicio del trabajador; toda mención que contravenga esta disposición será nula. Le resta validez a las manifestaciones contenidas en los recibos, ajenas al hecho de la recepción del pago que instrumenta.

El art. 260, LCT, tampoco admite el efecto cancelatorio del pago sino sólo en la medida de lo efectivamente abonado, por lo cual cualquier entrega de dinero para satisfacer un crédito laboral se considera "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".

Como quedara expresado, el principio de irrenunciabilidad obra principalmente en el art. 12, LCT, y oblicuamente en el art. 7° del mismo cuerpo legal.

[13] VAZQUEZ VIALARD, Antonio, *Tratado...*, cit., p. 232.

El art. 12 nulifica cualquier conducta del trabajador que disminuya niveles protectores establecidos en leyes, convenios colectivos de trabajo o contratos individuales de trabajo.

El art. 7° extiende la nulidad a cualquier comportamiento contrario a las condiciones laborales dispuestas por ley, convenio colectivo o laudo con fuerza de ley, de lo que se deduce que el nivel logrado por encima de las leyes o de los convenios colectivos no puede renunciarse, ya que dicha conducta contradice tales disposiciones y, sobre todo, vulnera la garantía protectora del art. 14 bis, CN.

### *2.3. Distintas posturas hasta la reforma al art. 12, LCT, por la ley 26.574 (BO del 29/12/2009)*

Hasta la reforma de la ley 26.574 (que incluyó "los contratos individuales de trabajo" al texto legal) la pregunta que cabía formularse era si la LCT consideraba irrenunciable todo el derecho del trabajo o si, al contrario, dejaba parte de ese derecho fuera de la irrenunciabilidad.

El alcance variaba según la posición que se adoptara: la *rígida* o amplia consideraba que todo era irrenunciable; la *flexible* o restringida, que no todo era irrenunciable, sino sólo las normas que protegen la integridad física, moral y económica de los trabajadores al establecer beneficios.

Otra posición sostenía que todos los derechos eran irrenunciables (no pueden ser abdicados a cambio de nada), pero que los correspondientes al orden público laboral eran indisponibles (no podían ser negociados ni a cambio de una contraprestación), mientras que los mayores derechos pactados en el contrato individual eran disponibles: el trabajador podía reducirlos o suprimirlos a cambio de otro beneficio (por ejemplo, se pacta una reducción salarial a cambio de una proporcional reducción de la jornada laboral).

Actualmente, no hay duda de que *los mínimos inderogables* que surgen de la ley, los estatutos especiales, los contratos de trabajo y los convenios colectivos de trabajo homologados —que conforman el orden público laboral— *son irrenunciables*. Pero efectuando una lectura del art. 12, LCT, antes de la reforma se advertía que nada decía respecto de los contratos individuales.

Por ejemplo, si en un contrato individual de trabajo, el trabajador negociaba una remuneración por encima del mínimo legal y del básico de convenio, se planteaba el interrogante de si —pasado el tiempo— tenía o no la posibilidad de renunciar a ese monto y cobrar lo estipulado en la escala salarial del convenio colectivo aplicable.

Para la postura flexible la respuesta era afirmativa, porque era algo pactado por encima de los mínimos inderogables: *se puede renunciar a lo que ha sido libremente pactado en un contrato individual por encima de los mínimos inderogables ("piso") que conforman el orden público laboral*; el trabajador tiene autonomía de la voluntad por encima del orden público laboral.

En ese entendimiento, afirmaba que el principio de irrenunciabilidad se aplica a aquellos derechos cuya causa se funda en una norma que integra el orden público laboral, pero no a los que tienen su causa en un negocio individual —contrato individual de trabajo, no incluido en la redacción anterior del art. 12—, en la medida en que supere los mínimos inderogables establecidos por el orden público laboral (arts. 12 a 15, LCT). Sostenía que adoptar la postura contraria era darle una innecesaria rigidez al sistema, que no se compadece con la situación del derecho laboral actual en el plano internacional.

Cabe citar como jurisprudencia trascendente, que avaló esta posición, el caso "Bariain, Narciso v. Mercedes Benz Argentina SA" (C. Nac. Trab., sala 6ª, 14/5/1985; Corte Sup., 7/10/1986; sala 7ª, 30/11/1988). Se trataba del caso de un ingeniero que aceptó ser reubicado con una categoría y salario menor para evitar un despido indemnizado.

La Corte Suprema entendió arbitrario el pronunciamiento de la sala 6ª y la sala 7ª resolvió que no existió intimidación ni amenazas y, por tanto, que no estuvo viciada su voluntad (art. 937, CCiv.). El trabajador optó entre dos propuestas: la renuncia a los beneficios o el des-

pido debidamente indemnizado, lo que no constituye un acto ilícito. La doctrina del fallo estableció en el caso particular que podía renunciarse a aquello que está por encima del orden público laboral, que es lo protegido especialmente por el ordenamiento jurídico.

Nunca compartí esta postura. Es obvio que —como quedara dicho— el alcance del principio de irrenunciabilidad variaba según la postura doctrinaria que se adoptese (ver posiciones de De la Fuente, Vazquez Vialard, Goldín y Álvarez, y los fallos de la Corte Sup., "Bariain v. Mercedes Benz" —del 7/10/1986— y "Padín Capella v. Litho Formas SA" —del 12/3/1987—).

Desde un extremo al otro —y con diversos matices— se podía sostener que todos los derechos eran irrenunciables y el acuerdo sería inválido, o que eran irrenunciables sólo los mínimos legales (interpretación literal del art. 12, LCT, en su redacción anterior), y el trabajador con su consentimiento expreso podía aceptar cambios que lo perjudiquen y alteren condiciones estructurales del contrato.

Mi postura previa a la reforma de la ley 26.574 apuntaba a la irrenunciabilidad absoluta con disponibilidad relativa: la validez de un acuerdo que modificase condiciones esenciales de trabajo no sólo debía ceder ante la prueba de un vicio de consentimiento del trabajador, una situación de lesión subjetiva o una afectación de los mínimos legales (Vazquez Vialard), sino también cuando el trabajador abdicaba derechos gratuitamente, a cambio de nada.

Para ser válido debería recibir una contraprestación relativamente equivalente; al decir de Álvarez, los derechos emergentes de normas no imperativas son irrenunciables pero disponibles a título oneroso, no pudiendo considerarse una contraprestación suficiente la promesa de la conservación del puesto de trabajo.

Sin duda, el acuerdo debía ser el reflejo de un acto voluntario del trabajador, efectuado con discernimiento, intención y voluntad. Sin embargo, la desigualdad negocial en la que suele encuentrarse el trabajador, el estado de necesidad, la posibilidad de perder su fuente de ingreso y el alto índice de desempleo definitivamente conspiran contra su plena libertad para decidir.

Lo que resultó siempre claro y no era discutible es que los mínimos legales inderogables estaban fuera de todo tipo de concertación y de posibilidad de negociación, esto es, los derechos emergentes de la LCT, de los convenios colectivos y de los estatutos profesionales (texto art. 12 en su redacción anterior). El acuerdo suscripto entre las partes no podía implicar para el trabajador una reducción de los derechos reconocidos por el convenio colectivo de trabajo.

En la jurisprudencia también se observaban las distintas posturas. Así, se había sostenido que respecto de los restantes derechos el trabajador podía considerar oportuno pactar cambios de condiciones que resulten perjudiciales, siempre que no existese vicio de consentimiento o se afectare la justicia de la relación en cuanto a la paridad de los cambios. Por lo tanto, por acuerdo tácito o expreso de partes se podía producir la novación de la relación de trabajo (ver el voto de Vazquez Vialard en C. Nac. Trab., sala 3ª, 30/8/1985, "Casterán v. Raña Veloso").

En el mismo sentido se había decidido que si bien es cierto que los derechos de los trabajadores son irrenunciables, tal irrenunciabilidad posee como límite lo que se considera "mínimo inderogable": si la empresa en épocas de prosperidad económica había convenido salarios por encima de las escalas de convenio —había dado más de lo que convencionalmente se le exige—, resultaba razonable que acordase con los trabajadores ajustar tales niveles retributivos cuando las condiciones en que fueron acordados hubieren desaparecido y con el fin de evitar el cierre de la fuente de trabajo.

Partiendo de la premisa de que el trabajador sólo cuenta con su fuerza de trabajo como herramienta para incorporarse al mercado laboral y obtener los recursos necesarios para su subsistencia, debiendo insertarse en una organización empresarial ajena, lo cual limita su capacidad negocial y le impide discutir el contenido de las prestaciones con su empleador, y que una voluntad prevalece sobre la otra e incluso puede condicionarla y hasta sustituirla, nunca podría-

mos concluir válidamente que la "autonomía de la voluntad" renace cuando se traspasa la frontera delimitada por las normas que integran el orden público laboral.

Esto es a lo que apunta la reforma introducida por la ley 26.574. Por ende, entiendo que no se debe ir en busca de los vicios de la voluntad, sea cual fuere el ámbito de negociación, ya que, como bien lo expresa De la Fuente, las mismas razones que fundamentan la irrenunciabilidad de los derechos provenientes de las normas imperativas (en lo sustancial, evitar abusos de la autonomía de la voluntad, la ignorancia y el estado de necesidad) justifican también que se desconozca validez a los actos mediante los cuales el trabajador abandona derechos derivados del contrato.

El ordenamiento jurídico protege al trabajador mediante lo que Álvarez denomina "sustracción normativa de contenido", afectando el objeto mismo del negocio, mediante un sistema atípico en el derecho privado que concede al trabajador derechos no sólo irrenunciables, sino —en la gran mayoría de los casos— indisponibles.

Desde esta perspectiva, los derechos que surgen de las normas imperativas son indisponibles y, por lo tanto, irrenunciables, y no pueden ser negociados por el trabajador ni aun a título oneroso: el titular no puede renunciar a ellos, como expresamente lo dispone la LCT (indisponibilidad absoluta).

De igual modo, los mayores derechos emergentes de normas no imperativas (contratos individuales de trabajo) también son irrenunciables y resulta imposible abdicar de ellos, lo que tiene su fundamento en la técnica del ordenamiento jurídico para paliar la desigualdad del poder de negociación de las partes.

### *2.4. Excepciones*

El principio de irrenunciabilidad de los derechos presenta distintas excepciones:
*1)* transacción,
*2)* conciliación,
*3)* renuncia al empleo,
*4)* prescripción,
*5)* caducidad,
*6)* desistimiento de la acción y del derecho.

***1) Transacción***. Es un acto jurídico bilateral por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas (art. 832, CCiv.): cada una cede parte de sus derechos.

Tiene efecto de cosa juzgada material sobre la pretensión objeto del negocio jurídico transado. No se la puede hacer válidamente sino presentándola al juez de la causa a los fines de su homologación.

***2) Conciliación***. Consiste en un acuerdo suscripto por el trabajador y el empleador y homologado por autoridad judicial o administrativa. La conciliación, en el ámbito del derecho del trabajo, es una forma habitual de finalización del proceso; la Ley de Procedimiento Laboral otorga al juez la facultad de intentar que las partes arriben a un acuerdo conciliatorio en cualquier estado de la causa. La conciliación, en el ámbito judicial, requiere necesariamente la homologación del juez del trabajo.

A partir del 1/9/1997 entró en vigencia, en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, la ley 24.635 (BO del 3/5/1997) que establece un régimen de conciliación obligatoria previo a la instancia judicial. Se crea el SeCLO, dependiente del Ministerio de Trabajo, y un Registro Nacio-

nal de Conciliadores Laborales, dependiente del Ministerio de Justicia, formado por abogados con antecedentes en el derecho del trabajo.

Por lo tanto, aquel trabajador que (en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires) intente reclamar a su empleador un crédito de naturaleza laboral emergente de un contrato de trabajo —despido, diferencias salariales, enfermedad inculpable, etc.— previo a iniciar una demanda judicial deberá, con carácter obligatorio, presentar su reclamo en el SeCLO. Si en esta instancia no se llega a un acuerdo conciliatorio, queda habilitado para recurrir a la justicia laboral y presentar la demanda judicial.

El procedimiento ante el SeCLO es gratuito para el trabajador que —por sí mismo o apoderado o representante sindical— debe formalizar su reclamo en un formulario tipo, consignando en forma sintética su petición; el SeCLO designará por sorteo público un conciliador al cual entregará dicho formulario y citará a las partes a una audiencia que debe celebrarse dentro de los diez días de su designación.

En caso de llegarse a un acuerdo conciliatorio, hay que instrumentarlo en forma clara en un acta especial y someterlo a la homologación del SeCLO —dependiente del Ministerio de Trabajo—, que deberá observar si se hallan reunidos los presupuestos contemplados en el art. 15, LCT.

El art. 15, LCT, dispone que "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".

El art. 44, ley 23.545 (BO del 17/11/2000) —"antievasión"—, agregó *nuevos párrafos* al art. 15, LCT.

En el primero, con el propósito de que la AFIP determine la existencia de obligaciones omitidas y proceda en su consecuencia, *impone a la autoridad administrativa o judicial interviniente la remisión de las actuaciones*, en aquellos supuestos en que, pese a existir un acuerdo homologado, una o ambas partes pretendieren que no se hallan alcanzadas por las normas que establecen la obligación de pagar o retener los aportes con destino a los organismos de la seguridad, así como también *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*.

El segundo párrafo que se incorpora prevé que 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 en tales casos*.

El dec. 146/2001 (BO del 13/2/2001) —reglamentario del art. 44, ley 25.345— dispone la modalidad mediante la cual la autoridad administrativa del trabajo debe dar cumplimiento a lo prescripto en dicho artículo y establece un sistema de información mediante un registro de las actuaciones relativas a los conflictos individuales y pluriindividuales para que sea consultado por la AFIP.

El último párrafo incorporado al art. 15 expresamente aclara que la *homologación administrativa o judicial les otorgará a esos acuerdos autoridad de cosa juzgada entre las partes que los hubiesen celebrado, pero no los hará oponibles a los organismos encargados de la recaudación de los aportes, contribuciones y demás cotizaciones destinadas a los sistemas de la seguridad social*, en cuanto se refiere 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 la seguridad social.

***3) Renuncia al empleo.*** La LCT fija requisitos especiales (*ad solemnitatem*) que se relacionan con la validez de la renuncia. El párr. 1°, art. 240, refiere que "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".

La LCT se asegura de que la decisión del trabajador no tenga vicios y sostiene que no se presume la renuncia. Justamente, el art. 58 dispone que "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".

El tema se desarrolla en el capítulo "Distintas formas de extinción del contrato".

***4) Prescripción***. Es una forma de extinción de la acción por el transcurso del tiempo. En el derecho del trabajo, la abstención de ejercer un derecho, es decir, la inactividad o el desinterés durante el término de dos años desde que el crédito es exigible produce la extinción de la acción. En materia de seguridad social, el plazo de prescripción es de diez años.

El derecho no ejercido pierde su carácter de exigible y se convierte en un "crédito natural" (art. 515, inc. 2°, CCiv.).

La prescripción liberatoria es el instituto por el cual se extingue la acción derivada de un derecho subjetivo como consecuencia de la inacción de su titular durante el tiempo señalado por la ley. No afecta el derecho del acreedor, pero lo priva de la acción para reclamar por él, de modo que la obligación subsiste como natural (art. 515, inc. 2°, CCiv.).

El principio general surge del art. 256, al disponer que "prescriben a los dos 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".

Dado el proclamado carácter de orden público de la norma, las partes —individuales o colectivas— no pueden pactar plazos mayores ni menores de prescripción, ni establecer otros modos de suspensión e interrupción que los previstos legalmente. Es un ejemplo de la inderogabilidad absoluta de la norma laboral, ya que ni siquiera puede ser modificada en beneficio del trabajador.

El art. 3964, CCiv., expresamente dispone que "el juez no puede suplir de oficio la prescripción", mientras que el art. 3962 del mismo cuerpo legal establece que "la prescripción debe oponerse al contestar la demanda o en la primera presentación en juicio que haga quien intente oponerla", lo que implica que debe ser invocada por la persona a quien beneficia; generalmente se la opone como excepción, esto es, como defensa nominada a la cual la ley otorga un tratamiento especial.

El plazo de prescripción respecto de cada crédito comienza a correr a partir del momento de su exigibilidad.

La suspensión del término de la prescripción —que impide que siga corriendo pero no borra el plazo transcurrido— tiene lugar cuando se constituye en mora al deudor, en forma fehaciente. Tiene efecto "durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción" (art. 3986, párr. 2°, CCiv.).

También tiene efecto suspensivo el reclamo iniciado, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ante el SeCLO, por un plazo de seis meses (art. 7°, ley 24.635).

Con fecha 6/6/2006, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en pleno (fallo plenario 312) resolvió por mayoría en la causa "Martínez, Alberto v. YPF SA" que la citación para el trámite conciliatorio ante el SeCLO, no surte los efectos de la interpelación prevista en el art. 3986,

párr. 2°, CCiv.; y que en el contexto del art. 7°, ley 24.635, no se ajusta la suspensión del plazo de prescripción a la duración del trámite conciliatorio, aunque dure menos de seis meses.

El art. 7°, ley 24.635, establece que la presentación del reclamo ante el SeCLO en lo que hace al plazo de prescripción liberatoria lo suspende "...por el término que establece el art. 257, LCT...". La redacción motivó diversas interpretaciones, dividiéndose la doctrina y la jurisprudencia entre quienes consideraban que la existencia de este ordenamiento legal específico y preciso desplazaba el régimen general del art. 3986, párr. 2°, CCiv., y quienes los equiparaban.

Tampoco existía uniformidad de criterios a la hora de determinar si cuando la norma expresa que la presentación del reclamo "...suspenderá el curso de la prescripción por el término que establece el art. 257, LCT..." significaba que el lapso de suspensión era de seis meses, o se había pretendido ceñir la incidencia en el curso de la prescripción solamente a lo que durase el trámite en sede administrativa (en otras palabras, si el mero reclamo ante el SeCLO suspendía por seis meses el curso del plazo de la prescripción o si sólo lo afectaba por el tiempo efectivo de la actuación y hasta un límite máximo de seis meses).

El voto mayoritario del fallo plenario entendió que la tramitación ante el SeCLO produce efectos suspensivos y no interruptivos, ya que tanto el párr. 2°, art. 3986, CCiv., como el art. 7°, ley 24.635, hacen referencia expresa a la suspensión del plazo prescriptivo, lo que implica que un período determinado no se compute para establecer la prescripción liberatoria de la acción, y al fenecer dicho plazo, se reanudan los plazos inmediatamente añadiéndose el nuevo plazo al anterior (art. 3983, CCiv.). También decidió que el término que el régimen especial (art. 7°, ley 24.635) establece es de seis meses: único plazo cierto y determinado que se desprende del reenvío normativo.

En cuanto a la pretendida equiparación del trámite con la interpelación del art. 3986, CCiv. (que dispone que la constitución en mora del deudor suspende el curso de la prescripción por un año), resolvió que el efecto suspensivo de la interpelación extrajudicial que establece la norma general queda relegado por la norma específica que reenvía al "término que establece el art. 257, LCT".

Asimismo, el art. 257 establece que "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 meses".

La interrupción de la prescripción inutiliza el tiempo transcurrido hasta el acaecimiento del hecho que la determina. Al cesar sus efectos, el término de la prescripción comienza a computarse nuevamente desde el principio.

El párr. 1°, art. 3986, CCiv., 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". Esta interrupción carece de efecto si se desiste de la demanda o si se declara desierta la instancia (art. 3987, CCiv.).

También interrumpe la prescripción el reconocimiento por parte del deudor del derecho de su acreedor (art. 3989, CCiv.).

La disposición contenida en este artículo otorga efectos interruptivos al reclamo realizado en sede administrativa, por el plazo que dure su tramitación hasta un máximo de seis meses.

El art. 258 sostiene que "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".

La ley 24.557 —Ley de Riesgos del Trabajo (en adelante, LRT)— establece que la prescripción opera desde la muerte del trabajador, desde que las prestaciones en especie y servicios debieron ser otorgadas, desde la fecha de consolidación del daño por incapacidad permanente y a los dos años del cese de la relación laboral (art. 44, LRT).

***5) Caducidad.*** Si el trabajador, dentro de un plazo determinado, no ejerce su derecho, se extingue y pierde la posibilidad de ejecutar en el futuro el reclamo pertinente, es decir, se pierde el derecho por el transcurso de un plazo legal.

El art. 259, LCT, dispone que "no hay otros modos de caducidad que los que resultan de esta ley".

El instituto de la caducidad —del mismo modo que la prescripción— es de orden público y se funda en la idea de seguridad jurídica. Sin embargo, existen importantes diferencias: mientras la caducidad extingue el derecho, debiendo ser declarada de oficio por el juez, la prescripción únicamente extingue la acción judicial correspondiente para ejercerlo, lo que implica que el derecho subsista como una "obligación natural" (art. 515, inc. 2°, CCiv.); es el obligado quien debe oponer dicha excepción "al contestar la demanda o en la primera presentación en el juicio" (art. 3962, CCiv.).

Asimismo, la prescripción puede ser suspendida o interrumpida en su curso, posibilidad no contemplada para la caducidad. Por otro lado, a fin de que opere la prescripción, los plazos son relativamente prolongados, en tanto que en la caducidad son, por lo general, muy reducidos.

La caducidad es el instituto en virtud del cual la inacción del titular de un derecho subjetivo durante el tiempo señalado por la ley genera su pérdida. Las partes —individuales o colectivas— no pueden establecer ningún supuesto de caducidad, ya que resultan válidos únicamente los previstos en la ley. La caducidad no puede ser suspendida ni interrumpida, y no requiere ser opuesta por la parte a la cual beneficia, ya que opera *ipso iure*.

Los supuestos de caducidad aplicables a la relación individual de trabajo son los contenidos en las siguientes normas: arts. 67, 135, 157, 186, 200 y 269, LCT; art. 11, ley 24.013 (art. 3°, dec. 2725/1991). Contemplan estos supuestos:

*Suspensión disciplinaria no cuestionada*, el art. 67 fija un plazo de treinta días para impugnar la medida y, si no lo hace, se entiende que la consintió; *daños intencionales del trabajador*: el empleador tiene noventa días para demandar (art. 135); *vacaciones no gozadas*: del art. 157, LCT, surge que si el empleador no otorga las vacaciones y el trabajador no se las toma antes del 31 de mayo, las pierde (art. 200); *maternidad*: la mujer que concluye su licencia posparto tiene cuarenta y ocho horas para optar por el período de excedencia (art. 186); *franco compensatorio no gozado*: si el trabajador no lo toma dentro de los catorce días siguientes al día inhábil trabajado, lo pierde (art. 200); *perseguir los bienes del fallido retirados del establecimiento*: aunque su actual poseedor lo sea de buena fe, si la acción no se interpone dentro de los seis meses de su retiro (art. 269), caduca el derecho; *multas de la Ley de Empleo*: si el trabajador no cursa en tiempo y forma la intimación del art. 11, ley 24.013, no son procedentes las multas.

***6) Desistimiento de acción y de derecho.*** El art. 304, CPCCN, establece que "en cualquier estado de la causa anterior a la sentencia, las partes, de común acuerdo, podrán desistir del proceso manifestándolo por escrito al juez, quien, sin más trámite, lo declarará extinguido y ordenará el archivo de las actuaciones. Cuando el actor desistiera del proceso después de notificada la demanda, se deberá requerir la conformidad del demandado, a quien se dará traslado notificándosele personalmente o por cédula, bajo apercibimiento de tenerlo por conforme en caso de silencio. Si mediare oposición, el desistimiento carecerá de eficacia y proseguirá el trámite de la causa".

El art. 305, CPCCN, expresa que "en la misma oportunidad y forma a que se refiere el artículo anterior, el actor podrá desistir del derecho en que fundó la acción. No se requerirá la conformidad del demandado, debiendo el juez limitarse a examinar si el acto procede por la naturaleza del derecho en litigio, y a dar por terminado el juicio en caso afirmativo. En lo sucesivo no podrá promoverse otro proceso por el mismo objeto y causa".

El desistimiento puede ser de la acción o del derecho. El primero requiere la conformidad del demandado, ya que si bien pone fin al proceso, permite volver a interponer la misma pretensión con posterioridad. El desistimiento del derecho, por el contrario, implica la renuncia a ejercer el derecho en el cual se fundó la pretensión, que no puede ya ser deducida nuevamente; por ello no requiere conformidad del demandado.

En cualquiera de ambos casos son necesarias la ratificación personal del trabajador y la homologación judicial: hasta tanto ésta no se dicte, el desistimiento puede ser revocado (art. 306, CPCCN).

### 3. Principio de continuidad de la relación laboral

*En caso de duda entre la continuación o no del contrato de trabajo*, o respecto de su duración, *se debe resolver en favor de la existencia de un contrato por tiempo indeterminado*. El contrato de trabajo es de tracto sucesivo, es decir que se desarrolla por medio de prestaciones repetidas en el tiempo: es de ejecución continuada.

El principio apunta al *mantenimiento de la fuente de trabajo: el contrato de trabajo tiene vocación de permanencia*; esto otorga seguridad y tranquilidad al trabajador desde el punto de vista económico y psicológico, ya que la ocupación fija le asegura ingresos para su subsistencia y lo aleja de la frustración que provoca el desempleo, y se vincula con el concepto de estabilidad, es decir, la expectativa de conservar su empleo mientras cumpla adecuadamente con las obligaciones contractuales.

Esto beneficia también a los empresarios, ya que la excesiva rotación de empleo produce un alto costo económico (tareas de reclutamiento y aprendizaje de los nuevos trabajadores) y la continuidad se manifiesta en mayor experiencia y se concreta en los premios (plus) por antigüedad, que es un reconocimiento al trabajador por los servicios prestados a la empresa a lo largo del tiempo.

El principio se observa en la legislación laboral, que apunta a conservar el empleo, preferir los contratos de tiempo indeterminado y evitar la extinción del contrato de trabajo, admitiendo cambios (por ejemplo en la persona del empleador) y suspensiones en los contratos, manteniéndolos a pesar de la nulidad de alguna de sus cláusulas y sancionando la resolución del contrato sin causa.

Lo dicho está consagrado en distintos artículos de la LCT. El art. 10 dispone que "en caso de duda, las situaciones deben resolverse en favor de la continuidad o subsistencia del contrato", mientras que el art. 90 prescribe que el principio general son los contratos por tiempo indeterminado, exceptuando las demás formas de contratación. Asimismo, el art. 94 establece que la omisión de otorgar preaviso en el contrato a plazo fijo lo transforma en un contrato por tiempo indeterminado.

Las manifestaciones de este principio se observan en todo el plexo normativo. Como quedó dicho, el art. 90, LCT, incorpora el principio de indeterminación del contrato, al establecer que "el contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado", para luego exigir concretos recaudos para autorizar la contratación por tiempo determinado: en forma expresa y por escrito, y condicionado a que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifiquen.

El art. 27, ley 24.013, ratifica la vigencia del principio de indeterminación del plazo, que se extiende hasta que el trabajador se halle en condiciones de gozar de los beneficios jubilatorios, salvo que se configuren algunas de las causales de extinción previstas en la ley (art. 91, LCT).

Otra manifestación de este principio se verifica cuando el contrato de trabajo se mantiene pese a producirse un cambio en la persona del empleador, sea por muerte (con excepción de que su figura sea fundamental para la subsistencia del vínculo), por transferencia o cesión del establecimiento (arts. 225 y ss., LCT), o en el supuesto de transferencia del personal (art. 229, LCT).

Pero no sólo la novación subjetiva es una consecuencia del principio de continuidad, sino también la objetiva, que supone cambios a las condiciones pactadas, y que se justifica en el dinamismo que caracteriza el contrato de trabajo (en la medida en que no vulnere el principio de irrenunciabilidad).

También constituyen derivaciones concretas del principio de continuidad las contenidas en los arts. 43, 58 y 241, LCT. El art. 43 prevé que si el objeto del contrato fuese sólo parcialmente prohibido, su supresión no perjudicará lo que resulte válido, siempre que ello sea compatible con la prosecución de la vinculación. El art. 58 declara inadmisibles las presunciones en contra del trabajador que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho, deriven de su silencio o de cualquier otro modo que no implique una forma de comportamiento inequívoco en aquel sentido. El art. 241 sólo permite considerar que la relación queda extinguida por voluntad concurrente de las partes, cuando resulta del comportamiento concluyente y recíproco de ellas, que traduzca inequívocamente el abandono de la relación.

En cambio, el legislador se aparta del principio general contenido en el art. 10, LCT —y del art. 58, que no admite presunciones en contra del trabajador— cuando en el art. 186, LCT, establece que "si la mujer no se reincorpora 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 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".

Es decir que en este supuesto, la LCT optó por considerar disuelto el vínculo laboral en caso de que la mujer no se reincorporara a su empleo, ni comunicara el acogimiento a los plazos de excedencia.

### 4. Principio de primacía de la realidad

Este principio *otorga prioridad a los hechos*, es decir, *a lo que efectivamente ha ocurrido en la realidad, sobre las formas o apariencias* o lo que las partes han convenido: el contrato de trabajo es un "contrato-realidad".

Prescinde de las formas para hacer prevalecer lo que realmente sucedió. Tiene su origen en la doctrina mexicana elaborada por De la Cueva.

Por lo tanto, a diferencia del derecho civil, que le da especial relevancia a lo pactado por las partes (a quienes entiende libres para disponer de sus derechos), en el derecho del trabajo, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos suscriptos por las partes o acuerdos celebrados entre ellos (lo que se pactó o documentó), se debe dar preferencia a los hechos.

Prima la verdad de los hechos —la esencia de la relación que vinculó a las partes— sobre la apariencia, la forma o la denominación que asignaron éstas al contrato.

El art. 23, LCT, sostiene 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".

En ese sentido, el art. 14, LCT, determina que "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".

Se actúa con simulación ilícita cuando se pretende disfrazar la verdadera naturaleza dependiente de la relación bajo ropajes de figuras extralaborales (locación de servicios, locación de obra), perjudicando al propio trabajador, a quien se le niegan los beneficios que la legislación laboral establece en su favor, y a la sociedad toda, al sustraer recursos —aportes— destinados a los organismos de previsión y seguridad social.

Se actúa fraudulentamente cuando, ajustando el comportamiento a las disposiciones legales, se busca evadir el fin previsto por ellas. Dado que el instrumento utilizado es la simulación ilícita, en este artículo se hace mención conjunta a ambos supuestos, disponiendo la nulidad de todo lo actuado en esos casos, y la sustitución (art. 13) por las normas imperativas pertinentes.

La legislación laboral busca evitar el fraude (por ejemplo, suscribir recibos en blanco) y considera ilícita la utilización de personas interpuestas insolventes ("hombres de paja", figuras societarias), estableciendo la responsabilidad solidaria de personas vinculadas a otras que reciben inmediatamente la prestación laboral (arts. 29, 30 y 31, LCT).

A fin de evitar la utilización de figuras fraudulentas, la ley prevé normas específicas que determinan la responsabilidad solidaria del "empleador encubierto", en los casos de interposición de "uno" que se limita a contratar trabajadores para "proporcionarlos" a otros (arts. 29 y 29 bis, LCT), o de quien contrata o subcontrata trabajos o servicios que corresponden a la actividad normal y específica que desarrolla (art. 30, LCT).

Del mismo modo, extiende la responsabilidad solidaria a las empresas madres respecto de sus subordinadas, y a las relacionadas dentro de un mismo conjunto económico, "cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria" (art. 31, LCT).

También condena el abuso de la personalidad jurídica, mediante la cual se intenta evitar la responsabilidad adoptando formas societarias aparentes. Con el fin de evitar las apariencias en fraude a la ley y revalorizar el principio de realidad, haciendo uso de la teoría del abuso de la personería (*clean hands)*, prescindiendo de su inscripción, se las puede declarar personas ficticias o interpuestas con carácter fraudulento.

## 5. Principio de buena fe

*Es un principio y un deber de conducta recíproco de las partes* que, si bien no es específico del derecho del trabajo, adquiere esencial relevancia, ya que el contrato no sólo contiene prestaciones de carácter patrimonial, sino también deberes de conducta.

El art. 63, LCT, dispone que "las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo". Comprende el deber de actuar con fi-

delidad y adoptar conductas adecuadas en el cumplimiento de sus obligaciones, aplicándose durante toda la relación laboral.

El tema tratado se desarrolla en el capítulo "Derechos y deberes de las partes".

## 6. Principio de no discriminación e igualdad de trato

Por un lado, el art. 16, CN, consagra el principio de igualdad ante la ley y hace alusión a la "igualdad entre iguales y en igualdad de situaciones". Se extiende al plano salarial con lo dispuesto en el art. 14 bis, CN, al establecer el principio de igual remuneración por igual tarea.

Este principio, cuyo antecedente se remonta a uno de los principios de la OIT ("salario igual, sin distinción de sexo, para un trabajo de igual valor"), fue acogido en el plano internacional en la Declaración de Montevideo de 1991.

En distintos artículos, la LCT se refiere a este principio que comprende la *obligación del empleador de no discriminar por razones de sexo, religión, estado civil, raza, ideas políticas, razones gremiales, edad, etc.* (arts. 17, 70, 72, 73, 81, 172 y 187, LCT), lo cual también se puede hacer extensivo al *aspecto físico* y a la *discapacidad*. Cabe recordar que el art. 11, ley 25.013 (derogado por la ley 25.877), creaba la figura del despido discriminatorio.

El art. 17 bis, incorporado por la ley 26.592 (BO del 21/5/2010), prevé que "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".

La norma reconoce una realidad ampliamente receptada por los tribunales, que fue uno de los principales motivos de la escisión de nuestra disciplina del derecho civil: la existencia de una disparidad negocial entre las partes, que fue compensada progresivamente por normas protectoras de los derechos de los trabajadores.

Esta desigualdad fue apreciada por el legislador, quien, en su afán por mejorar las condiciones de los trabajadores, fue imponiendo normativamente condiciones mínimas de trabajo, introduciendo de este modo desigualdades jurídicas, como medio para nivelar la desigualdad fáctica que surgía entre las partes. Desde el origen del derecho del trabajo, y como mecanismo para restablecer y mantener el equilibrio del contrato frente a la manifiesta disparidad negocial que existe entre ambas partes del sinalagma laboral, la normativa laboral cuenta con herramientas jurídicas, cuyo rasgo tipificante es restringir la autonomía de la voluntad, imponiendo imperativos mínimos que deben ser respetados por las partes.

La incorporación del art. 17 bis, LCT, implica el reconocimiento normativo del poder estatal para introducir desigualdades jurídicas, como mecanismo de nivelación de la disparidad negocial existente entre las partes de la relación jurídica contractual laboral.

Con la reforma de la Constitución de 1994 adquirieron rango constitucional los tratados sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22), entre ellos, el Pacto de San José de Costa Rica, que prohíbe la discriminación por raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra condición social (art. 1.1).

Asimismo, la OIT puso en marcha una política activa para combatir la discriminación y la desigualdad en materia laboral; como ejemplos cabe citar el convenio 111, sobre la discriminación en el empleo y en la ocupación, y el convenio 100, sobre igualdad de la remuneración.

También adquirió jerarquía constitucional la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 75, inc. 22, CN). El dec. 254/1998 (BO del 11/3/1998) dispuso que se acuerden propuestas entre el Consejo Nacional de la Mujer y el Mi-

nisterio de Trabajo a fin de promover la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y varones en el ámbito del trabajo.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe dejar aclarado que lo que *prohíbe* la ley son *las discriminaciones arbitrarias entre el personal, es decir, distinciones infundadas; no impide que el empleador otorgue un trato desigual en situaciones desiguales: el principio se refiere a identidad de situaciones.*

Por un lado, el trabajador que invoca la existencia de un trato discriminatorio debe acreditarlo, pero, a su vez —de existir un tratamiento distinto—, la empresa puede excepcionarse demostrando que ese trato desigual no es arbitrario ni discriminatorio, sino que responde a causas objetivas.

El criterio de otorgar igual trato a los trabajadores en igualdad de situaciones y la posibilidad del empleador de premiar los méritos de un trabajador por encima de la remuneración establecida en el convenio colectivo fue sostenido por la Corte Suprema en la causa "Ratto, Sixto, y otros v. Productos Stani SA" (28/6/1966) —luego incorporado al art. 81, LCT— y, posteriormente, en el caso "Fernández, Estrella v. Sanatorio Güemes SA" (23/8/1988).

También sostuvo la Corte que la garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallen en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase, o de ilegítima persecución (Corte Sup., 2/6/2000, "Guida, Liliana v. Poder Ejecutivo nacional s/empleo público", Fallos 313:1513, consid. 57 y sus citas).

Lo que la ley castiga es la discriminación arbitraria. Resulta claro que no implica violar el principio de igualdad, si por causas objetivas —por ejemplo, mayor laboriosidad— el empleador abona una remuneración mayor a determinados dependientes y no a otros, siempre que se respeten los salarios mínimos del convenio colectivo de aplicación.

La traba que supone la dificultad probatoria puede salvarse efectuando una correcta interpretación de la normativa reseñada, que permitirá, en muchos casos, alcanzar soluciones más justas.

En este sentido, fallos de la Cámara Nacional en lo Civil como "Sendoya, Josefina O. v. Travel Club SA s/daños y perjuicios" (sala H, 4/9/2000, DT 2001-A-784) y "Asociación Mujeres en Igualdad v. Freddo SA s/amparo" (sala H, 16/2/2002) —ambos con votos de Kiper— han destacado en forma detallada la correcta interpretación de la normativa vigente, al hacer lugar, en el primer caso, a una indemnización por daños y perjuicios por la no incorporación al empleo de una trabajadora diabética y, en el segundo, a un amparo promovido por una asociación de mujeres (Mujeres en Igualdad), tendiente a que la empresa procediese a incorporar a futuro a su plantel sólo trabajadores de sexo femenino hasta compensar la desigualdad producida por la toma casi exclusiva de personal de sexo masculino, debiendo, a tal fin, presentar un informe anual y permitir el acceso a la información correspondiente, bajo apercibimiento de multas, previa audiencia de las partes.

Cabe destacar que si bien la Constitución Nacional garantiza la libertad de contratar, también hay que tener en cuenta que los derechos que ella ampara no son absolutos sino que están sujetos a las leyes que los reglamentan.

La prohibición de discriminar constituye, en este caso, un límite a dicha libertad, obligando al empleador a mantener un criterio neutro predicable por igual tanto para el hombre como para la mujer.

## 7. Principio de equidad

Se puede definir la equidad como la *justicia del caso concreto*. El principio está consagrado en el art. 11, LCT. La equidad cumple dos funciones esenciales en la formación de la norma particular: la interpretación del derecho positivo y la función integradora del derecho para llenar las lagunas del sistema jurídico.

Resulta de trascendental importancia cuando la aplicación de una norma a un caso determinado produce una situación "disvaliosa" o no querida por el propio legislador. Al interpretar la norma usando como filtro el principio de equidad se humaniza su aplicación y se corrigen los resultados injustos.

Aristóteles, en la *Ética a Nicómaco*, la concibe como una corrección de la generalidad de la ley; no la considera algo distinto por esencia de la justicia, es decir, no sustituye ni corrige la justicia, sino que es la misma justicia la que corrige la injusticia estrictamente legal que se comete en el caso particular, cuando sólo se la considera bajo el esquema genérico y abstracto de la norma general.

Ese carácter general de la ley la torna imperfecta o de difícil aplicación a casos particulares. Es allí donde juega un papel trascendente la equidad: no interviene para juzgar a partir de la ley sino de la justicia que la ley misma está dirigida a realizar.

La Corte ha descalificado fallos por la iniquidad del resultado, persiguiendo una solución justa en cada caso, más allá del contenido normativo rigurosamente estricto. Ha buscado así legitimar sus decisiones mediante la invocación de principios que, al adecuarse a cada caso concreto, han provisto la solución de equidad necesaria para que la función judicial no se extravíe en el camino que llevaría a una arbitrariedad más peligrosa aún, si sustituyese el juez al legislador bajo el pretexto de que la ley es injusta.

Por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país. En esta indagación no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere (Fallos 241:277).

La equidad posibilita que el juez, ante una solución disvaliosa en un caso concreto por aplicación "estricta de la norma", no se transforme en un "esclavo" de la letra de la ley y deba aceptar el *summum ius, summa iniuria*, sino que se aparte de la letra para aplicar el espíritu de la ley para lograr una solución más justa.

Para decidir, el juez no debe prescindir de las consecuencias que naturalmente derivan del fallo ya que eso constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en el que está engarzada la norma. Cuando la aplicación literal de una norma lleva a un resultado absurdo, inequitativo, arbitrario, es preciso recurrir a la equidad, que humaniza la aplicación del derecho y corrige los resultados injustos (justicia del caso concreto) [14].

## 8. Principio de justicia social

Es un concepto amplio y consiste en *dar a cada cual lo que le corresponde a fin de lograr el bien común*. Se vincula con la protección de la dignidad del trabajador como persona humana plasmada esencialmente en el principio protectorio y, en el plano colectivo, con la libertad sindical.

[14] GRISOLIA, Julio A., "La equidad y la función jurisdiccional. Su trascendencia en las decisiones de los jueces del trabajo", TySS 2002-149.

También está consagrado en el art. 11, LCT, al establecer que "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".

## 9. Principio de gratuidad

Es el principio que *garantiza el acceso gratuito de los trabajadores a la justicia* para reclamar por sus derechos. Se materializa en la eximición a los trabajadores del pago de la tasa de justicia, y en la etapa prejudicial en la posibilidad de remitir intimaciones telegráficas y hacer denuncias en sede administrativa sin costo alguno.

Con esta protección se trata de *evitar que los trabajadores resignen sus derechos por falta de recursos económicos*. Esta gratuidad se extiende también a los procedimientos administrativos.

El art. 20, LCT, dispone que "el trabajador o sus derechohabientes 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 las partes y el profesional actuante".

La ley 23.789 (BO del 31/7/1990) establece para los trabajadores dependientes (y para los jubilados y pensionados) un *servicio de telegrama y carta documento gratuito* para el remitente. Este servicio puede ser utilizado para cualquier comunicación, vinculada con el contrato de trabajo, dirigida a un empleador. El gasto que demanda el sistema se carga en una cuenta del Ministerio de Trabajo.

El dec. 2281/1993 (BO del 25/11/1993) dispone que el telegrama no podrá contener un texto de más de treinta palabras, excluidas las referidas a datos necesarios para su emisión y recepción; la carta documento no podrá tener una extensión mayor a un ejemplar del formulario respectivo.

La ley 24.487 (BO del 27/6/1995) regula el servicio de telegrama del trabajador al empleador y establece que el empleador condenado en costas está obligado a pagar el importe de los telegramas y cartas documento enviados por el trabajador que hubiere obtenido sentencia favorable.

El principio de gratuidad no debe confundirse con el beneficio de litigar sin gastos.

El principio de gratuidad implica, desde una perspectiva protectora, la imposibilidad de gravar el ejercicio de las acciones judiciales o de las peticiones administrativas, pero no impide la condena ni el pago de las costas cuando el trabajador resulte vencido en el juicio.

El beneficio de litigar sin gastos está expresamente destinado a eximir total o parcialmente de las costas a los que carecen de recursos o tienen la imposibilidad de procurárselos; debe ser formalmente solicitado, exigiéndose requisitos para la solicitud (arts. 78 y 84, CPCCN).

## Principios del derecho del trabajo

| FUNCIONES | ENUMERACIÓN | | |
|---|---|---|---|
| - ORIENTADORA E INFORMADORA | *Protectorio* (arts. 7°, 8°, 9°, 13, LCT) | | *In dubio pro operario*<br>Aplicación de la norma más favorable<br>Condición más beneficiosa |
| - NORMATIVA O INTEGRATIVA | *Irrenunciabilidad de los derechos* (arts. 7°, 12, 13, 15, 58, LCT) | *Excepciones* | Transacción<br>Conciliación<br>Renuncia al empleo<br>Prescripción<br>Caducidad<br>Desistimiento de acción y derecho |
| - INTERPRETATIVA | Continuidad de la relación laboral (arts. 10, 90, LCT) | | |
| | Primacía de la realidad (art. 14, LCT) | | |
| | Buena fe (art. 63, LCT) | | |
| | No discriminación e igualdad de trato (arts. 14 bis, CN; 17, 70, 72, 73, 81, 172 y 187, LCT) | | |
| - UNIFICANTE O DE ARMONIZACIÓN DE POLÍTICA LEGISLATIVA Y JUDICIAL | Equidad (art. 11, LCT) | | |
| | Justicia social (art. 11, LCT) | | |
| | Gratuidad (art. 20, LCT) | | |
| | Razonabilidad (arts. 65, 66 y 242, LCT) | | |
| | Progresividad | | |

### 10. Principio de razonabilidad

Es un principio general del derecho que opera como filtro en la aplicación de interpretaciones "disvaliosas" de una norma o de determinadas situaciones. Se trata de un *accionar conforme a la razón y a determinadas pautas de conducta que resultan lógicas y habituales.*

El art. 65, LCT, hace referencia al carácter funcional con que el empleador debe ejercer las facultades de dirección, y el art. 66 dispone que el ejercicio del *ius variandi* no debe importar "un ejercicio irrazonable de esa facultad", y también en el párr. 2°, art. 242, expresa que la valoración de la injuria "debe ser hecha prudencialmente por los jueces".

### 11. Principio de progresividad

Este principio apunta a que las garantías constitucionales de los trabajadores en virtud de la protección establecida en el art. 14 bis, CN, no se vean condicionadas por eventuales normas regresivas que atenten contra el orden público laboral. Por un lado, impone el deber de que ante cada cambio normativo en materia laboral, se amplíe progresivamente el nivel de tutela y no se disminuya; y, por otra parte, implica la recuperación de derechos de los trabajadores, reformando la legislación, incorporando mayores beneficios laborales en las leyes y los convenios colectivos de trabajo, y compatibilizando la jurisprudencia con los principios y las garantías de carácter protectorio.

El principio de progresividad de los derechos del trabajador también sustenta la adquisición de los derechos consagrados por las constituciones nacional y provinciales, los tratados y convenios de la OIT, estatutos profesionales y demás fuentes normativas por las que los trabajadores obtengan mayores derechos. Establece que una vez adquiridos revisten carácter obligatorio, inderogable e irrenunciable, bajo pena de la nulidad de los actos que se contrapongan, ya que disponer de los beneficios del trabajador una vez obtenidos configura un comportamiento ilícito.

Su esencia es el sentido prospectivo de las normas constitucionales, que deben direccionarse en idéntico sentido que las declaraciones, convenciones y tratados sobre derechos humanos a los cuales nuestro país ha adherido.

Que el principio se haya visto fortalecido por las normas contenidas en los instrumentos citados anteriormente no es un dato menor, dado que las obligaciones concretas asumidas por el Estado resultan exigibles judicialmente, dando origen a obligaciones positivas.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) —del que la Argentina es Estado contratante— se comprometieron a adoptar mejores medidas en forma *progresiva —gradual—*, y la obligación mínima es *no regresividad*, esto es: abstenerse de adoptar políticas y medidas que empeoren la situación de los derechos económicos sociales y culturales vigentes al momento de adoptar el tratado internacional.

## IV. MEDIOS TÉCNICO-JURÍDICOS

Los medios técnico-jurídicos o legales son el *conjunto de instrumentos o herramientas que están expresamente enumerados en el derecho positivo y que tienen por finalidad equilibrar la relación de disparidad entre empleador y trabajador.* Son necesarios para que los principios del derecho del trabajo resulten aplicables en la práctica y tienen un fin protectorio o tuitivo.

Son adoptados tanto por la ley como por la negociación colectiva y se manifiestan en normas que surgen de la aplicación práctica de los principios del derecho del trabajo y que restringen el mar-

co de decisión del empleador. Uno de los principales medios técnico-legales es *la limitación de la autonomía de la voluntad mediante el orden público laboral.*

Ambas partes pueden pactar libremente siempre que no se vulneren los mínimos inderogables establecidos en la LCT y en los convenios colectivos, que constituyen el orden público laboral. Si se pacta una cláusula que viola dicho orden público, es nula y queda sustituida automáticamente por la válida.

Asimismo, opera como límite la *irrenunciabilidad de los derechos* consagrados en las normas imperativas que constituyen el orden público laboral (arts. 12 y 13, LCT). También lo dispuesto en el art. 260, LCT, protege los créditos de los trabajadores al disponer que el pago insuficiente será considerado como pago a cuenta del total adeudado aunque el trabajador lo reciba sin reservas.

Esta disposición forma parte de las normas protectorias, y se trata de una derivación del principio de irrenunciabilidad. Su razón de ser reside en la naturaleza alimentaria de la remuneración del trabajador.

Si bien el trabajador no está obligado a recibir pagos parciales, en caso de que los aceptara, son considerados como pagos a cuenta del total adeudado, aunque sean recibidos sin reservas.

Otro de los medios consiste en *evitar el fraude y preservar la vigencia del contrato de trabajo*, al establecer la *nulidad* de todo contrato en el cual se haya procedido con simulación o fraude, aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio (art. 14, LCT).

En la LCT se observan *restricciones a las facultades de organización, dirección y disciplinarias del empleador* cuando establece que deben ser ejercidas en forma razonable, con fines funcionales y respetando la dignidad y los derechos patrimoniales del trabajador y evitando toda forma de abuso del derecho (art. 68, LCT). En ese sentido, se restringe la facultad del empleador de modificar las condiciones de trabajo —*ius variandi*— estableciendo límites concretos.

En el plano del *derecho colectivo*, se advierte la *condena a las prácticas antisindicales* (desleales), la búsqueda de la negociación de buena fe (arts. 2°, 4°, 9° y 12, ley 14.250) y la consagración de la autonomía de la voluntad colectiva al establecer la posibilidad de los sujetos colectivos de negociar los convenios colectivos de trabajo. Asimismo, el Estado asume el papel de policía de trabajo para lograr el cumplimiento de las normas laborales al ejercer el control administrativo.

También en el plano internacional se observa la búsqueda de cooperación y unificación de normas laborales y de fijación de condiciones de labor (OIT).

CAPÍTULO V

# CONTRATO DE TRABAJO. RELACIÓN DE DEPENDENCIA

## I. CONTRATO DE TRABAJO

El art. 1137, CCiv., establece que "hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos".

El art. 21, LCT, dispone que "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".

### 1. Elementos

De la definición transcripta cabe destacar los siguientes *elementos*:

1) existe un *acuerdo de voluntades* para que cada parte cumpla sus obligaciones: cuando utiliza la expresión "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 el trabajo como un "hacer infungible": hace referencia a "persona física", descartando la posibilidad de que una persona de existencia 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 primacía de la realidad y la presunción establecida en el art. 23, LCT;

4) *no tiene importancia el plazo*, existe contrato habiéndose celebrado por un plazo cierto o incierto, lo que queda evidenciado al consignar "durante un período 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", lo que 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 la empresa de otro*, y el *empresario lo organiza, lo aprovecha y asume los riesgos del negocio*.

### 2. Caracteres

Los principales *caracteres* del contrato de trabajo son los siguientes:

1) *Consensual*: se perfecciona por el mero consentimiento de las partes.

2) *Personal*: es personalísimo respecto del trabajador y se sustenta en las características personales del contratado.

3) *Carácter dependiente del trabajo*: existe una subordinación técnica, jurídica y económica entre el trabajador y el empleador. Comprende la facultad de dar órdenes, con el consecuente deber del trabajador de acatarlas; de este modo queda sometido a una organización del trabajo ajena, renunciando a su independencia.

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) *De tracto sucesivo*: se desarrolla por medio de prestaciones repetidas en el tiempo; es un contrato de ejecución continuada y no instantánea, aun en las modalidades de plazo determinado (por ejemplo, contrato eventual); en su ejecución opera una cooperación entre las partes para alcanzar el fin perseguido (art. 62, LCT).

5) *No formal*: hay libertad de formas ya que —salvo en algunas modalidades— no se exigen formas determinadas para su celebración.

6) *Oneroso*: tiene contenido patrimonial; el art. 115, LCT, establece que el contrato no se presume gratuito y el art. 76, LCT, dispone que el pago de la remuneración es una obligación esencial del empleador.

7) *Bilateral y sinalagmático*: hay reciprocidad en las posiciones jurídicas; los derechos y obligaciones del trabajador se corresponden con los del empleador y viceversa.

8) *Conmutativo*: hay equivalencia en las prestaciones; las ventajas para ambas partes no dependen de un acontecimiento incierto.

9) *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.

## II. RELACIÓN DE TRABAJO

El art. 22, LCT, dispone que "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".

Es una situación de hecho que manifiesta una relación de dependencia. De la definición transcripta puede concluirse que, sin perjuicio del contrato de trabajo —acuerdo de voluntades materializado en un acto jurídico—, la relación de trabajo *es la prestación efectiva de las tareas*, las que pueden consistir en la ejecución de obras, actos o servicios.

La ley considera que quien trabaja en relación de dependencia celebró con anterioridad por lo menos un acuerdo tácito, que resulta válido ya que el contrato de trabajo es, por esencia, informal. A fin de evitar que el empleador utilice los servicios del trabajador y posteriormente desconozca el vínculo fundándose en la inexistencia de contrato, impone que los efectos de la relación sean similares a los del contrato de trabajo, salvo que un tercero de buena fe lo desconozca y se haya opuesto a esa prestación.

Por lo tanto, *puede existir contrato de trabajo sin relación de trabajo*, circunstancia que sucede cuando el trabajador estipula en un contrato que comenzará a prestar tareas para el empleador en fecha futura. Se trata de un acuerdo para trabajar que aún no llegó a ejecutarse.

Por *ejemplo*, en el caso de que el empleador contrate a un trabajador que no puede iniciar la prestación laboral hasta dentro de quince días porque va a contraer matrimonio, o si producida la entrevista y conviniendo las partes que el trabajador debe presentarse el lunes a las 9, no se lo recibe, argumentando que no van a requerir sus servicios o bien negando la existencia de la contratación. La prueba —muchas veces de difícil producción— recae en el frustrado trabajador.

Los efectos del incumplimiento del contrato, antes de iniciarse la efectiva prestación de los servicios, están previstos en el art. 24, LCT, que remite a la acción de daños y perjuicios del derecho civil; como mínimo, se debe pagar al trabajador una indemnización que no puede ser menor a un mes de la remuneración convenida.

Respecto de la responsabilidad precontractual ante la frustración del contrato, la parte que hubiera perjudicado a la contraria debe reparar los daños ocasionados siempre que estén fehacientemente comprobados y que pueda reprochársele al empleador haber falseado datos, retaceado u omitido información necesaria para la concertación del negocio jurídico (arts. 1109 y 1198, CCiv., arts. 62, 63, 65 y 68, LCT).

En caso de trabajo no registrado ("en negro"), hay contrato de trabajo y relación de trabajo, ya que hay acuerdo de voluntades y prestación de la actividad, pero el contrato ni el trabajador fueron registrados por el empleador en los términos del art. 7°, ley 24.013.

## III. SUJETOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

En el derecho individual del trabajo los sujetos son dos: el trabajador dependiente y el empleador.

### 1. Trabajador

El art. 25, LCT, expresa que se considera trabajador "a la persona física que se obligue o preste servicios en las condiciones previstas en los arts. 21 y 22 de esta ley, cualesquiera que sean las modalidades de la prestación".

Se trata de una *persona física con capacidad jurídica, que se obliga a prestar servicios en relación de dependencia y en forma personal a cambio del pago de una retribución*. Por lo tanto, el derecho del trabajo no considera trabajador a los incapaces, a los autónomos ni a las entidades colectivas. *El carácter de la prestación es personal*, por lo cual no se puede delegar el cumplimiento de la actividad.

***a) Auxiliares del trabajador***: el art. 28 hace referencia a los auxiliares del trabajador; se trata de un caso de *intermediación del trabajador*. La norma establece que los auxiliares son aquellas personas que *ayudan al dependiente en la realización de sus tareas*, al disponer que si estuviese expresamente autorizado por el empleador a servirse de ellos, los auxiliares serán considerados dependientes del empleador.

Un trabajador no puede ser empleador de otro, porque no es un empresario, no organiza la empresa ni tiene a su cargo un establecimiento.

El responsable del cumplimiento de todos los deberes respecto del auxiliar es el empleador principal, debiendo excluirse la responsabilidad del trabajador que tiene ayudantes. Es para prevenir el fraude por interposición de personas (art. 14), lo cual se verifica cuando se utiliza a un trabajador como empleador aparente.

En caso de no estar autorizados, no se configura con la empresa vínculo de carácter laboral. En cambio, cuando, por ejemplo, un encargado de casa de rentas es ayudado por sus familiares a efectuar sus tareas específicas, ello no genera responsabilidades para el consorcio empleador, ni convierte al familiar en dependiente (art. 2°, ley 12.981).

***b) Socio empleado***: el art. 27 se ocupa del socio empleado, que es aquella persona que, aun integrando una sociedad —en carácter de socio o accionista—, presta a ésta su actividad en forma principal y habitual con sujeción a las instrucciones o directivas que se le impartan. Por lo tanto, de hallarse cumplimentadas las condiciones establecidas, *la LCT considera al socio*

*empleado como trabajador dependiente, sin perjuicio del reconocimiento de los derechos emergentes de su calidad de socio.*

Quedan exceptuadas de lo dispuesto precedentemente las sociedades de familia entre padres e hijos que carecen de naturaleza laboral (art. 277, CCiv.).

El art. 27 apunta a prevenir el fraude que se produce cuando, mediante la adopción de una figura contractual no laboral —la sociedad— y utilizando una simulación ilícita, se intenta evadir la aplicación de las normas laborales, haciendo aparecer al empleado como integrante de la sociedad. Además, admite la acumulación de la calidad de socio y de trabajador en el caso de que concurran las notas tipificantes de la relación de dependencia.

## 2. Empleador

El art. 26, LCT, determina quiénes puede revestir la calidad de empleador, al disponer que "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".

Se trata de una *persona física o jurídica que organiza y dirige el trabajo prestado por el trabajador dependiente*, contando, además, con facultades de control y disciplinarias. El alcance del concepto es amplio: puede ser empleador una entidad sin fines de lucro —por *ejemplo*, organizaciones culturales—, una asociación irregular —en formación—, una sociedad de hecho o, incluso, un conjunto de personas físicas.

Pueden ser empleadores las personas físicas, con excepción de los incapaces de hecho y de derecho. También los sujetos colectivos, entre los que se pueden mencionar:

— Las personas jurídicas públicas o privadas.

— Los sujetos previstos en al art. 46, CCiv., o sea aquellas asociaciones que, pese a no tener existencia legal como personas jurídicas formales, se las reconoce como simples asociaciones civiles o religiosas. La ley impone que su constitución y designación de autoridades se haga por escritura pública o instrumento privado certificado por escribano, so pena de considerar solidariamente responsables a los administradores y fundadores.

— Las sociedades de hecho o irregulares, cuyos actos no son oponibles a terceros y en consecuencia son responsables solidarios los socios, fundadores o administradores de ésta.

— Conjunto de personas físicas, pero que no configuren una sociedad de hecho. Pueden ser entidades sin fines de lucro, organizaciones culturales, asociación irregular en formación, sociedad de hecho, conjunto de personas físicas.

***a) Empresa***: el art. 5°, LCT, define la empresa como "la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos".

Los medios *materiales* son los instrumentos de producción, los *inmateriales*, los conocimientos y la tecnología en general; en ellos no se debe incluir al trabajador, ya que el hombre no es una mercancía.

La LCT utiliza un concepto organizativo y finalista para definirla, es decir, como un instrumento para satisfacer necesidades humanas. En realidad, no es un ente jurídico ni un sujeto de la relación laboral, ya que ésta se establece entre personas físicas o jurídicas.

***b) Empresario***: la misma norma refiere que el empresario es "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".

Resulta relevante la ausencia de empresa y de empresario para descartar la existencia de relación de trabajo. Por ejemplo, en el caso del plomero que trabaja en una vivienda se observa

que la casa no es una organización de medios en la que se prestan servicios ni está dirigida por un empleador.

***c) Establecimiento***: el art. 6°, LCT, define el establecimiento como "la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa, a través de una o más explotaciones".

Es el lugar donde se produce. Es una parte de la empresa que —más allá de su autonomía— depende de ella. La empresa puede explotar distintas ramas y, por ende, estar integrada por varios establecimientos.

***d) Empresas relacionadas y subordinadas. Conjunto económico***: el tema se desarrolla en el capítulo "Fraude. Responsabilidad solidaria".

### 3. El Estado

El Estado puede ser tangencialmente sujeto del derecho del trabajo como empleador cuando asume tal carácter en relaciones regidas por las normas laborales. Sin embargo, su función esencial es la de autoridad pública, al intervenir como órgano de control y de aplicación tanto en las relaciones individuales como colectivas por medio del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

Debe efectuarse una necesaria distinción entre las figuras del empleado o trabajador del Estado, y la del funcionario público, ya que los primeros realizan actos de apoyo, como agentes inmediatos de la autoridad pública, a contrario del funcionario, que es titular de la función pública y ejerce poder de mando [1].

## IV. REQUISITOS DEL CONTRATO

Los requisitos del contrato de trabajo que se relacionan con su validez son los siguientes: el *consentimiento*, la *capacidad*, el *objeto* y la *forma*.

### 1. Consentimiento

El perfeccionamiento del contrato está precedido por la búsqueda del futuro dependiente; la empresa la inicia —generalmente— por medios de comunicación escritos —por ejemplo, diarios—, formulando la oferta de empleo y especificando los requerimientos pretendidos para cubrir las necesidades.

Posteriormente, se inicia un *proceso de selección* entre los postulantes, que implica el análisis de los antecedentes del aspirante y la realización de exámenes físicos, psíquicos y técnicos.

Finalizado este proceso, *el empleador tiene la potestad de elegir* a su arbitrio la persona que quiera contratar: a esto se denomina *libertad de contratación*. En cambio, *al iniciarse el vínculo laboral, la voluntad de las partes queda restringida por el principio de irrenunciabilidad y el orden público laboral*, es decir que está limitado el principio de autonomía de la voluntad.

*El consentimiento consiste en la exteriorización de la voluntad de las partes contratantes* de realizar un contrato con determinado objeto. Puede ser expreso o tácito. El art. 1145, CCiv., dispone que "es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito, o por signos inequívocos. El consentimiento tácito resultará de hechos, o de actos que lo presupongan, o que autoricen a presumirlo". Asimismo, el art. 1146, CCiv., establece que "el consentimiento tácito

[1] CORDOVA, Efrén, "Relaciones laborales en la función pública en América latina", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 99, nro. 3, julio-septiembre 1980, p. 313.

se presumirá si una de las partes entregare, y la otra recibiere la cosa ofrecida o pedida; o si una de las partes hiciere lo que no hubiera hecho, o no hiciere lo que hubiera hecho si su intención fuese no aceptar la propuesta y oferta".

Generalmente *se presta en forma verbal* respecto de las condiciones de trabajo, horario, duración de la jornada y remuneración. Las partes pueden establecer diversas condiciones en el contrato en tanto no conculque el orden público laboral (arts. 7° y 12, LCT) y remitirse respecto del restante contenido a lo fijado expresamente en las demás fuentes del contrato de trabajo (ley, convenio colectivo, usos y costumbres, etcétera).

El art. 45, LCT, establece que "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", bastando que se enuncie lo esencial del objeto de la contratación —las obligaciones principales que asumen las partes— (art. 46). Cuando expresa entre "ausentes", la ley se refiere a la contratación a distancia. En lo demás, rigen las normas del derecho común.

En la práctica, en contadas ocasiones se utiliza la forma escrita, y el consentimiento se da con la prestación laboral concreta, es decir que se manifiesta en el desarrollo de la actividad con la ejecución del servicio.

## 2. Capacidad de las partes

La capacidad de derecho es la *aptitud de la persona para adquirir y ejercer* los *derechos y contraer obligaciones*; es decir, la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas. La capacidad de derecho no puede faltar en forma total, mientras que la de hecho se refiere concretamente al ejercicio de esos derechos.

***a) Capacidad del empleador***: no existen normas específicas en materia laboral respecto de la capacidad requerida para contratar trabajadores en relación de dependencia, por lo cual rigen los principios generales que contiene la ley civil. La inhabilitación judicial que fija el art. 152 bis, CCiv., no es limitativa de la capacidad para celebrar contrato de trabajo, salvo en caso de que el sujeto se encuentre además restringido en su poder de administración.

La persona jurídica contrata por medio de sus representantes legales, pero también por medio de quienes, sin serlo —al decir de De la Fuente—, aparezcan facultados para ello (art. 36, LCT), en una suerte de mandato tácito.

Si el empleador es una persona física, *tiene plena capacidad* cuando se da alguno de estos supuestos:

*a)* siendo mayor de edad: la capacidad plena se adquiere a los 18 años (ley 26.579; BO del 22/12/2009);

*b)* si tiene 18 años y está emancipada comercialmente por habilitación de edad otorgada por quien ejerza la patria potestad, o por el juez a pedido del tutor, o del menor, si estuviere bajo tutela (arts. 10 y 11, CCom., derogados por ley 26.579).

*c)* si es menor pero está emancipado por matrimonio (18 años el varón y 16 la mujer; art. 131, párrs. 1° y 2°, CCiv., y 166, inc. 5°, conf. ley 26.449).

La ley 26.579, sancionada el 2/12/2009 y promulgada el 21/12/2009 (BO del 22/12/2009) modifica el Código Civil y establece la mayoría de edad a los 18 años. De todos modos, hasta los 21 años los padres deben cumplir con la obligación en materia de previsión y seguridad social.

Modifica los arts. 126 a 128, 131 y 132, 166, 168, 275, 306, 459 y 265, CCiv., y deroga los arts. 10, 11 y 12, CCom.

Establece que son menores las personas que no cumplieron los 18 años; menores impúberes los que aún no tienen 14 y menores adultos los que se encuentran entre los 14 y los 18 años (arts. 126 y 127, ley 26.579).

Respecto de la incapacidad de los menores, dispone que cesa al cumplir los 18 (arts. 126 a 128). La norma afecta la capacidad para celebrar un contrato de trabajo como empleador, dado que con la modificación a partir de esa edad, aquéllos pueden tramitar habilitaciones, firmar contratos de todo tipo, encarar emprendimientos comerciales, comprar y vender inmuebles y casarse a los 18 años sin autorización de sus padres.

No se trata de una aptitud plena, ya que la ley establece la particularidad de poner en cabeza de los padres o tutores el deber de mantener sus obligaciones en materia de previsión y seguridad social. Es una disposición de evidente contenido social, que apunta a proteger al joven en un período de la adultez en que se suele estar a la búsqueda de trabajo o iniciando estudios universitarios, con lo cual el contar con apoyo paterno resulta fundamental.

Cuando existía la emancipación, ésta debía ser efectuada por los padres mediante escritura pública e inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas; y si el menor era emancipado comercialmente, por la habilitación expresa efectuada por el padre y la madre e inscripta en el tribunal de comercio local, o de forma tácita cuando el hijo mayor de 18 años estuviese asociado al comercio del padre o de la madre o de ambos (conf. arts. 11 y 12, CCom., ahora derogados).

Al contrario, *no tienen capacidad para ejercer el comercio y*, obviamente, *no pueden ser empleadores*: los incapaces, que incluye a los menores no emancipados, los interdictos, los dementes declarados en juicio (arts. 140 y 141, CCiv.), los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito (art. 153, CCiv.), los inhabilitados judicialmente por embriaguez habitual o uso de estupefacientes, los disminuidos mentales que no llegan a ser dementes (art. 152 bis, CCiv.), los interdictos y fallidos —ya que sus actos son inoponibles a la masa— (art. 24, CCom.). Asimismo, resultan anulables los actos jurídicos de los dementes no declarados en juicio (art. 1045, CCiv.).

La incapacidad de derecho del fallido para ser empleador sobreviene una vez acontecido el desapoderamiento de sus bienes, luego de la declaración de quiebra, y respecto únicamente de la administración y disposición de ellos.

Asimismo, la declaración de quiebra lo inhabilita para ejercer actos de comercio por sí o por interpósita persona, para ser administrador, gerente, síndico, liquidador o fundador de sociedades, asociaciones mutuales y fundaciones mientras dure la inhabilitación (art. 238, ley 24.522).

***b) Capacidad del trabajador***: la capacidad para celebrar un contrato de trabajo en calidad de empleado parte del reconocimiento de tal facultad a partir de una edad determinada por motivos de política de empleo y de resguardo de valores propios de la persona del trabajador (física y psíquica), que autoriza la realización de tareas subordinadas.

La LCT establecía la edad mínima en 14 años (art. 32), a pesar de que el convenio 138 de la OIT (ratificado por ley 24.650), que rige la materia, lo coloca en 15 años. De todos modos, el propio convenio establece la posibilidad de que aquellos países cuya economía y medios de educación estén suficientemente desarrollados, fijen inicialmente una edad mínima de 14 años.

La ley 26.390 (BO del 25/6/2008) fue sancionada el día 4/6/2008 y promulgada el 24/6/2008.

Modifica la LCT en materia de capacidad para celebrar contrato de trabajo en calidad de trabajador, elevando la edad mínima de admisión al empleo a 16 años con la finalidad declarada de combatir el trabajo infantil y fortalecer la protección del trabajo adolescente. También introduce modificaciones en materia salarial y en lo relativo a la facultad para estar en juicio, y en las leyes 22.248, 23.551, 25.013 y el dec.-ley 326/1956.

Se analiza al final del capítulo XIV, "Trabajo de mujeres y menores".

*Tienen capacidad laboral limitada*: los menores entre 16 y 18 años, si viven independientemente de sus padres o tutores, pueden trabajar con su conocimiento. En caso de vivir con ellos, se presume su autorización (art. 283, CCiv.).

Tienen plena capacidad laboral y libre disposición de sus bienes: los mayores de 18 años y los menores emancipados por matrimonio.

El párr. 2°, art. 128, CCiv., dispone que "desde los 18 años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante, quedando a salvo al respecto las normas del derecho laboral". Por su parte, el art. 283, CCiv., establece que "se presume que los menores adultos, si ejercieren algún empleo, profesión o industria, están autorizados por sus padres para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria".

Al contrario, *no pueden trabajar ni celebrar contrato de trabajo* los menores de 16 años: existe una expresa prohibición de trabajar en cualquier actividad, con excepción de las empresas en las cuales trabajen miembros de la familia (art. 189, LCT).

La LCT dedica varios artículos al *trabajo de menores* (arts. 187/195), que prohíben el trabajo nocturno, el trabajo a domicilio y las tareas penosas, peligrosas o insalubres, y limitan la jornada a seis horas diarias y treinta y seis semanales. La excepción es la jornada de los menores de más de 16 años, que, con autorización administrativa, puede extenderse a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales.

En cuanto a su *capacidad procesal*, está facultado para estar en juicio laboral en acciones vinculadas al contrato de trabajo y para hacerse representar por mandatarios, con la intervención promiscua del Ministerio Público a partir de los 16 años (art. 33, LCT).

La capacidad procesal es la relativa al ejercicio de derechos provenientes del contrato de trabajo celebrado por el menor y no está referida a cuando el menor es titular de un crédito laboral que surge de la muerte de algún causahabiente (art. 248, LCT); en este caso debe ser representado por el progenitor supérstite o por un tutor.

Respecto de los *derechos sindicales*, desde los 16 años está facultado —sin necesidad de autorización— a afiliarse al sindicato o desafiliarse. En cambio, es necesario contar con 18 años para ser delegado o integrar una comisión interna y tener 21 años para integrar órganos directivos.

Los dementes declarados judicialmente —las personas que por causa de incapacidad mental no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes (arts. 140 y 141, CCiv.)— tienen incapacidad absoluta para contratar; en cambio, los dementes no declarados no son incapaces, aunque el acto que realicen puede invalidarse si al momento de su otorgamiento estaban privados de razón (art. 1045, CCiv.), ya que carecían de discernimiento (art. 921, CCiv.). En este caso, la obligación contraída en un intervalo lúcido sería válida como obligación natural, y el empleador no podría repetir la remuneración abonada.

También son incapaces los inhabilitados judicialmente por embriaguez habitual, uso de estupefacientes, disminución mental o prodigalidad (art. 152 bis, CCiv.), pero —en principio— pueden celebrar contrato de trabajo porque pueden otorgar actos de administración sin conformidad del curador.

Si bien el fallido —como quedara dicho—, en principio, no puede contratar como empleador, puede ser trabajador, porque la quiebra le impide administrar su patrimonio comprendido en la masa, pero no el ejercicio de los derechos inherentes a su persona.

Los contratos de trabajo pueden ser celebrados por argentinos o extranjeros sin limitación. Los extranjeros ilegales y los residentes temporarios que no estén habilitados por la autoridad migratoria para desarrollar actividades remuneradas encuadran en el concepto de contrato de trabajo de objeto prohibido, lo cual significa que es nulo, pero dicha nulidad es inoponible al trabajador, que conserva sus derechos (art. 40, LCT). Ver más adelante "Contrato de objeto prohibido".

***Discapacitados***: la ley 22.431 —que establece un sistema de protección integral de las personas discapacitadas— en su art. 2° (aclarado por el art. 9°, ley 24.901) los define como "toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que con relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral". Es decir que se trata de personas que si bien no pueden desarrollar determinadas tareas, pueden realizar otras.

El estado de discapacidad se acredita con la presentación de un certificado médico expedido que debe consignar "su naturaleza y su grado así como las posibilidades de rehabilitación del afectado" e "indicará qué tipo de actividad laboral o profesional puede desempeñar" (art. 3°, ley 22.431); es expedido por la Secretaría de Estado de Salud Pública o por el órgano que establezcan las leyes provinciales.

Tienen "un sistema de prestaciones básicas de atención integral", que comprende "acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos" (art. 1°, ley 24.901), que deben ser otorgadas obligatoriamente por las obras sociales a las que estén afiliados, y si no están afiliados —en la medida en que esa prestación no pueda ser satisfecha por la propia persona o por aquella de la que depende—, está a cargo del Estado a través de sus organismos dependientes (arts. 3° y 4°, ley 24.901).

La ley 25.689 (BO del 3/1/2003) modificó el art. 8°, ley 22.431, en relación con el porcentaje de ocupación de personas con discapacidad por parte del Estado nacional, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos, e introdujo el art. 8° bis.

El artículo modificado dispone que el Estado nacional está obligado a ocupar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo en una proporción no inferior al 4% de la totalidad de su personal y a establecer reservas de puestos de trabajo para ser exclusivamente ocupados por ellas. Aclara lo que comprende el término Estado nacional, incluyendo los tres poderes que lo constituyen, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos.

También prevé que el Estado debe asegurar que los sistemas de selección de personal garanticen las condiciones establecidas anteriormente y proveerá las ayudas técnicas y los programas de capacitación y adaptación necesarios para una efectiva integración de las personas con discapacidad a sus puestos de trabajo.

Mediante la res. 802/2004 MT (BO del 5/11/2004) se creó el Programa de Inserción Laboral para Trabajadores con Discapacidad, destinado a insertar laboralmente en el sector privado a los discapacitados como a grupos especialmente vulnerables, por medio de un pago directo durante nueve meses, que puede integrarse a la suma aportada por los empleadores a fin de alcanzar el monto de la remuneración correspondiente. Asimismo, la res. 575/2005 MT (BO del 3/8/2005) creó el Programa de Apoyo Económico a Microemprendimientos para Trabajadores con Discapacidad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante acordada 4/2008 del 11/3/2008, dispuso la creación de un registro de personas con discapacidad que se postulen para ingresar al Poder Judicial.

Como lo expresa Priore, en su tesis de maestría [2], el cupo laboral establecido legalmente fue una medida extraordinaria y de excepción para sentar las bases de una integración. Las personas con discapacidad luchan por la obtención de un puesto de trabajo.

[2] PRIORE, Claudia, "Protección integral a las personas con discapacidad", *Revista Laboral de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral*, nro. 38, junio-julio 2008.

A través de las leyes 22.431 y 25.689 queda bien definido que existe un sujeto acreedor, la persona con discapacidad, y entre otros sujetos deudores, el Estado, como garante de la vigencia efectiva de los derechos y, en consecuencia, como principal obligado a una actuación positiva para lograr dicho objetivo. Es por ello que la autoridad pública tiene el deber de promover acciones positivas (art. 75, inc. 23, CN), en todo lo referente a promover y facilitar el acceso efectivo a un puesto de trabajo digno para las personas con discapacidad, sin olvidar que todo individuo con discapacidad tiene que estar preparado para desarrollarse en un mundo real.

## 3. Objeto

*Está constituido por la prestación de una actividad personal e infungible* —un quehacer humano insustituible—, según la categoría profesional del trabajador que estipulan las partes. Esto resulta esencial para determinar las tareas que debe desarrollar el trabajador y su remuneración.

Si bien el art. 37, LCT, dispone que la actividad personal o infungible que constituye la prestación objeto del contrato de trabajo puede ser indeterminada o determinada, debe existir una mínima determinación, ya que de lo contrario el trabajador podría ser asignado a cualquier tipo de tareas.

Por lo general, las partes, al celebrar el contrato verbalmente, se ponen de acuerdo sólo en los aspectos principales de la relación laboral, quedando todo lo restante —en lo cual se pueden incluir distintas condiciones de trabajo— sujeto a la legislación aplicable y a los convenios colectivos (art. 46, LCT).

*Lo comprometido es lo convenido en el contrato*; por ejemplo, si se contrató a alguien para hacer trámites administrativos, ésa es la prestación a que está obligado el dependiente, y la debe realizar aunque sea licenciado en Administración de Empresas.

Al contenido y la calidad del trabajo comprometido los determina la calificación contractual (categoría), que es la tarea o conjunto de tareas sobre las cuales hubo acuerdo de partes como constitutivas de la prestación del trabajador. No se debe confundir con la calificación profesional, que es una cualidad subjetiva del trabajador y que puede haber quedado fuera del contrato de trabajo (por ejemplo, el contador que es contratado sólo como empleado administrativo).

Consiste en realizar actos, ejecutar obras y prestar servicios (art. 21, LCT), es decir que *se trata de una obligación de hacer*, que puede o no estar concretamente determinada.

El art. 38, LCT, establece que "no podrá ser objeto del contrato de trabajo la prestación de servicios ilícitos o prohibidos". El objeto del contrato de trabajo debe ser posible, lícito y no prohibido.

Por lo tanto, la prestación laboral debe consistir en hechos *posibles —determinados o determinables— y lícitos*.

La *posibilidad* está referida a que el hecho o prestación para la que la persona se obliga sea posible en sí, aunque no sea posible en esa persona, por lo cual la falta de aptitud o habilitación del trabajador contratado para la tarea no invalida el contrato por imposibilidad del objeto.

En lo que hace a la *determinación* del objeto, y sin perjuicio de que es admisible en el contrato de trabajo algún grado de indeterminación (art. 37, LCT), como regla general la obligación de hacer o dar cosas absolutamente indeterminadas es nula.

La *licitud* está referida a la exigencia de que el objeto del contrato (la prestación) no contraríe ninguna prohibición legal, pero tampoco a la moral y las buenas costumbres.

En aquellos supuestos en los que el trabajo desempeñado en sí mismo sea lícito pero se desenvuelva dentro de una organización que no lo es, el contrato también estará viciado, pero no en razón del *objeto*, sino por ilicitud de la *causa*, entendida en un sentido subjetivo.

***a) Contratos de objeto ilícito***: *el objeto ilícito es contrario a la moral y las buenas costumbres* (art. 39, LCT), es decir que es reprochable desde el punto de vista ético. Se puede citar, como ejemplo, el "prestar servicios" para una banda que se dedica a delinquir o al juego clandestino.

Aun siendo contrario a la moral y a las buenas costumbres, excepcionalmente no se considerará ilícito si las leyes, ordenanzas municipales o los reglamentos de policía lo consintieran, toleraran o regularan (art. 39, *in fine*).

El concepto de lo lícito e ilícito —e, incluso en algunos casos, de lo que puede ser considerado moral o inmoral— ha sido dinámico, guardando estrecha relación con el devenir histórico, religioso y social. Termina materializado normativamente en reglas (leyes, ordenanzas, sentencias, etc.) que permiten, vedan o ponen límites a determinadas conductas.

En cuanto a sus efectos, *produce la nulidad absoluta*: no es susceptible de confirmación por hallarse afectado el orden público; el contrato de objeto ilícito *no genera consecuencia alguna entre las partes*; el trabajador ni el empleador pueden efectuar reclamo alguno con fundamento en la LCT (art. 41).

La declaración de nulidad, tanto en los contratos de objeto prohibido como en los de objeto ilícito, debe ser efectuada de oficio por los jueces, es decir, aun sin mediar petición de parte.

La autoridad de aplicación tiene la facultad de inspeccionar y —en su caso— aplicar multas.

Se puede mencionar, como ejemplo, el caso en que se hubiere pactado una remuneración inferior al salario mínimo, vital y móvil. Dicha cláusula sería nula, quedaría reemplazada *ipso iure* por el mínimo legal o convencional correspondiente, el contrato proseguiría y el trabajador tendría derecho a reclamar las diferencias devengadas entre lo percibido y el salario correspondiente.

***b) Contrato de objeto prohibido***: *el objeto prohibido es el contrario a la ley o a las normas reglamentarias*. El art. 40, LCT, considera prohibido el objeto del contrato "cuando las normas legales y reglamentarias hubieran vedado el empleo de determinadas personas o en determinadas tareas, épocas o condiciones". Es una norma protectora y resulta coincidente con el art. 953, CCiv.

Cabe citar los siguientes ejemplos: el trabajo de menores, de las mujeres en el período del preparto (treinta o cuarenta y cinco días, a opción de la mujer) y posparto (cuarenta y cinco o sesenta días), el trabajo de menores y mujeres en tareas penosas, peligrosas o insalubres, las horas extras laboradas en exceso de lo permitido o en jornadas insalubres.

En cuanto a sus efectos, si bien *produce la nulidad del contrato o de los aspectos que se contraponen a las normas o reglamentaciones*, la *prohibición está siempre dirigida al empleador* (art. 42, LCT): *es inoponible al trabajador* y, por tanto, no afecta los derechos adquiridos durante la relación.

No perjudica la parte válida: son nulas las cláusulas ilícitas y quedan de pleno derecho sustituidas por la norma legal o convencional aplicable (art. 13, LCT), subsistiendo el vínculo en la medida en que con ello no se alterare decisivamente su normal prosecución.

Por lo tanto, el trabajador puede reclamar por el cobro de las remuneraciones debidas y —en caso de despido sin causa— exigir las indemnizaciones legales pertinentes: el valor tutelado es el interés del trabajador.

***Extranjeros***: la ley 25.871 (BO del 21/1/2004) —que derogó la ley 22.439 en materia de política migratoria— regula las condiciones en que los extranjeros pueden desarrollar una tarea, sea en relación de dependencia o en forma autónoma. Esta ley fue regamentada por el dec. 616/2010 (BO del 6/5/2010).

Los extranjeros sólo pueden desarrollar tareas, sea en relación de dependencia o en forma autónoma, siempre que hayan sido autorizados para ello. La admisión del ingreso y permanencia de los extranjeros puede ser permanente, temporaria, transitoria o precaria (aquellos que gestionan la regularización de su permanencia).

Los permanentes están habilitados para ejercer industria lícita y desempeñar una tarea en relación de dependencia en igualdad de derechos que los argentinos en todo el territorio del país, a menos que se hubiere limitado su permanencia a un lugar determinado.

Los que tienen residencia temporaria pueden ser empleados durante el lapso de vigencia de la autorización (otorgada por la autoridad migratoria, dependiente del Ministerio del Interior). En cambio, los transitorios no pueden trabajar, salvo que estén expresamente autorizados. Los que tienen residencia precaria, excepcionalmente, pueden ser autorizados a realizar tareas en el plazo, los lugares y con las modalidades que determine la autoridad migratoria.

Los inmigrantes ilegales tienen prohibido "trabajar o realizar tareas remuneradas o lucrativas, ya sea por cuenta propia o ajena, con o sin relación de dependencia"; ninguna persona podrá emplearlos con esos propósitos, resultando —en caso de violación a la prohibición— aplicables las disposiciones del art. 42, LCT.

Está prohibido expresamente "proporcionar trabajo u ocupación remunerada" y vivienda a los extranjeros que residan ilegalmente en el país, bajo pena de multa. El no cumplimiento de esta norma convierte el negocio en "prohibido": la prohibición está dirigida al empleador y, por ende, éste debe abonar las remuneraciones del tiempo en que se prestaron tareas. Se trata de un ilícito que viola medidas de policía migratoria y es pasible de una multa.

La disposición 40.164/2007 (BO del 23/8/2007) —Dirección Nacional de Migraciones— se ocupa de las personas extranjeras extra Mercado Común del Sur (Mercosur), que, encontrándose en el territorio nacional, pretenden tramitar su residencia a los efectos de obtener un trabajo en relación de dependencia.

Determinados empleadores se aprovechan de esa circunstancia para contratarlos, imponiendo condiciones infrahumanas y abonando salarios inferiores a los mínimos. Si bien dichos convenios son nulos (conf. arts. 13 y concs., LCT), el trabajador extranjero difícilmente efectúa una denuncia ante la autoridad administrativa, y menos una demanda judicial, ya que carece de documento nacional de identidad (DNI) y demás documentación.

Para evitar las consecuencias negativas de la migración laboral externa, se fijan requisitos para la contratación de personal extranjero, admitiéndose el ingreso de aquellos que tengan asegurado un empleo estable por un tiempo determinado y habitación fija, y prohibiendo la contratación de personal que no hay regularizado su situación de permanencia en el país. Asimismo, en el estatuto del periodista profesional y en el del empleado administrativo de empresas periodísticas, se establecen cupos máximos de trabajadores extranjeros.

Luego del Tratado de Asunción (26/3/1991) ratificado por ley 23.981 —que crea el Mercosur, integrado por la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay (al que se incorporara Venezuela)—, se hace necesario reducir las limitaciones respecto de las personas, los servicios y capitales y propender a la no discriminación entre ciudadanos comunitarios.

Del bloque de legalidad constituido por los arts. 38, 40, 42 y 44, LCT, surge que el contrato de trabajo celebrado con un trabajador extranjero en situación de ilegalidad es un contrato de objeto prohibido. La Ley de Migraciones prescribe que los empleadores quedarán obligados al pago de los sueldos, salarios y comisiones al personal al que le hubieran proporcionado trabajo u ocupación en violación a lo dispuesto en infracción a las normas migratorias pertinentes (art. 53, ley 22.439). Toda vez que el plenario 193 de la Cámara Nacional del Trabajo, ni la nor-

matividad migratoria pertinente se expiden claramente acerca de la fundabilidad de las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato por la ilegalidad de la situación del trabajador extranjero, desde la dogmática de las fuentes de jerarquía legal, la regulación contenida en los arts. 42 y 44, LCT, permiten sustentar el derecho a dichas indemnizaciones" (sala 5ª, 23/4/2008, "Dávila Guevara, Egla Leonor v. Rovepe SRL").

## 4. Forma

Para la celebración del contrato de trabajo *rige el principio de libertad de las formas*. Esto significa que no se requiere una forma determinada como requisito de validez, como en el caso de los contratos formales. El art. 48, LCT, dispone que "las partes podrán escoger libremente sobre las formas a observar..., salvo lo que dispongan las leyes o convenciones colectivas en casos particulares".

Por lo tanto, el principio general es que el *contrato de trabajo es informal*: no hay formas impuestas u obligatorias. Sin embargo, a pesar de ser esencialmente informal, existen excepciones legales; por ejemplo, se requiere la forma escrita en el contrato a plazo fijo (art. 90, LCT), en el contrato eventual —en algunos casos— (art. 99, LCT) y en el contrato de aprendizaje (art. 1°, ley 25.013).

El carácter informal del contrato de trabajo no obsta a que la LCT exija una forma determinada (forma impuesta) para ciertos actos, que en esos casos constituye requisito para su validez, es decir, para que dichos actos cumplan el efecto previsto.

A modo de ejemplo, cabe citar distintos actos que para perfeccionarse requieren la forma escrita: comunicación del embarazo (art. 177); notificación del matrimonio (art. 181); comunicación de la excedencia (art. 186); comunicación de la fecha de vacaciones (art. 184); notificación de las suspensiones (art. 218); conformidad del trabajador en caso de cesión del personal (art. 229); notificación del preaviso (art. 235); renuncia (art. 240); extinción por mutuo acuerdo (art. 241); comunicación de la justa causa del despido (art. 243); intimación para que el trabajador se jubile (art. 252); la conciliación y la transacción (art. 15, LCT); la intimación para registrar debidamente la relación laboral (art. 11, ley 24.013, texto ley 25.345).

Para proteger los derechos del trabajador, la LCT impone al empleador determinadas *obligaciones formales, entre otras*, llevar la documentación laboral que registra al dependiente.

La legislación laboral también requiere formas *ad solemnitatem* en determinados actos y, de no ser observadas, el acto se considera inexistente ("se tendrán por no sucedidos"). Sin embargo, el trabajador puede invocar su existencia si lo beneficia, pero no el empleador (no puede alegar su propia torpeza).

## 5. Causa

La ley no se refiere a la causa del contrato de trabajo. Doctrinariamente se entiende que es lo que determina que el negocio jurídico se celebre.

Se puede distinguir entre causa-fuente y causa-fin.

La causa-fuente es el motivo objetivo que llevó a las partes a contratar. Trasladado este concepto al contrato de trabajo, la causa-fuente puede ser, por ejemplo, el aviso del diario o alguien que le avisa a una persona de la existencia de un posible empleo.

En cambio, la causa-fin se relaciona con el fin que cada parte tuvo para contratar; por ejemplo, la necesidad de capacitarse.

## V. RELACIÓN DE DEPENDENCIA

### 1. Relación de dependencia y trabajo autónomo

Como se consignara en el cap. I, el trabajo que regula la LCT no es todo el trabajo humano; queda fuera de su alcance el trabajo benévolo, el familiar y el autónomo, que *no incluye la nota de dependencia: el autónomo trabaja por su cuenta y riesgo*, no está sometido a una organización ajena, sino que lo hace en su propia organización o trabaja solo. Es un *trabajador independiente*: trabaja bajo su propio riesgo.

El trabajador protegido por la LCT y el derecho individual del trabajo es el que presta su actividad personal a cambio de una remuneración, en relación de dependencia o subordinación respecto de otro —empleador (persona física o jurídica)— que requiere de sus servicios. Es decir que *trabaja en una organización ajena*, sometido a las directivas o instrucciones que se le imparten y *bajo el riesgo de otro*, que recibe la tarea y la dirige: no asume riesgos económicos.

El trabajo en *relación de dependencia es un trabajo dirigido*. El trabajador está bajo la dependencia o dirección del empleador: el *trabajador* pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo y se somete a sus decisiones e instrucciones respecto del trabajo, y el *empleador* se compromete a pagarle la remuneración pactada y a otorgarle condiciones de trabajo dignas, seguras e higiénicas para su condición humana.

La relación de dependencia se caracteriza por la subordinación, que se manifiesta en un triple sentido:

1) *técnico*: somete su trabajo a los pareceres y objetivos señalados por el empleador; resulta más amplia respecto de los trabajadores con menor calificación, y más tenue en relación con los más capacitados profesionalmente;

2) *económico*: no recibe el producto de su trabajo y no comparte el riesgo de la empresa; por un lado, el trabajador pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador a cambio de una remuneración y, por el otro, los mayores beneficios o los quebrantos derivados de la explotación sólo benefician o perjudican al patrono, resultando ajenos al obrero;

3) *jurídico*: es la principal característica para configurar la dependencia; consiste en la posibilidad jurídica del empleador de dirigir en el empleo la conducta del trabajador hacia los objetivos de la empresa. El trabajador está sometido a la autoridad del empleador: facultades de organización, dirección, control y poder disciplinario.

No obstante, el hecho de que una persona "realice actos, ejecute obras o preste servicios en favor de otra... mediante el pago de una remuneración" no implica necesariamente la existencia de contrato de trabajo. Lo importante es determinar si actúa "bajo la dependencia de otra", que —como quedara dicho— significa la existencia de una relación de autoridad entre ellas.

Existe contrato de trabajo si se acreditó el desempeño bajo subordinación jurídica y el pago de una remuneración, siendo determinante el hecho de que el actor —profesor de Educación Física— se insertó en una organización ajena, cumpliendo servicios personales en funciones y actividades normales del empleador sin que se acredite la condición de empresario de aquél; es insuficiente para probar lo contrario la circunstancia de que el trabajador se encuentre inscripto como contribuyente y que hubiere emitido facturas para cobrar sus emolumentos (sala 7ª, 27/3/2003, "Bruun, María Laura v. Sociedad Italiana de Tiro al Blanco Sitas", DT 2003-B-1417).

### 2. Contrato de trabajo y locación de servicios

La locación de servicios es un contrato civil por el cual una parte se compromete a prestar el servicio y la otra a pagar una suma determinada de dinero; sin perjuicio del carácter autóno-

mo de la prestación y de que su objeto consiste en el resultado, el locador acepta ejecutar el servicio que le contratan bajo las instrucciones del locatario.

El autónomo es titular de la Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) y debe cumplir obligaciones tributarias (presentar la declaración jurada del impuesto a las ganancias) y previsionales (aportar mensualmente al sistema previsional), emite facturas por servicio prestado, percibiendo una retribución (precio u honorarios). Además, organiza su propio trabajo (puede tener trabajadores dependientes), establece las condiciones y el tiempo de trabajo y asume los riesgos de la actividad.

A pesar de estas diferencias, se presentan dudas en diversos casos para determinar la existencia de relación de dependencia, incluso a veces los propios organismos recaudadores de la seguridad social desconocen el carácter autónomo de determinadas relaciones entendiendo que configuran un fraude. Los casos deben ser resueltos a la luz del principio de primacía de la realidad y tomando en cuenta la presunción de relación laboral en los casos de prestación de servicios (art. 23, LCT).

## 3. La crisis del contrato de trabajo. La parasubordinación

Se podría ubicar la génesis de la crisis del contrato de trabajo por tiempo indeterminado y el surgimiento de nuevas figuras "atípicas" o "parasubordinadas" a fines de los años setenta, cuando en Europa se produce un cambio de rumbo en el ordenamiento laboral como resultado de la recesión económica de la primera mitad de esa década y de los efectos producidos en los niveles de empleo.

La mayoría de los principales países que hoy conforman la Unión Europea recurrieron a una batería de medidas normativas para paliar los efectos de la crisis ocupacional y económica, que al margen de sus diferencias comienzan a poner en tela de juicio algunos principios básicos del derecho del trabajo; allí aparecen estos contratos "atípicos".

El surgimiento y la mayor utilización progresiva de estos contratos aparece con la transformación de los métodos de producción y la *descentralización productiva*. Ésta debe entenderse como el modo de organizar el proceso de prestación de servicios y de elaboración de bienes recurriendo a la contratación de proveedores y suministradores externos para la ejecución de ciertas fases del proceso o las actividades, que se caracteriza fundamentalmente por la fragmentación y segmentación del ciclo productivo y la externalización o exteriorización de ciertas fases, funciones o actividades de dicho ciclo.

Esto evidentemente lleva al nacimiento de un nuevo tipo de relaciones interempresariales, sustentadas en vínculos de cooperación y coordinación, pero también de dependencia, recurriendo a figuras contractuales típicas como el contrato de ejecución de obra o contrato de empresa, los contratos de arrendamiento de servicios, de depósito, de transporte o los contratos de comisión y de agencias; o bien, a la creación de nuevas figuras contractuales como los contratos de franquicia, de *factoring*, de *merchandising*, de *facilities management*, de logística, de mantenimiento o suministro de informática.

En nuestro medio y en otros países de la región —a diferencia de Europa, en donde hubo *aggiornamiento* y reingeniería de la categorización y de los mecanismos de distribución—, el fenómeno descentralizador se ha canalizado por las vías de la precariedad y la flexibilización laboral.

La dependencia es uno de los conceptos cuya delimitación más dificultad ha planteado a la doctrina jurídica.

Esto se observa en la propia LCT, que no la define concretamente, limitándose a resaltar la relación jerárquica existente entre las partes (art. 5º), las facultades de organización y dirección con que cuenta el empleador (arts. 64 y 65), las que como consecuencia natural de esa dis-

paridad negocial deben ser ejercidas con carácter funcional y sujetas a las limitaciones impuestas por la ley; incluso cuando se refiere al contrato y a la relación de trabajo hace expresa alusión a la dependencia pero sin determinarla.

Esta omisión, que se explica en la propia elasticidad de la expresión, llevó a que fuera la doctrina la encargada de establecer (con la amplitud necesaria) sus elementos tipificantes, haciendo hincapié en su faz jurídica y desatendiendo la técnica y, especialmente, la económica.

La jurisprudencia debió (y no siempre con criterio homogéneo) establecer casuísticamente la existencia de subordinación en aquellas actividades fronterizas que despertaban incertidumbre, pero siempre sobre la disyuntiva que importaba admitir la presencia de subordinación para aplicar íntegramente la normativa laboral, o excluirla totalmente de cualquier protección.

En algunos casos, fue el propio legislador quien mediante leyes especiales (estatutos) le asignó determinada protección a ciertas actividades; o bien excluyó la naturaleza laboral en otras (por ejemplo, fleteros y productores asesores de seguros).

A pesar de los aspectos negativos señalados, el concepto de dependencia cumplió su función durante casi medio siglo sin demasiados inconvenientes.

Sin embargo, las transformaciones económicas y tecnológicas, la descentralización productiva y las nuevas formas de organización del trabajo obligan a un profundo replanteo de esta cuestión, teniendo en cuenta la existencia de un número cada vez mayor de trabajadores que, si bien podrían encuadrarse como autónomos al prestar servicios independientes jurídicamente, en cambio, se encuentran en una posición de dependencia económica.

Cabe recordar que el art. 14 bis, CN, garantiza la protección del trabajo en sus diversas formas, sin hacer distinción si la persona que lo realiza es dependiente, autónomo o parasubordinado (para citar a la legislación italiana).

## 4. Nuevas perspectivas del concepto de dependencia

Planteado así el conflicto, no puede desconocerse que las soluciones distan mucho de ser pacíficas. Desde una concepción netamente protectoria se pretende extender el concepto de dependencia para incluir dentro de la égida laboral todos estos casos que hoy no están protegidos.

En Italia se desarrolló la noción de parasubordinación y en Alemania se creó legislativamente la figura de los "casi asalariados", los cuales no dejan de ser trabajadores independientes, pero al ser económicamente dependientes, no obstante estar excluidos de la protección contra el despido, se benefician con ciertas disposiciones del derecho del trabajo relativas a los conflictos laborales, el descanso y las condiciones de trabajo, e incluso podrían tener derecho a negociar las condiciones de trabajo colectivamente.

Goldín, siguiendo el informe Boissonnat y Supiot, se inclina por una nueva categoría jurídica, que denomina "contrato de actividad" (del que ya hablaba Deveali hace muchos años), que consistiría en un contrato marco con una persona moral que coordina sus políticas de empleo y sus necesidades y garantiza al trabajador, durante su desempeño dependiente, pero también en otras instancias de su carrera (como las del trabajo autónomo, el tiempo de formación, el de descanso, el de atención de las obligaciones cívicas o familiares, etc.), la continuidad de un mínimo remuneratorio y cierta protección social.

Para Rodríguez Mancini, los elementos que deberían estar presentes para que actuara la técnica de protección en los distintos niveles, que son precisamente el punto central de la propuesta, son los siguientes: a) la realización de un trabajo personal, esto es, sin ayuda de otros trabajadores; b) el trabajo debe ser cumplido por cuenta de un empresario único; o bien recibir de una persona una retribución superior a la mitad de lo que gana en total en la actividad económica; c) no deben poseer capital propio; d) el destino del producto o servicio debe ser una empresa y no el mercado general.

Todos estos elementos serían bastantes para alcanzar la protección legal o convencional aunque el trabajador no reciba órdenes o instrucciones. Sin embargo, entiende que su propuesta no podría materializarse sin que antes se produjeran algunos hechos básicos indispensables, ya que la regulación normativa de los distintos sectores abarcados por este nuevo derecho del trabajo no sería única, sino que presentaría una suerte de graduación a partir de las relaciones claramente subordinadas con perfiles que podrían calificarse como tradicionales, hacia regímenes de protección diferenciados, fundamentalmente establecidos en la negociación colectiva de cada grupo respondiendo a las particularidades propias.

Candal advierte tres alternativas posibles: 1) dejar la subordinación como centro de imputación normativa tal como está actualmente, asumiendo el derecho civil la protección de trabajadores en situación de autonomía o directamente no regulando dicha actividad; 2) modificar el contenido del concepto a fin de que se extienda a más supuestos de hiposuficiencia de quienes prestan un trabajo personal por cuenta ajena; y 3) adoptar otras pautas que actúen como puertas de acceso, al menos parcial, a la legislación protectoria del trabajo (fundamentalmente en lo que se refiere a la seguridad e higiene).

Concuerda con Baylos en el sentido de que el derecho del trabajo debería lograr una mayor "permeabilidad de entrada y salida de su normativa". Cree conveniente que aquel trabajador (profesional, intelectual o altamente calificado, dotado de un caudal nada significativo de información) con suficiente poder de negociación, utilice a pleno su autonomía individual para autocomponer sus mecanismos de tutela, incluso a través de figuras contractuales no laborales (y con ventajas aún mayores que las que confiere nuestra disciplina), y que dicha relación pueda salir del campo protectorio del derecho del trabajo y de las presunciones que éste contiene.

## 5. Casos dudosos de relación de dependencia

**Profesionales libres**: el caso de las *profesiones liberales* son actividades que pueden ser ejercidas tanto en forma autónoma como en relación de dependencia.

Como principio general cabe establecer que hay contrato de trabajo si presta servicios bajo dependencia de un empresario y dentro de una organización ajena; y que hay locación de servicios si lo hace por su cuenta, tiene su clientela y su organización propia.

En los supuestos de contadores y abogados, quienes normalmente cuentan con una organización propia, es más posible que se trate de trabajo autónomo, mientras que los ingenieros son proclives a prestar servicios en relación de dependencia, ya que tienen a su cargo la realización de obras o la producción de bienes o servicios en la empresa.

Por ejemplo, un abogado que asesora legalmente a una empresa y cobra un abono mensual, en principio, no puede incluirse en esta norma, ya que para cumplir con el fin pactado el profesional determina la forma, el lugar y el tiempo de la prestación de la tarea. Al contrario, un abogado interno de una empresa, que debe respetar las directivas impuestas por sus superiores, sin perjuicio de no existir dependencia técnica, puede ser sancionado en caso de incumplirlas y está en relación de dependencia respecto de la empresa.

De los ejemplos referidos surge que ambos realizan tareas en favor de otro a cambio de una contraprestación dineraria durante un cierto tiempo, pero uno de ellos está en relación de dependencia y el otro no. De esto se desprende que lo determinante para establecer si existe vínculo laboral no es la tarea encomendada, sino cómo y en qué condiciones se la efectúa; es decir, la nota excluyente es la existencia de subordinación efectiva de una parte respecto de la otra.

Los arquitectos y particularmente los médicos pueden estar o no en relación de dependencia, ya que prestan servicios por su cuenta o se asocian a consultorios o trabajan en una organización empresaria (una clínica).

En cuanto a los profesionales de la salud, el trabajo en relación de dependencia de médicos, odontólogos, farmacéuticos, que se desempeñan en establecimientos públicos o privados, se encuentra regulado por el dec. 22.212/1945. Se trata de un contrato de trabajo subordinado, con todos los derechos derivados de tal condición, tal como el período de licencia anual, el escalafón y un sistema de remuneraciones con jornada diferencial de cuatro horas diarias continuas, en un solo turno y en el mismo servicio (art. 27, ley citada).

No resulta tarea fácil determinar la naturaleza jurídica existente entre profesionales médicos y el establecimiento asistencial en que prestan servicios; para ello es necesario remitirse a las particulares circunstancias fácticas de cada caso.

**Transportistas y fleteros**: un caso particular es el del *transportista o fletero*, que se ocupa del traslado de personas (contrato de transporte) o efectos —cosas— (contrato de flete). En principio genera entre las partes una relación comercial.

El fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo "Mancarella, S. v. Viñedos y Bodegas Arizu SA" (26/6/1956) estableció que, en principio, 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. Su estatuto jurídico se rige por las normas relativas al contrato de transporte (arts. 162 a 206, CCom.) y la ley 24.653, de Transporte Automotor de Cargas.

El dec. 1494/1992 (que fuera declarado inconstitucional) regula el transporte terrestre de cargas y atenúa la presunción del 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. 4°, inc. h), ley 24.653, define el 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 el 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.

El sistema previsional considera el fletero trabajador autónomo, entendiendo como tales a aquellos "transportistas terrestres de carga que, aportando el vehículo, presten a título oneroso los servicios de fletes, en forma exclusiva o para más de un cargador, por cuenta propia o de otro que actúe como principal, asumiendo el riesgo económico inherente al ejercicio libre de la actividad" (dec. 433/1994, reglamentario de la ley 24.241).

Por lo tanto, excepcionalmente opera la presunción del art. 23, LCT, y puede constituir contrato de trabajo cuando se efectúa exclusivamente para un mismo cliente, no está establecido como empresario autónomo (no tiene domicilio comercial visible ni infraestructura comercial independiente), no otorga facturas en legal forma y recibe pagos mensuales, debe respetar las condiciones fijadas (por ejemplo, horarios y reglas organizativas), etcétera.

Si los trabajadores están subordinados económica y jurídicamente a la empresa, se encuentran sometidos al control de horarios, deben seguir las instrucciones impartidas y ser sancionados por sus incumplimientos, el vínculo entre los fleteros y la empresa es de carácter laboral dependiente.

Por el contrario, pueden señalarse como notas tipificantes de un verdadero trabajo autónomo y, por tanto, ajeno a la normativa laboral, la falta de fiscalización de la empresa al fletero en el recorrido, la propiedad del camión, el mantenimiento, guarda y seguro de éste por su cuenta, la asunción de los riesgos de la mercadería, la falta de poder disciplinario del superior sobre ellos, la posibilidad de ser reemplazados y la ausencia de ciertos beneficios laborales y previsionales a su respecto.

**Socios de cooperativas de trabajo**: es uno de los casos más controvertidos, por haber sido utilizada la figura reiteradamente para configurar fraude laboral, y ha merecido repetidos pronunciamientos del fuero laboral, en la mayoría de los casos negando la posibilidad de que estas personas reúnan el doble carácter de socio y de trabajador o empleado.

Es insuficiente, para considerar que medió una relación asociativa, la simple suscripción de una solicitud de ingreso o la percepción de sumas bajo la denominación de "anticipo de retornos", si en la demanda se alegó que se recurría fraudulentamente a la figura de la cooperativa de trabajo para encubrir una relación laboral subordinada (Trib. Trab. La Matanza, n. 5, 8/8/2003, "Banfi, Stella M. v. Frigorífico Yaguané SA y otro").

Las cooperativas de trabajo están reguladas por la ley 20.337 de Sociedades Cooperativas, y más allá de aquellos casos que encubran situaciones de fraude laboral, en que los socios aparentes que se detecten serán considerados trabajadores en relación de dependencia, la res. 182/1992 INAC establece que no existe relación laboral entre la cooperativa de trabajo y sus asociados. Igualmente, la res. 784/1992 Anses (ratificada por la res. 4328/1997 DGI) declaró que los asociados de las cooperativas de trabajo serán considerados trabajadores autónomos.

**Trabajo a domicilio**: este régimen especial se encuentra reglamentado en la ley 12.713 y sus reglamentaciones. Comprende aquellos casos donde el trabajo se realiza en la vivienda del obrero, o en un local elegido por él.

Los sujetos que intervienen están definidos en el art. 2°, dec. 11.875/1942, donde se establece que se entenderá por "tallerista" al que, participando o no de las tareas, haga elaborar con obreros a su cargo, en una habitación o local, mercadería recibida de un patrono o intermediario; y "obrero a domicilio" a aquella persona que, bajo su propia dirección, ejecute en una habitación o local elegido por él, tareas destinadas a la elaboración de mercaderías por encargo de un patrono o intermediario, aun cuando se haga ayudar para ello por miembros de su grupo familiar o un aprendiz o ayudante extraño a ella, que trabaje a su lado.

Atento a las particulares características que presenta el trabajo a domicilio, pese a tratarse de una relación laboral, contiene elementos que podrían generar dudas al respecto, dado que el obrero a domicilio establece por sí el tiempo de trabajo, el lugar donde lo llevará a cabo, y puede incluso no desarrollar este trabajo en forma personalísima, siendo, además, y por lo general, el dueño de sus elementos de trabajo.

**Remiseros y taxistas a porcentaje**: esta modalidad tiene algunas semejanzas con el trabajo a domicilio, por ejemplo, la propiedad del medio de trabajo y la posibilidad de ser reemplazado en las tareas, o asistido por otra persona.

Tanto en el caso del remisero como en el del taxista a porcentaje, se deben evaluar las particularidades de cada caso, aunque cabe destacar que la jurisprudencia tiende a considerar el 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.

El hecho de que el actor se encontrara adscripto a una agencia debidamente autorizada y fiscalizada por el gobierno de la ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) no implica por sí solo la existencia de relación laboral entre ambos, ya que dichos recaudos están estipulados para el legal giro comercial de la demandada. La tarea de conducción cumplida por el actor so-

bre su vehículo propio, no verifica necesariamente la integración física del trabajador a una unidad de producción ajena. El hecho de que el actor se quedase con el 80% del precio del viaje y la agencia de remises recepte el 20% restante produce una distribución del rédito obtenido, que es propia de una relación asociativa y no de una relación de trabajo (sala 1ª, 9/6/2003, "Reyes, Daniel A. v. Autoremy SRL y otros").

Por el contrario, en el caso del taxista a porcentaje, se tiende jurisprudencialmente a considerarlo como trabajo subordinado, al tener en cuenta que quien es propietario de una tropa de taxímetros se sirve en forma permanente e ininterrumpida de un grupo de trabajadores en un claro estado de dependencia económica y jurídica personal, y que 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, LCT.

En la práctica, en esta actividad se ha generalizado un modo fraudulento de instrumentar la relación, adoptando figuras contractuales no laborales, 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. 5°, LCT, y su conducción configura la prestación personal de servicios que torna operativa la presunción laboral.

**Trabajo artístico**: las soluciones a las que arribaron los tribunales dependieron de las particularidades de cada caso en concreto. Por lo general, se trata de reclamos efectuados por integrantes de un grupo artístico contra el empresario que los contrató, o respecto de uno de sus integrantes, al que se demandó como empresario o contratista.

El art. 2°, pto. 2 a), dec. 433/1994, encuadra a los artistas como trabajadores autónomos, definiéndolos como aquellos que interpretan un papel protagónico, coprotagónico, de reparto y extras en obras cinematográficas, teatrales, televisivas y radiofónicas, en tanto asuman el riesgo económico propio del ejercicio de sus respectivas profesiones.

Similar es lo que ocurre con el caso de los ejecutantes musicales, a los que la ley 14.597 define como "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" (art. 1°). Como se observa, también aquí la prestación podrá serlo en forma subordinada o autónoma, según las circunstancias.

**Encargados de casa de rentas (personal jornalizado)**: el encargado de casa de rentas es la persona que trabaja en forma habitual y exclusiva desempeñando tareas de vigilancia, cuidado y servicios accesorios por cuenta del propietario o usufructuario de un inmueble, e incluye tanto a los encargados, como a los ayudantes de casas de renta, ascensoristas y peones que presten sus servicios en forma permanente, y a las personas que no trabajan exclusivamente para un empleador cuando sean complementados en sus tareas por familiares que habiten en el inmueble.

Por ejemplo, el convenio colectivo 298/1975 había introducido la figura del "personal jornalizado", entendiendo por tal a quien, habitando o no en el inmueble, realice tareas de limpieza en éste, sin obligación de cumplir horarios y siempre que no trabaje más de tres días por semana en el edificio, pudiendo desempeñarse únicamente en edificios provistos de hasta ocho unidades como máximo y sin servicios centrales.

El convenio colectivo 378/2004 —que configura un avance en materia de protección laboral— mantiene esa figura denominándola "trabajador/a jornalizado/a", pero lo conceptualiza como el que realiza tareas de limpieza pero no trabaja más de dieciocho horas en el mismo edificio.

El tema se desarrolla en el capítulo "Estatutos especiales".

**Periodistas profesionales (colaborador permanente)**: la figura del colaborador permanente es definido por la ley 12.908 como quien escribe colaboraciones en un número no inferior a veinticuatro anuales, y que por su índole no correspondan a las tareas habituales de los órganos periodísticos (art. 23).

El interrogante se plantea con aquella persona que realiza las mismas tareas de un colaborador permanente, pero en número inferior a las veinticuatro colaboraciones anuales; no será considerado periodista profesional, y su caso no sería encuadrable en las normas estatutarias y laborales, aunque es indubable que podrían encontrarse en una situación de dependencia económica.

El tema se desarrolla en el capítulo "Estatutos especiales".

**Otros casos controvertidos**: entre ellos cabe destacar el cuidado de personas, el caso de los artesanos, vendedores ambulantes, determinado tipo de vendedores a domicilio y remiseros, mensajeros y repartidores propietarios de su vehículo.

No están expresamente incluidos en el ordenamiento jurídico y se encuentran, en principio, excluidos de la relación laboral. De todos modos, al igual que ocurre con los socios de cooperativas de trabajo, se detectan en forma frecuente casos de encubrimiento de un trabajador subordinado.

## 6. Teletrabajo

Se puede conceptualizar el teletrabajo como aquel fenómeno que consiste en la realización de cierto tipo de trabajos sin la presencia física del empleador, por parte de personal a su cargo, que se mantiene en contacto con él mediante la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TICs).

Su acelerado desarrollo en los últimos años está intrínsecamente relacionado con los veloces avances en el campo de la tecnología de la información, que han dado lugar al surgimiento de circunstancias novedosas que han impactado en los hábitos de la población, y en el modo en que se estructuran las organizaciones empresarias, posibilitando la prestación de aportar determinados servicios a distancia.

Si bien el fenómeno no es nuevo, ya que se podría considerar una especie del trabajo a domicilio, no puede desconocerse que, debido al avance tecnológico antes apuntado, este modo de prestar servicios presenta desafíos que no siempre pueden ser atendidos convenientemente por las normas vigentes que, originalmente, fueron concebidas para responder a situaciones planteadas por trabajadores que prestan servicios con presencia física en la empresa.

Con mayor precisión podría definirse el *teletrabajo* como la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios en los términos de los arts. 21 y 22, LCT, en los cuales el objeto del contrato o relación de trabajo es realizado total o parcialmente en el domicilio del trabajador o en lugares o establecimientos que no pertenecen al empleador, mediante la utilización de todo tipo de TICs.

En orden a ello, se puede conceptualizar el *teletrabajador en relación de dependencia* como toda persona que efectúa teletrabajo según la definición anterior.

Los teletrabajadores deben gozar de los mismos derechos que los demás trabajadores en relación de dependencia, en tanto resulten compatibles con la índole de la relación.

Las comisiones paritarias deberían establecer las condiciones (y medio ambiente) de trabajo, teniendo como prioridad el respeto del principio de igualdad de trato entre un teletrabajador y un trabajador que desempeñe igual tarea (en actividad, empresa, rama o sector).

Los empleadores deben proveer al trabajador el equipamiento necesario y financiar su mantenimiento a fin de que pueda cumplir eficazmente sus tareas.

## 7. Empleo público

Atento a que la directiva del art. 14 bis, CN, está dirigida a la protección del trabajo "en sus diversas formas", se debe tener presente que existen otras modalidades de "trabajo", que colocan a los individuos en condiciones de ser protegidos por las leyes, y que no se limitan sólo a los ya mencionados casos de parasubordinación, sino también a aquellos que, pese a prestar servicios para terceros con dependencia económica, han sido excluidos expresamente del ámbito de aplicación de la LCT. Éstos son los casos de los empleados del servicio doméstico, el trabajo agrario y los empleados públicos.

Siguiendo a Perugini [3], las notas características del empleo público no difieren sustancialmente de las que podría tener el mismo sujeto con un empleador privado, en tanto el empleado público se encuentra en una posición jerárquicamente inferior bajo las órdenes y directivas del principal, y ha sido incorporado en una organización ajena, a efectos de ceder el resultado del esfuerzo personal a cambio de una remuneración.

Por lo tanto, el empleado público no deja de ser un empleado en relación de dependencia de la Administración Pública, que por dicha circunstancia comparte muchas de las características que han hecho del trabajador privado objeto de la protección de las leyes e, incluso, se encuentra en una posición de mayor subordinación que aquéllos.

De todos modos, y pese a la estrecha relación entre uno y otro, no caben dudas acerca de que la singular condición del empleador —el propio Estado— imprime a la relación condiciones que la distinguen de la primera.

Sostiene Perugini que la vinculación con la Administración Pública implica la contraposición de intereses que trascienden la relación bilateral propia del contrato laboral, encontrándose el individuo sujeto a las alternancias con las cuales "lo político", como búsqueda y ejercicio del poder, influye sobre la actuación de los funcionarios, lo cual ha llevado al orden constitucional a reconocer un mayor grado de protección de la estabilidad de estos empleados, en el intento de ponerlos al amparo de los vaivenes del partidismo político.

La naturaleza jurídica del empleo público dio lugar a un interesante debate en la doctrina administrativa, dividida entre:

1) quienes sostienen que se trata de una situación o estatus estatutario, legal o reglamentario, por lo cual no se los "emplea" sino que se los "nombra" mediante un acto administrativo emanado de la autoridad competente, momento a partir del cual sus derechos y obligaciones se regulan por actos de la Administración;

2) quienes reconocen un elemento consensual en la formación del vínculo y una situación legal o reglamentaria posterior susceptible de ser modificada por la Administración a su solo arbitrio;

3) quienes consideran que se trata de un contrato administrativo.

Pero más allá de estas distinciones, no existen dudas acerca de que el Estado goza de determinadas prerrogativas para modificar el estatus de dichos trabajadores, incluida la remuneración.

El régimen del empleo público se encuentra regulado por la ley 25.164, sancionada en el mes de septiembre de 1999, en que se aprobó la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, que reemplazó las disposiciones de la ley 22.140, y por el dec. 2031/2006 (BO del 24/1/2007).

[3] PERUGINI, Alejandro, *Relación de dependencia*, 2ª ed., Hammurabi - Sociedad Argentina de Derecho Laboral, Buenos Aires, 2009.

El texto de la ley 25.164 debe compatibilizarse con la ley 24.185 de negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública, por la cual el Estado nacional afirma el compromiso asumido al ratificar el convenio 154 de la OIT, esto es, la inclusión de la Administración Pública nacional en el ámbito de la negociación colectiva, y con las contenidas en el convenio colectivo de trabajo para la Administración Pública nacional suscripto entre la Unión del Personal Civil de la Nación y el Estado nacional en el marco de dicha disposición legal, aprobado por el dec. 66/1999.

Siguiendo a Rodríguez Mancini [4] cabe sostener que, actualmente, en el ámbito de la Administración Pública coexisten:

— el régimen de la ley 25.164, dentro del cual se encuentra: 1) el personal con régimen de estabilidad; 2) el personal contratado; 3) el personal de gabinete; 4) el personal con carácter ad honórem;

— el régimen del convenio colectivo regulado por la ley 24.185, aunque insertado en la ley 25.164;

— el régimen de la LCT, excluido de la ley 25.164 por el art. 3° de esta última, dentro del cual se encuentra tanto el personal incluido en una convención colectiva sancionada al amparo de la ley 14.250 como el regulado por la LCT cuando el régimen de creación de los organismos así lo ha previsto.

En ambos casos, la ley 25.164 prevé la posibilidad de su unificación a través de convenios colectivos realizados en el marco de la ley 24.185, concordando, de este modo, ambas disposiciones en la tendencia a la unificación del sistema.

Efectivamente, la LCT contempla la posibilidad de que el trabajador público sea incorporado a su régimen, sea por la vía de la negociación de un convenio colectivo en el marco de la ley 14.250, o por un acto expreso de la Administración o del legislador incluyendo a los dependientes en el régimen de la LCT (art. 2°), lo que supone un paso importante en el sentido de un acercamiento entre ambas categorías de trabajadores que, evidentemente, reconoce como sustento la preexistencia de condiciones sociológicas y económicas parecidas, y que fueran antes señaladas.

En este punto, cabe resaltar que el trabajo de los empleados públicos ha sido equiparado, a los fines de su protección, al de los trabajadores privados por la propia Constitución Nacional, dado que las disposiciones sobre condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada, descanso y vacaciones pagadas, retribución justa, salario mínimo vital y móvil e igual remuneración por igual tarea —por hacer referencia sólo al derecho individual—, y con la sola excepción de la participación en las ganancias de las empresas, le son aplicables.

## 8. Voluntariado social

Se denomina voluntariado social a la actividad social espontánea llevada a cabo por individuos solidariamente motivados, en forma autoconvocada o a través de organizaciones de distinto orden y sin perseguir expectativas de lucro (remuneración o cualquier otro tipo).

Se trata de una figura jurídica que está ausente en la tipología contractual específica, donde el comportamiento de las partes puede adoptar algunas características propias de los vínculos laborales, aunque se trata de situaciones bien diferenciadas.

Está reglamentado por la ley 25.855 (BO del 8/1/2004), que establece en su art. 4° que "la prestación de servicios por el voluntariado... se presume ajena al ámbito laboral y de la previ-

[4] RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, "Algunas reflexiones sobre la Ley de Empleo Público", TySS 2000-193/198.

sión social"; por lo cual, en principio, el desempeño de tareas de este tipo estaría excluido de la presunción establecida en el art. 23, LCT.

El veto introducido por el dec. 17/2004 veda al voluntario la posibilidad de estar amparado por el sistema de la ley 24.557 y de obtener una certificación de servicios, originalmente incluidas en el texto de la ley 25.855 en su art. 6°, incs. f) y g).

## 9. Diferencias del contrato de trabajo con otras formas de contratación

**Contrato de locación de obra**: en este contrato, una parte se compromete a realizar una obra —locatario— y la otra —locador— a pagar por ella una contraprestación en dinero. En apariencia, se asemeja al contrato de trabajo, pero se diferencia por el carácter autónomo de la prestación y por su objeto, que consiste en el resultado (la ejecución de la obra prometida); en el contrato de trabajo existe relación de dependencia, y el objeto es la prestación misma de la tarea.

Si bien el contrato de trabajo puede tener como objeto la ejecución de una obra, el trabajador dependiente sólo se obliga a efectuar la tarea pero sin asegurar su resultado, lo que sí ocurre en la locación de obra y servicios. La locación de obra implica para el empresario la asunción de riesgos económicos, ya que se compromete a alcanzar el resultado a su costa.

**Contrato de sociedad**: uno de los requisitos del contrato de sociedad es la *affectio societatis*, manifestado normalmente en los constantes aportes de sus socios, su participación —tanto en las ganancias como en las pérdidas— y la asunción de los riesgos propios de la empresa. En cambio, en el contrato de trabajo —si bien existe la cooperación basada en la buena fe— está limitada, ya que el trabajador dependiente no asume los riesgos de la empresa ni participa de sus ganancias, siendo retribuido su trabajo por un salario.

**Contrato de mandato**: el contrato de mandato comercial es un contrato por el cual una persona se obliga a administrar uno o más negocios lícitos de comercio que otra le encomienda (art. 221, CCom.). El mandato comercial puede ser "mandato con representación" o "sin representación". La representación significa la expresión de la voluntad de un representado por medio de un tercero (representante), como si el primero hubiese participado en la concertación del negocio.

Es decir que el representante tiene una atribución legal o convencional que le permite concretar la negociación mediante una declaración de voluntad que tendrá efecto directo sobre el representado. El carácter representativo no es imprescindible en el contrato de mandato, pudiendo el mandatario contratar en su propio nombre o en el del mandante. En cambio, en el mandato sin representación, el representante —al carecer de ese poder— no puede concluir el negocio porque debe concertarse por medio del representado.

El art. 1869, CCiv., establece que el mandato civil tiene lugar cuando una parte da a otra el poder (que ésta acepta) para representarla al efecto de ejecutar en su nombre y por su cuenta uno o varios actos jurídicos.

Existen casos en que el trabajador dependiente llega a ser mandatario de su empleador, representándolo jurídicamente, como, por ejemplo, los gerentes u otros altos empleados. Cuando la LCT, en el art. 21, se refiere a los "actos", lo hace respecto de cualquier tipo de ellos, por lo cual el mandato forma parte del contenido del contrato de trabajo en tanto reúna los requisitos de dependencia y pago de la remuneración.

En el contrato de mandato, las partes se ponen de acuerdo respecto de la ejecución de la obra, mandato o servicio, pero queda a disposición del locador el modo de cumplir con el mandato. En cambio, en un contrato de trabajo, el dependiente siempre se somete al poder de dirección del empleador y al modo que determine para su ejecución, careciendo de autonomía.

**Contrato de agencia**: el agente es quien trata negocios comerciales en nombre de otro, sin ser su empleado. En este contrato, una de las partes (agente, representante o vendedor) —que gestiona pedidos en forma autónoma— asume el cargo de promover por cuenta de otro (fabricante) la celebración de contratos en una zona determinada por la venta de un producto a cambio de un precio establecido en el contrato.

El elemento determinante de este contrato es que el agente tiene su propia organización de ventas ajena a la del principal, complementándolo en este aspecto.

Si bien el agente debe rendir cuentas de su actuación, no está sujeto a control en el cumplimiento de sus funciones. Debe poseer sede propia, para lo cual montará locales, se proveerá de personal necesario, organizará la propaganda de sus productos y los colocará a su propio riesgo. En el agente no se verifica la dependencia económica referida a la carencia de medios para su propia organización, justamente porque los posee.

**Contrato de concesión**: el concesionario es un comerciante independiente que se compromete a vender en nombre propio solamente productos de una marca determinada en una zona otorgada por el concedente. La concesión exclusiva otorga al fabricante o productor la apertura inmediata de un nuevo mercado y la presunción de una organización dedicada a la comercialización de sus productos.

En cambio, el concesionario espera que este tipo de relación exclusiva atraiga la clientela de sus productos de marca, generalmente prestigiada, que no vende otro comerciante. El concedente tiene la posibilidad de reglamentar y controlar el servicio y el concesionario debe prestar el servicio y soportar dicho control.

Esto no significa una subordinación técnica, económica ni jurídica, sino que el control se ejerce por medio del dominio que siempre debe tener el concedente sobre la prestación del servicio; éste es el elemento esencial del contrato de concesión.

**Contrato de distribución**: el distribuidor es un colaborador autónomo del productor que dirige su establecimiento y compra al fabricante artículos de consumo masivo para revender a los minoristas (alimentos). En principio, la diferencia que existe con el contrato de concesión es la intensidad de las relaciones entre las partes, ya que mientras en el contrato de distribución el comerciante es autónomo, en el de concesión el concesionario está más identificado con el comerciante.

En consecuencia, el contrato de concesión requiere más dependencia económica con el fabricante que el de distribución. La diferencia que existe con el contrato de agencia es que mientras en éste el agente concierta el negocio sin efectuar la compraventa, en aquélla el negocio del distribuidor es la venta a los clientes en su nombre.

## VI. PRUEBA DEL CONTRATO DE TRABAJO

El art. 50, LCT, establece que "el contrato de trabajo se prueba por los modos autorizados por las leyes procesales y lo previsto en el art. 23 de esta ley".

El principio que rige es el de la libertad de prueba, ya que el contrato de trabajo puede probarse por todos los medios comunes (art. 1190, CCiv., y art. 208, CCom.), además de la presunción consagrada en el art. 23, LCT, y surge de la mera prestación de servicios. Se debe tener en cuenta que la *carga probatoria*, en un juicio laboral, *recae en la parte que invoca un hecho y no en quien lo niega*, principio procesal adoptado en el art. 377, CPCCN.

Por lo tanto, si un trabajador invoca la existencia de un contrato de trabajo y la empresa lo niega, es al trabajador a quien corresponde demostrar sus afirmaciones. Sin embargo, la presunción contenida en el art. 23, LCT —la prestación de servicios hace presumir el contrato de trabajo—, invierte la carga de la prueba.

En cambio, si el trabajador invoca la existencia de un contrato por tiempo indeterminado y el empleador lo niega, pero aduce que entre las partes medió, por ejemplo, un contrato de plazo fijo, es al empleador a quien le corresponde probar tal afirmación.

## 1. Medios de prueba

Respecto de los medios de prueba aceptados por las leyes procesales de las distintas jurisdicciones, existe amplitud en la posibilidad de producir pruebas. En el ámbito de la ciudad de Buenos Aires rige la ley 18.345 de Procedimiento Laboral, reformada por la ley 24.635 y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y en la provincia de Buenos Aires rige la ley 11.653 (BO del 16/8/1995), modificada por la ley 13.829 (BO del 10/7/2008).

*Los principales* medios de prueba modificada por la ley 13.829 (BO del 10/7/2008) para acreditar la existencia del contrato *son: la prueba confesional, la prueba documental* —esencialmente recibos de sueldos, cartas documento, telegramas y certificados—, *la prueba pericial* —especialmente la contable mediante el control efectuado por el experto a los libros que obligatoriamente debe llevar la empresa—, *la prueba informativa* —informes provenientes de entidades públicas y privadas— y *la prueba testimonial* —declaración de testigos sobre hechos que han conocido por sus sentidos—.

El tema se ha desarrollado en el libro *Práctica profesional del abogado* (Grisolia - Alfie - Bernasconi - Cancela, AbeledoPerrot, Buenos Aires).

## 2. Presunciones

***Art. 23, LCT***: el art. 23, LCT, establece 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 el contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio".

El hecho de la prestación de tareas hace presumir —salvo prueba en contrario— la existencia de contrato de trabajo (art. 23, LCT); la existencia de la presunción reduce las dificultades que puede generar el ofrecimiento y la producción de prueba.

Por lo tanto, se configura una *presunción legal de la existencia de contrato de trabajo* —de sus notas tipificantes— *cuando se acredita la prestación de servicios para otro*. Esto produce como consecuencia la inversión de la carga probatoria. Cuando opera la presunción del art. 23, recae sobre el empleador la carga de probar que esos servicios personales no tienen como causa un contrato de trabajo.

El legislador, en el art. 23, LCT, establece que cuando se prueba la prestación de servicios (esto es, el trabajo por cuenta ajena) puede presumirse un contrato de trabajo (es decir, la relación de dependencia).

La presunción es *iuris tantum*, es decir que admite prueba en contrario: el empleador tiene a su alcance todos los medios probatorios a que hace referencia el art. 50, LCT, para desvirtuar la presunción de la existencia del contrato.

Existe una controversia tanto en la jurisprudencia como en la doctrina con relación al alcance de la presunción. Los defensores de la postura restrictiva sostienen que para que se torne operativa es menester acreditar no sólo la prestación de servicios, sino su carácter dependiente (en los términos de los arts. 21 y 22), es decir, la existencia del contrato de trabajo; mientras que los que propician una postura amplia —a la que adhiero— entienden que la sola demostración de la existencia de prestación a favor de un tercero es suficiente para que opere la presunción.

Esta última es la tesis mayoritariamente aceptada por la jurisprudencia, y a su respecto cabe destacar que el texto del art. 23 no hace mención al carácter dependiente de la prestación de servicios, el que sí es requerido por los arts. 21 y 22.

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, desactiva el propósito de la norma.

Para desvirtuar la presunción de la existencia de un contrato de trabajo el empleador debe acreditar que "el hecho de la prestación de servicios" está motivado en otras circunstancias desvinculadas de un contrato laboral.

Asimismo, se puede recurrir a *indicios y presunciones para determinar la existencia de trabajo en relación de dependencia y del correspondiente contrato de trabajo.* A modo de ejemplo, cabe nombrar los siguientes:

— cuando se prestan servicios personales no sustituibles, o se incorpora una persona en una empresa, aunque sea en actividades que, si bien hacen a su giro, no son esenciales;

— cuando la prestación de las tareas se efectúa en el establecimiento del empleador;

— cuando una de las partes debe acatar órdenes y cumplir horarios.

El juez laboral, para identificar la existencia o no del contrato de trabajo, debe basarse en el *principio de primacía de la realidad*, que otorga prioridad a ésta respecto de lo que está documentado o manifiestan las partes de su relación: deben primar los datos objetivos que surgen del contenido de la relación.

Al contrario, hay ciertas *circunstancias que excluyen la existencia de un contrato de trabajo*; por *ejemplo*:

— los servicios prestados de empresa a empresa;

— las prestaciones no personales efectuadas por terceros;

— la inexistencia de órdenes o del cumplimiento de horarios;

— la organización del trabajo por el propio trabajador.

***Art. 57, LCT***: el art. 57 establece que "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 días hábiles".

La LCT establece otra *presunción* iuris tantum *en favor del trabajador en caso de silencio del empleador a un emplazamiento*. Esa actitud configura un accionar contrario al principio de buena fe que debe prevalecer en el contrato de trabajo, a fin de evitar la incertidumbre del trabajador sobre las circunstancias de la relación laboral.

La presunción puede ser desvirtuada por prueba en contrario aportada por el empleador. Es decir que la LCT impone al empleador una carga de explicarse o contestar: el incumplimiento se genera con el silencio. Sin perjuicio de lo que expresa el art. 57, LCT, en cuanto al valor presuncional del silencio, hay que integrar esa norma con el art. 919, CCiv., y considerar que el silencio observado por el empleador frente a la intimación del trabajador importa manifestación de voluntad "conforme a la interrogación" porque había "una obligación de explicarse ante la ley".

La ley requiere un plazo razonable, que nunca puede ser inferior de dos días hábiles. Como no hábiles se incluyen los días no laborables para las empresas, en los cuales no existe opción de trabajar y, en general, cuando el empleador haya optado por no trabajar.

sean DNI pueden obtenerla presentando cualquier documento que acredite su identidad y fotocopia simple del certificado de residencia. El CUIL definitivo se asigna agregando un dígito verificador al DNI, libreta de enrolamiento o libreta cívica del trabajador; CUIL provisorio se otorga a aquellos que no posean estos documentos.

Los empleadores se identifican con el número asignado por la Dirección General Impositiva (DGI) como CUIT.

En caso de incumplimiento del deber de registrar el contrato de trabajo, o de registro tardío o insuficiente, si el trabajador efectuó la intimación establecida en el art. 11, ley 24.013, y no se regularizó en treinta días la situación, la ley sanciona al empleador con las multas previstas en los arts. 8°, 9° y 10, ley 24.013.

La documentación laboral que el empleador tiene el deber de llevar como garantía de los derechos del trabajador son elementos formales. La ley sanciona su incumplimiento al establecer no sólo una presunción de certeza a favor de lo que sostiene el trabajador (art. 55, LCT), sino también que implica un sumario por infracciones a la ley 25.212 (pueden ser leves, graves o muy graves), la aplicación de multas y —en casos extremos— hasta la clausura del establecimiento.

Los principales son el libro especial del art. 52, LCT, o el que haga sus veces, la planilla de horarios del art. 6°, ley 11.544, y los recibos de pago (art. 140, LCT). También debe tener constancia del CUIL, declaración jurada de cargas de familia, constancia de información de condiciones de seguridad y de recepción de elementos de protección personal, declaración jurada de la situación previsional del trabajador, contrato de afiliación entre el empleador y una administradora de riesgos del trabajo (ART), constancia de opción del trabajador dentro del sistema previsional, constancia de pago de aportes y contribuciones sindicales y de la seguridad social.

En el caso de las *PyMEs* —pequeñas y medianas empresas— se puede optar por llevar, en lugar del libro exigido por el art. 52, LCT, uno que se denomina *Registro Único de Personal*, en el que se debe asentar la totalidad de los trabajadores (cualquiera sea su modalidad de contratación), y que será rubricado por la autoridad administrativa laboral competente (arts. 84 y 85, ley 24.467).

Las registraciones contenidas en los libros señalados deben, necesariamente, tener respaldo documental; por ejemplo, en el caso de las remuneraciones, no es suficiente que esté registrado su importe y pago, sino que, además, tienen que obrar en poder de la empresa los recibos de sueldo —firmados por el trabajador— que otorgan respaldo documental a tal registración. Cuando el hecho registrado tiene contenido patrimonial se debe registrar también en los libros de comercio.

El libro del art. 52, LCT, es un libro o conjunto de hojas visadas o rubricadas por la autoridad de aplicación (Ministerio de Trabajo), en el que se deben asentar los datos de identidad de ambas partes y aquellos que identifican la relación laboral. Cuando el empleador tiene varios establecimientos, el Ministerio de Trabajo exige que gestione el pedido de centralización en un solo lugar o, de lo contrario, debe presentar un libro por cada establecimiento, requisito éste que no surge de la ley.

*Los datos a consignar en el libro del art. 52, LCT, son:*

*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 cuales 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. Como esta última exigencia es de cumplimiento prácticamente imposible, bastará, a efectos de la seriedad de la registración, su conformación por el trabajador si no se efectúa un asiento rectificatorio;

4) tachar anotaciones, suprimir fojas o alterar su foliatura o registro. Tratándose de registros de hojas móviles, su habilitación la hará la autoridad administrativa, debiendo, cada conjunto de hojas, estar precedido por una constancia extendida por dicha autoridad, de la cual resulte su número y fecha de habilitación.

Los libros que obligatoriamente deben llevar los empleadores *deben ser habilitados por la autoridad de aplicación* (Ministerio de Trabajo), salvo el libro de viajantes de comercio, que debe ser registrado y rubricado como los libros de comercio.

El art. 53, LCT, establece que en caso de existir *omisiones* en los libros, es decir que carezcan de las formalidades previstas en el art. 52, LCT, o que tengan algunos de los defectos allí consignados, su validez será *valorada por el juez* según las particularidades de cada caso.

Cabe aclarar que las constancias referidas a la fecha de ingreso y de egreso del trabajador tienen un valor relativo en caso de litigio; esto es así porque provienen unilateralmente del empleador y fueron consignadas en el libro sin control del trabajador.

En cuanto a la *presunción* dispuesta en el art. 55, LCT, *que se genera en favor del trabajador en caso de que la empresa no lleve libros, ni exhiba la documentación legalmente exigida* (arts. 52 y 54, LCT), es necesario aclarar dos cuestiones.

En primer lugar, se trata de una presunción *iuris tantum*, es decir que puede ser desvirtuada por prueba en contrario. En segundo lugar —respecto de su alcance—, *se tienen por ciertas las afirmaciones del trabajador consignadas en la demanda judicial exclusivamente sobre las circunstancias que deben constar en tales libros*; por lo cual, si una empresa no lleva libros o no registró una persona, no genera, *per se*, la presunción de que existe contrato de trabajo.

Hay distintos *hechos que no se acreditan con la exhibición de los libros*; por ejemplo, la realización de horas extraordinarias y el pago de remuneraciones. Por lo tanto, la omisión de exhibirlos tampoco puede producir una presunción en favor del trabajador, es decir que en tal sentido resulta inoperante el art. 55, LCT.

La Ley Nacional de Empleo (24.013) establece que los contratos de trabajo deben ser registrados en el libro del art. 52, LCT, o en el SURL (art. 7°, ley 24.013). El art. 18, ley 24.013, dispone que "el Sistema Único de Registro Laboral concentrará los siguientes registros:

"a) 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;

"b) [derogado por el art. 21, ley 25.013];

"c) el registro de los trabajadores beneficiarios del sistema integral de prestaciones por desempleo".

En algunas *actividades es obligatorio llevar libros especiales*, como en el caso del trabajo marítimo, el trabajo a domicilio y los viajantes de comercio.

En otras actividades hay que llevar libretas y planillas de trabajo, como en el trabajo y aprendizaje de menores (libreta de trabajo), el trabajo a domicilio, los conductores particulares, el

transporte de cosas por la vía pública, el trabajo marítimo (libreta de embarco) y el trabajo portuario (registro de personal llevado por el ente de contratación), o "algún documento, licencia o carné" que acredita su inscripción en un registro de control.

Su ausencia no impide que se apliquen las disposiciones de la ley, estatuto especial o convención colectiva de trabajo pertinente, no obstante lo cual puede traer aparejada la aplicación de las sanciones previstas en ellos para el caso.

En el supuesto de los viajantes de comercio, el art. 10, ley 14.546, dispone que los empleadores que ocupen viajantes de comercio deben llevar un libro especial registrado y rubricado ante el Registro Público de Comercio (Inspección General de Justicia) en las mismas condiciones que se exigen para los libros principales de comercio.

Deben constar *nombre y fecha de ingreso del trabajador, sueldo, viáticos y porcentaje en concepto de comisión y toda otra remuneración, zona o lugar asignado para el ejercicio de la actividad, inscripción por orden de fecha y sucesivamente de las notas de ventas entregadas o remitidas, estableciendo el monto de la comisión devengada y de las notas y comisiones que corresponda a comisiones indirectas y la naturaleza de la mercadería a vender.*

Distinto es el supuesto de las profesiones que exigen título habilitante expedido por autoridad competente (abogados, médicos, ingenieros, etc.), en cuyo caso la inexistencia de dicho título —exigido como requisito para la celebración del contrato de trabajo— trae aparejada su nulidad.

La *planilla de horarios* es un papel en el que se consignan los nombres de los trabajadores y los horarios asignados. Es simple e informal (por ejemplo, Juan García, lunes a viernes 9 a 17).

Su finalidad es *facilitar la aplicación de la ley 11.544, que en su art. 6°* fija la necesidad de exhibir la planilla en un lugar visible del establecimiento o en cualquier otro sitio conveniente, debiendo constar la hora de inicio y fin del trabajo, si éste se realiza por equipo y los descansos que no integran la jornada.

En cambio, las *tarjetas-reloj* no pueden ser consideradas documentación complementaria que deba ser conservada por el empleador, porque no existe tal obligación legal.

De todos modos, cuando el trabajador realiza horas extras, el empleador debe llevar una planilla de horas suplementarias prevista por la ley 11.544 (ver art. 6° de la ley y art. 21 del decreto reglamentario), ya que, por ejemplo, si fuese reconocida por el empleador la realización de horas extraordinarias pero negada su cantidad, si el empleador fue intimado a exhibir el registro previsto por los arts. 6°, ley 11.544, y 21 de su decreto reglamentario y no lo exhibe, operaría una presunción a favor del trabajador de que es cierta la cantidad consignada en la demanda, recayendo sobre el empleador la prueba en contrario.

Si el convenio colectivo que rige la actividad impone el uso de tarjetas reloj como sistema de control de la jornada laboral, es inadmisible la defensa basada en la falta de obligación de conservar dicha documentación (mínimamente hasta el plazo de prescripción), ya que no se trata de un método de control implementado unilateralmente por el empleador, sino de una obligación convencional que integra el contrato.

El empleador tiene la posibilidad de optar por un libro encuadernado o, en el caso de utilizar sistemas de computación o microfilmación, las fichas o planillas deben ser rubricadas por la autoridad administrativa. En caso de utilizar fichas microfilmadas, deben ser complementadas con elementos que permitan su visualización y la inserción de las rúbricas correspondientes.

Los recibos de sueldo son un comprobante bilateral del contenido esencial de la relación laboral y la recepción de la remuneración. Libera al empleador por el pago efectuado y es una

radiografía del contrato de trabajo, ya que constan los datos que el art. 140, LCT, enuncia (ver capítulo "Remuneración").

Asimismo, la LCT otorga al *juez* la *facultad de establecer las remuneraciones* del trabajador en un caso particular. El art. 56 establece que "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 del crédito de acuerdo con las circunstancias de cada caso".

El art. 86 de la *Ley de PyMEs* (24.467) establece que en el Registro Único de Personal —que pueden optar por llevar las PyMEs en reemplazo del libro exigido por el art. 52, LCT— quedan unificados los libros, registros, planillas y demás elementos de control que se señalan a continuación: *a)* el libro del art. 52, LCT; *b)* la sección especial del art. 13, ap. 1°, dec. 342/1992 (derogado por dec. 1694/2006, BO del 17/11/2006); *c)* los libros de la ley 12.713; *d)* el libro especial del art. 122, Régimen Nacional de Trabajo Agrario.

El art. 87, ley 24.467, dispone que *en el Registro Único de Personal* se debe hacer constar el nombre y apellido o la razón social del empleador, su domicilio y número de CUIT; asimismo, *deberán ser consignados los siguientes datos:*

*a)* nombre y apellido del trabajador y su documento de identidad;

*b)* número de CUIL;

*c)* domicilio del trabajador;

*d)* estado civil e individualización de sus cargas de familia;

*e)* fecha de ingreso;

*f)* tarea a desempeñar;

*g)* modalidad de contratación;

*h)* lugar de trabajo;

*i)* forma de determinación de la remuneración asignada, monto y fecha de pago;

*j)* régimen previsional por el cual haya optado el trabajador y, en su caso, individualización de su administradora de fondos de jubilaciones y pensiones (AFJP);

*k)* toda modificación que se opere respecto de los datos consignados precedentemente y, en su caso, la fecha de egreso.

El incumplimiento de las obligaciones registrales previstas en esta sección, o en la LCT, puede ser sancionado hasta con la exclusión del régimen de la ley 24.467 (PyMEs), además de las penalidades establecidas en las leyes 18.694, 23.771 y 24.013 (art. 88, ley 24.467).

## 1. Simplificación y unificación de la inscripción registral

La simplificación y unificación de la inscripción registral apunta a sintetizar en un solo trámite y en un formulario único el registro de los nuevos trabajadores en relación de dependencia que se incorporen, lo cual pretende producir un abaratamiento de costos de las empresas. Con esta medida se intenta evitar la cantidad de trámites complejos que deben realizar los empleadores para contratar a un trabajador.

En la Argentina interactúan distintos organismos y entidades no estatales en tareas relacionadas con la registración laboral, lo que implica que registrar el contrato de trabajo se torne no sólo costoso sino también problemático, atento la burocracia existente en cada uno de esos organismos y la cantidad de papelería requerida.

Los empleadores tienen que cumplir con trámites cuyo fundamento legal se encuentra en tres fuentes distintas de regulación:

1) Seguridad social: se incluyen las interacciones entre los empleadores y los organismos responsables de la cobertura de las contingencias sociales, entre ellos, los previsionales, riesgos

del trabajo, salud (obras sociales), asignaciones familiares y seguro de vida obligatorio (en adelante, SVO).

2) Legislación laboral: son los trámites que surgen de las leyes del trabajo e incluyen, adicionalmente, disposiciones sectoriales que imponen los convenios colectivos de trabajo.

3) Impositivos: el empleador tiene que cumplir con trámites relacionados con la situación impositiva de sus trabajadores [1].

La necesidad de simplificar y unificar el procedimiento de registrar la relación laboral ya había sido receptada por la derogada ley 25.250.

La Ley de Ordenamiento Laboral 25.877 continúa la impronta iniciada por la ley 25.250, en materia de simplificación y unificación registral, regulándolo en el art. 39, y si bien delega en el Poder Ejecutivo la facultad de dictar las normas para la reglamentación e instrumentación, erige al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad como la autoridad que debe establecer el organismo encargado y los procedimientos destinados a la simplificación y unificación en materia de inscripción laboral y de la seguridad social. El objetivo de esta tarea consiste en que la registración de empleadores y trabajadores se cumpla en un solo acto y a través de un único trámite.

La res. conjunta 440/2005 MTEySS y gral. 1887 AFIP (BO del 3/6/2005) —en uso de las facultades conferidas por el art. 39, ley 25.877— crea el Programa de Simplificación y Unificación en materia de inscripción y registración laboral y de la seguridad social, con el fin de desarrollar e implementar un procedimiento de trámite único que reemplace a los anteriores y para construir y mantener actualizado el padrón de empleadores y trabajadores, con sus grupos familiares incluidos, de forma uniforme y homogéneo. Se pretende eliminar diversos trámites y costos para inscribir a un trabajador, pretendiendo alentar su registración.

El proceso se lleva a cabo con las declaraciones juradas de los empleadores y los sistemas de registración preexistentes, con las necesarias adecuaciones.

La administración de la registración única y la ejecución de las acciones tendientes a lograr la simplificación y unificación en materia de inscripción laboral y de la seguridad social, con el objeto de que la registración de empleadores y trabajadores se cumpla en un solo acto y a través de un único trámite (conf. art. 39, ley 25.877) está a cargo de la AFIP. La AFIP es una entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía y Producción, y es el organismo que cuenta con la mayor capacidad de gestión para la aplicación, recaudación, fiscalización y ejecución judicial del Sistema Único de la Seguridad Social (SUSS).

Los objetivos y alcances del programa de simplificación y unificación en materia de inscripción y registración laboral y de la seguridad son los siguientes (art. 2°):

A) Inducir a la formalización de las relaciones laborales a partir de la facilitación de los procesos registrales.

B) Simplificar las obligaciones registrales de los empleadores y trabajadores, maximizando la eficiencia y la eficacia en la captura de datos.

C) Agregar valor a la funcionalidad del mecanismo de declaraciones juradas de los empleadores al SUSS, de modo que se facilite y simplifique el accionar de los contribuyentes.

D) Incrementar la calidad y el nivel de detalle de la información como insumo para las tareas de fiscalización, coadyuvando a las acciones contra el empleo informal.

E) Elaborar procesos que permitan compartir datos con la mayor eficiencia y eficacia en beneficio del conjunto de los organismos que operan en el ámbito de la seguridad social.

El decreto 1/2010 (BO del 5/1/2010) aprobó el régimen de monotributo para pequeños contribuyentes, así como también un régimen específico de los recursos de la seguridad social.

[1] GIORDANO, Osvaldo - TORRES, Alejandra, "La simplificación de la registración laboral", DT 2000-B-2103/2119.

## 2. SUSS. Res. 1891 AFIP (BO del 2/6/2005) y res. 2016 AFIP (BO del 17/3/2006)

La *res. gral. 899 de la AFIP, que creaba la clave de alta temprana* fue dictada el 27/9/2000, publicada en el *Boletín Oficial* el 2/10/2000 y modificada por res. gral. 943 dictada el 12/12/2000 y publicada en el *Boletín Oficial* el 18/12/2000.

Se trataba de un régimen de registración obligatorio con anterioridad al inicio de la relación laboral: el empleador tenía la obligación de informar a la AFIP, con anterioridad al inicio de la relación laboral o en un plazo no mayor de las veinticuatro horas, el ingreso de trabajadores. A tales efectos se consideraba como fecha de inicio de la prestación de las tareas la de comienzo efectivo de la relación laboral, sin distinción de la modalidad de contratación.

La clave del alta temprana era una solicitud que el empleador debe gestionar ante la AFIP antes de dar inicio a una relación laboral, bajo apercibimiento de ser objeto de sanciones y de considerarse inválida la fecha de ingreso que al efecto y en cada caso el empleador invocase.

De esta manera, cuando se efectuaban inspecciones, el empleador no podía alegar que estaba tramitando su inscripción.

A fin de cumplir efectivamente los objetivos de la res. gral. 899 y su modificatoria 943 y perfeccionar el sistema, la AFIP dictó la res. gral. 1891 (BO del 2/6/2005). En razón de la magnitud de las modificaciones, la res. gral. 1891 AFIP deja sin efecto y sustituye la res. gral. 899 y su modificatoria 943 (art. 28).

La res. gral. 1891/2005 establece nuevas obligaciones de información a cargo de los empleadores. Fue actualizada y ordenada por la res. gral. 2016 (BO del 17/3/2006), en la necesidad de adecuar, con criterios de simplificación normativa, un texto actualizado del anterior.

Con relación a las resoluciones anteriores, amplió las cargas de información a cumplir por los empleadores que contratan o extingan contratos de trabajo y de otro tipo, a través del denominado "Registro de Altas y Bajas en Materia de Seguridad Social" (en adelante, "Registro"). Se deben registrar no sólo las incorporaciones de trabajadores sino también los ceses; alcanza tanto a los trabajadores en relación de dependencia como a los contratos de pasantías que se celebren con estudiantes o docentes, debiendo emitir certificaciones y constancias documentarias que antes no existían.

Al día siguiente de la publicación de la res. gral. 1891/2005 se publicó en el Boletín Oficial la res. conjunta 440/2005 MTEySS y 1887/2005 AFIP que crea el Programa de Simplificación y Unificación en materia de inscripción y registración laboral y de la seguridad social, con el fin de desarrollar e implementar un trámite único que reemplace a los que, con finalidades análogas, le requieran a los empleadores las normas laborales y de la seguridad social. Cumple así con el art. 39, ley 25.877, que estableció que el Ministerio de Trabajo debía indicar el organismo encargado y los procedimientos destinados a la simplificación y unificación en materia de inscripción laboral y de la seguridad social, con el objeto de evitar multiplicidad de trámites ante los distintos organismos del SUSS y el dispendio administrativo que dicho accionar implicaba para quienes debían informar los datos solicitados.

En virtud de ello, el art. 5°, res. conjunta 440/2005 MTEySS y 1887/2005 AFIP, dispuso que la AFIP coordinará con los organismos y entidades involucrados en el sistema registral, la naturaleza de los datos a requerir a los empleadores a efectos de evitar duplicidades, fruto de lo cual fue el Acta de simplificación registral de fecha 11/5/2005 en el que se definieron los datos involucrados en el Programa de Simplificación y Unificación Registral.

El Registro creado por la res. gral. 1891/2005 —cuyo texto fue ordenado y actualizado por la res. gral. 2016/2006— es una base de datos que, como carga inicial, posee las relaciones empleador-trabajador consideradas activas, en función de la información que surge de las declaraciones juradas determinativas y nominativas de las obligaciones con destino a la seguridad social presentadas por los empleadores comprendidos en el Sistema Integrado de Jubilaciones

y Pensiones (SIJyP) por los períodos mensuales de julio de 2004 (inclusive), en adelante, así como de las claves de alta temprana gestionadas en los términos de la res. gral. 899 y su modificatoria 943.

En el Registro tendrán el carácter de relación activa las correspondientes a trabajadores que hayan sido dejados de informar por sus empleadores en las declaraciones juradas mencionadas anteriormente, sin consignar el código del tipo de baja de que se trate.

Los principales recaudos establecidos para las registraciones son los siguientes:

### *2.1. Plazos*

*Altas*. La normativa ordenada por la res. gral. 2016/2006 establece dos plazos diferenciados, según sea el tipo de actividad del empleador en cuyo ámbito se desempeñan los trabajadores (o pasantes):

1) Si se trata de tareas inherentes a alguna de las actividades indicadas en el anexo I de la res. gral. 2016/2006 (entre otras: agricultura, ganadería, caza, pesca, construcción, servicios de hotelería y restaurantes, transportes, servicios sociales y de salud, etc.): hasta el momento de comienzo efectivo de las tareas sin distinción de la modalidad de contratación.

2) Trabajadores (o pasantes) que no se encuentren comprendidos en dicho anexo: hasta el día inmediato anterior inclusive al del comienzo efectivo de las tareas, cualquiera fuera la modalidad de contratación celebrada.

*Bajas*. La baja de la vinculación no establece diferenciación de actividades. Debe informarse dentro de los cinco días corridos, contados a partir de la fecha inclusive, en que se produjo la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa.

La implementación de dicha diligencia podría producir algunos inconvenientes, particularmente cuando el cese del vínculo se produzca en períodos inhábiles (dentro de un feriado largo, por ejemplo), ya que la tipología utilizada por la res. gral. 2016/2006 es en días corridos. Asimismo, pueden producirse otras situaciones no comunes en las que no puede fijarse con precisión el momento de cese (ejemplo: "abandono-renuncia" de la relación —art. 241 *in fine*, LCT—, incapacidad psicofísica sobreviviente —art. 212, LCT, etc.—). De allí que pueda producirse una contradicción a la forma en que establece el Código Civil para el cómputo de los plazos.

### *2.2. Requisitos. Información a suministrar*

La información a suministrar en general contempla los datos identificatorios relativos al empleador y al trabajador.

*Empleador*: apellido y nombre, denominación social, CUIT, etcétera.

*Trabajador*: CUIL o CUIT, datos personales, fecha de inicio de la relación, código de obra social elegida en caso de opción de cambio o bien el de la actividad, modalidad de contratación, etc. Sin embargo, cabe destacar que la res. gral. 2016/2006 incorpora otros requisitos de información, como la identificación del convenio colectivo que corresponde a la actividad principal que desarrolla el empleador, la clave bancaria uniforme (CBU) de la cuenta bancaria destinada al reintegro de asignaciones familiares, CBU de la cuenta sueldo para el depósito de las asignaciones familiares y el pago de la cobertura de riesgos del trabajo en caso de prestación dineraria por siniestro, denominación del nivel de formación (estudios del trabajador). De todos modos, estos nuevos elementos de información aún deben ser reglamentados.

Es importante, asimismo, señalar que la res. gral. 231/2006 MTEySS (BO del 21/3/2006), en consonancia con la res. conjunta 440 MTEySS y 1887 AFIP, establece que los empleadores de-

berán informar obligatoriamente a la AFIP sobre los convenios colectivos que aplica a su personal en relación de dependencia y la cantidad de trabajadores comprendidos, debiendo incorporarse al "Registro de Altas y Bajas en Materia de la Seguridad Social".

*2.2.1. Modificación de datos*

Una vez comunicada el alta en el Registro se podrán modificar los datos informados respecto del nuevo trabajador, excepto su apellido y nombres y su CUIL.

De haberse iniciado la relación, únicamente se admite la modificación por una fecha anterior a la denunciada originariamente. Cuando se pretenda modificar la fecha de inicio del vínculo, y se trata de relaciones que aún no comenzaron, sólo podrá realizarse hasta el día inmediato anterior inclusive al informado originariamente como de fecha de inicio.

Respecto del cambio de la fecha de cese de la relación laboral, sólo podrá ser modificada hasta las veinticuatro horas inclusive del día informado originariamente como de cese de la relación laboral, por una posterior al día en que se efectúa su sustitución.

Cuando no se concrete la relación laboral que originó la comunicación de alta en el Registro, el empleador deberá anularla. Dicha anulación deberá efectuarse hasta las veinticuatro horas inclusive del día informado como de inicio de la relación laboral.

*2.3. Presentación de las comunicaciones. Modalidades*

Se contempla la posibilidad de que el empleador pueda optar entre dos modalidades para la formalización de la comunicación de alta o baja en el Registro:

1) Por transferencia electrónica de datos vía internet.

2) Mediante presentación de declaración jurada por formulario 885 —nuevo modelo— ante la dependencia en el cual se encuentra inscripto.

Para procesar las comunicaciones efectuadas, el sistema informático procederá a constatar en forma automática y objetiva:

1) tratándose de una comunicación de alta: que entre el trabajador y empleador que se incorpora no exista una relación laboral activa en el Registro. De estar activa dicha relación, el sistema sólo habilitará las opciones de modificación de datos —baja del Registro—;

2) tratándose de una comunicación de modificación de datos o de baja en el Registro: que entre empleador y trabajador exista una relación laboral activa en el Registro, como también que se encuentre informada la fecha de inicio de la relación laboral.

*2.3.1. Casos especiales*

Tratándose de trabajadores que se contratan para realizar tareas inherentes a algunas de las actividades que se detallan en el anexo I de la res. gral. 2016/2006, el trámite de comunicación de alta en el Registro podrá iniciarse por la línea telefónica habilitada a tales efectos. El trámite telefónico debe cumplimentarse dentro de los cinco días hábiles siguientes mediante algunas de las modalidades indicadas en c), ya que éste tiene carácter provisional. Transcurrido dicho plazo sin que el empleador haya cumplido con la mencionada obligación, el trámite iniciado quedará sin efecto.

*2.4. Acuse de recibo de la comunicación*

La res. gral. 2016/2006 contempla el mismo sistema de emisión de una constancia o acuse de recibo emitido por el sistema informático, por duplicado, siendo el único comprobante váli-

do para respaldar la comunicación efectuada de alta o baja en el Registro, modificación o anulación de datos; se trata de un documento que acredita la efectivización del proceso generado.

El original del mencionado acuse de recibo deberá ser conservado por el empleador y mantenido a disposición de la AFIP y los distintos organismos de la seguridad social a su requerimiento.

El duplicado deberá ser entregado al trabajador cuando se trate de:

1) alta en el Registro dentro de las cuarenta y ocho horas contadas desde la siguiente a la fecha consignada en el acuse de recibo;

2) modificación de datos: dentro del mes calendario en que se realizó la modificación;

3) baja en el Registro, sólo cuando sea solicitado por el trabajador desvinculado de la empresa y dentro de los cinco días corridos de su solicitud.

La obligación aquí señalada no opera *ope legis* como en el caso de otras cargas documentarias o certificados (por ejemplo, el art. 80, LCT), sino sólo a pedido del interesado.

Cabe entender que la constancia abarca el supuesto de los pasantes, una vez extinguido el vínculo y mediando solicitud al respecto.

#### *2.4.1. Vinculaciones iniciadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la res. gral. 2016/2006*

Los trabajadores cuyas relaciones laborales se hayan iniciado con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la res. gral. 2016/2006 podrán solicitar a sus empleadores que les entreguen el duplicado del acuse de recibo del alta en el Registro. El empleador cuenta con treinta días corridos contados desde el día siguiente al de la solicitud.

Cabe interpretar que no es extensible a las personas vinculadas por contratos de pasantía, toda vez que la resolución se refiere a relaciones laborales que se hayan iniciado con anterioridad.

#### *2.4.2. Efectos del acuse de recibo*

El número de identificación denominado "registro del trámite" consignado en el acuse de recibo habilitará al trabajador a solicitar su propia "clave fiscal" a fin de acceder al sistema informático "Mis aportes" aprobado por la res. gral. 1752.

#### *2.4.3. Trabajadores contratados por terceros*

Para los casos en que medien supuestos de tercerización (provisión de personal, contratación o subcontratación de servicios, etc. —arts. 28 a 31, LCT—), los empleadores que reciban dichos servicios de trabajadores en relación de dependencia con otro responsable deberán solicitar a este último, y previo al inicio de la prestación efectiva de servicios en su establecimiento, copia del acuse de recibo que respalda el alta en el Registro emitido por el organismo (AFIP) y gestionada por el empleador principal. Dicha copia debe ser conservada a disposición de la AFIP como de los distintos organismos de la seguridad social. Asimismo, se deberá adjuntar una impresión de la consulta realizada a "Mi registro" que avale la vigencia o inexistencia de la relación laboral con el tercero.

En ningún caso el trabajador podrá concurrir a cumplir con sus funciones adjuntando sólo una simple constancia que acredite su condición de dependiente.

Los empleadores podrán ingresar al sistema con su propia clave fiscal a fin de verificar la vigencia o inexistencia de la relación laboral con el empleador principal.

La res. gral. 2016/2006 establece una suerte de prohibición de trabajar para los dependientes de la contratista (en ningún caso el trabajador podrá concurrir a cumplir con sus funciones), cuando se halle sólo munido de constancia simple de condición de dependiente.

*2.4.4. Oponibilidad de las fechas de inicio o cese de la relación laboral*

La res. gral. 2016/2006 establece una valoración jurídica anticipada relativa al tenor de las constancias que allí se instituyen. Dispone que la fecha de inicio o cese de la relación laboral alegada por el empleador sólo será oponible, salvo prueba en contrario, ante la AFIP en la medida en que se haya comunicado, respectivamente, el alta o la baja en los términos de la presente resolución.

Igualmente dispone que para los casos de alta será también requisito que el trabajador se encuentre denunciado en la declaración jurada determinativa y nominativa de las obligaciones con la seguridad social correspondiente a mes de inicio de la relación laboral, de acuerdo con lo alegado por el empleador y efectivamente presentada en los términos de la res. gral. 3834 DGI y modif. 712.

La res. 231/2006 MTEySS (BO del 21/3/2006), en consonancia con la res. conjunta 440 MTEySS y 1887 AFIP, establece que los empleadores deberán informar obligatoriamente a la AFIP sobre los convenios colectivos que aplica a su personal en relación de dependencia y la cantidad de trabajadores comprendidos, debiendo incorporarse al "Registro de Altas y Bajas en Materia de la Seguridad Social".

El art. 4°, res. conjunta 440 MTEySS y 1887 AFIP del 2/6/2005, dispuso que las normas relativas a los procedimientos destinados a la simplificación y unificación en materia de inscripción laboral y de la seguridad social serán dictadas en forma conjunta por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y la AFIP, como también sus normas complementarias y aclaratorias.

Las res. 241/2006 Anses, 244/2006 SRT, 95/2006 SSSal y 231/2006 MTEySS prevén que comenzarán a regir a partir del primer día hábil del mes inmediato siguiente al que se encuentren operativas las modificaciones al Registro de Altas y Bajas en Materia de la Seguridad Social.

El art. 4°, párr. 2°, res. gral. 2016/2006 AFIP, estableció que de acuerdo con lo dispuesto por la resolución conjunta, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y la AFIP, mediante el dictado de una resolución conjunta, informarán la fecha en que se encontrarán operativas las modificaciones.

Por ello, la res. gral. 2007/2006 AFIP y res. 716/2006 MTEySS en forma conjunta (BO del 27/7/2006) informa que las modificaciones al "Registro de Altas y Bajas en Materia de la Seguridad Social" se encuentran operativas a partir del 31/7/2006, inclusive.

En este contexto se dicta la res. gral. 2104/2006 AFIP (BO del 28/7/2006) aclara que la operatividad de la res. 2016/2006 que establecía la fecha de entrada en vigencia, una vez que se dictaran las resoluciones conjuntas que —como quedara dicho— señalan la fecha 31/7/2006.

Por lo tanto, del juego armónico de las resoluciones mencionadas, las modificaciones comenzaron a partir del 31/7/2006, contados seis meses desde aquélla, de modo que los empleadores deberán compatibilizar los datos allí requeridos en el cumplimiento de los extremos dentro de los plazos inferidos.

La res. gral. 2186/2006 AFIP establece un nuevo programa aplicativo relativo al SUSS y de simplificación registral y modifica la res. gral. 2104/2006 AFIP.

*2.4.5. Incumplimientos. Efectos sancionatorios*

Al igual que las resoluciones anteriores, la res. gral. 2016/2006 establece la aplicación de sanciones para los casos de incumplimiento, sean total o parcialmente, remitiendo a las sanciones establecidas en la res. gral. 1566 según texto modificado en el año 2004.

## 3. Trabajo decente

El art. 7°, Ley de Ordenamiento Laboral 25.877, introduce la concepción de trabajo decente, al prever que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social promoverá la inclusión del concepto de trabajo decente en las políticas públicas nacionales, provinciales y municipales.

Para ello dispone que ejecutará y promoverá la implementación, articulada con otros organismos nacionales, provinciales y municipales, de acciones dirigidas a sostener y fomentar el empleo, reinsertar laboralmente a los trabajadores desocupados y capacitar y formar profesionalmente a los trabajadores.

Desde hace algunos, años la OIT viene profundizando este concepto, que se refiere tanto a la calidad como a la cantidad de trabajo, y que fuera definido como "trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con una remuneración adecuada y protección social".

En el seno de la OIT le han atribuido los siguientes caracteres: trabajo productivo y seguro, respecto de los derechos laborales, con ingresos adecuados, con protección social, con diálogo social, libertad sindical, negociación colectiva y participación.

Asimismo, cabe recordar la memoria de Juan Somavía, director general de la OIT, en la 87° Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, realizada en 1999, quien señaló: "...La OIT puede promover la finalidad fundamental de un trabajo decente, que es sinónimo de trabajo productivo, en el cual se protegen los derechos, lo cual engendra ingresos adecuados con una protección social apropiada. Significa también un trabajo suficiente, en el sentido de que todos deberían tener pleno acceso a las oportunidades de obtención de ingresos. Marca una pauta para el desarrollo económico y social con arreglo al cual pueden cuajar la realidad del empleo, los ingresos y la protección social sin menoscabo de las normas sociales y de los derechos de los trabajadores. Tanto el tripartismo como el diálogo social son objetivos por derecho propio, que garantizan la participación y la democracia y que contribuyen a la consecución de los demás objetivos estratégicos de la OIT. La nueva economía mundial brinda oportunidades al alcance de todos, pero es preciso enraizarlas en unas instituciones sociales basadas en la participación, con objeto de conseguir la legitimación y la permanencia de las políticas económica y social".

El dec. 75/2011 (BO del 27/1/2011) declaró "año del trabajo decente, la salud y la seguridad de los trabajadores" al año 2011.

## 4. Regímenes de regularización, promoción y protección del empleo registrado. Ley 26.476 (BO del 24/12/2008)

La promoción del empleo estaba regulada en el cap. III (arts. 6° y 7°) del tít. I de la Ley de Ordenamiento Laboral 25.877 (BO del 19/3/2004), que había sido reglamentada por el dec. 817/2004 (BO del 28/6/2004). Tendía a fomentar la contratación laboral y estimular el empleo registrado en el sector de pequeñas y medianas empresas. Consistía en una reducción de las contribuciones del empleador a la seguridad social —equivalente a la tercera parte de las vigentes, salvo que se tratara de un beneficiario o beneficiaria del Programa Jefes de Hogar, supuesto en que la exención se elevaba a la mitad— por el término de doce meses con relación a

cada nuevo trabajador que incorporara hasta el 31/12/2004. El dec. 2013/2004 (BO del 7/1/2005) lo prorrogó desde su vencimiento y hasta el 31/12/2005, el dec. 31/2006 (BO del 11/1/2006) hasta el 31/12/2006, el dec. 25/2007 (BO del 24/1/2007) hasta el 31/12/2007 y el dec. 1066/2008 (BO del 10/7/2008) lo prorrogó hasta el 31/12/2008.

La ley 26.476 (BO del 24/12/2008) derogó el art. 6°, ley 25.877, y estableció un régimen especial de regularización del empleo no registrado y promoción y protección del empleo registrado, con prioridad en PyMES. Comenzó a regir el 24/12/2008, ya que el art. 50 establece que sus disposiciones son de orden público y entran en vigencia el día de su publicación en el Boletín Oficial.

Un capítulo de la ley 26.476 se ocupa de la regularización del empleo no registrado. Su art. 11 dispone que la registración en los términos del art. 7°, ley 24.013, la rectificación de la real remuneración o de la real fecha de inicio de las relaciones laborales existentes a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, producirá los siguientes efectos jurídicos:

a) liberación de las infracciones, multas y sanciones de cualquier naturaleza, correspondientes a dicha regularización, firmes o no y que no hayan sido pagadas o cumplidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de esta ley;

b) para la regularización de hasta diez trabajadores, inclusive, la extinción de la deuda —capital e intereses— originada en la falta de pago de aportes y contribuciones con destino a los subsistemas de la seguridad social;

c) las erogaciones realizadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley y que se vinculen con las relaciones laborales que se regularicen, no serán consideradas ganancias netas, gasto ni ventas para la determinación, respectivamente, de los impuestos a las ganancias y al valor agregado del empleador. A tal fin, tendrán el carácter de no alcanzado en los citados impuestos;

d) los trabajadores incluidos en la regularización prevista en el presente régimen tendrán derecho a computar sesenta meses de servicios con aportes o la menor cantidad de meses por las que se los regularice, a fin de cumplir con los años de servicios requeridos por la ley 24.241 y sus modificaciones para la obtención de la prestación básica universal y para el beneficio de prestación por desempleo previsto en el art. 113, ley 24.013.

Los meses regularizados serán considerados respecto de la prestación adicional por permanencia, y no se computarán para el cálculo del haber ni de la prestación compensatoria.

El art. 12 dispone que a partir del trabajador número once, inclusive, que se regularice, para la procedencia de los beneficios establecidos en los incs. a), c) y d) del art. 11 se deberá cancelar, sólo por dichos empleados, las obligaciones adeudadas —capital e intereses— en concepto de aportes y contribuciones, con destino a los subsistemas de la seguridad social indicados en los ptos. 1 a 7 del inc. b) del art. 11.

Para el pago de estas obligaciones se deberá observar la forma, los plazos y demás condiciones que establecerá la AFIP, la cual implementará un plan de facilidades de pago. El art. 13 establece que se podrán incluir, en el plan de facilidades de pago, las deudas que se encuentren en discusión administrativa o judicial, en tanto el demandado se allane incondicionalmente y, en su caso, desista y renuncie a toda acción y derecho, incluso al de repetición, asumiendo el pago de las costas y los gastos causídicos. El allanamiento o desistimiento podrá ser total o parcial y procederá en cualquier etapa o instancia administrativa o judicial, según corresponda.

El art. 14 dispone que la regularización de las relaciones laborales deberá efectivizarse dentro de los ciento ochenta días corridos, contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la reglamentación del presente título. En los supuestos de rectificación de las reales remuneraciones, lo dispuesto será aplicable sólo a la parte regularizada.

Otro capítulo de la ley 24.476 se ocupa de la promoción y protección del empleo registrado.

El art. 16 establece que los empleadores, por el término de veinticuatro meses contados a partir del mes de inicio de una nueva relación laboral o de la regularización de una preexistente con ausencia total de registración en los términos del capítulo anterior, gozarán por dichas relaciones de una reducción de sus contribuciones vigentes con destino a los subsistemas de la seguridad social: a) SIJyP, ley 24.241 y sus modificaciones; b) Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, ley 19.032 y sus modificaciones; c) Fondo Nacional de Empleo, ley 24.013 y sus modificaciones; d) Régimen Nacional de Asignaciones Familiares, ley 24.714 y sus modificaciones; e) Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores, ley 25.191.

El beneficio consiste en que durante los primeros doce meses sólo se ingresará el 50% de las citadas contribuciones y por los segundos doce meses se pagará el 75% de ellas.

La reducción 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 adelante, PEN) adoptará los recaudos presupuestarios necesarios para compensar la aplicación de la reducción de que se trata.

No se encuentran comprendidas dentro del beneficio dispuesto en este artículo las contribuciones con destino al Sistema de Seguro de Salud previstas en las leyes 23.660 y 23.661 y sus respectivas modificaciones, como tampoco las cuotas destinadas a las ART, ley 24.557 y sus modificaciones.

El régimen es aplicable respecto de los empleadores inscriptos ante la AFIP o que se inscriban en el marco de esta ley. El empleador gozará de este beneficio por cada nuevo dependiente que regularice o incorpore a su planta de personal.

El art. 19 establece que el empleador no podrá hacer uso del beneficio del art. 16, con relación a los siguientes trabajadores: a) los que hayan sido declarados en el régimen general de la seguridad social hasta la fecha en que las disposiciones de esta ley tengan efecto y continúen trabajando para el mismo empleador, con posterioridad a dicha fecha; b) los que hayan sido declarados en el régimen general de la seguridad social y luego de producido el distracto laboral, cualquiera fuese su causa, sean reincorporados por el mismo empleador dentro de los doce meses, contados a partir de la fecha de desvinculación; c) el nuevo dependiente que se contrate dentro de los doce meses contados a partir de la extinción incausada de la relación laboral de un trabajador que haya estado comprendido en el régimen general de la seguridad social.

El art. 20 dispone que quedan excluidos del beneficio los empleadores, cuando: a) se le constate personal no registrado por períodos anteriores a la fecha en que las disposiciones de esta ley tengan efecto, o posteriores a dicha fecha y hasta dos años de finalizada la vigencia del régimen establecido en el presente capítulo; b) incluyan trabajadores en violación a lo dispuesto en el art. 19.

La exclusión se producirá en forma automática desde el mismo momento en que ocurrió cualquiera de las causales indicadas en el párrafo anterior.

El art. 21 prescribe que el incumplimiento de las disposiciones contenidas en los arts. 19 y 20 producirá el decaimiento de los beneficios otorgados, debiendo los empleadores ingresar la proporción de las contribuciones con destino a la seguridad social que resultaron exentas, con más los intereses y las multas correspondientes.

La ley dispone que los aportes previsionales de los trabajadores comprendidos en este régimen se realizarán al Sistema Integrado Previsional Argentino. El beneficio regirá por doce meses contados a partir de la fecha en que las disposiciones de esta ley tengan efecto, pudiendo ser prorrogado por el PEN.

Las disposiciones generales de la ley 26.476 establecen que quedan excluidos de las disposiciones de la ley, los declarados en estado de quiebra, respecto de los cuales no se haya dis-

puesto continuidad de la explotación, los querellados o denunciados penalmente por la ex DGI o la AFIP, los denunciados formalmente o querellados penalmente por delitos comunes, que tengan conexión con el incumplimiento de sus obligaciones tributarias o las de terceros, respecto de los cuales se haya dictado sentencia firme con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la ley, las personas jurídicas —incluidas las cooperativas— en las que, según corresponda, sus socios, administradores, directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, consejeros o quienes ocupen cargos equivalentes en ellas, hayan sido denunciados formalmente o querellados penalmente con fundamento en las leyes 23.771 y sus modificaciones o 24.769 y sus modificaciones o por delitos comunes que tengan conexión con el incumplimiento de sus obligaciones tributarias o las de terceros, respecto de los cuales se haya dictado sentencia firme con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la ley.

La AFIP estará dispensada de formular denuncia penal respecto de los delitos previstos en las leyes 23.771 y sus modificaciones y 24.769, según corresponda, en la medida que los sujetos de que se trate regularicen sus obligaciones tributarias conforme a las disposiciones de los títs. II y III de la presente ley, o en la medida que los sujetos de que se trate regularicen sus obligaciones tributarias omitidas de acuerdo a las disposiciones del tít. I de la misma norma.

Se suspende por el término de un año el curso de la prescripción de la acción para determinar o exigir el pago de los tributos cuya aplicación, percepción y fiscalización esté a cargo de la AFIP y para aplicar multas con relación a ellos, así como la caducidad de la instancia en los juicios de ejecución fiscal o de recursos judiciales.

Los sujetos que fueren empleadores alcanzados por las disposiciones de la presente ley mantendrán los beneficios creados por ésta, mientras no disminuyan la plantilla total de trabajadores hasta dos años después de la finalización del régimen de beneficios.

Los sujetos que resultaren alcanzados por el régimen de regularización establecido en la presente ley podrán acceder concurrentemente a los beneficios dispuestos en los títs. I, II y III de aquélla.

Los plazos establecidos pueden ser prorrogados por un período igual por el PEN.

La res. 3/2009 MTEySS (BO del 22/1/2009) reglamenta el tít. II, cap. I, y el tít. IV, ley 26.476. Dispone que para acceder a la liberación de multas y demás sanciones correspondientes a infracciones formales, firmes o no, y que no hayan sido abonadas, impuestas por el Ministerio de Trabajo, el empleador debe presentarse, en la sede donde se instruya el sumario o expediente, a acreditar la aprobación a su acogimiento en el modo que lo establezca a tal efecto la AFIP y presentar una declaración jurada de haber incluido a los trabajadores regularizados en los libros establecidos por la legislación laboral. Sólo será procedente cuando se haya regularizado la totalidad de los trabajadores comprendidos en la imputación. Los trabajadores regularizados accederán a los beneficios de la seguridad social en las mismas condiciones que les correspondería si hubieran estado debidamente registrados. A los efectos de la registración, el empleador debe comenzar por los de mayor antigüedad y en caso de igualdad se comenzará por el de menor remuneración.

La plantilla total de trabajadores a que se hace referencia es la correspondiente al período devengado en noviembre de 2008. A efectos de constatar que no se haya disminuido la plantilla, debe tenerse en cuenta la nómina de trabajadores declarados en el último período exigible a noviembre de 2008, incluyendo los trabajadores incorporados por este régimen.

Los empleadores mantendrán los beneficios en tanto no disminuyan la plantilla de trabajadores durante los dos años posteriores a la finalización del régimen de beneficios establecidos en la ley, los que deberán contarse a partir del vencimiento del plazo para regularizar. Si con posterioridad al otorgamiento del beneficio, la plantilla queda disminuida, el empleador dentro de los noventa días procederá a la integración de aquélla mediante nuevas contrataciones, como condición para continuar manteniendo el beneficio. No se considerarán parte de la plantilla de personal ocupado los trabajadores eventuales.

El decreto 2166/2009 (BO del 28/12/2009) prorrogó hasta el 31/12/2010 el plazo establecido en la ley 26.476. El decreto 69/2010 (BO del 3/12/2010) lo prorrogó hasta el 31/12/2011.

### 5. Administración del trabajo. Ley 25.877

El tema se desarrolla en el capítulo "Derecho administrativo y procesal del trabajo".

## II. EMPLEO NO REGISTRADO Y DEFECTUOSAMENTE REGISTRADO

### 1. El trabajo no registrado como problemática social

La problemática social planteada por el trabajo no registrado ("en negro") sigue siendo grave. A comienzos del año 2011 es de alrededor del 35% de las personas ocupadas, cifra inferior a la existente a fines del año 2002 (según la Encuesta Permanente de Hogares), en el que había llegado al 44,2%, parecida a la de mediados de 2004.

En las últimas décadas, el trabajo no registrado se fue incrementando considerablemente. A comienzos de la década del 80 era del 18%; al iniciarse la convertibilidad, del 30%; con el Tequila, del 35%; a fines del año 2000 subió al 38,6%; alcanzó su mayor nivel histórico con casi cinco millones de trabajadores a mediados de 2003 (49,5%). En el tercer trimestre de 2010 fue del 35,8%, alrededor de 4,2 millones de personas.

A principios de 2011, además de los más de tres millones de desempleados y subempleados, están en la informalidad —en negro— más de cuatro millones de trabajadores en relación de dependencia (en el comercio, el 50% del millón ocupado no está registrado), más de novecientos mil trabajadoras del servicio doméstico (sobre un millón) y más de ochocientos mil trabajadores rurales (sobre un millón).

La situación del trabajador no registrado es de total desprotección: no está cubierto por la legislación laboral ni de seguridad social y carece de cobertura médico-asistencial para él y su familia, y no tiene derecho al cobro de salario familiar, seguro de desempleo ni accidentes de trabajo.

Esta falta de registración es un disvalor que se proyecta a todo el orden social, generando evasión fiscal y previsional, competencia desleal con los empleadores que cumplen sus obligaciones y pérdida de ingreso de los sindicatos por falta de pago de las cuotas sindicales.

Desde la segunda mitad del año 2000 fueron dictadas numerosas normas (el tema se desarrolla en este capítulo) tendientes a generalizar el trabajo por tiempo indeterminado y propender a su registro (simplificación de requisitos), combatir el trabajo en negro y el defectuosamente registrado, evitar el fraude laboral, reducir el desempleo (y el subempleo) y eliminar las formas precarias de contratación, circunstancias éstas que, por un lado, desprotegieron al trabajador y, por otro, produjeron el desfinanciamiento del régimen de seguridad social.

### 2. Las multas de la ley 24.013

***Generalidades.*** La ley 24.013 sanciona tanto *el llamado trabajo "en negro", es decir, la falta de registración del trabajador y del contrato, como el trabajo registrado en forma parcial,* o sea, *aquel en que la fecha de ingreso o el salario denunciados no son los verdaderos.*

De presentarse alguno de estos casos, *el trabajador debe intimar al empleador para que en el plazo de treinta días normalice su situación. Esta intimación debe ser realizada por escrito* (telegrama o carta documento) *mientras esté vigente el vínculo laboral, consignando en forma precisa cuáles son las irregularidades en la registración. El plazo se comienza a contar a partir del momento en que el empleador recibe el telegrama o la carta documento.*

El art. 47, ley 25.345 (BO del 17/11/2000) —"antievasión"—, modificó el art. 11, ley 24.013 (Ley Nacional de Empleo, en adelante, LNE), introduciendo un *requisito adicional para la procedencia de las indemnizaciones* previstas en los arts. 8°, 9°, 10 y 15.

Además de la intimación efectuada en forma fehaciente por el trabajador o la asociación sindical que lo represente, a fin de que el empleador proceda a la inscripción, establezca la real fecha de ingreso o el verdadero monto de las remuneraciones, *se debe remitir a la AFIP, de inmediato y, en todo caso, no después de las veinticuatro horas hábiles siguientes, copia del requerimiento señalado anteriormente.*

Esta comunicación es gratuita para el trabajador o la asociación sindical que lo represente. Ello es así ya que el art. 49, ley 23.545, agregó un nuevo inciso (el d]) al art. 2°, ley 23.789, que establece un servicio de telegrama y carta documento para los trabajadores dependientes, los jubilados y pensionados, que es gratuito para el remitente.

Por ejemplo, si el empleador consignó un salario menor al efectivamente percibido, en la intimación se debe expresar a cuánto asciende el verdadero; en caso de resultar incorrecta la registración respecto de la fecha de ingreso, se debe consignar en el telegrama o la carta documento cuál es la verdadera.

Por lo tanto, *es requisito insalvable para la operatividad de las indemnizaciones reclamadas la previa intimación del trabajador al empleador por medio escrito.*

En un litigio judicial, la prueba de la realización en tiempo oportuno de dicha intimación pesa sobre el trabajador, quien debe acreditarlo mediante prueba instrumental (por ejemplo, adjuntando al expediente el telegrama o la carta documento), y —en caso de desconocimiento del empleador— con prueba informativa (oficio enviado al correo para determinar la autenticidad y recepción del telegrama o la carta documento).

Se entiende que la relación o contrato de trabajo ha sido registrado cuando el empleador hubiere inscripto al trabajador: *a)* en el libro especial del art. 52, LCT, 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 serán consideradas no registradas (art. 7°, ley 24.013).

El dec. reg. 2725/1991 (art. 2°) aclara que los requisitos de los incs. a) y b) deben cumplirse en forma conjunta. En caso de controversia acerca de si la relación se encuentra registrada o debidamente regularizada, la carga de la prueba recae sobre el empleador, y los medios idóneos de acreditación son la constatación en el libro del art. 52, LCT, o "documentación laboral que haga sus veces" (respecto del inc. a]) y la informativa requerida al SURL (respecto del inc. b]).

***Art. 8°, LNE.*** El art. 8° se ocupa de los llamados *contratos "en negro"*, es decir, aquellas relaciones que no se encuentran registradas.

Establece que "el empleador que no registrare una relación laboral, abonará al trabajador afectado una indemnización equivalente a una cuarta parte de las remuneraciones devengadas desde el comienzo de la vinculación, computadas a valores reajustados de acuerdo con la normativa vigente. En ningún caso esta indemnización podrá ser inferior a tres veces el importe mensual del salario que resulte de la aplicación del art. 245, LCT".

La base de cálculo de la multa es la cuarta parte de las remuneraciones mensuales del trabajador devengadas (percibidas o no) desde el inicio de la relación y hasta la fecha en que se realice el cálculo o hasta el momento del despido.

Por lo tanto, se suman todos los salarios que le hubiera correspondido percibir durante el vínculo laboral (incluido el SAC) y se los divide por cuatro.

Por ejemplo, si se trata de remuneraciones fijas y el salario mensual de un trabajador no registrado era de $ 2400, en un contrato que se extendió durante un año, se multiplica 2400 x 13 (si fuesen variables deben sumarse cada una de ellas) y se lo divide por 4; en este caso, la multa del art. 8° asciende a $ 7800.

La multa no tiene tope, pero el párr. 2° establece un *piso mínimo: no puede ser inferior a tres veces la mejor remuneración mensual normal y habitual devengada en favor del trabajador durante el último año de prestación.*

Esto apunta a reforzar el carácter disuasivo en el caso de los trabajadores más nuevos, ya que de no existir el piso al empleador le resultaría económicamente menos gravoso desprenderse de estos trabajadores cuando intimaran por su regularización.

Por ejemplo, si en el caso anterior el trabajador tuviese una antigüedad de seis meses, la multa, de no existir el piso, sería de $ 3600 ($ 2400 x 6% ÷ 4); en cambio, aquí se aplica el piso mínimo, y la multa del art. 8° asciende a $ 7200 ($ 2400 x 3).

Es importante destacar que si el trabajador no requiere su registración intimando en los términos del art. 11, una vez registrada posteriormente y en debida forma (conforme los requisitos del art. 7° y con consignación de la real fecha de ingreso y verdadera remuneración), resulta inoperante el emplazamiento, ya que *la ley persigue la regularización*, y en este supuesto ya no hay irregularidad subsanable.

Lo mismo ocurre si la relación se mantiene "en negro" y el trabajador no intima a su registración en los términos del art. 11: una vez registrada posteriormente y en forma irregular (por falsear la fecha de ingreso, la remuneración o ambas), la intimación sólo podrá tener por objeto la regularización de la registración defectuosa, y no —por ejemplo— la registración misma (en los términos del art. 8°), porque ya no se verifica clandestinidad total.

*La ausencia total de registración no puede coexistir con una registración defectuosa, ya que una excluye a la otra. Por ello, la multa del art. 8° no puede ser consagrada juntamente con la del 9° y/o el 10, pero estas dos últimas pueden proceder por separado o en forma conjunta,* ya que la doble irregularidad (registración que posdata la fecha de ingreso y consigna una remuneración inferior a la devengada) puede válidamente verificarse al ser recibido el emplazamiento cursado en los términos del art. 11.

El 30/6/2010, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo dictó el fallo plenario nro. 323, "Vásquez, María Laura v. Telefónica de Argentina SA y otro s/despido", que fija la siguiente doctrina: "Cuando de acuerdo con el párr. 1° del art. 29, LCT, se establece que el trabajador ha sido empleado directo de la empresa usuaria de sus servicios, procede la indemnización prevista en el art. 8° de la ley 24.013, aunque el contrato de trabajo haya sido inscripto solamente por la empresa intermediaria".

Eduardo Álvarez, fiscal general, señala que la problemática gira en torno a una costumbre arraigada y difundida, cual es el actuar de personas que, siendo empleadores directos del trabajador, registran la relación a nombre de otra persona, que no es el verdadero empleador. Aquí, la conducta sociopática que implica que la inscripción no la lleve a cabo el verdadero empleador, sino una persona distinta, con finalidad evasiva de las normas, lleva a la lógica conclusión de que "...no pueda sostenerse que la relación de empleo se ha 'regularizado' cuando el registro lo realiza alguien que no es el empleador responsable, sino un sujeto periférico".

Ferreirós recordó la asidiudad con la que el empleador evasivo recurre a la prestación de servicios tercerizados, con el fin de permitirle "la formación de pantallas que tienen por único objeto deslindar responsabilidades laborales", por lo que debe imponerse el principio de primacía de la realidad, cuya consecuencia, en este caso, es la responsabilidad solidaria. Afirmó que la interpretación de la ley debe hacerse siempre a la luz del principio protectorio, y que es incorrecto hablar de "doble registración" en estos casos para eximir al empresario de la multa, habi-

da cuenta de que una registración difiere de la otra, fundamentalmente porque difiere uno de los sujetos (elemento esencial).

Por la afirmativa (mayoría), votaron Porta, Guibourg, Fernández Madrid, Balestrini, Corach, Rodríguez Brunengo, Ferreirós, Fontana, Stortini, Zas y Catardo. Por la negativa (minoría) lo hicieron Pirolo, González, Maza, García Margalejo, Vázquez, Guisado, Morando, Fera y Vilela.

***Art. 9°, LNE***. El art. 9° se ocupa del supuesto en el cual el empleador cumple con los requisitos del art. 7°, pero al registrar la relación consigna una *fecha de ingreso del trabajador posterior a la real*, omitiendo denunciar el período corrido entre el ingreso y la fecha que se hace figurar.

Dispone que "el empleador que consignare en la documentación laboral una fecha de ingreso posterior a la real, abonará al trabajador afectado una indemnización equivalente a la cuarta parte del importe de las remuneraciones devengadas desde la fecha de ingreso hasta la fecha falsamente consignada, computadas a valores reajustados de acuerdo con la normativa vigente".

Como la irregularidad consiste en mantener "en negro" un período determinado de la relación, la multa es equivalente a la suma de todos los salarios que percibió o debió percibir en el período no registrado dividido por 4, o bien multiplicar el salario mensual y dividirlo por 4 por los meses en que el contrato no fue debidamente registrado (si se trata de remuneraciones fijas).

Por ejemplo, si un trabajador cuyo salario mensual es de $ 2400 intima en junio de 2011, refiriendo que se consignó como fecha de ingreso el 16/8/2008, cuando en realidad la verdadera fue el 16/8/2007, corresponde multiplicar 2400 por los 13 meses en que el contrato estuvo mal registrado (13 meses, ya que debe sumarse el SAC) y dividirlo por 4.

*En este caso no se establece un piso mínimo,* como en el supuesto del art. 8°. Tampoco se fija un tope máximo.

***Art. 10, LNE***. El art. 10 regula el caso en el cual se registra la relación pero consignando un *salario inferior al verdaderamente percibido por el trabajador.*

Dispone que "el empleador que consignare en la documentación laboral una remuneración menor que la percibida por el trabajador, abonará a éste una indemnización equivalente a la cuarta parte del importe de las remuneraciones devengadas y no registradas, debidamente reajustadas desde la fecha en que comenzó a consignarse indebidamente el monto de la remuneración".

El monto de la multa se vincula proporcionalmente a la cuantía de las remuneraciones no registradas y al tiempo que duró dicha irregularidad; asciende a la cuarta parte, sin piso mínimo.

Por ejemplo, si un trabajador durante cinco meses percibe $ 4000 de salario mensual, hallándose debidamente consignado en el recibo de sueldo sólo $ 2400 (encontrándose no registrados $ 1600), hay que sumar todas las remuneraciones en que se verificó tal conducta del empleador (o multiplicar la cantidad de meses por el salario no registrado si se trata de remuneraciones fijas) y dividirlo por 4 (1600 x 5 ÷ 4).

***Otros aspectos***. La mora del empleador respecto del pago de las multas de los arts. 8°, 9° y 10 se produce una vez vencido el plazo de treinta días fijado por el art. 11, que comienza a correr a partir del día siguiente al de su ingreso en la esfera de conocimiento del destinatario y se computa en días corridos.

El *plazo de prescripción* de las multas de los arts. 8°, 9° y 10 comienza a computarse treinta y un días después de la recepción por parte del empleador de la intimación del art. 11 y corre en los dos años siguientes. Es decir que a partir de ese momento tiene dos años para reclamar judicialmente por el cobro de las multas (cfr. art. 256, LCT).

Es importante dejar en claro que *para calcular la multa no existe la limitación de dos años "hacia atrás", esto es, que se computa la cuarta parte de las remuneraciones devengadas por los años que duró el trabajo no registrado o la registración defectuosa, con un único límite: hasta dos años anteriores a la fecha de entrada en vigencia de la ley 24.013 (diciembre de 1989).*

***Intimación del art. 11, LNE.*** El art. 11, ley 24.013 —que fue modificado por el art. 47, ley 25.345 (BO del 17/11/2000)—, establece que el trabajador debe cumplir dos requisitos formales: la intimación al empleador con las características que se detallan seguidamente y la remisión a la AFIP de la copia de ese requerimiento.

De no cursarse la intimación, no son procedentes las multas aunque resulte constatada la inexistencia de registro o su irregularidad: la conducta antijurídica del empleador no recibirá sanción alguna por vía de la ley 24.013, y el daño provocado al trabajador no será reparado por esta vía legal (ver art. 1°, ley 25.323).

Dispone que "las indemnizaciones previstas en los arts. 8°, 9° y 10 procederán cuando el trabajador o la asociación sindical que lo represente cumplimente en forma fehaciente las siguientes acciones:

"a) intime al empleador a fin de que proceda a la inscripción, establezca la fecha real de ingreso o el verdadero monto de las remuneraciones, y

"b) proceda de inmediato y, en todo caso, no después de las veinticuatro horas hábiles siguientes, a remitir a la AFIP copia del requerimiento previsto en el inciso anterior.

"Con la intimación el trabajador deberá indicar la real fecha de ingreso y las circunstancias verídicas que permitan calificar a la inscripción como defectuosa. Si el empleador contestare y diere total cumplimiento a la intimación dentro del plazo de los treinta días, quedará eximido del pago de las indemnizaciones antes indicadas.

"A los efectos de lo dispuesto en los arts. 8°, 9° y 10 de esta ley, sólo se computarán remuneraciones devengadas hasta los dos (2) años anteriores a la fecha de su entrada en vigencia".

Establece un *requisito formal* para que el trabajador adquiera el derecho a percibir las multas contempladas: requiere una participación activa del trabajador en el proceso regularizador, colocando una carga en cabeza del trabajador, que también puede ser cumplida por la "asociación sindical que lo represente" (art. 11, ley 24.013; art. 22, dec. 467/1988, reglamentario de la ley 23.551), sin que para ello se le requiera mandato expreso del trabajador (sala 3ª, 31/3/1998, "Fink, Carlos v. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados").

*La comunicación debe ser* "fehaciente", lo cual excluye la comunicación verbal; debe ser efectuada por escrito: telegrama, carta documento, actuación notarial, nota simple, siempre que tenga constancia de recepción, etcétera.

*En cuanto al contenido de la intimación*, corresponde distinguir el caso en el cual la relación laboral no está registrada (trabajo "en negro") de aquel en que está parcialmente registrada, es decir, registrada pero defectuosamente.

El requisito de consignación de la "real fecha de ingreso" y demás "circunstancias verídicas" está estrictamente relacionado con la hipótesis de requerimiento de subsanación de falsedades registrales (arts. 9° y 10, fecha de ingreso posterior o salario inferior al real). Esto no resulta exigible cuando se requiere la registración de una relación que se halla totalmente "en negro" (art. 8°).

La ausencia de individualización de la fecha de ingreso no obsta la procedencia de las multas de la ley 24.013, en el supuesto de inscripción inexistente. La hipótesis contemplada en el art. 8°, ley 24.013, no requiere la mención de fecha de ingreso, lo cual tampoco es requerido por el art. 11 para el supuesto de falta de inscripción (sala 1ª, 6/6/2003, "Ramírez López, Francisco v. Castro, Andrés y otro").

Si en la intimación de regularización se consigna una fecha de ingreso que no se prueba fuera real, acreditada la relación de trabajo y la falta de registro, se debe entender que de todos

modos se dio cumplimiento a los recaudos del art. 11, ley 24.013, y son procedentes las multas, ya que el empleador está en condiciones de regularizar la situación sobre la base de sus registros, pero no puede negar el vínculo.

Resulta suficiente para satisfacer las exigencias del art. 11 la indicación de la real fecha de ingreso, la categoría laboral y la remuneración recibida al tiempo de cursarse el emplazamiento, ya que la ley 24.013 tuvo el claro propósito de promover la regularización de las relaciones laborales; en consecuencia, el cumplimiento de dichos requisitos no puede ser analizado con criterio restrictivo, ya que ello contraría la finalidad del legislador y el principio de interpretación contenido en el art. 9°, LCT.

El trabajador debe intimar para que se proceda a registrar la relación clandestina o regularizar la defectuosamente registrada dentro del plazo de treinta días (corridos, según el inc. 2°, art. 3°, dec. reg. 2725/1991).

Sin embargo, no es imprescindible que en el texto de la intimación se consigne ritualmente dicho plazo, ya que el requerimiento cursado "en los términos" o "bajo los apercibimientos contenidos en los arts. 11 y concs., ley 24.013", o —más acotadamente— "en la Ley Nacional de Empleo", resulta suficientemente claro para el empleador acerca de la índole del emplazamiento cursado y sus efectos.

Si ante el requerimiento el empleador niega la existencia misma de la relación laboral que se le intima a registrar o desconoce la veracidad de los datos consignados por el trabajador, dirigidos a que regularice la defectuosamente registrada, el trabajador podrá válidamente considerarse injuriado y disponer el distracto de modo indirecto, sin necesidad de esperar el transcurso de los treinta días, en virtud de la posición negativa asumida en forma expresa por el empleador.

Cuando la ruptura se funda exclusivamente en el silencio del empleador a la intimación cursada por el trabajador a que proceda a la inscripción, establezca la real fecha de ingreso o el verdadero monto de las remuneraciones, la denuncia de la relación concretada con anterioridad al vencimiento del plazo de treinta días no se ajusta a lo prescripto en el art. 11, ley 24.013.

En cambio, cuando la rescisión contractual se concreta como consecuencia de la negativa de tareas (u otros incumplimientos atribuidos al principal) que se esgrimen juntamente con el anterior emplazamiento formulado, pero tienen autonomía por sí para justificar la ruptura, carece de sentido exigir al trabajador que aguarde treinta días, pudiendo válidamente efectivizar el apercibimiento y declarar el despido indirecto vencido el plazo otorgado (sala 2ª, 31/3/1998, "Frieiro, Rodolfo Jorge v. Alberto Cortes SA").

Si el trabajador dio por finalizada la relación laboral antes de que venciera el término de treinta días acordado por los arts. 8° y 11, ley 24.013, perdió la posibilidad de ser beneficiario de las multas previstas en la norma. Es razonable pensar que el empleador no iba a cumplir por el grado de irresponsabilidad demostrado. Empero, introducir excepciones cuando ésta no provienen de la ley generaría una gran inseguridad jurídica. Excepcionalmente, cuando las actitudes del empleador marquen claramente la voluntad de negarle el derecho de registración y regularización del empleo, no es necesario que el trabajador tenga que esperar los treinta días para producir la ruptura de la relación y en ambos casos se justifica el pago de las indemnizaciones agravadas (Sup. Corte Just. Mendoza, sala 2ª, 16/10/2003, "Cossutta, Renato v. Celular Fashion SRL y otros").

El plazo determinado por el art. 11, ley 24.013, está previsto para que el empleador cumpla con la registración reclamada: de no hacerlo, la ley lo sanciona. Pero la norma no dispone que el trabajador deba esperar, si existe una causal justificada en los términos del art. 242, LCT, que imposibilite la continuación del vínculo laboral, el transcurso de los treinta días para hacerse acreedor a la indemnización que aquel precepto legal contempla (Sup. Corte Bs. As., 20/8/2003, "Degennaro, Vicente J. v. Navemar Argentina SRL y otro").

Al contrario, si el trabajador intima al empleador en los términos del art. 11, ley 24.013, para que proceda a registrar la relación clandestina o regularizar la defectuosamente registrada, y —ante la falta de respuesta— se considera injuriado e indirectamente despedido, no le asistirá derecho a reclamar las multas de los arts. 8°, 9° y 10 y/o la indemnización del 15 si el empleador —antes del vencimiento del plazo de treinta días— registra o regulariza en forma la relación contractual, aun cuando ello hubiere tenido lugar con posterioridad a la disolución del vínculo.

El mero inicio por el empleador del trámite administrativo tendiente a regularizar la situación del dependiente que lo intimó a hacerlo no es suficiente para tener por cumplido el recaudo del art. 11, ley 24.013.

La intimación establecida por el art. 11, LNE, que persigue la registración de la relación laboral, contiene un plazo de treinta días a favor del empleador. El emplazamiento que contenga un plazo menor no satisface ese recaudo. Aun existiendo silencio por parte del demandado, no puede ser considerado en los términos establecidos por el art. 57, LCT. Ante tal situación, si la trabajadora no esperó el transcurso de los treinta días y se dio por despedida, no resulta acreedora de las indemnizaciones allí establecidas (sala 9ª, 29/8/1997, "Wehbi, Norma v. D'Amico, Adriana").

El art. 3°, dec. reg. 2725/1991, establece en su inc. 1° que "la intimación, para que produzca los efectos previstos en este artículo, deberá efectuarse estando vigente la relación laboral".

*Atento a que el objetivo del sistema de la Ley de Empleo es lograr la registración de las relaciones laborales en negro o su regularización en caso de registración defectuosa, no habiendo contrato vigente no existe irregularidad subsanable y —por ende— carece de fundamento la sanción.*

Al contrario, para la percepción de las indemnizaciones previstas en los arts. 8°, 9° y 10 no es necesaria la previa extinción de la relación de trabajo: la ley no pretende provocar su disolución.

El art. 3°, dec. 2725/1991 —reglamentario del art. 11, ley 24.013—, resulta razonable teniendo en cuenta los fines perseguidos por la ley, en especial el referido a la "promoción de la regularización de las relaciones laborales, desalentando prácticas evasoras", objetivo que difícilmente se alcanzaría si se admitiese que los dependientes pudiesen reclamar la regularización de sus respectivas relaciones cuando éstas ya hubiesen concluido.

La LNE admite la posibilidad de que el trabajador reclame judicialmente las multas previstas por los arts. 8°, 9° y 10, sin necesidad de extinguir la relación laboral; por lo tanto, la denuncia del contrato antes de vencido el término de treinta días, invocando como única razón el silencio del principal, resulta injustificada.

La jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo se ha expedido sobre la responsabilidad de socios y administradores cuando se verifican casos de empleo no registrado o defectuosamente registrado.

La sala 6ª (9/6/2006, "Morello, Roberto D. v. Distribuidora Thonet SRL y otro") dispuso que el art. 54, ley 19.550, prevé la responsabilidad en forma personal e ilimitada en los socios cuando la actuación de la sociedad encubra la consecución de fines extrasocietarios y constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros. En tales supuestos, la personalidad jurídica cae, se torna inoponible. Y, en este punto, la norma contempla el supuesto en que se persigan fines extrasocietarios, pero también resulta de aplicación a los casos en que a través del accionar de la personal jurídica se viole la ley, el orden público o la buena fe o se frustren derechos de terceros. En tal sentido, la registración inadecuada de la remuneración encuadra en la previsión legal y, en consecuencia, resulta procedente la extensión de la responsabilidad en forma personal e ilimitada al codemandado socio de la sociedad.

En el mismo sentido, la sala 3ª (11/4/2006, "Pérez, Carlos Antonio v. SEA Servicios Empresarios Argentinos SA y otros") entendió que al basarse su responsabilidad en un tipo de obli-

gación solidaria, nada obsta para la prosecución de la pretensión indemnizatoria sobre los codemandados, aun cuando el trabajador haya desistido de su acción contra la sociedad empleadora. Ante la presentación en concurso de la sociedad codemandada, el trabajador desiste de ésta y continúa contra los demás codemandados. Los jueces consideraron que el accionar de los directivos configura un hecho ilícito que causa un daño directo en el patrimonio de terceros (art. 54, ley 19.550).

***Art. 15, LNE.*** El art. 15 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. Si el empleador otorgare efectivamente el preaviso, su plazo también se duplicará. La duplicación de las indemnizaciones tendrá igualmente lugar cuando fuere el trabajador el que hiciere denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa, salvo que la causa invocada no tuviera vinculación con las previstas en los arts. 8°, 9° y 10, y que el empleador acreditare de modo fehaciente que su conducta no ha tenido por objeto inducir al trabajador a colocarse en situación de despido".

*A fin de disuadir al empleador de reaccionar ante la intimación cursada en los términos del art. 11 que disuelve la relación laboral, se refuerza la protección contra el despido*, fijando un período de dos años siguientes a la remisión de la intimación, durante el cual rige una presunción *iuris et de iure* de que el despido sin invocación de causa dispuesto por el empleador tiene como propósito castigar la conducta intimatoria del trabajador.

En caso de que la disolución del vínculo sobreviniera como consecuencia del despido indirectamente dispuesto por el trabajador, y previendo que ello pudiera haber tenido lugar como respuesta a incumplimientos contractuales del empleador, establece —durante el mismo término— una presunción *iuris tantum*. El empleador —para eximirse de la sanción— debe probar la falta de vinculación entre la decisión rupturista y la ausente o defectuosa registración, así como también que su conducta injuriosa no tuvo por objetivo provocar la disolución de la relación.

Para que el trabajador resulte acreedor a la indemnización prevista en el art. 15, ley 24.013, deben cumplimentarse requisitos formales y sustanciales:

Respecto de los requisitos formales, *la intimación del art. 11 debe haberse cursado de modo justificado*, estando vigente la relación laboral y cumpliendo sus demás requisitos. Por "modo justificado" se debe entender un contenido de razonabilidad o de derecho cierto a formular el acto intimatorio, sin atender a su eficacia.

La modificación introducida por la ley 25.345 a la ley 24.013 no se proyecta al reclamo fundado en el art. 15, LNE, en tanto el recaudo introducido como inc. b) al art. 11 sólo condiciona la procedencia de los arts. 8°, 9° y 10 de dicho cuerpo normativo.

Así lo ha entendido parte de la jurisprudencia —a la que adhiero— al sostener que la duplicación de las indemnizaciones derivadas del distracto prevista en el art. 15 únicamente se encuentra condicionada a que se hubiera justificado la intimación al empleador fijada por el art. 11 dentro de los dos años anteriores al despido, por lo que sólo cabría exigir a tales efectos el cabal cumplimiento del requisito previsto en el inc. a) del art. 11, LNE. La comunicación a la AFIP no hace al acto mismo del emplazamiento sino a otro distinto y autónomo del primero, a cuyo cumplimiento el legislador no ha condicionado la procedencia del incremento de las indemnizaciones derivadas del despido que prevé el art. 15 en cuestión (sala 2ª, 19/6/2003, "Álvarez, Víctor v. Gujian Long"; sala 10ª, 27/6/2002, "Milessi, Juan Alfredo v. TEB SRL y otros"; sala 3ª, 16/5/2003, "Teplitzky, Aída v. Odriozola, Marcelo M."; sala 10ª, 8/8/2003, "Montanaro, Rubén D. v. Maxsys Argentina SA y otros"). La reforma introducida al art. 11, ley 24.013, no está referida al art. 15, ya que enumera los arts. 8°, 9° y 10. De tal modo, la falta de notificación a la AFIP no

obsta a la procedencia del reclamo fundado en el citado art. 15, ley 24.013 (Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Lab., 17/9/2003, "Calvo Moisés v. Unión Israelita Sefaradi de Córdoba").

En cambio, también se ha resuelto que el cumplimiento de lo normado en el art. 47, ley 25.345, en cuanto introdujo como requisito adicional para la validez de la comunicación prevista por el art. 11, LNE, la remisión de copia a la AFIP, es presupuesto necesario para la procedencia de las indemnizaciones reguladas por los arts. 8°, 9° y 10, como asimismo del art. 15, ley 24.013 (sala 1ª, 28/5/2003, "Wichniewicz, Jorgelina N. y otro v. Dinamotor SRL y otro"; sala 1ª, 11/3/2003, "Kees, Federico Miguel v. Belt SA y otro").

*En cuanto a los requisitos sustanciales*, es necesario que la relación culmine por despido directo sin invocación de causa o despido indirecto, y que la disolución sobrevenga durante los dos años posteriores a la recepción de la intimación cursada al empleador, requiriendo la registración de la relación laboral o su regularización.

El empleador debe acreditar que la causa invocada para disponer el despido (directo) no tuvo vinculación con la registración o regularización oportunamente requerida, así como también que su conducta no tuvo por objeto inducir al trabajador a colocarse en situación de despido (indirecto). Es necesario que concurran ambos presupuestos para eximir al empleador de responsabilidad indemnizatoria en el marco de la regulación del art. 15.

*En cuanto al monto de la multa*, si bien alguna doctrina aislada sostuvo que la indemnización se agrava en un 200% en el supuesto de despido injustificado, la mayoritaria y la jurisprudencia entienden que las indemnizaciones correspondientes como consecuencia del despido sólo se duplican: es igual a la indemnización por antigüedad (art. 245, LCT), sumada a la sustitutiva de preaviso (art. 232, LCT) y la integración del mes de despido (art. 233, LCT) —ambas más el SAC sobre el rubro—.

*El art. 15 establece que la duplicación alcanza "las indemnizaciones que le hubieran correspondido como consecuencia del despido"*. La utilización del plural da la pauta de que no se está haciendo referencia a una única indemnización.

*En caso de incumplirse la obligación de otorgar preaviso, la consiguiente indemnización sustitutiva también debe duplicarse* (art. 232, LCT). La indemnización del art. 232 se debe integrar (si la disolución contractual no coincidiera con el último día del mes, conforme a lo dispuesto en el párr. 2°, art. 233) con una suma igual a la remuneración correspondiente por los días faltantes hasta su finalización; *esta "integración del mes de despido" también se debe duplicar.*

En este sentido se expidió la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo con fecha 19/10/2001 en el fallo plenario 302, en la causa "Palloni, Mariela Haydée v. Depormed SA", que estableció que la duplicación a que alude el art. 15, ley 24.013, incluye la suma prevista en el art. 233, párr. 2°, LCT. *Lo mismo ocurre con la incidencia del SAC* sobre los rubros antes mencionados, por compartir su naturaleza indemnizatoria.

*No procede la duplicación de la indemnización por vacaciones proporcionales prevista en el art. 156, LCT, ya que no es debida "como consecuencia del despido"*: se debe, cualquiera fuera el modo de extinción; tampoco alcanza al SAC proporcional (art. 123, LCT), que no es sino remuneración devengada día a día y que —como consecuencia de la extinción— no puede ser percibida en la oportunidad regularmente prevista por el art. 122, LCT.

Si bien la indemnización prevista en el art. 15, LNE, puede concurrir junto con cualquiera de las agravadas reguladas en la LCT (maternidad o matrimonio, art. 182), no corresponde su duplicación, ya que el objeto jurídicamente protegido en cada caso es distinto, y no se debe calcular una indemnización agravada tomando como base otra de igual naturaleza haciendo una interpretación excesivamente amplia de un supuesto de excepción.

De corresponder esta indemnización, el empleador se encuentra en mora respecto de su pago desde la fecha del distracto. El plazo comienza a computarse a partir de la fecha de extinción del vínculo.

Si resultare de aplicación algún estatuto especial, la indemnización común allí dispuesta para el despido también debe ser duplicada.

Para el caso particular de los *trabajadores de la construcción*, el art. 5°, dec. reg. 2725/1991, prevé que la duplicación establecida en el art. 15, LNE, se aplica sobre el crédito correspondiente en concepto de fondo de desempleo.

A los fines del art. 15, LNE, no cabe tener en cuenta la indemnización por clientela (art. 14, ley 14.546), ya que ella se percibe cualquiera sea la causa del distracto.

Excepcionalmente, el art. 16 establece que cuando las características de la relación existente entre las partes pudieran haber generado en el empleador una razonable duda acerca de la aplicación de la LCT, el juez o tribunal podrá reducir la indemnización prevista en el art. 8° hasta una suma no inferior a dos veces el importe mensual del salario que resulte de la aplicación del art. 245, LCT. Con igual fundamento, los jueces pueden reducir el monto de la indemnización establecida en el art. 15 hasta la eliminación de la duplicación allí prevista.

Obviamente que esta facultad requiere ser utilizada prudencial y excepcionalmente por los magistrados. Para que pueda tener lugar la reducción, no sólo será menester realizar un detenido análisis que lleve a tener por comprobada la posibilidad de que hubiere existido "duda razonable" acerca de la naturaleza jurídica de la relación contractual, sino que la reducción y/o eliminación debe ser requerida expresamente por el empleador, por constituir el supuesto una excepción al principio de que el incumplimiento debe ser sancionado.

***Otras normas***. El art. 17 dispone que "será nulo y sin ningún valor todo pago por los conceptos indicados en los arts. 8°, 9° y 10 que no se realizare ante la autoridad administrativa o judicial.

"Dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que quede firme la resolución que reconozca el derecho a percibir dichas indemnizaciones o de la resolución homologatoria del acuerdo conciliatorio o transaccional que versare sobre ellas, la autoridad administrativa o judicial según el caso, deberá poner en conocimiento del Sistema Único de Registro Laboral o, hasta su efectivo funcionamiento, del Instituto Nacional de Previsión Social, caja de asignaciones y subsidios familiares y obras sociales las siguientes circunstancias:

"a) nombre íntegro o razón social del empleador y su domicilio;

"b) nombre y apellido del trabajador;

"c) fecha de comienzo y fin de la vinculación laboral, si ésta se hubiere extinguido;

"d) monto de las remuneraciones.

"Constituirá falta grave del funcionario actuante si éste no cursare la comunicación referida en el plazo establecido.

"No se procederá al archivo del expediente judicial o administrativo respectivo hasta que el funcionario competente dejare constancia de haberse efectuado las comunicaciones ordenadas en este artículo".

A semejanza de lo dispuesto en el art. 277, LCT, para los créditos consagrados en juicios laborales, se establece un requisito de validez de cualquier pago cancelatorio de las multas de los arts. 8°, 9° y 10: debe ser realizado en sede administrativa o judicial, bajo pena de nulidad.

Dispone que la condena judicial a pagar cualquiera de dichas multas/indemnizaciones o la resolución homologatoria del acuerdo conciliatorio que verse sobre ellas debe ser notificada al SURL.

El propósito es que dicho organismo tome registro del empleador que incumple sus obligaciones con el sistema previsional y de seguridad social, y active las correspondientes inspecciones, denuncias y eventuales sanciones.

Crea la obligación (y tipifica como falta grave su omisión) del funcionario correspondiente de cursar aquella notificación. En el ámbito judicial de la ciudad de Buenos Aires ese funcionario es el secretario del juzgado de primera instancia en el cual tramitó la causa. Ésta no puede ser archivada hasta tanto se hubiere cumplimentado la notificación.

### 3. El art. 1°, ley 25.323

La ley 25.323 (BO del 11/10/2000), que estableció un incremento de las indemnizaciones laborales en distintos supuestos, rige desde el 20/10/2000 (art. 2°, CCiv.), ya que expresamente no fijó otra fecha de entrada en vigencia. Los fines que persigue es combatir la evasión previsional, el trabajo "en negro" y el trabajo "en gris".

Cabe recordar que según datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (Indec) al momento de dictarse la ley, sobre 8.700.000 asalariados los trabajadores en negro ascendían a 3.400.000 (38,6%).

En el art. 1° establece, en caso de falta de registración o registración defectuosa de la relación laboral, la duplicación de la indemnización por antigüedad, sin requerir intimación alguna del trabajador.

El art. 1°, ley 25.323, 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 esté de modo deficiente*.

Para el incremento de la indemnización, la ley no se limita a contemplar el supuesto de ausencia de registración, sino que incluye los casos de registración defectuosa; ésta —en principio— debe ser entendida en referencia a los casos de los arts. 9° y 10, ley 24.013 (que se haya asentado una fecha de ingreso posterior o una remuneración menor a la real).

Esto en la inteligencia de que el art. 1°, ley 25.323, es complementario de los arts. 8°, 9°, 10 y 15, ley 24.013, tal cual surge del informe de comisión producido por el diputado Pernasetti, que afirma que este artículo viene a llenar un vacío legislativo y dar solución a aquellos casos en que el trabajador, cuya relación no estaba registrada o estaba mal registrada, era despedido sin haber intimado en los términos del art. 11, ley 24.013.

Sin embargo, al no consignar concretamente en qué consiste la relación registrada "de modo deficiente", y entendiendo que "deficiente" es sinónimo de "incompleto", "imperfecto", "defectuoso", un sector minoritario de la doctrina sostiene que alcanza a cualquier otra irregularidad o deficiencia en la registración, como la categoría laboral, la naturaleza del vínculo o la modalidad de contratación; es decir, todos los supuestos en que esté distorsionado algún dato de la relación de empleo que la ley exija que sea registrado [2].

Por ejemplo, consignar como de plazo determinado un contrato indeterminado (o no realizarlo por escrito), uno de tiempo completo como de tiempo parcial, no abonar horas extras realizadas o abonarlas sin registrar.

De todos modos, si bien las leyes 24.013 y 25.323 tienen por finalidad erradicar el trabajo clandestino (y combatir la evasión previsional) y la LNE pretende la regularización de las relaciones laborales, la ley 25.323 se limita a tener efectos sancionatorios —condena pecuniaria— y a evitar que se repitan dichas actitudes (el no registro o el registro defectuoso).

[2] RUIZ, Álvaro, DT 2000-B-2273, y ELFFMAN, Mario, DT 2001-A-233.

De allí que —como sostuviera precedentemente— *cuando el art. 1°, ley 25.323, hace referencia a relación laboral no registrada y a relación laboral registrada de modo deficiente, en principio se debe estar a lo dispuesto en el art. 7°, ley 24.013, y en los arts. 9° y 10, respectivamente de dicho cuerpo legal.*

En tal sentido, se ha resuelto que si el trabajador se encuentra registrado desde su real fecha de ingreso pero se consignó una categoría diferente, dicha situación no es el presupuesto de operatividad que contempla el art. 10, ley 24.013. Por su parte, la ley 25.323, en su art. 1°, describe con razonable precisión el presupuesto de aquella procedencia: que la relación de trabajo no esté registrada en el momento de ser extinguida por denuncia del empleador, o lo esté de modo deficiente. "La denominación con la que se registró la categoría de la actora es la que las partes utilizaron en el convenio que celebraron y ningún perjuicio podría derivar de su utilización, ni para ella, ni para los sistemas fiscal y previsional". No corresponde satisfacer el eventual reclamo de la duplicación indemnizatoria prevista en la norma precitada anteriormente, dado que se trata de otra hipótesis objetiva que no se compadece con el espíritu de la "no registración" para que prospere el régimen sancionatorio de la conducta prohibida (sala 8ª, 31/5/2006, "Hermida, Analía G. v. Casino Buenos Aires SA").

En cuanto a su alcance, cabe consignar que *sólo se duplica la indemnización por antigüedad del art. 245, LCT* (o las que "en el futuro las reemplacen").

También se aplica a los estatutos especiales cuando éstos remiten al art. 245, LCT (por ejemplo: viajantes de comercio, docentes particulares y choferes profesionales). En cambio, no resulta aplicable a los estatutos especiales cuando prevean un mecanismo distinto de indemnización (industria de la construcción, periodistas profesionales, jugadores profesionales de fútbol).

*No se duplican la indemnización sustitutiva de preaviso, integración del mes de despido, ni las indemnizaciones agravadas (matrimonio, maternidad). Resultan discutibles los casos de remisiones al art. 245, LCT (entre otros, los arts. 212, 247, 248, 249 y 250, LCT)*, aunque en principio no se aplica porque la norma hace referencia al "despido".

En comparación con las multas de la ley 24.013, el incremento es evidentemente menor, ya que el art. 1°, ley 25.323, duplica solamente la indemnización por antigüedad, mientras que el art. 15, ley 24.013, duplica también la indemnización sustitutiva de preaviso y la integración de mes de despido, además de contemplar las multas previstas en los arts. 8°, 9° y 10.

En caso de verificarse ausencia o defectos en la registración, el pago del incremento previsto en el art. 1° no obsta a que la conducta del empleador sea encuadrada como ilícito laboral por la autoridad policial en los términos de la ley 25.212 y que, además, deba cancelar la deuda previsional.

La ley aclara que cuando las relaciones se hubieran iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente norma, el empleador gozará de un plazo de treinta días contados a partir de dicha oportunidad para regularizar la situación de sus trabajadores, vencido el cual se aplicará el incremento dispuesto en el párr. 1° del artículo.

*Este plazo de gracia para regularizar rigió exclusivamente para las relaciones laborales iniciadas con anterioridad al 20/10/2000 y es de treinta días corridos* (arts. 23, 28 y 29, CCiv.) *contados desde el día 20/10/2000.* Es decir que el empleador tenía tiempo hasta el día 18/11/2000 para regularizar las relaciones laborales no registradas o defectuosamente registradas.

Por lo tanto, el art. 1°, ley 25.323, se aplica:

1) a las relaciones laborales iniciadas con anterioridad al 20/10/2000 que no fueron registradas o estaban parcialmente registradas del 19/11/2000 en adelante;

2) a las relaciones iniciadas desde el 20/10/2000 que no estén registradas o lo estén defectuosamente a esa fecha. Por el contrario, no se aplica a las relaciones laborales no registradas o defectuosamente registradas extinguidas con anterioridad a la vigencia de la ley 25.323.

A diferencia de lo dispuesto por el art. 11, LNE, *la ley 25.323 no exige la intimación fehaciente del trabajador o de la asociación sindical para regularizar la situación laboral estando vigente el vínculo (art. 3°, dec. reg. 2725/1991) ni ninguna otra intimación*, sino que la duplicación de la indemnización por antigüedad procede por el solo vencimiento del plazo sin que el empleador haya cumplido con el art. 1°, ley 25.323, siempre que el despido se haya producido por alguna de las causas que dan derecho a percibir este tipo de indemnización.

El reclamo de la duplicación de la indemnización *es procedente sólo después de la extinción de la relación laboral:* el cese del vínculo es un requisito de viabilidad. Debe tratarse de un despido directo o indirecto que genere derecho a la indemnización del art. 245, LCT; de allí que, en principio, estén excluidas otras formas de extinción.

Por "momento del despido" —por aplicación de la teoría recepticia de los actos jurídicos— se entiende el momento en que la notificación del distracto llega a la esfera de conocimiento del interesado.

La parte final del artículo dispone que *el agravamiento indemnizatorio no es acumulable a las indemnizaciones previstas en los arts. 8°, 9°, 10 y 15, ley 24.013.*

Esto se compadece con el informe de comisión referido, que sostiene que el art. 1°, ley 25.323, viene a llenar un vacío legal que se producía cuando —aun existiendo trabajo "en negro" o "en gris"—, si el vínculo laboral se extinguía, el trabajador se veía privado de cobrar las multas de la LNE, y el empleador eximido de pagarlas.

Por lo tanto, la indemnización prevista en el art. 1°, ley 25.323, procede ante la inexistencia de registración o, en caso de registración defectuosa, cuando el vínculo laboral se extinguió y el trabajador no efectuó la intimación dispuesta en el art. 11, LNE (para que se proceda a su inscripción, se establezca la real fecha de ingreso o el verdadero monto de las remuneraciones).

En consecuencia, *las multas de la ley 24.013 siguen rigiendo después de la vigencia de la ley 25.323 si el trabajador intima "estando vigente la relación laboral" y cumple los requisitos del art. 11, ley 24.013. Pero desde la vigencia de la ley 25.323 (20/10/2000), resulta aplicable su art. 1° cuando se verifica una relación laboral no registrada o parcialmente registrada que se extinguió por despido y el trabajador no intimó al empleador estando vigente el vínculo, o también cuando intimó pero el juez estableció que dicho emplazamiento no reunía los requisitos del art. 11, ley 24.013* (iura novit curia).

## 4. La ley 25.345

Otras técnicas para luchar contra el trabajo no registrado y el defectuosamente registrado están en el cap. VIII de la ley 25.345 (BO del 17/11/2000), conocida como Ley "Antievasión", que comenzó a regir a partir del 26/11/2000 y que tiene como objetivo prevenir más eficazmente la evasión fiscal.

En el título "Normas referidas a las relaciones laborales y el empleo no registrado" (arts. 43 a 47), introduce modificaciones a distintas normas laborales: a la Ley de Contrato de Trabajo, a la Ley de Procedimiento Laboral de la Capital Federal (ley 18.345) y a la LNE (ley 24.013). En la LCT se incorpora el art. 132 bis y agrega párrafos a los arts. 15 y 80.

El tema se desarrolla en el capítulo "Principios del derecho del trabajo" (conciliación) y en el capítulo "Derechos y deberes de las partes" (deber de observar las obligaciones frente a los organismos sindicales y de la seguridad social).

CAPÍTULO VII

# FRAUDE. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

## I. FRAUDE Y SIMULACIÓN EN EL CONTRATO DE TRABAJO

Para tutelar el cumplimiento de las normas imperativas que constituyen el orden público laboral, el derecho del trabajo establece disposiciones generales y específicas direccionadas a evitar este tipo de prácticas que violen los derechos y deberes.

Hay que diferenciar el incumplimiento liso y llano de la ley sin utilizar artificio alguno (por ejemplo, retener aportes y no depositarlos), de las maniobras evasivas que se manifiestan mediante la simulación y el fraude (por ejemplo, la adopción de figuras no laborales o la interposición de personas).

*Los actos o negocios simulados o conductas fraudulentas* están dirigidos a evitar responsabilidades del empleador y *son la contracara del orden público laboral. El art. 14, LCT, sanciona con la nulidad el fraude laboral*, al consignar que los contratos serán nulos si las partes actuaron con simulación o fraude, por lo que la relación queda regida por la LCT.

Existen actos dolosos en la formación del negocio jurídico-laboral —dolo *in contrahendo*— y actos dolosos cometidos en la ejecución del contrato de trabajo, como el incumplimiento de las cláusulas contractuales y del marco imperativo (ley y convenio colectivo) que son conductas no evasivas.

También se observan maniobras que tienden a eludir la aplicación de la ley —entre otras, la falta de registración del trabajador, pagos en negro, denominación errónea del contrato— que constituyen conductas evasivas. La LCT protege al trabajador contra el fraude a la ley y la simulación, al decretar la nulidad de los contratos que bajo otra denominación en realidad encubren un contrato de trabajo, o los casos de interposición de personas para evitar las consecuencias de la LCT.

### 1. Fraude

El fraude a la ley *frustra la finalidad de la norma, aunque el negocio es real e indirecto y tiende a buscar un resultado similar al que la norma prohíbe.*

Se produce cuando, amparado en una disposición legal, se obtiene un resultado prohibido por otra norma jurídica. Por ejemplo, el fraude por interposición de persona, cuyo objeto es eludir deliberada y maliciosamente las obligaciones impuestas por el contrato de trabajo, y la interposición sucesiva de renuncias, a fin de fragmentar la antigüedad del trabajador.

*Distintas disposiciones de la LCT están dirigidas a evitar el fraude en el contrato de trabajo* y a proteger los derechos del trabajador que podrían ser conculcados mediante actos y conductas fraudulentas.

El art. 29 dispone que los trabajadores que hayan sido contratados por terceros con el fin de proporcionarlos a las empresas serán considerados empleados directos de la persona que uti-

lice su prestación. Cualquiera que haya sido el acto o la estipulación que hayan concertado, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten servicios serán solidariamente responsables de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las derivadas de la seguridad social.

El art. 146, al prever la posibilidad de fraude, dice que la autoridad administrativa puede establecer en determinadas circunstancias los requisitos que aseguren la validez probatoria de los recibos y otros comprobantes que se deban expedir al trabajador, la veracidad de sus enunciaciones y la intangibilidad de la remuneración.

En la transferencia del establecimiento, el adquirente o sucesor es responsable de las obligaciones de los trabajadores que continúan en la empresa, debiéndose computar la antigüedad desde su ingreso a la empresa cedida (art. 225).

El art. 228 dispone el carácter solidario de la responsabilidad entre el transmitente y el adquirente del establecimiento por las obligaciones derivadas del contrato de trabajo existentes a la época de la transmisión.

El art. 229 expresa que en la cesión del personal, sin comprender el establecimiento, se requiere la aceptación expresa y escrita del trabajador, aunque cedente y cesionario responden solidariamente por las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

Los *casos más comunes de fraude* son los siguientes:

— *empleador*: el de la interposición del pseudoempleador, generalmente insolvente, entre el trabajador y el auténtico empleador (que dirige el trabajo y se beneficia con él) para evitar la responsabilidad establecida en la ley laboral (art. 29, LCT);

— *trabajador*: el caso del trabajador que realiza maniobras o actos desleales para generar una injuria que provoque su despido y lograr el cobro de las indemnizaciones pertinentes por despido sin justa causa.

## 2. Simulación

*Su finalidad es ocultar una relación o un acto verdadero para producir una situación jurídica aparente, privando al trabajador de sus derechos y eludiendo el cumplimiento de las obligaciones laborales.* La evasión pretendida puede ser total, por medio de la creación aparente de una figura contractual no laboral, o parcial, al aparentar una figura (renuncia) que encubre el acto real (despido).

Un típico ejemplo se verifica cuando el empleador, a fin de eludir el pago de lo que legalmente le corresponde al dependiente y evitar futuros reclamos, insta al trabajador a renunciar pactando la entrega de una suma exigua (con relación a la que le hubiese correspondido como indemnización por despido sin justa causa) a cambio del telegrama de renuncia.

Entre la simulación y el fraude existen diferencias: *en la primera hay una mera apariencia* —el negocio simulado es ficticio—, mientras que *en el fraude hay una situación real*, ya que el negocio es serio y busca conseguir un resultado prohibido. Mientras *la simulación es un medio para encubrir la violación de la ley, el fraude es una violación a la ley mediante un negocio real.*

## 3. Error, dolo y violencia

*El consentimiento es uno de los requisitos fundamentales de la formación del contrato de trabajo y puede presentar algún vicio.* El art. 954, CCiv., dispone que "podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación. También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes, explotando la nece-

sidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviere por medio de ellos una notable desproporción de las prestaciones".

El "error" puede presentarse en las cualidades personales del trabajador o de la tarea que éste ofrece realizar. La característica del "dolo" es el engaño destinado a provocar el error en el otro (art. 931, CCiv.). La "violencia" puede ejercerse tanto física como psicológicamente.

Respecto de la "lesión", si se tienen en cuenta los principios del derecho del trabajo, el trabajador no está obligado a probar su estado de necesidad, ya que la subordinación económica es uno de los elementos de la relación de dependencia.

## II. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN EL CONTRATO DE TRABAJO

### 1. Solidaridad en el derecho civil. Su transvasamiento al derecho del trabajo

La legislación laboral reacciona frente a las maniobras evasivas y las conductas simuladas o fraudulentas de tres formas:

1) declara la nulidad de todo contrato cuando las partes actuaron con simulación y fraude y aplicando la disposición laboral (art. 14, LCT);

2) establece la relación de dependencia directa con quien se beneficia o aprovecha el trabajo (art. 29, LCT);

3) fija la solidaridad entre los sujetos que intervienen en el negocio (arts. 30 y 31, LCT).

La solidaridad es de carácter excepcional: el art. 701, CCiv., exige que esté expresamente consagrada en la ley. El art. 699, CCiv., la define al disponer que "la obligación mancomunada (es decir, con pluralidad de deudores o de acreedores) 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".

La solidaridad de las relaciones obligatorias implica multiplicidad de sujetos, sea respecto de los acreedores —activa— o de los deudores —pasiva— o de ambas —solidaridad mixta—.

Las obligaciones solidarias se caracterizan por lo siguiente:

a) pluralidad de sujetos activos o pasivos, o activos y pasivos;

b) unidad de prestación: los múltiples sujetos acreedores o deudores tienen derecho y deben, respectivamente, la misma prestación;

c) unidad de causa con identidad de objeto o prestación: esto las diferencia de las obligaciones concurrentes, en las que hay pluralidad de deudores e identidad de prestación pero diversidad de causas (por ejemplo, una compañía de seguros con el autor de un hecho ilícito). En las solidarias, el derecho de todos los acreedores y el deber de todos los deudores, referentes a la misma prestación, derivan del mismo título o hecho justificante.

Llambías sostiene que es unánime la opinión que considera que los jueces no están habilitados para crear una solidaridad al margen de la ley, ya que la sentencia judicial es por principio declarativa y no creativa de derechos, limitándose a verificar la situación que viene regida por el ordenamiento jurídico.

Es un medio para asegurar el crédito del trabajador frente a la posible insolvencia de uno de los contratantes (por lo general, el hombre de paja o el contratista, o la empresa subordinada) y otorgarle seguridad en la percepción de su crédito (intermediación en la contratación o de transferencia en la relación laboral). Su fuente es legal; excepcionalmente su origen es la voluntad de las partes, ya que el dependiente no tiene poder negocial como para obtener esa garantía.

Siempre es pasiva, es decir que la obligación es contraída por varios deudores que tienen que satisfacer al acreedor la totalidad de la prestación debida; el cumplimiento de uno libera a todos. Se refiere normalmente a obligaciones en las que el trabajador es acreedor de diferencias salariales e indemnizaciones.

Tiene dos efectos entre las partes: 1) la extinción de la acción por pago o equivalente; 2) el derecho al cobro total; al respecto, el art. 705, CCiv., establece que "el acreedor, o cada acreedor, o los acreedores juntos pueden exigir el pago de la deuda por entero contra todos los deudores solidarios juntamente, o contra cualquiera de ellos.

"Pueden exigir la parte que a un solo deudor corresponda. Si reclamasen en todo contra uno de los deudores, y resultase insolvente, pueden reclamarlo contra los demás. Si hubiesen reclamado sólo la parte, o de otro modo hubiesen consentido en la división, respecto de un deudor, podrán reclamar el todo contra los demás, con deducción de la parte del deudor libertado de la solidaridad".

## 2. Regla general del art. 14, LCT

Con el fin de combatir actitudes abusivas de los empleadores en perjuicio del trabajador y maniobras elusivas, el art. 14, LCT, sanciona con la nulidad todo contrato celebrado con simulación y fraude y torna aplicable las normas laborales.

Declara "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".

El principio de primacía de la realidad evita que el empleador utilice figuras no laborales para evitar la aplicación del derecho del trabajo: prima la verdad de los hechos (no la forma) sobre la apariencia o por encima de los acuerdos, de lo documentado, de la ficción jurídica.

Para que tenga valor la estipulación contractual, el empleador debe acreditarlo por medio de la prueba. Si se demuestra la discordancia entre lo pactado y los hechos ejecutados, lo pactado es nulo y carece de eficacia y es reemplazado por las normas de orden público laboral violadas. Esto se vincula con la presunción del art. 23, LCT, y se manifiesta de distintas formas:

***Figuras contractuales no laborales***: una de las formas más comunes de simulación para evadir las disposiciones del derecho laboral y de la seguridad social es recurrir a figuras contractuales no laborales —contrato comercial o civil— para esconder un contrato de trabajo, algunas veces con el consentimiento del propio trabajador (obligado).

En estos casos, la relación queda regulada por la LCT —no es aplicable el art. 959, CCiv.— y las cláusulas contractuales nulas son sustituidas por las disposiciones imperativas y se mantienen las cláusulas válidas y más favorables.

La regla general es que en los supuestos en que la contratación implique la prestación de servicios personales infungibles por cuenta y a riesgo ajeno habrá contrato de trabajo, cualquiera haya sido la modalidad contractual elegida por las partes, el contrato de agencia, el de concesión, el de distribución, el de venta en exclusividad, el de aprovisionamiento, el de mandato comercial, los contratos de obra, el contrato de sociedad o el de transporte.

***Interposición de personas***: en la interposición se reconoce a un sujeto la facultad de inmiscuirse en la esfera de otro sujeto, volcando en ella su propia actividad, y supone el consentimiento del propio interesado o, en casos especiales, su admisión por el ordenamiento jurídico (por ejemplo, el mandato, la gestión de negocios, la comisión y la expedición).

Se trataría de un intruso que puede ser real (si la persona interpuesta es el verdadero contratante), colocado por el interesado para que sus negocios recaigan directamente sobre él (el caso del principal que se vale de contratistas), o ficticio, cuando el sujeto interpuesto es sólo un "prestanombre"; en estos casos se trata de una simulación relativa, de quien hace aparecer al testaferro insolvente, como si fuera el verdadero empleador.

No se debe confundir la interposición con la intermediación; el intermediario realiza una actividad dirigida al establecimiento de relaciones jurídicas entre dos o más sujetos, permaneciendo extraño a éstas, ya que quien interviene no asume directamente ninguna de las obligaciones y derechos que constituyen el contenido de la relación; es una relación de mero acercamiento.

***Interposición de persona física, testaferro u hombre de paja***: en la práctica es habitual que en determinadas actividades se recurra a personas físicas (sin estructura empresarial) que por su conocimiento del mercado pueden juntar cuadrillas de trabajadores (por ejemplo, en plazas o puertos), en donde es normal que se reúnan para que estos sujetos los convoquen para realizar changas. Obviamente que estas relaciones no se documentan para evitar asumir el rol de contratantes.

De todos modos, cuando el trabajador es contratado queda interpuesto como empleador aparente, y cuando la empresa que se beneficia con los servicios personales niega su carácter de empleador descarga su responsabilidad en estos sujetos, que como son insolventes la aceptan para no perder la empresa (cliente) que le permite lucrar con la intermediación.

***Falsas empresas. Personas jurídicas***: esta forma de fraude se produce cuando el sujeto interpuesto toma la apariencia de una empresa en los términos del art. 5°, LCT.

Es más compleja y puede surgir de la iniciativa de un falso empresario que recluta personal para asignarlo a empresas verdaderas, actuando como si se tratara de una agencia (art. 29, LCT), figurando ser una empresa que es contratada por otra para realizar determinada tarea en ella (art. 30, LCT), o del acto simulatorio de la propia beneficiaria de la labor que da vida a la empresa aparente para tratar de eludir el vínculo laboral.

En estos casos se produce fraude, ya que el sujeto interpuesto o testaferro, unipersonal o no, no tiene organización, y por el principio de primacía de la realidad, se desestima esa persona aparente que se interpone como una empresa, para que surja la auténtica relación entre el trabajador y la empresa que lo incorpora efectivamente en su organización y se beneficia con su trabajo.

## 3. Arts. 29 y 29 bis, LCT. Interposición e intermediación. Empresa de servicios eventuales. Solidaridad

El *art. 29*, LCT, establece que "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 arts. 99 de la presente, y 77 a 80, LNE, serán considerados en relación de dependencia, con carácter permanente continuo o discontinuo, con dichas empresas".

Es llamativa la extraña estructura de este artículo, que regula primero en dos párrafos la situación patológica y disvaliosa para la ley y recién en el último contiene la excepción válida, o sea, la situación de las agencias autorizadas.

Del análisis de los párrs. 1° y 2° de la norma transcripta surge que *tanto el tercero intermediario como quien utilice la prestación son solidariamente responsables por las obligaciones derivadas del contrato*.

Pero teniendo en cuenta que quien utiliza la prestación es el empleador directo, éste es el titular de la relación jurídica, sin perjuicio de que, *a posteriori*, tanto el tercero como la empresa principal respondan frente al trabajador por los incumplimientos que pudieran existir.

Dicha regulación resulta aplicable a los supuestos de intermediación fraudulenta, en los cuales el verdadero empleador hace aparecer a un tercero como contratante del trabajador, resultando el único beneficiario de la prestación quien la recibe y aprovecha, mientras que el contratante aparente no pasa de ser un testaferro o "prestanombre", por lo general insolvente, lo cual perfecciona la maniobra.

Distinto es el caso del párr. 3°, que plantea *cuando el tercero contratante es una agencia de servicios eventuales habilitada* para desempeñarse en los términos de los arts. 99, LCT, y 77 y 80, ley 24.013. En este supuesto, *el titular directo de la relación es la agencia de servicios eventuales*, sin perjuicio de la solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones.

Ante la existencia de una *agencia de servicios eventuales no habilitada* (art. 29, párrs. 1° y 2°), *el trabajador que preste servicios en la empresa usuaria es considerado permanente continuo* respecto del tipo de relación que lo vincula con esta empresa que utiliza su prestación (titular de la relación de trabajo), sin perjuicio de la solidaridad que corresponde a la empresa de servicios eventuales.

El *art. 29 bis*, incorporado por el art. 76, ley 24.013, establece que "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 respectivas 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".

Según lo dispuesto en el párr. 1°, art. 29 bis, *ambos empleadores son solidariamente responsables* en el cumplimiento de las obligaciones frente al empleado permanente discontinuo, pero *el titular de la relación es la agencia de servicios eventuales*. Si la agencia de servicios eventuales no estuviera habilitada para tal efecto, entran en juego las previsiones de los párrs. 1° y 2°, art. 29: el trabajador sería considerado permanente en relación con la empresa usuaria y ésta, a su vez, titular de la relación laboral, sin perjuicio de la solidaridad en sus obligaciones frente al trabajador.

Para poder funcionar como tales, las empresas de servicios eventuales deben estar constituidas como personas jurídicas y tener como único objeto la intermediación en la contratación de trabajadores eventuales (art. 77, ley 24.013).

Deben caucionar una suma de dinero o valores y otorgar una fianza o garantía real, ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (art. 78, ley 24.013), pudiendo ser sancionada —en caso de violación a las disposiciones que regulan su funcionamiento— con multa, clausura o cancelación de la habilitación (art. 79, ley 24.013).

Esta última sanción provoca la pérdida de la caución, que se destina a satisfacer los créditos laborales que pudieren existir con los trabajadores y los organismos de seguridad social, integrándose el eventual remanente al Fondo Nacional de Empleo (art. 80, ley 24.013).

En virtud del párr. 2°, el trabajador contratado por medio de una empresa de servicios eventuales está regido por el convenio colectivo de trabajo de la actividad o empresa (categoría en la que efectivamente presta servicios en la empresa usuaria).

## 4. Fallo plenario de la C. Nac. Trab., 30/6/2010, "Vázquez"

El 30/6/2010 se dictó el plenario 323 en la causa "Vázquez, María Laura v. Telefónica de Argentina SA y otro s/despido", en la cual se discutió la procedencia del art. 8°, LNE, cuando se verifica el supuesto previsto en el art. 29, LCT, y quien registró la relación laboral fue la intermediaria.

En el plenario se estableció la siguiente doctrina: "Cuando de acuerdo con el art. 29, párr. 1°, LCT, se establece que el trabajador ha sido empleado directo de la empresa usuaria de sus servicios, procede la indemnización prevista en el art. 8°, ley 24.013, aunque el contrato de trabajo haya sido inscripto solamente por la empresa intermediaria".

Eduardo Álvarez, fiscal general, fue uno de los defensores de la postura mayoritaria, al sostener que "el art. 7°, ley 24.013, establece algo que, en su momento, cuando se publicó, me pareció sobreabundante y ahora, frente a lo que se discute, me parece trascendente y decisivo. La norma dice de una manera terminante: 'Se entiende que la relación o contrato de trabajo ha sido registrado cuando el empleador hubiere inscripto al trabajador'. Esta afirmación impone concluir que un contrato de trabajo no ha sido registrado para nuestro derecho positivo, cuando la inscripción no la lleva a cabo el empleador sino una persona 'ajena' a la relación laboral y que no es parte de ésta en el sentido sustancial del término. La ley 24.013, con cierta sabiduría nacida de la experiencia cotidiana, considera que no se puede sostener con seriedad que la relación de empleo se ha 'regularizado' cuando el registro lo realiza alguien que no es el empleador responsable, sino un sujeto periférico. El art. 8° de la reiteradamente citada ley 24.013, que debemos interpretar en instancia plenaria, establece, en coherencia con el reseñado art. 7°, que 'el empleador que no registrare una relación laboral abonará al trabajador afectado una indemnización 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'. Como se advertirá, la norma dispone una sanción dirigida al 'empleador', que no cumple con algo tan básico e indelegable como lo es el registro y, para evaluar si se configura o no la tipología que origina la consecuencia legal de contenido pecuniario, cabe remitirse al concepto de 'registración' del art. 7° al que ya me he referido. Las razones expuestas me inclinan a sostener que la existencia de un registro efectuado por un sujeto que se atribuye un carácter que no posee, no es eficaz para desplazar la sanción de marras, y una interpretación disímil podría favorecer a que tuvieran 'beneficios secundarios' las intermediaciones no queridas por el ordenamiento protectorio. El argumento, que se ha vertido en algunos precedentes jurisprudenciales, referido a que la indemnización no sería admisible porque, al existir —al menos— algún registro se cumpliría con la 'finalidad de la ley', me parece equivocado, porque lo que la ley ha querido es que sea el 'empleador' el que registra al trabajador y no, como dirían los jóvenes, 'cualquiera'. La finalidad de la ley es la regularización del empleo y el combate contra el trabajo 'no registrado' por la persona que tiene la carga legal de hacerlo. La alusión a la 'falta de perjuicio', efectuada en algunas sentencias, tampoco es compatible porque, como es sabido, las sanciones tarifadas no exigen la acreditación del daño y han sido impuestas, en general, no para 'resarcir', sino para 'disuadir', más allá del *nomen iuris*. Por otra parte, ni para el trabajador, ni para el sistema, es neutro un registro que no responde a la realidad. Creo necesario poner de relieve, asimismo, que no es correcto afirmar, al menos en forma tan dogmática, que se ha registrado 'una misma relación laboral', porque lo que ha hecho el tercero, o intermediario, es registrar otro contrato bilateral en el cual una de las partes (nada menos que el empleador) era distinta y en el que otro asumía tal condición, indebidamente. Nadie ha dudado (en teoría general, se entiende) que, más allá de la tenue fungibilidad admisible, un contrato es el mismo sólo cuando tiene coincidencias de identidad entre sujetos, objeto y fecha de celebración. No debería soslayarse que, tal como lo dispone la norma, lo que se registra es el 'contrato', la 'relación laboral' y no al trabajador

como persona física. Por último, no creo que deba interpretarse en contra del dependiente una normativa tan clara, destinada a sanear el sistema de relaciones laborales".

En cambio, de la postura minoritaria cabe destacar los votos de Pirolo, González y Maza, el último de los cuales señaló que "...estimo que no debe perderse de vista que el tít. II de la ley 24.013, dentro del cual se enmarca el cap. 1° que contiene las reglas sancionatorias, fue titulado 'De la regularización del empleo no registrado'. Este dato, a mi modesto juicio, así como el recuerdo histórico del debate parlamentario —extenso e intenso, como corresponde en democracia— desde 1989 hasta la sanción de la ley, me llevan a pensar que el Congreso nacional procuró atacar la raíz del problema, que era la tríada siguiente: a) clandestinización de trabajadores, es decir dependientes que prestan servicios en forma totalmente irregular, sin ser inscriptos en los libros pertinentes y sin ser dados de alta ante la seguridad social, sea por la mera omisión o mediante la simulación de contratos de naturaleza no laboral; b) ocultamiento de parte de la retribución, abonada de manera marginal y no documentada o simulando prestaciones no salariales; c) cercenamiento de la real antigüedad, haciendo constar fechas de ingreso posteriores a las auténticas. Las tres conductas, tan generalizadas lamentablemente en nuestra sociedad con carácter crónico, afectan groseramente los derechos de los dependientes tanto en el plano contractual como en el de la seguridad social. Y a mi juicio los efectos de este segundo ámbito son los más graves, porque el trabajador no registrado, que no consta para los órganos gestores de la seguridad social como un dependiente, no tendrá cobertura inmediata de una ART ante el infortunio; no gozará de los beneficios de contar con una obra social; no recibirá la ayuda social de las asignaciones familiares; si sufre una incapacidad total y permanente no podrá en principio obtener el retiro por invalidez; si fallece sus derechohabientes no tendrán derecho a una pensión; ante el desempleo no accederán al subsidio instaurado por la ley 24.013; en su hora de vejez no podrá obtener la jubilación ordinaria; etc... Creo, pues, que el legislador de 1991 propiciaba terminar con estas prácticas tan nocivas y censurables mediante dos instrumentos: por un lado, un régimen de blanqueo con facilidades, perdones tributarios y otras medidas para acoger al empleador arrepentido, régimen que se prolongó por varios meses; y, por el otro, un sistema sancionatorio complementario para disuadir a quienes no mostraban voluntad propia de salir de la situación de infractores en la que estaban. Sólo faltó completar esas acciones con un ejercicio eficaz de la inspección del trabajo, realizado con la frecuencia y el esmero exigidos por los convenios 81 y 129 de la OIT, que nuestro país ratificara, omisión que, en mi opinión, ha jugado un papel preponderante para el fracaso de los objetivos de la ley 24.013. Recuerdo, en esa línea de pensamiento, que las sanciones reguladas en los arts. 8°, 9°, 10 y 15, Ley Nacional de Empleo —como toda norma represiva—, no buscaban prioritariamente sancionar sino vencer la pertinaz actitud de aquellos empresarios que mantenían trabajadores desempeñándose en la clandestinidad, o con salarios sólo parcialmente reconocidos como tales y/o a los que se les había reconocido y anotado una antigüedad inferior a la real mediante la inscripción tardía. En abono de la tesis que sustento, en el sentido de que la clandestinidad sancionada por la ley 24.013 es la que priva al dependiente de la cobertura de la seguridad social y no la mera irregularidad en el sujeto que aparece como empleador, quiero recordar que la autoridad administrativa del trabajo nacional parece participar de esta idea pues, según consigna en su página *web* en el capítulo virtual 'El rol de la inspección', lo que persigue la inspección del trabajo es que los trabajadores no registrados recuperen sus derechos, accedan a una cobertura social: obra social, jubilación, condiciones de salud y seguridad laboral, jornada de trabajo que no exceda los límites legales y el cumplimiento de las normas emanadas de los convenios colectivos de trabajo. Por eso, a mi modo de ver, lo que debe sancionarse es la conducta tenida en miras por el legislador, es decir mantener un contrato en la clandestinidad, parte de la retribución disimulada o en las sombras y/o un segmento de la antigüedad oculto y no registrado".

De lo expuesto, se infiere que procede la indemnización prevista en el art. 8°, ley 24.013, aun cuando la intermediaria haya registrado la relación laboral. En el plenario no se hace distinción si ésta es una simple proveedora de mano de obra o si, por el contrario, es una empresa de servicios eventuales, en los supuestos en que no se provee personal para cumplir una finalidad eventual, por lo que parecería que se aplica a ambas situaciones pese a lo dispuesto en el art. 13, dec. 1694/2006, que será tratado en el capítulo siguiente.

## 5. Art. 30, LCT. Contratación y subcontratación. Fallos de la Corte Sup., 15/4/1993, "Rodríguez" y 22/12/2009, "Benítez"

El *art. 30*, LCT, dispone que "quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que les 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".

El art. 17, ley 25.013, sustituyó el párr. 2°, art. 30, LCT, y estableció que los cedentes, contratistas o subcontratistas deben exigir a sus cesionarios o subcontratistas el número del CUIL 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; los comprobantes y las constancias deben exhibirse a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa.

Esta responsabilidad no se puede delegar en terceros; el incumplimiento de alguno de los requisitos hace responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación laboral. Esto también es aplicable al régimen de solidaridad establecido en el art. 32, ley 22.250.

La primera parte del art. 30, que no fue modificada por la ley 25.013, prevé dos supuestos diferentes: la cesión total o parcial del establecimiento o explotación habilitado a su nombre, y la contratación y subcontratación —cualquiera sea el acto que le dé origen, de trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento— dentro o fuera de su ámbito.

El empresario, para alcanzar los fines de la empresa que dirige, puede utilizar sus propios empleados (a los cuales contrata directamente) o delegar parte de su actividad, mediante la contratación de otra u otras organizaciones empresariales, las cuales con medios y personal propios contribuyen (en mayor o menor medida) al logro de sus objetivos.

Esta delegación, que se justifica en razones de especialización, complejidad, estrategia o simple conveniencia, ha generado las figuras del contratista y el subcontratista; en la actualidad es común que una empresa, para cumplir sus metas, deba recurrir a este tipo de contrataciones.

Como sostiene Krotoschin, es contratista quien, disponiendo de elementos propios de trabajo y cierta solvencia económica, presta servicios o realiza obras para otro por su cuenta, dependiendo su calificación de criterios económicos y sociológicos más que jurídicos. Cabe agregar que esta tercerización es lícita si se trata de contratantes reales, porque de lo contrario no se aplicaría el art. 30, LCT, sino el 29 y, en su caso, el principio general adoptado en el art. 14, LCT.

Cuando el empleador encarga a uno de sus empleados la función de contratar o reclutar trabajadores (capataz) no hay intermediación autónoma; sin perjuicio de que el contrato no haya sido celebrado directamente, el empresario está obligado porque el intermediario actúa jurídicamente en representación del verdadero empleador.

INVENTARIO 29/29
TOPOGRAFIA

Más difícil resulta conceptualizar lo que debe entenderse por *subcontratación*; este tema no es menor, ya que fue materia de discusión tanto en la 85ª Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra 1997), como en la 86ª Conferencia (Ginebra 1998), con la finalidad de dictar un convenio y una recomendación relativos al trabajo en régimen de subcontratación, sin que se arribara a acuerdo alguno.

En nuestro idioma, la delimitación del término *subcontratación* dista de ser pacífica, destacándose dos posturas antagónicas. La tesis restringida exige inexorablemente la existencia de un contrato principal (encargo base) y, por ende, para que se configure este fenómeno se requiere: a) dos contratos: uno principal y uno derivado; b) que entre ambos contratos exista identidad de naturaleza jurídica y objeto; c) la existencia de tres partes: comitente, contratista y subcontratista.

En cambio, la tesis amplia asimila la subcontratación a la descentralización productiva, por lo que entrarían en la figura todos los supuestos en los cuales una empresa externaliza parte de su actividad en otras, que se valen de la prestación de servicios de personal dependiente para el cumplimiento de la labor encomendada.

La LCT elimina cualquier tipo de discusión sobre este tema, al incluir dentro de las previsiones del art. 30 la contratación y la subcontratación.

El art. 30, LCT, continúa señalando que esa contratación y subcontratación —y agrega "cualquiera sea el acto que le dé origen"— debe corresponder a trabajos y servicios. Es decir que esta contratación o subcontratación puede realizarse mediante una pluralidad de negocios jurídicos y no se limita sólo a la locación o el arrendamiento de obras o de servicios, como sucede en otros países, por ejemplo España, donde se excluyen negocios jurídicos como la compraventa o el suministro (ver art. 42, Estatuto del Trabajador).

De limitarse sólo la contratación al arrendamiento de obras o de servicios, quedarían excluidos de las previsiones del art. 30, LCT, todos los supuestos de tercerización horizontal, donde se produce una segmentación o fragmentación del proceso productivo entre distintas empresas que se encuentran relacionadas por contratos comerciales distintos a la locación (compraventa en la mayoría de los supuestos) [1].

La C. Nac. Trab., sala 2ª, 23/4/2008, en autos "Leguizamón, Pablo J. v. Palerva SA y otro", estableció que si la actividad desplegada por la franquiciada no sólo se corresponde con la normal y específica propia del establecimiento de la franquiciante, sino que, además, se encuentra controlada y dirigida por ésta, resulta aplicable el art. 30, LCT.

La solidaridad crediticia dispuesta por el art. 30, LCT, no se extiende a la obligación de entregar el certificado de trabajo. El sujeto obligado en esos términos no es empleador; por lo tanto, no está en condiciones jurídicas de cumplir la manda (sala 8ª, 17/4/2008, "Stiefkens, Eduardo Federico v. Salud Norte SRL y otros").

No cabe duda de que el servicio de terapia intensiva de un centro médico codemandado constituye una actividad que debe considerarse integrante de la "unidad técnica" de la empresa, ya que no es concebible el funcionamiento de un centro asistencial sin una unidad de atención de cuidados intensivos, pues esa actividad no puede escindirse de su giro normal. Tampoco puede desconocerse que integra una faceta primordial de su actividad específica, ya que la atención de los pacientes en un establecimiento de asistencia médica requiere necesariamente de un ámbito de cuidados especiales. Por ello resulta solidariamente responsable en los términos del art. 30, LCT (sala 2ª, 3/4/2008, "Gómez Krivochen, Fernando Julio v. Hospital Español Asoc. Civil Sociedad Española de Beneficencia y otro").

[1] HIERREZUELO, Ricardo D. - NÚÑEZ, Pedro F., *Responsabilidad solidaria en el contrato de trabajo*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

Sin embargo, las consecuencias jurídicas que se derivan del art. 30 no abarcan cualquier tipo de contratación o subcontratación (cualquiera sea el acto que le dé origen), sino sólo aquellas que se refieran a trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito.

El concepto de lo que se debe entender por "actividad normal y específica propia del establecimiento" ha dado origen a dos posturas antagónicas que intentan delimitar su extensión. Justamente, la excesiva laxitud con la cual se ha interpretado esta expresión (motivada por la necesidad de adecuar el esquema de solidaridad propio del derecho del trabajo a las nuevas tendencias contractuales en materia comercial) determinó tanto el dictado del fallo "Rodríguez", como la reforma del régimen anterior por la ley 25.013, y que fuera dejado sin efecto por la propia Corte Suprema en el fallo "Benítez" (22/12/2009).

Una posición doctrinaria propone una interpretación amplia del artículo, comprendiendo no sólo la actividad principal, sino también las accesorias y secundarias. En cambio, la corriente que postula una interpretación estricta de los alcances de esta expresión entiende que sólo deben incluirse aquellos servicios o trabajos que están estrechamente relacionados con la actividad de la empresa, y que no se pueden escindir de ella sin alterar el proceso productivo, con exclusión de aquellos que resultan secundarios o accesorios.

En caso de que alguien se proponga un emprendimiento y, en lugar de realizarlo con sus trabajadores propios, lo materialice con una tercera persona que se ocupa de contratar personal y se hace cargo del desarrollo, se produce la llamada "tercerización" del proceso productivo.

En virtud de la complejidad del proceso productivo, determinar si una obra o servicio configura la actividad específica es complicado, ya que aun en una misma actividad a veces la empresa, por razones de producción y económicas, se vincula con otra. En los últimos tiempos aparece la segmentación del proceso productivo, en el cual las empresas, por razones operativas, no se ocupan de todo el proceso de producción, limitando su actividad a determinado ámbito.

Aquí una persona física o jurídica (comitente) resuelve no brindar un servicio o no llevar a cabo una obra, sino realizarlo por medio de otro, a quien encomienda esa tarea (contratista o subcontratista). Un típico ejemplo son las empresas automotrices que tienen varios establecimientos independientes dirigidos a fabricar determinadas partes del producto final y cuya actividad específica es diferente.

Siguiendo a Hierrezuelo y Núñez [2], entiendo que los términos "específica" y "propia", utilizados por el legislador para calificar la actividad contratada, aluden sólo a aquellos servicios o trabajos permanentemente integrados e inseparablemente relacionados con la actividad que se desarrolla en el establecimiento (sea que se efectúe dentro o fuera de su ámbito).

De ahí que se deben excluir aquellas tareas que, aunque necesarias para el funcionamiento del establecimiento, resulten accesorias y perfectamente escindibles de la actividad desarrollada por la contratante, por no formar parte del giro normal y específico (propio) de la empresa.

Si bien considero que esta interpretación puede no resultar la más justa, entiendo que es la única posible, a la luz de los antecedentes legislativos que inspiraron la redacción del párr. 1°, art. 30, LCT.

En efecto, el art. 32, ley 20.744 (ahora 30), no sólo utilizaba el vocablo "accesorio" para regular una situación similar a la actual, sino que, además, por el párr. 2° de ese artículo, en los casos en que se contrataran servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento (aunque limitada dentro de su ámbito), la relación de trabajo de ese personal quedaba constituida con el principal (contratante).

[2] HIERREZUELO, Ricardo D. - NÚÑEZ, Pedro F., *Responsabilidad...*, cit., vol. I.

De lo expuesto se puede inferir que éste era un supuesto excepcional, que debía ser analizado estrictamente, pues establecía una relación directa entre el contratante y los trabajadores del contratista o subcontratista.

La Corte Suprema, en su anterior integración, a partir del fallo "Rodríguez v. Compañía Embotelladora SA", del 15/4/1993, había efectuado una interpretación estricta del art. 30, LCT, la cual mantuvo durante más de diez años. En esta inteligencia, nuestro más Alto Tribunal delimitó la extensión del artículo al señalar que "el art. 30, LCT, contempla supuestos distintos de los que son materia de recurso. 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. Son supuestos en los que se contratan prestaciones que completan o complementan la actividad del propio establecimiento...". En cambio, "en los contratos de concesión, distribución y los demás mencionados, la actividad normal del fabricante o concedente excluye las etapas realizadas por el distribuidor o concesionario, por lo que no existe contratación de servicios en los términos del art. 30, LCT". Por otra parte, indica que, a fin de determinar la aplicación del art. 30, se debe estar a la actividad real propia del establecimiento, con abstracción de la capacidad societaria del objeto, que ordinariamente tiene por fin asegurar la capacidad y el ámbito de actuación eventual de la persona jurídica.

Esta interpretación fue dejada sin efecto por la propia Corte Suprema, el 22/12/2009, en los autos "Benítez, Horacio Osvaldo v. Plataforma Cero SA y otros".

La Corte Suprema, por mayoría, decidió dejar sin efecto la sentencia de la sala 9ª en lo que respecta a la extensión de solidaridad de la codemandada Club River Plate, al entender que la decisión del *a quo* no se apoyaba en un criterio propio de interpretación y alcances del art. 30, LCT, sino que se redujo a un estricto apego a la doctrina mayoritaria de "Rodríguez".

Para ello, no tuvo en cuenta el dictamen de la Procuración Fiscal, que había aconsejado desestimar los agravios relativos a la inteligencia y aplicación del art. 30, LCT, porque "sólo trasuntan una mera discrepancia con la practicada y con la ponderación de los hechos y las pruebas efectuadas por los jueces del caso, lo que no sustenta la tacha de arbitrariedad formulada por el apelante..., máxime, en el supuesto del art. 30, *in fine*, LCT, dado lo genérico y colateral de la crítica esgrimida".

En cambio, la Corte Suprema optó por dejar sin efecto la interpretación del art. 30, LCT, acuñada a partir de fallo "Rodríguez" y que fue mantenida sistemáticamente durante más de diez años por las siguientes razones:

1) es impropio de su cometido jurisdiccional, en el marco de un recurso extraordinario, formular una determinada interpretación de la norma citada, dado el carácter común que ésta posee;

2) la intervención de la Corte se circunscribe a descalificar los pronunciamientos que, por lo extremo de sus desaciertos u omisiones, no pueden adquirir validez jurisdiccional, pero no tiene por objeto sustituir a los jueces de la causa en materia de derecho común, en temas que, como el indicado, le son privativos, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales;

3) la alegación de haberse dictado sentencias que se dicen contradictorias en materia de derecho común no plantea problema constitucional ni autoriza la intervención de la Corte a fin de unificar pronunciamientos en temas no federales;

4) si la Corte entrara a conocer el fondo de un litigio con el propósito de fijar la recta interpretación de la ley común aplicable y conseguir, por ese medio, la uniformidad jurisprudencia sobre este punto, en realidad so color de restablecer la igualdad constitucional supuestamente violada por fallos contradictorios de diversos tribunales del país sobre la misma cuestión en material laboral, ejercería una facultad ajena al recurso extraordinario;

5) debe advertirse el marcado desarrollo que ha tenido en los ordenamientos procesales de las provincias los medios o recursos tendientes a uniformar la jurisprudencia en esos ámbitos. Tampoco ha sido ajeno a ello el régimen federal y nacional, lo cual ha llevado a que el tribunal sostuviera que 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.

Por su parte, la Dra. Argibay, en disidencia, si bien compartió las objeciones formuladas al mantenimiento de la interpretación del art. 30, LCT, efectuada en "Rodríguez", entendió que los jueces habían fallado según la interpretación que ellos hicieron de una norma de derecho no federal, en la que concluyeron que se encontraban verificadas las circunstancias excluyentes de la responsabilidad de la codemandada Club River Plate en los términos de dicha norma. Señaló que la sentencia de alzada fue confirmatoria de la dictada por la jueza de primera instancia, quien, a su vez, había resuelto en el mismo sentido, sin siquiera mencionar el caso "Rodríguez", y sobre la base de los elementos de juicio que proporcionaba la prueba rendida. Por ello, concluyó que los agravios del apelante no habilitaban la competencia de la Corte en los términos del art. 14, ley 48.

El agregado al art. 30, LCT —que debe integrarse al párr. 1° que no fuera modificado—, establece recaudos concretos —deberes de control— respecto de que los empresarios que ceden, contraten o subcontraten parte de la actividad específica de una explotación deben requerir a sus contratantes para liberarse de la responsabilidad solidaria, ello además de las obligaciones contenidas en el párr. 1°.

De esta forma se pretende garantizar al trabajador y al sistema de seguridad social el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Asimismo, se busca certeza en las contrataciones efectuadas por el principal: verificando la solvencia del contratista y exigiéndole el cumplimiento de las normas laborales y de la seguridad social respecto de sus dependientes.

Por lo tanto, se mantienen vigentes las obligaciones que tienen quienes ceden total o parcialmente a otros el establecimiento o contraten o subcontraten, de exigir el acabado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y a los organismos de seguridad (art. 30, párr. 1°). El agregado del art. 17, ley 25.013, ha especificado puntualmente la exigencia del cumplimiento de algunos requisitos, sin desvirtuar lo expuesto en el párrafo del art. 30, que no fue modificado.

Sólo con el cumplimiento de todos los controles exigidos por la ley (tomando en consideración la totalidad del art. 30), incluyendo la exhibición de las constancias documentales que acrediten los cumplimientos del contratista, el principal puede exonerarse de la responsabilidad solidaria. En consecuencia, para lograr tal objetivo no resulta suficiente el cumplimiento de los requisitos formales del art. 17, ley 25.013.

Con la reforma de la ley 25.013, el principal, además de cuidar el adecuado cumplimiento, debe cumplimentar una serie de recaudos; algunos de ellos reproducen en el empresario principal las obligaciones del contratista o subcontratista, porque la ley especifica que estos recaudos no los puede delegar en terceros. La empresa contratante es la que exige a la empresa contratista; si el contratista no cumple con los requisitos, éstos deberían ser cumplidos por la contratante.

Cabe reiterar que la responsabilidad solidaria se torna operativa cuando el contratista no da adecuado cumplimiento a las normas relativas al trabajo, a los organismos de seguridad social o a los requisitos exigidos por el art. 17, ley 25.013. Al contrario, si se acredita el cumplimiento del control exigido y lo prescripto en el párr. 1°, art. 30, LCT, no existe responsabilidad solidaria del principal.

Aun cuando pareciera que la norma —salvo en lo atinente a la industria de la construcción— no habría cambiado sustancialmente el art. 30, LCT, lo cierto es que el párr. 4°, art. 30, al reemplazar la expresión "en todos los casos" por "el incumplimiento de alguno de los requisitos", modifica

estructuralmente el sistema de responsabilidad solidaria de los contratantes articulado a partir de la ley 20.744. Con anterioridad, la responsabilidad surgía por el simple hecho de la contratación; en cambio, ahora sólo se responde solidariamente ante la inobservancia de alguno de los requisitos contemplados en el artículo.

Por ejemplo, si el contratista no paga las remuneraciones o las paga pero no otorga recibos, ese incumplimiento torna solidaria la responsabilidad del principal; del mismo modo que si otorga recibos que consignan menos de lo que efectivamente paga (parte de esa remuneración se paga en negro).

Por el contrario, no se aplicaría la responsabilidad solidaria en caso de que el contratista despida con causa al trabajador, porque no habría incumplimiento de éste. En cambio, si el trabajador se considera despedido invocando falta de pago de salarios, de acreditar tal causal sería solidariamente responsable el principal por el incumplimiento del contratista.

De todos modos, se debe recordar que al no detentar el cedente carácter de deudor principal, ya que los trabajadores contratados por el contratista son dependientes de éste, sólo en caso de incumplimiento por el contratista de las obligaciones respecto de sus dependientes surge la responsabilidad solidaria. Por tanto, se trata simplemente de proteger el crédito del trabajador, ya que el principal tiene expedita la vía judicial para accionar contra el contratista.

Sin embargo, estimo que en este sentido la reforma ha resultado inconveniente, porque al liberar al contratante de responder por las obligaciones laborales de sus contratistas con sólo observar determinadas exigencias formales, alienta nuevamente la utilización de estas figuras con fines evasores, a la vez que suprime la protección con la que contaban los trabajadores frente a la posible insolvencia del contratista.

En la industria de la construcción, el art. 32, ley 22.250, establece como obligación del empresario principal exigirle al contratista su inscripción en el registro y avisar el inicio de la obra; la sola omisión de ese registro lo torna solidariamente responsable por los incumplimientos del contratista respecto del personal ocupado en la obra.

Al respecto coexisten dos líneas de interpretación: una posición rígida que establece que por la mera falta de inscripción en el registro —aunque diera cumplimiento a los demás recaudos— el principal es solidariamente responsable, y una postura amplia que sostiene que el principal, acreditando simplemente que el contratista o subcontratista (el que realiza el trabajo con sus trabajadores) está inscripto, queda liberado de la responsabilidad solidaria.

La reforma hace extensiva esta última interpretación para el régimen de la construcción y agrega una obligación adicional que es la de controlar la existencia de dichas registraciones. Esto tiene la intención de proteger a los trabajadores, los cuales, en los últimos tiempos, han padecido una gran cantidad de accidentes de trabajo y no cuentan con cobertura legal, en virtud de la gran cantidad de empleo no registrado en esa actividad y a las innumerables contrataciones precarias.

Haciendo una interpretación literal del último párrafo del art. 17, ley 25.013, se podría concluir que la reforma es aún más profunda, por cuanto se evitaría la limitación de la responsabilidad contenida en el art. 32, ley 22.250, al resultar aplicables todas las disposiciones del art. 30 y no sólo las modificaciones del art. 17.

La ley 25.345 (BO del 17/11/2000) establece en el cap. IV un régimen especial para la determinación y percepción de los aportes y contribuciones con destino al Sistema Único de la Seguridad Social para las pequeñas y medianas empresas constructoras que efectúen respecto de su personal en relación de dependencia. Este tema se desarrolla en el capítulo "Pequeñas y medianas empresas".

## 6. Fallo plenario 309 de la C. Nac. Trab., 3/2/2006, "Ramírez v. Russo Comunicaciones e Insumos SA"

El 3/2/2006, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo dictó el fallo plenario 309 en los autos "Ramírez, María Isidora v. Russo Comunicaciones e Insumos SA y otro s/despido", por el cual se resolvió (por mayoría) que es aplicable el art. 705, CCiv., a la responsabilidad del art. 30, LCT.

La aplicación práctica de la doctrina sentada en el fallo plenario consiste en que los trabajadores de los contratistas y/o subcontratistas pueden accionar judicialmente reclamando el cobro de sus acreencias laborales indistinta o conjuntamente y a su elección irrestricta, contra el contratante o cesionario, contra éstos y el contratista y/o subcontratista o contra estos últimos. Esto se traduce en la posibilidad de condenar al deudor solidario si no se demandó o se desistió de la demanda contra el empleador.

En el fallo se sostuvo que se está frente a un régimen de responsabilidad solidaria de origen legal, tal como surge del art. 699, CCiv., resultando claros los términos de aquélla, y no es posible aceptar que tiene carácter autónomo, ya que la LCT no define la solidaridad, de forma tal que corresponde remitirse al Código Civil (Scotti, Ferreirós, Zas). No hay disposición alguna que impida aplicar el efecto del art. 705, CCiv., al art. 30, LCT (Porta, Scotti). No hay incompatibilidad entre la normativa civil y la laboral; no cabe privar al acreedor laboral del derecho especial de elegir que tienen todos los acreedores de las obligaciones solidarias y que consisten en demandar a todos (empleador y contratista) o a uno (contratista o empleador) —dictamen del fiscal general ante la Cámara Nacional del Trabajo—.

Ha finalizado en el derecho civil la antigua distinción romana de solidaridad perfecta e imperfecta y no hay razón para sostener que el art. 30, LCT, establece una excepción al principio general de solidaridad, creando una discriminación arbitraria del acreedor laboral para percibir su crédito de naturaleza alimentaria. No hay deudor solidario y otro principal, son todos deudores principales.

El fallo plenario modifica una tradicional y mayoritaria doctrina judicial de las salas de la Cámara Nacional del Trabajo, que establecía que para que operara la solidaridad instituida en el art. 30, LCT, el trabajador del contratista o subcontratista debía dirigir su acción juntamente contra su empleador y contra el contratante.

Desde el punto de vista normativo, el criterio en cuestión es sólo aplicable al art. 30, LCT, y no a los restantes supuestos en los que la norma laboral instituye la solidaridad pasiva (arts. 29, 29 bis, 31 y 225 a 230, LCT). Se restringen a los supuestos de cesión total o parcial del establecimiento y a los de contratación o subcontratación previstos en el art. 30, LCT, y no se proyectan al resto del articulado de la LCT donde también se impone la solidaridad.

Aun cuando la doctrina y la jurisprudencia son contestes en extender esta interpretación a los casos de interposición e intermediación dispuestos en los arts. 14 y 29, LCT, todavía quedarían sin resolver los supuestos de interrelación (empresas de servicios eventuales), subordinación y relación (empresas controladas y conjunto económico), transferencia del establecimiento, cesión del personal y extensión de responsabilidad a los socios, directores y gerentes de sociedades comerciales, en los cuales la discusión se podría seguir manteniendo.

## 7. Art. 31, LCT. Empresas relacionadas y subordinadas. Solidaridad

***Empresas relacionadas y subordinadas***: las empresas controladas y controlantes y el conjunto económico son sujetos que están controlados entre sí. Son empresas que, sin perjuicio de tener personalidad jurídica propia e independiente, se relacionan entre ellas o se verifica una

subordinación a alguna por medio del control accionario, de administración y de dirección, al conformar un conjunto económico con carácter permanente.

Las empresas subordinadas son las que tienen su capital social en manos de otra, que detenta una mayoría suficiente para imponer su voluntad. Actualmente se observa la existencia de los "grupos económicos" en que una empresa o un grupo de personas tienen bajo su control más de una empresa.

La responsabilidad emergente de las relaciones laborales y las obligaciones de la seguridad social de cada una de estas empresas está consagrada en el art. 31, LCT, al disponer la responsabilidad solidaria con sus trabajadores cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria.

Debe admitirse la posibilidad de que exista un conjunto económico cuando se observa un uso común (unidad) de los medios personales, materiales e inmateriales; se trata de grupos de interés económico que operan por medio de una unión de distintas empresas que no están fusionadas, aunque tienen intereses comunes, resultando el grupo en su conjunto el verdadero empleador.

Sin embargo, esto no significa que habrá solidaridad entre las empresas que integran el grupo, ya que el empleador es la empresa en la cual el trabajador desarrolló tareas y a cuya autoridad se subordinó. En cambio, si el trabajador prestó servicios simultáneamente para distintas empresas del grupo económico, habría una pluralidad de empleadores responsables de sus obligaciones laborales.

Excepcionalmente el conjunto económico es solidariamente responsable, aun en el caso de no haber sido formalmente empleador del trabajador, cuando se verifiquen maniobras fraudulentas (por ejemplo, empleo no registrado, que se haga aparecer al trabajador como empleado de una empresa en la cual efectivamente no presta servicios) y conducción temeraria (el vaciamiento de una de las empresas que conforman el conjunto económico).

***Art. 31, LCT***: la LCT, en el *art. 31*, hace referencia a la *solidaridad entre empresas subordinadas o relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente en caso de haber mediado* maniobras fraudulentas o conducción temeraria.

El mencionado artículo expresa que "siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control, 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".

*El conjunto económico* se presenta cuando existe una unidad, un uso común de los medios personales, materiales e inmateriales. En cambio, el control societario se da en los siguientes casos: a) cuando una empresa está subordinada a otra, de la que depende económicamente directa o indirectamente; b) cuando las decisiones de una empresa están condicionadas a la voluntad de otra o del grupo a que pertenezca.

Podetti sostenía que la existencia de grupo económico se da cuando una empresa está en condiciones de determinar, con caracteres de cierta continuidad y permanencia y por su propia voluntad, disponer las normas directrices de su gestión a otra empresa.

Existe el control, que puede ser externo si es que hay una preponderancia por potencia económica, que es lo que se suele dar en el contrato de concesión; el concedente generalmente es una gran empresa. Y también puede ser un control interno, lo que lleva a sociedades controladas y a la normativa específica sobre ello.

El *conjunto económico* se da cuando hay una efectiva comunidad económica y de intereses, lo que puede configurarse bajo la forma de sociedades controladas o bajo cualquier otra de las formas que libremente adopten los que intervienen en las respectivas relaciones económico-societarias de que se trate. Ello es legítimo en tanto no dañe a terceros; y particularmente que no desconozca los derechos laborales bajo formas fraudulentas.

Para determinar si hay subordinación empresaria, el elemento esencial es que exista control de dirección —interno o externo—, no el de la administración que está sujeto a aquél; la facultad de dirección y administración no se ejerce libremente, sino que responde a directivas que las autoridades aparentes del ente reciben de la central del grupo que integran.

De cualquier manera, lo decisivo es que a pesar de la aparente libertad del ente subordinado, no puede ejercerla y se comporta como un apéndice del otro, que la dirige.

Existe control externo cuando la influencia es de tal magnitud que se traduce en un auténtico dominio por el que la dirección de las otras empresas cede a las directivas que se le imparten de hecho y cuya aceptación es un requisito para poder sobrevivir. Tiene que darse una efectiva subordinación económica en la cual la empresa periférica pierde su independencia para actuar como ente con capacidad propia.

Diferente es el caso de una empresa concesionaria que se debe ajustar en el cumplimiento de su actividad a ciertas directivas, pero que no impiden mantener la dirección de los negocios sociales.

El control interno se ejerce mediante el manejo de las cuestiones internas que expresa la voluntad social. Por ejemplo, la posesión de todo el capital social o del mayoritario que da la posibilidad de ejercer el control del ente jurídico sumado a otros elementos que acrediten que se ha ejercido un real sometimiento de la empresa a la decisión de una persona física o jurídica que al efecto se ha valido del dominio del directorio de aquélla para imponer su control.

Cabe destacar que el art. 31, a diferencia de lo que establecía del original art. 33, ley 20.744, no se refiere a los grupos de carácter accidental, sino sólo a los permanentes. Esta norma era evidentemente protectoria, ya que era suficiente para que existiera solidaridad la sola acreditación de que se trataba de empresas integrantes de los denominados grupos económicos.

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" (UTE). Jurisprudencialmente se ha resuelto que las UTE no son sociedades ni sujetos de derecho, no responden solidariamente por los actos y las operaciones que realicen (arts. 377 y 381, ley 19.550), no siéndoles aplicable el art. 31, LCT, toda vez que no son un conjunto económico de carácter permanente.

Parte de la doctrina entiende que cuando una UTE es empleadora, la relación se da con los integrantes de ella, quienes responden frente al dependiente en los términos acordados, por lo que no hay solidaridad entre ellos si no está convenida (art. 381, LSC) y, de omitirse toda estipulación al respecto, responderán en partes iguales (conf. arts. 690 y 691, CCiv.).

Sin embargo, entiendo con Ferreirós y Hierrezuelo que la postura mayoritaria no se condice con el espíritu de la LCT. En efecto, si la UTE no es persona jurídica ni sujeto de derecho, por ende, no puede adquirir derechos ni contraer obligaciones, es decir, no puede contratar. Ahora bien, la contratación que el administrador realice se debe entender efectuada en beneficio de todos los integrantes de la UTE, y al trabajador en relación de dependencia con cada uno de ellos. En consecuencia, estamos en presencia de una pluralidad o conjunto de empleadores, tal como prevé el art. 26, LCT, aunque por una omisión se lo limita sólo a las personas físicas.

El punto neurálgico de la cuestión radica en determinar cómo debe responder cada uno de los empleadores. Para Justo López, aplicando analógicamente el art. 1747, CCiv., sobre responsabilidad de los socios de las sociedades civiles, deben responder en partes iguales, ya que

la solidaridad no se presume y debe ser expresada en términos inequívocos o impuesta, también en forma expresa, por la ley. Este criterio, desde mi punto de vista, no se condice con el espíritu ni con las previsiones de la LCT [3].

Es cierto que técnicamente no resulta correcto hablar de solidaridad, al no haber norma alguna que la disponga frente a una pluralidad de empleadores, como lo exige el art. 701, CCiv. Pero esa norma se torna innecesaria cuando existen otras que imponen la solidaridad a terceras personas que no revisten el estatus jurídico de empleador. Si la ley, con el fin de garantizar el crédito del trabajador, impuso que determinadas personas, pese a no ser empleadoras, debían actuar como garantes de los derechos del dependiente, al menos el empleador debe responder en esos mismos términos, esto es, por la totalidad de las obligaciones contraídas por la pluralidad de sujetos.

De lo contrario, se llegaría al absurdo de que frente a una pluralidad de empleadores contratistas, integrantes de una UTE, éstos deberían responder sólo por la parte que les corresponde, mientras que el contratante, que no es empleador, debería responder en forma solidaria por la totalidad del crédito del trabajador. Dicho en otros términos, sería el único caso en que una persona que no es empleador estaría en peores condiciones de quien lo es, debiendo responder por la totalidad de la deuda, mientras que cada uno de los empleadores sólo debería hacerlo por la parte, circunstancia que no resiste el menor análisis [4].

La finalidad del art. 31, LCT, es evitar la evasión de responsabilidades por intermedio de acciones fraudulentas de las empresas "independientes" (o con personalidad jurídica propia) que en realidad están ligadas entre sí por las figuras de control.

El supuesto de responsabilidad solidaria dispuesto se torna operativo porque algunas empresas llegan a desdibujar su gestión mediante la introducción de sociedades o entidades controladas —que responden a una gestión de mando común— con una administración y un patrimonio independiente y las convierte en invulnerables a las acciones de los acreedores.

Por lo tanto, *el fraude laboral es requisito esencial para que se configure la responsabilidad establecida en el art. 31, LCT, pero no debe probarse el dolo del empleador o su intención fraudulenta*, ya que es suficiente que la conducta del empresario denote la violación de las normas del derecho del trabajo.

En síntesis, para que se verifique lo previsto en el art. 31, LCT —además de que se trate de empresas subordinadas o de un conjunto económico de carácter permanente—, y se extienda la responsabilidad deben darse algunos de estos presupuestos:

1) *Maniobras fraudulentas*: aquellas conductas o actitudes tendientes a burlar los derechos del trabajador (por medio de empresas relacionadas o subordinadas, traspasos, artificios con la finalidad de sustraerse de las obligaciones que impone la legislación laboral o de la seguridad social). Se trata de lograr el incumplimiento de las normas imperativas. Por ejemplo, cuando se haga aparecer al trabajador como empleado de una empresa en la que efectivamente no presta servicios con la finalidad de evitar la aplicación de un convenio o para fraccionar su antigüedad.

2) *Conducción temeraria*: se trata de un manejo de la empresa irresponsable y que, por negligencia, imprudencia o dolo se le ocasione un daño al trabajador. Por ejemplo, la insolvencia del empleador por maniobras imprudentes o vaciamiento de una de las empresas que la integran.

[3] HIERREZUELO, Ricardo D. - NÚÑEZ, Pedro F., *Responsabilidad...*, cit., p. 334.

[4] FERREIRÓS, Estela M. - HIERREZUELO, Ricardo D., "La responsabilidad laboral de la unión transitoria de empresas", RDLSS 2006-A-1.

## 8. Responsabilidad de socios, gerentes, directores y administradores de sociedades comerciales

Un tema trascendente es la posibilidad de extender la responsabilidad en forma solidaria a personas diferentes de las sociedades comerciales empleadoras (aunque integrantes de ellas) cuando se verifican reclamos efectuados por trabajadores que se desempeñaron en forma total o parcialmente irregular.

### *8.1. Tesis amplia*

***a) Jurisprudencia***: el primer fallo que refleja esta postura novedosa lo dictó la sala 3ª de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en autos *"Delgadillo Linares, Adela v. Shatell SA y otros" (11/4/1997).*

La trabajadora se desempeñó para la sociedad anónima empleadora, la que le pagaba una parte de la remuneración en negro. Demanda a la sociedad anónima empleadora (en quiebra) y a dos personas en su carácter de "...directivos, socios, gerentes, administradores o controlantes" de ella, el pago de las indemnizaciones por despido incausado y las multas de la ley 24.013.

En primera instancia, el juzgado rechazó la extensión de la responsabilidad a los integrantes de la sociedad demandada. El fiscal general del Trabajo emitió dictamen opinando que correspondía extender la condena a los demandados integrantes de la sociedad por aplicación de los arts. 54 y 274, Ley de Sociedades 19.550, por cuanto "...se habría creado una hipótesis automática de la caída del velo societario en supuestos de ilicitud que, como en el caso concreto, excederían el mero incumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato, al relacionarse con la indebida instrumentación de los importes remuneratorios reales, configurativa de un arquetípico fraude laboral" (11/2/1997).

La sala 3ª sostiene que la conducta asumida por la empleadora constituye un típico fraude laboral y previsional, ya que tiene normalmente por objeto y efecto disminuir en forma ilegítima la incidencia del salario normal en las prestaciones complementarias o indemnizatorias y en los aportes al sistema de seguridad social. El pago en negro perjudica al trabajador, que se ve privado de aquella incidencia; al sector pasivo, que es víctima de la evasión, y a la comunidad comercial, en cuanto, al disminuir los costos laborales, pone al autor de la maniobra en mejor condición para competir en el mercado que la reservada a otros empleadores respetuosos de la ley.

El art. 54, ley 19.550, en el último párrafo agregado por la ley 22.903, dispone que "la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados".

No puede afirmarse que el pago en negro encubre en este caso la consecución de fines extrasocietarios, ya que el principal fin de una sociedad comercial es el lucro, pero sí que constituye un recurso para violar la ley, el orden público laboral expresado en los arts. 7º, 12, 13 y 14, LCT, la buena fe que obliga al empresario a ajustar su conducta a lo que es propio de buen empleador (art. 63, LCT) y para frustrar derechos de terceros (el trabajador, el sistema previsional, los integrantes del sector pasivo y la comunidad empresarial). No obsta a esta solución el hecho de que la actora haya trabajado para la sociedad anónima Shetell y no para los socios directivos de ésta en forma individual. La demanda contra los socios no se funda en un inexistente contrato de trabajo con ellos, sino en la responsabilidad de éstos por los hechos y las deudas de la sociedad cuando se aplica a ésta la cláusula de desestimación de la personalidad prevista en el citado art. 54, ley 19.550.

Esta teoría fue reiterada en los autos *"Vidal, Miguel S. v. Mario Hugo Azulay y Asoc. SA y otro" (23/9/1997).* En este caso, el actor se había desempeñado para la sociedad anónima de-

mandada con una relación laboral encubierta bajo la apariencia de un vínculo comercial independiente. Demanda a la sociedad y a "...su presidente, dueño y autoridad excluyente" el pago de las indemnizaciones por despido sin causa y las previstas por la ley 24.013. En primera instancia se rechazó la extensión de la condena requerida.

Posteriormente, la misma sala dicta el fallo *"Duquelsy, Silvia v. Fuar SA y otro" (19/2/1998)*, en el cual la relación laboral era totalmente irregular, reclamando la actora las indemnizaciones por despido contra la sociedad y contra quien revestía el carácter de socia y presidente del directorio de ésta.

No se aplicó "Delgadillo", por cuanto no se había acreditado que la codemandada fuera socia, pero se estableció que "la presidenta del directorio de la sociedad comercial, aún no demostrada su calidad de socia, no responde ilimitada y solidariamente en virtud del art. 54, ley 19.550, pero sí del art. 274 de dicha normativa, por la violación de la ley, si no probó su oposición al actuar societario, ni su protesta o anoticiamiento al síndico, único medio de eximición de responsabilidad".

Luego se dicta *"Luzardo, Natalia Verónica v. Instituto Oftalmológico SRL y otros" (17/12/1998)*. La actora estaba vinculada con la sociedad de responsabilidad limitada mediante una relación no registrada y reclama contra ella y sus socios gerentes el pago de las indemnizaciones por despido sin justa causa y las contempladas por la ley 24.013.

En primera instancia no se hizo lugar a la condena de los socios gerentes. La sala 3ª, siguiendo la misma línea argumental de "Delgadillo", extendió la condena en forma solidaria a los socios gerentes de la sociedad accionada, "teniendo en cuenta que la trabajadora parecería haber sido contratada por ellos, quienes le impartían órdenes y le efectuaban los pagos, ya que ante la falta de registración y de recibos de sueldo, aquélla pudo considerar que los reclamados eran sus empleadores y accionar en su contra para obtener las indemnizaciones correspondientes".

En los autos *"Cingiale, María Celia y otro v. Polledo Agropecuaria SA y otros s/despido" (2/3/2000)*, sobre la base de que "...la pretendida cesión —cuasigratuita— no se produjo y de que las personas físicas demandadas continúan detentando las acciones de la sociedad, pues lo cierto es que la *traditio* de las mismas no se concretó...", aplica la doctrina de "Delgadillo" y extiende la condena solidaria a los cedentes de los paquetes accionarios de control.

Se trataba de un caso en que los actores, cuyos salarios habían sido incorrectamente registrados (y en un caso, alterada la fecha real de ingreso), demandan el pago de las indemnizaciones por despido y otros rubros contra la sociedad empleadora —declarada en concurso preventivo y en rebeldía en la absolución de posiciones— y contra los ex titulares del paquete accionario de control de dicha sociedad de tipo familiar, cuyas participaciones habían cedido a terceros que resultaron ser, algunos de ellos, dependientes de aquélla. La sentencia de grado no hizo lugar a la extensión de la condena a los cesionarios de las acciones.

La sala 3ª, en el caso *"Vega, Claudia v. Julio Guitelman y Cía. SA y otro" (2/5/2000)*, resolvió que si la sociedad demandada incurría en la práctica de no registrar ni documentar una parte del salario efectivamente convenido y pagado (práctica prohibida por los arts. 140, LCT, y 10, Ley de Empleo), lo que comúnmente se denomina pago en negro, tal conducta genera la responsabilidad de los socios y los controlantes en los términos del agregado de la ley 22.903 al art. 54, ley 19.550. Tal accionar constituye un recurso para violar la ley, el orden público (arts. 7º, 12, 13 y 14, LCT) y la buena fe (art. 63, LCT) y para frustrar derechos de terceros (el propio trabajador, el sistema de seguridad social, los integrantes del sector pasivo y la comunidad empresarial).

La sala 7ª dispuso que el hecho de que el actor haya sido inscripto en los libros de la demandada con dos años de retraso desde que comenzara la prestación de tareas para aquélla constituye una conducta antijurídica que tipifica el fraude laboral que viabiliza la responsabili-

dad personal y solidaria de los integrantes de la sociedad demandada, mediante el juego armónico de los arts. 59 y 274, LSC" (*"Villafañe, Evelia v. Mirmar SA", 17/6/1999*).

En idéntico sentido, con fecha *7/8/2000* en autos "*Lencinas, José v. Intercambio SRL y otros*", la misma sala dispuso que "la conducta antijurídica de la demandada que retuvo los aportes previsionales de los actores sin efectivizarlos en los organismos previsionales correspondientes durante un lapso prolongado constituye un fraude a las leyes previsionales. Por ello, en las particulares circunstancias y a influjo de lo normado por el art. 54, párr. 3°, ley 19.550, corresponde condenar solidariamente a la sociedad demandada y a sus integrantes, toda vez que el accionar descripto constituye un recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe y para frustrar derechos de terceros".

La sala 10ª, con voto de Simón, en autos *"Walter, Nelson E. v. Masri, David y otro"*, con cita del art. 54, ley 19.550, al igual que en "Duquelsy", e invocando en su apoyo jurisprudencia de la sala 3ª de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y la propia, consideró el pago en negro —prohibido por el art. 140, LCT, y art. 10, ley 24.013— como recurso patronal para violar la ley, el orden público y la buena fe, y para frustrar derechos de terceros que —una vez acreditado— justifica la solidaridad de la condena.

A fines de 1997, la sala 3ª ya había extendido la solidaridad en la etapa de ejecución a una sociedad que no había sido demandada en autos, por cuanto de los informes bancarios producidos se demuestra que ambas familias registran cierre de cuentas y aperturas de otras y de caja de ahorro que —en la práctica— constituyen un mecanismo de traspaso de activos de una compañía (la empleadora) a otra (la recientemente formada), ambas integradas por familiares y de similar objeto y actividad comercial, que licúa el patrimonio (o garantía de los acreedores) de aquélla.

La sala extendió la responsabilidad con invocación en la teoría de la penetración a la nueva sociedad con voto de Eiras, destacándose que "resulta irrelevante, en el caso, que la solicitud se formule en etapa de ejecución; el actor no podría haberlo hecho de otro modo, ya que el vaciamiento fue, justamente, consecuencia del conocimiento de su reclamo. En este sentido, es indudable que el profundo y sustanciado planteo de Ibelli adquiere, en el caso, las características de 'tramitación incidental' a que refiere la subprocuradora en su dictamen" (*"Ibelli, Emilio C. v. Cam SRL", 4/11/1997*).

***b) Doctrina***: La posición sentada en los fallos antes mencionados fue inmediatamente acogida por cierto sector de los comercialistas y por gran parte de los laboralistas. Entre los primeros, se destaca la opinión de *Ernesto Martorell*, quien, luego de elogiar las conclusiones de "Duquelsy", sostiene que éste es un remedio eficaz para impedir que se delinca mediante el simple recurso de contar con 12.000 pesos, un contrato inscripto en la Inspección General de Justicia (IGJ) y un sello de goma que diga "sociedad anónima".

Por su parte, *Nissen* indica que la limitación de la responsabilidad de una sociedad anónima (o de los socios de las sociedades de responsabilidad limitada) no constituye un principio absoluto en nuestro derecho, ni es contemporáneo con el origen de las sociedades comerciales y constituye una excepción al principio general de la unidad y universalidad del patrimonio consagrada por el Código Civil.

Este excepcional beneficio sólo puede tener vigencia cuando se presentan los siguientes requisitos: a) que la sociedad se encuentre suficientemente capitalizada, esto es, que el capital social, concebido como garantía de los acreedores, guarde relación con el pasivo de aquélla o con el nivel de gastos de la compañía, y b) que toda la actuación de la sociedad esté enderezada a la consecución de fines societarios, entendidos éstos como la obtención de bienes y servicios (arts. 1° y 54, ley 19.550).

Existe estrecha vinculación entre el excepcional beneficio de la limitación de la responsabilidad y la función de garantía que cumple el capital social, sobre el cual los administradores de la compañía carecen de todo poder de disposición, pues tal beneficio sólo cobra sentido cuando la sociedad cuenta con un capital social suficiente para satisfacer sus obligaciones.

Se puede afirmar que las sociedades anónimas infracapitalizadas constituyen una caricatura de lo que debe entenderse por sociedades anónimas y se convierten en instrumento de fraude para los terceros, cuya protección debe ser prioritaria en toda legislación que reglamente el funcionamiento de las sociedades comerciales.

La criticable exigencia prevista por el art. 186, que requiere un capital social mínimo absurdo para las sociedades anónimas ($ 12.000), de manera alguna justifica la existencia de sociedades infracapitalizadas, ya que tal capital social sólo podrá servir para las sociedades que tengan un nivel de gastos equivalente, pero de ninguna manera tal norma predica que basta con contar con tan irrisoria cifra para que resulte operativa la limitación de la responsabilidad de los socios, cuando el pasivo o el nivel de gastos de la empresa sea superior.

Respalda tales conclusiones el panorama que presenta el mercado de sociedades anónimas en la Argentina, en donde la mayoría son sociedades colectivas disfrazadas de anónimas, y en las cuales el gobierno de éstas no está escindido de su administración, en lo que a sus integrantes se refiere. En este tipo de compañías no es invocable, en principio y salvo contadas excepciones, el desconocimiento por los accionistas del giro empresario o el real desenvolvimiento de los negocios sociales.

Las obligaciones de los accionistas en esta particular clase de sociedad no se agota con los aportes originales, cuando la sumatoria de todos ellos no guarda la menor relación con el nivel de gastos o con el pasivo de la sociedad. Por ello es requerible a los accionistas, para conservar el excepcional beneficio de la limitación de la responsabilidad, la permanente obligación de efectuar nuevos desembolsos a los efectos de equilibrar el capital social con las reales necesidades de la empresa.

Desde el punto de vista normativo, sostiene que tampoco es cierto que los accionistas no respondan en forma solidaria e ilimitada, ya que

a) los arts. 18 y 19 castigan de esa manera a los socios de sociedades de objeto ilícito o que desarrollan actividades ilícitas, salvo la buena fe, la cual no se presume, sino que debe ser acreditada por quien invoque ser ajeno a la operatoria habitual de la sociedad;

b) el art. 254, párr. 1°, establece esa sanción por las consecuencias patrimoniales que a la sociedad trae aparejada la declaración de nulidad de una resolución asamblearia adoptada con el voto de aquéllos.

Si bien tal actuación (el no registrar la relación laboral o hacerlo parcialmente) es propia de los administradores de la sociedad, bien pueden serles extendidas sus consecuencias a los socios, pues la ley responsabiliza no sólo a quienes decidieron o ejecutaron tal proceder, sino a quienes la hicieron posible, debiendo incluirse en esta categoría a todos quienes, conociendo o pudiendo conocer esa manera de actuar, nada hicieron para ajustar el funcionamiento de la sociedad a la ley o el estatuto.

Dentro de la doctrina laboral se destaca la posición de *Eduardo Álvarez*, fiscal general del Trabajo, quien afirma que este debate es inexplicable, porque a cualquier víctima de una ilicitud se le reconoce el derecho a alegar la inoponibilidad del ente societario y a perseguir a las personas físicas que lo integran como socios y que, es lógico presumir, se beneficiaron indebidamente con el resultado de la antijuridicidad no conjurada que, obviamente, influye en los aspectos cuantitativos de la renta.

Lo que una sociedad comercial ahorra por tener trabajadores en negro o por registrar remuneraciones inferiores a las que abone, no es un elemento neutro en la vinculación patrimonial que existe entre el ente de presencia ideal y los socios, y ésta es la razón científica que anida en la responsabilidad solidaria e ilimitada de éstos.

Se trata de la vertiente ética a la que hiciera mención la Exposición de Motivos de la ley 22.903, y no considera esta jurisprudencia peligrosa, pues no se alcanza a comprender por qué es más riesgoso cumplir con una norma de sustento valorativo que utilizar la figura societaria para llevar a cabo conductas ilícitas, que benefician indebidamente a los socios, perjudican a los trabajadores como acreedores de sumas alimentarias e implican un abuso de la limitación de la responsabilidad.

Entiende que no se configuraría el supuesto del art. 54 en aquellos casos de incumplimientos contractuales que fueran calificados como tales en un marco opinable o debatible. Nadie responsabilizaría a los socios en las controversias que conciernan a zonas grises o a indebidos encuadramientos convencionales o estatutarios, o porque la sociedad empleadora no pagó el SAC sobre el importe que reemplaza la ropa de trabajo.

Por el contrario, sería inadmisible no responsabilizar en los casos de trabajo en negro, adulteración de fecha de ingreso, instrumentación parcial de la remuneración real percibida, porque no es posible inferir que se creyó que era lícito proceder de tal forma. La responsabilidad es solidaria e ilimitada, por lo que el acreedor puede reclamar el pago del crédito íntegro a todos los socios o a cualquiera de ellos.

Asimismo, la ley cercena toda posibilidad de que el socio se ampare en un límite cuantitativo de su responsabilidad alegando su participación societaria parcial, sin perjuicio, obviamente, de lo que pudiese llegar a decidirse ante eventuales pretensiones de regreso, en la sede y en el ámbito respectivo.

No opera en este caso una suerte de beneficio de excusión pretoriana, por la cual sólo podría perseguirse a los socios una vez agotada la posibilidad de cobrar el crédito al ente societario. No se está frente a una relación de garantía, sino ante una solidaridad pasiva clara, y donde la ley no distingue, no corresponde distinguir.

La responsabilidad presenta una clara autonomía en relación con el concepto de insolvencia, como surge de la fundamentación ética de la ley 22.903. La concreción de la responsabilidad impone materializar un planteo concreto, esbozado en una demanda que, sea o no en un marco de litisconsorcio pasivo que incluya el ente societario y los socios, debe generar un proceso pleno de cognición, en el cual los imputados tengan derecho a ser oídos y puedan exponer sus defensas.

No es factible extender la condena en el ámbito reducido de un incidente de ejecución, en la inteligencia de que rige el efecto relativo del proceso y de la cosa juzgada, y que el trámite incidental no permite un debate adecuado, ni conlleva una etapa de cognición idónea para ejercer el derecho de defensa en juicio, garantizado por el art. 18.

En materia de prescripción rige el art. 256, LCT, y el plazo debe ser computado desde la fecha del nacimiento del crédito y no a partir de la sentencia que condena a la sociedad en la existencia de un reclamo ulterior, porque no se trata de una hipótesis de garantía con excusión.

Para *Ferreirós*, las sociedades son medios técnicos que los seres humanos han creado y que forman parte del derecho. Esto les permite a los hombres actuar de manera asociada, y a esa asociación se le ha otorgado la personalidad jurídica como un atributo que tiene que estar al servicio del interés general. Si los hombres que se asocian se apartan de los fines que tuvo presente el legislador al conferirles esa forma jurídica, ya sea a través del fraude o no, la imputación de los derechos y las obligaciones no debe hacerse solamente a la sociedad, sino debe extenderse a los socios, desestimándose la personalidad jurídica aludida.

*8.2. Tesis estricta*

***a) Jurisprudencia***: en sentido contrario, la sala 4ª de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en autos "*Fontes, Hugo Mario y otro v. Consorcio Conexim SRL y otros*", del *22/2/2001*, sostiene que "se agravia la demandada por la condena solidaria del Sr. Carlos María Monticelli como socio gerente de la persona jurídica empleadora con sustento en el art. 54, párr. 3º, LSC 19.550, modificado por la ley 22.903".

Es conclusión firme de la sentencia que los actores se desempeñaron como operarios de Consorcio Conexim SRL y no surge que, además de las tareas desempeñadas para la sociedad, los actores hubiesen realizado tareas para quien actuó como gerente de dicha sociedad. En tal situación resultan, en principio, de aplicación los arts. 33 y 39, CCiv., y 2º, Ley de Sociedades, que establecen que las personas jurídicas constituyen una persona distinta de los miembros que la integran y que éstos no responden por los actos de la sociedad.

Ahora bien, la cláusula de desestimación del art. 54, Ley de Sociedades, debe ser interpretada con carácter restrictivo y que ninguno de los presupuestos que se exponen en la sentencia de la instancia anterior ameritan una extensión de responsabilidad como la que allí establece, pues no se verifica el empleo de la forma societaria como medio para frustrar los derechos del trabajador.

Decir que la "actuación de la sociedad demandada constituye un mero recurso para violar la ley, el orden público laboral y la buena fe y frustrar derechos de terceros" en los términos de dicha norma por una falencia registral (ya debidamente sancionada, por lo demás, por aplicación al caso de las disposiciones pertinentes de la Ley de Empleo), luce excesivo a la luz de un criterio que, reitero, por su carácter de excepción debe ser interpretado restrictivamente, como bien se señala en el agravio, so pena de caer en una amplitud tal que dejaría de hecho sin efecto el sistema legal que dimana de los arts. 2º, ley 19.550, y 33 y 39, CCiv., ya citados, pilares éstos sobre los que se basa todo el ordenamiento jurídico vigente en la materia.

***b) Doctrina***: en este sentido, *Fernando Varela*, luego de analizar los casos jurisprudenciales donde se aplicó la teoría de la desestimación de personalidad jurídica —referidas a cuestiones de derecho sucesorio, concursos y quiebras y familias; y en todos los cuales las sociedades fueron constituidas por alguno de los socios con fines absolutamente extrasocietarios, violatorias de la ley y con un claro interés de perjudicar a terceros o en fraude a sus acreedores—, expresa que en la Exposición de Motivos de la ley 22.903 se sostuvo que "procede señalar que la solución proyectada es coherente con la estructura técnica y lógica de la ley 19.550, desde que su propio art. 2º ha establecido una pauta plena de consecuencias ya utilizadas por la jurisprudencia y la doctrina, ya que se inspira, precisamente, en los criterios que en punto a los alcances de la personalidad ha merituado la Comisión, tal como resulta del punto 2 de la secc. I del cap. I de la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Comerciales, o sea que la misma constituye un mero recurso técnico para tratar en forma unitaria a ciertos efectos y dadas determinadas hipótesis, a un sustrato pluripersonal".

De lo expuesto, y sin entrar a analizar el supuesto del art. 274 que fue el que se aplicó en "Duquelsy" (aunque aclarando que resultaría posible sancionar al presidente de la sociedad por una contratación en negro si se dieran los requisitos que la ley exige para ello), entiende que no se puede condenar a los socios por tener a un trabajador total o parcialmente en negro, pues no ha quedado demostrado en el fallo que la actora haya solicitado el corrimiento del velo o la inoponibilidad de la persona jurídica, si solicitó la sanción de responsabilidad para el presidente de la sociedad; no ha quedado demostrado que la sociedad Fuar SA haya sido constituida con el único propósito de contratar personal en condiciones marginales o en violación a las leyes de seguridad social y de trabajo; no ha quedado demostrado que la sociedad persiga fines extrasocietarios, tal cual lo especifica el art. 54, *in fine*.

Sí quedó demostrado, tal cual lo reza el fallo, que la sociedad actuó en violación a la ley y en fraude a terceros, pero a pesar de que ello se encuentra especificado en el art. 54, *in fine*, LSC, no quiere significar que por dichas causas deba aplicarse dicha sanción, o sea, la inoponibilidad de la personalidad jurídica ya que si pensamos de esa forma deberíamos aplicarle ese remedio a más del 90% de las sociedades que giran en plaza por las distintas violaciones a la ley que se cometen a diario. Si el actor hubiera probado en el juicio que Fuar SA fue constituida al solo efecto de contratar personal en negro, aunque ello no estuviese plasmado en su objeto por razones obvias de su ilicitud, sería el único caso en el cual podríamos hablar de la aplicación de este tipo de sanción.

Vazquez Vialard no participa del criterio sostenido por el tribunal fundado en el art. 54, LSC, ya que estima que se ha hecho una aplicación muy lata de lo dispuesto por la ley. Ésta se refiere a la consecución de fines extrasocietarios, es decir, ajenos al objeto social, mientras que en la sentencia sólo se hace referencia a un grave incumplimiento contractual por parte del ente social, lesivo del ordenamiento público laboral.

No es más grave, respecto del orden público, que cualquier incumplimiento de un débito, por lo que no justifica la extensión de la evidente responsabilidad de la sociedad empleadora a los socios dirigentes. La norma hace referencia a los socios que hicieran posible el operativo ilícito para obtener la concreción de fines extrasocietarios, lo que sin duda es distinto de haber incumplido obligaciones sociales que exigían registrar debidamente los pagos o realizarlos en virtud de mantener una relación en negro.

En lo que respecta a la responsabilidad de los administradores y directores, según las disposiciones de la LSC, tanto éstos, como los representantes del ente societario "deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios", el que, al efecto, constituye un estandarte jurídico a los fines de la aplicación judicial.

El incumplimiento de ese deber por parte de los primeros los hace responder ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por mal desempeño de su cargo... así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave (arts. 59, 274, aplicable a los gerentes de sociedades de responsabilidad limitada y 157, ley 19.550). Ello se justifica en razón de que ellos tienen a su cargo la gestión de los negocios, y a través de ellos se expresa la voluntad social. Elementales razones de buena fe le confieren amplio respaldo a las citadas normas.

Por lo tanto, si en la gestión del negocio incurren, por lo menos, en culpa grave, deben responder, entre otros, ante el tercero (en el caso, el trabajador) que, como consecuencia del incumplimiento, sufre un daño. Esa obligación se genera respecto de las situaciones que, con cierta frecuencia, se plantean a raíz de la relación laboral. Entre ellas cabe citar la falta de pago en término (cuando existen fondos disponibles para ello), pago en negro, no inscripción de la relación en los respectivos registros.

En esos casos, la responsabilidad directa que le cabe a la sociedad como empleadora se extiende al administrador que, por lo menos, por razones de negligencia, ha dado motivos a la comisión del ilícito. Esa situación opera —en razón de que la solidaridad no se presume y, por lo tanto, debe ser juzgada en forma restrictiva— en los casos de los referidos u otros incumplimientos en que haya incurrido el administrador.

La circunstancia de que sea responsable, por ejemplo, por no haber dispuesto la oportuna inscripción del trabajador o ante la intimación formulada por éste (art. 12, ley 24.013), a nuestro juicio, no lo obliga por otros incumplimientos que no correspondan a su gestión, ya sea por cuanto le competía a otro administrador, sea que éste se haya desempeñado con anterioridad (a menos que ese incumplimiento legal haya sido confirmado por su gestión) o con posterioridad.

De la misma manera, si la administración era simultánea (gerencia plural), pero existía separación de funciones, la ilicitud que trae aparejada responsabilidad sólo le es imputable al agente cuando ésta se cometió en el ámbito de su función o le resulta imputable en razón de que tenía la obligación de vigilar esos actos.

Por más que corresponda imputarle negligencia al administrador por no haber procedido con diligencia a fin de registrar la relación laboral, o por haber efectuado pagos en negro, aquélla se limita al ilícito en que ha incurrido. Por lo tanto, si el trabajador reclama indemnización por despido incausado, respecto de éste, sólo podrá hacerse efectiva la responsabilidad del administrador en cuanto el hecho le puede ser imputado a título de dolo o culpa grave. Obviamente, lo será si el distracto se produjo como consecuencia del pago en negro, o por la falta de registración, pero no si la causa de aquél responde a una situación ajena al ámbito de su competencia.

***c) La postura de Foglia***: Ricardo Foglia ha sistematizado los puntos de esta controversia dividiendo las sentencias en dos partes.

Por un lado, ubica a "Delgadillo", "Vidal", "Luzardo" y "Cingiale", que recurren a la normativa del art. 54, párr. 3°, LSC, a efectos de extender la responsabilidad a los socios directivos, al presidente, dueño y autoridad excluyente, a los socios gerentes y a los cedentes de las acciones de control, respectivamente, de cada sociedad empleadora de trabajadores en negro.

A las personas de existencia ideal se les atribuye personalidad jurídica en función de exigencias prácticas, y que en el ámbito de las sociedades comerciales pueden resumirse en dos: favorecer el intercambio de bienes y de servicios y limitar la responsabilidad de los sujetos que las crean.

Luego de analizar los antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, expresa que en el año 1983 se reforma parcialmente la ley 19.550 mediante la ley 22.903, que agregó el párr. 3°, art. 54. La primera inquietud que plantea la norma es si ésta contempla una sola situación o dos situaciones diversas con una consecuencia única.

En efecto, una primera lectura del texto abonaría la tesis de que la norma prevé el caso de "...la consecución de fines extrasocietarios...", los que serían "...un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros...". En este sentido, el mensaje de elevación de la ley 22.903 se refiere al artículo como un supuesto único de "...uso desviado de la personalidad reconocida a las sociedades comerciales por la legislación vigente...". Y agrega a continuación: "De ahí que cuando a través del sujeto se persigan fines que conlleven la violación de la ley, del orden público, o de la buena fe, o se frustren derechos de terceros, se establece que las consecuencias se imputarán directamente a los socios o a quien controle la sociedad, siendo inoponible la personalidad jurídica".

*Verón*, en cambio, señala que la norma contempla dos supuestos diferentes: una hipótesis es "...la consecución de fines extrasocietarios...", y otra distinta, la sociedad como recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o para frustrar derechos de terceros.

La sala 3ª también se inclina por esta interpretación de la norma partiendo de dos supuestos diferenciados y autónomos que generan una misma consecuencia. En cuanto a la primera (consecución de fines extrasocietarios), en las sentencias analizadas se considera que no abarca el caso de los trabajadores en negro, "...puesto que el fin primordial de una sociedad comercial es el lucro...", a lo que se le agrega el lucro lícito.

*Foglia* entiende que el fin primordial no es el lucro, porque la sociedad es un medio técnico creado por los hombres, de modo tal que no podemos referirnos a que un ente de creación ideal tenga, en sí mismo, fines propios. Las sociedades comerciales se crean para cumplir con el objeto social, tal como está definido en forma genérica y abstracta en el art. 1°, ley 19.550.

Esto es, constituyen un medio utilizado por el hombre para la "producción o intercambio de bienes y servicios". Este objeto genérico se cristaliza en el estatuto correspondiente. El fin de lucro es de sus socios, para lo cual constituyen el medio técnico-legal denominado sociedad comercial. De esta manera, las sociedades tienen objeto; los socios, fines.

En cuanto al segundo supuesto (la actuación de la sociedad como un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros), como se expresa en el Mensaje de Elevación de la ley 22.903, cuando se utiliza el reconocimiento de la personalidad jurídica "...para violentar lo que constituye el objeto genérico y abstracto de las sociedades comerciales...", éste cede y, en consecuencia, la norma responsabiliza a los socios o controlantes que lo hicieron posible.

Cabe advertir que la norma del art. 54, párr. 3°, se refiere a "la actuación de la sociedad..." en la dirección reputada como disvaliosa, y ello lleva a efectuar una distinción central entre uno o muchos actos ilícitos cometidos por la sociedad y la actuación contraria a la ley, el orden público, la buena fe o los derechos de terceros. La diferencia no es sólo cuantitativa; es esencialmente cualitativa. El art. 54, párr. 3°, ley 19.550, sólo es aplicable al último caso.

En el Mensaje de Elevación del PEN de la ley 22.903 se expresa que la especie legal se configura cuando la sociedad sirve "...para violentar lo que constituye el objeto genérico y abstracto de las sociedades comerciales a la luz de lo dispuesto en el art. 1°, ley 19.550". Por su parte, el art. 1° de dicha ley señala que "habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas".

Cuando una sociedad actúa como un "...mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar los derechos de terceros...", la norma del párr. 3°, art. 54, imputa responsabilidad solidaria a aquellos en aptitud de desviar la personalidad societaria, esto es, a los socios o controlantes; de este modo, si una sociedad comercial realiza un hecho ilícito, o varios (librar un cheque sin fondos o varios), ello no implica que ésta constituya una pantalla o la utilización de un recurso para, a través de ella, desarrollar una actuación violatoria de la ley, el orden público, la buena fe o frustrar derechos de terceros.

Y es así por cuanto ese acto, en sí mismo considerado e independiente de su licitud o ilicitud, está dentro de su objeto. Distinto es el caso, y entiendo que éste es el supuesto que contempla el párr. 3°, art. 54, cuando los socios o controlantes usan la personalidad jurídica reconocida por la ley a una sociedad comercial para encubrir una finalidad propia de ellos (socios o controlantes), incompatible y ajena a la personalidad otorgada a la sociedad utilizada. Se trata de un supuesto de simulación ilícita relativa y genérica, por cuanto la personalidad otorgada a la sociedad para que cumpla con el objeto permitido por la ley es usada, en los hechos, para disimular una actividad incompatible con ello y cuyo sinceramiento no hubiese dado lugar al otorgamiento de tal personería.

La norma del párr. 3°, art. 54, LSC, abarca los supuestos de sociedad lícitamente constituida pero cuyos socios o controlantes la utilizan para desarrollar una actividad sustancialmente violatoria de los estándares fijados en la norma. Como ejemplo de ello se puede mencionar una sociedad anónima constituida para desarrollar actividades agropecuarias y que se dedique a la plantación, el cultivo y la venta de marihuana, o también el remanido caso de las cooperativas fraudulentas de trabajo.

Son supuestos de sociedades comerciales de objeto lícito con actividad ilícita, impuesta esta última por los socios o los controlantes, y de ahí emerge su responsabilidad directa.

El art. 19, LSC, establece que "cuando la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícitas, se procederá a su disolución y liquidación a pedido de parte o de oficio, aplicándose las

normas dispuestas en el art. 18. Los socios que acrediten su buena fe quedarán excluidos de lo dispuesto en los párrs. 3° y 4° del artículo anterior".

Siguiendo el razonamiento de los decisorios comentados hasta sus últimas consecuencias, y por aplicación de las normas indicadas, se podría llegar a la conclusión de que la sociedad que tenga varios dependientes en negro en forma total o parcial constituiría "...un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros...", y su actividad ilícita, correspondiendo, en consecuencia, su disolución o liquidación aun de oficio, independientemente de la responsabilidad solidaria de los socios o controlantes.

Si se considera que el objeto también es ilícito, aquélla sería nula debiendo procederse de igual forma (art. 18, ley 19.550). La consecuencia sería la subsecuente extinción de todos los contratos de trabajo.

Ello no sólo no parece razonable, sino que además la existencia de trabajadores en negro en una sociedad no constituye ni importa que ésta persiga, a través de la voluntad de los socios o controlantes, "fines extrasocietarios" o constituya "...un mero recurso..." o pantalla, sino simplemente implica la realización de un hecho ilícito por una sociedad comercial de la cual aquélla será responsable, hecho éste diferente al presupuesto contemplado por el art. 54, ley 19.550.

En cuanto a la consecuencia de la norma, el párr. 3°, art. 54, señala que "la actuación de la sociedad..." en el sentido definido por la norma "...se imputará directamente a los socios o controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados". La responsabilidad directa de los socios o controlantes es una consecuencia de la caída del velo societario: se prescinde del acto simulado (sociedad) y emerge la responsabilidad directa de los socios o controlantes intervinientes en el acto ilícito oculto real, los que responden en forma solidaria e ilimitada frente a los damnificados.

Cabe agregar, por otra parte, que el párr. 3°, art. 54, responsabiliza, en las condiciones y situaciones antedichas, a los socios o controlantes, no a los administradores de la sociedad.

Los socios son aquellas personas que en forma organizada "...se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas" (art. 1°, LSC), esto es, aquellas personas físicas o jurídicas que participan de una sociedad.

Los controlantes, conforme al art. 33, ley 19.550, son aquellas sociedades que en forma directa o indirecta (por medio de otra sociedad), a través de participaciones de cualquier título, tienen los votos necesarios para "...formar la voluntad social en las reuniones sociales...", o quienes ejerzan influencia sobre la sociedad "...como consecuencia de las acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades". Como se advierte de lo expuesto, los controlantes son sociedades que por los medios expuestos ejercen el dominio sobre otra sociedad.

De modo que aun desde este aspecto y prescindiendo de lo que es la "consecución de fines extrasocietarios", la norma es insusceptible para responsabilizar a los directores de la sociedad anónima o a los socios gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada.

Además, y en cuanto a los socios y las sociedades controlantes, cabe señalar que la norma del párr. 3°, art. 54, no establece una responsabilidad genérica o presunta de aquéllos, sino que únicamente serán responsables en forma solidaria e ilimitada aquellos que con su actuación "hicieron posible" la "consecución de fines extrasocietarios".

De este modo, deberá probarse, con criterio restrictivo y excepcional, en cada caso y por quien la invoque, la responsabilidad que le cupo a cada socio y a cada sociedad controlante. Ello es así, por cuanto se trata de la imputación de responsabilidad a un tercero ajeno a la relación original, producida como consecuencia del avasallamiento de la personalidad jurídica otorgada por ley.

Pero reitera, en definitiva, que en ningún caso dicha norma alcanzaría a responsabilizar a los socios o controlantes por algún o algunos empleados que tuvieran en negro, ya que ello, si bien es un ilícito, no es una actuación extrasocietaria ni la utilización de la sociedad como un mero recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o frustrar los derechos de terceros.

Como reflexión final sobre este tema señala que si bien la norma no lo prevé, esta doctrina —con referencia a los terceros— tiene sentido en tanto y en cuanto la sociedad aparente o encubridora sea insolvente, ya que si ésta tiene un patrimonio que le permita afrontar sus obligaciones o responsabilidades, no se advierte cuál sería el interés concreto de los acreedores en perforar la personalidad jurídica si sus créditos están garantizados.

Y digo ello por cuanto si se pierde de vista el concepto puede suceder una utilización abusiva de dicha institución (conf. art. 1071, CCiv.). Por ello, y para evitar esta circunstancia, por razones de economía procesal y con el propósito de evitar un nuevo juicio, el socio controlante podría ser demandado en forma subsidiaria junto con la sociedad, para el caso de que se acreditara la insolvencia de ésta.

Distinto es el supuesto de la responsabilidad de directores, gerentes y, en general, representantes de sociedades comerciales donde la discusión se traslada al ámbito procesal y resultan aplicables los arts. 59, 157 y 274, ley 19.550 (LSC).

Con relación al art. 274, LSC, en el caso "Duquelsy" se extiende la condena en forma solidaria al presidente del directorio de la sociedad anónima demandada con fundamento en dicho artículo.

El art. 274 en su párr. 1° establece que "los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave".

Liminarmente y aunque resulte evidente, cabe destacar que la responsabilidad que establece la norma citada no es del presidente del directorio de la sociedad anónima, sino de aquellos directores —incluido el presidente— que hubiesen desempeñado mal su cargo conforme los estándares del art. 59, o bien violado la ley, el estatuto o el reglamento o producido daños por dolo, culpa grave o abuso de facultades.

*Gagliardo* señala que, en el caso de las sociedades por acciones, "...la obligación del director queda enmarcada dentro de las obligaciones de medios", y agrega: "Tratándose de obligaciones de medios, la carga de la prueba recae sobre el acreedor, que deberá probar la culpa del deudor, es decir que éste no puso de su parte los medios razonablemente exigibles para cumplir su obligación".

La responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas y, por ende, su responsabilidad solidaria e ilimitada, no es presunta, sino que debe probarse por quien la invoca, en cada caso y con relación a cada director conforme a las reglas que mencionan los párrs. 2° y 3°, arts. 274 y 275, ley 19.550. De modo tal que puede resultar que alguno o algunos de los directores sean responsables en las condiciones indicadas y otro u otros no lo sean.

A ello cabe agregar que Farina considera que tal acción contra el director de la sociedad anónima sólo puede ejercerse cuando el patrimonio de la sociedad es insuficiente para afrontar dichos créditos, ya que de otra forma carecería de sentido.

Es indudable que el art. 274 mencionado no establece la responsabilidad exclusiva del presidente del directorio, ni la conjunta y genérica de los directores, sino que únicamente responsabiliza en forma ilimitada y solidaria a quienes resulten responsables de los actos señalados en dicho artículo, hecho éste, reitero, que deberá probarse en cada caso por quien invoque dicha responsabilidad.

No debe olvidarse que se trata de un supuesto de responsabilidad regulado y establecido por la ley mercantil, de modo tal que la cuestión debe resolverse conforme su sistema y principios, resultando desacertado aplicar o recurrir a principios o interpretaciones de otro sistema jurídico; en el caso, el laboral, para resolver dicha cuestión aunque sea consecuencia o derivación de un contrato de trabajo. Y en este aspecto cabe agregar que, en la materia indicada, la solidaridad no se presume, siendo por ende de interpretación restrictiva y la prueba a cargo de quien la invoca.

De este modo, y con referencia a los casos analizados, los actores debieron probar la concurrencia de los presupuestos de responsabilidad que habilitan la reparabilidad del daño sufrido y de esta manera hacerla efectiva con relación a la responsabilidad concreta que le cupo a cada director de la sociedad o al cuestionado, por la inscripción laboral irregular, y éstos eventualmente probar su falta de responsabilidad conforme al sistema que prevé el art. 274, ley 19.550. Entiendo que la sola circunstancia de la irregularidad no implica la responsabilidad automática del o de los directores.

## III. TRANSFERENCIA Y CESIÓN DEL CONTRATO

### 1. Novación subjetiva del contrato de trabajo

La legislación laboral se ocupa de la transferencia del contrato de trabajo, conceptualizándola como todos aquellos casos en que en forma transitoria o definitiva surja un nuevo receptor y director del trabajo, se trate de un particular o del Estado.

Existe novación subjetiva del contrato cuando se produce el cambio del sujeto empleador. La LCT se ocupa de dos casos:

1) la transferencia del establecimiento o la actividad (arts. 225 y 228), en el que cambia la persona física o jurídica del empleador (con prescindencia de su carácter civil o comercial) y no se requiere conformidad del "personal transferido" (aunque puede objetar el cambio si resulta lesivo para sus derechos);

2) la "cesión del trabajador" sin transferencia (art. 229), en el cual la modificación afecta al trabajador individualmente, resultando condición esencial su conformidad.

1) *Transferencia del establecimiento o actividad (colectiva)*: puede manifestarse de dos formas:

a) como cesión del establecimiento o cesión de la titularidad del "dominio". Puede ser definitiva o transitoria: en el supuesto del art. 227 se dan dos transferencias sucesivas (del titular al arrendatario y, vencido el plazo del contrato, de éste a aquél); en el caso del art. 228, párr. 3°, como "arrendatario, usufructuario, tenedor a título precario o por cualquier otro modo", venta, cesión, donación, etcétera;

b) como transferencia de la actividad a la que estuviere afectado el grupo, cesión del contrato de locación de obra, explotación, concesión u otro análogo, en forma definitiva o transitoria (art. 228, párr. 5°). En la práctica, esto produce no sólo la transferencia de las personas que integran el grupo, sino también la del servicio o plan de trabajo (por ejemplo, se da en la explotación minera y servicios públicos).

2) *Cesión de personal (individual)*: aquí 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. Es habitual en la práctica profesional del fútbol.

No hay un nuevo contrato; continúa el anterior con cambio de la persona del empleador y el anterior empleador responde "solidariamente por todas las obligaciones resultantes de la relación de trabajo cedida" (art. 229, LCT); constituye un caso de transferencia pura de la relación laboral.

## 2. Transferencia del establecimiento

La LCT contempla la situación del adquirente o sucesor de un establecimiento en caso de transferencia y las obligaciones emergentes del contrato de trabajo.

El art. 225 expresa que "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 aquellas que se originen con motivo de la misma. El contrato de trabajo, en tales casos, continúa con el sucesor o adquirente, y el trabajador conservará la antigüedad adquirida con el transmitente y los derechos que de ella se deriven".

Para que exista transferencia de establecimiento debe haber un cambio de empleador y de los créditos y deudas relacionados con la actividad del establecimiento. Deben ser incluidos la venta, la cesión, la donación, la transferencia mercantil de un fondo de comercio (ley 11.867), el arrendamiento o la cesión transitoria del establecimiento (art. 227, LCT), el caso del usufructuario o tenedor a título precario (art. 228, LCT), la sucesión *mortis causa*, el traspaso mediante compraventa en subasta pública y la fusión de sociedades (art. 82, ley 19.550).

Para Guisado, la transferencia se verifica cuando, por cualquier motivo, se produce, de manera transitoria o definitiva, el cambio de titularidad de una o varias unidades productivas.

En cambio, no encuadran en el concepto amplio de transferencia de la LCT: el caso de transformación de sociedades (arts. 74 y ss., ley 19.550), ya que se mantiene el mismo sujeto con un tipo societario distinto; la transferencia en el caso de regularización de sociedades de hecho, ya que continúa el mismo sujeto bajo una forma diferente, es decir, no existe sucesión; los casos de licitación, ya que la explotación del negocio pasa a otro sin un vínculo de sucesión directa y convencional, sino por medio de un acto de licitación.

Resulta claro que *el empleador se puede sustituir durante la relación laboral sin que se extinga el contrato de trabajo*, ya que es personalísimo e infungible sólo respecto del trabajador (en caso de muerte no se transmite a los herederos).

*La empresa puede sufrir transformaciones* —por ejemplo, ser transferida total o parcialmente por venta o cesión— y *dichos cambios*, en principio, *no afectan al trabajador*. Si continúa el contrato, conserva todos sus derechos (entre ellos, la antigüedad), resultando nulo todo pacto en contrario fijado entre cedente y adquirente.

*En los casos de transferencia del establecimiento, se produce también la transferencia del contrato de trabajo*, lo que significa que *pasan al nuevo titular todas las obligaciones que surgen de los contratos individuales de trabajo vigentes al momento del cambio de titular*. El adquirente debe reconocer al trabajador todos sus derechos, entre ellos, la antigüedad.

No necesariamente la transferencia debe abarcar toda la empresa; podrían ser transferidas sólo algunas sucursales o secciones. Lo que resulta imprescindible es que la parte de la empresa transferida pueda operar como una unidad técnica productiva.

La excepción a esa regla está contenida en el art. 199, ley 24.522, que establece que en caso de quiebra con continuación de la explotación, el adquirente de la empresa "no es considerado sucesor del fallido y del concurso respecto de todos los contratos laborales existentes a la fecha de la transferencia"; en tal caso, todas las deudas salariales o indemnizatorias de causa u origen anterior a la enajenación "serán objeto de verificación o pago en el concurso, quedando liberado el adquirente respecto de los mismos".

En cuanto a las *responsabilidades del empleador anterior —transmitente— y del actual —adquirente—*, cabe distinguir lo siguiente:

*a) obligaciones existentes al momento de la transferencia*: ambos son solidariamente responsables;

*b) obligaciones futuras (nacidas con posterioridad a la transmisión)*: el nuevo empleador es responsable exclusivo.

Por lo tanto, *el nuevo empleador (adquirente) asume en forma solidaria las deudas anteriores y es deudor exclusivo de las que se generen a partir de la transferencia* (art. 228, LCT).

El *fundamento* radica en *proteger al trabajador contra posibles maniobras fraudulentas*, como, por ejemplo, la transmisión del establecimiento a un adquirente insolvente.

Las obligaciones "existentes a la época de la transmisión" son tanto las obligaciones exigibles en ese momento como las obligaciones devengadas en favor del trabajador, aunque no tengan el plazo vencido.

Por ejemplo, si se transfiere el contrato el 30 de septiembre, el SAC devengado antes de la transferencia, por haber trabajado entre julio y septiembre, no es exigible en ese momento, pero el adquirente lo tendrá que pagar el 31 de diciembre junto con el correspondiente a la fracción del semestre en el cual el dependiente trabajó para él.

Es importante destacar que la solidaridad no sólo abarca las deudas con los trabajadores que siguieron trabajando para el adquirente, sino también las deudas de los dependientes cuyos contratos de trabajo se extinguieron con anterioridad a la transferencia.

***Fallo plenario 289, "Baglieri"***. La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al dictar el fallo plenario 289, del 8/8/1997 ("Baglieri, Osvaldo D. v. Francisco Nemec y Cía. SRL"), resolvió la controversia respecto de la aplicación amplia de las normas laborales que fijan la solidaridad empresaria en lo atinente a los trabajadores cuya relación laboral haya cesado con anterioridad a la cesión o transferencia del establecimiento y que eran titulares de obligaciones laborales no abonadas.

Estableció que "el adquirente de un establecimiento en las condiciones previstas en el art. 228, LCT, es responsable por las obligaciones del transmitente derivadas de relaciones laborales extinguidas con anterioridad a la transmisión".

La *postura mayoritaria* en dicho plenario —avalada por la opinión del fiscal general del Trabajo y los votos de Guibourg y Fernández Madrid— sostiene que existe una necesidad imperante de *proteger al acreedor laboral* y afirma que la intención del legislador fue otorgar al trabajador la tutela de sus derechos sin formalismos de difícil cumplimiento.

Entiende que resulta conveniente priorizar el principio de unidad de empresa y garantizar los créditos laborales anteriores o posteriores a la transferencia del establecimiento y la reivindicación de la interpretación normativa más favorable al trabajador mediante la aplicación del principio *in dubio pro operario*.

El fiscal general del Trabajo —Eduardo Álvarez— señaló que la LCT intentó establecer un sistema reparador de las disposiciones aisladas de nuestro ordenamiento que concernían a la transferencia de establecimientos en su acepción más amplia y que tuvo por norte la continuidad de la relación laboral, la sucesión automática de los vínculos y la protección intensa del acreedor, basada en una solidaridad pasiva entre cedente y cesionario, neutralizando posibles maniobras de vaciamiento que afecten el patrimonio como garantía común.

Concluye que *la tendencia a tutelar al acreedor ante el "cambio de deudor" debe ser más intensa cuando se trata de un trabajador*.

Guibourg expresó que existe una justificación para imponer al cesionario el pago de deudas que no contrajo y cuya existencia tal vez no conozca: en el acto de adquirir el establecimiento está en condiciones de averiguar el pasivo que pesa sobre el transmitente; y, en todo caso, puede exigir de éste las garantías adecuadas para no verse perjudicado más allá de lo previsto.

El trabajador, en cambio, carece de estas facilidades y, desaparecido el empleador originario, no tiene otro punto de referencia que el lugar de trabajo y la persona de su nuevo titular.

Fernández Madrid manifestó que el art. 225, LCT, menciona "todas las obligaciones que el transmitente tuviera con el trabajador al tiempo de la transferencia"; por tanto, si la ley no distingue entre los trabajadores en actividad y los trabajadores cuyos contratos concluyeron con anterioridad a la transferencia, no corresponde formular distinción alguna.

La norma busca asegurarle al trabajador la garantía que da la titularidad del establecimiento en orden al cobro de su crédito, puesto que el transmitente no deja de ser también deudor en virtud de la solidaridad que establece el art. 228, LCT. Por ello, *no resulta viable considerar incluidos en la norma sólo los créditos derivados de los contratos de trabajo todavía vigentes al momento de efectuarse la transferencia.*

La *postura minoritaria* —encabezada por Morando— entiende que deben ser analizados los arts. 228 y 225, LCT, en concurrencia, ya que este último se refiere a las "obligaciones emergentes del contrato de trabajo existentes a la época de la transmisión", sin obligar al adquirente del establecimiento por obligaciones de contratos no existentes.

Morando sostuvo que cuando la ley menciona al trabajador, se refiere, obviamente, a una de las partes de un contrato de trabajo. Quien fue parte de un contrato de trabajo extinguido no es, técnicamente, trabajador, ni interesa a la LCT, que regula la celebración, ejecución, efectos y extinción de ese contrato.

*Los arts. 225 y 228 tienen en cuenta los contratos de trabajo en curso de ejecución al tiempo de la transferencia*, para disponer su continuación con el adquirente en las condiciones en que se encontraran cuando ella tiene lugar (art. 225), para extender al adquirente las obligaciones que pesaban sobre el empleador, sin liberar a éste y para consagrar la solidaridad entre ambos respecto de ellas (art. 228). De tal suerte, *lo que el adquirente asume son trabajadores con sus créditos y no acreedores laborales.*

Los créditos de los trabajadores, anteriores a la enajenación, cualquiera fuera su causa, deben ser verificados en el concurso y abonados por éste; el adquirente está liberado ya que no asume obligación laboral alguna del quebrado.

Las relaciones de trabajo que continuaron con el adquirente se consideran extinguidas de pleno derecho con el fallido y como recién concertadas con un tercero respecto de aquéllas.

El adquirente no es deudor solidario respecto de los débitos de su antecesor en la explotación, como sucede en el régimen de la LCT (art. 225, LCT): sólo asume las obligaciones propias desde el momento en que se produce la transferencia. Al efecto, la norma ha establecido una separación absoluta entre ambos procesos de actividad.

Diferente es el caso en el proceso del concurso preventivo cuando el concursado procede a la "entrega de bienes" (negociación del art. 43, ley 24.522), que puede consistir en la transferencia total o parcial del fondo de comercio; aquí se produce una "transferencia del contrato de trabajo" (art. 225, LCT) respecto de las relaciones laborales vigentes en el ámbito cedido.

### 3. Supuestos particulares de transferencia

Determinadas situaciones han merecido una regulación específica; por ejemplo, la transferencia del fondo de comercio, licitación, concesión (pública o privada), subasta judicial, fusión, escisión y transformación de sociedades comerciales y la quiebra del empleador en virtud de las modificaciones introducidas por la ley 24.522.

En el caso de la *transferencia de fondo de comercio* [5], que en nuestro país se rige por la ley 11.867, se consideran elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio, a los efectos de su transmisión por cualquier título: las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística [6].

La validez ante terceros de la enajenación del fondo de comercio requiere la publicación de edictos, el otorgamiento del instrumento de venta y su inscripción en el Registro Público de Comercio; requisitos éstos sin los cuales el acto no puede ser opuesto a los acreedores del vendedor (conf. arts. 2°, 4° y 7°, ley 11.687).

En materia laboral, las disposiciones de los arts. 225 y ss., LCT, incluyen también la transferencia del fondo de comercio. Por ello, la transmisión de las obligaciones emergentes de la relación laboral por estas causas opera automáticamente, sin necesidad de que el trabajador deba manifestar la oposición prevista por el art. 4°, ley 11.687, o deba cumplir con las demás cargas establecidas en esas disposiciones.

El trabajador puede, de todas formas, invocar el régimen de responsabilidad solidaria de la ley 11.867, que involucra no sólo al adquirente y transmitente, sino también al martillero o escribano actuante. Ello en virtud de lo dispuesto en los arts. 10 y 11 de la norma citada, que establecen que si habiendo oposición el rematador hiciera pagos o entregas al vendedor, queda obligado solidariamente con éste respecto de los acreedores, hasta el importe de las sumas que hubiera aplicado a tales objetos.

En lo referido a la licitación y concesión, la doctrina se encuentra dividida, aunque la mayoría, entre ellos Krotoschin, Fernández Madrid, Vazquez Vialard, Hierrezuelo y Núñez, sostienen que no se aplican aquí las disposiciones de la transferencia.

También se encuentran divididas las opiniones en el caso de la *subasta pública*, donde Krotoschin y Vazquez Vialard la excluyen, y Fernández Madrid y Justo López, la admiten.

Un caso singular lo presenta la transformación que, según el art. 74, ley 19.550, opera cuando una sociedad adopta otro de los tipos previstos, no se disuelve ni se alteran sus derechos y obligaciones.

No se trata de un supuesto de novación subjetiva, porque no hay un cambio de sujeto, sino que continúa la misma persona con un tipo societario distinto; sin embargo, la adopción de otro tipo societario podría traer aparejada, según el caso, una disminución de la garantía del trabajador.

En cuanto a las figuras de *fusión* y *escisión*, están reguladas en la secc. XI de la ley 19.550, que en su art. 82 establece que hay fusión cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse para constituir una nueva o cuando una ya existente incorpora a una u otras, que sin liquidarse sean disueltas.

El artículo agrega que la nueva sociedad o la incorporante adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas, produciéndose la transferencia total de sus respectivos patrimonios al inscribirse en el Registro Público de Comercio el acuerdo definitivo de la fusión y el contrato o estatuto de la nueva sociedad o el aumento de capital que hubiere tenido que efectuar la incorporante.

El art. 88, LCT, prevé que la escisión opera:

— cuando una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes o para participar con ellas en la creación de una nueva sociedad;

[5] Se puede definir el fondo de comercio como el conjunto organizado de fuerzas productivas, bienes y derechos cuya unidad funcional se ubica en el plano comercial o industrial y que endereza a obtener lucro para su titular.

[6] Art. 1°, ley 11.867.

— cuando sin disolverse destina parte de su patrimonio para constituir una o varias sociedades nuevas;

— cuando se disuelve sin liquidarse para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades.

Respecto de los supuestos de *quiebra del empleador*, con la sanción de la ley 24.522, el principio de conservación de la empresa sufrió profundas transformaciones, ya que ahora el síndico puede continuar de inmediato con la explotación de la empresa en forma excepcional, en aquellos casos en los que de la interrupción de la explotación pudiera resultar, con evidencia, un daño grave al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio.

Sin embargo, el juez podría poner fin a ésta, antes del vencimiento del plazo fijado [7], si la explotación resulta deficitaria o de cualquier otro modo importa un perjuicio para los acreedores. Asimismo, cabe recordar que sustrajo la competencia de los jueces laborales en el conocimiento de dichas causas, con consecuencias negativas.

## 4. Efectos de la transferencia del establecimiento

La transferencia del establecimiento genera determinadas consecuencias jurídicas, resultando la principal la continuación de la relación de trabajo, o sea, la mutación en la persona jurídica del empleador. El art. 225, LCT, categóricamente dispone que "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".

En el mismo sentido, el art. 227 —referido a la transferencia transitoria del establecimiento— establece que el art. 225 se aplica a estos supuestos, tanto al momento de la transmisión precaria o transitoria, como en el instante en que el propietario del establecimiento o el cedente original recuperen el establecimiento cedido.

Así, el adquirente ocupa la misma posición jurídica que antes ocupaba el transmitente, pasando a aquél la totalidad de las relaciones laborales vigentes hasta ese momento, como también la totalidad de derechos y deberes, incluidas todas las relaciones laborales vigentes hasta el instante mismo de la transferencia, incluso aquellas preavisadas.

El adquirente debe reconocer a los trabajadores la antigüedad, la categoría, la jornada de trabajo, la remuneración y demás condiciones mantenidas con el transmitente, siendo *res inter alios acta* los acuerdos que hayan celebrado las partes en sentido contrario.

Pero no sólo se transfieren las obligaciones de ejecución, sino también las de conducta, es decir, aquellos imperativos de tipo moral que deben ser respetados siempre por las partes (buena fe, colaboración, solidaridad, diligencia, etc.). De ahí que los antecedentes, tanto favorables como desfavorables del trabajador, deben ser tenidos en cuenta por el nuevo empleador.

En lo que hace a la antigüedad, por imperio de lo dispuesto por el art. 18, LCT, debe computarse la totalidad del tiempo trabajado para el anterior empleador y no sólo en el establecimiento si la empresa tenía varios y el trabajador se desempeñó en algunos de ellos.

Sin embargo, la doctrina se encuentra divida respecto de si se le debe reconocer la antigüedad a un trabajador que antes se había desempeñado para el antiguo titular y reingresa a la empresa bajo la dependencia del nuevo empleador.

Algunos entienden que de acuerdo con la interpretación que cabe asignar a la norma que al efecto expresa, "conservará la antigüedad adquirida con el transmitente y los derechos que de ella se deriven"; esto se debe concatenar con la referencia a que "pasarán al sucesor o adquirente

[7] Conf. VITOLO, Daniel R., "Reflexiones sobre continuación de la explotación de la empresa en quiebra y solidaridad laboral en su transferencia", *Revista de Derecho Laboral*, 2001-1, "La solidaridad en el contrato de trabajo", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 286.

todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo que el transmitente tuviera con el trabajador al tiempo de la transferencia" (art. 225, LCT). En el caso del reingresante, no se podría acumular la antigüedad anterior que hubiera tenido.

Otro sector, entre ellos Vazquez Vialard, sostiene que si se tiene en cuenta que lo relevante en la relación laboral no es la persona física sino la organización dentro de la cual el empleado se integra al puesto de trabajo que desempeña, no es exagerado admitir un cierto grado de personalización de la empresa.

Sin embargo, hay que distinguir antigüedad de fecha de ingreso. Lo que debe reconocer el adquirente es la antigüedad adquirida con el anterior empleador, pero debe registrar como fecha de ingreso la de la transferencia, porque es en realidad el momento en el cual comienza a ser empleado del adquirente.

## 5. Cesión del contrato y cesión temporaria de personal

En caso de *cesión del contrato* —sin necesidad de cesión del establecimiento—, *éste se transfiere a otro empleador*, es decir que *se produce la cesión del personal*. Se trata de transferencia de la relación de trabajo sin transferencia del establecimiento.

Para que la cesión del personal sea admisible, *se requiere la aceptación expresa y por escrito del trabajador*; producida la cesión, el cedente y el cesionario responden solidariamente por todas las obligaciones resultantes de la relación cedida (art. 229, LCT).

En caso de transferencia o cesión de un jugador profesional de fútbol a otro club, el estatuto especial requiere su consentimiento expreso (art. 14, ley 20.160).

La solidaridad está limitada a las deudas devengadas en el momento de la transferencia de la relación y —salvo caso de fraude (art. 14, LCT)— no se extiende a las que surjan en el período posterior de la relación transferida.

Es diferente cuando una empresa cede a uno o varios de sus trabajadores para prestar servicios en forma temporal en otra empresa. El trabajador cedido temporalmente sigue siendo dependiente del empleador cedente, ello sin perjuicio de que el empleador cesionario asuma determinadas obligaciones (por ejemplo, de seguridad e higiene). Éste no es el supuesto de las empresas de servicios temporarios, que contratan por su cuenta a trabajadores, que buscan un empleo temporal, para proveer a otras empresas de mano de obra temporaria para satisfacer exigencias momentáneas.

En caso de cesión o arrendamiento transitorio del establecimiento, se aplican los arts. 225 y 226, LCT, pero al vencimiento de los plazos previstos el propietario (cedente o locador) asume las mismas obligaciones establecidas en el art. 225 para el momento en el cual recupere el establecimiento cedido precariamente (art. 227, LCT).

Atento al carácter transitorio de la cesión, el nuevo empleador tendrá a su cargo exclusivo la gestión transitoria de la empresa pero, finalizado el contrato, debe reintegrar al cedente originario la explotación del establecimiento. El cedente es solidariamente responsable por las obligaciones emergentes al momento de la recuperación del establecimiento.

## 6. Situación de despido

*Si la transferencia del establecimiento ocasiona al trabajador un perjuicio* —que, valorado con el criterio del art. 242, LCT, configure injuria que torne imposible la continuación del contrato—, *se podrá considerar extinguido el vínculo laboral*.

*En principio, el trabajador no puede considerarse despedido por la mera transferencia del fondo de comercio o por el cambio del empleador*, salvo que estas circunstancias le produzcan un daño.

Pero si como consecuencia de ella cambia el objeto de la explotación, se alteran las funciones o los cargos, se produce la separación de secciones o sucursales y ello causa una disminución de la responsabilidad patrimonial del empleador, el trabajador puede considerarse despedido, invocando que la transferencia o el cambio del empleador le ha provocado una injuria que imposibilita la continuación del vínculo (art. 226, LCT).

El art. 226, LCT —que efectúa una enumeración enunciativa de algunos casos que justifican el despido indirecto del trabajador—, debe ser valorado en concordancia con el art. 66, que se refiere al ejercicio del *ius variandi*, y con el art. 12, que se ocupa de la irrenunciabilidad de los derechos.

Resulta claro que con motivo de la transferencia no se pueden modificar elementos esenciales del contrato en forma unilateral, excediendo tal actitud el ejercicio legítimo del *ius variandi*.

Para hacerlo se requiere el consentimiento de ambas partes, y ya no se trata de un caso de *ius variandi*, sino que debe ser analizado a la luz del principio de irrenunciabilidad. De imponer el empleador unilateralmente modificaciones esenciales, el trabajador puede considerarse despedido en forma justificada. En este caso, tanto el transmitente como el adquirente del establecimiento son solidariamente responsables del pago de la indemnización pertinente (art. 225, LCT).

Si la transferencia produce para el trabajador un cambio de régimen jurídico por la aplicación de otras normas legales o convencionales menos favorables a las que resultaban de aplicación anteriormente, y pierde derechos adquiridos (por ejemplo, la antigüedad), es justificado el despido indirecto en que se coloca el trabajador.

En caso de que la transferencia se realice libre de personal, se produce el despido de todos los trabajadores, los cuales tienen derecho al pago de las pertinentes indemnizaciones por despido injustificado.

Resultan solidariamente responsables del pago ante el trabajador el transmitente y el adquirente, sin perjuicio de lo pactado entre ellos, que es inoponible a los trabajadores. Quienes continúen trabajando con el adquirente inician una nueva relación laboral; por tanto, no corresponde el reconocimiento de los beneficios anteriores (por ejemplo, la antigüedad), ya que se trata de otro contrato de trabajo y el trabajador fue indemnizado por el anterior.

## 7. Transferencia en favor del Estado. Privatizaciones

El art. 230, LCT, dispone expresamente que *lo dispuesto en los arts. 225 a 229 no rige cuando la cesión o transferencia se opera a favor del Estado*; en estos casos, los trabajadores podrían quedar regidos por los estatutos y convenios de las empresas del Estado. Se produce un cambio del régimen legal aplicable a la relación jurídica: se pasa de una de carácter privado a otra regida por el derecho administrativo laboral.

Lo expuesto no se aplica a la situación inversa de privatización de una empresa estatal. En los casos de *privatizaciones de empresas públicas*, se discutió si entre las partes mediaba un contrato de transferencia y, por ende, resultaban aplicables los arts. 225 y 228, LCT, que regulan las transferencias de establecimientos y la solidaridad entre los adquirentes o, al contrario, si *las normas particulares en materia de privatización* (ley 23.982 y distintos decretos) *desplazan la aplicación de la responsabilidad solidaria* establecida en la LCT.

Jurisprudencialmente se dispuso que para que se tornen aplicables los arts. 225, 228 y concs., LCT, es necesario que la transferencia se realice mediante un vínculo de sucesión directa o convencional; en tal sentido, *cuando el cambio de empleador responde a una licitación, está ausente la sucesión propiamente dicha, por lo cual no existe vínculo que une al propietario*

*primitivo con el posterior* (sala 2ª, 11/9/1992, "López y otros v. Entel", y dictamen 13.544 del fiscal general del Trabajo).

Mientras el sistema de tutela del acreedor laboral diseñado en la LCT tiende a preservarlo en las hipótesis fraudulentas, esta circunstancia no puede presumirse cuando quien efectúa la licitación internacional que culmina en la transferencia de la empresa es el propio Estado nacional.

La ley 23.696 es una norma particular que regula el proceso privatizador y que desplaza la aplicación de la LCT, ya que representa la reforma del Estado y establece expresamente que el Poder Ejecutivo puede fijar las condiciones y las políticas referidas a las empresas (arts. 11 y 15, inc. 12).

El Congreso de la Nación legitimó, en el marco de una emergencia, dicha facultad, al otorgar respaldo legal a las prerrogativas tendientes a facilitar las condiciones de contratación que excluye el amplio espectro de responsabilidad dispuesto en los arts. 225, 228 y concs., LCT, e impide invocar la solidaridad pasiva por la transferencia.

No obstante, el art. 42, ley 23.696, estableció que "durante el proceso de privatización ejecutado según las disposiciones de esta ley, por cualesquiera de las modalidades y procedimientos previstos en sus arts. 17 y 18 el trabajador seguirá amparado por todas las instituciones legales, convencionales y administrativas del derecho del trabajo". De lo transcripto puede colegirse que los arts. 225, 226 y 228, LCT, son aplicables en los procesos de privatización.

De allí que se declara inconstitucional —por exceso en la reglamentación— el art. 44, dec. 1105/1989, que establece que podrá convenirse que el Estado nacional se hará cargo, total o parcialmente, de aquellas obligaciones cuyas causas se originen con anterioridad a la privatización, aunque se exterioricen con posterioridad a ella, o que "en ningún caso será responsable el ente privatizado por los incumplimientos laborales o previsionales anteriores a la privatización, los que estarán a cargo del Estado nacional".

Asimismo, en los decretos de privatización de las distintas empresas se estableció que el Estado nacional se haría cargo total o parcialmente de las obligaciones cuyas causas se originaran con anterioridad a las privatizaciones, aunque se exteriorizaran con posterioridad a ellas (debe darse intervención al Ministerio de Economía). Pero también determinaron claramente que en ningún caso sería responsable el ente privatizado por los incumplimientos laborales o previsionales anteriores a la privatización, los cuales están a cargo del Estado nacional.

Sin embargo, la sala 10ª de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo dispuso que, tal como lo resolviera la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 17/12/1996, en el caso "Di Tulio, Hilda" ("González, Carlos, y otros v. Entel"), las empresas privatizadas que brindan el servicio de telefonía han constituido su patrimonio con una universalidad de hecho, escindida de la que antes había pertenecido al ente estatal, y sucedieron a éste —en las regiones asignadas— en la prestación del servicio público de telecomunicaciones, todo lo cual configura, al decir de la Corte, una "transferencia de establecimiento" en los términos de los arts. 225 y concs., LCT.

En ese precedente, la Corte Suprema indicó que el art. 42, ley 23.696, establece claramente que el trabajador seguirá amparado por todas las instituciones legales, convencionales y administrativas del derecho del trabajo, entre las cuales se cuentan las que tutelan el crédito laboral en los casos de transferencia de establecimiento, directiva legal que no puede ser desconocida por el Poder Ejecutivo mediante los decs. 1105/1989 (art. 44, último párrafo) y 1803/1992, porque ello implicaría transgredir el marco legislativo que el Congreso ha impuesto a la ejecución de la política de reforma del Estado y, por ende, quebrar el principio constitucional de la subordinación del reglamento a la ley. Por ello resulta aplicable a los procesos de privatización lo dispuesto por los arts. 225 y 228, LCT (sala 10ª, 30/6/1997, "Micó, Daniel y otro v. Telecom Argentina, Stet France, Telecom SA").

CAPÍTULO VIII

# PERÍODO DE PRUEBA. MODALIDADES

## I. PERÍODO DE PRUEBA

El *período de prueba es un lapso dentro del contrato de tiempo indeterminado*, que es el contrato típico del derecho individual del trabajo, que no tiene plazo de finalización y que dura hasta que el trabajador esté en condiciones de jubilarse.

Hasta 1995, en la Argentina no estaba previsto formalmente el período de prueba. Sin embargo, desde 1934 (ley 11.729) existía de hecho, ya que durante los primeros tres meses el trabajador no tenía derecho a la indemnización por antigüedad, sino solamente a la sustitutiva de preaviso (un mes de remuneración). En esa época también fueron sancionados estatutos profesionales que incluyeron el período de prueba; por ejemplo, la ley 12.981 de Encargados de Casa de Rentas.

### 1. Finalidad

El período de prueba está ideado sobre la base del contrato de ensayo del derecho italiano, y apunta a que el empleador que contrata cuente con un lapso para evaluar si la elección del trabajador fue correcta. Es un instituto que rige en la mayoría de los países del mundo.

No puede desconocerse que el desempeño de determinadas actividades exige del dependiente la puesta en práctica de conocimientos y habilidades específicas cuya adecuada valoración por el empleador sólo es factible con la observación detallada del trabajador en el transcurso de un tiempo; a tal efecto, no resulta suficiente el examen precontractual práctico y/o teórico que pudiera efectuarse de las aptitudes del postulante.

Esta realidad fue la que motivó la inserción del período de prueba en los estatutos especiales, ya que todas las actividades no presentan las mismas características, lo cual torna necesario regular determinadas relaciones jurídicas de acuerdo con las modalidades propias de esas ocupaciones.

Como lo definiera Carlos Etala, en términos que comparto, la finalidad del período de prueba es permitirle al empleador apreciar las aptitudes y destrezas que ostenta el trabajador para cubrir el puesto de trabajo vacante [1].

La introducción del período de prueba no importa el abandono de la preferencia del legislador por los contratos de duración indefinida (arts. 90, LCT, y 27, ley 24.013), sino sólo la adopción de un instituto —que se inserta en este contrato— que tuvo en mira como finalidad principal "facilitar la entrada de nuevos trabajadores en el mercado de trabajo estimulando su contratación por parte de las empresas", presuponiendo que en el lapso reglado el empleador "podrá apreciar si el trabajador tiene las habilidades y destrezas necesarias para cubrir en forma definitiva el puesto de trabajo requerido", por lo que se otorgaron incenti-

[1] ETALA, Carlos A., *Contrato de trabajo*, Astrea, Buenos Aires, cit. por HIERREZUELO, Ricardo D. - AHUAD, Ernesto, "Período de prueba. Constitucionalidad y marco regulatorio", DLE, nro. 181, septiembre 2000, ps. 749/762.

vos y precauciones como la obligación de registrar al trabajador tanto en el libro del art. 52, LCT, como en el SURL.

## 2. Naturaleza jurídica

Varias son las corrientes que intentan explicar la naturaleza jurídica de este instituto. Se ha sostenido que se trata de un precontrato o contrato preliminar.

Para otros autores, como Barassi y García Martínez, se trata de un contrato de trabajo bajo condición suspensiva.

También se ha considerado un contrato de trabajo bajo condición resolutoria.

Un sector de la doctrina concibe el período de prueba como un contrato independiente —convención autónoma en relación con el contrato definitivo— cuyo objeto es el ensayo.

Parece claro con la expresión del art. 92 bis, LCT, "se entenderá celebrado a prueba", que no puede asignarse la calidad de modalidad contractual autónoma, ya que se trata simplemente de un tiempo fijado por la ley dentro del contrato de tiempo indeterminado (renunciable para las partes), cuya finalización no modifica la esencia del contrato: es el mismo contrato que continúa, por lo cual mal puede entenderse que existen dos contratos sucesivos.

## 3. Derecho comparado

Si bien en términos generales casi todas las legislaciones han regulado este instituto, se aprecian diferencias en lo que respecta a su extensión y a sus condiciones particulares.

En *Europa* presenta las siguientes características.

a) Bélgica: la duración mínima para los operarios es de siete días, con un máximo de catorce. Para los demás trabajadores es de uno a seis meses.

b) España: se puede concertar un período de prueba con sujeción al tiempo de duración que fijen los convenios colectivos. De lo contrario, la duración de dicho período no puede superar los seis meses para los técnicos ni los dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores, aquellos no calificados tienen un período de prueba que no puede superar los tres meses (art. 14.1, Estatuto de Trabajadores).

En *América latina*, también los distintos países lo han regulado en forma diferente.

a) Brasil: noventa días (art. 445, *La Consolidação*).

b) Chile: dos primeras semanas para los trabajadores de casas particulares (art. 147, Código de Trabajo).

c) Paraguay: a) treinta días para el personal doméstico y trabajadores no calificados, b) sesenta días para los trabajadores calificados y aprendices; para los técnicos altamente especializados, teniendo en cuenta las modalidades, las partes pueden fijar otro plazo (art. 58, Código Laboral).

## 4. Antecedentes nacionales

Previo a analizar el sistema instaurado por el art. 92 bis, LCT, conforme a la redacción del art. 2°, Ley de Ordenamiento Laboral 25.877 (BO del 19/3/2004), cabe recordar la evolución histórica del período de prueba dentro del derecho laboral argentino y, particularmente, las modificaciones introducidas por la reforma de la ley 25.250 al instituto.

Aun antes de la entrada en vigencia del art. 92 bis, LCT, en su redacción original (texto según ley 24.465), el período de prueba fue receptado en el derecho positivo a través de determinados estatutos especiales y para regular algunas relaciones jurídicas de acuerdo con las modalidades propias de actividades específicas.

Así, entre los más conocidos se encuentra el régimen del estatuto de encargados de casa de renta (art. 6°, ley 12.981) y el de los conductores particulares (art. 1°, ley 12.867); en

ambos casos, el plazo es de sesenta días, luego de los cuales los trabajadores están amparados por las leyes del trabajo. También el de los médicos, dentistas y farmacéuticos (art. 3°, dec.-ley 22.212/1945) donde se adquiere la permanencia con un desempeño de tres meses.

El período de prueba aparece en la legislación laboral argentina en el año 1995, con la incorporación del art. 92 bis a la LCT mediante la ley 24.465 con una duración de tres meses, extensibles a seis por convenio colectivo de trabajo (en adelante, CCT). La exención contributiva sumado a la extinción del contrato de trabajo sin derecho a indemnización provocó la utilización indebida del período de prueba; así se aplicó en fraude a la ley como un contrato autónomo a plazo y en puestos de trabajo que en principio no eran permanentes, para reemplazar a trabajadores en uso de licencia o enfermos (en los que debía utilizarse el contrato de trabajo eventual).

Posteriormente fue reformado por el art. 3°, ley 25.013, que redujo el plazo legal del período de prueba de tres meses a treinta días —aunque extensible a seis meses por convenio colectivo— y otorgó por esos treinta primeros días a las partes contratantes, las exenciones del apartado 4° del art. 92 bis, LCT, pudiendo durante ese lapso cualquiera de ellas extinguir la relación sin expresar causa y sin derecho a indemnización.

El art. 1°, ley 25.250, estableció que el contrato por tiempo indeterminado, con excepción del contrato de temporada, se entendía celebrado a prueba durante los primeros tres meses, y podía ser extendido por convenio colectivo a seis meses. Si se trataba de pequeñas empresas (art. 83, ley 24.467), el período de prueba era de seis meses, aunque extensible por convenio colectivo a doce meses cuando se trataba de trabajadores calificados según definición que efectuarían los propios convenios.

**El período de prueba en las regulaciones anteriores**

| LEY 24.465 | LEY 25.013 | LEY 25.250 |
|---|---|---|
| 6/4/1995 a 2/10/1998 | 3/10/1998 a 10/6/2000 | Desde el 11/6/2000 al 27/3/2004 |
| Introduce el período de prueba | treinta días → exenciones del pago a la seg. social (igual que el régimen de la ley 24.465) | Empresas en gral. |
| tres meses → excepciones del pago a la seg. soc.: jubilaciones y pensiones; inst. de jubilaciones y pensiones; Fondo de desempleo | seis meses → por CCT → rige el régimen de la LCT | tres meses → extensibles a seis meses |
| Se debe pagar → obra social; asignac. Familiares; LRT (ART) | Se deben pagar todas las cargas sociales | PyMES |
| Extensible a seis meses → por CCT → igual régimen | Posibilidad de reducción de las indemnizaciones hasta el 50% | seis meses → extensibles a doce meses (trabajador calificado) |
| | Durante los treinta días | Obligación de efectuar los aportes y contribuciones a la seg. soc. desde el primer día |
| Indem. por antigüedad → No<br>Indem. sust. de preaviso → No | Indem. por antigüedad → No<br>Indem. sust. de preaviso → No | Indem. por antigüedad → No<br>Indem. sust. de preaviso → No |

## 5. Régimen actual. El art. 92 bis, LCT (texto según ley 25.877)

Actualmente rige la redacción del art. 92 bis modificada por la ley 25.877 (BO del 19/3/2004), que dispone lo siguiente:

"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 arts. 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 párr. 4° del art. 212.

"7. El período de prueba, se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la seguridad social".

Las *principales modificaciones* introducidas por el art. 2°, ley 25.877, al art. 92 bis, LCT (según la redacción de la derogada ley 25.250), son las siguientes:

Se unifica la duración del período de prueba sin distinción del tipo de empresa y deja de ser una norma de disponibilidad colectiva, ya que no prevé que se pueda extender el plazo mediante convenio colectivo.

Además, durante ese lapso, cualquiera de las partes puede extinguir la relación sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, pero con obligación de preavisar según lo establecido en los arts. 231 y 232, LCT.

A tal efecto se establece un plazo de preaviso de quince días que corre desde el día siguiente al de la notificación. En caso de no otorgarse se debe abonar la indemnización sustitutiva de preaviso (quince días) pero no la integración del mes de despido.

### *5.1. Reglas*

A modo de síntesis, se pueden enumerar las principales reglas del período de prueba que surgen del art. 92 bis, LCT.

a) Forma parte del contrato por tiempo indeterminado. El contrato comienza desde el momento de su celebración, pero durante los primeros tres meses "se entiende celebrado a prue-

ba"; por lo tanto, las partes de común acuerdo o el empleador en forma unilateral pueden eliminar o reducir la duración de dicho período.

b) Sólo se aplica en el contrato de tiempo indeterminado. No rige en las contrataciones que constituyen excepción al principio de la indeterminación del plazo: contrato a plazo fijo, contrato eventual, contrato de aprendizaje, ni tampoco en el contrato de trabajo por temporada (art. 96).

c) No se puede contratar a un trabajador más de una vez utilizando el período de prueba.

d) En caso de disolverse el contrato de trabajo durante el período de prueba, si el trabajador reingresa a órdenes del mismo empleador, éste ya no cuenta con el beneficio de dicho período.

e) Se condena en forma expresa el uso abusivo del período de prueba con el objeto de evitar la efectivización de trabajadores, estableciendo la aplicación de las sanciones por infracciones a las leyes laborales (ley 25.212).

Considera especialmente abusiva (abuso del derecho) la conducta del empleador que contrate sucesivamente a distintos dependientes —rotación indefinida de trabajadores a prueba— en un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente.

f) El empleador debe registrar al trabajador que comienza su relación laboral por el período de prueba, y aunque no se especifica la inscripción debe ser efectuada en el libro del art. 52, LCT (libro especial), y en el del art. 84, ley 24.467 (Registro Único de Personal), que son los libros donde se debe registrar la relación laboral.

La falta de registración (art. 7°, ley 24.013) del contrato de trabajo sometido a período de prueba inicial implica la renuncia del empleador a valerse de sus beneficios. Esto significa que es inoponible al trabajador y éste resulta acreedor a la indemnización sustitutiva de preaviso omitido y por despido arbitrario.

g) Las partes tienen los derechos y obligaciones propios del vínculo jurídico, incluidos los derechos sindicales del trabajador, con las excepciones previstas en la propia ley.

h) Si bien durante el período de prueba el trabajador tiene derecho a gozar de las prestaciones por accidente o enfermedad (del trabajo o inculpables), si el empleador extingue el contrato antes de la finalización del período de prueba, las prestaciones de ejecución sucesiva sólo tienen lugar hasta el vencimiento del plazo del período de prueba. En cambio, no resulta aplicable la indemnización por incapacidad absoluta prevista en el art. 212, párr. 4°, LCT.

i) Las partes están obligadas al pago de los aportes y las contribuciones a la seguridad social, con lo cual el período de prueba en sí mismo no le reporta al empleador beneficio adicional alguno en este sentido.

j) En el período de prueba la extinción no se produce en forma automática sino que requiere de un acto formal: la parte que desee extinguir el contrato debe preavisar por escrito con quince días de antelación; de lo contrario, deberá abonar la indemnización sustitutiva de preaviso. Sin embargo, el empleador no debe abonar la integración del mes de despido.

Efectuando un análisis más exhaustivo de las reglas que deben cumplirse durante el período de prueba, cabe consignar lo siguiente:

Distingue la conducta prohibida (aps. 1° y 3°) de la conducta abusiva (ap. 2°). La *conducta prohibida* se verifica cuando el empleador no registra el período de prueba o contrata más de una vez al mismo trabajador utilizando el período de prueba; genera la presunción de que el empleador renunció al instituto. La *conducta abusiva* se produce cuando el empleador contrata en forma sucesiva a distintos trabajadores para el mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente; genera sanciones previstas en los regímenes sobre infracciones a las leyes laborales.

El *apartado 1°* mantiene la prohibición de contratar a un mismo trabajador más de una vez utilizando dicha figura; su incumplimiento produce que se considere de pleno derecho que el empleador ha renunciado al período de prueba.

Planteado de este modo, se podría pensar que resulta correcto utilizar el período de prueba cuando el trabajador prestó servicios en la misma empresa o para el mismo empleador por medio de un contrato a plazo fijo o eventual, ya que en éstos no se puede utilizar el período de prueba. Sin embargo, esta actitud del empleador no resiste el análisis valorándola desde la óptica del deber de buena fe (art. 63, LCT).

En caso de disolverse el contrato de trabajo durante el período de prueba, si el trabajador reingresa a órdenes del mismo empleador, éste ya no cuenta con el beneficio de dicho período, salvo que la disolución anterior hubiera sido dispuesta por voluntad del trabajador (renuncia), en cuyo caso podría completar el período de prueba con los días faltantes.

Corte, De Virgiliis y Tabernero critican esta limitación porque no tiene en cuenta causas objetivas, por ejemplo, el haber transcurrido un largo tiempo desde la última contratación, otras funciones, cambio de tecnología, etcétera.

El *apartado 2°* condena el uso abusivo del período de prueba con el objeto de evitar la efectivización de trabajadores; se considera especialmente abusiva la conducta del empleador que contratara sucesivamente a distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente.

Por ende, la presunción general para entender que se ha hecho un uso abusivo del período de prueba es que se produzca la contratación sucesiva de distintos trabajadores para el mismo puesto de trabajo, y que ese puesto de trabajo sea de naturaleza permanente. La sanción es la multa prevista en el Pacto Federal (ley 25.212).

El *apartado 3°* prevé que el empleador debe registrar el contrato que comienza su relación laboral por el período de prueba, ya que de lo contrario, y sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de ese incumplimiento, se entenderá de pleno derecho que ha renunciado a ese período.

La falta de registración (art. 7°, ley 24.013) del contrato de trabajo sometido a período de prueba inicial implica la renuncia del empleador a valerse de sus beneficios. Esto significa que es inoponible al trabajador y éste resulta acreedor a la indemnización sustitutiva de preaviso omitido y por despido arbitrario.

Como quedara dicho, el período de prueba no es una modalidad autónoma; se trata de un lapso inicial del contrato de trabajo por tiempo indeterminado. De allí que no sea exigible la instrumentación por escrito y que rija el art. 48, LCT, que establece el principio de libertad de formas. Por ejemplo, en España, entre otras legislaciones, se requiere que la prueba se concerte en forma expresa y por escrito (art. 14, Estatuto de los Trabajadores).

Obviamente que existe el deber del empleador de registrar, es decir, asentarlo en los registros pertinentes. En realidad, lo que se debe registrar es el contrato de trabajo que comienza con el período de prueba, ya que éste —cabe reiterar— no es autónomo; en tal sentido, la ley 25.250 ya había modificado acertadamente la expresión "el empleador deberá registrar el contrato a prueba" por "debe registrar el contrato de trabajo que comienza por el período de prueba".

Al igual que en el régimen anterior, el *apartado 4°* dispone que las partes tienen los derechos y las obligaciones propias de la relación laboral, incluidos los derechos sindicales del trabajador, con las excepciones previstas en la propia ley. Sin embargo, cabe recordar que para ser delegado de personal se requiere una antigüedad mínima en el empleo de un año, por lo cual esta cláusula es de relativa aplicación práctica y se reduce a los supuestos en que se trate de una nueva empresa o establecimiento.

El *apartado 5°* mantiene lo prescripto en la ley 25.250 en el sentido de que durante el período de prueba las partes están obligadas al pago de los aportes y las contribuciones a la seguridad social, con lo cual el período de prueba en sí mismo no le reporta beneficio adicional alguno al empleador en este sentido.

El *apartado 6°* dispone que el trabajador tiene derecho, durante el período de prueba, a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo y los derechos emergentes del accidente o enfermedad inculpable, que perdurará exclusivamente hasta la finalización del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato durante ese lapso. Sólo se excluye la aplicación de lo dispuesto en el párr. 4°, art. 212, LCT. No se contemplan otras situaciones que pueden verificarse; por ejemplo, licencias por maternidad o protecciones especiales de estabilidad por causa gremial.

En estos casos es discutible si finalizan cuando se termina el contrato; parte de la doctrina entiende que el período de prueba es una especie de contrato por tiempo determinado que no puede transformarse en un contrato por tiempo indeterminado por razones ajenas a la voluntad del empleador que contrató al empleado con esa característica.

En definitiva, si bien durante el período de prueba el trabajador tiene derecho a gozar de las prestaciones por accidente o enfermedad (del trabajo o inculpables), si el empleador extingue el contrato antes de la finalización del período de prueba, las prestaciones de ejecución sucesiva sólo rigen hasta el vencimiento del plazo del período de prueba.

Un aspecto que podría haberse corregido es la situación del trabajador que se encuentra en uso de licencia por enfermedad o accidente inculpable, ya que el período de prueba no se suspende. Resulta obvio que en ese caso el trabajador está imposibilitado de prestar servicios y, en consecuencia, el empleador tampoco puede evaluar sus conocimientos o la aptitud para el puesto, lo cual lleva, en la práctica, a que al finalizar el período de prueba —término durante el cual se le debe abonar la remuneración (art. 208, LCT)— el empleador rescinda el vínculo laboral, lo cual conspira contra la esencia del instituto.

Hubiera resultado más razonable la suspensión del período de prueba durante ese lapso, el cual debería continuar cuando el trabajador se encontrara en condiciones de seguir trabajando. En tal sentido, el art. 14, Estatuto de los Trabajadores de España, establece la suspensión del contrato en período de prueba en caso de accidente o enfermedad inculpable.

En el *apartado 7°* del art. 92 bis, LCT, receptando las disposiciones anteriores, expresamente se dispone que el período de prueba se debe computar como tiempo de servicios a todos los efectos laborales y de la seguridad social.

### *5.2. Plazo*

El art. 92 bis, LCT, dispone que el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el art. 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros tres meses de vigencia. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho indemnizatorio con motivo de la extinción, pero con obligación de preavisar según lo establecido en los arts. 231 y 233, LCT.

Debe quedar claro que el período de prueba al que se refiere la ley 25.877 es exclusivamente el de los contratos celebrados dentro del ámbito de la LCT, ya que ésa es la intención del legislador al establecerlo dentro del texto de esa ley. Una interpretación doctrinaria minoritaria había entendido —fundándose en la redacción oscura de la ley 25.250 al modificar la 25.013— que también abarcaba los períodos de prueba de todas las relaciones laborales y no sólo los de aquellas que estaban dentro de la LCT.

Al respecto, el art. 43, Ley de Ordenamiento Laboral 25.877, destinado a las disposiciones finales, prevé que lo establecido en el art. 2° de la ley —período de prueba— será de aplicación a todas las relaciones laborales iniciadas a partir de su entrada en vigencia, lo cual podría generar nuevamente aquella interpretación.

El período de prueba forma parte del contrato por tiempo indeterminado. El contrato comienza desde el momento mismo de su celebración, pero durante los primeros tres meses "se entiende celebrado a prueba"; por lo tanto, las partes de común acuerdo o el empleador en for-

ma unilateral puede eliminar dicho período, tomándose en ese caso operativa la estabilidad relativa impropia del trabajador desde el primer día.

Respecto de los plazos se advierten dos grandes diferencias con el régimen anterior.

La primera es que se reduce y unifica la extensión del período de prueba para todo tipo de empleadores, sin distinción del número de trabajadores de las empresas.

La segunda es que deja de ser una norma de disponibilidad colectiva, ya que el período de prueba es de tres meses y no puede ser extendido por convenio como sucedía con la ley 25.250. Sin embargo, no hay inconveniente para que un convenio colectivo redujera el período de prueba o incluso lo suprimiera, ya que se trata de una disposición más favorable para el trabajador.

Una de las observaciones que puede efectuarse a la unificación de los plazos es que no se han valorado las experiencias española o francesa, que regulan el período de prueba teniendo en cuenta la complejidad de la tarea.

El período de prueba sólo se aplica en el contrato de tiempo indeterminado. No rige en las contrataciones que constituyen excepción al principio de la indeterminación del plazo: contrato a plazo fijo, contrato eventual y contrato de aprendizaje. Tampoco rige en el contrato de trabajo de temporada (art. 96), a pesar de tratarse de un contrato permanente discontinuo.

Evidentemente, la intención del legislador fue evitar el fraude, ya que a pesar de tratarse de un contrato de tiempo indeterminado, el período de actividad —la temporada— puede durar menos de tres meses. Esto llevaría a que en la práctica podría haberse transformado cada temporada en un período de prueba distinto. Sin embargo, se podría haber previsto su adaptación a las características particulares del contrato de temporada, reduciendo el plazo, por ejemplo, a un mes.

También es aplicable al contrato a tiempo parcial si se trata de un contrato por tiempo indeterminado, aun cuando la prestación sea discontinua (por ejemplo, si el trabajador presta servicios tres días a la semana). En este caso, los tres meses del período de prueba deben computarse en forma corrida y no tomando en cuenta los días de prestación efectiva; este criterio surge claramente del art. 92 bis, LCT, cuando hace referencia a "los primeros tres meses".

En cambio, el período de prueba no es aplicable a la industria de la construcción, ya que habitualmente la relación laboral del operario de la construcción es de corta duración y no percibe la indemnización por despido sin justa causa.

### *5.3. Indemnización y preaviso*

La ley 25.877 prevé que cualquiera de las partes puede extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, y sin derecho a indemnización con motivo de la extinción. De esta forma se mantiene la disposición que exime al empleador del deber de abonar la indemnización por antigüedad, de la cual también se encuentra eximido aun en el caso de haber renunciado al período de prueba y producirse la extinción durante los primeros tres meses.

Sin embargo, la ley introduce la obligación de preavisar según lo establecido en los arts. 231 y 232, LCT. En tal sentido, el art. 231, LCT, también fue modificado por la ley 25.877, que establece que durante el período de prueba el empleador tiene la obligación de preavisar con una anticipación de quince días, plazo que comienza a correr a partir del día siguiente al de la notificación. El trabajador también tiene la obligación de preavisar durante ese plazo, ya que la ley hace referencia genérica a las partes y no sólo al empleador.

Si no se cumple tal requerimiento, el empleador o el trabajador, en su caso, deben abonar la indemnización sustitutiva de preaviso.

En cambio, el empleador en caso de extinguir el vínculo laboral durante el período de prueba y no otorgar el preaviso, no debe abonar la integración del mes de despido ya que se encuentra expresamente eximido de ello según lo prevé el texto del art. 233, LCT, modificado por la Ley de Ordenamiento Laboral.

Un supuesto diferente se verifica cuando las partes deciden de común acuerdo prescindir del período de prueba o el empleador renuncia a su utilización, o contrató más de una vez a un mismo trabajador o no registró la relación laboral. En estos casos el preaviso es de un mes y no de quince días, aunque ocurra dentro de los primeros tres meses de relación laboral. Asimismo, en caso de extinguir el vínculo sin haberlo otorgado, además de la indemnización sustitutiva del preaviso, debe abonar la integración del mes de despido.

En principio no corresponde abonar indemnización por antigüedad, ya que al reformarse el art. 245, LCT, y retornar a la fracción mayor de tres meses, recobra su operatividad la doctrina plenaria de los autos "Sawady, Manfredo v. Sadaic", que establecía que no es procedente abonar la indemnización por antigüedad si el despido se produjo dentro de los tres primeros meses de la relación laboral.

Otro caso particular se podría presentar si el empleador preavisara al trabajador, por ejemplo, faltando dos días para expirar el período de prueba (dos días antes de cumplirse los tres meses del período de prueba).

En este supuesto, no resulta controvertido que el plazo de preaviso es de quince días y no de un mes, pero es discutible si en ese caso se debe pagar la indemnización por antigüedad (el piso mínimo de 1 mes de sueldo según el art. 245 en su nueva redacción). Podría sostenerse el derecho al cobro de la indemnización por antigüedad en la circunstancia de que, al finalizar el preaviso otorgado, ya habría terminado el período de prueba.

En la práctica, el empleador debería preavisar al trabajador hasta los dos meses y medio. Pasado ese período, el empleador podría optar entre extinguir el vínculo laboral sin otorgar preaviso y abonar una indemnización sustitutiva de quince días, o bien, preavisarlo y abonar el mes de antigüedad, ya que a la finalización del período de preaviso habría terminado el período de prueba.

## 6. Supuestos especiales

Resta analizar algunos supuestos especiales. Podría existir una responsabilidad precontractual de alguna de las partes si, previo a la formalización del contrato, una de ellas no cumpliera el negocio acordado.

Un caso particular se presenta cuando se produce la *ruptura del contrato del trabajo sin relación de trabajo*. Si se produce la extinción del contrato sin prestación efectiva de servicios, cualquiera de las partes tiene derecho a reclamar los daños y perjuicios y originarse una indemnización de daños y perjuicios regida por el derecho común, que no podrá ser inferior al importe de un mes de la remuneración pactada o convencional, es decir, que resulte de la aplicación de la convención colectiva de trabajo correspondiente.

Esto es así, ya que de la lectura del art. 92 bis, LCT, surge que el empleador se libera de responsabilidad indemnizatoria (salvo preaviso) si se extingue "la relación". En cambio, si el trabajador prestó servicios, aunque sea un día, sólo tiene derecho a la indemnización sustitutiva de preaviso, que es de quince días.

También puede sostenerse que serían viables la indemnización sustitutiva de preaviso (un mes) e integración del mes de despido en supuestos especiales, por ejemplo, en el *despido indirecto con justa causa* si el empleador no abona los salarios y luego de la intimación (en tiempo y forma) el trabajador debe considerarse despedido. Asimismo, en caso de que el empleador asuma alguna conducta adicional sería aplicable una reparación por daño moral.

## 7. Despido de la mujer embarazada durante el período de prueba

De principio cabe destacar que el art. 92 bis, LCT (según redacción del art. 2°, ley 25.877), consigna que cualquiera de las partes, sin perjuicio del deber de preavisar, puede extinguir la relación durante el período de prueba "sin derecho a indemnización con motivo de la extin-

ción". Esto se diferencia de la redacción de la ley 25.250 que consignaba "sin derecho indemnizatorio alguno".

Resulta discutible si durante el período de prueba la mujer trabajadora conserva la garantía de estabilidad por maternidad y matrimonio consagrada en los arts. 177, 178 y 180 a 182, LCT, no habiendo producido la reforma introducida al art. 92 bis modificación alguna al respecto.

Martínez Vivot —en criterio compartido por Etala y Carcavallo— sostiene que "las presunciones no son admisibles en este caso en la órbita laboral, porque la propia ley lo eximió (al empleador) de expresar la causa de su voluntad de extinguir la relación, sin que jueguen en esta situación los textos legales, que admiten hacer valer la presunción en materia de maternidad, contenidos en la LCT. Que durante el período de prueba el empleador haya extinguido la relación laboral inmediatamente de saber que la trabajadora estaba embarazada, no afecta las posibilidades legales que tiene el mismo para disponer la rescisión, ya que conforme al orden legal, no tiene restricciones al efecto. Es decir que en tal período, cualquiera de las partes puede extinguir la relación, sin expresar causa al respecto, sin otra consecuencia legal que la cesación del período de prueba en trámite, y sin otras eventuales consecuencias laborales que las previstas en el citado art. 92 bis, LCT, y ello es así porque la conducta del empleador fue legítima".

Jurisprudencialmente se ha decidido que la precariedad de la vinculación que se da en el período de prueba queda claramente definida cuando se reconoce a ambos contratantes el derecho de rescindir *ad libitum* y en ese marco sólo se puede apreciar con estrictez la prueba que intente brindar uno de ellos acerca de la intencionalidad del otro de decidir el cese por una causa que, a su vez, configura discriminación. Desde tal perspectiva, las presunciones, en principio, serían desechables, salvo que fueran serias, graves y concordantes, como lo exige la ley procesal. En el caso concreto, la comunicación del estado de gravidez de la actora y su contemporaneidad con la ruptura dispuesta por la demandada sólo brinda un indicio, pues en el período de prueba cualquiera de las partes tiene plenas facultades rescisorias sin consecuencias indemnizatorias. Tampoco se participa del criterio de que incumbe a la empleadora, en estas circunstancias, realizar la prueba de las razones que motivaran la ruptura, porque ello no emerge de la ley positiva cuando adopta el período de prueba y tampoco, en el caso, se esgrime la ley 23.592 al promover la acción —del voto de Bermúdez, en mayoría— (C. Nac. Trab., sala 2ª, 16/4/2004, "Alvarenga, Cinthia Silvina v. Sistemas Temporarios SA y otro").

Al contrario, otro sector de la doctrina y la jurisprudencia admiten que la garantía de estabilidad tiene operatividad también en el período de prueba, generando el derecho de la trabajadora a percibir la indemnización especial del art. 182, LCT (en este caso no da derecho a la indemnización por antigüedad).

En este sentido se ha expedido el fiscal general ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo —Eduardo Álvarez— y distintas salas de dicha Cámara. La sala 3ª en el caso "Guisado de Jacobs v. KB Servicios SA" (5/3/1998) sostuvo que "aun tratándose de un contrato a prueba (conf. art. 92 bis, LCT), rige la protección consagrada por los arts. 177 y 178 de dicho ordenamiento legal... siendo función del juzgador interpretar las normas de modo armónico, vale decir que en vez de contraponer unas con otras, debe integrarlas, de manera tal que contribuyan al logro de los objetivos que tuvo en miras el legislador al dictarlas y de modo que contribuyan a la concreción del bien común. A la luz de tal premisa, debe interpretarse la normativa que consagra el período de prueba y aquellas otras que descalifican las cesantías que reconocen como real motivo el embarazo de la trabajadora (en el caso, arts. 177 y 178, LCT), con lo cual las normas que contemplan el contrato a prueba no pueden entenderse como consagratorias de un '*bill* de indemnidad', a favor del empresario, ni como favorecedoras de prácticas discriminatorias, socialmente disvaliosas".

También se expidió la sala 4ª en el caso "Fernández, Marcela v. BAS SA" (24/4/1998) afirmando que "el período de prueba está destinado por su naturaleza misma a que el empleado pueda apreciar si el trabajador tiene o no la idoneidad necesaria para cubrir, en forma definitiva,

el puesto de trabajo requerido, y no está llamado, obviamente, a materializar una decisión sobre la suerte del vínculo, que se proyecta en alguna medida sobre la discriminación relacionada con la procreación... en consecuencia, no puede sostenerse, al menos en forma dogmática, que la reparación prevista en las normas citadas se refiere exclusivamente al límite sobre la disponibilidad del contrato en relación con su extinción, y lo esencial reside en el reproche que merecería un despido que no está motivado por una decepción del empleador, en lo que concierne a la idoneidad que esperaba en la trabajadora, o la frustración en sus expectativas de rendimiento, sino al embarazado de ésta... tal figura ha sido creada para la prueba de la eficacia imaginada y no para evaluar la potencialidad de embarazo o esterilidad de una mujer que se incorpora en el mercado de labor".

La sala 6ª (26/11/1999, SD 52.270) entendió que "cuando el ejercicio de las facultades conferidas a las partes, durante el período de prueba (conf. art. 92 bis, LCT), colisiona con la protección especial que el ordenamiento jurídico le garantiza a la mujer embarazada, aquéllas deben ceder frente a las normas de rango superior, que tutelan esta última situación, tal el caso del art. 14 bis, CN, y de diversas disposiciones de tratados internacionales, que en virtud de lo previsto por el art. 75, inc. 22, han adquirido jerarquía constitucional, así como ante las previsiones de los arts. 178 y 182, LCT".

La sala 3ª modificó parcialmente su postura en el caso "Smorzeñuk, Graciela v. Olea, José, y otros" (29/2/2000), al entender que durante el período de prueba no resulta operativa la presunción del art. 178, LCT, debiendo la trabajadora acreditar que fue despedida con motivo de la maternidad.

Parte de la doctrina ha sostenido que cuando se notifica el estado de embarazo el empleador debe expresar y justificar objetivamente los motivos de la decisión rupturista.

Pirolo sostiene que durante el período de prueba no rige la presunción del art. 178, LCT, pero la estabilidad de la mujer embarazada no surge de esa presunción sino del art. 177, LCT —con posterioridad a la comunicación del empleador—, que se vincula con una norma con jerarquía constitucional, el art. 11, inc. 2°, ap. a), Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. La trabajadora no tiene la carga de la prueba porque tiene presumido por el empleador la garantía de estabilidad, cuya violación genera un acto discriminatorio que no requiere, ni necesita ser acreditado [2].

Otra postura sostiene que si bien no corresponde la aplicación de las presunciones de los arts. 178 y 181, LCT, la mujer puede invocar y probar el acto discriminatorio.

Teniendo en cuenta la trascendencia del bien jurídico tutelado (la maternidad) —que no involucra solamente a la mujer (sexo) sino a la mujer gestante (embarazo)—, éste debe prevalecer sobre el propio objetivo del período de prueba, ya que la garantía de estabilidad surge de la expresa disposición del art. 177, LCT, y del art. 11, inc. 2°, ap. a), Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ley 23.179).

De allí que, en estos casos, para eximirse de la indemnización agravada que prevé el art. 182, LCT, el empleador deba demostrar fehacientemente que el despido no obedeció a razones de embarazo. Esto se torna operativo cuando el empleador fue debidamente notificado del estado de embarazo. En caso de que la mujer tuviese conocimiento de su estado de embarazo con anterioridad al inicio del período de prueba y no lo denunciara, tal circunstancia deberá analizarse desde la óptica del principio de buena fe.

Jurisprudencialmente se ha dispuesto que el período de prueba no es un contrato en sí mismo, sino que es la fase inicial de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado, que se caracteriza en función de la facultad que se le reconoce al dador de trabajo de extinguir dicho vínculo sin que tal decisión derive en la asunción de responsabilidad indemnizatoria. Si bien, en el caso,

[2] PIROLO, Miguel A., "La estabilidad por maternidad y matrimonio garantizada a la mujer en distintas modalidades contractuales y en los regímenes especiales", DT 2000-B-2266.

la trabajadora tenía expectativas de permanencia al iniciar el período de prueba, no tenía garantía de estabilidad, pero al comunicar su embarazo al empleador adquirió, *ex post facto*, una garantía especial en función de su estado. Esa garantía expresada en el art. 177, párr. 3°, LCT, tiene como sujeto beneficiario a toda mujer durante el período de gestación, sin condicionarla a que ésta se verifique en determinado lapso. Aun admitiendo que durante dicho lapso no rige la presunción del art. 178, LCT, en el presente caso hubo contemporaneidad entre la comunicación de la trabajadora sobre su estado al empleador y el despido inmediato resuelto por éste, por lo que cabe inferir que la ruptura contractual dispuesta tuvo directa vinculación con la comunicación del embarazo, derivando de ello un acto discriminatorio cuya gravedad conduce sin más a acoger el reclamo indemnizatorio impetrado, con sustento en los arts. 178 y 182, LCT —del voto de González, en minoría— (C. Nac. Trab., sala 2ª, 16/4/2004, "Alvarenga, Cintha Silvina v. Sistemas Temporarios SA y otro").

*El voto de Catardo —por la minoría— en el fallo de la sala 8ª (29/6/2007), "Jiménez, Julieta v. Marcelo H. Pena SA"*, sostiene que el período de prueba no es un contrato en sí mismo, sino que es la fase inicial de la facultad que se le reconoce al empleador de extinguir dicho vínculo sin que tal decisión derive de la asunción de responsabilidad indemnizatoria. Al comunicar el embarazo, la trabajadora adquirió *ex post facto* una garantía especial, ello en función de su estado. Hubo contemporaneidad entre la comunicación y el despido incausado. Y aun admitiendo, como lo sostiene parte de la doctrina y la jurisprudencia, que no regiría la presunción del art. 178, LCT, en el presente caso hubo contemporaneidad entre la comunicación de la trabajadora sobre su estado al dador de trabajo y el inmediato despido dispuesto, por lo que cabe inferir que la ruptura dispuesta tuvo directa vinculación con la comunicación del embarazo, lo que conlleva en ello un acto discriminatorio.

Consideró que cuando el art. 92 bis, ap. 4°, dispone que se puede extinguir la relación sin expresión de causa y sin derecho a indemnización alguna se refiere a aquellas reparaciones que tienen en cuenta el derecho a la estabilidad y no a aquellas otras que, a la vez, resarcen el daño que la cesantía injustificada produce al trabajador, persiguen desalentar prácticas discriminatorias. Por ello, entendió que la maternidad, motivo del distracto, configura un acto discriminatorio.

En cambio, el voto de Morando, al que adhiere Lescano —por la mayoría—, resolvió que el embarazo preexistente o sobreviniente de la trabajadora no posee virtualidad para alcanzar el estatus jurídico que resulta del período de prueba. Los trabajadores sujetos a período de prueba constituyen un universo cerrado que no admite circunstancias particulares.

*La sala 3ª, en el fallo "Granieri Navas, Anabel Y. v. Mapfre Argentina Seguros SA" (23/3/2009)* dispuso que el art. 92 bis, LCT, establece que "...cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante el período de prueba sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, pero con obligación de preavisar según lo establecido en los arts. 231 y 232...". Cuando la norma alude a "...sin derecho a indemnización con motivo de la extinción..." se refiere a aquellas reparaciones que tienen como base de aplicación la estabilidad en el empleo, *pues el trabajador a prueba carece de vocación de permanencia ya que de antemano las dos partes conocen que se trata de un contrato sujeto a esta modalidad por un lapso de tres meses*.

Consideró que durante la vigencia del período a prueba no rige la presunción del art. 178, LCT, y que, en consecuencia, el despido de la mujer embarazada durante ese lapso, aun cuando la situación de preñez haya sido fehacientemente notificada al empleador, *sólo dará lugar a la indemnización especial prevista en el art. 182, LCT, cuando se acredite que la cesantía haya sido motivada por dicho estado de embarazo, de modo que no queden dudas acerca de que el distracto configuró un acto de ilegítima discriminación, carga probatoria que recae sobre la parte actora*. En el caso no cumplió con dicha carga procesal, por cuanto no aportó elemento alguno tendiente a acreditar sus afirmaciones en cuanto a que "a partir de la notificación de su estado de embarazo la empresa de manera abrupta cambió el trato hacia ella..." y, menos aún, que "...su despido se debió a tal circunstancia..." (conf. art. 377, CPCCN).

*La sala 6ª en el fallo "Simón, Daina Alexandra v. Coto CICSA" (2/9/2009)* consideró que correspondía aplicar la tutela prevista en el art. 178, LCT, a una mujer embarazada que había sido despedida durante la vigencia del período de prueba, tras advertir que la empresa demandada tenía conocimiento de la situación de embarazo de la actora con anterioridad a la notificación del despido. Se fundó en normas internacionales, resaltando que la postura tiene amparo en ellas y no en normas infraconstitucionales.

### 8. Despido de los representantes sindicales

Al reducir la ley 25.877 la extensión del período de prueba a un plazo genérico de tres meses, se torna menos factible la posibilidad de un despido de un representante gremial (ya sea candidato o electo) en ese período.

Cabe recordar, de todos modos, que el art. 41, ley 23.551, no impone antigüedad en el empleo para la postulación a un cargo de delegado de personal cuando se trata de un nuevo establecimiento.

Parte de la doctrina —entre ellos Carcavallo— sostiene que en el período de prueba no resulta aplicable el juicio de exclusión de tutela sindical (arts. 48, 49, 50 y 52, ley 23.551) para extinguir el contrato. Otro sector —entre ellos Sappia— afirma que el empleador debe accionar para que excluya la garantía y que el trabajador puede invocar la protección especial de la ley 23.551 porque el art. 52 no admite excepciones.

Habrá que valorar en qué supuestos el empleador debería acudir al juicio de exclusión (art. 52, ley 23.551), para lo cual el trabajador debería mínimamente, en forma indiciaria, aludir a un móvil antisindical.

| | ***Ley 25.250*** | ***Ley 25.877*** |
|---|---|---|
| **Período de prueba** | Tres meses ampliables a seis por convenio colectivo<br>Seis meses en las pequeñas empresas ampliables a doce por convenio colectivo cuando se tratara de trabajadores calificados<br><br>Extinción sin expresión de causa, sin obligación de preavisar y sin derecho a indemnización alguna. | Tres meses para todos los trabajadores, sin distinción entre empresas<br><br>Extinción sin expresión de causa, sin derecho a indemnización por antigüedad ni integración, pero con obligación de preavisar por quince días o indemnización sustitutiva de preaviso |

## II. MODALIDADES DEL CONTRATO

### 1. Los tipos de contrato según su duración

El *principio general* establecido en la LCT —y ratificado por la propia LNE (art. 27, ley 24.013)— es el *contrato de trabajo por tiempo indeterminado* (art. 90, LCT). Es el contrato típico del derecho individual del trabajo, que no tiene plazo de finalización y que dura hasta que el trabajador esté en condiciones de jubilarse, salvo que se configuren las otras causales de extinción que enumera la ley (art. 91, LCT).

El contrato por tiempo indeterminado es el que privilegia la legislación y está especialmente regulado en la LCT. Existe la presunción de que todo contrato es por tiempo indeterminado, salvo prueba en contrario que debe aportar el empleador.

En el contrato de trabajo está ínsita la idea de *estabilidad en el empleo y permanencia del trabajador* (que se manifiesta en la regla de que "a actividades permanentes corresponden contratos permanentes"), prevista en el art. 14 bis, CN, que protege al trabajador contra el despido arbitrario.

La estabilidad es una característica de ciertos contratos en los que la relación personal tiene un lugar preferencial, como ocurre también en el matrimonio civil y en el contrato de sociedad, en el que el intercambio de prestaciones adquiere permanencia.

En cambio, la regulación de los *contratos por tiempo determinado* —que son la excepción— está sujeta al cumplimiento de *requisitos formales y sustanciales* (las dos condiciones impuestas por el art. 90, LCT, no son alternativas sino acumulativas) —deben existir circunstancias objetivas que lo justifiquen— recayendo la prueba de la existencia de este tipo de contratos sobre el empleador.

No basta el acuerdo de voluntades y la observancia de las formalidades legales para generar un contrato de trabajo de plazo cierto o incierto (las modalidades de las tareas o de la actividad que lo justifiquen); debe mediar también una necesidad objetiva del proceso productivo que legitime el recurso a alguna de esas modalidades, exigencia que se explica por sí misma en el contexto de la LCT, que privilegia las vinculaciones de duración indeterminada, que son el modelo al que presume que, en defecto de estipulación expresa, se remitieron las partes.

En igual sentido, cabe tener presente que aunque el trabajador haya firmado un formulario que instrumenta un contrato de trabajo por un plazo determinado, si éste no se compadece con la realidad no incide en la calificación del vínculo, ya que la transitoriedad no surge del contrato sino que resulta de la modalidad misma del trabajo que se refleja en la naturaleza de la relación.

Asimismo, en caso de duda, por aplicación del *principio de continuidad*, las situaciones deben resolverse en favor de la continuidad o subsistencia del contrato (art. 10, LCT); por ejemplo, el art. 94, LCT, dispone que la omisión de otorgar preaviso en el contrato a plazo fijo lo transforma en un contrato por tiempo indeterminado.

Sin embargo, en distintos ordenamientos jurídicos del derecho comparado, posteriores a la década del 80, fueron fomentadas —intentando paliar las crisis económicas y el desempleo— formas de contratación por tiempo determinado. En muchos casos incluyeron beneficios para las empresas que adoptaron ese tipo de contratación, por ejemplo, exenciones previsionales e impositivas a fin de bajar el "costo laboral" y fomentar el empleo. Eso produjo una importante rotación de personal y un incremento de contrataciones por tiempo determinado.

En la Argentina aparecieron, en 1991 y 1995 por medio de las leyes 24.013 y 24.465, cinco contratos promovidos, cuyas características esenciales fueron "importadas" de países como España e Italia. La utilización abusiva de esas modalidades, tanto en esos países como en el nuestro, motivó que se los calificara de "contratos basura", y fueran finalmente derogados en 1998 por la ley 25.013.

Actualmente, y como consecuencia de lo expuesto, la tendencia en los países centrales está dirigida a la utilización de unas pocas modalidades promovidas, con un régimen ajustado, sencillo de implementar, pero a la vez estricto en cuanto a sus posibilidades de utilización práctica.

Si bien la LCT favorece los contratos de trabajo por tiempo indeterminado, hay excepciones en la propia ley para que el empleador, en determinadas circunstancias, pueda efectuar contrataciones por tiempo determinado; ese plazo puede surgir expresamente del contrato o tratarse de uno indeterminado pero determinable.

En síntesis, dentro del derecho individual del trabajo, *coexisten dos tipos diferenciados de contratación* de carácter laboral: *1) el contrato por tiempo indeterminado*; y *2) las modalidades, que incluyen contratos por tiempo determinado*. Asimismo, existen formas de contratación no laborales que también se han incorporado a nuestra legislación.

— *Contratos laborales*

1. Por tiempo indeterminado — Período de prueba. Art. 92 bis, LCT

2. Modalidades
- LCT
  - a) Plazo fijo. Arts. 93/95.
  - b) Eventual. Arts. 99/100.
  - c) Temporada. Arts. 96/98.
  - d) Por equipo. Arts. 100/101.
  - e) Tiempo parcial. Art. 92 ter.
- Ley 25.013
  - Aprendizaje. Art. 1°.

— *Contratos no laborales*

Pasantías.

Programa Nacional de Pasantías (Pronapas).

Becas.

Las modalidades del contrato de trabajo son *formas de contratación de carácter excepcional*, sujetas por lo general a un plazo determinado o determinable. La utilización de este tipo de contratos no depende sólo de la voluntad del empleador, sino que —además de cumplimentar los requisitos de forma establecidos por la ley— deben existir y probarse *razones objetivas* que permitan apartarse del principio general, que es el contrato por tiempo indeterminado.

Se las puede clasificar de la siguiente manera:

*a)* A plazo fijo.

*b)* De temporada.

*c)* De trabajo eventual.

*d)* De equipo.

*e)* A tiempo parcial.

*f)* De aprendizaje.

La ley 25.013 derogó los contratos promovidos de la ley 24.013 y el especial de fomento del empleo de la ley 24.465.

### *1.1. Contrato a plazo fijo*

La LCT establece expresamente en qué condiciones lo puede realizar el empleador: cuando tenga término cierto, se haya formalizado por escrito con una duración de no más de cinco años (no tiene plazo mínimo) y en caso de que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifiquen (arts. 90 y 93, LCT).

Por lo tanto, está sujeto a requisitos formales y materiales. Los *requisitos formales*, para que resulte válido, son los siguientes: *debe ser realizado por escrito expresándose la causa y el plazo debe estar determinado* (cierto), es decir que el trabajador debe saber de antemano cuándo va a terminar.

El *requisito sustancial* consiste en la existencia de una *causa objetiva*, fundada en las modalidades de las tareas o en la actividad que justifique este tipo de contratación. Ambos requisitos no son alternativos sino acumulativos, es decir, deben concurrir en forma conjunta.

Cabe citar, como ejemplo, el caso de una licencia por embarazo: el reemplazo de la trabajadora se hace mediante un contrato a plazo fijo y resulta válido, porque están cumplimentados los requisitos formales y sustanciales; pero si al concluir la licencia por maternidad la trabajadora se reintegra a su empleo y la reemplazante —contratada a plazo fijo— sigue prestando tareas en la empresa, el contrato se transforma en uno de tiempo indeterminado.

Confalonieri sostiene que la omisión de la *forma escrita* no afecta la validez del contrato; entiende que esa interpretación surge del principio del art. 10, LCT, que establece que el contrato "se entenderá celebrado por tiempo indeterminado", salvo que se hubiere dado cumplimiento a los requisitos exigidos en los aps. a) y b), por lo que la formalidad de la escritura no resulta una exigencia *ad solemnitatem* sino *ad probationen* [3].

De todos modos, *si bien no afecta la validez del contrato de trabajo, la ausencia de forma escrita hace que el empleador no pueda invocar la existencia de un contrato a plazo fijo y se entienda como un contrato de tiempo indeterminado.*

Excedido el plazo convenido o no justificada la modalidad de contratación prevista en el contrato a plazo fijo, dicho contrato se convierte en una contratación por tiempo indeterminado, bajo las modalidades y condiciones previstas en él (C. Nac. Trab., sala 8ª, 29/4/2003, "Barrera, Héctor H. v. M. Dodero Cía. General de Servicios SA").

En el contrato a plazo fijo, el *preaviso* tiene la función especial de ratificar la fecha de vencimiento y confirmar la extinción del contrato. Las partes deben preavisar la extinción con antelación no menor de un mes ni mayor de dos, respecto de la expiración del plazo convenido. El plazo del preaviso empieza a correr desde el día siguiente al de su notificación.

Si las partes no otorgan el preaviso en tales términos, se entiende que aceptan la conversión del contrato como de plazo indeterminado. Si la duración del contrato es inferior a un mes, no se debe otorgar preaviso (arts. 94 y 95, LCT).

Si se produce el ***despido*** del trabajador *sin causa justificada antes del vencimiento del plazo* —extinción anticipada del contrato o *ante tempus*—, al trabajador le corresponden no sólo las indemnizaciones por antigüedad (art. 245, LCT), sino también los daños y perjuicios provenientes del derecho común (art. 95, párrs. 1° y 3°, LCT) que comprende tanto el daño material como el daño moral producido, en los términos del art. 522, CCiv. ("de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso").

Reiteradamente la jurisprudencia ha establecido su cuantificación, que es el equivalente al total de las remuneraciones que el trabajador debía percibir hasta la finalización del contrato, es decir, hasta el vencimiento del plazo.

De todos modos, no necesariamente la *fijación del daño presunto* —daño emergente y lucro cesante— debe consistir en una suma igual al total de remuneraciones debidas hasta la fecha de vencimiento del contrato. Las normas aplicables son las que regulan los efectos del incumplimiento de los contratos (arts. 511, 519 a 522, CCiv.).

Por lo tanto, el juez o el tribunal, prudencialmente, lo determinará según las circunstancias de cada caso, pudiendo resultar mayor —por ejemplo, si el trabajador demuestra gastos de traslado motivados por la celebración del contrato— o menor —por ejemplo, si el empleador demuestra que el trabajador consiguió un nuevo empleo, previamente al plazo de vencimiento del contrato—.

Esto adquiere especial relevancia en aquellos supuestos de trabajadores en los cuales la prestación efectiva de tareas no reporta sólo ventajas materiales sino de otra índole, por ejemplo, el caso de los deportistas y artistas en general.

Para que en caso de ruptura *ante tempus* del contrato a plazo fijo la indemnización por daños (art. 95, LCT) suplante a la de preaviso, aquélla debe ser igual o superior a ésta.

Cuando el plazo faltante es igual o mayor al que corresponde por preaviso, la indemnización sustitutiva no procede, ya que la reconocida por lucro cesante cumple la misma finalidad; de lo contrario se superpondrían dos indemnizaciones por la misma causa.

[3] Conf. CONFALONIERI (h.), Juan Á., *Contrato de trabajo eventual*, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 108; DE LA FUENTE, Horacio H., "Duración del contrato de trabajo", en VAZQUEZ VIALARD, Antonio (dir.), *Tratado de derecho del trabajo*, t. III, Atrea, Buenos Aires, 1982, p. 558. En contra: MÁNTARAS, Luis, "Las modalidades del contrato de trabajo", DT 1975-93.

Si el contrato había fijado una duración de tres meses, su ruptura anticipada —antes de cumplir el primer mes— genera una pérdida que podría equipararse, en cuanto a daños, a la suma equivalente a un mes de preaviso.

Excepcionalmente, la ruptura *ante tempus* del trabajador —a pesar de la falta de previsión legislativa al respecto— podría obligarlo a responder con una indemnización de daños y perjuicios por la ruptura anticipada del contrato (supuesto que comprende tanto la renuncia al empleo como el despido indirecto sin justa causa).

Si la *extinción* se produce *por vencimiento del plazo* y el contrato tuvo una *duración superior a un año*, habiendo mediado el correspondiente preaviso (no menos de un mes ni más de dos, art. 94) al trabajador le corresponde una indemnización equivalente a la prevista en el art. 250, LCT, que remite al art. 247 (50% de la indemnización del art. 245).

No se trata de un supuesto de falta de trabajo ni de fuerza mayor: más que una indemnización, lo que el trabajador tiene derecho a percibir es una compensación por tiempo de servicio.

El contrato de trabajo a plazo fijo también se puede extinguir por cualquiera de las causas de extinción establecidas en la LCT (arts. 242 a 255): renuncia, muerte del trabajador, voluntad concurrente de las partes, quiebra del empleador, etcétera.

Si el contrato tuvo una *duración inferior a un año*, el empleador no debe abonar indemnización alguna, salvo los rubros de pago obligatorio (SAC proporcional y vacaciones proporcionales). Se aplica igual solución si el trabajador renuncia antes de producirse el vencimiento del plazo.

*En síntesis, en la extinción del contrato a plazo fijo se pueden presentar distintos supuestos*:

— Si el contrato tiene una duración de un año o más y se halla cumplido: la indemnización es el 50 % de la prevista en el art. 245, LCT, para el despido sin causa (arts. 95, 247 y 250, LCT).

— Si el despido se produce antes del vencimiento: le corresponde la indemnización del art. 245, LCT, más la indemnización por daños que, por lo general, será equivalente a los meses que faltan para finalizar el contrato.

— Si el trabajador renuncia antes del vencimiento: sólo resultan procedentes las indemnizaciones contempladas en los arts. 123 y 156, LCT (SAC proporcional y vacaciones proporcionales).

Aunque no esté expresamente previsto, el empleador puede despedir con justa causa al trabajador y extinguir el contrato a plazo fijo; obviamente, no requiere preaviso y no genera derecho a indemnizaciones.

Respecto de la operatividad de la garantía de *estabilidad por maternidad y matrimonio* conferida por los arts. 177, 178 y 180 a 182, LCT, resulta aplicable a cualquier tipo de contrato laboral, incluso a los contratos a plazo fijo, temporada y eventual, sin perjuicio de que la sanción del art. 182, LCT, está referida a los contratos de tiempo indeterminado.

Esto es así ya que la garantía de la estabilidad surge no sólo del art. 177, LCT, sino también del art. 11, inc. 2°, ap. a), Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Organización de las Naciones Unidas, res. 34/180, aprobada por ley 23.179).

En caso de producirse un despido *ante tempus* —tanto en un contrato a plazo fijo como en un contrato eventual— de una trabajadora que notificó fehacientemente alguna de estas circunstancias (maternidad o matrimonio), si bien no resulta aplicable el art. 182, LCT, el juez debe fijar un resarcimiento del daño provocado sobre la base del derecho común, ya que constituye un acto discriminatorio. Ello es así ya que, si bien el contrato debía finalizar en un tiempo determinado, existe un acto ilícito, discriminatorio, que afecta la garantía de estabilidad.

Obviamente, una vez que comienza un contrato a plazo fijo (o eventual) y la trabajadora comunica su estado de embarazo o su futuro enlace, si el contrato se extingue por cumplimiento de

plazo, no corresponde indemnización alguna, ya que no se afecta la estabilidad que garantiza la LCT ni existe acto discriminatorio por maternidad o matrimonio.

### *1.2. Contrato de temporada*

El art. 96, LCT, dispone que "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 por un lapso dado en cada ciclo en razón de la naturaleza de la actividad".

Si bien en los orígenes del debate doctrinario se discutía si este tipo de contrato generaba una relación de tiempo indeterminado, hoy no caben dudas al respecto, habiéndose diferenciado debidamente los conceptos de permanencia —relacionada con la naturaleza del vínculo— y de *continuidad* —asociada a la frecuencia de las prestaciones—.

El contrato de temporada es un *contrato de trabajo permanente* —de tiempo indeterminado— *pero discontinuo* en cuanto a la prestación: el trabajador pone a disposición su fuerza de trabajo y el empleador paga la correspondiente remuneración sólo durante una determinada época del año. Los derechos y obligaciones de las partes durante cada temporada quedan suspendidas en el receso (período de carencia o espera).

El trabajador tiene derecho al régimen de protección contra el despido arbitrario y adquiere la estabilidad impropia "a partir de su contratación en la primera temporada".

Se presenta en dos supuestos: cuando por la naturaleza de la actividad de la empresa sólo exista ocupación durante una época determinada del año —temporada— o cuando durante esa época, en forma reiterada, la actividad se incremente de tal manera que haga necesaria la contratación de más trabajadores.

De lo expuesto surge que el contrato de temporada puede manifestarse de dos formas:

1) *El de temporada típico*, que *se cumple exclusivamente en una época preestablecida y cierta del año* y se repite en los años sucesivos, produciéndose un receso hasta el inicio de la nueva temporada: se relaciona con la estacionalidad de la actividad. Cabe citar, como ejemplo, los guardavidas, los trabajadores de la zafra azucarera y la cosecha de trigo o maíz.

2) *El de temporada atípico*, que se efectúa para cubrir el aumento estacional de mano de obra en determinada actividad; en este caso, *la actividad se realiza durante todo el año sin interrupciones pero en la temporada adquiere un ritmo más intenso*. Se puede citar, como ejemplos, el personal de los hoteles de la costa atlántica en época estival y la elaboración y venta de cerveza o helados.

La prolongación del período real de actividad no produce un cambio en el carácter del contrato: no lo transforma en el contrato de tiempo indeterminado común. Esto surge del fallo plenario 34 (24/7/1956, "Acuña, Alejandro v. Frigorífico La Negra") que estableció que en los contratos típicos de temporada —actuación en establecimientos donde se realizan actividades total y exclusivamente en determinadas épocas del año— la prolongación del período 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 el carácter de permanente continuo.

La adopción o no de esta modalidad contractual no está sujeta a la voluntad de las partes sino a causas objetivas ajenas a ella; la calificación del vínculo no depende del encuadre que las partes le hayan querido dar sino de las características de la relación o la naturaleza del trabajo, que justifican el empleo de la modalidad.

El art. 98, LCT —que fue modificado por el art. 67, ley 24.013—, establece el comportamiento que debe seguir cada una de las partes en el momento de reiniciarse la temporada e impone obligaciones a cada una de ellas.

El *empleador* —con una antelación no menor de treinta días del comienzo de cada temporada— debe notificar, en forma personal o por medios públicos idóneos, su voluntad de reiterar la relación o el contrato en los términos del ciclo anterior. Si no cursa la notificación se considera que rescinde unilateralmente el contrato y debe responder por las consecuencias de la extinción: indemnización por despido sin justa causa.

El *trabajador*, dentro de los cinco días de notificado, debe expresar —por escrito o en forma personal, presentándose ante el empleador— su decisión de continuar con la relación.

La LCT no establece lo que ocurre si el trabajador no contesta por escrito ni se presenta ante el empleador; su falta de respuesta produce una situación singular, ya que no se trata de un supuesto de renuncia ni de abandono de tareas, salvo que el empleador lo hubiera intimado, configurándose un abandono de trabajo (art. 244, LCT).

Teniendo en cuenta que la renuncia no se presume, la actitud del trabajador se podría interpretar como un "comportamiento inequívoco" de no retomar las tareas, una renuncia tácita al empleo, y en tal sentido se podría entender que el contrato finaliza conforme al último párrafo del art. 241, en tanto después del silencio del trabajador y hasta el comienzo del ciclo el empleador no realiza actividad positiva alguna en procura del trabajador.

Los medios para la notificación por parte del empleador incluyen la notificación personal, la escrita y la verbal —utilizada en la práctica pese a las eventuales dificultades en materia probatoria que presenta—; también se pueden utilizar "medios públicos idóneos", comprensivo de todos aquellos que sean aptos para hacer llegar el mensaje al destinatario, sin que implique la necesidad de acreditar que efectivamente llegó a su conocimiento, por ejemplo, la publicación en diarios del lugar o la difusión del mensaje por radio y televisión.

De todos modos, se debe tener en cuenta que jurisprudencialmente se condicionó la idoneidad de esta vía a que el trabajador tenga noticia cierta acerca del día y del medio en que la convocatoria ha de ser publicada [4].

Por ejemplo, es común que en la provincia de Río Negro los productores de frutas citen a los trabajadores por medio de un aviso publicado en el diario de la zona; cabe destacar que la mayoría de los trabajadores que se dedican a la cosecha son trabajadores "golondrinas" —varían su residencia en función del trabajo que efectúan— y generalmente no tienen un domicilio fijo. También podría efectuarse con una camioneta con altoparlantes en un pueblo chico, solicitadas en publicaciones de gran circulación o de la actividad en grandes ciudades.

Pero si un empleador decide notificar el reinicio del contrato de temporada a desarrollarse en un barrio de la ciudad de Buenos Aires y cita al trabajador mediante un aviso publicado en un diario zonal, evidentemente no cumple con el precepto legal: la convocatoria no llega a la esfera de conocimiento del interesado porque muy probablemente no leerá ese diario. En este caso, la forma elegida por el empleador para notificar al trabajador no constituye un medio público idóneo y se entiende como no realizada.

En virtud de las características distintivas del trabajo de temporada, el art. 163, LCT, dispone que las vacaciones habrán de gozarse al concluir cada ciclo de trabajo, estableciéndose su extensión en proporción de un día de descanso por cada veinte de trabajo efectivo (art. 153,

[4] Trib. Trab. Mar del Plata, n. 1, 20/10/1997, "Brandán, Ramón A. v. Hotelera Americana SA", TySS 1998-602, con nota crítica de CARCAVALLO, Hugo R., "El aviso del empleador en el contrato de temporada", quien señala que "por la vía de una exégesis razonable se procura extraer certezas de una letra difusa y criticable. Con arreglo al criterio sustentado en el fallo, antes del receso, debería el empleador notificar al trabajador la o las fechas y el medio en que publicará los avisos, salida pretoriana opinable ante el texto legal y que puede tropezar con obstáculos en la práctica".

LCT). También le corresponden las asignaciones familiares, pero sólo son percibidas en los períodos de actividad, ya que no corresponde su pago cuando no se percibe salario (en el período de receso).

En cuanto a los salarios por enfermedad inculpable —como también respecto de los beneficios por embarazo y maternidad—, el empleador tiene el deber de abonarlos sólo durante los períodos de actividad. Por ejemplo, si en la temporada el trabajador padece una enfermedad, sólo percibirá salarios hasta la finalización de la temporada y no en el período de receso.

Si la enfermedad se manifiesta y se cura en el período de receso, el empleador nada adeuda, pero si subsiste al comienzo de la nueva temporada o si el trabajador al comienzo de ella se encuentra imposibilitado de prestar tareas como consecuencia de un accidente o enfermedad inculpable, y hubiese manifestado oportunamente su voluntad de retomar tareas y la imposibilidad de hacerlo debido al accidente o enfermedad inculpable (arts. 98 y 209, LCT), el empleador está obligado al pago de los salarios hasta su reincorporación efectiva o hasta el vencimiento del plazo remunerado.

El contrato de temporada *no se extingue al finalizar el ciclo de prestación (no tiene vencimiento)*, ya que es un contrato permanente discontinuo. En caso de *renuncia* durante su vigencia, el empleador sólo deberá pagar las vacaciones y el SAC proporcionales. En caso de *despido durante el período de receso*, el empleador debe pagar al trabajador la indemnización por antigüedad, que será igual a la suma de los períodos trabajados hasta el distracto.

Respecto de la indemnización por antigüedad, la doctrina y jurisprudencia consideran que como antigüedad se debe computar el tiempo trabajado durante los lapsos de actividad en la explotación; no se deben tomar en cuenta los intervalos entre un ciclo y otro. Por ejemplo, si un trabajador prestara servicios cuatro meses por año (temporada), transcurridos tres años su antigüedad será de un año (doce meses) y no de tres años (treinta y seis meses).

Así lo estableció el fallo plenario 50, al disponer que 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 actividad de la explotación (13/5/1959, "Bonanata, Gorizia Emma v. Nestlé SA", LT VII-128).

En el período de receso, el contrato sigue vigente y se mantienen los deberes de conducta de ambas partes (buena fe, lealtad, guardar secretos, etc.); en consecuencia, de producirse un incumplimiento de tal magnitud que impida la prosecución del contrato (injuria en los términos del art. 242, LCT), la parte afectada podría rescindir el vínculo.

Si durante el receso se produjese el fallecimiento del trabajador, sus causahabientes tienen derecho a percibir la indemnización prevista en el art. 248, LCT. Ello en virtud de que la muerte extingue el contrato que vincula a las partes de un modo permanente, pese a que algunos de sus efectos pudieran hallarse suspendidos [5].

Cuando el *despido* se produce *durante la temporada* —es decir, mientras está prestando efectivamente tareas— debe adicionarse a la indemnización por despido injustificado un resarcimiento compensatorio debido a la ruptura anticipada.

El art. 97 establece que "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" (daños y perjuicios del derecho común); la jurisprudencia mayoritaria lo ha fijado en una suma equivalente a las remuneraciones que hubiese percibido el trabajador hasta finalizar la temporada, salvo mediar circunstancias particulares.

[5] ARONNA, Carlos G., *Modalidades del contrato de trabajo*, Platense, La Plata, 1996, p. 95; DE LA FUENTE, "Duración del contrato...", cit., p. 562; CENTENO, Norberto - LÓPEZ, Justo - FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, Moderna, Buenos Aires, 1978, p. 424; ETALA, Carlos A., *Contrato de trabajo*, cit., p. 222.

### *1.3. Contrato de trabajo eventual*

#### *1.3.1. Generalidades*

El contrato de trabajo eventual está dirigido, básicamente, a cubrir un lugar de trabajo en circunstancias excepcionales y apunta a la obtención de resultados concretos y temporales. *Puede efectuarse* cuando no se puede determinar el plazo (requisito que surge de la ley 24.013) e indicando en el contrato en caso de suplencias el nombre del reemplazado. Los casos más comunes son:

1) Para la realización de una obra determinada, relacionada con servicios extraordinarios preestablecidos y ajenos al giro de la empresa; por ejemplo, la refacción del establecimiento devastado por una tormenta o inundación.

Lo que caracteriza el contrato eventual es la *ausencia de un plazo predeterminado de duración*: se sabe cuándo comienza pero no se sabe con certeza cuándo finaliza; el plazo se determina por el desarrollo y la duración de la obra, ya que empieza y termina con la obra para la cual se contrató al trabajador.

Cabe citar distintos ejemplos: pintar una oficina, desagotar un sótano inundado o arreglar los bancos de las aulas de una facultad: se contrata a un carpintero para reparar tales bancos y su tarea empieza y termina con la obra, es decir, con la reparación del último banco.

2) Para atender un aumento circunstancial del trabajo ("pico"), que responde a exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa —tareas propias del giro normal—; por ejemplo, la contratación de un extra común en el gremio gastronómico.

3) Para cubrir una ausencia temporaria de personal; por ejemplo, la suplencia de un trabajador con licencia por enfermedad.

La característica de la tarea objeto de la prestación debe ser intrínsecamente eventual (efímera, extraordinaria, transitoria) y predeterminada por el empresario. La vinculación entre las partes debe comenzar y terminar con la realización de la tarea comprometida o con la prestación del servicio.

Existe precariedad de vínculo y esto debe ser conocido por el trabajador desde el comienzo. Ninguna de las partes debe conocer el plazo de finalización exacto; de lo contrario, el empleador debería recurrir al contrato a plazo fijo.

Si bien en principio es un contrato no formal y puede efectuarse verbalmente, es aconsejable realizarlo por escrito; además, la forma escrita está impuesta en los supuestos de los arts. 69 —*sustitución transitoria de un trabajador permanente*— y 72 —*contratación para atender exigencias extraordinarias del mercado*—, ley 24.013.

#### *1.3.2. Antecedentes*

Hasta la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo no existía norma alguna que regulara el contrato de trabajo eventual; fueron la doctrina y la jurisprudencia las que se ocuparon progresivamente de esta modalidad contractual.

La ley 11.729, que modificó los arts. 154 a 160, CCom., si bien no tipificó esta figura, en el art. 158, además de establecer la nulidad de las cláusulas convencionales peyorativas, reguló el contrato a plazo fijo.

La doctrina y la jurisprudencia comenzaron a delinear los alcances de aquellas contrataciones sin vocación de permanencia, las cuales recibieron, según los autores y los tribunales, distintas denominaciones: transitorias, ocasionales, accidentales, adventicias y, en menor medida, eventuales.

La ley 20.744, en el art. 108, reguló por primera vez el contrato eventual, el cual se mantuvo sin modificaciones, al producirse la reforma de la ley 21.297. El art. 99, LCT, antes de la reforma introducida por la ley 24.013, lo definía expresando que "cualquiera sea su denomina-

ción, 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, con relación a servicios extraordinarios determinados de antemano, o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento. 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".

A fines de 1991, la ley 24.013 —LNE— introdujo numerosas modificaciones a esta modalidad contractual. Agregó al final de la primera parte del párr. 1°, art. 99, LCT, luego de la palabra establecimiento: "Toda vez que no puede preverse un plazo cierto para la finalización del contrato" (art. 68, LNE).

El art. 69 regula el supuesto de sustitución de trabajadores, prohibiendo en los dos artículos siguientes utilizar esta modalidad para suplantar trabajadores que se encuentren ejerciendo medidas legítimas de acción sindical, o que hayan sido suspendidos o despedidos durante los seis meses anteriores por falta o disminución de trabajo.

El art. 72 se refiere a los casos en que el contrato tuviera por objeto atender exigencias extraordinarias del mercado.

Los arts. 73 y 74 eximen al empleador de la obligación de preavisar y de abonar algún tipo de indemnización; en este último caso, cuando el contrato se extinga con motivo de la finalización de la obra o tarea asignada, o del cese de la causa que le diera origen.

Sin embargo, el cap. 2 (Modalidades del contrato de trabajo. Disposiciones generales) del tít. III (De la promoción y defensa del empleo), ley 24.013, también contenían criterios o pautas generales que se aplicaban tanto a las modalidades promovidas como a las no promovidas, y que lamentablemente (quizás por error) fueron derogadas por la ley 25.013, juntamente con las modalidades promovidas.

Entre ellas, merece especial mención el art. 29, que establecía el principio de igualdad de trato entre los trabajadores permanentes y los temporales, "debiendo ser los salarios, las condiciones de trabajo y las garantías para el ejercicio de sus derechos colectivos, iguales para todos los trabajadores de la misma actividad y categoría de la empresa o establecimiento".

El art. 31, LNE, imponía la instrumentación por escrito del contrato de trabajo eventual con copia al trabajador y a la asociación sindical que lo represente, el cual se relacionaba con el inc. a), art. 35, que disponía la conversión del contrato en uno por tiempo indeterminado cuando no se hubiera dado cumplimiento a los requisitos formales o sustanciales para estos tipos de contratación.

El art. 34 preveía que el número de trabajadores contratados según las modalidades reguladas en este capítulo, con excepción del contrato de trabajo de temporada y lo dispuesto en el párrafo siguiente referido a las microempresas, no podía superar el 30% del plantel total permanente de cada establecimiento.

En el caso de las microempresas se hacía una progresión, de acuerdo con la cantidad de trabajadores contratados: cuando el plantel permanente estaba constituido por seis a veinticinco trabajadores el porcentaje máximo admitido era del 50%; cuando no superaba los cinco trabajadores, el porcentaje admitido era del 100%, no pudiendo dicha base exceder el número de tres trabajadores; al empleador que no tuviera personal en relación de dependencia se le autorizaba a designar una persona.

### *1.3.3. Características*

La caracterización del trabajo eventual y, más concretamente, la determinación de una causa específica para este tipo de contratos, es una cuestión que ha dividido a la doctrina. La

controversia discurre entre los que detectan una, dos o una pluralidad de causas, en los artículos que regulan este contrato (básicamente en los arts. 99, LCT, y 72, LNE).

En definitiva, en la primera parte del párr. 1°, art. 99, LCT, se encuentra regulado el contrato eventual propiamente dicho, en la medida en que los trabajos a realizar, que responden a una necesidad extraordinaria y transitoria de la empresa (propia o ajena a su actividad), no tengan un plazo cierto de terminación. Si los servicios son ordinarios o normales y, por ende, permanentes, se trata de un contrato por tiempo indefinido. Si los servicios tienen plazo cierto de terminación, se trata de un contrato a plazo fijo.

La segunda parte del párr. 1°, art. 99, LCT, es la que presenta mayor complejidad, toda vez que la ley asimila al contrato de trabajo eventual algo que esencialmente no lo es. Por ello comienza diciendo "se entenderá además que media tal tipo de relación": quiere significar que también debe considerarse eventual, aunque de hecho no lo sea.

A diferencia de lo que sucede en la primera parte, aquí los servicios no son extraordinarios ni transitorios de la empresa, sino permanentes, ya que tienden a satisfacer necesidades normales y propias de la empresa. Pero, aun así, la ley considera eventual este tipo de contratación, por cuanto la naturaleza de la prestación comprometida por el trabajador es transitoria. La transitoriedad está en la esencia misma del compromiso asumido por el trabajador, aun cuando el trabajo tenga plazo cierto de terminación.

Es obvio que, en la mayoría de los casos, la realización de la obra, la ejecución del acto o la prestación del servicio que da comienzo y terminación al vínculo no tendrá plazo cierto de culminación, pero puede no serlo.

Así, en las contrataciones fugaces (estibadores, changadores, mozos extra común), la relación laboral comienza y termina en el día, por lo que el contrato tiene plazo cierto, ya que dura ese día. En cambio, si una editorial contrata a un trabajador para escribir un libro, aun cuando se trate de una actividad permanente de la empresa, el contrato seguirá siendo eventual, porque se agota con la realización del libro. Sin embargo, hay que tener sumo cuidado en la utilización de esta figura y sólo proceder a la contratación de trabajadores cuando su prestación sea realmente transitoria, ya que de lo contrario, si se hace uso de ella para encubrir un servicio permanente, el contrato se convertirá automáticamente en uno por tiempo indefinido.

### *1.3.4. Diferencias con el contrato a plazo fijo y de temporada*

La causa que justifique la contratación bajo alguna de las dos modalidades temporales reguladas por la LCT (plazo fijo y eventual) debe buscarse en el principio general previsto por el art. 90, inc. b), LCT. Es decir que sólo corresponde apartarse del principio de indeterminación del contrato cuando las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifique.

Una vez determinados los motivos de excepción que permitan soslayar el criterio general, se debe establecer si ellos tienen un plazo cierto o incierto de terminación: en el primer caso se debe utilizar el contrato a plazo fijo, y en el segundo el eventual, ya que, tal cual se encuentran regulados ambos contratos en la LCT, el elemento distintivo es justamente la certeza o falta de certeza del plazo de terminación.

Se exceptúan solamente aquellos supuestos en los que 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", en los cuales el contrato debe entenderse "eventual", independientemente de la certeza o falta de certeza del plazo.

Desde esta perspectiva, el contrato a plazo fijo y el contrato eventual constituyen dos modalidades contractuales distintas, cada una de ellas con autonomía normativa.

Por consiguiente, tanto el contrato a plazo fijo como el eventual constituyen excepciones al principio general de indeterminación del contrato, erigiéndose como modalidades contractuales por tiempo determinado, diferenciándose uno del otro en la certeza o falta de certeza del *dies ad quem*.

En cambio, la *diferencia con el contrato de temporada* es más clara, ya que el eventual es un contrato por tiempo determinado, mientras que aquél es por tiempo indefinido aunque con prestaciones discontinuas. Si es típico, no hay inconveniente, porque la actividad sólo se desarrolla durante un período en el año y está sujeta a repetirse por un lapso dado en cada ciclo en razón de la naturaleza de la actividad.

Más complejo resulta diferenciarlo del contrato de temporada atípico, que se produce cuando la actividad empresaria es permanente y continua, pero en determinados períodos del año se incrementa notoriamente (heladerías, cervecería, etcétera).

Sin embargo, como apunta Confalonieri, en este caso, si bien se verifica una adicionalidad de trabajo, ella es previsible, ya que se repite todos los años. Por el contrario, en el contrato de trabajo eventual, se produce un aumento imprevisible de trabajo, que origina concretas necesidades transitorias que habilitan la vía temporal de contratación bajo la modalidad eventual propiamente dicha [6].

*1.3.5. Forma, prueba y registración*

El contrato eventual, salvo los supuestos específicamente establecidos por la norma, es no formal, ya que no se exige la forma escrita. Sin perjuicio de ello, y aun cuando al ser no formal puede efectuarse verbalmente, es aconsejable realizarlo por escrito, detallando pormenorizadamente las razones que justifican la contratación bajo esa modalidad.

No se aplica en este caso lo dispuesto por el art. 90, inc. a), LCT, ya que tal norma exige que se fije en forma expresa y por escrito el tiempo de su duración, y en el contrato eventual no hay plazo cierto de terminación. En sentido contrario, se ha resuelto que al no existir una 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 (C. Nac. Trab., sala 4ª, 27/3/2001, "Ayala, Oscar Francisco v. Cotecsud Cía. Técnica Sudamericana SA").

Sin embargo, la ley 24.013 exige la forma escrita para sustituir transitoriamente trabajadores permanentes de la empresa y cuando el contrato tenga por objeto atender exigencias extraordinarias del mercado (conf. arts. 69 y 72).

En cuanto a la *prueba*, tanto el art. 92 como el art. 99, *in fine*, LCT, le imponen al empleador la carga de la prueba de que el contrato es eventual, creando una presunción *iuris tantum* de que el contrato es por tiempo indefinido, acorde con el principio general establecido en el art. 90, LCT.

Resulta trascendente analizar lo que sucede si no se formalizan por escrito los contratos que exigen este requisito, o si no se indicara el trabajador al que se sustituye, o no se precisara claramente la exigencia extraordinaria del mercado que justificara la contratación bajo esa modalidad.

La forma escrita, aun exigida por ley, es un requisito *ad probationem*, que puede ser desvirtuado por prueba en contrario que fehaciente y categóricamente produzca el empleador.

Es decir que sea que el contrato haya sido verbal o se haya instrumentado por escrito, y que la ley exigiera o no la forma escrita, en todos los supuestos el empleador tiene la carga de probar los motivos que llevaron a utilizar esta modalidad contractual. Pero en caso de ser verbal, el trabajador debe conocer desde el principio la precariedad del vínculo, ya que de lo contrario se entenderá que fue contratado por tiempo indeterminado.

[6] CONFALONIERI (h.), Juan Á., *Contrato...*, cit., p. 105.

El empleador debe registrar el contrato eventual, entendiéndose que se encuentra debidamente registrado cuando está inscripto según las previsiones del art. 7°, ley 24.013.

*1.3.6. Supuestos previstos*

El art. 99, LCT, regula dos situaciones bien definidas en la primera y en la segunda parte del párr. 1°, dando origen a una variedad de supuestos que es conveniente analizar.

*1.3.6.1. Servicios extraordinarios determinados de antemano*

La norma se refiere a aquellos trabajos extraordinarios y transitorios que no forman parte de la actividad normal de la empresa, es decir, el trabajador es contratado para la realización de una obra determinada, relacionada con servicios extraordinarios preestablecidos y ajenos al giro de la empresa; por ejemplo, la refacción de un establecimiento devastado por una tormenta o una inundación.

*1.3.6.2. Exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento*

Si se contrata personal *para atender exigencias extraordinarias del mercado*, el art. 72, ley 24.013, dispone que "en los casos que el contrato tenga por objeto atender exigencias extraordinarias del mercado, deberá estarse a lo siguiente: *a)* en el contrato se consignará con precisión y claridad la causa que lo justifique; *b)* la duración de la causa que diera origen a estos contratos no podrá exceder de seis meses por año y hasta un máximo de un año en un período de tres años".

En estos casos, los servicios extraordinarios requeridos son propios del giro normal de la empresa, porque se registró un aumento imprevisible de trabajo provocado por exigencias del mercado, o porque se debe reemplazar a un trabajador permanente que se encuentra en uso de una licencia legal o convencional o con derecho a reserva del puesto, como lo ejemplifican los arts. 69 y 72, LNE.

Cuando sea para cubrir exigencias extraordinarias, es necesaria la comunicación expresa de esa circunstancia a los trabajadores al momento de su contratación puesto que, de no hacerlo, éstos podrían crearse falsas expectativas de permanencia del vínculo; así lo impone el precepto de deber genérico de buena fe contractual plasmado en el art. 63, LCT.

a) Sustitución de trabajadores permanentes

Respecto de la sustitución transitoria de un trabajador permanente, el art. 69, ley 24.013, establece que "para el caso que el contrato de trabajo eventual tuviera por objeto sustituir transitoriamente trabajadores permanentes de la empresa que gozaran de licencias legales o convencionales o que tuvieran derecho a reserva del puesto por un plazo incierto, en el contrato deberá indicarse el nombre del trabajador reemplazado.

"Si al reincorporarse el trabajador reemplazado, el trabajador contratado bajo esta modalidad continuare prestando servicios, el contrato se convertirá en uno por tiempo indeterminado. Igual consecuencia tendrá la continuación en la prestación de servicios una vez vencido el plazo de licencia o de reserva del puesto del trabajador reemplazado".

De los términos del artículo se infiere que sólo se permite la sustitución de trabajadores permanentes, lo cual, en principio, no tiene sentido, ya que no se justifica que un trabajador temporal, que se enferma y no puede concurrir a prestar servicios, no pueda ser reemplazado por otro trabaja-

dor hasta su reincorporación, hasta el vencimiento de la licencia o reserva del puesto o hasta la reincorporación del trabajador permanente reemplazado.

Lo que resulta imprescindible es que el trabajador a reemplazar esté gozando de una licencia legal o convencional cuyo plazo sea incierto, ya que de lo contrario el empleador deberá recurrir al contrato a plazo fijo.

Cabe aclarar que no están comprendidos en esta modalidad los suplentes o franqueros, esto es, aquellos trabajadores que están relacionados por un contrato por tiempo indefinido y cuya tarea consiste justamente en suplantar a los trabajadores que se encuentran gozando de alguna licencia legal o convencional.

El art. 70, ley 24.013, "prohíbe la contratación de trabajadores bajo esta modalidad para sustituir trabajadores que no prestaran servicios normalmente en virtud del ejercicio de medidas legítimas de acción sindical". A la actitud de sustituir trabajadores que se pliegan a una medida de fuerza —huelguistas— se denomina esquirolaje.

También la ley 24.013 introduce una norma antifraude en el art. 71 al consignar que "las empresas que hayan producido suspensiones o despidos de trabajadores por falta o disminución de trabajo durante los seis meses anteriores, no podrán ejercer esta modalidad para reemplazar al personal afectado por esas medidas".

b) Exigencias extraordinarias del mercado

Si se contrata personal para atender exigencias extraordinarias del mercado, el art. 72, ley 24.013, dispone que "en los casos que el contrato tenga por objeto atender exigencias extraordinarias del mercado, deberá estarse a lo siguiente: a) en el contrato se consignará con precisión y claridad la causa que lo justifique; b) la duración de la causa que diera origen a estos contratos no podrá exceder de seis meses por año y hasta un máximo de un año en un período de tres años".

El legislador quiere que cuando la causa supere los seis meses en un año o el año en un período de tres años, el contrato deba considerarse por tiempo indefinido.

Si bien la norma exige la forma escrita, la omisión de este requisito, la falta de consignación de la causa o la ausencia de precisión y claridad de ella no lo convierte en un contrato por tiempo indefinido en forma automática, sino que sólo crea una presunción *iuris tantum*, que puede ser desvirtuada por el empleador.

Los aumentos extraordinarios e imprevisibles de trabajo son ejemplos característicos de este supuesto en la medida en que sean provocados por exigencias del mercado; por ejemplo, que se pusiera de moda usar sombrero, consumir un determinado producto, etcétera.

*1.3.6.3. Contrato de obra determinada*

Se incluyen dentro de esta categoría tanto los contratos fugaces, como aquellos que si bien cubren necesidades de la empresa, la prestación del trabajador es esencialmente transitoria.

Entre los primeros se encuentran los estibadores, los changarines y los mozos extra común del gremio gastronómico, cuya prestación comienza y termina en el día. Cabe advertir que aun cuando el plazo de terminación es cierto, la ley los equiparó a los trabajadores eventuales debido a la fugacidad de la prestación comprometida.

Aun cuando en la mayoría de los casos las relaciones de carácter eventual se dan para satisfacer exigencias extraordinarias del empleador, los servicios transitorios pueden tener lugar para atender necesidades permanentes de este último, tal el caso de cualquier changarín que es contratado en un mercado cualquiera, por un día o a veces por unas horas, para realizar tareas —por ejemplo, descarga de mercadería— que hacen a necesidades que en modo alguno pueden considerarse transitorias.

Pero también puede suceder que el trabajador sea contratado para la realización de una obra que, si bien forma parte de la actividad permanente de la empresa, sea intrínsecamente transitoria, por lo cual sólo subsistirá el contrato de trabajo mientras dure la obra.

Por ejemplo, el trabajador que es contratado por una editorial para escribir un libro. En este caso, la actividad para la que fue contratado el escritor forma parte de la actividad permanente de la editorial. Sin embargo, la prestación es esencialmente transitoria, toda vez que se extinguirá irremediablemente cuando el trabajador termine de escribir el libro.

*1.3.7. Régimen jurídico*

El art. 100, LCT, dispone que los beneficios provenientes de esa ley se aplican también 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 de aquéllos.

Esto implica subordinar la aplicación de la ley a que los beneficios sean compatibles con la relación entablada y a que se cumplan los requisitos que la ley exige para la adquisición de determinados derechos.

Por ejemplo, no es aplicable el régimen de preaviso ni la integración del mes de despido; en cambio, resulta aplicable el SAC, las limitaciones en la jornada, lo dispuesto en materia de remuneraciones y el régimen del salario mínimo, las normas atinentes a las condiciones de trabajo que surgen tanto de la LCT como del convenio colectivo aplicable a la actividad, las indemnizaciones por accidentes y los salarios por enfermedad inculpable hasta la finalización del contrato.

En lo atinente a la extinción del contrato eventual, el empleador no tiene el deber de preavisar su finalización (art. 73, ley 24.013), porque la finalización de este contrato depende del agotamiento de la eventualidad —hecho que si bien se sabe que acaecerá no es posible determinar con precisión cuándo—.

En caso de renuncia del trabajador o de extinción del contrato por haberse cumplido su objeto, es decir, finalizada la obra o la tarea asignada, no da derecho a indemnización alguna, porque el trabajador eventual no tiene expectativas de permanencia laboral (art. 74, ley 24.013). Sólo deben abonarse las vacaciones y el SAC proporcionales.

En caso de despido del trabajador eventual sin causa justificada en forma anticipada —antes de alcanzarse el resultado previsto en el contrato—, le corresponde al trabajador la indemnización por despido sin justa causa y resulta aplicable el resarcimiento del derecho común fijado en el art. 95, LCT. Se trata del daño presunto —daño emergente y lucro cesante— que surge de las normas que regulan los incumplimientos de contratos (arts. 511 y 519/522, CCiv. [daño moral]).

Excepcionalmente, la ausencia del dependiente podría ocasionarle al empleador un perjuicio, por ejemplo, en caso de tratarse de un trabajador que por sus condiciones sea irremplazable (artista, deportista), y en tal caso le correspondería percibir la indemnización.

*1.3.8. Conclusiones*

De lo expuesto se pueden extraer las siguientes conclusiones sobre los alcances del régimen jurídico del contrato de trabajo eventual.

a) Sólo corresponde apartarse del principio de indeterminación del contrato, y contratar bajo alguna de las dos modalidades temporales reguladas por la LCT (plazo fijo y eventual), cuando las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifique (art. 90, inc. b], LCT).

b) El contrato a plazo fijo y el contrato eventual constituyen dos modalidades contractuales distintas, cada una de ellas con autonomía normativa, diferenciándose uno del otro en la certeza o ausencia de certeza del *dies ad quem*.

c) Los casos regulados en la primera parte del párr. 1°, art. 99, LCT, no constituyen supuestos autónomos, sino simples caracterizaciones del contrato eventual, "toda vez que no pueda preverse un plazo cierto para la finalización del contrato".

Es decir, en esta primera parte está regulado el contrato eventual propiamente dicho: los trabajos a realizar, que responden a una necesidad extraordinaria y transitoria de la empresa (propia o ajena a su actividad) no tienen un plazo cierto de terminación. En cambio, si los servicios son ordinarios o normales y, por ende, permanentes, se está en presencia de un contrato por tiempo indefinido. Si los servicios tienen plazo cierto de terminación, se trata de un contrato a plazo fijo.

d) En la segunda parte del art. 99, LCT, los servicios son permanentes, ya que tienden a satisfacer necesidades normales y propias de la empresa. Pero aun así la ley considera eventual este tipo de contratación, ya que la naturaleza de la prestación comprometida por el trabajador es transitoria. La transitoriedad está en la esencia misma del compromiso asumido por el trabajador, aun cuando el trabajo tenga plazo cierto de terminación.

e) El contrato de trabajo eventual es no formal, ya que no se exige la forma escrita, salvo para sustituir transitoriamente trabajadores permanentes de la empresa y cuando el contrato tenga por objeto atender exigencias extraordinarias del mercado (conf. arts. 69 y 72). Sin embargo, en todos los casos este requisito es *ad probationem*.

f) En el contrato de trabajo eventual no es aplicable el régimen de preaviso ni la integración del mes de despido; en cambio, resulta aplicable el SAC, las limitaciones en la jornada, lo dispuesto en materia de remuneraciones y el régimen del salario mínimo, las normas atinentes a las condiciones de trabajo que surgen tanto de la LCT como del convenio colectivo aplicable a la actividad, las indemnizaciones por accidentes y los salarios por enfermedad inculpable hasta la finalización del contrato.

g) En caso de despido del trabajador eventual sin causa justificada en forma anticipada —antes de alcanzarse el resultado previsto en el contrato—, le corresponde al trabajador la indemnización por despido sin justa causa y resulta aplicable el resarcimiento del derecho común fijado en el art. 95, LCT.

h) Si bien en principio no existe incompatibilidad entre el período de prueba y los contratos de plazo determinado, en estas modalidades de contratación no resulta de aplicación, ya que en el régimen jurídico nacional no fueron receptados por la LCT.

### *1.3.9. Empresas de servicios eventuales*

El art. 2°, dec. 1694/2006 (BO del 27/11/2006) —que derogó el dec. 342/1992—, define las empresas de servicios eventuales como la entidad que, constituida como persona jurídica, tenga por objeto exclusivo poner a disposición de terceras personas (usuarias) personal industrial, administrativo, técnico o profesional, para cumplir en forma temporaria, 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 trata de *empresas que tienen por objeto cubrir necesidades de personal de otras empresas por un tiempo determinado, lo cual origina una relación comercial con la empresa usuaria y una relación de dependencia con los trabajadores destinados a ellas.*

Por lo tanto, los trabajadores de las empresas de servicios eventuales están en relación de dependencia con ésta por medio de un contrato indeterminado de prestación discontinua, ya

que en algunos momentos son asignados a las empresas usuarias y en otros (hasta tener una nueva asignación) no prestan servicios.

Si bien efectúan intermediación de mano de obra, las personas que derivan y asignan a otras empresas son dependientes suyos y, haya o no trabajo efectivo, le deben garantizar la estabilidad en el empleo.

El empleador, a pesar de que el trabajador presta servicios en diversas empresas y cambia de lugar de trabajo, sigue siendo la empresa de servicios eventuales. La empresa usuaria —beneficiaria de la prestación— conserva las facultades y poderes del empleador (es una especie de cuasiempleador), pero no forma parte de la relación jurídica laboral, adquiriendo el carácter de deudor solidario (situación inversa a la prevista en el art. 29, LCT).

La empresa usuaria es responsable solidaria por las deudas laborales y de la seguridad social contraídas por las empresas de servicios eventuales (art. 29 bis, LCT) y está obligada a retener, de los pagos a realizar a la empresa de servicios eventuales, los aportes y contribuciones de los trabajadores y depositarlos en los organismos de la seguridad social.

Es importante destacar que cuando una empresa contrata personal por medio de una empresa de servicios eventuales debe exigirle, antes de comenzar la prestación efectiva de servicios, haber realizado el trámite ante el Registro de Altas y Bajas (res. 1891 AFIP, BO del 2/6/2005).

El período de interrupción entre las distintas asignaciones no puede superar los cuarenta y cinco días corridos o los noventa días alternados en un año aniversario (art. 5°, dec. reg. 1694/2006). La *empresa de servicios eventuales* (empleadora) *suministra* trabajadores eventuales a la empresa usuaria, que es la que paga la remuneración y se encarga de retener los aportes y contribuciones.

La LCT tiene como objetivo que efectivamente se destine el personal eventual a cubrir necesidades transitorias de las empresas usuarias (con plazo cierto o incierto, pero que necesariamente habrá de agotarse) y evitar que se encubra el suministro a las empresas de personal permanente.

Las empresas de servicios fueron muchas veces utilizadas por las empresas usuarias no para afrontar demandas extraordinarias de trabajo sino para actuar meramente como bolsas de empleo, anotando a los postulantes sin asegurarles trabajo durante la vigencia de la relación laboral, verificándose así situaciones de fraude.

Los arts. 77 a 80, ley 24.013, y el dec. 1694/2006 —que reglamentó los arts. 75 a 80 de dicha ley— establecen las pautas aplicables a las empresas de servicios eventuales.

La legislación laboral, en lugar de prohibir las empresas de servicios eventuales, adoptó un sistema de funcionamiento reglamentado con importantes restricciones a la intermediación de mano de obra transitoria. Las empresas de servicios eventuales deben estar constituidas exclusivamente como personas jurídicas y con *objeto único*. Los trabajadores contratados por su intermedio sólo se pueden desempeñar bajo la modalidad de contrato eventual (art. 77, ley 24.013).

Por aplicación de lo prescripto por el art. 29 bis, LCT, el *empleador usuario* de los servicios asume la *responsabilidad solidaria* con la empresa de servicios eventuales y debe retener y depositar los aportes y contribuciones destinados a los organismos de seguridad social, pero la titularidad de la relación la mantiene la empresa de servicios.

La solidaridad de la empresa usuaria abarca tanto las obligaciones dinerarias como la entrega de ropa de trabajo, certificados y certificaciones establecidas en el art. 80, LCT, adopción de medidas de seguridad, etc., y se limita a las obligaciones laborales originadas en el tiempo en que prestó servicios el trabajador eventual.

El dec. 1694/2006 prevé que las empresas usuarias que ocupen trabajadores a través de empresas de servicios eventuales, habilitadas por la autoridad competente, serán agentes de retención de las obligaciones derivadas de los regímenes de la seguridad social. En cambio, las empresas de servicios eventuales abonarán en forma directa a los sindicatos que correspondan

las cuotas sindicales, los aportes empresariales y las retenciones a los trabajadores que resulten del CCT aplicable a la actividad de la empresa usuaria.

El trabajador contratado mediante una empresa de servicios eventuales se rige por el convenio colectivo, es representado por el sindicato y beneficiado por la obra social de la actividad o categoría en la cual preste servicios en la empresa usuaria.

La habilitación administrativa es el requisito indispensable para el funcionamiento de la agencia, ya que de lo contrario resultan de aplicación los dos primeros párrafos del art. 29, LCT (conf. art. 23, dec. 1694/2006). El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social es la autoridad exclusiva y excluyente para la habilitación y cancelación de las empresas de servicios eventuales, al cual éstas deberán recurrir a gestionar la habilitación a fin de obtener su inscripción en el Registro de Empresas Eventuales.

El art. 14, dec. 1694/2006, establece los requisitos indispensables para el otorgamiento, entre los que se encuentran: a) tener como mínimo un capital social inicial equivalente a cien sueldos básicos mensuales del personal administrativo, categoría A, del CCT 130/1975, para empleados de comercio, o el que lo reemplace, vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad; b) presentar los documentos constitutivos de la sociedad y de la designación de administradores, directores, gerentes o responsables legales según el tipo societario de que se trate; c) declaración de las áreas geográficas dentro de las que se prestará el servicio a las empresas usuarias; d) denunciar el domicilio de la sede central, locales, oficinas y sucursales; e) acreditar las inscripciones impositivas y de la seguridad social; f) acreditar la contratación del seguro de vida obligatorio; g) constituir las garantías a la que se refiere el art. 78, LNE; h) constituir domicilio en la sede de su administración, el que surtirá efectos respecto de los trabajadores, las empresas usuarias, la autoridad de aplicación y demás organismos fiscales y de la seguridad social. Cualquier cambio o modificación de los precitados requisitos, así como también la apertura de nuevos locales, oficinas, agencias o sucursales, deberá ser comunicado a la autoridad de aplicación con una antelación de diez días hábiles a su realización.

Al momento de solicitar la inscripción, las empresas de servicios eventuales deben constituir, a favor del Ministerio de Trabajo, una garantía principal y otra accesoria. La garantía principal consiste en un depósito en caución de dinero en efectivo, valores o títulos públicos nacionales equivalentes a cien sueldos básicos mensuales del personal administrativo, categoría A, del CCT 130/1975 para empleados de comercio, o el que lo reemplace, vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Además del depósito de caución, en forma accesoria, las empresas de servicios eventuales deberán otorgar, a favor del Ministerio de Trabajo, una garantía por una suma equivalente al triple de la que surja del ap. 1° del presente artículo.

Esta garantía se otorgará, a elección de la empresa de servicios eventuales, a través de los siguientes medios: a) dinero en efectivo, valores o títulos públicos nacionales; b) aval bancario o póliza de seguro de caución emitido por una entidad autorizada por la Superintendencia de Seguros de la Nación, los que deberán tener vigencia hasta el 31 de marzo de cada año; c) constitución de un derecho real de hipoteca sobre un inmueble propio de la empresa de servicios eventuales, cuya valuación fiscal, a la fecha de constitución de la garantía, sea igual o superior al importe que garantice, la que se inscribirá en el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda a la jurisdicción en que se encuentre ubicado. El inmueble sobre el que se pretenda constituir el derecho real de hipoteca no deberá tener otro gravamen y su titular debe estar libre de inhibiciones y sólo se procederá al levantamiento de la hipoteca cuando sea reemplazada la garantía por cualquiera de las previstas en los incs. a) y b) de este apartado o, en su caso, cumplidos los recaudos del art. 18, dec. 1694/2006.

La norma agrega que ambas garantías se reajustarán anualmente sobre la base de la escala que se dispone a continuación. El total de las remuneraciones brutas de cada mes abonadas durante el año inmediatamente anterior, que surjan de las declaraciones juradas mensuales que deben presentarse ante la AFIP, será dividido por el sueldo básico del personal administrativo, categoría A, del CCT 130/1975, para empleados de comercio, o el que lo reemplace, vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. El SAC se incluirá en el mes en que figura abonado. Se sumará el resultado obtenido en cada uno de los meses y ese total se lo dividirá por trece y el número que resulte se denominará "coeficiente de garantía" y será el que se aplicará para el reajuste de las garantías previstas en este artículo. Si el "coeficiente de garantía" fuese menor a mil regirán las garantías establecidas en los aps. 1° y 2° a los valores vigentes al tiempo del reajuste. A partir de este número por cada cien o fracción mayor de treinta que arroje el "coeficiente de garantía" las garantías principal y accesoria se incrementarán respectivamente con uno y tres sueldos básicos del personal administrativo, categoría A, del CCT 130/1975 para empleados de comercio, o el que lo reemplace, vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad.

El art. 16 prevé que antes del 31 de marzo de cada año la empresa de servicios eventuales debe presentar una declaración jurada certificada por un contador público nacional con firma legalizada por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas que corresponda, actualizando los datos de la inscripción, el total de remuneraciones brutas abonadas por la empresa de servicios eventuales a sus dependientes durante el año inmediato anterior, cantidad real de trabajadores ocupados, el coeficiente de garantía y de la descripción detallada de la operación aritmética efectuada para arribar a dicho resultado, así como también deberá acreditarse la constitución de las garantías a valores actualizados acordes con esa declaración.

Asimismo, bimestralmente las empresas de servicios eventuales deben proveer al Ministerio de Trabajo un resumen de su actividad, en el que constará el detalle de la nómina completa de los trabajadores contratados para prestar servicios bajo la modalidad de contrato de trabajo eventual, individualizando respecto de cada uno de ellos: a) su número de CUIL; b) la empresa usuaria en la que presta o prestó tareas, señalando su número de CUIT y lugar de prestación de servicios; c) la fecha en que el trabajador eventual comenzó sus prestación de servicios en la empresa usuaria; d) calificación profesional y remuneración del trabajador; e) si al cese en esas tareas fue incorporado como trabajador por tiempo indeterminado de la usuaria (conf. art. 10, dec. 1694/2006).

Cuando la empresa de servicios eventuales solicite la restitución de los valores o títulos públicos nacionales depositados en caución, debe requerir la baja de la habilitación y cumplir con los siguientes recaudos: a) acompañar declaración jurada en la que conste: fecha de cesación de actividades, nómina del personal ocupado, haber abonado la totalidad de las remuneraciones e indemnizaciones, detalle de los sindicatos, obras sociales y regímenes de la seguridad social en las que se encuentren comprendidas las actividades desarrolladas. Esta declaración deberá estar certificada por contador público nacional, con firma legalizada por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas que corresponda, el que debe detallar la fecha de vencimiento de los pagos de aportes y contribuciones y el cumplimiento en tiempo o el pago de los recargos, intereses, multas y actualizaciones por los efectuados tardíamente; b) acompañar certificados de libre deuda o constancia equivalente otorgados por la AFIP, en relación con sus obligaciones con destino a la seguridad social; c) publicación de edictos por el término de cinco días en el Boletín Oficial y en el provincial que corresponda a las áreas geográficas de actuación, emplazando a los acreedores laborales y de la seguridad social, por el término de noventa días corridos. Estas publicaciones deberán ser efectuadas por el interesado; d) no tener juicios laborales

en trámite. A tal efecto, el Ministerio de Trabajo deberá oficiar a los tribunales que entiendan en la materia laboral correspondiente a las áreas geográficas de actuación a fin de que informen si la empresa que requiere su cancelación tiene juicios laborales o de la seguridad social pendientes, corriendo su diligenciamiento por cuenta de la empresa de servicios eventuales; e) no tener anotados embargos o cualquier otra medida cautelar. En caso de que la empresa peticionante se halle afectada por un embargo ejecutorio o preventivo o cualquier otra medida cautelar, no le será restituida la parte de los valores depositados en caución afectados por dicha medida o las garantías o avales caucionados de no ser suficientes aquéllos, salvo aceptación judicial de sustitución de embargo; f) no haber sido sancionada con la cancelación de habilitación para funcionar. En este supuesto, se procederá conforme lo establece el art. 80, LNE, es decir, la caución no será devuelta y la autoridad de aplicación la destinará a satisfacer los créditos laborales que pudieran existir con los trabajadores y con los organismos de la seguridad; y si existiere remanente, será destinado al Fondo Nacional de Empleo.

En todos los demás casos en que se cancele la habilitación, para que proceda la asignación del remanente de la caución se deberán cumplirse los siguientes requisitos: a) haber transcurrido el plazo de cinco años desde que la cancelación de la habilitación se encuentre firme; b) una vez vencido el plazo a que se refiere el inciso anterior, el Ministerio de Trabajo oficiará a los tribunales que entiendan en materia laboral correspondientes a las áreas geográficas de actuación, a fin de que informen si la empresa tiene juicios en trámite. Si de las respuestas surgiera la inexistencia de juicios pendientes, se publicarán edictos por un día en el Boletín Oficial y en el provincial que corresponda al área o las áreas geográficas de actuación. Cumplido sin que se presenten acreedores, se procederá a la asignación del remanente en forma inmediata. En caso de existir juicios pendientes se dispondrá del remanente cuando hayan concluido y el tribunal que intervenga otorgue certificado en el que conste que la parte actora fue desinteresada de las acreencias que emanan de la sentencia dictada o, en su caso, que nada tiene que reclamar en la causa; c) la solicitud de informes relativos a los créditos de la seguridad social se cumplirá con una requisitoria a los entes recaudadores que correspondan.

Si se cancela la autorización para funcionar de la empresa de servicios eventuales, se extinguirán de pleno derecho los contratos de trabajo que aquélla hubiera celebrado para prestar servicios bajo la modalidad de trabajo eventual, debiéndose abonar a los trabajadores las indemnizaciones legales por despido injustificado. La cancelación de la autorización para funcionar de la empresa de servicios eventuales extinguirá, con los mismos alcances, los contratos de trabajo permanentes y continuos, los que podrán continuar su ejecución sólo por el tiempo necesario para la conclusión de las operaciones pendientes. Ello es así, por cuanto entre que se produce la cancelación y terminan las operaciones transcurre un tiempo en el cual es necesario que el personal permanente y continuo continúe prestando servicios, para, por ejemplo, abonar las indemnizaciones a los trabajadores permanentes y discontinuos, abonar las deudas con el resto de los acreedores, etcétera.

El art. 80, ley 24.013, establece que "si la empresa de servicios eventuales fuera sancionada con la cancelación de la habilitación para funcionar, la caución no será devuelta y la autoridad de aplicación la destinará a satisfacer los créditos laborales que pudieran existir con los trabajadores y los organismos de la seguridad social. En su caso, el remanente será destinado al Fondo Nacional de Empleo. En todos los demás casos en que se cancela la habilitación, la caución será devuelta en el plazo que fije la reglamentación".

La empresa de servicios eventuales puede asignar trabajadores a las empresas usuarias. Cuando éstas lo requieran por las siguientes circunstancias:

*a)* ausencia de un trabajador permanente (durante el período de ausencia);

*b)* 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)* incremento en la actividad de la empresa que requiera, en forma ocasional y extraordinaria, un mayor número de trabajadores;

*d)* organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones o programaciones;

*e)* trabajos que requieran ejecución inaplazable 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, atendiendo a necesidades extraordinarias o transitorias, hayan de cumplirse tareas ajenas al giro normal y habitual de la empresa usuaria.

Los trabajadores que la empresa de servicios eventuales contrate para trabajar en su sede u oficinas están relacionados por un contrato de trabajo permanente continuo; en cambio, los que contrate bajo la modalidad de trabajo eventual, están vinculados por un contrato de trabajo permanente discontinuo.

La empresa usuaria (cliente) —aquella en la cual el trabajador prestó servicios— debe probar la eventualidad de los servicios requeridos. Si no se prueba la eventualidad extraordinaria, que justifique la contratación de un trabajador eventual mediante una empresa de servicios eventuales, la responsabilidad recae en la empresa beneficiaria de los servicios (usuaria) como empleadora directa y en la empresa que los proporciona como solidariamente obligada.

En cuanto a la *registración*, de conformidad con lo dispuesto por el art. 13, dec. 1694/2006, las empresas usuarias y de servicios eventuales deberán llevar una sección particular del libro especial del art. 52, LCT, que contendrá:

*1. Empresas usuarias*: a) individualización del trabajador que preste servicios a través de una empresa de servicios eventuales; b) categoría profesional y tareas a desarrollar; c) fecha de ingreso y egreso; d) remuneración denunciada por la empresa de servicios eventuales o el importe total de la facturación; e) nombre, denominación o razón social, número de CUIT, número de habilitación y domicilio de la empresa de servicios eventuales a través de la cual fue contratado el trabajador.

*2. Empresas de servicios eventuales:* a) individualización del trabajador que preste servicios bajo la modalidad de contrato de trabajo eventual; b) categoría profesional y tarea a desarrollar; c) fecha de ingreso y egreso en cada destino; d) remuneración; e) nombre, denominación o razón social, número de CUIT y domicilio de las empresas usuarias donde fuera destinado el trabajador.

El artículo dispone finalmente que las registraciones que se realicen de conformidad con las exigencias de este artículo, además de las que efectúe la empresa de servicios eventuales de conformidad con lo dispuesto en el art. 7°, LNE, respecto de los trabajadores que prestan servicios en las empresas usuarias, en todos los casos surtirán plenos efectos, respecto de estas últimas, en lo que hace a la obligación de registración.

De esta última parte del artículo no se entiende bien si la expresión "en todos los casos" incluye también aquellos supuestos en los cuales corresponde considerar a la empresa usuaria como verdadera empleadora, porque contrató trabajadores para cumplir funciones propias del giro normal de la empresa.

De aceptarse esta interpretación, a mi criterio constituiría un exceso de reglamentación, por cuanto se estaría validando el fraude pergeñado por ambas empresas, porque la registración efectuada por la usuaria en el libro especial del art. 52, LCT, no sería como empleadora, por lo

que no se cumpliría la formalidad prevista en el art. 7°, LNE, sin perjuicio de destacar que, en los demás registros previstos en el inc. b) de ese artículo, quien realmente registró la relación laboral no fue su empleadora, sino la deudora solidaria. Obviamente, si se trata de una empresa que no se encuentra habilitada para funcionar como tal, no resultan aplicables las disposiciones del dec. 1694/2006, y, por ende, tampoco el art. 13 referido.

Durante los períodos de inactividad laboral que surgen de la imposibilidad de la empresa de servicios eventuales de asignar al trabajador un empleo acorde con su categoría y especialidad, cesa el deber de ocupación de la empresa de servicios eventuales y el trabajador no percibe remuneración. En caso de excederse los plazos de interrupción, renacen los derechos remuneratorios del trabajador, aunque la empresa no tenga ocupación efectiva para darle.

La empresa de servicios eventuales debe otorgar ocupación al trabajador —siempre que la hubiera— para la categoría y especialidad para la cual fue contratado, aunque el nuevo destino que se le asignara fuera en otra actividad o convenio colectivo.

Transcurrido el plazo máximo fijado sin que la empresa de servicios eventuales hubiera asignado al trabajador nuevo destino, éste puede denunciar el contrato de trabajo, previa intimación en forma fehaciente por un plazo de veinticuatro horas, haciéndose acreedor de las indemnizaciones que correspondan por despido sin justa causa y por falta de preaviso. Obviamente que nada impide al trabajador ponerse a disposición del empleador una vez que ha transcurrido el plazo máximo, y si éste no le asigna tareas, de todas formas la remuneración le es debida. Sin embargo, como el deber de dar ocupación efectiva constituye una obligación contractual, su incumplimiento resulta injurioso y habilita al trabajador a colocarse en situación de despido.

La empresa de servicios eventuales no sólo debe abonar la remuneración del trabajador en los períodos en que lo ocupe efectivamente sino también cuando se excedan los plazos máximos de inactividad, sin que pueda otorgarle nueva ocupación y el trabajador se mantenga a su disposición sin hacer uso del derecho de rescindir el contrato de trabajo por injuria de la empresa.

Finalizada la misión asignada al trabajador, la empresa de servicios eventuales podrá asignarle nuevo destino laboral en la categoría laboral y especialidad para la cual fue contratado —aunque sea en otra actividad o convenio colectivo— o variar el horario de la jornada (no está obligado a aceptar un trabajo nocturno o insalubre); cuando la empresa de servicios eventuales comunique al trabajador su nuevo destino laboral en el período de inactividad, debe notificarlo en forma fehaciente, y si el trabajador no retomara sus tareas en el término de cuarenta y ocho horas, la empresa de servicios eventuales podrá denunciar el contrato de trabajo en los términos y condiciones previstos en el art. 244, LCT, y sus modificaciones.

La empresa de servicios eventuales puede incurrir en incumplimientos de deberes de tal entidad que justifiquen que el trabajador se considere indirectamente despedido, previa intimación fehaciente al empleador para que corrija tal actitud.

Estas injurias podrían consistir en pretender asignarle nuevo destino laboral en menoscabo de la categoría laboral o especialidad para la cual fue contratado por la empresa, asignar una jornada de trabajo nocturno o insalubre cuando no lo haya aceptado anteriormente, un nuevo destino laboral fuera del radio de treinta kilómetros de su domicilio y si se hubiera excedido el plazo máximo de inactividad (sesenta días corridos o ciento veinte alternados en un año aniversario) y no se le otorgare nuevo destino laboral.

## 4. Contrato de equipo

El párr. 1°, art. 101, LCT, establece que "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 representantes, se obligue a la prestación de servicios propios de la actividad de aquél".

El contrato de equipo, de grupo o de cuadrilla consiste en un *acuerdo celebrado entre el empleador* —persona física o empresa— *con un coordinador que representa al grupo de trabajadores*. Es decir que el empleador contrata con un capataz, jefe de equipo, encargado de una cuadrilla (de cinco, diez o veinte personas, por ejemplo) que hace las veces de intermediario y los coloca a disposición del empleador para cumplir con el objeto contractual. Ese *intermediario* es quien *pacta las condiciones de trabajo* y tiene la facultad y responsabilidad de contratar en nombre de todos. Es un contrato poco utilizado en la actualidad.

Si bien el empleador arregla el contrato con ese coordinador del grupo, se lo entiende realizado con todos y cada uno de los trabajadores individualmente; esto significa que *cada uno de los trabajadores está en relación de dependencia con el empleador*. Puede citarse el típico ejemplo de la orquesta de música: el empresario arregla con el director de la orquesta y a su vez los integrantes del conjunto son fungibles, intercambiables (si, por ejemplo, el saxofonista no viene, otro trabajador lo reemplaza).

El jefe del equipo tiene facultades específicas, entre las que se encuentran:

— La *elección* de las personas que integrarán el conjunto tanto al tiempo de la formalización del contrato como durante su desarrollo, salvo que por la índole de las prestaciones resulte indispensable su determinación anticipada.

— Proponer al candidato a la aceptación del empleador, si resultase indispensable en razón de la modalidad de las tareas a efectuarse y a las calidades personales exigidas en la integración del grupo (art. 101, párr. 3°, *in fine*, LCT).

— Acordar con el empleador el monto de la remuneración y con los integrantes del grupo su distribución.

El incumplimiento contractual de uno de los integrantes del grupo no es causal suficiente para configurar que hay un incumplimiento contractual y rescindir el contrato con todos sus integrantes, ya que no existe la posibilidad de aplicar la normativa del derecho común referida a las obligaciones mancomunadas.

Incluso podría afirmarse que es precisamente una característica esencial de esta modalidad contractual la imposibilidad del empleador de despedir a un trabajador sin la anuencia del jefe del grupo, ya que ello importaría una modificación unilateral de las condiciones del contrato.

La remuneración común pactada no implica que el empleador esté eximido del pago personal y directo del salario correspondiente; si optase por pagarlo al representante del equipo deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva percepción y distribución del salario entre los integrantes del grupo [7].

El personal contratado directamente por el empleador para colaborar con el grupo o equipo (último párrafo del art. 101, LCT) no participa del salario común del grupo, y su retribución correrá por cuenta del propio empleador.

Los restantes párrafos del art. 101, LCT, disponen que "el empleador tendrá, respecto de cada uno de los integrantes del grupo, individualmente, los mismos deberes y obligaciones pre-

[7] FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Tratado teórico práctico de derecho del trabajo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 1989, p. 885; ETALA, Carlos A., *Contrato...*, cit., p. 234.

vistos 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 dejare 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 correrán por cuenta de aquél".

En esa situación están los que efectúan un mismo trabajo y no pueden realizarlo solos, como los equipos o cuadrillas de estibadores o cargadores (mano) que tienen las tareas de movimientos de bolsas, bultos o mercaderías en puertos, mercados o estaciones.

El contrato de grupo o equipo no debe confundirse con el trabajo por equipos contemplado en la ley 11.544, que es una forma de prestar las tareas: los trabajadores efectúan un trabajo en conjunto que comienza y termina en el mismo momento.

Una de las diferencias destacables que existe entre el contrato de equipo y el trabajo por equipo es que en éste el empleador puede cambiar la composición del equipo (o grupo) e inclusive despedir a uno de sus integrantes. En cambio, en el contrato de equipo, el empleador —por lo general— no tiene influencia en la conformación del grupo ni puede despedir a uno de ellos independientemente de los demás, ya que al sustituir a uno de sus integrantes modifica el contrato.

El art. 102 prescribe que "el contrato por el cual una sociedad, asociación, comunidad o grupo de personas, con o sin personería 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".

Es una típica norma antifraude. Se ocupa del supuesto de ocultamiento (simulación) de una verdadera relación laboral entre los integrantes de una sociedad, asociación, comunidad o grupo de personas "con o sin personería jurídica", con un tercero —empresa, persona física o de existencia ideal— que aprovecha de la prestación de aquéllos, consistente en servicios, obras o actos propios de una relación de trabajo.

En caso de constatarse la existencia de una relación laboral subyacente u oculta, cada uno de los integrantes de la sociedad, asociación, etc., utilizada como fachada, será considerado integrante de un equipo o grupo de trabajo y se aplicarán las disposiciones del art. 101.

Las personas interpuestas no son sólo conjuntos de personas físicas (comunidades o grupos de personas), sino sociedades y asociaciones, con o sin personería jurídica. El objetivo es evitar el fraude al presentar a los trabajadores que prestan servicios en relación de dependencia para un empleador como integrantes de una sociedad, generalmente de responsabilidad limitada o cooperativa, aunque en la práctica puede adoptar cualquier forma societaria. Con esto se aparentaría que la contratación se realiza de empresa a empresa, cuando en realidad se trata de simples trabajadores dependientes contratados por un empleador.

## Modalidades del contrato de trabajo

Principio general ⇨ Contrato por tiempo indeterminado ⇨ Período de prueba (art. 92 bis, LCT, según art. 2°, ley 25.877) ⇨ tres meses

| *Tipos de contrato* | *Tiempo de duración* | *Cese del contrato - Indemnizaciones* | *Aportes y contribuciones patronales* |
|---|---|---|---|
| A PLAZO FIJO (arts. 93 a 95) | Determinado. El plazo es convenido y tiene un máximo de cinco años. | — Preaviso con anticipación no menor que un mes ni mayor de dos, respecto de la expiración del plazo convenido.<br>— Despido sin justa causa (indemnización, arts. 245 y 95).<br>— Extinción por vencimiento del plazo en contrato que dure más de un año (indemnización, art. 250).<br>— Contrato con duración total inferior a un año (no hay indemnización, sí hay vacaciones y SAC proporcionales). | En todos estos contratos, el empleador debe abonar la totalidad de los aportes: obras sociales, asignaciones familiares, Fondo Nacional de Empleo, Inssjp y SIPA. |
| DE TRABAJO EVENTUAL (art. 99) | Determinable. Comienza y termina con la obra: mientras dure la eventualidad. | — No hay deber de preavisar.<br>— Renuncia del trabajador u objeto cumplido (no hay indemnización, sí hay vacaciones y SAC proporcionales).<br>— Despido sin justa causa antes del resultado previsto en el contrato (indemnización de los arts. 245 y 95). | |
| DE TRABAJO DE TEMPORADA (arts. 96 y 98) | Permanente discontinuo. Está sujeto a repetirse en cada ciclo por la naturaleza de la actividad. Se cumple en determinadas épocas. | — Renuncia del trabajador (vacaciones y SAC proporcionales).<br>— Despido durante el receso (indemnización del art. 245; antigüedad: suma de los períodos trabajados hasta el distracto).<br>— Despido durante la temporada (además de la indemnización por despido injustificado, daños y perjuicios del art. 95). | |
| DE TRABAJO DE EQUIPO (arts. 100 y 101) | Indeterminado o determinado. | Se rige según los distintos casos que prevé la LCT. | |

## 5. Contrato a tiempo parcial

Está contemplado en la ley 24.465 (art. 2°) e incorporado al art. 92 ter, LCT. La ley 26.474 (BO del 23/1/2009) modificó algunas características del contrato a tiempo parcial sustituyendo el texto del art. 92 ter, LCT.

Al contrato de trabajo a tiempo parcial se lo puede definir como aquel en virtud del cual *el trabajador se obliga a prestar servicios durante un determinado número de horas al día, a la semana o al mes, inferiores a las dos terceras partes de la jornada habitual de la actividad.*

El convenio 175 y la recomendación 182 de la OIT, sobre el trabajo a tiempo parcial, definen el "trabajador a tiempo parcial" como todo trabajador asalariado cuya actividad tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable.

Sin embargo, no cualquier jornada inferior a la habitual configura un contrato de este tipo, ya que la ley determina expresamente que el número de horas trabajadas requeridas, habrá de ser inferior a las dos terceras partes de esa jornada habitual, por lo que una jornada levemente superior a esas dos terceras partes no permitirá hacer aplicable los efectos del contrato a tiempo parcial [8].

Por el contrario, al no establecer el ordenamiento una jornada mínima permite utilizar esta figura para jornadas muy reducidas.

El concepto de jornada habitual de la actividad no se confunde necesariamente con el de jornada legal de la actividad.

La ley utiliza como módulo de referencia la jornada habitual de la actividad. Por tal razón debe estimarse que, de existir un convenio colectivo de empresa que estableciera una duración de tareas inferior, ésta sería irrelevante a estos efectos, manteniéndose como módulo de referencia sólo la jornada habitual de la actividad.

Puede tratarse de un contrato por tiempo indeterminado en el cual rige el período de prueba, o de un contrato por tiempo determinado. Al no contener la ley disposición alguna al respecto, se entiende que la contratación a tiempo parcial puede ser utilizada no sólo en los contratos por tiempo indeterminado, sino también en las modalidades excepcionales a dicho principio (a plazo fijo, eventual).

Su nota característica es la reducción del tiempo normal de trabajo (diario, semanal o mensual), pero siempre en un lapso inferior a las dos terceras partes del tiempo de trabajo habitual de la actividad. Lo que se reduce es la duración del tiempo de trabajo y no la duración del contrato.

El destinatario es el trabajador que presta servicios durante un determinado número de horas (al día, semana o mes) inferiores a las dos terceras partes de la jornada habitual. Por ejemplo, se podría prestar servicios todos los días (tres horas de lunes a viernes) o también algunos días de la semana o del mes, en jornada completa (ocho horas) y/o en jornadas reducidas (tres horas). En el particular caso de la industria de la construcción, se considera jornada reducida de trabajo cuando el trabajador jornalizado trabaja hasta ciento setenta y seis horas en el mes, sin perjuicio de la extensión de cada jornada.

La ley 26.474 dispone que si la jornada pactada supera esa proporción, el empleador debe abonar la remuneración correspondiente a un trabajador de jornada completa. La violación del límite de jornada genera la obligación del empleador de abonar el salario correspondiente a la jornada completa de ese mes.

Para el cálculo de la *remuneración* debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad, que encuentra su fundamento en el principio de igualdad (de rango constitucional). En consecuencia, no puede ser inferior a la proporcional que le corresponde a un trabajador de tiempo completo, fijada por ley o convenio colectivo de la misma categoría o puesto de trabajo.

[8] ETALA, Carlos A., *Contrato...*, cit., p. 212.

Por ejemplo, si la jornada de trabajo del trabajador a tiempo parcial es la mitad de la habitual de la actividad, su remuneración no podrá ser inferior a la mitad de la que percibe un trabajador a tiempo completo de la misma categoría.

Dadas las características particulares de esta forma de contratación, los trabajadores contratados *a tiempo parcial no pueden realizar horas extraordinarias*, salvo en casos de peligro grave o inminente para las personas o cosas incorporadas a la empresa.

Esto es para desalentar el reemplazo masivo de trabajadores a tiempo completo por trabajadores a tiempo parcial, en aquellas actividades con requerimientos de prestación variables entre jornadas, y de no posibilitar —consecuentemente— el fraude a la ley 11.544 (de jornada).

De todos modos, si se trabajaron horas en exceso de la jornada convenida no se consideran extraordinarias sino que el trabajador debe cobrar en *forma simple* y sin los recargos legales (arts. 40 y 43, LCT).

Los *aportes y contribuciones* a los organismos de seguridad social se efectúan en proporción a la remuneración efectivamente percibida, salvo los aportes y contribuciones para la obra social, que será la que corresponda a un trabajador de tiempo completo de acuerdo con la categoría en que se desempeña (cfr. ley 26.474). En principio, a los trabajadores contratados a tiempo parcial les corresponde percibir asignaciones familiares de pago mensual (esposa, hijos, escolaridad, etc.), aplicando el dec. 968/1996 —que no fue derogado por la ley 24.714—, que establece que para tener derecho a las prestaciones el trabajador debe cumplir con un horario mínimo de cuatro horas diarias o veinticinco semanales o cien mensuales, y para trabajadores jornalizados el mínimo fijado es de doce jornadas y media, pudiendo alcanzar ese mínimo acumulando los servicios prestados en el mismo mes con otros empleadores.

En caso de pluriempleo, el trabajador debe comunicar a sus empleadores la obra social elegida; de esta forma se unifican los aportes y contribuciones, y el empleador debe transferirlos a ella. Las cotizaciones al régimen previsional se realizarán en proporción a la remuneración efectivamente percibida por el trabajador.

La base imponible de los aportes y contribuciones destinados a estos entes se calcula también sobre la remuneración real del dependiente.

La ley 26.474 establece que los CCT 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 éstos para ocupar las vacantes a tiempo completo que se produjeren en la empresa.

En cuanto a la *extinción*, la indemnización que le corresponde al trabajador, en caso de despido, es similar a la del contrato por tiempo indeterminado o del contrato de tiempo determinado que corresponda. La remuneración a tomar en cuenta es la proporcional a la cantidad de horas trabajadas con relación a la jornada completa. Se puede trabajar desde lo mínimo pactado hasta las dos terceras partes de la jornada legal de la actividad (diaria, semanal o mensual). Por ejemplo, si la actividad es de cuarenta y ocho horas semanales, se podrá trabajar hasta treinta y dos horas (dos tercios de las cuarenta y ocho horas), con prescindencia de la cantidad de horas que integren cada jornada.

## 6. Contrato de aprendizaje

El art. 1°, ley 25.013, modificado por el art. 22, ley 26.390 (BO del 25/6/2008), se ocupa del régimen del contrato de aprendizaje disponiendo específicamente su naturaleza laboral: debe estar registrado en el libro especial del art. 52, LCT, y ante los organismos de seguridad social y tributarios en la misma forma y oportunidad que los contratos de trabajo por tiempo indeterminado (art. 19, ley 25.013). Su finalidad formativa es teórico-práctica; esta forma de contratación está vedada expresamente para las cooperativas de trabajo y las empresas de servicios eventuales.

El antecedente de los contratos de aprendizaje son los de menores de hasta 18 años de los decs. 14.538/1944 y 6648/1945, el menor ayudante obrero (estudiante) en las escuelas fábricas (industrias), aunque la regulación actual del contrato dista bastante de aquel antecedente. Anteriormente estaba regido por el art. 4°, ley 24.465 (que derogó la ley 25.013).

Es un contrato de trabajo que tiene en mira como prestación principal el aprendizaje de un arte u oficio y como prestación accesoria la realización de un servicio. En sus orígenes, la doctrina discutía si esta modalidad de contratación constituía o no contrato de trabajo.

En tal sentido, se lo definió como un contrato de trabajo especial, como contrato de enseñanza, y también como contrato autónomo o mixto [9].

La OIT, en la recomendación 60 de 1939, definió el aprendizaje como el "sistema en virtud del cual el empleador se obliga por contrato a emplear a un joven trabajador y a enseñarle, o hacer que le enseñen metódicamente, un oficio, durante un período previamente fijado, y en el curso del cual el aprendiz está obligado a trabajar bajo el servicio de dicho empleador".

El convenio 117 de 1962 sobre política social contempló el dictado de disposiciones tendientes al desarrollo progresivo de formación profesional y aprendizaje para la preparación eficaz de menores de ambos sexos para conseguir empleos útiles.

La recomendación 136 de 1970, referida a programas esenciales para jóvenes, consideró tales a aquellos que les permitieran participar en actividades destinadas al desarrollo económico y social de su país y adquieran en ellos la educación, calificaciones y experiencias que faciliten posteriormente su actividad económica estable y fomenten su integración en la sociedad.

La obligación de formación teórico-práctica por parte del empleador configura uno de sus deberes principales y un elemento esencial del contrato que no se compensa con el mero aprendizaje práctico derivado del desempeño del trabajo [10], de modo de que si no se presentara o dejara de constituir la razón del contrato se estaría ante un contrato de aprendizaje simulado, es decir, frente a un contrato de trabajo por tiempo indeterminado.

El contrato de aprendizaje se debe celebrar por escrito entre un empleador y un joven sin empleo, de entre 16 y 28 años, y tiene una duración mínima de tres meses y una máxima de un año.

El empleador tiene el deber de entregar al aprendiz un certificado (suscripto por el responsable legal de la empresa) que acredite la experiencia o especialidad adquirida. El incumplimiento del empleador de otorgar el correspondiente certificado al finalizar el contrato otorga derecho al trabajador no sólo a reclamarlo sino también a los daños que tal actitud le hubiera causado, estando a su cargo la acreditación de aquéllos (art. 505, CCiv.) [11].

La jornada de trabajo no puede superar las cuarenta horas semanales, incluidas las correspondientes a la formación teórica; si se contrata a menores se debe respetar su jornada de trabajo reducida.

La ley impone límites a la posibilidad de contratación al consignar que no se puede contratar como aprendices a aquellos que hayan tenido una relación laboral previa con el mismo empleador, ni al mismo aprendiz una vez agotado su plazo máximo.

Asimismo, el número total de aprendices contratados no debe superar el 10% de los trabajadores permanentes del establecimiento. Si se trata de una empresa de hasta diez trabajadores, o de un empleador que no tuviese personal en relación de dependencia, se podrá contratar un aprendiz.

El empleador debe otorgar preaviso con treinta días de anticipación a la terminación del contrato o abonar una indemnización sustitutiva de medio mes de sueldo. Si el contrato se extingue por cumplimiento del plazo pactado, el empleador no está obligado al pago de indemnización alguna. En los demás casos rige la indemnización por despido incausado (art. 245, LCT).

En caso de que el empleador incumpliera sus obligaciones, el contrato de aprendizaje se convertirá en un contrato por tiempo indeterminado.

[9] PODETTI, Humberto A., "El contrato de aprendizaje regulado por la ley 24.465", DT 1995-B-1998.

[10] RUBIO, Valentín, *La reforma laboral*, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 16.

[11] VAZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del trabajo*, t. I, Astrea, 2000, p. 354.

Puntualmente se critican distintos aspectos del art. 1°, ley 25.013. Entre ellos, el límite máximo de edad, ya que resulta curioso pensar en un aprendiz de 28 años (en la ley 24.465 el límite era de 25 años); su excesiva duración (tres meses a un año) y la sanción al empleador en caso de despido *ante tempus*, porque no se aplica el art. 250, LCT —o una norma similar—, sino que la ley remite al art. 245, LCT.

**Modalidades del contrato de trabajo**

| *Tipos de contrato* | *Tiempo de trabajo* | *Tiempo de duración* | *Deberes del empleador* | *Personal a emplear* | *Extinción* |
|---|---|---|---|---|---|
| A TIEMPO PARCIAL art. 92 *ter*, *LCT* (art. 2°, ley 24.465, según ley 26.474) | Número de horas al día, a la semana o al mes inferiores a las dos terceras partes de la jornada habitual. | Indeterminado o determinado. | — Efectuar los aportes y contribuciones en forma proporcional a la remuneración percibida, salvo para la obra social que se paga como un trabajador de tiempo completo. | Similar al contrato de tiempo indeterminado o determinado según el caso. | — Se rige por la LCT.<br>— Similar al contrato por tiempo indeterminado o determinado según el caso.<br>— La remuneración a tomar en cuenta es la proporcional a la cantidad de horas trabajadas en relación con la jornada completa. |
| DE APRENDIZAJE (art. 1°, ley 25.013, según ley 26.390) | — cuarenta horas semanales como máximo (incluidas las horas de formación teórica).<br>— Menores: jornada de trabajo reducida. | — Mínimo: tres meses.<br>— Máximo: un año. | — Entregar certificado que acredite la experiencia o especialidad adquiridad.<br>— Otorgar preaviso con treinta días de anticipación a la terminación del contrato o pagar indemnización sustitutiva de medio mes de sueldo.<br>— Efectuar el contrato por escrito y registrarlo ante los organismos de seguridad social y tributarios.<br>— Incumplimiento de las obligaciones: conversión en contrato por tiempo indeterminado. | — Trabajadores entre 16 y 28 años.<br>— No puede superar el 10% de los trabajadores permanentes del establecimiento.<br>— Hasta diez trabajadores: un aprendiz.<br>— Sin personal: un aprendiz.<br>— No se puede contratar como aprendiz a aquel que haya tenido una relación laboral previa. | — Por cumplimiento del plazo: no hay indemnización (salvo el derecho a ser preavisado).<br>— Demás supuestos: indemnización por despido incausado (art. 245, LCT). |

## III. CONTRATOS NO LABORALES

Se trata de contratos que *tienen por finalidad la capacitación de un futuro trabajador.* Se los denomina "prelaborales" y su objetivo es otorgarle conocimientos en determinado oficio, arte o profesión para que luego se pueda desempeñar en un contrato en relación de dependencia.

Las formas de contratación no laborales se han integrado a nuestro derecho positivo pero han sido objetadas porque en muchos casos fueron utilizadas para violar la legislación laboral, es decir, como una forma de fraude.

Así, es común en las empresas observar personas que realizan idénticas tareas que los demás trabajadores, cumpliendo horario, con un ingreso similar y cumpliendo órdenes y sometidos a un régimen disciplinario, pero que no son trabajadores; es decir que, a pesar de configurarse las notas tipificantes del contrato de trabajo, están expresamente excluidos de la protección de la legislación laboral, ello además del trabajo no registrado ("en negro").

Los principales son: las pasantías, el Programa Nacional de Pasantías (Pronapas) y las becas; también en los últimos años fueron lanzados el Programa Empleo, Capacitar, el Proedis, los Planes Trabajar, los planes de Emergencia Laboral, Productiva y Comunitaria, Programas de Servicios Comunitarios, de Capacitación, el Proyecto Joven (dirigido a jóvenes con la finalidad de formación de mano de obra especializada) y el Plan Jefes de Hogar, entre otros.

### 1. Pasantías

#### *1.1. Pasantías educativas: ley 26.427 (BO del 22/12/2008) y reglamentación*

Actualmente, el régimen de pasantías vigente es el establecido en la ley 26.427 (BO del 22/12/2008), que regula el Sistema de Pasantías Educativas en el marco del sistema educativo nacional para los estudiantes de la educación superior (cap. V, ley 26.206), la educación permanente de jóvenes y adultos (cap. IX, ley 26.206) y de la formación profesional (cap. III, ley 26.058), en todos los casos para personas mayores de 18 años, a cumplirse en empresas y organismos públicos, o empresas privadas con personería jurídica, con excepción de aquellas de servicios eventuales aun cuando adopten la forma de cooperativas.

El nuevo régimen deroga la ley 25.165 —Ley de Pasantías Educativas—, el art. 2°, ley 25.013, el dec. 340/1992, el dec. 93/1995, y sus normas reglamentarias y complementarias, y el art. 7°, dec. 487/2000.

La ley 26.427 define como *pasantía educativa* el conjunto de actividades formativas que realicen los estudiantes en empresas y organismos públicos, o empresas privadas con personería jurídica, sustantivamente relacionado con la propuesta curricular de los estudios cursados en unidades educativas, que se reconoce como experiencia de alto valor pedagógico, sin carácter obligatorio (art. 2°).

Sus *objetivos* son lograr que los pasantes:

a) profundicen la valoración del trabajo como elemento indispensable y dignificador para la vida, desde una concepción cultural y no meramente utilitaria;

b) realicen prácticas complementarias a su formación académica, que enriquezcan la propuesta curricular de los estudios que cursan;

c) incorporen saberes, habilidades y actitudes vinculados a situaciones reales del mundo del trabajo;

d) adquieran conocimientos que contribuyan a mejorar sus posibilidades de inserción en el ámbito laboral;

e) aumenten el conocimiento y manejo de tecnologías vigentes;

f) cuenten con herramientas que contribuyan a una correcta elección u orientación profesional futura;

g) se beneficien con el mejoramiento de la propuesta formativa, a partir del vínculo entre las instituciones educativas y los organismos y empresas referidos en el art. 1° de la ley;

h) progresen en el proceso de orientación respecto de los posibles campos específicos de desempeño laboral.

Los objetivos del sistema de pasantías apuntan, además, a generar mecanismos fluidos de conexión entre la producción y la educación, a los efectos de interactuar recíprocamente entre los objetivos de los contenidos educativos y los procesos tecnológicos y productivos (art. 4°).

Para implementar el sistema de pasantías educativas, las autoridades de las instituciones y organismos de conducción educativa reconocidos establecerán el diseño de un proyecto pedagógico integral de pasantías a nivel institucional, como marco para celebrar convenios con las empresas u organismos en los que se aplicará dicho sistema. En el caso de los convenios suscriptos por autoridades de instituciones educativas, cualesquiera sea su nivel y ámbito de dependencia, las autoridades educativas jurisdiccionales deben ser notificadas fehacientemente en el curso de los cinco días hábiles posteriores a la firma del convenio, conforme el procedimiento que determine la reglamentación.

La nueva normativa, además, establece que en los *convenios de pasantías educativas* deben constar como mínimo los siguientes *requisitos*:

a) denominación, domicilio y personería de las partes que lo suscriben;

b) objetivos pedagógicos de las pasantías educativas en relación con los estudios entre los cuales se convocará a los postulantes de las pasantías;

c) derechos y obligaciones de las entidades receptoras de los pasantes y de las instituciones u organismos educativos;

d) características y condiciones de realización de las actividades que integran las pasantías educativas y perfil de los pasantes;

e) cantidad y duración de las pasantías educativas propuestas;

f) régimen de asistencia y licencias por examen, enfermedad y accidente para los pasantes;

g) régimen de la propiedad intelectual de las creaciones e innovaciones que resulten de la actividad del pasante;

h) régimen de la cobertura médica de emergencias a cargo de la empresa u organización y entidad que atenderá los compromisos derivados de la Ley de Riesgos del Trabajo;

i) planes de capacitación tutorial que resulten necesarios;

j) plazo de vigencia del convenio y condiciones de revisión, caducidad, o prórroga;

k) nómina de personas autorizadas por las partes firmantes a suscribir los acuerdos individuales de pasantías educativas.

También establece que las autoridades de las instituciones u organismos educativos informarán a la comunidad educativa sobre los convenios firmados con organismos públicos o empresas privadas, y comunicarán fehacientemente al alumnado, con antelación a cada convocatoria: los procedimientos, requisitos, vacantes, criterios de asignación y plazos para postular a las pasantías.

Los estudiantes podrán acceder a copias de los convenios a simple solicitud, definiéndose por la vía reglamentaria los criterios sobre la asignación de postulantes a las pasantías, en función de pautas objetivas, que tendrán la adecuada difusión para preservar la igualdad de oportunidades de los postulantes.

En tal sentido, los estudiantes seleccionados para realizar las pasantías deberán suscribir un acuerdo individual con los firmantes del convenio, el cual contendrá las condiciones específicas de la pasantía educativa. Este acuerdo debe instrumentarse conforme a las pautas del convenio, y el texto de la ley y el convenio de referencia serán anexados al acuerdo, para la notificación fehaciente del pasante.

En los *acuerdos individuales de pasantías* educativas se harán constar como mínimo los siguientes *requisitos*:

a) nombre y apellido del pasante, número de CUIL y domicilio real;

b) denominación, domicilio y personería de las partes institucionales y datos de las personas autorizadas a suscribir el acuerdo, conforme el convenio;

c) derechos y obligaciones de las partes;

d) plan de pasantía educativa según lo establecido en el art.17 de la ley;

e) duración, horarios y sede de realización de la pasantía educativa;

f) monto, fecha y lugar de pago de la asignación estímulo;

g) enumeración de las tareas asignadas al pasante;

h) régimen de asistencia y licencias por examen, enfermedad y accidente para el pasante;

i) régimen de la propiedad intelectual de las creaciones e innovaciones que resultaren de la actividad del pasante;

j) nombre y apellido y número de CUIL/CUIT de los tutores y de los docentes guías asignados por las partes referidas en el art. 1°.

Cada institución u organismo educativo debe conservar los originales de los convenios, llevar un registro de los acuerdos individuales de pasantías educativas, estructurar un legajo por cada pasante, asignar los docentes guías y supervisar el cumplimiento de los planes de pasantías, dando especial énfasis al cumplimiento de los aspectos formativos de las tareas de los pasantes. El desempeño de la función de docente guía será incompatible con cualquier cargo rentado en la empresa u organización donde se desarrolle la pasantía.

Las empresas y organismos deben conservar los originales de los convenios y acuerdos que suscriban en los términos de la ley, por un plazo de cinco años posteriores a la finalización de su vigencia, llevar un registro interno de cada uno de ellos, y comunicarlos a los organismos de seguridad social y tributarios, conforme a lo establecido en el art. 19, ley 25.013, designar tutores para las pasantías educativas que tengan experiencia laboral específica y capacidad para planificar, implementar y evaluar propuestas formativas.

*Las pasantías educativas no originan ningún tipo de relación laboral entre el pasante y la empresa u organización en la que éstas se desarrollan. Esta figura no podrá ser utilizada para cubrir vacantes o creación de empleo nuevo ni para reemplazar al personal de las empresas y organismos públicos o privados. Si luego de la pasantía educativa se contrata a la persona por tiempo indeterminado, no se puede hacer uso del período de prueba del art. 92 bis, LCT.*

*La duración y la carga horaria de las pasantías educativas se definen en el convenio mencionado en el art. 6°, en función de las características y la complejidad de las actividades a desarrollar, por un plazo mínimo de dos meses y máximo de doce meses, con una carga horaria semanal de hasta veinte horas.* Cumplido el plazo máximo establecido, una vacante de pasantía educativa puede renovarse a favor del mismo pasante, por hasta seis meses adicionales, debiéndose firmar un nuevo acuerdo individual entre todas las partes, conforme el art. 9°.

Las *actividades* de las pasantías educativas se llevan a cabo en las instalaciones de las empresas u organismos, o en los lugares que éstas dispongan según el tipo de labor a desarrollar. Dichos ámbitos tienen que reunir las condiciones de higiene y seguridad dispuestas por la Ley de Higiene y Seguridad del Trabajo y sus normas reglamentarias.

Además, las empresas u organismos deben incorporar obligatoriamente a los pasantes al ámbito de aplicación de la LRT y sus normas reglamentarias, y acreditarlos ante la unidad educativa correspondiente.

En cuanto a la *retribución por las tareas*, el art. 15 establece que los pasantes reciben una suma de dinero en carácter no remunerativo en calidad de asignación estímulo, que se calculará sobre el salario básico del convenio colectivo aplicable a la empresa, y que será proporcional a

la carga horaria de la pasantía. En caso de haber más de un convenio aplicable, se tomará en cuenta el más favorable para el pasante.

Para el caso de actividades que no cuenten con convenio colectivo, se aplicará para el cálculo de la asignación estímulo, el salario mínimo, vital y móvil, en forma proporcional a la carga horaria de la pasantía.

*Los pasantes reciben, conforme a las características de las actividades que realicen, todos los beneficios regulares y licencias que se acuerden al personal según se especifique en la reglamentación.* Asimismo, *se debe otorgar al pasante una cobertura de salud*, cuyas prestaciones serán las previstas en la ley 23.660 —Ley de Obras Sociales—.

Los gastos administrativos correspondientes a la implementación de las pasantías educativas, si los hubiera, no pueden imputarse en todo ni en parte a la asignación estímulo del pasante; se establece para estos gastos, un tope máximo de un 5% del valor de la asignación estímulo.

El docente guía por parte de la institución educativa y el tutor por parte del organismo o empresa, en el marco de lo establecido en el art. 5°, elaboran de manera conjunta un plan de trabajo que determine el proceso educativo del estudiante para alcanzar los objetivos pedagógicos. Este plan se incorpora al legajo individual de cada pasante, que obra en la institución u organismo educativo, conforme se establece en el art. 10, y será notificado fehacientemente al pasante.

La implementación del plan de pasantías educativas, su control y evaluación es responsabilidad de los profesores guías y de los tutores, quienes elaborarán informes periódicos, que se incorporarán al legajo individual de cada acuerdo establecido en el art. 10. En el término de treinta días corridos posteriores a la finalización de la pasantía educativa, los tutores designados deben remitir a la unidad educativa un informe con la evaluación del desempeño del pasante. Las partes firmantes extenderán en todos los casos a los pasantes un certificado de pasantía educativa en el que conste la duración de la pasantía y las actividades desarrolladas; asimismo, a su solicitud se extenderán certificaciones de las funciones cumplidas a los docentes guías y a los tutores, indicando la cantidad de pasantes y el tiempo de dedicación.

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social ejercerá el contralor del cumplimiento de la ley con relación a las empresas y organismos para que no se *alteren* sus objetivos. En caso de incumplimiento por parte de la empresa de alguno de los requisitos o características que tipifican a esta especial relación, la pasantía educativa perderá el carácter de tal y será considerada contrato laboral por tiempo indeterminado. En dicho caso, regirán todas las sanciones e indemnizaciones que correspondan para la relación laboral no registrada.

Atento el carácter excepcional de este régimen, en caso de duda se entenderá que la relación habida entre el alumno y la empresa u organismo es de naturaleza laboral, aplicándose el régimen de la LCT y complementarias.

El Ministerio de Educación, dentro del Consejo Federal de Educación y del Consejo de Universidades, y con participación del Instituto Nacional de Educación Tecnológica, para los casos que corresponda, dispondrá un registro unificado de los convenios suscriptos por las instituciones y organismos educativos que participen en el sistema, organizará mecanismos para el apoyo técnico, para la capacitación de los docentes guías y para el control del cumplimiento de los objetivos pedagógicos de las pasantías, en lo que compete a las funciones de las instituciones y organismos educativos.

Periódicamente realizará por sí o en acuerdo con los citados consejos, la realización de controles muestrales que permitan mejorar en forma integral la gestión de las pasantías educativas. Asimismo, deberán realizarse controles ante la presentación de denuncias de irregularidades en el cumplimiento de las pasantías educativas y las responsabilidades de las partes intervinientes.

Las empresas y organismos tendrán un cupo máximo de pasantes, que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social fijará a través de la reglamentación correspondiente, cupo que será proporcional al tamaño de la empresa y a la cantidad de tutores que ésta asigne.

Como cláusula transitoria se dispone que los contratos de pasantías que se encuentren vigentes al momento de la promulgación de la ley deberán adecuarse a sus prescripciones en el término de ciento ochenta días, excepto en lo referido al art. 13, sobre duración de las pasantías educativas, los que se cumplirán hasta la finalización del plazo originalmente suscripto, no pudiendo ser renovados ni prorrogados.

La reglamentación del actual régimen de pasantías está contemplada en la res. conj. 825/2009 y 338/2009 de los Ministerios de Trabajo y de Educación (BO del 27/10/2009), que entró en vigencia el 1/11/2009 (art. 18) y fue dictada conforme a las pautas fijadas en el art. 7°, *in fine*, ley 26.427.

En su art. 2° define "como empresa privada con personería jurídica descripta en los arts. 1° y 2°, ley 26.427, a la empresa cuyo titular sea una persona física o jurídica, inscripta regularmente ante la AFIP y que, contemporáneamente con el desarrollo de la pasantía, tenga una dotación de personal en relación de dependencia por tiempo indeterminado igual o mayor a un empleado".

En similar sentido, fija "como empresas y organismos públicos a los detallados en el art. 8°, ley 24.156, y sus modificatorias y a los organismos públicos estatales y no estatales provinciales y municipales", agregando que "los sujetos descriptos en los párrafos precedentes serán los únicos habilitados para contratar pasantes en el marco del Sistema de Pasantías Educativas de la ley 26.427".

En su art. 3° equipara a los pasantes en cuanto al régimen de asistencia y licencias por examen, enfermedad y accidentes —sean derivados del trabajo o inculpables—, al disponer: "El régimen de asistencia y licencias por examen, enfermedad y accidente para pasantes a prever en los convenios previstos en el art. 6°, inc. f), ley 26.427, deberá contemplar como mínimo iguales derechos para los pasantes que para los trabajadores titulares de las entidades en las que realicen sus actividades formativas, ya sea de fuente legal, reglamentaria, convencional y de las prácticas empresariales, en tanto resulten compatibles con la naturaleza no laboral de la pasantía. Los acuerdos individuales no podrán rescindirse por causa de enfermedad o accidente, ya sea inculpables o las previstas en la ley 24.557, ni por causa de maternidad. Las pasantías de las alumnas se suspenderán en el período comprendido entre los cuarenta y cinco días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco días posteriores al mismo. Durante dicho período no percibirá la asignación estímulo del empleador, mas tendrá garantizada su reincorporación a la pasantía una vez cumplidos los plazos antedichos. El régimen de la propiedad intelectual de las creaciones e innovaciones que resulten de la actividad del pasante, previsto en el art. 6°, inc. g), ley 26.427, deberá sujetarse a lo previsto por los arts. 82 y 83, LCT, y sus modificatorias".

También el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social se reserva la facultad de establecer los requisitos mínimos que deberán cumplir los planes de capacitación tutorial previstos en el art. 6°, inc. i), ley 26.427 (art. 4°), quedando para las instituciones universitarias, en el marco de su autonomía y autarquía, definir los criterios sobre asignación de postulantes a las pasantías, en función de las pautas establecidas en el art. 7°, última parte, ley 26.427 (art. 5°).

En el art. 6° establece: "En los acuerdos individuales previstos en el art. 9°, ley 26.427, deberá constar una declaración jurada de la entidad relativa al convenio colectivo de trabajo que aplica a su personal que realiza tareas asimilables a las que desarrollará el pasante".

En cuanto al tiempo de trabajo, el art. 7° dispone que "la carga horaria establecida en el art. 13, ley 26.427, podrá ser libremente distribuida por las partes en los acuerdos individuales, debiéndose desarrollar de lunes a viernes y en jornada diurna, con la sola excepción de aquellas acti-

vidades que, por sus características, puedan sólo cumplirse los fines de semana y/o en jornada nocturna; en cuyo caso las entidades deberán solicitar autorización expresa a la Secretaría de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Cada jornada de pasantía no podrá superar las seis horas con treinta minutos. En ningún caso se podrán desarrollar pasantías en tareas calificadas como penosas, riesgosas o insalubres".

En lo que hace a la contratación de la cobertura prevista en la ley 24.557, el art. 8º dictamina que "deberá ajustarse a lo dispuesto por el art. 3º, dec. 491, de fecha 29/5/1997 y sus normas complementarias".

La forma de establecer el monto de la asignación estímulo varía según se trate de entes privados (o estatales a los que se les aplique la LCT) o públicos.

El art. 9º expresa: "En las empresas privadas y en las empresas y organismos públicos en las que resulte de aplicación la LCT, la asignación estímulo prevista en el art. 15, ley 26.427, deberá calcularse proporcionalmente sobre la base de los valores establecidos para la categoría asimilable del convenio colectivo de trabajo declarado conforme lo establece el art. 6º del presente. A tal efecto se tomará como mínimo el valor vigente previsto en el convenio colectivo para la categoría aplicable a las tareas que desarrolla el pasante, incluyendo los adicionales que resulten compatibles con la naturaleza de la pasantía. Cuando los trabajadores de la entidad en la que deba cumplirse la pasantía se encuentren bajo el régimen de remuneraciones variables, el cálculo de la asignación estímulo será proporcional a ellas y se efectuará sobre la base del promedio de las sumas liquidadas a los trabajadores, en relación de dependencia de la entidad, de la categoría correspondiente a las tareas que desarrolle el pasante, calculadas sobre los tres meses inmediatos anteriores a la fecha de pago de la asignación. Se podrán pactar regímenes de estímulos mayores para alumnos avanzados en sus respectivas carreras y para aquellos que obtengan calificaciones superiores a los estándares fijados por las respectivas casas de estudio".

Por su parte, el art. 10 reza: "En las empresas y organismos públicos excluidos del ámbito de aplicación de la LCT y sus modificatorias, la asignación estímulo se fijará de acuerdo a las pautas y equiparaciones que a tal efecto establezcan el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y la Jefatura de Gabinete de Ministros".

Estos artículos se complementan con lo dispuesto en el art. 11, en cuanto a que "los beneficios regulares y licencias que se acuerden al personal previstos en el art. 15, ley 26.427, y que deberán recibir los pasantes, serán aquellos que emerjan de los convenios colectivos de trabajo y de las prácticas empresariales, en tanto resulten compatibles con la naturaleza no laboral de la pasantía".

En relación con las empresas y organismos que desarrollen actividades de pasantías educativas, dispone el art. 12 que "el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, conforme a las atribuciones que le confieren las normas vigentes y en especial el art. 19, ley 26.427, verificará las siguientes circunstancias:

"a) que se dé cumplimiento a los requisitos, obligaciones y prohibiciones contemplados en la presente ley reglamentada y sus normas complementarias, aun cuando se trate de obligaciones formales;

"b) que la actividad del pasante se vincule directamente con la necesidad específica de formación prevista en el contrato y con el nivel particular de capacitación que posee al inicio de la relación;

"c) que el desarrollo de la actividad encomendada al pasante resulte acorde con la adquisición progresiva de habilidades o conocimientos prevista en el programa de educación o formación profesional previamente establecido;

"d) que el contrato de pasantía no sea utilizado por la empresa u organismo para sustituir puestos de trabajo permanentes existentes o que hayan existido en la empresa u organismo en los doce meses anteriores al comienzo de las actividades de pasantía;

"e) que el contrato de pasantía no sea utilizado para cubrir los francos y otros descansos del personal de la empresa;

"f) que las tareas asignadas a los pasantes no excedan las pautadas en el acuerdo individual de pasantía;

"g) que el tiempo que demanden las actividades de pasantía no exceda la jornada máxima legal y reglamentariamente fijada".

El mismo art. 12 señala: "Cuando de la verificación de estas circunstancias surja un incumplimiento por parte de la empresa u organismo, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social labrará las actas de infracciones e impondrá las sanciones que resulten aplicables; sin perjuicio de ello intimará, cuando corresponda, a registrar el contrato como un contrato de trabajo en relación de dependencia desde la fecha de inicio del contrato de pasantía desarrollado en fraude a la ley".

También se dispone la creación, en el ámbito de la Secretaría de Políticas Universitarias del Ministerio de Educación, de un "Registro Informativo de Convenios de Pasantías Educativas", que se integrará con la nómina de instituciones y organismos educativos que participan en el Sistema de Pasantías Educativas, con el fin de generar información estadística.

Contendrá como mínimo, respecto de cada convenio, los siguientes datos: entidades firmantes, fecha de la firma, plazo de vigencia, cantidad de pasantías otorgadas por tipo de actividad y duración prevista de las pasantías, CCT aplicable, lugar de prestación de tareas, lugar de guarda física de los convenios marco y acuerdos individuales, para eventuales verificaciones.

El ingreso de los datos al Registro se implementará con formato digital, vía *web*, y en las instituciones universitarias nacionales, provinciales y privadas el ingreso de la información será responsabilidad de las instituciones, con procedimientos que se informen a través de la Secretaría de Políticas Universitarias.

En las instituciones educativas de nivel superior, educación de adultos y formación profesional dependientes de cada provincia o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el ingreso será responsabilidad de dicho nivel de gobierno.

Cada universidad, en el marco de su autonomía y autarquía, instrumentará, en caso de considerarlo necesario, las acciones necesarias para la capacitación de sus docentes guías y el control del cumplimiento de los objetivos pedagógicos de las pasantías.

La Secretaría de Políticas Universitarias recepcionará las denuncias de irregularidades en el cumplimiento de las pasantías educativas, que en su caso serán derivadas al organismo que corresponda del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

El número máximo de pasantes se determina sobre la base de una escala, según lo establece el art. 14, fijándose el cupo máximo de pasantes previsto en el art. 21, ley 26.427, en función del plantel total de trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indeterminado, conforme sigue:

— en empresas de hasta doscientos trabajadores, un pasante por cada diez trabajadores en relación de dependencia por tiempo indeterminado;

— en empresas de doscientos un trabajadores en adelante: 7%.

Cuando las pasantías se realicen en organismos o entidades de la Administración Pública nacional, provincial o municipal, el número de pasantes o practicantes en cada uno no podrá exceder el 7% de la planta de personal financiada y aprobada en la respectiva normativa presupuestaria.

Las personas con discapacidad definidas en el art. 2°, ley 22.431, quedan exentas del cómputo del cupo como pasantes. Tampoco se computarán para calcular el cupo de pasantes los trabajadores por tiempo indeterminado contratados bajo regímenes especiales para personas con discapacidad.

En todos los casos la entidad deberá disponer como mínimo de un tutor, pudiendo su titular revestir ese carácter cuando sus condiciones personales, legales o profesionales y otras circunstancias hayan sido la causa determinante de la actividad y sin las cuales ésta no podría proseguir.

Salvo disposición distinta que surja del convenio colectivo de trabajo aplicable, el empleador deberá disponer de un tutor por cada diez pasantes. Los tutores deberán estar presentes en el sector en que se cumpla la pasantía durante todo el horario de su desarrollo.

En materia de renovación o prórroga, se establece que sólo podrán ser renovados o prorrogados los contratos de pasantías vigentes a la sanción de la ley 26.427, cuando su plazo originario fuere menor al límite máximo establecido por ésta en su art. 13. En total, la vinculación con el pasante no podrá superar dicho límite y la prórroga o renovación deberá ajustar sus términos a la ley 26.427 y su normativa reglamentaria (art. 16).

También, todos los acuerdos de pasantías que se celebren a partir de la fecha de vigencia de dicha norma se considerarán regidos por la ley 26.427 y sus reglamentaciones (art. 17), mientras que aquellos que se hubieren celebrado entre la sanción de la ley 26.427 y la fecha de vigencia de la norma deberán ajustarse a la mencionada ley y sus reglamentaciones en el plazo de treinta días hábiles administrativos (art. 18).

Los ciento ochenta días que establece el art. 23, ley 26.427, han de entenderse como días hábiles administrativos (art. 15).

### *1.2. Decreto 1547/1994 (Pronapas)*

El Pronapas es un contrato no laboral y está reglamentado por el dec. 1547/1994 y la res. 1051/1994 MT. *Tiene por finalidad capacitar en un oficio o profesión a personas sin ninguna formación por medio de un subsidio del Estado.*

Por tratarse de un vínculo no laboral no tiene cargas sociales ni genera indemnización alguna.

— *Sujetos y requisitos*: en este contrato intervienen los trabajadores desempleados y la empresa.

Los trabajadores desempleados deben estar inscriptos en la Red de Servicios de Empleo prevista por la ley 24.013, no gozar de prestaciones por desempleo y no ser jubilados ni pensionados. La empresa debe estar adherida al programa —previa solicitud ante el Ministerio de Trabajo— y suscribir con el trabajador un compromiso de pasantía.

— *Duración*: el plazo es de uno a tres meses, y puede ser prorrogado por el Ministerio de Trabajo por un único período adicional de hasta tres meses a pedido de ambas partes.

— *Tiempo de trabajo*: En ningún caso el tiempo de trabajo podrá superar las seis horas diarias y las treinta y tres horas semanales.

— *Derechos y obligaciones de las partes*:

1) La *empresa* tiene las siguientes obligaciones:

— designar un tutor cada diez pasantes;

— entregar certificado al término de la pasantía;

— comunicar a la autoridad de aplicación —Ministerio de Trabajo— el contenido de la actividad formativa a realizarse.

2) El *Fondo Nacional de Empleo* tiene las siguientes obligaciones:

— sufragar los gastos que demande la cobertura de las primas de los seguros de responsabilidad civil que corresponda contratar;

— asignar una suma de dinero al pasante en concepto de beca o ayuda por medio de la Administración Nacional de Seguridad Social.

3) El *Ministerio de Trabajo* puede:
— admitir o rechazar las solicitudes de adhesión al programa;
— controlar el cumplimiento del programa de pasantías;
— pagar el monto de la ayuda o beca en el tiempo convenido;
— convalidar el certificado que se expida.

4) El *pasante* debe cumplir con las obligaciones de la pasantía. Caso contrario, caducará el contrato y se dará de baja al pasante.

— *Cese del contrato*: este tipo de contrato *no genera indemnización ni requiere preaviso*. Sólo al término de la pasantía se expedirá el certificado correspondiente, convalidado por la autoridad de aplicación.

| **Regímenes vigentes** | | |
|---|---|---|
| PASANTÍAS | *Ley 26.427* | *Decreto 1547/1994* |
| *Ámbito de aplicación* | Estudiantes de la educación superior, educación permanente de jóvenes y adultos, y de la formación profesional | Trabajadores desempleados inscriptos en la red de servicio de empleo |
| *Duración* | Mínimo: dos meses<br>Máximo: doce meses | Mínimo: un mes<br>Máximo: tres meses |
| *Actividad diaria* | Hasta veinte horas semanales<br>Hasta seis horas y treinta minutos por día | Hasta seis horas diarias y treinta y seis semanales |

| **Regímenes de pasantías derogados por la ley 26.427 (BO del 22/12/2008)** | | | |
|---|---|---|---|
| | *Decreto 340/1992* | *Ley 25.165* | *Decreto 1227/2001* |
| *Ámbito de aplicación* | Estudiantes y docentes del SEN mayores de 16 años (secundario y polimodal) | Estudiantes y docentes del SEN de educación superior (terciarios y universitarios) | Todos los estudiantes (primario y secundario) desocupados entre 15 y 26 años |
| *Duración* | Mínimo: no fija<br>Máximo: cuatro años | Mínimo: dos meses<br>Máximo: un año (cuatro años según dec. 487/2000) | Mínimo: tres meses<br>Máximo: dos años |
| *Actividad diaria* | Mínimo: dos horas<br>Máximo: ocho horas<br>Entre ocho y dieciocho horas | Hasta cuatro horas diarias en no más de cinco días (seis horas según dec. 487/2000) | Hasta seis horas diarias y treinta y seis semanales |

## 2. Becas

Las becas, también llamadas prácticas rentadas, *tienen como finalidad la capacitación y entrenamiento del becado* por la empresa becaria y la posterior inserción laboral en la compañía que ha contratado la beca o en otra que necesite de sus servicios.

Se trata de un contrato no laboral celebrado entre un becario y un empleador, destinado a la práctica y prestación laboral de quienes requieren aprender un oficio o profesión.

Sin embargo, a pesar de que la circunstancia de la asistencia a un curso con o sin prestación de tareas sea pagada por la empresa (asignación por beca), y en principio excluye la figura del contrato de trabajo, en determinados casos puede también analizarse partiendo de la presunción del art. 23, LCT.

La ley 24.241 —de Jubilaciones y Pensiones—, en sus arts. 6° y 7° establece como prestaciones no remuneratorias las asignaciones pagadas en concepto de becas.

Las becas están tangencialmente admitidas en la legislación. El art. 7°, 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".

Si bien la ley no define qué se entiende por becas, se trata de contratos no laborales (salvo el caso de fraude) y atípicos, celebrados entre empresas y entidades educativas o estudiantiles que tienen como objeto la práctica de un oficio y propenden a la capacitación y el perfeccionamiento.

— *Sujetos y requisitos*: en este contrato intervienen: la persona becada y la empresa becaria.

El contrato de beca se debe realizar por escrito y debe contemplar el sistema de evaluaciones y el programa de capacitación y entrenamiento.

— *Duración*: debe ser breve (no superior a un año), ya que el objeto principal del contrato es el aprendizaje y excepcionalmente debería renovarse.

— *Cese del contrato: no genera indemnización ni preaviso*. La empresa deberá entregar certificado que acredite la capacitación y entrenamiento, y la especialización u oficio adquirido.

Del mismo modo que en la pasantía, esta figura puede ser utilizada en fraude a la ley. Por ejemplo, el Tribunal Supremo de España, el 19/12/2005, consideró que la contratación de un becario por la Universidad Pablo de Olavide reunía las características de un contrato de trabajo, y que la beca utilizada era un mero encubrimiento de una baja retribución, reconociendo el carácter laboral, ordenando indemnizar al actor Germán Fernández, quien se desempeñaba en un bufete, llegando a trabajar horas extraordinarias, todo ello pagado en concepto de gastos por estímulo.

CAPÍTULO IX

# DERECHOS Y DEBERES DE LAS PARTES

## I. CONCEPTO Y ALCANCE

Son las *prestaciones recíprocas y* las *facultades que surgen del contrato de trabajo*; se trata de obligaciones recíprocas, ya que el trabajador y el empleador, según las circunstancias, actúan como acreedores o deudores: a cada obligación de una parte le corresponde un derecho de la otra. Están regulados especialmente en la LCT (arts. 62 a 89); surgen también de los estatutos profesionales y de los convenios colectivos.

La esencia del contrato de trabajo la constituyen dos *obligaciones fundamentales* que tienen cada una de las partes:

— *el trabajador debe trabajar*, es decir, prestar el trabajo prometido, el que puede consistir en la prestación concreta de las tareas o en la disposición de la fuerza de trabajo en favor del empleador; se trata de una obligación de hacer;

— *el empleador debe pagar la remuneración* como contraprestación del trabajo realizado —se trata de una obligación de dar—, y también tiene la obligación de *otorgar ocupación efectiva al trabajador* según su categoría profesional.

Estas obligaciones y las enumeradas en los arts. 64 a 89, LCT, se presentan como *deberes de prestación* y pueden consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer. Todas ellas deben cumplirse dentro del marco de *la buena fe, la colaboración y la solidaridad* (arts. 62 y 63, LCT), que son *deberes genéricos de conducta* que resultan aplicables tanto al trabajador como al empleador al iniciarse, durante el desarrollo y al momento de la extinción del contrato de trabajo.

## II. CLASIFICACIÓN

Doctrinariamente se han efectuado distintas clasificaciones; entre ellas cabe destacar la que divide los derechos y obligaciones: 1) según los intereses protegidos sean los del empleador (empresa) o los del trabajador; y 2) según quien es el titular de los derechos y las obligaciones.

### 1. Según los intereses protegidos sean los del empleador o los del trabajador

***a) Protección de los intereses del empleador y la empresa***: la *LCT otorga atribuciones al empleador*, como las facultades de organización y dirección, la de modificar las formas y modalidades del contrato (*ius variandi*), el poder disciplinario (arts. 64 a 67) y la facultad de efectuar controles personales para proteger sus bienes (arts. 70 a 72).

Por otro lado, *establece deberes del trabajador,* como el de diligencia y colaboración —debiendo prestar el servicio con puntualidad, asistencia regular y dedicación adecuada a las características de su empleo y a los medios instrumentales que se provean (art. 84)—, de fidelidad (art. 85), el cumplimiento de las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el modo de ejecución del contrato (art. 86), la responsabilidad por los daños causados a los elementos de trabajo o a los intereses de la empresa (art. 87), el deber de no concurrencia, es decir, de abstenerse de ejecutar negociaciones por cuenta propia o ajena que pudieran afectar los intereses del empleador (art. 88), y la obligación de prestar los auxilios o ayudas extraordinarias que se le requieran en caso de peligro grave e inminente para las personas o para las cosas incorporadas a la empresa (arts. 89 y 203).

***b) Protección del trabajador***: la *LCT*, por un lado, *limita las potestades del empleador* al imponer la obligación de ejercer las facultades de dirección y organización con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa (arts. 64, 65 y 66); dispone que deberá ejercer todas las facultades conferidas respetando su dignidad y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso de derecho (art. 68).

Por otro lado, *establece distintos deberes del empleador*, como el pago de la remuneración en tiempo y forma (art. 74), el deber de seguridad y protección, amparando la salud psicofísica del trabajador y sus bienes (arts. 75 a 77), el deber de otorgar ocupación efectiva (art. 78), cumplir con las obligaciones frente a los organismos sindicales y de la seguridad social y entregar certificados de trabajo (art. 80) y la obligación de dispensar igualdad de trato y no efectuar discriminaciones (art. 81).

## 2. Según quién sea titular de los derechos y obligaciones

— *Derechos y deberes comunes del empleador y del trabajador*: son los llamados deberes de conducta: de colaboración, solidaridad y buena fe (arts. 62 y 63).

— *Derechos y deberes del empleador*:

***a) Derechos***: facultades de organización y dirección, *ius variandi*, poder disciplinario (arts. 65 a 67), facultad de control y de efectuar controles personales (arts. 70 a 72).

***b) Deberes***: pago de la remuneración en tiempo y forma (art. 74), deber de seguridad y protección (arts. 75 a 77), otorgar ocupación efectiva (art. 78), cumplir las obligaciones frente a los organismos sindicales y de la seguridad social y entregar certificado de trabajo (art. 80), dispensar igualdad de trato y no efectuar discriminaciones (art. 81).

— *Derechos y deberes del trabajador*:

***a) Derechos***: percepción del salario en tiempo y forma (arts. 103 a 149), ejercicio de las facultades de dirección y organización del empleador con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa (arts. 64, 65 y 66) y de las demás facultades, respetando su dignidad y sus derechos patrimoniales (art. 68), seguridad a su salud psicofísica y protección de sus bienes (arts. 75 a 77), exigir ocupación efectiva (art. 78), el cumplimiento de las obligaciones previsionales y sindicales del empleador y la entrega de certificado de trabajo (art. 80), igualdad de trato y que no se hagan discriminaciones (art. 81).

***b) Deberes***: diligencia y colaboración en la prestación del trabajo (art. 84), fidelidad (art. 85), cumplimiento de las órdenes e instrucciones (art. 86), responder por los daños causados a los elementos de trabajo o a los intereses de la empresa (art. 87), no concurrencia (art. 88), prestar los auxilios o ayudas extraordinarias que se le requieran en caso de peligro grave (arts. 89 y 203).

## III. DEBERES DE CONDUCTA COMUNES A LAS PARTES

Se manifiestan por medio de la *obligación genérica de las partes de comportarse* correctamente, *con colaboración y solidaridad* (art. 62, LCT) y con el deber de *buena fe* (art. 63, LCT).

El art. 62, LCT, expresa que "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".

La norma describe la actitud que deben asumir las partes durante la relación laboral, haciendo referencia a las *conductas recíprocas esperables* de cada una de ellas y resaltando los *principios de colaboración y solidaridad* que deben primar aun cuando no sean expresamente requeridos por el derecho positivo.

El art. 63, LCT, establece que "las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo".

Supone una posición de honestidad y honradez en el comercio jurídico, que lleva implícita la plena conciencia de no engañar, no perjudicar ni dañar. Comprende el deber de actuar con fidelidad en cuanto a la conducta de las partes en sus obligaciones y resulta aplicable en distintos momentos de la relación laboral.

Se relaciona con la *mutua confianza* que debe existir entre ellos para que las relaciones se desarrollen armónicamente. El principio de la buena fe es una pauta que rige la conducta de las partes; la norma exige que adopten conductas debidas —medias— a un "buen empleador" y a un "buen trabajador", se trata de conductas que la ley espera que las partes asuman. Requiere una *recíproca lealtad de conducta*, la que será valorada en cada caso particular, ya que no se pueden establecer normas rígidas.

Al momento de la celebración del contrato de trabajo, el deber de buena fe se encuentra siempre presente, y es cuando las partes deben extremar los deberes de conducta.

Así, el trabajador debe responder todas las preguntas que le formule el empleador y que se relacionen con la prestación de las tareas para las cuales se propone al trabajador, sin que pueda, en principio, ocultar ningún dato que sea de interés del empleador.

Por su parte, el empleador debe determinar desde el comienzo los términos en que se desarrollará el contrato de trabajo. Así, debe indicar qué es lo que espera del trabajador, cuál va a ser la categoría y función que desempeñará en la empresa, el horario de trabajo que va a cumplir y si deberá efectuar horas extras en determinadas circunstancias, y, especialmente, cuál va a ser la remuneración que se compromete a abonarle, con inclusión tanto del básico, como de todos los adicionales que la integrarán, con especial alusión a aquellos conceptos que se relacionan con la productividad y que el trabajador deba conocer a la hora de cumplir con la labor encomendada.

Durante el transcurso de la relación de trabajo se espera de las partes un comportamiento que se ajuste al deber de buena fe, y que se trasunta en comportamientos que surgen implícitos para los sujetos de la relación jurídico-laboral de carácter individual, tal como la obligación de expedirse en torno de los cambios que se van produciendo en orden al objeto del contrato de trabajo. Esta conducta está ligada a la doctrina de los actos propios, consagrada por la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, y que ha sido recogida por los tribunales inferiores.

Es durante esta etapa donde más se evidencia el deber de buena fe, y donde se espera que las partes adopten comportamientos que se ajusten al estándar jurídico requerido por la norma regulatoria.

Antes de extinguir el vínculo laboral y frente a un incumplimiento de la otra parte, el principio de buena fe obliga a intimar previamente la observancia de las normas laborales antes de proceder a la ruptura del vínculo laboral con expresión de causa. No hay que confundir mora con injuria, ya que la primera se produce en forma automática por el mero transcurso del tiempo (conf. art 137, LCT), pero la injuria recién se verifica frente al incumplimiento de la intimación cursada para el cumplimiento de las obligaciones laborales.

La buena fe que la ley general impone a ambos sujetos de la relación individual de trabajo también se hace presente al momento de la extinción del contrato, con todas las consecuencias que de ésta se derivan.

Por ello, el deber de comunicar la causa del despido y de no variarla, en los términos del art. 243, LCT, se basa en la buena fe que debe regir la conducta de las partes, evitando fórmulas ambiguas, tendientes a reservar para la demanda o su contestación, según el caso, la justificación de sus respectivas conductas.

Este deber continúa produciendo efecto entre las partes incluso después de la extinción del vínculo laboral.

El trabajador debe entregar todos los útiles e instrumentos que se le dieron para realizar sus tareas (celular, *palm*, automóvil, tarjeta corporativa, etc.), como también devolver la vivienda que se le hubiera provisto, y guardar reserva sobre cualquier información confidencial que hubiere conocido durante el desarrollo de la prestación de servicios.

Por su parte, el empleador debe entregar las constancias documentadas de donde surja el cumplimiento de los aportes y contribuciones a los organismos de seguridad social y sindical, y el certificado de trabajo. Debe, asimismo, abonar la liquidación final y, de corresponder, las indemnizaciones legales por despido incausado.

Sin embargo, es posible fijar algunas conductas que violan el deber de buena fe, como el aprovechamiento abusivo de situaciones: por ejemplo, no dar cumplimiento a la obligación de explicarse (guardar silencio a intimaciones), asumir una actitud desleal al no brindar la oportunidad a la otra parte de satisfacer el reclamo (oportunidad de rectificarse), el aprovechamiento de requisitos legales por medio del engaño, no expresar claramente la causal de despido o efectuarla en forma ambigua.

El art. 89 establece que "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".

Esta obligación deriva en forma directa del deber de obrar de buena fe (art. 63), y es exigible sólo en supuestos excepcionales de "peligro grave o inminente" que ponga en riesgo la integridad física de personas presentes en la empresa o los bienes de ésta.

De todos modos, no es exigible una actitud temeraria del trabajador que lo exponga a sufrir daños en su salud psicofísica o en sus bienes.

El trabajo no se presume gratuito (art. 115); por lo tanto, la prestación llevada a cabo en estas circunstancias genera el derecho a percibir remuneración.

Los deberes de conducta se vinculan con el comportamiento de las partes en la ejecución del contrato de trabajo.

Se pueden citar como ejemplos: evitar todo abuso de derecho, manteniendo recíproca lealtad; actuar con claridad, teniendo en mira la subsistencia del vínculo; no guardar silencio frente a los reclamos de la otra parte; brindar la posibilidad de que la otra parte enmiende el error o subsane una omisión; el empleador debe evitar toda actividad que perjudique al trabajador en su condición de persona.

Al respecto, debe recordarse lo normado en la primera parte del art. 1198, CCiv., que establece que "los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo

con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión".

## IV. DERECHOS DEL EMPLEADOR

Para que la empresa pueda cumplir con su finalidad de producción de bienes o prestación de servicios, el empresario (empleador) tiene distintas atribuciones o poderes que están enumerados en la LCT. Se trata de la *facultad de organización*, el *poder de dirección*, el *poder reglamentario*, la *facultad de modificar las formas y modalidades del contrato* (*ius variandi*), la *facultad de control* y el *poder disciplinario*.

Estas facultades se deben ejercer con criterio funcional y en forma razonable, como cualquier derecho. La ley quiere evitar que el empleador haga uso abusivo de esos derechos, en concordancia con lo dispuesto en el art. 1071, párr. 2°, CCiv., cuando sostiene que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. No se deben pensar las facultades como compartimentos estancos, sino que en la práctica se interrelacionan y se necesitan mutuamente.

Gráficamente, se puede expresar que el empleador establece las modalidades de la prestación laboral (facultad de organización), al dictar, en algunos casos, reglamentos internos (poder reglamentario) y emitir directivas a los trabajadores para que se tornen operativas (poder de dirección). Sin embargo, estas facultades no podrían concretarse efectivamente si el empleador no tuviese el poder de controlar el cumplimiento de sus directivas (facultad de control) y de no existir la posibilidad de sancionar el incumplimiento de las órdenes emitidas (poder disciplinario).

Derechos del empleador
- 1) Facultad de organización
- 2) Facultad de dirección
- 3) Facultad de control
- 4) Poder reglamentario
- 5) Facultad de alterar determinadas condiciones del contrato *(ius variandi)*
- 6) Poder disciplinario

### 1. Facultad de organización

El art. 64, LCT, refiere que "el empleador tiene facultades suficientes para organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento".

Es el *conjunto de atribuciones jurídicas de las cuales el empresario dispone para determinar las modalidades de la prestación laboral*; se manifiesta en el derecho de indicar qué trabajo debe efectuar el trabajador y en las condiciones de modo, tiempo y lugar en que se debe realizar.

Debe ajustarse a las disposiciones legales, reglamentarias, convencionales y consuetudinarias. Por ejemplo, el empleador no puede otorgar al trabajador funciones ajenas a su categoría laboral (salvo en forma transitoria y por necesidad urgente), ni inmiscuirse en la conducta del trabajador fuera de su trabajo.

Se trata del derecho del empresario de disponer —según su criterio y conocimiento— de los bienes de producción y de los recursos humanos de la empresa (con las limitaciones impuestas por la ley).

Es decir que el empleador —como conductor y en virtud del poder jerárquico— puede ordenar en concreto la prestación laboral; pero dichas atribuciones, para resultar admisibles,

*deben ser ejercidas con carácter funcional y en beneficio del interés colectivo de la empresa.* Es aplicable la misma limitación que para la facultad de dirección contenida en el art. 65, LCT.

Se verifica una regla proporcional directa entre jerarquía del trabajador y obligaciones, ya que cuanto más alta es la jerarquía del trabajador, más cerca está del nivel de dirección, es menor la dependencia personal y son mayores las exigencias de fidelidad y colaboración.

## 2. Facultad de dirección

El poder de dirección consiste en la *potestad del empleador de emitir directivas* a los trabajadores *mediante órdenes e instrucciones relativas a la forma y modalidad del trabajo*, según los fines y necesidades de la empresa. Se trata de un poder jerárquico, ya que tiene su fundamento en la desigual posición de las partes en el contrato, resultando su *contracara el deber de obediencia del trabajador*.

Debe ser *ejercido con carácter funcional* y dentro de los límites legales y convencionales. El art. 65, LCT, expresa que "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".

La funcionalidad se relaciona con la razonabilidad de la medida e importa un ejercicio normal y regular de ese derecho, por oposición al ejercicio arbitrario, anormal, caprichoso. Se deben evitar decisiones abusivas reñidas con el deber de buena fe que impera a lo largo de toda la relación laboral.

Para determinar cuándo se ha incurrido en un ejercicio antifuncional, la proyección del concepto romanista contenido en el art. 63, LCT, del "buen empleador" constituye un elemento de singular significación a la hora de su apreciación y que, como todo concepto general y abstracto, obliga a considerar las circunstancias de personas, tiempo y lugar de acuerdo con la fórmula usada en la redacción del art. 512, CCiv., así como, en su caso, a la prescripto por el art. 902 del mismo cuerpo normativo [1].

La LCT también limita las facultades directivas a que se ejerzan teniendo en cuenta los fines de la empresa. Obviamente que debe primar la finalidad de la empresa por sobre la del empleador que, motivado por un propósito egoísta, puede anteponer sus intereses individuales por sobre la organización que dirige.

Las facultades de dirección también deben ejercerse atendiendo a las exigencias de la producción, esto es, teniendo en cuenta las necesidades propias de la explotación y el logro de los resultados perseguidos. De ahí que resulte arbitraria e irrazonable cualquier orden o instrucción que se aparte de las necesidades de la producción, lo que importa un ejercicio abusivo de dicha facultad.

El art. 65, LCT, prevé que el poder de dirección debe ser ejercido sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador, lo que supone, no sólo el respeto del principio de indemnidad, sino que debe ser implementado teniendo en miras la superación de aquéllos. Cabe destacar que el art. 68, LCT, agrega que el empleador 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.

[1] GNECCO, Lorenzo P., en ACKERMAN, Mario E. (dir.), *Tratado de derecho del trabajo*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 596.

El *contenido* del poder de dirección es *amplio*, ya que comprende tanto funciones ordenadoras (instrucciones) como funciones de control y vigilancia y de decisión sobre la organización de la empresa (por ejemplo, establecer turnos de trabajo y distribución del plantel). Las funciones directivas abarcan distintos aspectos de la organización del trabajo e incluyen desde la ordenación de los puestos de trabajo (fijación del sistema de ingresos y ascensos, calificación del personal, etc.) hasta el control de la disciplina de los trabajadores (controles de salida, prohibición de hablar o de fumar, obligación de llevar uniforme, etcétera).

Asimismo, las órdenes e instrucciones que imparte el empleador pueden, a su vez, ser de carácter general o particular. Son generales cuando tienen contenido impersonal y abstracto y se dirigen a todo un grupo de trabajadores; y particulares cuando están dirigidas a trabajadores determinados.

### 3. Facultad de control

Como lógica consecuencia del poder de dirección, surge la facultad de control, ya que el empleador que tiene el poder de emitir directivas al trabajador necesariamente debe tener la *posibilidad de controlar la debida ejecución de las órdenes impartidas*. La facultad de control se realiza sobre la prestación del trabajo —verificando la producción y el modo de efectuarlo— y sobre la asistencia y puntualidad del trabajador —por ejemplo, mediante registros y tarjetas-reloj—.

También está referida al *control de salida* que el empleador puede ejercer para custodiar y proteger los bienes de la empresa por medio de la realización de controles personales; la violación de este control constituye justa causa de despido.

El control de salida es una facultad del empleador que tiene efectos disuasivos; su finalidad es evitar sustracciones de bienes de la empresa. El control de entrada puede utilizarse para impedir que ingresen en el establecimiento elementos peligrosos o prohibidos.

Si bien el trabajador tiene la obligación de dejarse registrar al salir de la empresa, esta facultad está limitada. El párr. 1°, art. 70, LCT, establece que "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".

Este último aspecto es reiterado en el art. 72, al disponer que "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".

El art. 71 expresa que "los sistemas, en todos los casos, deberán ser puestos en conocimiento de la autoridad de aplicación", mientras que el párr. 2°, art. 70, establece que "los controles del personal femenino deberán estar reservados exclusivamente a personas de su mismo sexo".

De lo expuesto cabe concluir que el control de salida debe ser discreto, general y automático, es decir, utilizar medios de selección automática destinados a todo el personal que deben ser conocidos por la autoridad de aplicación. En caso de tratarse de personal femenino debe ser realizado por mujeres. Los límites impuestos por la ley a estos controles personales apuntan a respetar la dignidad del trabajador, evitando humillarlo o menoscabarlo.

Cuando se implementan mecanismos de control visuales o auditivos (cámaras, micrófonos, etc.) se debe tener en cuenta que dentro de un obrar de buena fe, la empresa debe recurrir a ellos sólo cuando su utilización se encuentre justificada para la organización del trabajo y la producción, y no afecte la dignidad ni la intimidad del trabajador; asimismo, previamente, debe poner en conocimiento del trabajador que ha adoptado estos mecanismos de control.

Otra expresión de esta facultad es el derecho del empleador de realizar al trabajador controles médicos y exámenes periódicos —además del examen preocupacional— y de efectuar un control médico cuando el trabajador falta al trabajo aduciendo que padece alguna enfermedad (art. 210, LCT).

### *3.1. Violación de la correspondencia electrónica. Ley 26.388 (BO del 25/6/2008)*

A partir de la sanción de la ley 26.388 (BO del 25/6/2008), que modificó el Código Penal (art. 153) e incorporó el art. 153 bis, quedó consagrado que la privacidad de los *mails* que reciban los empleados prevalece frente al derecho del empleador a ejercer controles sobre ellos. Del texto legal se desprende que el empleador debe requerir la autorización del dependiente y cumplir determinados pasos para evitar una eventual tipificación penal, que castiga la infracción con penas de hasta seis meses de prisión.

Si bien la norma de la ley 26.388 sobre "delitos informáticos" modifica e incorpora diversos artículos, en lo que a nuestra disciplina respecta tipifica como delito la violación del correo electrónico en el ámbito laboral, al destacar que la reserva de sus contenidos debe prevalecer frente al derecho de las empresas de controlar los *mails* de sus trabajadores.

Si bien no excluye la posibilidad de monitorización de las cuentas corporativas de los empleados, ya que se trata de herramientas de trabajo, aunque cuentan con una expectativa de privacidad, la empresa que pretenda efectuar controles debe previamente aplicar e informar su política general a todos los empleados. A tal efecto, parece aconsejable recurrir a acuerdos entre las partes que autorice la práctica, a fin de evitar posibles consecuencias penales (indicar quiénes son los autorizados para la requisa, la forma que se realizará y cualquier elemento complementario que asegure que esta tarea no sea considerada una transgresión del tipo penal contemplado en el art. 153).

Dicho artículo establece que "será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido, o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado, o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida". La normativa agrega que igual castigo corresponderá a quien "indebidamente interceptare o captare comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido", estableciendo un agravante si el autor, además, comunicare a otro o publicare el contenido de la comunicación, o si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones.

La ley también establece para las compañías que prestan servicios de internet y telefonía móvil, la política con el personal que tiene acceso a las cuentas de *e-mail* y a los SMS de los clientes. Asimismo, cabe señalar que la ley 26.388 determina que puede estar sujeto a sanciones el empleado que injurie a otro miembro de la empresa a través del correo electrónico laboral, así como también a aquel que trafique obras indebidas (*software* o imágenes, entre otras), realice *hackeos* o envíe material pornográfico.

También contiene normativa tendiente a la protección de datos personales, al incorporar el art. 157 bis al Código Penal, que reprime con hasta dos años de prisión al que "ilegítimamente... accediere a un banco de datos personales", equiparando nuestro país a la mayoría de las legislaciones del Primer Mundo que ya han desarrollado normativa en el tema, como Estados Unidos y la mayor parte de los países de Europa, en especial Austria, Noruega y Dinamarca, que son amplias a la hora de definir la noción de "datos personales", como "toda información

susceptible de ser puesta en relación con personas determinadas o determinables", y se refiere tanto a persona física como jurídicas en los dos primeros casos, mientras que en Dinamarca sólo admite la protección de los individuos.

Cabe reiterar que el derecho a la intimidad o privacidad es uno de los derechos fundamentales que tiene el individuo, consagrado constitucionalmente en el art. 19 que contempla "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados".

## 4. Poder reglamentario

Las directivas respecto de la forma de prestar las distintas tareas, la organización del trabajo, las conductas a asumir en determinadas ocasiones, pueden manifestarse verbalmente o por escrito en un reglamento interno, también llamado reglamento de empresa o de taller.

El poder reglamentario consiste en la *facultad del empleador de organizar el trabajo* —estableciendo obligaciones y prohibiciones propias de la actividad— *en un ordenamiento escrito*. También puede reglamentar cuestiones referidas a las conductas del personal en el trabajo y fijar las formas adecuadas para llevar a cabo la prestación laboral (por ejemplo, haciendo referencia al uso de los medios de protección).

Las disposiciones del reglamento son exigibles y deben ser acatadas obligatoriamente por los trabajadores (presentes y futuros) en tanto no violen las normas imperativas de la LCT (orden público laboral), el convenio colectivo aplicable a la actividad o a la empresa, los estatutos profesionales ni los contratos individuales de trabajo. Tampoco pueden contener cláusulas que afecten la moral o las buenas costumbres y deben tener carácter funcional y respetar la dignidad del dependiente. El trabajador debe ser notificado de su existencia y otorgarse copia de aquél.

Los reglamentos de empresa se presentan de diversas formas y con distintos nombres (manual, código de ética, etc.). Los contenidos varían según las necesidades de la empresa. Algunos se confeccionan como verdaderos manuales; son completos e incluyen todos los aspectos posibles relacionados con la organización del trabajo, pero su efectividad es relativa, ya que generalmente debido a su extensión no siempre son leídos y asimilados por los trabajadores.

Otros reglamentos internos son concisos y claros, y establecen las normas básicas cuyo respeto se torna imprescindible para el normal desenvolvimiento de la empresa. Por ejemplo, hay empresas que elaboran productos que por sus características particulares (comestibles, inflamables, etc.) requieren la observancia de ciertas pautas relacionadas con la actividad realizada.

## 5. Facultad de alterar las condiciones del contrato. *Ius variandi*

### *5.1. Generalidades*

El art. 66, LCT, de acuerdo con el texto introducido por la ley 26.088 (BO del 24/4/2006) dispone que "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 considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se sustanciará 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".

De lo expresado surge que el empresario —en virtud del carácter dinámico del contrato de trabajo— puede alterar algunos aspectos unilateralmente: efectuar cambios que resultan necesarios para modernizar y mejorar la producción. Se trata de una potestad, de una decisión unilateral que adopta el empleador y que no requiere la consulta ni el consentimiento del trabajador; de todos modos, en la práctica es común que se busque su anuencia para evitar posibles litigios.

Sin embargo, *la alteración de las condiciones del contrato puede referirse sólo a aspectos no esenciales (accidentales o secundarios) —las modalidades de la prestación de la tarea—, debe estar justificada en las necesidades funcionales de la empresa y no debe causar perjuicio material o moral al trabajador.*

Con esto queda claro que se trata de un derecho discrecional pero no absoluto; es una facultad del empleador —fundada y derivada de los poderes de organización y dirección— que debe ejercitarse con prudencia y razonablemente, y que está limitada por el cumplimiento de determinados requisitos. En este contexto, para el trabajador constituye un deber aceptar las órdenes que importen un ejercicio legítimo y razonable del *ius variandi*.

La doctrina ha ensayado diversos *fundamentos jurídicos*: se ha afirmado que es una obligación de hacer, que deriva de la facultad de organización, del poder de previsión o del deber de colaboración.

También se ha sostenido que es una forma de ejercicio del poder disciplinario —producto de la estabilidad del contrato (para sostener su perdurabilidad)— y que surge del poder de dirección, que se manifiesta en la potestad del empleador de dirigir, coordinar y fiscalizar las tareas, y utilizar la fuerza de trabajo de la manera más conveniente para la empresa.

Los fundamentos socioeconómicos y políticos surgen del margen de discrecionalidad que necesariamente debe detentar el empleador para enfrentar con éxito los constantes cambios tecnológicos y evitar la obsolescencia de la empresa y de los métodos de producción. Para lograr que la empresa siga siendo competitiva, el empresario puede introducir ciertos cambios que las circunstancias exigen (modificaciones en la forma de prestación de las tareas y en la función).

### *5.2. Requisitos*

El *ius variandi* —facultad del empleador de variar, alterar o modificar unilateralmente las modalidades de la prestación de trabajo—, para ser legalmente admisible y no resultar abusivo, debe ser ejercido cumpliendo los requisitos de validez fijados en la LCT, que se constituyen en estrictos límites para su utilización.

Estos requisitos son la razonabilidad, la inalterabilidad de las condiciones esenciales del contrato y la indemnidad del trabajador.

Si el ejercicio del *ius variandi* afecta algunos de ellos, se trata de un uso abusivo, ilegítimo o arbitrario; en ese caso solamente podría ejercerse con el consentimiento del trabajador otorgado en forma libre y voluntaria, en tanto la alteración no viole el orden público laboral (mínimos inderogables) ni importe una abdicación gratuita de derechos emergentes del contrato de trabajo.

***1) Razonabilidad.*** El *ius variandi* debe ser ejercido con razonabilidad y dentro de los límites expresamente contemplados en el art. 68, LCT. La medida debe ser razonable, tiene que ser funcional, responder a una necesidad lógica de explotación de la empresa y estar vinculada a la producción de bienes o de servicios: se puede alterar el contrato para efectuar una reorgani-

zación, para modernizar la producción o informatizar un área determinada. Debe existir una razón valedera; no se admite una actitud basada en el mero interés o simplemente caprichosa; lo que está prohibido es el uso arbitrario, aquel que no se basa en necesidades funcionales o en el interés colectivo de la empresa.

*La LCT excluye el uso no funcional, la arbitrariedad, la irrazonabilidad, el propósito hostil*, toda forma de abuso o cualquier otra actitud contraria a la buena fe y al deber de previsión del empleador. El empleador debe acreditar el mínimo de razonabilidad que justifique el cambio impuesto, y sólo ante tal prueba corresponde al trabajador demostrar el perjuicio material o moral. Si falta la demostración de la razonabilidad (la justificación razonable de la medida), no es necesario acreditar la existencia de un perjuicio.

Jurisprudencialmente se ha sostenido que el *ius variandi* no es un derecho discrecional o absoluto del empleador, el cual debe ejercitar sus facultades de dirección en forma prudente, pues de pretenderse imponer al trabajador la prestación de servicios en tiempo y condiciones diversas sin su consentimiento se afectaría su derecho contractual. No acreditada la existencia de alguna razón funcional para esa decisión, el cambio proyectado resulta ajeno a las previsiones del citado art. 66, razón por la cual la denuncia del vínculo resultó justificada en los términos de los arts. 242 y 246, LCT (sala 9ª, 27/8/2007, "Gómez, Guillermo C. v. Diamedes SA").

***2) Inalterabilidad de las condiciones esenciales del contrato***. *No puede alterarse la esencia o núcleo del contrato de trabajo, es decir, el contenido sustancial.* La doctrina disiente en determinar concretamente cuáles son aquellos elementos que no pueden ser alterados y que constituyen lo esencial en una relación laboral.

Capón Filas entiende que el campo de ejercicio de la facultad modificatoria unilateral es muy reducido, ya que son elementos estructurales y que no pueden ser cambiados: la calificación profesional, la remuneración, el horario asignado al operario a su ingreso y el lugar de trabajo. En cambio, considera elementos coyunturales la conformación de equipos de trabajo, la utilización de máquinas e instrumentos de producción y la ropa de trabajo.

Vazquez Vialard considera como cambios posibles los referidos al lugar de trabajo, a modificaciones no fundamentales del horario y al tipo de actividad dentro de la misma categoría profesional. Excluye la remuneración, a la que entiende como elemento estructural y, por ende, inalterable. Otros elementos esenciales son el tiempo de trabajo y la calificación profesional; el empleador sólo excepcionalmente podría modificar la extensión de la jornada y otorgar tareas no acordes a su categoría en forma transitoria y por circunstancias extraordinarias, y en tanto no perjudique —moral ni patrimonialmente— al trabajador.

La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias han considerado como *elementos coyunturales* y, por ende, pasibles de modificación unilateral por el empleador —respetando los demás requisitos establecidos en el art. 66, LCT— *el lugar (establecimiento o sector) donde se prestan tareas, la distribución de tiempo de trabajo (una reestructuración no sustancial del horario), el tipo de actividad (tareas o funciones) prestada dentro de la misma categoría laboral, la integración de equipos de trabajo y la determinación de las normas técnicas de trabajo*. Lo importante es que el ejercicio del *ius variandi* además no produzca una disminución en la retribución ni en la jerarquía, ni cause perjuicio moral al trabajador.

***3) Indemnidad del trabajador***. *La modificación decidida no debe perjudicar al trabajador en ningún aspecto: no puede alterar su persona ni sus bienes, es decir que no debe producirle daño moral ni material.* El *ius variandi* no es una facultad absoluta y la situación concreta de cada trabajador resulta un límite insoslayable en su ejercicio.

Para determinar si un cambio es justificado y razonable se debe analizar si es producto de las reales necesidades de la empresa y, en caso afirmativo, tener en cuenta las condiciones sub-

jetivas del trabajador, toda vez que la modificación le puede resultar indiferente a un dependiente, mientras que a otro le ocasiona un serio perjuicio (por razones familiares, de salud, por tener otro trabajo, etc.). Esta valoración la debe realizar el empleador para —en su caso— rever la medida respecto del trabajador que aduce una causa justificada.

El daño material consiste en un perjuicio económico, en un daño estrictamente patrimonial: reducción directa o indirecta de la remuneración (por ejemplo, las mayores erogaciones por el incremento de los gastos de transporte a causa del traslado del establecimiento). El daño moral apunta a la alteración del sistema de vida del trabajador (disminución de su tiempo libre) o a la desjerarquización dentro del organigrama de trabajo (asignación de un puesto de labor ficticio).

***4) Prohibición del* ius variandi *disciplinario***. El art. 69, LCT, excluye la utilización del *ius variandi* como sanción disciplinaria, y la jurisprudencia fue coincidente en descartar la posibilidad de que el cambio de tareas pueda ser utilizado para resolver cualquier tipo de inconvenientes que se produzcan dentro del contrato de trabajo, como los derivados de la inconducta del trabajador.

Jurisprudencialmente se ha resuelto que, en el caso, a la trabajadora se le comunica el cambio de horario en la misma nota en que se le impone una suspensión, con la advertencia de que en el futuro se tomarían medidas de mayor severidad. Esta modalidad de ejercicio del *ius variandi* se halla expresamente prohibida en el art. 69, LCT, más si no se expusieron ni siquiera mínimamente las razones organizativas que debieron haber fundado dicho cambio. El empleador debe ejercer de manera funcional su poder de dirección, en respuesta a las necesidades técnicas, administrativas o económicas de la empresa (cfr. arts. 62, 63 y concs., LCT) (sala 1ª, 29/9/2006, "Peralta, Cinthia v. Rerife SA").

Analizando globalmente los *requisitos de validez* enumerados, cabe concluir que *son acumulativos y no alternativos*: deben necesariamente satisfacerse los tres para no caer en un ejercicio abusivo del *ius variandi*.

Partiendo de esta premisa, se puede observar que *su ejercicio está sujeto a dos tipos de limitaciones: una de carácter general, que torna justificado o no el cambio dispuesto por el empleador sobre la base de un criterio objetivo, y otra de carácter personal o particular, que requiere —sin perjuicio de haberse satisfecho el aspecto general— que en cada caso se valore la modificación teniendo en cuenta la situación de cada trabajador*.

*La limitación de carácter general* —razonabilidad e inalterabilidad de las condiciones esenciales del contrato— abarca tanto el aspecto contractual —no pueden ser alterados los elementos esenciales del contrato— como el aspecto funcional —la modificación debe ser razonable y estar justificada en las necesidades de la empresa, descartándose el ejercicio arbitrario—.

*La limitación personal* —indemnidad del trabajador— consiste en respetar y preservar al trabajador, evitando que sufra perjuicios morales y materiales.

Por lo tanto, una modificación del contrato puede resultar legítima desde el punto de vista general, es decir que puede ser correcta la decisión empresarial y ajustado su ejercicio al marco legal que imponen los dos primeros requisitos del art. 66, LCT.

En tal sentido, la mayoría de los trabajadores de una empresa no podrá válidamente cuestionarla porque fueron cumplimentados los requisitos de razonabilidad —necesidad funcional de la empresa— y no se alteran las condiciones esenciales del contrato.

Pero si esa modificación le ocasionara a algún trabajador un perjuicio moral que no es susceptible de reparación económica (por ejemplo, en los casos en que el cambio de horario o lugar de trabajo impida retirar a un hijo del colegio, asistir a la facultad o cuidar a un enfermo),

y demuestre la existencia del perjuicio, el ejercicio del *ius variandi* es ilegítimo y arbitrario, porque invade la disponibilidad de su tiempo libre.

Jurisprudencialmente se ha dispuesto que es legítimo el *ius variandi* (cumpliendo los dos requisitos restantes) cuando la medida no provoca al trabajador una disminución en la retribución o en su jerarquía, no lo coloca en una situación humillante o injuriosa, no lo obliga a un gran esfuerzo para adaptarse a tareas distintas a las de su especialización, las nuevas tareas no le producen un peligro inminente o potencial para su salud psicofísica, o cuando no le provoca perjuicios que no fueran previstos cuando formalizó el contrato de trabajo.

Respecto de la *carga probatoria*, y sin perjuicio de que el vínculo se extinguiera por despido directo o indirecto, al empleador le corresponde demostrar que ha utilizado tal potestad funcionalmente y que altera aspectos no esenciales del contrato, mientras que al trabajador le compete demostrar que la medida adoptada le causa agravio (material y/o moral) y viola el principio de indemnidad.

### *5.3. Consentimiento*

El *ius variandi* es la facultad unilateral del empleador de alterar las condiciones no esenciales del contrato y —como tal— no requiere consentimiento del trabajador. Cuando esto ocurre, y se plasma en un acuerdo celebrado entre ambas partes, no se trata del ejercicio del *ius variandi* propiamente dicho.

En la práctica, últimamente, es común que cuando los cambios pretendidos vulneran los términos del art. 66, LCT, y el empleador se ve compelido a efectuarlos —invocando la situación de la economía o los cambios tecnológicos—, se "negocien" esas modificaciones y que el empleador suscriba acuerdos con los trabajadores con la intervención del sindicato y/o del Ministerio de Trabajo, los cuales están sujetos a la posterior revisión judicial, jugando allí el contenido y alcance del principio de irrenunciabilidad de los derechos.

Cabe destacar que, especialmente, la mayoría de los convenios colectivos de empresa celebrados en la década pasada (particularmente entre 1993 y 1998) otorgan una mayor discrecionalidad al empleador para alterar las condiciones de trabajo (polifuncionalidad del trabajador).

*Para modificar aspectos esenciales, es decir, exceder el* ius variandi *y producir una novación objetiva, se requiere el consentimiento del trabajador y* no debe violar el orden público laboral, es decir que todo cambio deberá ser estudiado partiendo de la base del principio de irrenunciabilidad de los derechos (art. 12, LCT) y no debe afectar normas imperativas.

De principio cabe afirmar que sin su consentimiento —que puede manifestarse en forma tácita o expresa—, el trabajador no puede ser obligado a prestar servicios en tiempo, lugar o condiciones distintas a las convenidas si estos cambios producen una alteración esencial de las condiciones originalmente pactadas.

En los casos de acuerdos suscriptos entre las partes, no se trata de *ius variandi* propiamente dicho.

La doctrina y la jurisprudencia no coinciden en el valor que debe otorgarse al silencio o consentimiento tácito. Se ha resuelto que el trabajador aceptó durante un tiempo determinado (algunos meses) el cambio operado en su contrato (por ejemplo: desempeñando nuevas tareas o percibiendo remuneraciones calculadas según un criterio distinto), no puede reclamar por los perjuicios que le haya producido la modificación, ya que operó una conformidad tácita.

El fallo plenario 131 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ("Morillo v. Frigorífico Armour de La Plata SA", del 4/6/1970) dispuso que el trabajador que, sin reserva inmediata, aceptó el cambio de lugar de trabajo prestando servicios en su nuevo destino, en igualdad de condiciones, no tiene derecho a compensación por gastos, daños o perjuicios que le haya

causado el traslado. En el mismo sentido, cuando la categoría es modificada y mantenida durante un largo período hasta la finalización de la relación (en el caso, tres años), cabe estimar que el silencio del trabajador constituyó aceptación tácita de la propuesta de cambio, consentimiento que excluye la injuria tardíamente invocada (sala 8ª, 29/5/2003, "Bustos, Alfredo D. v. Bagley SA", DT 2003-B-1247).

Una postura diferente asumió la Corte Suprema al sostener que es improcedente la novación objetiva de las cláusulas contractuales con apoyo en el silencio del trabajador por el lapso anterior a la prescripción, pues ello conduce a aceptar 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., LCT, sin que obste a que el reclamo se formulara al finalizar la relación laboral, ya que de acuerdo con los arts. 256, 259 y 260 de dicho cuerpo legal, no estaba obligado a hacerlo hasta el agotamiento del plazo establecido en él (Corte Sup., 12/3/1987, "Padín Capella v. Litho Formas SA").

El empleador no puede modificar unilateralmente la contraprestación remuneratoria a su cargo cuando las restantes modalidades del contrato de trabajo se encuentran inalteradas. Para que pueda admitirse como válida la novación objetiva de las condiciones de trabajo, ésta tendría necesariamente que ser negociada y documentada por las partes en forma previa a la instrumentación de los cambios, de lo contrario carece de validez y, por tanto, de operatividad. Si se afectan aspectos esenciales del contrato, la revisión de éstos requerirá necesariamente de un acuerdo de voluntades. El silencio del trabajador no debe interpretarse como expresión de consentimiento, puesto que la renuncia o novación no se presumen (sala 2ª, 5/5/2003, "González Chaves, Martín v. Agrocom SA").

### *5.4. Cambios posibles*

Son elementos —en principio— no esenciales del contrato: las modalidades de prestación de las tareas, la distribución del tiempo de trabajo y el lugar de trabajo.

***1) Modalidades de la prestación de las tareas.*** Sin perjuicio de la facultad del empleador de distribuir las tareas de su personal, *la alteración del contrato debe respetar la calificación contractual (categoría) del trabajador*, es decir, la clase de trabajo para el cual fue contratado —la determinación cualitativa de las tareas—, de allí que no resulte admisible un cambio que produzca una rebaja en la categoría o la pérdida de la especialidad.

Como por lo general al celebrarse el contrato la tarea (función) que debe realizar el trabajador no está determinada en forma específica, el empleador tiene un margen de discrecionalidad para efectuar cambios (sin modificar la categoría), sirviendo de límite la calificación contractual que surge esencialmente de los convenios colectivos.

Por ejemplo, un trabajador que cumple tareas en línea de producción puede ser destinado al sector de control, pero no desempeñar tareas contables ni de limpieza.

No se debe confundir la categoría laboral con la calificación profesional.

La *categoría laboral* es una condición esencial y hace al objeto del contrato, y, por ende, resulta inmodificable en forma unilateral. Jurisprudencialmente se decidió que la categoría es una estipulación esencial del contrato, en cuanto define la posición funcional del trabajador en la organización empresaria y el tipo de tareas que debe cumplir, por ello se encuentra, por definición, fuera del ámbito de disposición del empleador diseñado por el art. 66, LCT, y sólo consensualmente puede ser modificada (sala 8ª, 29/5/2003, "Bustos, Alfredo D. v. Bagley SA").

La *calificación profesional* es una cualidad subjetiva del trabajador que puede ser ajena al contrato; por ejemplo, un profesional podría ser contratado para efectuar tareas de limpieza.

*El empleador no puede modificar las condiciones de trabajo, pero sí las modalidades de la prestación.*

Tampoco puede exigir al trabajador que desarrolle tareas distintas —tanto de categorías superiores o inferiores— en forma definitiva, pero sí que las efectúe con carácter transitorio si existe alguna razón funcional que lo justifique. Si se desempeña en tareas que corresponden a una función superior, debe abonarle la remuneración de dicha categoría, y si realiza tareas de una categoría inferior, debe pagarle su remuneración habitual.

En cuanto a la asignación de tareas superiores a la categoría del trabajador, puede ser transitoria o definitiva.

Si es transitoria, la ley establece (art. 78, LCT) que el trabajador tiene derecho a percibir la remuneración correspondiente por el tiempo de su desempeño. La norma reafirma el derecho del dependiente a percibir remuneración por la tarea efectivamente desempeñada, sin perjuicio de su transitoriedad.

Si se asignan en forma definitiva tareas de mayor rango a aquellas para las que fuera contratado, configura una promoción o ascenso. Si la promoción del trabajador fue para cubrir una vacante por suplencia, una vez desaparecidas las causas que le dieran origen, y transcurridos los plazos que fijan los estatutos profesionales o convenios colectivos (art. 78, párr. 2°, LCT), también adquiere carácter definitivo. Con ello el legislador pretende amparar al trabajador de los abusos que producen los interinatos permanentes o por tiempo indefinido, es decir, cuando no se cubre una vacante superior, manteniendo en su función a un empleado de menor jerarquía, sin la promoción formal correspondiente.

Jurisprudencialmente se ha decidido que no se puede ejercer el *ius variandi* respecto de la calificación contractual, es decir, bajarle a un trabajador la categoría, ni siquiera ante una falta grave (como sanción). En cambio, pueden ser alteradas las tareas complementarias de la función desempeñada y efectuar una rotación parcial del personal para facilitar la reincorporación de un trabajador accidentado, siempre que se reconozca mayor remuneración al desplazado.

Al contrario, es ilegítimo un cambio de tareas que produzca la pérdida de la especialidad adquirida (trabajador que se desempeñaba como técnico y es destinado a la sección depósito).

El fallo plenario 177 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (25/4/1972, "Serra, Héctor v. Empresa Ferrocarriles del Estado Argentino") determinó que cuando al trabajador se le rebaja unilateralmente de categoría, si optó por mantener el vínculo, sólo tiene derecho a percibir la remuneración fijada para aquella en la que efectivamente prestó servicios. Por lo tanto, podría considerarse despedido en caso de valorar la situación como injuriosa y no tiene derecho a reclamar la remuneración de la categoría que no desempeñó.

Sin embargo, se ha resuelto que carece de valor jurídico la aplicación analógica del plenario 177, en cuanto acuerda efectos jurídicos a la rebaja de categoría dispuesta por el empleador, porque se encuentra en pugna y por lo tanto derogado por el art. 66, LCT, dictado con posterioridad, que fulmina con la nulidad absoluta la modificación unilateral de las condiciones esenciales del contrato (sala 6ª, 27/4/2001, "Inzaurraga, Alejandro v. Estado nacional DGI s/nulidad de resolución").

También en un supuesto donde la empleadora le redujo tanto la categoría como la remuneración al actor, se decidió que un cambio unilateral de categoría con disminución de la remuneración y sin compensación alguna para la trabajadora no cabe dentro de las facultades que consagra el art. 66, LCT, norma que limita las posibilidades de alteración del contrato, a aquellas que no afecten moral ni materialmente al trabajador —del voto de Fernández Madrid—. La demandada tiene derecho de negociar colectivamente con el o los sindicatos que correspondan y que representen a su personal. Pero no está facultada para, bajo el manto de una alegada reestructuración empresaria, y con el pretexto de proceder a un correcto encuadramien-

to convencional, producir una rebaja de remuneraciones en forma unilateral y sin contraprestación alguna. En este caso, se viola la directiva del art. 66, LCT, en tanto se produce una modificación *in peius* de una modalidad esencial del contrato —del voto de Fontana— (sala 6ª, 19/7/2007, "Della Savia, Diana v. Telefónica de Argentina SA").

***2) Distribución del tiempo de trabajo.*** *El tiempo de trabajo —la duración— es un elemento esencial (estructural) del contrato que no puede ser alterado por el empleador.* Es decir que, en forma unilateral, el empresario no puede aumentar la duración de la jornada convenida, ni siquiera aumentando la remuneración. Sólo cabría esa posibilidad en caso de consentimiento expreso del trabajador y de aumentarse proporcionalmente la remuneración u otorgarse otro beneficio.

El horario de trabajo es una estipulación esencial del contrato, ajena a las previsiones del art. 66, LCT. El empleador está autorizado —en ejercicio de sus facultades de organización— a diagramar los horarios; el trabajador, al ingresar, debe conformarse a esta diagramación.

*Lo que puede modificar unilateralmente el empleador es la distribución del tiempo de trabajo, es decir, efectuar por razones funcionales un cambio de horario en tanto resulte insignificante.*

En principio, resultaría legítimo pasar de horario continuo a discontinuo o viceversa, o bien comenzar y finalizar la jornada una hora más tarde, pero no agregar el día sábado para prestar tareas aunque no se aumente la jornada semanal. Estos cambios podrán categorizarse como estructurales o accidentales según su magnitud y la afectación de las condiciones de trabajo.

La modificación de la distribución del tiempo de trabajo tiene como límite que no cause al dependiente perjuicio moral (por ejemplo, la atención del hogar) o material (por ejemplo, gastos de viajes y comida).

Por lo tanto, la alteración en la práctica no debe implicar una modificación esencial de las condiciones de trabajo ni limitar el tiempo libre del trabajador que éste puede utilizar para otra actividad o para el ocio, ni alterar sus condiciones de vida (por ejemplo, el almuerzo con su grupo familiar, horario de comida, vida en relación, cuidado de un enfermo, etcétera).

Solamente con su expreso consentimiento y acreditando que el cambio responde a razones funcionales (por ejemplo, necesidades del ritmo de la producción), sería válida la modificación. El empleador, por ejemplo, podría ofrecer alguna compensación económica a fin de sanear el perjuicio ocasionado por la afectación del tiempo libre, que el trabajador tendrá la libertad de aceptar o no.

La jornada de trabajo es un elemento esencial del contrato de trabajo cuya mutación puede lograrse en forma consensuada a través de un nuevo acuerdo con el trabajador, o frente a la invocación de una situación objetiva e imprescindible para el fin común de la empresa.

Si el empleador decide cambiar el horario de un trabajador y pasarlo de un horario diurno (por ejemplo, de 9 a 17) a jornada nocturna (por ejemplo, de 22 a 5), ese cambio de horario debe ser considerado abusivo, porque es una modificación esencial del contrato; además, el horario nocturno altera el régimen de vida normal y debe estar pactado expresamente.

Tampoco constituye un uso legítimo del *ius variandi* cambiar un horario nocturno por el diurno, aunque en principio resulte más beneficioso para el trabajador y esté justificado por la naturaleza de la actividad, ya que —además de producir una novación del contrato— esa modificación podría causarle un perjuicio concreto, como, por ejemplo, tener que renunciar a otro empleo que tenga en horario diurno.

Asimismo, no se puede válidamente modificar el horario fijo y transformarlo en rotativo —o viceversa— porque constituye un cambio en las condiciones originales del contrato de trabajo. Sin embargo, excepcionalmente, resultan legítimos si los cambios de turno responden a las necesidades funcionales de la empresa y fueron expresamente aceptados por los trabajado-

res al ser contratados, es decir, si estaban previstos al momento de la celebración del contrato y los trabajadores fueron notificados de ello.

En cambio, resulta válida la reducción de la jornada de trabajo siempre que no disminuya la remuneración.

***3) Lugar de la prestación***. *Se trata de un elemento accidental del contrato —no esencial—, por lo cual el empleador podrá trasladarlo a otro establecimiento de la empresa* (por ejemplo, de las dependencias administrativas al establecimiento industrial).

Como toda modificación del contrato, aun tratándose de un elemento no esencial, *su validez depende de la existencia de una necesidad funcional de la empresa (razonabilidad de la medida), de la magnitud del cambio y de que se respete el principio de indemnidad* (el trabajador no puede sufrir perjuicios económicos —el empleador debe compensarle los mayores gastos de traslado o comida— ni morales).

Un cambio de sección (dentro del mismo establecimiento) justificado por razones funcionales no constituye un ejercicio ilegítimo del *ius variandi*, ya que constituye un aspecto coyuntural o accidental, y el empleador puede utilizar la capacidad de trabajo del dependiente en el lugar físico del establecimiento —secciones— que le resulte más conveniente. Excepcionalmente, el trabajador podría demostrar que ese cambio implica un acto discriminatorio o viola derechos sindicales.

Si por razones objetivas la empresa necesita trasladar su planta fabril a otro lugar y la distancia es importante, la alternación no puede ser decidida unilateralmente, ya que está fuera del contenido del *ius variandi*. El cambio debe ser consensuado con el trabajador, es decir, debe contar con su consentimiento expreso y reconocerle, por ejemplo, el aumento de los gastos o el mayor tiempo de viaje como hora suplementaria.

Pero aun no produciéndose alteraciones en el plano patrimonial, si el cambio del lugar de la empresa implica alteraciones de su forma de vida (por ejemplo, la imposibilidad de retirar a un hijo del colegio), se produce un perjuicio moral que no es compensable económicamente y, por ende, la modificación es arbitraria para ese trabajador.

Resulta abusivo el ejercicio del *ius variandi* si el trabajador tuvo que renunciar a otro empleo por el cambio dispuesto, ya que, además, le produce un perjuicio de orden patrimonial. Calificar un cambio de lugar como uso legítimo del *ius variandi* depende de la situación concreta y de las particularidades de la actividad.

Se debe partir de la razonabilidad de la medida, es decir, de que existan razones reales para producir el cambio y no la simple voluntad del empleador, y de la debida compensación económica por los mayores gastos producidos (ya sea por transporte o por el tiempo que insume el traslado).

Si produce una alteración significativa —por ejemplo, una hora más de viaje—, no queda resarcida por la compensación económica (equivalente a dichas horas) ni con el desembolso de los mayores gastos por transporte, sino que viola el principio de indemnidad al inmiscuirse en la intimidad e independencia del trabajador para utilizar su tiempo libre, lo que repercute en su vida social y familiar, alterando su sistema de vida.

La solución es distinta y el cambio es legítimo en los casos en que la modificación del lugar de trabajo esté expresamente prevista al tiempo de contratar, es decir, cuando se trata de una cláusula implícita en el contrato; por ejemplo, si se hace saber al dependiente al momento de celebrarse el contrato que en poco tiempo se producirá el cambio de radicación de la empresa y que en determinado lugar se está terminando de construir un nuevo establecimiento.

Esto no debe ser confundido con las cláusulas de aceptación anticipada de cambios indiscriminados (suscriptas al inicio de la relación laboral); en estos casos, en virtud de los principios protectorios y de irrenunciabilidad, se las debe considerar inválidas.

Asimismo, en determinadas actividades el traslado del lugar de trabajo hace a la propia tarea; tal es el caso de las empresas de limpieza y de vigilancia, en el cual los cambios del lugar de trabajo son contingencias previsibles y constituyen una de las cláusulas fundamentales del contrato. Aquí el trabajador no podría plantear un uso abusivo, salvo que demuestre una intención discriminatoria o persecutoria. Por ejemplo, el convenio colectivo de la industria de la construcción prevé traslados fijando márgenes de distancia.

Si bien la aceptación anticipada de cambios de elementos de la relación de trabajo resulta válida en los casos de empresas que habitualmente cambian los destinos de trabajo —como son las de limpieza—, las modificaciones siempre deben ser razonables.

La movilidad geográfica del trabajador se encuentra intrínsecamente relacionada con la dinámica de la localización de las empresas. En consecuencia, es más relevante según el tipo de aparato productivo de que se trate. Se pueden verificar los siguiente casos:

Micromovilidad: el cambio se produce dentro del mismo establecimiento.

Movilidad geográfica interior: el cambio de establecimiento no implica un cambio en el lugar de residencia habitual del trabajador.

Movilidad geográfica exterior: trae aparejado un cambio de residencia del trabajador. Por lo general conlleva el deber del empleador de compensar los mayores gastos que cause el cambio.

Una cierta flexibilidad se advierte en el régimen laboral para la "pequeña empresa". El art. 94, ley 24.467, dispone que, por medio del convenio colectivo, las partes pueden pactar una "redefinición de los puestos de trabajo correspondientes a las categorías vigentes", adaptándolo a los nuevos convenios de empresa o de "instalación" que la incluyen.

### *5.5. Remuneración*

*Un elemento esencial (estructural) del contrato —y como tal inmodificable— es el salario, que no puede ser disminuido por la decisión unilateral del empleador.* La remuneración *es intangible*, lo cual significa que el trabajador mantiene sus derechos remuneratorios durante el transcurso del contrato y que, una vez reconocido un beneficio de naturaleza salarial, no puede suprimirse por medio del ejercicio del *ius variandi*.

La LCT dispone que no podrá reducirse, retenerse o compensarse suma alguna que rebaje el monto de las remuneraciones (art. 131), resultando un uso abusivo del *ius variandi* cualquier reducción salarial, incluso argumentando condiciones del mercado o una modificación de su operatoria comercial, porque la remuneración se incorpora al patrimonio del trabajador. Otra afectación de la remuneración se produce cuando —haciendo un uso abusivo del *ius variandi*— se modifica la categoría laboral e indirectamente se reduce el salario.

Si el trabajador impugna la medida adoptada unilateralmente por el empleador de disminuir su remuneración, tiene derecho a percibir la remuneración íntegra. El fallo plenario 161 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (5/8/1971) reconoce al trabajador que no rescinde el vínculo el derecho a reclamar las diferencias en caso de supresión o disminución de *plus*; pero como quedó dicho en el párrafo anterior, esta doctrina no es aplicable cuando el dependiente prestó su consentimiento (expreso o tácito) a la rebaja salarial.

### 5.6. *Acciones del trabajador frente al ejercicio abusivo del* ius variandi

El cumplimiento de todos los requisitos del art. 66, LCT, resulta esencial para que el ejercicio del *ius variandi* sea legítimo y válido. Si el empleador se excede en sus facultades de modificar las formas y modalidades del contrato incurre en un uso abusivo del instituto que habilita al trabajador a considerarse despedido por exclusiva culpa del empleador (art. 242, LCT), o —desde la reforma introducida por la ley 26.088— a iniciar la acción de restablecimiento de las condiciones alteradas.

A partir de la reforma de la ley 26.088, el trabajador, además de considerarse despedido, puede iniciar la acción de restablecimiento. En virtud del principio de buena fe, el trabajador, a la hora de practicar la intimación, deberá especificar si lo hace bajo apercibimiento de extinguir el vínculo laboral o de iniciar la acción referida.

La situación es distinta en uno y otro caso, ya que si intima bajo apercibimiento de considerarse despedido nada le impide como paso previo recurrir a la justicia para obtener el restablecimiento de las condiciones de trabajo. En cambio, si emplaza al empleador bajo apercibimiento de esta última opción, no parece razonable que pueda directamente considerarse despedido sin previamente practicar una nueva intimación.

Ésta es una opción que tiene el trabajador: nada le impedirá practicar la intimación bajo apercibimiento de considerarse despedido si la modificación del empleador importa un ejercicio abusivo del *ius variandi*. Es más, en algunos casos, el trabajador sólo podrá aceptar la medida dispuesta por el empleador o considerarse despedido, ya que la acción de restablecimiento resultará materialmente imposible y, por ende, en la práctica no podrá ser ejercida la acción prevista en el art. 66, LCT.

Por ejemplo, será imposible restablecer las condiciones de trabajo cuando la modificación consista en el cambio de establecimiento (sin importar la distancia), si se produce el cierre definitivo de la sección donde trabaja o del turno en que cumple servicios, o si como consecuencia de un cambio tecnológico la máquina donde prestaba tareas es suplantada por una más moderna.

Ahora bien, si la intimación fuera practicada por el trabajador bajo apercibimiento de considerarse despedido, el empleador tendrá dos opciones: dejar sin efecto la modificación, continuando en tal caso la relación laboral en las condiciones originales, o bien mantener su decisión, lo que justifica que el trabajador se considere indirectamente despedido, aun cuando no se haya efectivizado el cambio, porque la injuria se configura con su ilegítima decisión.

*1) Despido indirecto*. En caso de uso abusivo, de acuerdo con el principio de buena fe, no resulta correcto darse por despedido inmediatamente, sino que previamente el trabajador debe intimar fehacientemente al empleador explicando cuál es el motivo por el cual se considera abusivo el cambio decidido, a fin de brindarle la oportunidad de rever la medida adoptada.

Si estuviese justificada funcionalmente y afectara aspectos no esenciales del contrato, debe describir en qué consiste el perjuicio patrimonial o moral, es decir, comunicar que su negativa a la modificación se sustenta en razones personales objetivas y no en un mero capricho.

El empleador tiene dos opciones: dejar sin efecto la modificación, continuando en tal caso la relación laboral, o bien mantener su decisión, lo que justifica que el trabajador se considere indirectamente despedido, aun cuando no se haya efectivizado el cambio, porque la injuria se configura con su ilegítima decisión.

El art. 66 *in fine*, LCT, prescribe que "cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de considerarse despedido sin justa causa...". La intención del legislador fue otorgar expresamente al trabajador una acción específica y autónoma para que se considere gravemente injuriado y extinga el contrato.

INVENTARIO 29129

De esto puede colegirse que si el trabajador se niega a aceptar la modificación y ésta ha sido ejercida en forma legítima (respetando los límites del art. 66, LCT), ameritaría su despido directo con justa causa por negativa a la prestación de tareas.

Se ha sostenido que si el empleador demuestra que la alteración del contrato es razonable, no resulta imputable a una u otra parte o proviene de un hecho de fuerza mayor, la indemnización que le correspondería sería la reducida del art. 247, LCT.

No comparto esta postura, ya que la situación creada (mutaciones) forma parte del riesgo empresario que no puede trasladarse al trabajador, que —en definitiva— no recibe beneficio alguno y es perjudicado con el cambio.

*2) Acción cautelar o de reposición.* La ley 26.088 modificó el art. 66, LCT, y restituyó el primigenio art. 71, ley 20.744: si el empleador dispone medidas que importen un ejercicio abusivo del *ius variandi*, el trabajador podrá considerarse despedido o iniciar una acción de restablecimiento de las condiciones anteriores, que tramitará por la vía sumarísima prevista por el art. 498, CPCCN, y similares de los códigos provinciales.

Mientras esta acción sea sustanciada, el empleador no podrá alterar las condiciones y modalidades del contrato hasta que recaiga sentencia definitiva. Sólo se encuentra eximido de esta exigencia cuando las modificaciones sean generales para todo el establecimiento o sección.

El trabajador va a poder ejercer esta opción sólo cuando sea materialmente viable, ya que de lo contrario, el juez deberá rechazar la demanda, no porque la medida sea legítima, sino porque el restablecimiento de las condiciones anteriores es imposible.

El juez debe dictar sentencia estableciendo si en el caso concreto la medida adoptada fue legítima o importó un ejercicio abusivo del *ius variandi*. Si hace lugar a la demanda porque considera que se ha efectuado un ejercicio abusivo del *ius variandi*, emplazará al empleador a restablecer las condiciones de trabajo anteriores, bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias (*astreintes*) en caso de incumplimiento, toda vez que se trata de una obligación de hacer.

El rechazo de la demanda puede producirse por dos razones: 1) porque la medida dispuesta por el empleador se ajustó a las exigencias y limitaciones impuestas por el art. 66, LCT; 2) porque debido a las particulares circunstancias del cambio previsto por el empleador, el restablecimiento de las condiciones de trabajo resulta materialmente imposible (traslado del establecimiento, cierre de sección, nueva tecnología, etcétera).

También el proceso podría terminar por conciliación cuando las partes arriben a un acuerdo que importe una justa composición de sus derechos e intereses. Por ejemplo, el trabajador podría aceptar el cambio de horario impuesto y el empleador podría ofrecerle un aumento de salario o el pago de algún *plus* como contraprestación. Asimismo, el empleador, al contestar demanda, podría allanarse a la pretensión del accionante y aceptar restablecer las condiciones de trabajo.

Asimismo, el proceso resultaría abstracto si mientras se está sustanciando se extingue el vínculo laboral por despido sin causa dispuesto por el empleador: nada le impide extinguir el vínculo laboral en cualquier momento, y esta decisión no le implica tener que abonar indemnización agravada alguna, por lo que es factible que frente a la acción entablada por el trabajador recurra a este mecanismo para no tener que mantener las tareas anteriores.

Éste también es el criterio de la sala 8ª, quien dispuso que si la demandada ha comunicado al actor la extinción del vínculo laboral, la medida precautoria dictada en origen se ha convertido en abstracta, sin perjuicio de la responsabilidad indemnizatoria que podría emerger de resultar antijurídica la medida rescisoria dispuesta, luego de agotado el proceso de conocimiento y más allá de la eventual legitimidad intrínseca de la decisión dispuesta (sala 8ª, 29/5/2007, "Sabio, Alberto v. Aerolíneas Argentinas SA").

La actual redacción del art. 66, LCT (conf. ley 26.088), prevé que mientras se sustancie el juicio sumarísimo no se podrá innovar en las condiciones y modalidades de trabajo hasta que recaiga sentencia definitiva, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección. La medida de no innovar debe dictarse a petición de parte, ya que es factible que exista buena relación entre el trabajador y el empleador, y la acción haya sido entablada al solo efecto de determinar la legitimidad de la modificación impetrada.

Resulta discutible si el artículo dispone una medida de no innovar automática, o si deben comprobarse las condiciones y requisitos establecidos por los arts. 195, 230 y concs., CPCCN (conf. art. 155, ley 18.345) [2]. Se entiende que la procedencia de la medida de innovar no debe supeditarse a los extremos genéricos previstos en el ordenamiento procesal. El trabajador debe acreditar la verosimilitud del derecho, es decir, deberá denunciar y demostrar sumariamente el cambio en las condiciones de trabajo y que éste no fue general para el establecimiento o sección. La demostración de tales extremos habilita el dictado de la medida de no innovar sin que sea necesario verificar la existencia de las restantes condiciones requeridas por la norma procesal.

En síntesis, frente a un ejercicio abusivo del *ius variandi*, el trabajador podría válidamente pedir en cualquier momento la nulidad de la medida al solo efecto de ejercer la opción de considerarse despedido, pero no para solicitar la restitución de las condiciones anteriores ni la reparación de los daños económicos provocados por la decisión nula, ya que no cabría admitir que por vía indirecta pueda lograr lo que no le es factible reclamar en forma directa.

## 6. Poder disciplinario

Como lógica consecuencia de la facultad de dirección, del poder reglamentario y de la facultad de control, surge el poder disciplinario del empleador, cuya *función principal —además de la punitiva— es corregir la mala conducta del trabajador*, materializada en faltas o incumplimientos a las obligaciones contractuales emergentes de la LCT, del convenio colectivo, del estatuto profesional, del reglamento de empresa o del contrato individual de trabajo.

Las facultades disciplinarias se derivan del principio de razonabilidad y funcionalidad, resultando indispensables para el normal funcionamiento de la empresa. Los límites a su ejercicio pueden estar dados no sólo mediante su reglamentación, sino por los convenios colectivos de trabajo, los reglamentos de empresa y la facultad de impugnarlas, con la consiguiente revisión judicial posterior.

El poder disciplinario *consiste en la posibilidad del empleador de aplicar sanciones al trabajador* por dichos incumplimientos. El párr. 1°, art. 67, LCT, establece que "el empleador podrá aplicar medidas disciplinarias proporcionadas a las faltas o incumplimientos demostrados por el trabajador".

Siguiendo a Cabanellas, se entiende por falta disciplinaria, "toda acción u omisión voluntaria, tanto dolosa como culposa (intencional o por negligencia), cometida por un trabajador que se encuentre al servicio de la empresa y que tal proceder perjudique o pueda perjudicar a los intereses de la producción o a las conveniencias de la actividad a que se encuentre afectado".

De la lectura de la norma surge una clara *limitación* respecto del ejercicio del poder disciplinario, al imponer una necesaria *proporcionalidad entre falta y sanción*, lo que excluye la aplicación de medidas disciplinarias irrazonables o arbitrarias en relación con el incumplimiento del trabajador.

[2] Así lo sostuvo el Juzg. Nac. 1ª Inst. Trab., n. 14, 8/5/2006, "Añon, Daniel Marcelo v. Radio Continental SA s/juicio sumarísimo".

Asimismo, como las demás facultades del empleador, su ejercicio está sujeto a las modalidades previstas en el art. 68, LCT, aplicándose en forma y tiempo útil a los fines de la empresa, pero respetando la dignidad del trabajador (art. 68, LCT).

Es importante destacar que siempre la sanción debe posibilitar el *derecho de defensa, permitiendo* al trabajador su impugnación y su ulterior cuestionamiento judicial.

Las sanciones disciplinarias aplicables según nuestro régimen legal son *el apercibimiento y las suspensiones* (entre uno y treinta días en un año).

El habitualmente denominado "llamado de atención" y la simple advertencia verbal no constituyen una sanción disciplinaria propiamente dicha, por lo cual no son susceptibles de impugnación ni recurso posterior. Cabe recordar que no está permitido "sancionar" al trabajador modificando el contrato (art. 69, LCT), ni como consecuencia de una falta aplicarle multas ni deducirle o retenerle el monto de su remuneración (art. 131, LCT).

Las advertencias y los llamados de atención configuran sanciones morales, ya que afectan exclusivamente el "honor profesional" del empleado. La más grave de las sanciones morales —verbales o escritas— es la que cierto sector de la doctrina denomina "represión", que consiste en una forma de censura enérgica del mal comportamiento o falta del trabajador.

La amonestación o el apercibimiento es la sanción más leve. Aunque no está expresamente regulada, se debe efectuar por escrito por razones de prueba, ya que el antecedente consta en el legajo del trabajador. En la práctica se plasma en una nota que se le hace firmar al dependiente para que tome conocimiento, pudiendo también ser notificada por telegrama o carta documento.

Resultaría trascendente que las empresas implementen procedimientos uniformes para la aplicación de sanciones, ya sea mediante el reglamento de taller, o bien basados en la reiteración de conductas asumidas en el tiempo, es decir, prácticas habituales que constituyen usos de empresa. De ese modo, la actitud que asuma el empleador será coherente respecto no sólo de la entidad de las sanciones, sino en cuanto al procedimiento a adoptar al verificarse algún incumplimiento.

La LCT no exige que se aplique ninguna forma en particular pero, necesariamente, *las sanciones deben ser comunicadas por escrito* por medio del superior jerárquico a fin de permitir el descargo del trabajador.

En el caso de la *suspensión disciplinaria* existe un límite temporal contemplado en el art. 220, LCT, al consignar que "las suspensiones fundadas en razones disciplinarias o debidas a falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, no podrán exceder de treinta días en un 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 art. 68".

Los plazos de suspensión deben ser computados en días corridos y no por hábiles, toda vez que, como la norma específica no tiene referencia ni distinción en tal aspecto, cabe remitirse al art. 28, CCiv.

*El trabajador tiene treinta días para cuestionar la sanción* aplicada por el empleador, ya sea respecto de su procedencia o de su extensión; la consecuencia *de no hacerlo* es que se considera consentida y *pierde el derecho a reclamar* en lo sucesivo: se trata de un *plazo de caducidad*.

Esto surge claramente del párr. 2°, art. 67, LCT, el cual dispone que "dentro de los treinta 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".

La primera discusión que se planteó sobre este punto, que ya ha sido superada, era si este plazo era de prescripción o de caducidad. En la actualidad no existe controversia, ya que la doctrina y la jurisprudencia son contestes en reconocer que es un plazo de caducidad, es decir que si el trabajador no cuestiona la sanción dentro de ese tiempo se la tiene por consentida, y ya no podrá revisarse ésta, por haber perdido el trabajador el derecho a objetarla.

Opera como una excepción al principio del art. 58, LCT, que no admite presunciones como consecuencia del silencio del trabajador. Además de perder el derecho a reclamar por los salarios caídos, el hecho de no impugnar la medida constituye un antecedente negativo si en el futuro se debe valorar la justa causa de despido.

También podría impugnar la suspensión —en representación del trabajador— la asociación sindical, pero requiere su consentimiento. Esto surge del art. 31, inc. a), ley 23.551, que faculta al sindicato con personería gremial para defender y representar ante el empleador los intereses individuales de los trabajadores; a ello se agrega el dec. regl. 467/1988 que debe acreditar por escrito el consentimiento de los interesados.

La segunda discusión que se planteaba era ante quién debía cuestionar la sanción, ya que el artículo guarda silencio al respecto. Si bien todavía algunos autores sostienen que debe efectuarse judicialmente, la mayoría de la doctrina coincide en considerar que la impugnación debe hacerse ante el empleador y luego, dentro del plazo de prescripción bienal, el trabajador puede reclamar la revisión por vía judicial (conf. art. 256, LCT). Al cuestionarla ante el empleador le da a éste la posibilidad de revisar la medida y poder modificarla eventualmente.

En definitiva, si bien la norma no especifica ante quién se debe cuestionar la sanción, se entiende que es ante el empleador; también podría impugnarla judicialmente, iniciando una acción legal dentro de los treinta días. El objeto perseguido es el reclamo por los salarios caídos, es decir, por los días de suspensión aplicados por el empleador que no devengaron remuneración.

La revisión judicial, a diferencia de lo que se sostenía anteriormente, es amplia, ya que la ley le permite al juez cuestionar su procedencia y el tipo o extensión, para que se la suprima, sustituya por otra o limite, según los casos. Es decir, el trabajador puede impugnar su procedencia y reclamar que se la suprima, porque entiende que no cometió la falta que se le endilga. Puede cuestionar el tipo y requerir la sustitución, porque se le aplicó una suspensión y el trabajador entiende que debió habérsele aplicado una sanción moral. Finalmente, el trabajador puede observar la extensión de la sanción y peticionar su limitación porque, por ejemplo, se le aplicó una suspensión de diez días y el trabajador considera que la falta no justificaba una suspensión mayor a cinco días.

Si bien la norma no especifica ante quién se debe cuestionar la sanción, se entiende que es ante el empleador; también podría impugnarla judicialmente, iniciando una acción legal dentro de los treinta días. El objeto perseguido es el reclamo por los salarios caídos, es decir, por los días de suspensión aplicados por el empleador que no devengaron remuneración.

### *6.1. Requisitos*

Doctrinariamente se han establecido distintos *requisitos* o principios que deben ser cumplimentados *para que el ejercicio del poder disciplinario sea válido*. Hay tres que resultan esenciales: la *contemporaneidad*, la *proporcionalidad* y la *no duplicación de sanciones*.

***a) Contemporaneidad***. Debe ser oportuna, existir contemporaneidad *entre la falta cometida y la sanción aplicada*, es decir que debe sancionársela en tiempo oportuno, no dejando

transcurrir, desde el incumplimiento del trabajador, un lapso que indique que la falta ha sido consentida.

Por ejemplo, si el 5 de julio el trabajador agredió verbalmente a un compañero de trabajo en presencia del supervisor, resulta extemporáneo sancionarlo por esa falta el 10 de agosto.

La demora está justificada cuando se produce por la instrucción de un sumario o la investigación de la conducta, es decir cuando se produce una falta pero no se sabe aún su magnitud ni con certeza quién la cometió; en este caso, el tiempo para sancionar debe comenzar a contarse a partir de la finalización del sumario interno.

***b) Proporcionalidad***. La sanción aplicada por el empleador *debe ser proporcional a la falta cometida por el trabajador*. Para efectuar una correcta graduación de la sanción a aplicar no sólo se debe tener en cuenta la gravedad del incumplimiento del trabajador, sino también sus antecedentes (sanciones anteriores) y su antigüedad, como también si la falta cometida ha sido reiterada.

Este requisito se relaciona con el principio de razonabilidad, es decir que la sanción debe guardar una adecuada relación no sólo con la falta, sino también con quien la comete: el empleador no tiene que utilizar una regla estricta de causa-efecto que indique que a tal incumplimiento corresponde determinada sanción.

Por ejemplo, resultaría desproporcionado e irrazonable suspender por dos días a un trabajador por llegar tarde cuando esa conducta es aislada y se ha verificado solamente cinco veces en tres años de trabajo en la empresa.

***c) No duplicación de sanciones***. El empleador *no puede aplicar por una misma falta o incumplimiento del trabajador más que una sola sanción*; rige el principio del derecho penal *non bis in idem*.

Por ejemplo, un trabajador que ya fue apercibido por faltar al trabajo sin avisar no puede ser suspendido por dos días por la misma falta.

Distinta es la situación explicada en la parte final del punto a), o sea cuando el trabajador es suspendido preventivamente por estar investigándose su conducta o instruyéndose un sumario; en este caso, una vez concluida esa etapa, el empleador puede sancionar al trabajador con una suspensión o un despido y no se viola el principio *non bis in idem*, porque la suspensión preventiva no constituye sanción.

*Otros requisitos* que hay que respetar para adoptar medidas disciplinarias son los siguientes:

*a)* Se debe *expresar la causa de la sanción en forma clara*; lo que implica que la causa de la sanción sea justa y que se determinen los hechos que la motivaron y la fecha en que ocurrieron.

*b)* El empleador debe *comunicar la sanción por escrito*, ya sea con un telegrama, carta documento o nota firmada por el trabajador.

*c)* Las sanciones aplicadas por el empleador *deben ser medidas disciplinarias legalmente admisibles (juridicidad)*, excluyéndose: cualquier menoscabo a la dignidad del trabajador o abuso de derecho, las multas y las retenciones en las remuneraciones, la modificación de los términos del contrato o cualquier medida que tienda a provocar su alejamiento de la empresa o que implique una discriminación y conculque el principio de igualdad de trato.

*d)* Si en el convenio colectivo, en el estatuto profesional o en el reglamento de empresa *existe un procedimiento especial, el empleador debe respetarlo* y el trabajador, someterse a él, salvo que viole el orden público laboral.

## V. DEBERES DEL EMPLEADOR

Son el conjunto de *obligaciones* que surgen de la LCT —aunque pueden estar contempladas en los convenios colectivos, en los estatutos profesionales y en el contrato individual— y *cuyo incumplimiento puede configurar una grave injuria con entidad suficiente para que el trabajador se considere despedido con justa causa*. Tienen, como contrapartida, los derechos del trabajador.

Deberes del empleador
- 1) Pago de la renumeración
- 2) Deber de seguridad y protección
- 3) Deber de ocupación
- 4) Deber de diligencia
- 5) Deber de observar las obligaciones frente a los organismos sindicales y de la seguridad social. Entrega de certificado de trabajo
- 6) Deber de no discriminar e igualdad de trato
- 7) Deber de llevar libros
- 8) Deber de formación profesional
- 9) Deber de información

### 1. Pago de la remuneración

El pago de la remuneración *es la principal obligación del empleador (además de la de otorgar ocupación), así como la obligación fundamental del trabajador es poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo.*

La LCT dedica el tít. IV a la remuneración (arts. 103 a 149), ocupándose específicamente el cap. IV de la tutela y del pago (arts. 124 a 149). Asimismo, el art. 74, LCT, establece claramente que "el empleador está obligado a satisfacer el pago de la remuneración debida al trabajador en los plazos y condiciones previstos en esta ley". Es decir que el pago de la remuneración debe ser íntegro y oportuno.

Sin perjuicio de lo que se expondrá en el capítulo "Remuneración", cabe establecer algunos *conceptos básicos*:

— No se puede excusar la falta de pago, aun mediando caso fortuito o fuerza mayor: el trabajador no soporta los riesgos de la explotación ajena, no es socio, sino prestador de servicios.

— La falta de pago genera la mora automática, pero el trabajador, para considerarse despedido, debe intimar previamente al empleador.

— Se debe pagar la remuneración aun en los supuestos de accidentes de trabajo, de enfermedades inculpables, de vacaciones y de otras licencias fijadas en la ley.

— No se debe remuneración si se trata de una suspensión disciplinaria o económica no imputable al empleador. En el caso de huelga, si no se trabaja no se genera remuneración, pero si la medida responde a un grave incumplimiento del empleador, éste debe los salarios caídos.

— En caso de contrato de objeto prohibido —si bien es nulo—, igualmente se debe la remuneración.

— El trabajador puede rehusar la prestación si el trabajo fue exigido en violación a las normas vigentes en materia de higiene y seguridad (art. 1201, CCiv.). Si el empleador no paga el salario, el trabajador queda relevado de cumplir su obligación hasta tanto sea satisfecho su crédito.

## 2. Deber de seguridad y protección

Es el conjunto de *medidas y recursos técnicos* que el empleador debe adoptar durante la prestación de la tarea *para proteger la salud psicofísica del trabajador y su dignidad y evitar que sufra daños en sus bienes.*

Tiene por objeto prevenir la producción de accidentes y enfermedades, por lo cual también se lo denomina deber de prevención o de previsión.

Se expresa en *tres aspectos*: el *deber de seguridad personal* —salud psicofísica—, el *deber de seguridad patrimonial* —reintegro de gastos y resarcimiento de daños— y el *deber de protección, alimentación y vivienda*; están referidos en los arts. 75, 76 y 77, LCT, respectivamente.

Se trata de un comportamiento exigible jurídicamente tanto por la autoridad administrativa del trabajo como por el trabajador (arts. 62 y 79, LCT).

### *2.1. Deber de seguridad personal*

Consiste en la obligación del empleador de tomar las *medidas necesarias para que las tareas se presten en condiciones adecuadas de seguridad*, evitando así la producción de daños evitables. Para ello, debe adoptar medidas de seguridad —obligación de hacer— y abstenerse de realizar cualquier acto que resulte perjudicial para su salud psicofísica —obligación de no hacer—.

Este deber tiene como contrapartida la obligación del trabajador de seguir las instrucciones y directivas en materia de seguridad.

El trabajador puede exigir el cumplimiento del deber de seguridad aun cuando no se produzcan daños: por ejemplo, puede exigir la entrega de protectores auditivos si el ambiente de trabajo es ruidoso (si supera los ochenta y cinco o noventa, decibeles), o que se adopte alguna medida de seguridad en una máquina peligrosa.

Mientras el empleador no cumpla con las medidas de seguridad, el trabajador podría abstenerse de prestar el trabajo o, incluso, considerarse despedido indirectamente, invocando como justa causa el incumplimiento del deber de seguridad.

La facultad del trabajador de retener su prestación de trabajo en caso de inobservancia del empleador a su deber de seguridad subsiste a pesar de la reforma del art. 75, LCT, introducida por la ley 24.557.

El deber de seguridad personal y la protección a la salud física y psíquica del trabajador se expresan en dos aspectos: *en la regulación de la jornada de trabajo (duración y descansos) y tratando de prevenir enfermedades y accidentes de trabajo.*

Desde el punto de vista de las condiciones de trabajo, no sólo interesa la productividad y que la retribución del esfuerzo humano sea adecuado, sino que la prestación de servicios se desarrolle en un ambiente laboral que no someta al trabajador a la exposición de su integridad psicofísica.

El art. 14 bis, CN, garantiza al trabajador su prestación en "condiciones dignas y equitativas de labor", y distintos estatutos y convenios colectivos han reglamentado medidas para resguardar la salud del trabajador (por ejemplo, imponiendo la utilización de elementos de protección ambiental y personal).

Su eficacia depende tanto de cada trabajador —que debe utilizar los medios de protección y exigir su otorgamiento—, como del control que efectúen el Estado —policía del trabajo, en el ámbito del Ministerio de Trabajo— y los sindicatos, para que se cumpla con las normas de higiene y seguridad.

El *incumplimiento del empleador* produce las siguientes *consecuencias*:

— medidas sancionatorias (multas, clausura parcial o total del establecimiento) adoptadas en ejercicio del poder de policía;

— medidas de carácter preventivo a fin de que se modifiquen o cesen las condiciones perjudiciales para la salud de los trabajadores;

— medidas de acción directa dispuestas por el sindicato con personería gremial representativa de los intereses del sector.

Por lo tanto, el incumplimiento de este deber puede producir:

1) que el trabajador se considere despedido luego de intimar al empleador sin obtener respuesta favorable para que en un plazo determinado instale una protección adecuada en una máquina; en tal caso se adiciona a la indemnización del art. 245, LCT, una reparación por daño moral;

2) que retenga tareas sin pérdida de remuneración hasta que se instale esa protección;

3) que la autoridad de aplicación imponga sanciones económicas por medio de la policía de trabajo (multas de la ley 25.212), luego de que el trabajador denuncie ante el Ministerio de Trabajo o la Subsecretaría de Trabajo de alguna provincia, la prestación de tareas en condiciones de inseguridad y el empleador haga caso omiso al emplazamiento;

4) que la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (por denuncia del trabajador o constatación de la autoridad) emplace al empleador a restablecer las condiciones de seguridad y reacondicionar el lugar o tomar alguna medida de protección y en caso de incumplimiento lo sancione con multas (ley 24.557).

La ley 19.587 regula las condiciones de seguridad e higiene en todos los establecimientos y explotaciones del territorio nacional. El dec. 351/1979 reglamentó la ley y detalla —entre otros aspectos— el funcionamiento de los servicios de medicina y de higiene y seguridad de las empresas.

Fija condiciones generales básicas de seguridad e higiene que deben cumplir todos los establecimientos del país, cualquiera que sea "la naturaleza económica de las actividades, el medio donde ellas se ejecuten, el carácter de los centros y puestos de trabajo y la índole de las maquinarias, elementos, dispositivos o procedimientos que se utilicen o adopten" (art. 1°).

También se sancionaron leyes —por ejemplo, 21.663 y 21.664, que aprobaron los convenios de la OIT 139 y 115 (sobre Prevención y Control de Riesgos por Sustancias Cancerígenas y Prevención contra Radiaciones Ionizantes)— que prohíben la realización de determinadas tareas, utilización de algunos productos peligrosos, aunque la mayoría de las normas referidas a los ambientes de trabajo son de carácter local, provincial o municipal.

Hay distintas técnicas para preservar la salud y prevenir y/o reducir los riesgos del trabajo que afectan al trabajador, entre ellas los exámenes médicos preocupacionales y las revisaciones periódicas, que sirven como registro del estado de salud de la población laboralmente activa y además detectan enfermedades no relacionadas con el trabajo. También resultan fundamentales los servicios de medicina del trabajo, los que se refieren a las condiciones de higiene ambiental y los de prevención de riesgos (seguridad).

Si bien el art. 75, LCT, fue modificado por la LRT (ley 24.557, BO del 5/10/1995), la esencia del texto anterior sigue resultando operativa por medio de la vigencia de distintas normas de la LCT y de otras leyes, ya que el antiguo art. 75 no era la única disposición que se ocupaba del deber de seguridad personal.

En su redacción anterior disponía que el empleador debía adoptar las medidas que, según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica fueran necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, respetando las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad.

Actualmente, esto surge también de la LCT en sus arts. 188 —certificado de aptitud física en los menores— y 195 —presunción de culpa del empleador en accidentes o enfermedades de menores—, de la ley 19.587 —Ley de Higiene y Seguridad— y su dec. reg. 351/1979 y de la ley 24.557 —LRT—. Otras disposiciones de la LCT se ocupan tangencialmente (entre ellos, los arts. 17, 66, 68, 70, 73, 75, 76 y 77) y también diversos CCT y estatutos profesionales.

El art. 75, LCT (texto según ley 24.557), está compuesto por dos puntos; el punto 1 repite lo esencial de la anterior norma al consignar que "el empleador debe hacer observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo, y hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en el ordenamiento legal".

La extensión e intensidad del trabajo tiene normas específicas; entre ellas, la ley 11.544, de Jornada de Trabajo y, en la LCT, los arts. 196 —extensión de la jornada—, 197 —descanso entre jornadas—, 200 —trabajo nocturno e insalubre—, 204 —descanso semanal—, 150 a 164 —vacaciones anuales—, 174 y 176 —trabajo de mujeres—, 190 y 191 —trabajo de menores (ver al respecto, ley 26.390 —BO del 25/6/2008—)—.

El punto 2 dispone que "los daños que sufra el trabajador como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del apartado anterior, se regirán por las normas que regulan la reparación de los daños provocados por accidentes en el trabajo y enfermedades profesionales, dando lugar únicamente a las prestaciones en ellas establecidas".

Con esta modificación se limita la posibilidad de que el trabajador —ante el incumplimiento del empleador— accione invocando los arts. 519 a 522, CCiv., o los arts. 1109 y 1113 del mismo cuerpo legal. Doctrinariamente se discutía si el deber de seguridad era una obligación de medios o de resultado o si se trataba de una obligación contractual o extracontractual, y si generaba o no una acción autónoma. La reforma de la ley 24.557 al art. 75, LCT, pretende que los daños provocados por el incumplimiento del deber de seguridad solamente podrán ser reparados por la Ley de Riesgos del Trabajo.

El tema se desarrolla en el capítulo "Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales" (ver jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: fallos "Castillo", del 7/9/2004, "Aquino", del 21/9/2004, "Díaz", del 7/3/2006 y "Llosco", del 12/6/2007, entre otros).

### *2.2. Deber de seguridad patrimonial o indemnidad*

Es el conjunto de *medidas* que el empleador debe adoptar *para evitar que el trabajador sufra daños en sus bienes*, es decir que se le cause algún perjuicio patrimonial; *lo protegido son los bienes pertenecientes al trabajador* (herramientas, elementos de su propiedad, vehículo en que se transporta, etc.) o los que se vinculan con el trabajo, pero no aquellos que no guardan relación con las tareas.

Si a pesar de los cuidados adoptados se produce un daño, el empleador debe reintegrar los gastos al trabajador —podrá exigir comprobantes— o pagarlos previamente o instrumentar su arreglo.

Jurisprudencialmente se ha resuelto que, por ejemplo, el empleador es responsable por la desaparición de una bicicleta en la cual el obrero se transportaba a la empresa, o por la sustracción en un teatro de un violín si el trabajador es músico y lo había dejado en su lugar habitual.

La circunstancia de que no surja del contrato que la empresa se obligaba a pagar los daños que sufriera el vehículo del trabajador cuando fuera usado en funciones laborales, no obsta a la procedencia de su reclamo porque el art. 76, LCT, dispone su admisión y no puede ser dejada de lado en perjuicio del trabajador por convenciones privadas (conf. art. 12, LCT).

Está especialmente regulado en el art. 76, LCT, al disponer que "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".

El art. 76 sólo protege las cosas en el sentido de objetos materiales que le asigna el Código Civil, y más propiamente las que han sido introducidas en el trabajo, incluso las afectadas en ocasión de un accidente *in itinere*. Sólo procede el reintegro del art. 76, LCT, si el convenio prevé la entrega de ropa de trabajo y el trabajador debía usar la propia. Si el empleador no estaba obligado por una norma convencional, como la norma general no prevé esta obligación, el rubro no puede prosperar.

Pero también distintos artículos de la LCT protegen patrimonialmente al trabajador al establecer la irrenunciabilidad de derechos (art. 12), la exclusión de presunciones en contra del trabajador (art. 58) y la solidaridad de los deudores respecto de los créditos debidos al trabajador (arts. 29, 30, 31 y 225 a 228).

Se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, ya que prescinde de la culpabilidad del empleador; para eximirse de responsabilidad, éste debe acreditar la culpa del trabajador.

El trabajador que reclame el resarcimiento —para cuya fijación se aplican las reglas del derecho común— debe acreditar: el daño, la introducción de la cosa en el trabajo y la relación causal.

Sólo están sujetas a la protección los objetos que el trabajador ingresa en el lugar de trabajo por razones de su trabajo, pero no las cosas que no guarden vinculación con su labor.

Si introduce al trabajo bienes suntuarios (joyas, anillos, pulseras, etc.) y desaparecen, el empleador no debe responder, no porque la sustracción no se haya producido por el hecho ni en ocasión del trabajo, sino porque no estaban bajo su responsabilidad al no tener relación alguna con la prestación de tareas.

Algunos objetos, por ejemplo celulares, MP3, *notebook* que el trabajador introduce en el establecimiento, presentan aristas particulares; si bien la titularidad la detenta el trabajador, son utilizados indistintamente para fines particulares y como herramientas de trabajo, razón por la cual habrá que analizar en cada caso en concreto cuándo el empleador tiene obligación de resarcir el daño producido en dichos instrumentos.

### *2.3. Deber de protección, alimentación y vivienda*

Se circunscribe al caso particular en el cual el trabajador viva dentro del establecimiento; consiste en la *obligación* del empleador *de proteger la integridad psicofísica y los bienes del trabajador*. El deber de prevención del empleador se extiende a la familia del trabajador (cónyuge, hijos y familiares directos a su cargo) y a sus bienes.

Está contemplado en el art. 77, LCT, al disponer que "el empleador debe prestar protección a la vida y bienes del trabajador cuando éste 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 refacciones indispensables, conforme a las exigencias del medio y *confort*".

## 3. Deber de ocupación

Junto con el pago de la remuneración, es uno de los deberes fundamentales del empleador y constituye un derecho del trabajador exigir su otorgamiento.

Consiste en la *obligación del empleador de brindar trabajo adecuado* —ocupación efectiva— *a la categoría del trabajador*, es decir que *debe otorgar trabajo en las condiciones lega-*

*les y pactadas*. En caso de que el empleador no le brinde ocupación, el trabajador puede exigirlo, no bastando con que el empleador pague la remuneración.

Resulta injustificado y contrario a la buena fe no hacer uso de la fuerza de trabajo que el trabajador pone a disposición del empleador. El deber de ocupación incluye el de otorgar las herramientas y la materia prima necesarias y todos los instrumentos indispensables para el trabajo.

El empleador tiene la obligación de garantizar la dación de trabajo en cantidad adecuada para que el trabajador perciba en una jornada normal de trabajo (ocho horas) una remuneración no inferior al básico de convenio o, de no estar incluido en ninguno, al salario mínimo vital.

La asignación de tareas que debe otorgar el empleador no sólo debe ser *adecuada a la capacidad física del trabajador*, sino también *a su calificación*, que se vincula al nivel salarial y a lo que establezca el convenio colectivo aplicable. Existe una relación directa entre tipo de tareas y categorías, ya que resulta más amplia la facultad del empleador de disponer tareas concretas cuando más baja es la calificación y es más restringida cuando se trata de funciones de dirección.

La primera parte del art. 78, LCT, establece que "el empleador deberá garantizar al trabajador ocupación efectiva según su calificación o categoría profesional, salvo que el incumplimiento responda a motivos fundados que impidan la satisfacción de tal deber". Estos motivos están contemplados en la LCT y son, entre otros, los casos de suspensión disciplinaria, por falta o disminución de trabajo o fuerza mayor y el período de reserva de puesto.

La dispensa al deber de ocupación también puede surgir de una causa funcional; por ejemplo, la rotura de una máquina, la caída del sistema informático; un motivo de fuerza mayor (un incendio, una inundación) puede provocar que transitoriamente no se cumpla con el deber de ocupación efectiva, pero, de todos modos, el empleador tiene la obligación de pagar la remuneración.

La segunda parte del art. 78 dispone que "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 en las convenciones colectivas de trabajo".

Es decir que si el trabajador presta transitoriamente tareas de una categoría superior, el empleador debe pagar la diferencia salarial por dicha categoría, y si se transforma en permanente, debe pagar definitivamente la remuneración de la categoría superior. Si el empleador no otorga ocupación efectiva, el trabajador puede considerarse injuriado y darse por despedido.

El trabajador adquiere el derecho a que las tareas desempeñadas y la última categoría se convierta en definitiva, cuando desaparecen las causas que dieron lugar a la suplencia y el trabajador continúa prestando las mismas funciones y transcurren los plazos que al efecto fijen los estatutos especiales o los convenios colectivos.

Con relación a este último punto, cabe destacar que en algunos estatutos y convenios colectivos, con el fin de evitar el interinato permanente, se dispone que transcurrido determinado tiempo en que el trabajador presta servicios en una categoría superior (por ejemplo, seis meses o un año), el cargo se transforme en permanente.

El trabajador no tiene derecho a exigir judicialmente al empleador el cumplimiento del deber de ocupación efectiva conforme al art. 78, LCT, porque en el supuesto de incumplimiento injustificado o injurioso del principal de su obligación contractual de otorgar tareas sólo le asiste —invocando tal circunstancia— la posibilidad de colocarse en situación de despido indirecto.

### 4. Deber de diligencia e iniciativa

Es un deber genérico del empleador que consiste en el *cumplimiento adecuado de las distintas obligaciones contractuales a fin de que el trabajador pueda gozar de sus derechos*, sin perjuicio del cumplimiento de los deberes del dependiente. Se vincula estrechamente con los

deberes de conducta, es decir, con la obligación genérica de las partes, contenida en el art. 62, LCT, y con el principio de buena fe (art. 63, LCT).

El art. 79, LCT, dispone que "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 acuerden. No podrá invocar, en ningún caso, el incumplimiento por 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 estuviesen a su cargo como agente de retención, contribuyente u otra condición similar".

La norma hace referencia a la excepción de incumplimiento que en el derecho civil está contemplada para los contratos bilaterales con prestaciones recíprocas y que permite a la parte cumplidora abstenerse de realizar la prestación y exigir a la otra el cumplimiento, o rescindir el contrato.

En cambio, en el derecho del trabajo el empleador no puede abstenerse del deber de pagar la remuneración ni dejar de cumplir otras obligaciones como la de otorgar tareas, seguridad, protección, aunque la prestación del dependiente esté debajo del estándar, salvo la aplicación de algunas sanciones disciplinarias. En tal sentido, el empleador no puede dejar de pagar los beneficios de la seguridad social porque el trabajador no presentó los certificados que demuestren el parentesco o la contingencia a cubrir.

El artículo hace referencia a distintas situaciones, como la percepción de asignaciones familiares, seguro de desempleo, de vida obligatorio, servicios de obras sociales, etcétera.

Así como al trabajador se le exige el cumplimiento de los deberes de diligencia y colaboración (arts. 84 y 86, LCT), el empresario debe cooperar para el correcto desarrollo de la relación laboral.

Es decir que si el trabajador se ve impedido de gozar de algún beneficio otorgado por la ley, y dicha situación se produjo por la falta de diligencia —negligencia— del empleador, será responsable del pago de la prestación. Por ejemplo: sistemas de seguro, asignaciones familiares, retenciones y aportes para la obra social.

En lo atinente estrictamente a la prestación de tareas, debe organizar la empresa y supervisar los trabajos efectuados y el cumplimiento de las directivas, otorgando los elementos técnicos adecuados —elementos de trabajo— para que el trabajador pueda realizar la tarea correctamente.

La diligencia exigida al trabajador muchas veces depende de la previa diligencia del empleador, por lo cual, en tales casos, no podrá responsabilizarse al trabajador que no efectuó una tarea correctamente si el empleador no le facilitó las herramientas adecuadas para efectuarla con la precisión requerida.

Jurisprudencialmente se ha resuelto que tampoco se pueda atribuir culpa a un trabajador que padeció un accidente por no utilizar los elementos de seguridad si el empleador nunca se lo exigió.

## 5. Deber de observar las obligaciones respecto de los organismos sindicales y de la seguridad social. Entrega del certificado de trabajo

El empleador tiene tres deberes con el trabajador y respecto de los organismos sindicales y de la seguridad social:

1) ingresar los aportes y contribuciones de la seguridad social y sindicales;

2) entregar las constancias de tal cumplimiento, cuando causas razonables así lo justifiquen y al tiempo de la extinción;

3) entregar un certificado de servicios y remuneraciones, con constancia de tiempo de duración del empleo y de las cargas sociales ingresadas.

Los aportes y las contribuciones están direccionadas a cubrir las contingencias sociales (cuota sindical, contribuciones especiales pactadas en los convenios colectivos de trabajo). Los aportes son las sumas retenidas al trabajador, mientras que las contribuciones son las que el empleador ingresa a modo de impuesto al trabajo y por razones de solidaridad.

***—Deber de ingresar aportes y contribuciones (arts. 80, párr. 1°, y 132 bis, LCT, ley 25.345)***: la primera parte del art. 80, LCT, considera que "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".

Por lo tanto, *el empleador está obligado*, por un lado, *a retener de la remuneración de los trabajadores determinadas sumas y a efectuar los pagos pertinentes a la orden del ente recaudador* (actuando como agente de retención) y, por otro lado, *a depositar los montos que resulten legalmente exigibles cuando es deudor directo*.

Dichas sumas son las correspondientes a las contribuciones para el sindicato al que estén afiliados (ley 23.551), para el SIJyP (ley 24.241) y para el de obras sociales (leyes 23.660 y 23.661); también debe aportar al régimen de asignaciones familiares (ley 24.714).

*El incumplimiento de esta obligación puede justificar que el trabajador* —previa intimación para regularizar su situación— *decida disolver el contrato de trabajo por culpa del empleador*.

El empleador también está obligado a demostrar al trabajador, mediante constancias documentadas, que ha efectuado dichos aportes. La ley 23.499 otorga la facultad al trabajador y a la asociación sindical de controlar el pago de los aportes y contribuciones y el cumplimiento de las demás obligaciones con los organismos previsionales (arts. 1° a 6°).

Asimismo, la ley 24.241 pone a cargo del empleador la obligación de inscribirse ante la autoridad de aplicación y comunicar toda modificación en su situación como empleador, practicar en las remuneraciones los descuentos correspondientes al aporte personal y depositarlos a la orden del SUSS, depositar las contribuciones a su cargo, remitir a la autoridad de aplicación las planillas de sueldos y aportes correspondientes al personal y extender constancia documentada del cumplimiento de su obligación de ingresar los fondos sindicales y de seguridad social (art. 12).

Esto debe ser efectuado al momento de extinción de la relación, pero se lo podría exigir durante la relación laboral "cuando medien causas razonables", como registraciones defectuosas del vínculo o maniobras fraudulentas del empleador para ocultar la existencia del contrato de trabajo bajo figuras no laborales.

El cap. VIII de la ley 25.345 (BO del 17/11/2000) conocida como Ley "Antievasión" (nueve capítulos y cincuenta y tres artículos) —que comenzó a regir a partir del 26/11/2000 y tiene como objetivo prevenir más eficazmente la evasión fiscal—, en el título "Normas referidas a las relaciones laborales y el empleo no registrado" (arts. 43 a 47) introduce modificaciones a distintas normas laborales: a la LCT, a la Ley de Procedimiento Laboral de la Capital Federal (ley 18.345) y a la LNE (ley 24.013). En la LCT se incorpora un nuevo artículo, el 132 bis, y agrega párrafos a los arts. 15 y 80. Incorpora un párrafo al art. 132, ley 18.345, y al art. 2°, ley 23.789. También modifica el art. 11, ley 24.013.

El dec. 146/2001 (BO del 13/2/2001) —reglamentario de los arts. 43 a 45, ley 25.345— dispone que el Ministerio de Trabajo queda facultado para dictar las normas aclaratorias, complementarias y de aplicación de la reglamentación.

El deber de *observar las obligaciones frente a los organismos sindicales y de la seguridad social* está estrechamente relacionado con el de diligencia e iniciativa del empleador, tendiente a posibilitar el goce íntegro y oportuno de los beneficios que corresponden al trabajador (art. 79, LCT). El *art. 131, LCT*, establece como principio la *prohibición de deducir, retener o compensar suma alguna que rebaje el monto de las remuneraciones*.

Sin embargo, la propia ley contempla distintas excepciones a esta regla, por lo cual cabe concluir que para que una retención, una deducción o una compensación —dentro de los límites embargables— sea válida, debe existir una autorización legal expresa además de la particular del trabajador requerida por el párr. 2°, art. 133. A ellas se refiere, justamente, el *art. 132, LCT*, al enumerar en forma taxativa las *excepciones legales* (ver los incs. a]/i] en el capítulo "Remuneración").

La *imposición legal de actuar como agente de retención compele al empleador a efectuar la retención de los aportes, contribuciones o cuotas a que estuviesen obligados los trabajadores*, entre las cuales se hallan:

— *retención de aportes jubilatorios* (arts. 11 y 12, inc. c], ley 24.241);

— *obligaciones fiscales a cargo del trabajador (impuesto a las ganancias)*;

— *contribuciones solidarias previstas en los CCT* (arts. 9°, ley 14.250 y 38, ley 23.551);

— *cuota sindical y otros aportes a las asociaciones sindicales* (art. 38, ley 23.551);

— *contribuciones como miembros de mutuales* (ley 20.321), *cooperativas* (ley 20.337) y *obras sociales* (ley 23.660).

El empleador está obligado y/o autorizado a efectuar retenciones por 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.

*El art. 132 bis, LCT, que incorpora el art. 43, ley 25.345 (BO del 17/11/2000)*, expresamente dispone que *si el empleador hubiese efectuado esas retenciones a las cuales se halla obligado y/o autorizado, y al momento de la extinción del contrato —ocurrida por cualquier causa a partir del 26/11/2000— no hubiese ingresado total o parcialmente esos importes* a favor de los organismos, entidades o instituciones a los cuales estuviesen destinados, debe, a partir de ese momento, *pagar al trabajador afectado una sanción conminatoria mensual equivalente a la remuneración que percibía al momento de producirse la desvinculación*.

En caso de remuneraciones variables, se debe tomar en cuenta el promedio.

La retención parcial del aporte específico del actor no exime al empleador de la aplicación de la sanción prevista por el art. 132 bis, LCT, ya que la aludida norma no prevé tal situación y tampoco ha otorgado discrecionalidad a los jueces para reducir la sanción en casos específicos (sala 8ª, 6/12/2002, "Shytikov Volodymyr v. Garbin SA").

En definitiva, la retención de aportes, contribuciones o cuotas cuya falta de depósito genera la sanción del art. 132 bis, LCT, son todo tipo de retención que el empleador efectúe al trabajador y no ingrese al organismo al que está destinado: a organismos de la seguridad social, por leyes o convenios colectivos de trabajo, por ser afiliado a una asociación sindical o por ser miembro de sociedades mutuales o cooperativas.

Debe quedar claro que la norma no sanciona la falta de ingreso de las contribuciones a cargo del empleador.

El dec. 146/2001 (BO del 13/2/2001) —reglamentario del art. 43, ley 25.345, que agrega a la LCT el art. 132 bis— aclaró que el trabajador tiene derecho a percibir, en concepto de sanción conminatoria mensual, el equivalente a la última remuneración mensual devengada a su favor; y, asimismo, que las remuneraciones en especie deberán ser cuantificadas en dinero. Si el trabajador estuviese suspendido sin derecho a percibir remuneración al momento de la extinción, se toma en cuenta la última percibida.

*Este importe se devengará con igual periodicidad a la del salario desde la extinción del vínculo hasta que el empleador acreditare de modo fehaciente haber hecho efectivo el ingreso de los fondos retenidos.*

El artículo finaliza aclarando que esta sanción conminatoria no enerva la aplicación de las penas que procedieren en la hipótesis de que hubiere quedado configurado un delito de derecho penal. Cabe recordar que la porción del salario retenida por el empleador para depositarla a la orden de un tercero es de propiedad del trabajador y, por ende, no forma parte del patrimonio del agente de retención, que al no ingresarla incurre en el delito de apropiación indebida (ley 11.683 y art. 9°, ley 24.769).

La sanción es no remunerativa (no está sujeta a aportes y contribuciones), no se aplica el tope salarial del art. 245, LCT; tampoco la incidencia del SAC ni se remite a la mejor remuneración mensual normal y habitual como el art. 80, LCT (según redacción de la ley 25.345).

El dec. 146/2001 estableció que para la procedencia de la sanción conminatoria fijada, el trabajador debe previamente intimar al empleador para que dentro del término de treinta días corridos, contados a partir de la recepción de la intimación fehaciente, ingrese a los respectivos organismos recaudadores los importes adeudados, más los intereses y multas que pudieren corresponder.

Ni el art. 132 bis, LCT, ni el dec. 146/2001 establecen que la intimación a abonar los aportes retenidos y no depositados a la fecha de la ruptura deba efectuarse con posterioridad a ésta, por lo que corresponde interpretar que puede hacerse en cualquier momento durante la vigencia de la relación. Para que el trabajador tenga derecho a la sanción establecida en el art. 132 bis, LCT, es necesario que los aportes retenidos, por los cuales intimó, se encuentren impagos a la fecha de la ruptura (sala 4ª, 29/8/2003, "Cauvin, Mariano v. Surjet SA y otro").

Evidentemente, al introducir como requisito de viabilidad de la norma que el trabajador intime fehacientemente al empleador, el decreto reglamentario ha dado prioridad a la regularización de los aportes retenidos y no depositados, por encima de la sanción conminatoria a la cual hace referencia el art. 132 bis, LCT.

La expresión "sanción conminatoria" no debe confundirse con las llamadas *astreintes* del art. 666 bis, CCiv., que son también sanciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieron sus deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial: es una facultad del juez imponerlas, es decir que es un instrumento de los jueces (un recurso judicial) para hacer respetar sus decisiones.

Pero esto no se verifica en el art. 80, LCT, ya que no resulta de una facultad privativa de los magistrados y, además, su monto está preestablecido en la norma, careciendo el juez de facultades para aumentarlo o disminuirlo.

Si el trabajador cumplió con el requisito de intimar a su empleador (dec. 146/2001) a fin de que deposite los importes retenidos destinados a los organismos de la seguridad social o que resulten por su calidad de afiliado a asociaciones profesionales de trabajadores, resulta acreedor a un monto mensual equivalente a la última remuneración devengada a su favor al momento de la extinción del vínculo. Dicho importe se devengará con igual periodicidad a la del salario desde el despido y hasta que el empleador acreditare de modo fehaciente haber hecho efectivo el

ingreso de los fondos retenidos. Si bien la ley califica tal monto como "sanción conminatoria", lo cierto es que puede calificarse como "salario continuatorio" —ver Ferreirós, Estela, "El objeto del art. 43, ley 25.345 que modificó la LCT y dio lugar al art. 132 bis de la misma", DL 216-XVII-762 (sala 7ª, 26/2/2004, "Puric, Julia v. Hotelería y Desarrollos SA").

Respecto de la aplicación material del art. 132 bis, LCT, no se aplica a contratos no registrados —casos de ausencia de registración—, ya que si no hay retención no puede haber incumplimiento de la norma.

Tampoco se aplica a actividades excluidas de la LCT, ya que la ley 25.345 se incorpora a la LCT (esta exclusión no se justifica respecto de agrarios y servicio doméstico).

En cambio, se puede aplicar a contratos defectuosamente registrados (por ejemplo, fecha de ingreso posterior a la real o salario inferior al verdaderamente percibido); también se aplica a los trabajadores de la Administración Pública incluidos en la LCT o en CCT y a los estatutos especiales (por ejemplo, industria de la construcción o viajantes de comercio).

Si bien el plazo de prescripción para reclamar es de dos años desde el momento de la extinción del vínculo, el empleador debe conservar por el plazo de diez años (a contar desde el 26/11/2000) las constancias de retenciones y depósitos.

En cuanto a su aplicación temporal, se aplica a los contratos iniciados antes y después del 26/11/2000 si la retención, falta de depósito y extinción se producen con posterioridad al 26/11/2000; también si la extinción es posterior pero no la retención y la falta de depósito, de conformidad a lo preceptuado por el art. 3°, CCiv. ("...las normas se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes..."). En cambio, no se aplica a los contratos extinguidos antes del 26/11/2000.

Debe estarse a la limitación temporal del cómputo de las sanciones establecidas en el art. 132 bis, LCT, pues en nuestro ordenamiento procesal no es admisible la "condena a futuro", dado que aquélla —que tiene ciertos puntos en común con el contenido preventivo de las sentencias meramente declarativas— sólo procede en los casos en que se encuentra pendiente un plazo convencionalmente pactado. En consecuencia, la condena debe limitarse a los períodos expresamente reclamados, debido a que la competencia del tribunal está limitada a juzgar conflictos de derecho derivados de hechos acaecidos hasta el presente (conf. art. 163, inc. 6°, CPCCN) y no de los que han de acontecer en el futuro (arg. art. 20, ley orgánica) (criterio mayoritario de los Dres. Maza y Pirolo) (sala 2ª, 30/4/2008, "Caccia, Vanina Ángela y otros v. Arcatel SA y otros").

Para el cálculo de la sanción prevista en el art. 132 bis, LCT, debe procederse tomando la última remuneración mensual devengada por la cantidad de meses que correspondan al período comprendido desde el mes siguiente a aquel en que se produjo la extinción del contrato, hasta el mes anterior al que corresponde al dictado de la sentencia definitiva; sin perjuicio del derecho de los trabajadores a reclamar en un pleito futuro la ampliación de la sanción hasta que la ex empleadora acredite de modo fehaciente haber hecho efectivo el ingreso a los fondos retenidos (criterio mayoritario de los Dres. Maza y Pirolo) (sala 2ª, 30/4/2008, "Caccia, Vanina Ángela y otros v. Arcatel SA y otros").

La Cámara Nacional del Trabajo, sala 10ª, 29/2/2008, en autos "Baez, Sergio J. v. Destipet SRL y otros", estableció que la presunción de veracidad que emana de rebeldía procesal sólo alcanza los hechos pertinentes y lícitos y no puede justificar válidamente una condena en los términos del art. 132 bis, LCT, ya que la sanción conminatoria que dicha norma instrumenta se apoya en la existencia de un ilícito y, por ende, no se encuentra alcanzada por la presunción que deriva del art. 71, ley orgánica.

Respecto del punto de partida de las sanciones conminatorias hay tres posturas: 1) dispone que debe computarse desde la fecha de la sentencia; 2) considera que es desde la extinción

del vínculo laboral, tal como surge del art. 132 bis, LCT; 3) establece que deben aplicarse las sanciones conminatorias desde el vencimiento del plazo de treinta días otorgado por el decreto reglamentario.

***— Deber de entregar constancias documentadas y certificado de trabajo (art. 80, LCT, párrs. 2º a 4º, ley 25.345)***: El párr. 2°, art. 80, expresa que el empleador "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".

El párr. 3°, art. 80, establece la obligación del empleador, al extinguirse por cualquier causa el contrato de trabajo, de *entregar al trabajador un certificado de trabajo* (también está consignada en la ley 24.241) y fija su contenido al consignar que debe contener "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 seguridad social". En caso de negativa del empleador de otorgar estos certificados, el trabajador puede exigirlos judicialmente y el juez podrá aplicar a la empresa *astreintes* (art. 666 bis, CCiv.) por cada día de demora.

La ley 24.576 establece que en el certificado de trabajo el empleador debe hacer constar también la calificación profesional obtenida en los distintos puestos de trabajo desempeñados.

La puesta a disposición de los certificados de trabajo no es acreditativa del cumplimiento requerido, ya que si se encuentran cuestionados los datos que deben integrar el mentado certificado, la empleadora, para salvar su responsabilidad y evitar la multa que establece el art. 45, ley 25.345, debe consignar judicialmente dichos documentos (sala 9ª, 14/5/2003, "Aquino, Ramón A. y otro v. Asesoramientos y Desarrollos Industriales SA").

El empleador, al finalizar el contrato de aprendizaje, debe entregar al aprendiz un certificado suscripto por el responsable legal de la empresa, que acredite la experiencia o especialidad adquirida (art. 1°, ley 25.013).

El art. 80, LCT, dispone para el empleador dos obligaciones que son claramente diferenciables: *la entrega al dependiente de la copia de los comprobantes de pago de las contribuciones y la entrega del certificado de trabajo*.

Por un lado, establece una obligación de dar (una cosa cierta e infungible), que consiste en la *entrega al dependiente de la copia de los comprobantes de pago de las contribuciones* que debe como obligado directo, y de los aportes y cuotas que tiene que retener al trabajador con destino a la seguridad social o a los sindicatos.

Para que se torne operativa, el trabajador tiene que requerirlo expresamente al momento de la extinción del contrato o durante su vigencia (en este caso deben mediar causas razonables): la obligación nace cuando el trabajador lo requiere (tiene la carga de exigir su entrega).

Es obvio que el empleador cumple cuando pagó —aunque los depósitos fuesen incorrectos o incompletos—, ya que si no hizo previamente el depósito, no podrá entregar al trabajador las constancias documentadas del pago de dichas cotizaciones. Cumple entregando copia de los comprobantes (salvo que sean falsos).

Esta obligación se extiende al deudor solidario (arts. 29, 29 bis, 30 y 225, LCT).

Por otro lado, *el empleador tiene la obligación de entregar el certificado de trabajo*. Se trata, en esencia, de una obligación de hacer —ya que lo relevante es la información incluida en el certificado— que nace con la extinción del contrato.

Consiste en una información del monto y fecha de los depósitos que no requiere respaldo instrumental, y no es necesario que consten los aportes y contribuciones sindicales. Es un deber de informar con veracidad: no cumple si la información es incompleta o inexacta.

### *5.1. Certificado de trabajo registrado*

La res. 774/2008 de la Secretaría de Trabajo (BO del 23/7/2008) crea el certificado de trabajo registrado que otorga el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, con el objetivo de estimular el trabajo registrado a través de la generación y el mantenimiento de empleo genuino.

El Ministerio de Trabajo —según surge de los fundamentos de la resolución— en la búsqueda de propender al trabajo decente, viene ejecutando el Plan Nacional de Regularización del Trabajo, realizando fiscalizaciones para detectar y sancionar situaciones de informalidad laboral y propiciar la registración de los trabajadores y su inclusión dentro del SUSS.

El art. 37, ley 25.877, estableció que cuando el Ministerio de Trabajo verificara infracciones de los empleadores a las obligaciones de la seguridad social, debe aplicar las penalidades, utilizando la tipificación, el procedimiento y régimen sancionatorio de la AFIP, en sus res. 1779/2004 y 1566/2004 (que regulan la aplicación de las sanciones por las infracciones relativas a los recursos de la seguridad social); mediante la res. 655/2005 del Ministerio de Trabajo y su modificatoria se estableció un procedimiento para la comprobación y el juzgamiento en todo el territorio nacional de dichas infracciones.

Creó un modelo de formulario denominado "certificado de trabajo registrado", que contendrá los datos del destinatario y no originará derechos ni expectativas de derechos a favor del solicitante ni de terceros, así como tampoco producirá el efecto de interrumpir o suspender plazos de prescripción ni afectará a lo que pudiera resultar de actuaciones posteriores de fiscalización. Tendrá una validez de sesenta días hábiles, a contar desde la fecha de su emisión.

Los empleadores deberán concurrir a la sede del Ministerio de Trabajo correspondiente a la jurisdicción en que se encuentre el domicilio social de la empresa o establecimiento, completar y acompañar la documentación exigida en el formulario de solicitud correspondiente y constituir domicilio. El Ministerio efectuará una fiscalización de todos los establecimientos del solicitante.

Como condición previa a la emisión del "certificado de trabajo registrado", en caso de detectarse trabajadores no registrados en el SUSS, el solicitante deberá regularizar el incumplimiento y acreditar el pago de las multas que pudieran corresponder y de aquellas que se encuentren pendientes de pago impuestas por resolución firme.

El Ministerio de Trabajo deberá expedir o denegar el "certificado de trabajo registrado" dentro de los diez días hábiles a contar desde que el solicitante haya dado total cumplimiento a lo exigido en el formulario de solicitud. Los delegados regionales y el director de Inspección Federal del Ministerio de Trabajo están facultados para emitirlo o denegarlo respecto de empleadores domiciliados en sus respectivas jurisdicciones.

La mora se produce de pleno derecho a la extinción: no requiere intimación; de todos modos, es necesario intimar para tener derecho a la reparación establecida en la ley 25.345. A diferencia del caso anterior, una parte de la doctrina y la jurisprudencia entiende que en éste la obligación no se extiende al deudor solidario: es *intuitu personae* del empleador.

El art. 80, LCT, modificado por la ley 25.345, tanto en su redacción actual como en la anterior, establece la obligación del empleador de entregar los certificados de conformidad con los datos insertos en sus registros. La circunstancia de que haya quedado demostrado en la cau-

sa una categoría del actor, de mayor jerarquía que la registrada por la demandada, sólo produce la obligación de entregar un nuevo certificado actualizado, pero de ningún modo admite la procedencia de la multa prevista por la norma en cuestión, que tiene como presupuesto la falta de entrega de los certificados (sala 8ª, 29/8/2003, "López, Mario v. YPF y otro").

El art. 45, ley 25.345, *agregó un último párrafo al art. 80, LCT*, por el cual la inobservancia del deber de entregar al trabajador constancias documentadas del pago de las cotizaciones (copia de los comprobantes de depósito de las contribuciones y aportes debidos como obligado directo, y cuotas a cargo del trabajador retenidas por el empleador) y los certificados de servicios y remuneraciones y de trabajo será sancionada con una *indemnización*, en favor de éste, equivalente a *tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida* por él durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuere menor.

La entrega de los certificados previstos por el art. 80, LCT, es una obligación de carácter contractual, no reemplazable en dinero, que queda fuera del acuerdo celebrado por retiro voluntario, cuyo contenido se reduce a la obligación de pagar de la ex empleadora (sala 3ª, 13/2/2001, "Ogueta Aivi, Pilar v. PAMI").

Esta indemnización es independiente de las sanciones conminatorias (*astreintes*) que pueda imponer la autoridad judicial competente para hacer cesar esa conducta omisiva. No está sujeta a tope salarial ni a antigüedad del trabajador y es compatible con otras, ya que se trata de una indemnización (sanción reparatoria): es un resarcimiento del daño, que para el empleador se transforma en sanción patrimonial.

*La procedencia de esta indemnización* queda supeditada a que el trabajador intime de modo fehaciente la entrega de dichos certificados (desde el 26/11/2000). En cuanto al plazo, si bien el art. 45, ley 25.345 —que agrega el último párrafo al art. 80, LCT—, hacía referencia a dos días hábiles, el dec. 146/2001 (BO del 13/2/2001) —reglamentario de esa norma— establece, definitivamente, el plazo perentorio dentro del cual el empleador, una vez producida la disolución del vínculo laboral por cualquier causa, debe entregar al trabajador los instrumentos a los cuales se refiere el art. 80, LCT.

Concretamente, dispone que el trabajador está habilitado para remitir el requerimiento fehaciente cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o los certificados previstos en los aps. 2° y 3° del art. 80, LCT, dentro de los treinta días corridos de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo.

El texto del art. 80, LCT, reformado por la ley 25.345, establece que el empleador debe entregar al trabajador que lo intime fehacientemente a tal fin, los certificados que la norma expresa "dentro de los dos días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento".

Por su parte, el art. 3°, dec. 146/2001, reglamentario de dicha norma, dispone que "el trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que se hace alusión en el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previstos en los apartados 2° y 3° del art. 80, LCT... dentro de los treinta días corridos de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo".

La extensión del plazo encuentra su justificación en facilitar el cumplimiento del empleador antes que en obstruir la habilitación del trabajador para intimar.

La indemnización es debida si el empleador no entrega los certificados y/o las constancias documentadas del pago de las cotizaciones vencido el plazo de dos días hábiles siguientes a la recepción de la notificación de la intimación (realizada luego de treinta días corridos de extinguido el contrato de trabajo). El dec. 146/2001, no contempla el requerimiento de constancias documentadas durante la vigencia de la relación laboral.

El art. 80, LCT, señala que el empleador está obligado a entregar certificados de trabajo cuando el trabajador lo requiriese a la época de la extinción de la relación y durante el tiempo de la relación cuando median causas razonables, y luego otorga un plazo de dos días hábiles desde el día siguiente a la intimación fehaciente al empleador, sancionándolo con una indemnización especial en caso de incumplimiento. Es por ello que, a la luz del art. 99, inc. 2°, CN, que atribuye al presidente de la Nación "expedir instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias", el art. 3°, dec. 146/2001, es inconstitucional —del voto de Capón Filas, en mayoría— (sala 6ª, 19/4/2004, "Molinari, María de los Ángeles v. American Express Argentina SA").

La Cámara del Trabajo de Córdoba, sala 10ª, 20/11/2003, estableció en autos "Bustamante, María M. v. González, Claudia Alejandra" que la carga de la demostración de la falta de entrega de los certificados previstos por el art. 80, LCT, corresponde al trabajador, quien debe demostrar haber concurrido al domicilio de la demandada y que ésta no ha procedido a entregárselo.

El juez está facultado para expedir certificaciones de servicio e informar a la Anses el salario, la categoría y los períodos trabajados que fueran reconocidos al actor en el decisorio y que dicho pronunciamiento es título suficiente para que el organismo de seguridad social reclame al empleador los aportes adeudados (sala 1ª, 9/2/2004, "Román, Rodolfo A. v. Romero, Juan").

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, LCT, quita toda viabilidad a la renuncia, el desistimiento o abandono de derechos no dudosos o litigiosos (sala 7ª, 7/7/2003, "Berrotarán, Daniela v. Dormi SA s/certificado de trabajo").

La obligación de extender el certificado de trabajo contemplado en el último párrafo del art. 80, LCT, posee incuestionable entidad laboral y, consecuentemente, se encuentra sujeta al plazo bienal del art. 256, LCT, que debe computarse a partir de la extinción del vínculo.

Con relación al certificado de servicios y remuneraciones, cabe destacar que desde la AFIP y la Anses se han instrumentado las medidas necesarias tendientes a informatizar el cumplimiento de esta obligación. Así, mediante res. 2316/2007 de la AFIP del 26/9/2007 y res. 76/2009 (BO del 10/12/2009) de la Anses se aprobó el sistema informático que permitirá a los empleadores generar y emitir la certificación de servicios y remuneraciones, el cual estará disponible en la página web de ese organismo (*www.afip.gov.ar*) y de la Anses (*www.anses.gov.ar*).

El art. 3° de la citada resolución dispone que para la generación y emisión de la certificación de servicios y remuneraciones será condición previa y necesaria que a) la relación laboral de que se trate se encuentre registrada en el "Registro de Altas y Bajas en Materia de la Seguridad Social", creado por la res. gral. 1891 "Mi simplificación", t.o. en 2006, siempre que ello sea obligatorio; b) estén presentadas las declaraciones juradas determinativas y nominativas de los aportes y contribuciones, con destino a los distintos subsistemas de la seguridad social, correspondientes a los períodos no prescriptos posteriores al mes de junio de 1994, comprendidos en la certificación de servicios y remuneraciones a generar; y c) se rectifiquen las declaraciones juradas indicadas en el inciso precedente, cuando los datos a certificar no guarden relación con los declarados.

Cuando se trate de períodos anteriores al mes de junio de 1994, inclusive, para efectuar la ubicación de los datos en los registros históricos de la Anses, el sistema podrá requerir: a) el número de cuenta o de inscripción del empleador otorgado por la ex Dirección Nacional de Recaudación Previsional, b) el número de afiliación del trabajador ante la ex Caja de Previsión So-

cial y c) los distintos números de documentos que posea el trabajador (documento único, cédula de identidad, libreta cívica, libreta de enrolamiento y/o pasaporte). Por último, el art. 7° establece que la resolución general mentada entrará en vigencia a partir del primer día, inclusive, del mes inmediato siguiente a aquel en que se encuentre operativo el sistema aprobado.

Por su parte, mediante la res. 642/2007 de la Anses, del 11/10/2007, se dispuso el desarrollo del sistema informático que permitirá a los empleadores comprendidos en el SIJyP generar y emitir la certificación de servicios y remuneraciones prevista en el art. 12, inc. g), ley 24.241. La certificación contendrá la información que surja de las declaraciones juradas determinativas del SIJyP presentadas por los mencionados empleadores de las bases de la Anses.

El sistema generará la certificación de servicios mediante un formulario que se emitirá con los datos y bajo las condiciones que disponga la Anses (conf. art. 3°). En el art. 4° se establece que la Anses tomará como válidas todas las certificaciones de servicios y remuneraciones emitidas con anterioridad a la puesta en vigencia del Sistema Informático. Agrega, que aquellas empresas que hubieren cesado con anterioridad al año 1994 y que en su defecto no tengan clave fiscal deberán presentar la solicitud de aceptación de certificaciones de servicios en papel ante esta Administración, de acuerdo con el procedimiento fijado ante tal fin.

Finalmente, y al igual que la disposición de la AFIP, dispone que el sistema entrará en vigencia a partir del primer día hábil del mes siguiente en que se encuentre operativo en la página institucional *web* de este organismo y de la AFIP. A partir de esa fecha, las futuras certificaciones de servicios deben emitirse a través de este mecanismo.

## 6. Deber de no discriminar e igualdad de trato

Para establecer un concepto de este deber hay que partir del principio de igualdad ante la ley, consagrado en el art. 16, CN, y de la interpretación que ha efectuado la Corte Suprema al establecer que *se debe dispensar igualdad de trato a los iguales en igualdad de circunstancias* (Fallos 270:374, 271:320, 273:211, 274:334).

También la Constitución Nacional ha reflejado, desde el punto de vista del salario, este deber al establecer el principio de *igual remuneración por igual tarea* (art. 14 bis). La ley 20.392 prohíbe establecer diferencias de remuneración entre la mano de obra masculina y la femenina "por un trabajo de igual valor".

El art. 17 bis, incorporado por la ley 26.592 (BO del 21/5/2010), prevé que "las desigualdades que creara esta ley a favor de una de la partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación".

La norma reconoce una realidad ampliamente receptada por los tribunales, que fue uno de los principales motivos de la escisión de nuestra disciplina del derecho civil: la existencia de una disparidad negocial entre las partes, que fue compensada progresivamente por normas protectoras de los derechos de los trabajadores.

Esta desigualdad fue apreciada por el legislador, quien, en su afán por mejorar las condiciones de los trabajadores, fue imponiendo normativamente condiciones mínimas de trabajo, introduciendo de este modo desigualdades jurídicas, como medio para nivelar la desigualdad fáctica que surgía entre las partes. Desde los albores mismos de nuestra disciplina, y como mecanismo para restablecer y mantener el equilibrio del contrato frente a la manifiesta disparidad negocial que existe entre ambas partes del sinalagma laboral, el derecho del trabajo ha contado y cuenta con dos herramientas jurídicas, cuyo rasgo tipificante es restringir la autonomía de la voluntad, imponiendo imperativos mínimos que deben ser respetado por aquéllas.

La incorporación del art. 17 bis, LCT, implica el reconocimiento normativo del poder estatal para introducir desigualdades jurídicas, como mecanismo de nivelación de la disparidad negocial existente entre las partes de la relación jurídica contractual laboral.

El deber concretamente está consagrado en los arts. 17 y 81, LCT.

El art. 17 dispone que "se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad".

El art. 81 reitera que "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".

Se trata de un derecho irrenunciable e inderogable para las partes, que es de orden público. Es importante destacar la última parte de la norma, de la cual surge que se debe brindar igualdad de trato entre dos o más trabajadores cuando se verifica que existe identidad de situaciones.

*La ley prohíbe las discriminaciones arbitrarias*, pero no impide que el empleador otorgue un trato distinto en situaciones diferentes, es decir que justifica el trato distinto cuando responde a causas objetivas.

El trabajador debe probar la identidad de situaciones y el trato desigual, y el empleador tiene que acreditar las razones que justificaron la desigualdad.

El art. 81, LCT, tiene su origen en el fallo de la Corte Suprema "Ratto v. Productos Stani SA" (26/8/1966), que establece que la igualdad no impide remunerar a determinados trabajadores por encima de otros si esa distinción está basada en un mejor desempeño, valorado con criterio objetivo por el empleador.

Sin perjuicio de los salarios básicos fijados en las escalas salariales de los CCT que reflejan el trato igual, coexisten los adicionales por desempeño, productividad, rendimiento con los requisitos preestablecidos y cuya percepción depende de la actitud y aptitud de cada trabajador.

El interés protegido por el art. 81, LCT, no es económico, sino moral. El principio en juego es el que establece que el ser humano debe ser tratado de acuerdo con los méritos personales y no según su pertenencia a un grupo objeto de prejuicio; el trabajador no debe ser víctima de discriminación en el trabajo por meras antipatías personales u otros motivos arbitrarios ajenos a la prestación de servicio.

La norma no busca asegurar al trabajador el goce de beneficios determinados o indeterminados, sino prohibir que el trabajador, aun por encima de sus derechos individuales, sea colocado en situación desdorosa dentro del ámbito empresario: el daño que se desea evitar es moral y no económico, aunque pueda generarse —entre otros— mediante instrumentos económicos.

Este deber se *relaciona también con el respeto a la dignidad del trabajador*, que no sólo se observa en las normas citadas, sino en distintos artículos de la LCT, entre ellos los que limitan la forma de efectuar los controles personales (arts. 70 a 72, LCT) y en la prohibición del empleador de obligar al trabajador a manifestar sus opiniones políticas, religiosas o sindicales (art. 73, LCT).

Por su parte, *la ley 23.592 prohíbe todo tipo de discriminación* al consignar que "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" (art. 1°).

Agrega que "a los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos". Obviamente que dentro de "los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional" están incluidos los de naturaleza laboral.

Por lo general, ante la injuria que suele significar el acto discriminatorio, el trabajador procede a considerarse despedido. Sin embargo, en el marco de las disposiciones de la ley 23.592, podría darse el supuesto de que un trabajador, pese a haber sido damnificado, no desee darse por despedido.

Ello en virtud de que el dependiente tiene el derecho a exigir que se deje sin efecto el acto discriminatorio que está viciando el normal desenvolvimiento del contrato de trabajo; la norma dispone que el sujeto activo del acto discriminatorio puede ser obligado a cesar su realización, nulificándolo y volviendo la situación al estado anterior, cuando ello sea posible.

El damnificado podría solicitar judicialmente, mediante la vía del amparo, una declaración de nulidad, y exigir al empleador la reposición de las cosas al estado anterior, que podría consistir tanto en el cese de determinada situación o condición laboral, como en la obligación de dar empleo, reponiendo en el puesto de trabajo al dependiente damnificado, sin perjuicio de poder reclamar también, y acumulativamente, la reparación del daño material ocasionado y asimismo del daño moral, con fundamento en el art. 1078, CCiv.

En 2006, la sala 5ª dictó dos fallos trascendentes sobre el tema ("Parra Vera" y "Arecco") declarando discriminatorios los despidos por cuestiones sindicales con los votos de Zas y Simón, mientras que García Margalejo votó en minoría. En "Parra Vera", el voto de la mayoría señaló que "la inclusión de la actora como única afectada del supuesto proceso de reestructuración, que supone por su propia definición y por el encuadramiento pretendido por la demandada un fenómeno de alcance colectivo, descarta la argumentación de esta última y corrobora la conclusión de que se trató de un despido discriminatorio antisindical... La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses" (sala 5ª, 14/6/2006, "Parra Vera, Máxima v. San Timoteo SA s/ amparo").

En el fallo "Arecco", del 21/12/2006, Zas, por la mayoría, señaló que "en el caso, quedó firme y consentida la decisión de la jueza *a quo* en cuanto a que la designación del actor como delegado suplente no le había sido notificada por escrito a la empleadora al momento de despedirlo sin causa, y por tanto el dependiente no gozaba de la tutela sindical prevista en los arts. 48 a 52, ley 23.551. Sin embargo, por ser pública y notoria su actividad sindical, y teniendo en cuenta la prueba testimonial, cabe concluir que se trató de un despido discriminatorio por motivos antisindicales. En tal caso, el trabajador tiene derecho a demandar judicialmente que 'se deje sin efecto el acto discriminatorio', lo que implica la nulidad de la decisión rescisoria y la readmisión en el empleo. De no admitirse la invocación de la ley 23.592 por parte de un trabajador afectado por un acto discriminatorio, se estaría consagrando una discriminación jurídica inadmisible. En la medida en que todos los habitantes tienen el derecho fundamental a no ser discriminados arbitrariamente, es irrefutable que también los trabajadores asalariados, categoría singular de personas integrantes del ámbito subjetivo general abierto por el pronombre 'todos', son titulares del referido derecho en cualesquiera circunstancias, y, también por ello, en el ejercicio de su actividad profesional debida en virtud del contrato de trabajo que les une a su empleador".

Por su parte, Simón expresó que "no es posible recurrir a la Ley General Antidiscriminatoria (ley 23.592) cuando, como en el caso, existe un régimen protectorio específico (ley 23.551). Así, al configurarse el despido sin causa, al actor, motivado por su actividad sin-

dical en la empresa (candidatura a delegado suplente), le corresponde la protección instrumentada a través de los arts. 48 a 52, ley 23.551, que debe interpretarse en forma amplia, pues el fuero sindical, aun antes de la instrumentación legal, nace en nuestro país en función de lo establecido en el art. 14 bis, CN, y también en la exigencia que en tal sentido contiene el art. 1°, convenio 98 de la OIT". García Margalejo votó en disidencia porque, a su criterio, no se había probado fehacientemente la actividad sindical del trabajador. Al respecto, indicó que "toda vez que no hay dudas de que al momento de la desvinculación del trabajador, la empresa no había sido notificada de su candidatura o postulación para ocupar un cargo gremial, no está en juego la garantía específicamente prevista por los arts. 48, última parte, 49, 50 y concordantes de la Ley de Asociaciones Profesionales. Además, en el caso, no existe prueba fehaciente de que la empleadora estuviera en conocimiento de las actividades sindicales desarrolladas por el actor y tampoco de las invocaciones de la actora en cuanto a los impedimentos y obstaculización de la libertad sindical por parte de la empresa. Por lo que no puede concluirse que el despido sin causa del accionante se debiera a un comportamiento discriminatorio por su actividad sindical" (sala 5ª, 21/12/2006, "Arecco, Maximiliano v. Praxair Argentina SA s/ juicio sumarísimo").

Dicho criterio fue sentado recientemente por la misma sala en autos "Quisque Quispe Néctar v. Compañía Argentina de la Indumentaria SA s/juicio sumarísimo", del 20/12/2007, en el cual, por el voto mayoritario de Zas y Simón, con la disidencia de García Margalejo, declaró la nulidad del despido discriminatorio, que se había producido por el ejercicio de su actividad sindical.

La sala 3ª por mayoría declaró la nulidad de un despido discriminatorio, al sostener 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" (C. Nac. Trab., sala 3ª, 29/7/2009, "Camusso, Marcelo Alberto v. Banco de la Nación Argentina s/juicio sumarísimo").

También debe destacarse el fallo "Álvarez" de la sala 2ª dictado en 2007 —con votos de González y Maza por la mayoría, y disidencia de Pirolo— donde se declaró discriminatorio el despido de trabajadores por haber fundado una asociación sindical simplemente inscripta. González expresó que "la demandada cuestiona que se admita la reinstalación peticionada por los integrantes de una asociación sindical simplemente inscripta cuando la tutela de la ley 23.551 sólo ampara la actividad gremial desarrollada por los sindicatos con personería gremial. Tales alegaciones no logran conmover la decisión que, en el caso, básicamente se sustenta en la ley 23.592 y en el principio de no discriminación garantizado a nivel constitucional y supralegal. No se trata de hacer valer, en este caso, una garantía de estabilidad especial (como acontece en el marco de la Ley de Asociaciones Sindicales) sino de establecer las consecuencias que se derivan del acto ilícito de despido de quienes resolvieron integrar una asociación sindical y que permiten considerarlo ineficaz aun en el marco de un régimen que con carácter general regula un sistema de estabilidad relativa e impropia; y ello así, por imposición de la prohibición que con carácter absoluto rige respecto de toda acción discriminatoria y, como tal, lesiva de la libertad y dignidad de la persona del trabajador".

Maza sostuvo que "las leyes 23.592 y 23.551 se articulan, en orden a la protección contra los actos discriminatorios, en una relación que va de lo general a lo particular, de manera que la primera norma procura una tipificación abierta, genérica y omnicomprensiva de todo comportamiento que impida, obstruya, restrinja o menoscabe el ejercicio de derechos y garantías constitucionales; mientras que la ley 23.551 sólo se ha ocupado de algunos casos peculiarmente típicos y peculiarmente tenidos en consideración por el legislador de 1988 (arts. 48 y 50). Aun en

la postura doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria que interpreta restringidamente el art. 47 de la Ley de Asociaciones Sindicales, los casos no previstos especialmente en la ley 23.551, sea por imprevisión o decisión política del legislador de 1988 o por no haberlos considerado típicos de la vida sindical argentina, resultan capturados por la norma general posterior sancionada en la ley 23.592 que, por su redacción amplia y sin fisuras, no parece dejar fuera supuesto alguno, siquiera aquellos no contemplados por las leyes anteriores" (sala 2ª, 25/6/2007, "Álvarez, Maximiliano y otros v. Cencosud SA s/ acción de amparo").

La Corte Suprema confirmó, el 7/12/2010, la sentencia de la sala 2ª de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el caso "Álvarez, Maximiliano y otros v. Cencosud SA s/acción de amparo". Consideró que la Ley Antidiscrimatoria —ley 23.592— se aplica también a las relaciones laborales privadas y prevalece sobre la libertad contractual y de comercio del empleador.

De este modo, la Corte amplía al derecho individual del trabajo la doctrina contra la discriminación, ya que hasta ese momento había admitido la reinstalación por motivos discriminatorios en los casos de empleados públicos y de delegados sindicales. Entiende que "el Estado no puede tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de las relaciones laborales privadas". La postura de la minoría también destaca que "los inequívocos términos de la ley 23.592 no permiten exceptuar de su ámbito a las relaciones laborales".

Por lo tanto, si se prueba que un trabajador fue despedido por alguna causa discriminatoria (sexo, raza, religión, nacionalidad, por padecer una enfermedad, tener una determinada ideología, etc.), puede pedir la reincorporación según la posición mayoritaria de la Corte. La postura minoritaria también ordena la reinstalación, pero en caso de que la empresa se niegue el trabajador se hace acreedor a una indemnización agravada.

El voto de la mayoría, con fundamento en el art. 1°, ley 23.592, ordenó reincorporar a los trabajadores, considerando que el despido sin causa configuró un acto discriminatorio motivado por sus actividades sindicales. Sostiene que no existe "incompatibilidad alguna entre la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita del art. 14, CN".

El voto de la minoría también condena a la empresa y ordena la reinstalación, pero consigna que, si se niega a reinstalarlos, corresponde a los cesanteados una compensación adicional igual a la prevista en la Ley de Contrato de Trabajo para otros supuestos de discriminación, la del art. 245, LCT, con más un año de remuneraciones, como lo dispone el art. 182, LCT. Esto se basa en la necesidad de compatibilizar los derechos constitucionales de los trabajadores con los de la empresa.

Resulta importante la prueba de la discriminación, ya que el mismo día que dictó el fallo "Álvarez" (7/12/2010), la Corte, en el fallo "Pellejero v. Banco Hipotecario SA", rechazó la demanda porque no se había comprobado que existiese discriminación Allí revocó la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, el cual había condenado a la demandada a reincorporar a la actora por considerar que ésta había sido objeto de un despido discriminatorio.

El fallo se analiza en detalle en el capítulo "Despido".

## 7. Deber de llevar libros

Todo empleador está obligado a llevar un libro especial, registrado y rubricado, en las mismas condiciones que se exigen para los libros principales de comercio (art. 52, LCT).

El tema se desarrolla en el capítulo "Registración del contrato. Empleo no registrado".

## 8. Deber de formación profesional

Consiste en la obligación del empleador de *otorgar al trabajador capacitación profesional para desarrollar sus tareas en la empresa*. Ha sido incorporado a la LCT por medio de la ley 24.576 (BO del 13/11/1995), que modifica el tít. II, agregando el cap. VIII entre los arts. 89 y 90, LCT, denominado "De la formación profesional".

La ley 24.576 establece que 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.

El deber de formación profesional consiste en la obligación del empleador de otorgar al trabajador capacitación profesional para desarrollar sus tareas en la empresa, y colocarlo en condiciones de desempeñar otras funciones con mayores requerimientos técnicos, a fin de lograr ser promovido y avanzar profesional y humanamente. No se especifica respecto de quién ni por qué vía el trabajador procuraría el acatamiento de este derecho, por lo cual es meramente programático.

El empleador debe implementar acciones de formación profesional o capacitación con la participación de los trabajadores y con la asistencia de los organismos competentes al Estado. No se especifica cuál sería el contenido de los programas de formación profesional ni las obligaciones que a su respecto le competerían a los empleadores.

Al respecto, cabe destacar que la ley 24.013, en su tít. V, cap. 1 ("Programas de formación profesional para el empleo"), hace alusión a programas que "incluirán acciones de formación, calificación, capacitación, reconversión, perfeccionamiento y especialización de los trabajadores", mientras que el tít. VIII, cap. 1 ("Fondo Nacional de Empleo"), establece que el objeto del Fondo es "proveer al financiamiento de los institutos, programas, acciones, sistemas y servicios contemplados en la presente ley".

La capacitación del trabajador se debe efectuar según los requerimientos del empleador, las características de las tareas, las exigencias de la organización del trabajo y los medios que provea el empleador para dicha capacitación.

La organización sindical que represente a los trabajadores —sindicato con personería gremial— tiene 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.

En el certificado de trabajo, que el empleador está obligado a entregar a la extinción del contrato de trabajo, deberá constar —además de lo prescripto en el art. 80, LCT— la calificación profesional obtenida en los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación.

El trabajador tiene derecho a una cantidad de horas del tiempo total anual del trabajo, conforme a lo que se establezca en el convenio colectivo, para realizar, fuera de su lugar de trabajo, actividades de formación o capacitación que él juzgue de su propio interés. La norma que torne operativa esta disposición deberá determinar si ese tiempo será remunerado o no, y a cargo de quién estará solventar el gasto que insuma dicha formación.

## 9. Deber de información. Balance social

El derecho a la libre información de los trabajadores —y el consecuente deber de los empleadores— constituye una herramienta trascendente a la hora de negociar colectivamente, ya que el conocimiento de la evolución de la empresa, innovaciones tecnológicas y organizativas, su situación económico-financiera y todo otro dato de interés es importante cuando la asociación sindical formula peticiones.

Se ha incorporado hace pocos años en la legislación argentina, en el marco de la negociación colectiva, pero es común en la regulación de las relaciones laborales de los países desarrollados, especialmente en los Estados Unidos, Italia, Reino Unido y Suecia.

El deber de información, que para la ley es una consecuencia del deber de negociar de buena fe, se encuentra regulado en los incs. a), ap. III, b), c) y d), art. 4°, ley 23.546 (texto según art. 20, ley 25.877, BO del 19/3/2004).

El inc. a) regula el deber genérico que tienen las partes de intercambiar la información necesaria para arribar a un acuerdo. Este intercambio debe incluir obligatoriamente la información relativa a la distribución de los beneficios de la productividad, la situación actual del empleo y las previsiones sobre su futura evolución.

El inc. b) prevé la información que se debe suministrar cuando se negocie a nivel de empresa. Se aplica a la negociación del convenio de empresa, cualquiera sea la cantidad de trabajadores que tenga.

El inc. c) establece el supuesto de las empresas que han iniciado el procedimiento de crisis o que se encuentran concursadas.

El inc. d) impone guardar secreto a quienes reciban información calificada de confidencial por la empresa, lo que es consecuencia del cumplimiento de los deberes de información.

El llamado *balance social* regulado en el cap. IV de la Ley de Ordenamiento Laboral 25.877, es otro de los institutos que, tomado de la derogada ley 25.250 y especialmente de la reglamentación (dec. 1171/2000 y res. 23/2001 del Ministerio de Trabajo, BO del 30/1/2001), se relaciona directamente con el derecho a la información. La ley 25.877 lo regula en los arts. 25 a 27, receptando no sólo las disposiciones del art. 18, ley 25.250, sino especialmente la reglamentación realizada por el dec. 1171/2000 y la aclaración realizada por la res. 23/2001 MT (BO del 30/1/2001).

Dispone que las empresas que ocupen a más de trescientos trabajadores deben elaborar anualmente un balance social que recoja información sistematizada relativa a condiciones de trabajo y empleo, costo laboral y prestaciones sociales a cargo de la empresa. De esta forma, se aumenta el número de empresas con relación a la obligación instrumentada por la derogada ley 25.250, ya que ésta lo requería a las empresas de más de quinientos trabajadores.

El tema se desarrolla en los capítulos "Asociaciones sindicales de trabajadores" y "Convenio colectivo de trabajo".

## VI. DERECHOS DEL TRABAJADOR

La mayoría de los derechos del trabajador *son la contrapartida de las obligaciones del empleador*, por lo cual, respecto de ellos, cabe remitirse a lo allí referido.

Los *principales derechos del trabajador* son: la percepción del salario en tiempo y forma (arts. 103 a 149), el ejercicio de las facultades de dirección y organización del empleador con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa (arts. 64, 65 y 66), respetando su dignidad y sus derechos patrimoniales (art. 68), la seguridad a su salud psicofísica y protección de sus bienes (arts. 75 a 77), exigir ocupación efectiva (art. 78), el cumplimiento de las obligaciones previsionales y sindicales del empleador y la entrega de certificado de trabajo (art. 80) y que se le dispense igualdad de trato y no se efectúen discriminaciones (art. 81).

Asimismo, cabe agregar tres derechos que no fueron tratados al hacer referencia a los deberes del empleador: las invenciones o descubrimientos del trabajador, el deber de formación profesional en las PyMEs y el derecho a la intimidad en las nuevas tecnologías (utilización del correo electrónico).

Derechos del trabajador
- 1) Invenciones o descubrimientos del trabajador
- 2) Derecho a la formación profesional en las PyMEs
- 3) Derecho a la intimidad: nuevas tecnologías y utilización del correo electrónico
- 4) Percepción del salario
- 5) Ocupación efectiva
- 6) Igualdad de trato y no discriminación
- 7) Ejercicio de las facultades del empleador, respetando su dignidad, sus derechos patrimoniales y su salud psicofísica
- 8) Exigencias del cumplimiento de obligaciones previsionales y sindicales y la entrega del certificado de trabajo

Los derechos enumerados en los puntos 4 a 8 han sido analizados al tratar los deberes del empleador. Seguidamente se desarrollan los puntos 1, 2 y 3.

## 1. Invenciones o descubrimientos del trabajador

Es el deber de preservar la propiedad del trabajador sobre los descubrimientos o inventos o sobre una mayor retribución. El principio es que las invenciones son del trabajador aunque utilice instrumentos ajenos, salvo que haya sido contratado para ello o haya utilizado conocimientos o medios adquiridos con anterioridad por el empleador.

Si el trabajador no es el titular, la titularidad es del empleador, y si el *opus* excede el objeto del contrato, debe abonar una remuneración complementaria, o si es una derivación de procedimientos anteriores, una compensación económica justa y si el empleador cede la explotación del invento, debe compartir en partes iguales su titularidad con el trabajador.

Cuando el titular es el trabajador y decide ceder sus derechos a un tercero, está obligado a permitir que el empleador acceda a la propiedad del invento o a preferirlo en caso de cesión de sus derechos.

El principio que fija el párr. 1°, art. 82, LCT, es que "las invenciones o descubrimientos personales del trabajador son propiedad de éste, aun cuando se haya valido de instrumentos que no le pertenecen".

Se trata de las llamadas *invenciones libres* que son el resultado de la aptitud del trabajador, independientemente del trabajo que ejecuta en la empresa. Esta norma se vincula con lo dispuesto en el art. 83, que dispone la preferencia del empleador a los terceros —en igualdad de condiciones— si el trabajador decidiese la cesión de sus derechos.

En cambio, son de propiedad del empleador —y, por lo tanto, constituyen una excepción al principio del art. 82, LCT— 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. Se trata de las llamadas *invenciones de explotación*, que son producto de la cooperación entre distintos elementos.

Dado este supuesto, si la prestación del trabajador no tuviere por objeto (total o parcial) la realización de actividades inventivas, la ley 24.481 establece que el trabajador tiene derecho a una compensación económica justa (art. 10, inc. c]), la cual debe estar en relación con la importancia industrial o comercial del invento y el mayor o menor aporte realizado por la empresa y el trabajador en su concreción. En caso de disputa sobre el monto de la compensación, la cuestión es resuelta por el Instituto Nacional de Propiedad Industrial (dec. reg. 260/1996).

Las *invenciones de servicio* son aquellos descubrimientos o invenciones que se obtienen cuando el trabajador es contratado para eso (art. 82, párr. 2°).

En este caso, la propiedad, obviamente, es del empleador; no obstante lo cual el trabajador tiene derecho a una remuneración suplementaria "si su aporte personal a la invención y la importancia de la misma para la empresa y empleador excede de manera evidente el contenido explícito o implícito de su contrato o relación de trabajo" (art. 10, inc. b], ley 24.481). En caso de disputa sobre su monto, se procede igual que en el caso anterior.

Antes de la sanción de la Ley de Patentes de Invención, la doctrina había planteado la necesidad de compensar al trabajador por su participación en el descubrimiento de los inventos. La compensación también procede en el supuesto de invenciones o descubrimientos de servicios o contractuales.

Sobre todos los descubrimientos e invenciones se impone a ambas partes el deber de reserva.

Si las actividades que cumplía el trabajador eran dirigidas y supervisadas por sus superiores, no tiene derecho a percibir una compensación adicional diferente a su salario por las invenciones que invoca como de su autoría.

## 2. Derecho a la formación profesional en las PyMEs

Está contemplado en el art. 96, ley 24.467, que establece que "la capacitación profesional es un derecho y un deber fundamental de los trabajadores de las pequeñas empresas, quienes tendrán acceso preferente a los programas de formación continua financiados con fondos públicos. El trabajador que asista a cursos de formación profesional, relacionados con la actividad de la pequeña empresa en la que preste servicios, podrá solicitar a su empleador la adecuación de su jornada laboral a las exigencias de dichos cursos. Los convenios colectivos para pequeñas empresas deberán contener un capítulo especial dedicado al desarrollo del deber y del derecho a la capacitación profesional".

## 3. Derecho a la intimidad: nuevas tecnologías y utilización del correo electrónico

En las últimas décadas, el derecho del trabajo ha sido testigo de cómo el desarrollo de las llamadas "nuevas tecnologías" ha modificado lo que históricamente se entendía por lugar de trabajo, y del dilema que ello plantea en cuanto a la protección de la personalidad moral del trabajador frente a los nuevos métodos de monitorización laboral.

Un grado de intromisión moderado es aceptado por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, es decir, la elección del medio de monitorización eficaz pero menos invasivo entre las alternativas posibles, evitando así los controles subrepticios, ocultos o sin conocimiento fehaciente del dependiente y que estén referidos exclusivamente a aspectos relacionados con el trabajo.

Un caso singular y de gran actualidad es el de la protección de la intimidad del trabajador frente a los accesos del empleador, sin su consentimiento, al contenido de las casillas de correo electrónico (*e-mail*), donde el trabajador recibe y remite correspondencia en el ámbito laboral.

Resulta claro que cuando el empleador pone a disposición de sus trabajadores computadoras con capacidad de comunicación externa, lo hace con la intención de mejorar sus resultados empresarios, y no con la finalidad de proveerle al dependiente una herramienta para uso personal en horario de trabajo.

Sin embargo, existe una utilización generalizada de este tipo de herramientas para usos personales, como sucede también con otros medios tecnológicos puestos a disposición del dependiente y cuya utilización para fines personales no ha suscitado tanto debate.

Probablemente ello se deba a que el correo electrónico, o *e-mail*, pese a que no puede ser asimilable completamente a la correspondencia tradicional, guarda evidentes similitudes con ella, que habilitarían a considerar si la auditoría empresaria sobre la correspondencia electrónica remitida o enviada por los trabajadores constituye o no una invasión a su esfera de privacidad.

Siguiendo a Gelli, el correo electrónico es definido como un "equivalente electrónico del correo convencional de papel", o como "toda correspondencia, mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras" [3].

Sin embargo, una investigación llevada a cabo por la *American Management Association* (New York) determinó que casi el 80% de las pequeñas y medianas empresas relevadas habitualmente controla el correo electrónico de sus empleados, así como sus llamadas telefónicas y sus conexiones a internet.

La doctrina mayoritaria considera que la utilización indebida del correo electrónico en el ámbito laboral configura una falta que podría ameritar la aplicación de sanciones disciplinarias, pero que no habilita la procedencia del despido con causa en la mayoría de los casos, y más aún cuando no existan sanciones disciplinarias previas.

En tal sentido se expidió la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. La sala 10ª, en la causa "Villarruel, Roxana Itatí v. Vestiditos SA", del 17/11/2003, al revocar un pronunciamiento que había rechazado la demanda interpuesta por una trabajadora, despedida por recibir y reenviar desde su casilla material de contenido adulto; también la sala 3ª, en autos "B. M. v. SGS Société Générale de Surveillance SA", del 29/8/2003, y la sala 1ª, en autos "Uhrim, J. A. v. Bayer Argentina SA", del 10/4/2004.

## VII. DEBERES DEL TRABAJADOR

Son el conjunto de *obligaciones* que surgen de la LCT —aunque pueden estar contempladas en los convenios colectivos, en los estatutos profesionales y en el contrato individual— y *cuyo incumplimiento puede configurar una grave injuria con entidad suficiente para que el empleador despida al trabajador con justa causa. Tienen, como contrapartida, las facultades del empleador.*

Deberes del trabajador
- 1) Deber de diligencia y colaboración
- 2) Deber de fidelidad
- 3) Deber de obediencia
- 4) Custodia de los instrumentos de trabajo
- 5) Responsabilidad por daños
- 6) Deber de no concurrencia

### 1. Deber de diligencia y colaboración

El art. 84, LCT, establece que "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".

[3] GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 2ª ed. ampl. y actual., La Ley, Buenos Aires, 2003.

*La diligencia* en la prestación concreta de la tarea: *es un requisito esencial*, ya que se relaciona con el modo en que se desarrolla el trabajo. Resulta estructural que el trabajador sea puntual, regular y dedicado.

Es un *deber primordial del trabajador y resulta indisoluble del deber de trabajar*. Su incumplimiento hace incurrir al trabajador no sólo en el incumplimiento específico al deber de diligencia, sino en el cumplimiento defectuoso de la prestación laboral.

Es posible fijar *pautas genéricas que determinan la prestación correcta de la tarea*: el trabajador debe prestar el servicio con puntualidad, asistencia regular —aviso de las ausencias— y dedicación adecuada a las características de las tareas y a los medios instrumentales que se le provean y no debe reducir intencionalmente su rendimiento.

Las inasistencias del trabajador pueden estar justificadas por la propia ley (feriados, enfermedad, licencias, etc.), por el convenio colectivo (día del gremio) o autorizadas por el empleador. El deber de prestar tareas con asistencia regular se complementa con el de avisar las ausencias y el deber de colaboración.

Es decir que *debe cumplir la prestación de las tareas con responsabilidad*, actuando como un buen trabajador, produciendo conforme a las pautas de rendimiento normal; estos estándares de rendimiento surgen tanto de sus posibilidades personales —aptitud física y técnica— como de los elementos de trabajo provistos por el empleador —eficacia de los medios instrumentales—, aunque es posible fijar pautas medias según el tipo de la labor comprometida.

Es más común establecer pautas medias de rendimiento en los sectores de producción; por ejemplo, en los trabajos de línea, en función de las máquinas empleadas, el tipo de tareas y la experiencia. También se pueden fijar pautas de rendimiento específicas vinculando el factor tiempo (jornada) con el factor producción (cantidad de trabajo): "tantas piezas en tanto tiempo"; tal es el caso del trabajo a destajo, en el cual la remuneración se paga según la producción.

No se puede establecer tan claramente en los cargos de mayor jerarquía y responsabilidad, ya que la tarea es valorada en relación con otros factores, como por ejemplo, el cumplimiento del deber de fidelidad. Cuanto más alta es la categoría y función del trabajador, mayor es su deber de diligencia: no es lo mismo la exigencia para un empleado común que para un cajero de un banco o un jefe de sección.

Respecto del *deber de colaboración*, el trabajador tiene la obligación de prestar auxilio o ayuda extraordinaria al empleador en caso de peligro grave o inminente para las personas o cosas incorporadas a la empresa (art. 89, LCT) y prestar servicios en horas suplementarias en caso de peligro o accidente ocurrido o fuerza mayor (art. 203, LCT).

Esta obligación surge del principio de buena fe y se basa en razones humanitarias y de colaboración. La realización de horas suplementarias no es un deber del trabajador, pero según lo dispuesto en el art. 89 son situaciones excepcionales que justifican la prestación de tareas en exceso del horario normal. De todos modos, el empleador debe abonar la pertinente remuneración, ya que el trabajo no se presume gratuito (art. 115, LCT).

## 2. Deber de fidelidad

Se vincula al principio de buena fe y a la conducta exigible al trabajador en la prestación del trabajo conforme a patrones de honestidad. Desde un punto de vista general, el deber de fidelidad consiste en la *obligación* del trabajador *de no ejecutar acto alguno que pueda perjudicar los intereses del empleador*. Es un deber genérico: la ley apunta a la guarda de la reserva o secreto.

En este sentido, Krotoschin la caracteriza como un conjunto de elementos jurídicos personales, señalando que no sólo etimológicamente, sino también materialmente, es otra expresión de la buena fe que tanta importancia tiene en el contrato de trabajo y que, por lo tanto, en-

globa todo un conjunto de deberes recíprocos emanados del espíritu de colaboración y confianza que la caracteriza.

Más concretamente, la LCT establece que debe *guardar reserva o secreto de las informaciones a que tenga acceso* y que exijan tal comportamiento de su parte (art. 85, LCT). Es decir que no debe revelar cuestiones reservadas, por ejemplo, las estrategias comerciales o campañas publicitarias que abordará la empresa para lanzar determinado producto.

La ley 24.766 (BO del 30/12/1996), de *confidencialidad sobre información y productos que estén legítimamente bajo control de una persona*, tiene por finalidad evitar que aquélla se divulgue indebidamente y de manera contraria a los usos comerciales honestos.

Establece que las personas físicas o jurídicas podrán impedir que dicha información se comunique a terceros o sea adquirida por éstos sin su consentimiento. Se aplica a la información que conste en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas u otros elementos similares.

Por lo tanto, toda persona que con motivo de su trabajo, puesto o desempeño en su profesión tenga acceso a una información contemplada en esta ley y sobre cuya confidencialidad se la haya prevenido, debe abstenerse de usarla y de revelarla sin causa justificada o sin consentimiento de la empresa que guarda dicha información o de su usuario autorizado. Quien incurra en infracción en materia de confidencialidad queda sujeto a la responsabilidad fijada en el Código Penal y otras normas penales para la violación de secretos.

El Código Penal sanciona con multa de $ 1500 a $ 90.000 e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, a quien "teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa" (art. 156).

*El deber de fidelidad también abarca la obligación de comunicar los incumplimientos de que tenga conocimiento e impliquen un perjuicio al empleador o cualquier inconveniente que impida la ejecución normal del trabajo*; por ejemplo, el desperfecto en alguna máquina o la falta de elementos de trabajo.

El contenido y alcance del deber de fidelidad del trabajador se determina en gran parte por la posición, cargo o empleo que ocupe en la empresa y es más exigible cuanto más alta sea su posición en ella, más delicadas sus funciones y mayor confianza depositada en él (sala 1ª, 23/3/2001, "González de Martínez, Hilda Y. v. Cámara Argentina del Libro", TySS 2001-854).

Jurisprudencialmente se ha resuelto que viola el deber de fidelidad: el trabajador que asiste impasible a la realización de actos delictuosos de sus compañeros, el encargado de oficina que silencia las faltas de los subordinados, el jefe de sección que retiene piezas fabricadas en forma defectuosa sin comunicarlo a su superior, el trabajador que marca la tarjeta de entrada y salida de un compañero de tareas que no concurrió a trabajar, el trabajador que efectúa una denuncia maliciosa ante la policía del trabajo.

### 3. Deber de obediencia

Es la *contrapartida del poder de dirección del empleador*, que implica la facultad de emitir directivas y se manifiesta en la subordinación jerárquica del trabajador. La primera parte del art. 86, LCT, determina que "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". Es una derivación de los deberes de fidelidad y buena fe.

Esto significa que *debe cumplirlas si resultan legítimas y funcionales, aunque las considere improcedentes* desde el punto de vista de la organización de la empresa o de los procedimientos técnicos aplicables.

El deber de obediencia del trabajador es la consecuencia de los derechos de organización y dirección del empleador.

El trabajador sólo debe obedecer las órdenes e instrucciones relativas a la relación laboral y al modo de ejecución del trabajo.

En cambio, no debe obedecer la orden que comprometa o perjudique su patrimonio, su dignidad personal o su integridad psicofísica, ni la orden de quien no está legitimado para darla, ni aquella que pueda entrañar un ilícito penal que excede el marco de la obediencia debida (por ejemplo, cometer un fraude fiscal).

Cabe destacar que en los demás casos en que el trabajador desobedezca una orden que legítimamente fue impartida por el empleador o por alguno de sus representantes incurrirá en un incumplimiento contractual, por lo que aquél podrá aplicar las sanciones disciplinarias correspondientes o, incluso, proceder a su despido cuando la desobediencia es reiterada o reviste la gravedad suficiente para configurar injuria grave.

## 4. Custodia de los instrumentos de trabajo

La segunda parte del art. 86, LCT, dispone que el trabajador "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 derivado del uso".

El deber de custodiar los elementos de trabajo abarca tanto las maquinarias como las herramientas de que se sirve el trabajador para efectuar sus tareas, pero, lógicamente, no debe responder por su desgaste.

## 5. Responsabilidad por daños

El art. 87, LCT, establece que "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".

Es decir que *debe responder ante el empleador solamente cuando el daño ha sido producido por dolo o culpa grave*, lo cual excluye los daños no culposos y los que se causen en el incumplimiento de la diligencia normalmente exigible.

Estos casos de culpa simple o leve resultan excusables, ya que el daño es provocado por desatención, ignorancia o por el comportamiento habitual en la realización de la tarea.

Los casos de culpa grave y dolo tienen otra envergadura.

La culpa grave se configura cuando el trabajador tiene conocimiento de los peligros que entraña el acto u omisión que produce el daño, pero su voluntad no está dirigida concretamente a producirlo; la carga de la prueba la tiene el empleador.

El dolo se configura cuando existe el propósito deliberado de causar daño; son los casos de sabotaje a los medios de producción: por ejemplo, cuando se deteriora intencionalmente una máquina para detener la producción o se provoca una rotura en un elemento de trabajo.

La justicia del trabajo es competente para entender en la acción promovida por el empleador con fundamento en el art. 87, LCT, es decir, por los daños causados por el trabajador a los intereses de aquél, por dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones. El empleador sólo puede retener hasta un 20% del salario del trabajador si el daño hubiera sido grave e intencional y afectado los talleres, instrumentos o materiales de trabajo; siempre que interpusiera la acción de responsabilidad dentro de los noventa días, ya que de lo contrario caduca su derecho (art. 135).

En este sentido, se ha resuelto que "corresponde rechazar el pedido de compensación articulado por un empleador, respecto de los créditos laborales adeudados al trabajador y la supuesta suma de dinero que éste retuvo indebidamente en perjuicio de aquél, cuando no se ha

dado cumplimiento al procedimiento peculiar e insoslayable previsto en el art. 135, LCT, pues el empleador no consignó judicialmente el 20% de los salarios adeudados ni alegó haber deducido la acción de reparación dentro del plazo de caducidad previsto en el art. 135 *in fine*, LCT" (sala 2ª, 10/4/2007, "Zamparolo, Luciano y otros v. Massara, Javier N. y otros", DT 2007-B-1007).

### 6. Deber de no concurrencia

También se denomina *competencia desleal*. El art. 88, LCT, expresa que "el trabajador debe abstenerse de ejecutar negociaciones por cuenta propia o ajena, que pudieran afectar los intereses del empleador, salvo autorización de éste".

Se incurre en competencia desleal no sólo si con sus actos causa daño a los intereses del empleador, sino también si la actividad desarrollada tiene entidad para producirlo: *lo que importa no es la existencia de un daño ni su magnitud, sino la actitud potencialmente perjudicial para el empleador*; eso es lo que genera el incumplimiento.

Jurisprudencialmente se ha resuelto que el incumplimiento del deber de no concurrencia que torna procedente el despido del trabajador no requiere la demostración del daño efectivo al empleador —por ejemplo, realizar similares trabajos para una contratista del principal en forma contemporánea a la relación que lo unía a éste—, pues basta la sola posibilidad de lesionar sus intereses (del voto del Dr. Titievsky) (C. Laboral y Paz Corrientes, 5/4/2000, "Cogliolo, Benito R. v. Telecom Argentina, Stet France, Telecom", DT 2001-A-1003).

Una negociación resulta incompatible y viola el deber de no concurrencia cuando se hace con un comercio de rango análogo, es decir, cuando el trabajador por cuenta propia —autónomo— o ajena —dependiente— realiza actos con otra empresa de la misma actividad, produciéndose una transferencia de datos comerciales o técnicos.

Asimismo, se ha resuelto que existe competencia desleal y desviación potencial de clientela cuando el trabajador por cuenta propia realiza una actividad similar a la de su empleador, cuando ofrece en venta a un cliente del empleador mercaderías similares a las que éste vende o si trabaja en un taller similar al de su empleador a pocas cuadras de éste.

No se verifica una violación al deber de no concurrencia si el empleador, al momento de la celebración del contrato, conocía que el trabajador se desempeñaba —por su cuenta o bajo la dependencia de un tercero— en el mismo ramo y no exigió —como requisito para la contratación— la exclusividad, o si —conocido el hecho con posterioridad— lo consintió expresa o tácitamente.

## VIII. COMPORTAMIENTO DEL TRABAJADOR FUERA DEL ÁMBITO DEL TRABAJO

Si bien el comportamiento del trabajador en su ámbito privado, cuando no se encuentra a disposición del empleador, resulta en principio ajeno a la facultad de control o el poder disciplinario de éste, cuando determinadas conductas o hechos extraños a la relación laboral asumen graves repercusiones en la reputación o prestigio de la empresa o afectan la convivencia laboral debido a su proyección o repercusión social, podría llegar a configurar injuria grave en los términos del art. 242, LCT.

En distintos pronunciamientos judiciales se consideró justificada la decisión de despedir un trabajador procesado por abuso infantil cuando sus compañeros se resistieron a seguir trabajando con él; y también el despido de un trabajador que mantenía una amistad muy íntima con otro despedido por delitos cometidos contra uno de los directivos de la empresa.

CAPÍTULO X

# REMUNERACIÓN

## I. CONCEPTO

El salario es un derecho esencial de todo hombre que trabaja. Es la principal *contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo* y constituye la *principal obligación del empleador.*

Es importante destacar que no sólo se paga por el trabajo efectivamente efectuado (trabajo/remuneración) sino que *el empleador* —según lo normado en el art. 103, LCT— *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 (disposición de fuerza de trabajo/remuneración).

Por lo tanto, el concepto de remuneración no se circunscribe simplemente a la contraprestación del trabajo efectivamente realizado, sino que se extiende a la *disponibilidad de la fuerza de trabajo del dependiente en favor del empleador*; desde tal óptica, pueden ser considerados conceptos remuneratorios las vacaciones, los feriados, las enfermedades y determinadas licencias, cuando se trata de períodos en los que el trabajador no presta servicios.

El trabajador tiene derecho al pago del salario por el solo hecho de poner la fuerza de trabajo a disposición del empleador aunque no preste servicios efectivamente (por ejemplo, en el caso del operario que no puede prestar tareas por desperfectos de la máquina).

Por eso, la remuneración puede conceptualizarse como la contraprestación por la disponibilidad.

Como regla general, cabe consignar que el trabajador sólo pierde el derecho a la remuneración cuando la ausencia de prestación se debe a su propia culpa, ya que si pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo y éste no la utiliza, la prestación debe considerarse cumplida por mora del acreedor (arts. 78 y 103, LCT, y art. 510, CCiv.).

La relación de trabajo reviste carácter oneroso y existe reciprocidad de prestaciones entre las partes, por lo cual la *remuneración* siempre *configura una ganancia o ventaja patrimonial* para el trabajador.

Salvo en supuestos excepcionales como el de los viajantes de comercio, el orden público laboral no tiene incidencia sobre la estructura de la remuneración, es decir, sobre los rubros que la componen.

Por ello, se ha afirmado que, en principio, todo valor percibido por el trabajador en el transcurso de la relación laboral subordinada constituye remuneración, careciendo de importancia la denominación que las partes le den a las sumas que se abonen —por ejemplo, honorarios— salvo que se acredite que responde a la existencia de una relación jurídica de otra índole.

Cabe destacar los fallos de la Corte Suprema "Pérez v. Disco SA" (Fallos 332:2043) y "Gonzáles v. Polimat SA y otro" (19/5/2010), que definen el concepto de todo aquello que integra la remuneración.

***Diferencias con conceptos no remuneratorios***: a pesar del principio sentado, el trabajador percibe junto con la remuneración otros montos que no son considerados remuneratorios.

*Para diferenciar entre conceptos remuneratorios y no remuneratorios es trascendental establecer su naturaleza jurídica* y estar al juego armónico entre la definición del art. 103, LCT, y la brindada por el art. 1°, convenio 95 de la OIT, el cual dispone que "el término salario significa 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 este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Por lo tanto, para que sea remuneratorio es necesario que el trabajador sea acreedor a ese rubro como consecuencia de la relación laboral, es decir, por la disposición de la fuerza de trabajo a favor del empleador. Esta pauta excluye los rubros debidos por el empleador que reconocen una causa extralaboral (por ejemplo, una locación) o las prestaciones de seguridad social (por ejemplo, las asignaciones familiares). También es necesario que constituya una ventaja patrimonial para el trabajador, ya sea en forma directa (un ingreso) o indirecta (un ahorro).

Es importante destacar que la *distinción entre los conceptos que son considerados remunerativos y los no remunerativos* no es meramente teórica sino que tiene efectos prácticos trascendentes.

En efecto, *todo pago que es considerado remuneración está sujeto a aportes y contribuciones*, se tiene en cuenta para liquidar aguinaldos, vacaciones, indemnizaciones, etc., y es *embargable dentro de los límites legales*, lo cual no ocurre con los pagos no remuneratorios.

Son conceptos no remuneratorios, por ejemplo, los beneficios que tienen relación con su situación familiar (régimen de asignaciones familiares) o que se traducen en mejoras de su calidad de vida (la mayoría de los beneficios sociales), y que la propia LCT —reformada en este aspecto por la ley 24.700 (del 14/10/1996)— ha considerado no remuneratorios. No tienen carácter remuneratorio y no están sujetos al pago de contribuciones a la seguridad social y no se computan a ningún otro efecto laboral (indemnización por despido, salario de vacaciones, SAC, etcétera).

Otros conceptos que percibe el trabajador tampoco son remuneratorios por no reunir los requisitos legales para ser considerados remuneración (por ejemplo, viáticos con comprobantes, propinas prohibidas, todo tipo de indemnizaciones, etcétera).

El concepto de remuneración desde el punto de vista laboral, en principio, coincide con el de la seguridad social, aunque no siempre es así. El convenio 95 de la OIT y la LCT se refieren al salario en las relaciones laborales, lo cual significa que un concepto puede ser remuneratorio respecto del derecho laboral pero no desde la seguridad social, o viceversa.

El art. 6°, ley 24.241, establece que "se considera remuneración, a los fines del SIJyP, todo ingreso que percibiere el afiliado en dinero o en especie susceptible de apreciación pecuniaria, en retribución o compensación o con motivo de su actividad personal, en concepto de sueldo, sueldo anual complementario, salario, honorarios, propinas, gratificaciones y suplementos adicionales que tengan el carácter de habituales y regulares, viáticos y gastos de representación excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes,

y toda otra retribución, cualquiera fuere la denominación que se le asigne, percibida por servicios ordinarios o extraordinarios prestados en relación de dependencia".

| | |
|---|---|
| Son remunerativos | — Comisiones<br>— Viáticos sin comprobantes<br>— Remuneraciones en especie (comida, habitación)<br>— Premios<br>— Bonificaciones adicionales (antigüedad, título)<br>— Propinas habituales y no prohibidas<br>— Salarios por enfermedad inculpable<br>— Salarios por accidentes de trabajo<br>— Preaviso<br>— Sueldo anual complementario<br>— Feriados<br>— Horas extraordinarias<br>— Licencias especiales<br>— Vacaciones gozadas<br>— Gratificaciones<br>— Vales de almuerzo y alimentarios (*tickets*) |
| No son remunerativos | — Viáticos con comprobantes<br>— Gratificaciones pagadas con motivo del egreso del trabajador<br>— Indemnizaciones por: omisión del preaviso; vacaciones no gozadas; despido arbitrario; accidente de trabajo; despido del delegado gremial (violación a la estabilidad)<br>— Asignaciones familiares<br>— Reintegro de gastos<br>— Subsidios por desempleo<br>— Asignaciones por becas<br>— Transporte gratuito desde o hacia la empresa, servicios recreativos, sanitarios y guarderías<br>— Beneficios sociales otorgados por el empleador o por medio de terceros (art. 103 bis, LCT)<br>— Prestaciones complementarias (art. 105, LCT).<br>— Asignación en dinero por suspensión por falta o disminución de trabajo (art. 223 bis, LCT) |

## II. CARACTERES DE LA REMUNERACIÓN

Entre los caracteres que doctrinalmente se señalan, se destacan especialmente los siguientes:

— *Patrimonial*: configura una ganancia; ingresa al patrimonio del trabajador.

— *Igual y justa*: rige el principio constitucional de igual remuneración por igual tarea que debe relacionarse con el principio de la remuneración justa (art. 14 bis, CN).

— *Insustituible*: la remuneración no puede reemplazarse —en forma total— por otras formas de pago (beneficios sociales, asignaciones familiares o rubros no remunerativos).

— *Dineraria*: debe abonarse principalmente en dinero en curso legal, encontrándose limitado el pago en especie (20%).

— *Inalterable e intangible*: el empleador no puede disminuirla unilateralmente porque violaría una condición esencial del contrato (ver *ius variandi*); tampoco puede reducirse en términos reales durante el vínculo laboral y no debe ser inferior al salario mínimo, vital y móvil, ni al mínimo de la escala salarial del convenio colectivo ni al básico de convenio, existiendo restricciones para otorgar adelantos y efectuar deducciones.

— *Íntegra*: el trabajador la debe percibir íntegramente; excepcionalmente pueden otorgar adelantos hasta el 50% (art. 130, LCT) y se pueden practicar descuentos hasta el 20% (art. 133, LCT).

— *Conmutativa*: debe existir proporcionalidad entre el trabajo realizado —y en algunos casos con el resultado logrado— y la remuneración percibida.

— *Continua*: el contrato de trabajo, por ser de tracto sucesivo, se debe abonar durante el transcurso de la relación laboral sin interrupciones, salvo las legalmente admitidas.

— *Alimentaria*: porque —en principio— constituye el único medio con que cuenta el trabajador dependiente y su familia para subsistir, al servir para solventar sus necesidades básicas (alimentación, vivienda, educación, salud).

— *Inembargable*: por su carácter alimentario es inembargable hasta la suma equivalente a un salario mínimo, vital y móvil, y si lo supera es embargable con restricciones. Tampoco se la puede ceder por ningún título.

— *Irrenunciable*: toda renuncia del trabajador a la remuneración es nula (ver principio de irrenunciabilidad).

## III. SALARIO MÍNIMO VITAL. SALARIO CONVENCIONAL Y GARANTIZADO

La LCT se ocupa del tema en los arts. 116 a 120 y la LNE en los arts. 135 a 142.

Cabe recordar que la ley 26.598 (BO del 6/7/2010) derogó el art. 141, ley 24.013, que prohibía que se tomara el salario mínimo, vital y móvil como base de cálculo para otros institutos, lo cual significa que puede considerarse para la determinación de indemnizaciones y/o de otros institutos como las horas extra y/o la movilidad de las jubilaciones.

El art. 116, LCT, lo define al establecer que "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". El artículo es consecuencia de la garantía establecida en el art. 14 bis, CN, que no establece el mecanismo para su cuantificación dineraria.

De la definición legal transcripta surge que se trata de la *remuneración mínima en efectivo que tiene derecho a percibir un trabajador dependiente*; es decir que *ningún trabajador en relación de dependencia puede percibir una remuneración menor* (art. 119, LCT), ya que *es el piso de todas las remuneraciones*. Esto tiene carácter imperativo y es consecuencia inmediata del orden público laboral.

Esto es aplicable a todos los trabajadores, incluso —obviamente— los que perciben remuneraciones variables; sin perjuicio del carácter fluctuante del salario, que podría producir que algún mes signifique un monto menor, el empleador —de todos modos— debe abonar el salario mínimo, vital y móvil.

Se trata en realidad de un principio que admite excepciones: los trabajadores del servicio doméstico y los agrarios (a quienes no se les aplica la LCT, art. 2°) y los trabajadores de la Administración Pública provincial o municipal, a quienes el art. 140, ley 24.013, no releva de la exclusión del art. 2°, LCT, como sí lo hace respecto de los de la Administración Pública nacional.

Asimismo, el art. 119, LCT, autoriza reducciones en el salario mínimo para aprendices y menores, trabajadores de capacidad manifiestamente disminuida o que cumplan jornada de trabajo reducida.

Los aumentos generales de salario no modifican el monto del mínimo vital que es autónomo, encontrándose la *fijación* de este salario reservada al Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo Vital y Móvil (art. 135, ley 24.013), integrado por representantes de los empleadores, de los trabajadores y del Estado nacional.

El dec. 33.302/1945 reguló por primera vez el salario mínimo; luego, la ley 16.459 creó el Consejo del Salario Mínimo Vital y Móvil, que debía establecer las remuneraciones mínimas para todo el personal en relación de dependencia.

En el salario mínimo, vital y móvil no están incluidos los subsidios o asignaciones familiares que pudieran corresponder al trabajador (art. 118, LCT), ni los llamados beneficios sociales, ya que no revisten carácter remuneratorio. *Es inembargable salvo por deudas alimentarias* (art. 120, LCT).

Hasta la sanción del dec. 388/2003 (BO del 15/7/2003), el salario mínimo, vital y móvil había sido establecido por la res. 1 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo y Móvil del 22/7/1993 que lo había fijado en la suma de $ 200 por mes, para el personal mensualizado que cumpliere la jornada legal de trabajo. Asimismo, el diario era de $ 8 y el horario de $ 1.

La exigüidad del monto fijado desde 1993 fue apreciada por el PEN, que en los considerandos del dec. 388/2003 señaló que resultaba oportuno actualizar el monto del salario mínimo, vital y móvil, de manera escalonada y progresiva, para adecuarlo a la situación socioeconómica, estimulando la redistribución del ingreso nacional y promoviendo el logro de los objetivos perseguidos por dicho instituto.

Agregó que se debe tener presente que el salario mínimo coadyuva al objetivo general de reducir la pobreza mejorando las condiciones de vida de los trabajadores y de sus familias sin producir efectos adversos para el empleo.

Asimismo, destacó que la finalidad del instituto no consiste en sustituir la acción sindical en materia de negociación colectiva, sino proteger a aquellos trabajadores que se encuentran en inferioridad de condiciones para acordar con los empleadores el monto de sus remuneraciones.

El dec. 388/2003 dispuso un aumento escalonado del salario mínimo vital y móvil entre el 1 de julio y el 1/12/2003 en forma mensual y conforme a la siguiente progresión:

a) A partir del 1/7/2003, el salario mínimo horario se fijó en la suma de $ 1, 25 y el mensual en $ 250; b) a partir del 1/8/2003 en $ 1, 30 por hora y en $ 260 por mes; c) a partir del 1 de septiembre de 2003 en $ 1,35 por hora y $ 270 por mes; d) a partir del 1/10/2003 en $ 1,40 por hora y $ 280 por mes; e) a partir del 1/11/2003 en $ 1,45 por hora y $ 290 por mes; f) a partir del 1/12/2003 se estableció en la suma de $ 1,50 por hora y $ 300 por mes.

El 6/1/2004 se publicó en el Boletín Oficial el DNU 1349/2003, el cual incrementó el salario mínimo, vital y móvil. Fijó a partir del 1/1/2004 el monto en $ 1,75 por hora para los trabajadores jornalizados y de $ 350 por mes para los trabajadores mensualizados que cumplen la jornada legal de trabajo a tiempo completo.

La res. 2/2004 (BO del 7/9/2004) del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo Vital y Móvil, dictada el 2/9/2004, fijó el salario mínimo, vital y móvil en $ 450 mensuales para los trabajadores mensualizados que cumplen la jornada legal de trabajo a tiempo completo y de $ 2,25 por hora. El dec. 1192/2004 (BO del 9/9/2004) dispuso que tenía vigencia a partir del 1/9/2004.

La res. 2/2005 (BO del 6/6/2005) del Consejo Nacional del Empleo, Productividad y el Salario Mínimo Vital y Móvil fijó en $ 510 desde el 1/5/2005, $ 570 desde el 1/6/2005 y $ 630 desde el 1/7/2005 para los trabajadores mensualizados que cumplen la jornada a tiempo com-

pleto, y de $ 2,55, $ 2,85 y $ 3,15 por hora, respectivamente, para los trabajadores jornalizados. Están excluidos los trabajadores rurales y el personal doméstico. Incorporó y absorbió las asignaciones no remunerativas ($ 50 —luego remunerativa de $ 60— más $ 100 del dec. 2005/2004) y adicionó $ 30 para neutralizar el efecto de los descuentos de las cargas sociales.

El monto del salario mínimo, vital y móvil fue elevado mediante la res. 2/2006 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil (CNEPySMVM) (BO del 31/7/2006). Para los jornalizados se fijó en $ 3,80 por hora a partir del 1/8/2006; $ 3,90 por hora a partir del 1/9/2006; y $ 4 por hora a partir del 1/11/2006. Para los trabajadores mensualizados, los valores se establecieron en $ 760 a partir del 1/8/2006; $ 780 a partir del 1/9/2006; y $ 800 a partir del 1/11/2006.

La res. 2/2007 del CNEPySMVM (BO del 13/7/2007) fijó el salario mínimo, vital y móvil a partir del 1/8/2007 en $ 900 para los trabajadores mensualizados y $ 4,50 por hora, para los trabajadores jornalizados; a partir del 1/10/2007, en $ 960 para los trabajadores mensualizados y $ 4,80 por hora, para los trabajadores jornalizados; a partir del 1/12/2007, en $ 980 para los trabajadores mensualizados y $ 4,90 por hora, para los trabajadores jornalizados.

En los últimos tiempos, en el ámbito colectivo se habían negociado incrementos salariales más elevados que los nuevos valores del actual salario mínimo, vital y móvil, por lo que éstos no eran aplicables a una gran cantidad de trabajadores, cuyos básicos convencionales —en muchos casos— ya habían absorbido el impacto de las asignaciones dispuestas por el PEN y resultaban más elevados que el del nuevo salario mínimo, vital y móvil.

La res. 3/2008 del CNEPySMVM (BO del 31/7/2008) determinó el salario mínimo, vital y móvil a partir del 1/8/2008 en $ 1200 para los trabajadores mensualizados y $ 6 por hora para los trabajadores jornalizados, y a partir del 1/12/2008 en $ 1240 para los trabajadores mensualizados y $ 6,20 por hora para los trabajadores jornalizados. Abarcó a los trabajadores comprendidos en la LCT, los de la Administración Pública nacional y de todas las entidades y organismos en que el Estado nacional actúa como empleador.

La res. 2/2009 del CNEPySMVM (BO del 4/8/2009) fijó para todos los trabajadores comprendidos en la LCT de la Administración Pública nacional y de todas las entidades y los organismos en que el Estado nacional actúe como empleador los siguientes valores del salario mínimo, vital y móvil:

A partir del 1/8/2009, $ 1400 para los mensualizados que cumplen la jornada legal completa de trabajo, y $ 7 por hora para los trabajadores jornalizados; a partir del 1/10/2009, $ 1440 para los mensualizados y $ 7,20 por hora para los jornalizados, y a partir del 1/1/2010, $ 1500 para los mensualizados y $ 7,50 por hora para los jornalizados.

La res. 2/2010 del CNEPySMVM (BO del 12/8/2010) fijó para todos los trabajadores comprendidos en la Ley de Contrato de Trabajo, de la Administración Pública nacional y de todas las entidades y organismos en que el Estado nacional actúe como empleador los siguientes valores del salario mínimo, vital y móvil: aA partir del 1/8/2010 en $ 1740 para los trabajadores mensualizados y $ 8,70 por hora para los jornalizados, y a partir del 1/1/2011 en $ 1840 para los trabajadores mensualizados y $ 9,20 por hora para los jornalizados.

Todo ello, conforme al art. 116, LCT, con excepción de la situación prevista en el art. 92 ter, LCT, y 198, LCT, primera parte, que lo perciben en su debida proporción.

Para cobrar el total mensual se debe cumplir la jornada normal de trabajo, por lo cual, si se hubiese convenido una jornada de cuatro horas, el salario mínimo, vital y móvil es equivalente a su parte proporcional (como a partir del 1/1/2011 es de $ 1840, la parte proporcional sería de $ 920).

Pero si se trata de jornadas inferiores, impuestas por la calificación (insalubre y nocturna), se cobra el total del salario mínimo (art. 110, LCT).

Además del salario mínimo vital que es de carácter legal (art. 116, LCT), existe para los trabajadores regidos por los convenios colectivos los salarios convencionales, que son los acordado por las partes libremente en el proceso de negociación colectiva. El *salario mínimo convencional* es el *salario mínimo establecido en la escala salarial de un CCT.*

También está el salario básico de convenio, que es el *salario establecido en un CCT para cada categoría* de determinada actividad o empresa. Sobre el básico se calculan algunos adicionales que cada convenio libremente ha consagrado previamente: ello implica que el aumento del básico del convenio produce un aumento del adicional.

Obviamente que *siempre es mayor al salario mínimo vital*, porque de ser inferior no sólo violaría el orden público laboral sino que carecería de sentido fijarlo, ya que el salario mínimo vital es la remuneración mínima que debe recibir un trabajador en relación de dependencia en cualquier lugar del territorio argentino.

Tanto *el salario mínimo vital como el salario básico convencional son irrenunciables* (art. 12, LCT); constituyen mínimos imperativos e inderogables y, por lo tanto, están fuera del marco de la autonomía de la voluntad de las partes.

También puede darse el caso de *salario garantizado*. En este caso, un trabajador pacta con su empleador determinadas condiciones de trabajo, la percepción de una suma garantizada respecto de algún rubro (por ejemplo, comisiones sobre ventas). A pesar de su carácter variable y fluctuante (lo cual no resulta imputable al trabajador), que podría llevar a que algún mes se genere derecho a una percepción menor que la pactada, el empleador debe abonar el mínimo garantizado del rubro; la doctrina lo ha reconocido como un uso y costumbre en determinadas actividades.

Por ejemplo, si un trabajador concertó con su empleador que por comisiones percibiría una suma garantizada de $ 3000 por mes, pero en virtud de las ventas realizadas en ese período le corresponden $ 2800, el empleador —de todos modos— debe abonar el salario garantizado (en este caso, en concepto de comisión por ventas), $ 3000, además de los restantes rubros que componen su remuneración. Si las comisiones por ventas superan el monto garantizado, no corresponde adicionar a dicha suma lo garantizado por el empleador.

## IV. SAC

El origen del sueldo anual complementario (SAC) se remonta al reinado de Rómulo —primer rey de Roma—, quien recibió el primer día del año, de sus súbditos, unas ramas cortadas de un frutal del bosque de la diosa pagana Strenia; costumbre que se repitió a partir de allí con periodicidad anual bajo el nombre de estrenas (*strenae* significaba regalos, y de ahí deriva el vocablo "estrenar"), como señal de buenos augurios en el comienzo y para el resto del año.

El antecedente del SAC es el aguinaldo, que era un pago voluntario que los empleadores privados efectuaban a sus dependientes con motivo de las fiestas.

Por aplicación de una norma legal, dicha costumbre se convirtió en obligatoria y originó el SAC. Su denominación anual es histórica y proviene del dec.-ley 33.302/1945, que lo concibió de pago anual. La ley 17.620 (1968) lo transformó en semestral.

Es una remuneración suplementaria, equivalente a la doceava parte (8,33%) de la remuneración de cada semestre calendario o del período menor, en su caso, calculada sobre la base de la mejor remuneración mensual de dicho período.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 121, LCT, que sostenía que era la doceava parte del total de las remuneraciones percibidas por el trabajador en el año calendario, la ley 23.041 lo

fijó en el 50% de la mayor remuneración mensual devengada por todo concepto (en dinero y en especie) dentro de los semestres que finalizan en los meses de junio y diciembre de cada año.

La ley 23.041 (BO del 4/1/1984) fue dictada en el transcurso de un período de importante inflación, con el propósito de evitar sus efectos negativos sobre el cálculo de esta remuneración.

Parte de la doctrina entiende que cuando existen remuneraciones variables, que en un determinado mes provocan notorias diferencias con los restantes, resultaría más equitativo tomar el promedio de dichas remuneraciones para efectuar el cálculo; sin embargo, dicha interpretación desvirtúa lo expuesto en la ley 23.041.

*Consiste en el pago de un sueldo más que se suma a los doce que debe percibir el trabajador en el año. Les corresponde a todos los trabajadores en relación de dependencia sin importar la forma de contratación*, se trate de un contrato por tiempo indeterminado o de plazo determinado (plazo fijo, eventual, temporada); la única diferencia radica en que la época de pago se adapta a la modalidad de la tarea.

Se computan como tiempo trabajado las enfermedades o los accidentes inculpables, los accidentes de trabajo, las vacaciones y las licencias especiales del art. 158, LCT. En cambio, no se computan la licencia especial por maternidad, el beneficio de excedencia, las licencias especiales sin goce de sueldo ni el período de reserva de puesto de trabajo posterior al agotamiento de la licencia por enfermedad inculpable.

En los casos en que el dependiente no haya trabajado todo el semestre, o que no corresponda el cómputo como tiempo trabajado de acuerdo con lo establecido anteriormente, se debe efectuar un cálculo proporcional al período trabajado y remunerado, que es igual a la mitad de la mejor remuneración referida dividida por los días corridos del semestre (ciento ochenta y dos días) y multiplicada por la cantidad de días trabajados en el semestre.

Es importante destacar que *el SAC se devenga día por día, pero que por imperativo legal* —art. 122, LCT— *se paga en dos cuotas: el 30 de junio y el 31 de diciembre.*

El juego armónico de las disposiciones de los arts. 122 y 128, 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.

El art. 123, LCT, establece que *cuando se opera la extinción del contrato por cualquier causa, el trabajador tiene derecho a percibir el SAC proporcional*; para su cálculo se tiene en cuenta el tiempo trabajado en el semestre.

El SAC se gana o devenga día a día, es decir que se incorpora a la remuneración sin que su pago diferido altere su naturaleza.

También se calcula su incidencia sobre la indemnización sustitutiva del preaviso, ya que, de no haberse extinguido el vínculo, al trabajador se le debería haber abonado el salario que correspondiera al período de preaviso y se hubiese tomado en consideración para el cálculo del SAC del semestre. Por iguales motivos, se debe sumar la proporción del SAC cuando corresponda la integración del mes de despido.

En el fallo plenario 322 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, "Tulosai v. BCRA" (19/11/2009), por mayoría, se 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 con base en un sistema de evaluación de desempeños del trabajador, salvo fraude laboral.

En cambio, según la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, corresponde computar el SAC en el cálculo de la indemnización por antigüedad (entre otros, "Helmann v. Rigolleau SA", del 16/11/1982).

Obviamente, los montos pagados en concepto de asignación por maternidad no deben ser tenidos en cuenta para el cálculo del mejor salario mensual tomando en cuenta en el SAC, aunque ese tiempo debe ser computado como tiempo de servicio.

Las gratificaciones —habituales o no— tienen carácter remuneratorio y, por lo tanto, deben ser incluidas en el cálculo del SAC, salvo la gratificación pagada con fundamento en la extinción del contrato de trabajo que no tiene naturaleza remuneratoria.

El fallo plenario 42 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (23/7/1958), en autos "Solazzi, Luis v. Cervecería Quilmes EN", determinó que corresponde liquidar el SAC sobre las gratificaciones que, por cumplirse los requisitos del acuerdo plenario nro. 35, son exigibles compulsivamente.

Las *PyMEs* tienen un régimen especial respecto del SAC. El art. 91, ley 24.467, establece que los CCT referidos a la pequeña empresa podrán disponer el fraccionamiento de los períodos de pago del SAC, siempre que no excedan de tres períodos en el año.

El SAC del personal de la Administración Pública central y descentralizada, empresas del Estado, empresas mixtas y empresas y sociedades donde el Estado tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias, de acuerdo con lo que dispone el dec. 1056/2008 (BO del 8/7/2008), debe fijarse 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. Por lo tanto, se deben considerar todos los conceptos de naturaleza remunerativa de conformidad con lo dispuesto por el art. 1°, ley 23.041, y el dec. 1078/1984.

## V. INCREMENTO DE LA REMUNERACIÓN BÁSICA (DECRETOS 392/2003, 1347/2003 Y 2005/2004). Fallo de la Corte Sup., 19/5/2010, "González, Martín Nicolás v. Polimat SA y otro"

— *Fundamento y naturaleza jurídica*: con el propósito de corregir el deterioro de las remuneraciones en general y los salarios de menor cuantía en especial —y sin desconocer que la negociación colectiva es la herramienta más idónea y natural para generar una recomposición salarial—, el Poder Ejecutivo dictó los decs. 1273/2002 (BO del 18/7/2002) —reglamentado por el dec. 1371/2002 (BO del 1/8/2002)— y 2641/2002 (BO del 20/12/2002), ambos en uso de las facultades conferidas por el art. 99, inc. 3°, CN (DNU).

En ellos fijó una asignación no remunerativa de carácter alimentario para los trabajadores del sector privado comprendidos en los CCT, que fue incrementada progresivamente hasta llegar a los $ 150 desde el 1 de marzo hasta el 30/6/2003. Posteriormente, el Poder Ejecutivo dictó el dec. 905/2003 (BO del 16/4/2003), por el cual aumentó en $ 50 la asignación no remunerativa de carácter alimentario (elevándola a $ 200), sin aguardar el vencimiento del beneficio establecido por el dec. 2641/2002, extendiéndolo hasta el 31/12/2003.

Este último decreto, al igual que los anteriores, estableció que la asignación no tenía naturaleza salarial, y pese a que reunía todos los requisitos para ser considerada tal (ser compensada con incrementos remunerativos otorgados por los empleadores y devengarse en forma proporcional a la jornada laboral), el Poder Ejecutivo mantuvo el carácter no remunerativo con el fin de evitar que el beneficio resultara más gravoso al generar aportes y contribuciones.

En julio de 2003, el dec. 392/2003 (BO del 15/7/2003), también de necesidad y urgencia, dispuso un incremento en la remuneración básica de los trabajadores del sector privado, que consiste justamente en convertir ese importe en remuneratorio durante un período de ocho meses, es decir, incrementar la remuneración básica reduciendo proporcionalmente el monto de la asignación fijada por el dec. 905/2003. Se produce una transformación escalonada del aumento no remunerativo en remunerativo.

Se discutió la constitucionalidad de los decretos. Una postura sostuvo que la medida era justificada por razones de emergencia, como forma de reactivación de la negociación colectiva; así, la Cámara Nacional del Trabajo, sala 6ª, estableció en autos "Otazu, Julio C. v. Yesi SRL" (26/10/2007) que los decs. 1273/2002, 2461/2002 y 905/2003 fueron medidas legítimas en el

marco de la emergencia económica y social, que deben ser calificadas de razonables; y que el PEN, mediante su dictado —lejos de transgredir normas constitucionales—, cumplió con el mandato de "mejorar el nivel de empleo y de distribución de los ingresos", reactivando la plena vigencia de la negociación colectiva.

*Fallo de la Corte Suprema, "González v. Polimat SA"*: la Corte Suprema, en los autos "González, Martín Nicolás v. Polimat SA y otro", del 19/5/2010, declaró la inconstitucionalidad de los decs. 1273/2002, 2641/2001 y 905/2003 que le habían asignado naturaleza no remunerativa a las prestaciones otorgadas. Para ello siguió los mismos lineamientos marcados por ese tribunal en los autos "Pérez v. Disco".

Los principales fundamentos del fallo, siguiendo a Ernesto J. Ahuad, son los siguientes:

— *Argumento con cita en "Vizzoti"*: "...La calificación como no remunerativo trastornó la finalidad reparadora del régimen indemnizatorio, por cuanto condujo a que la indemnización termine desconociendo la concreta realidad a la que quiso atender, a causa de limitaciones de uno de los dos indicadores de esa realidad: el salario realmente percibido por el trabajador despedido ("Vizzoti", Fallos 327:6777, 3686)".

— *Argumento con cita en "Pérez v. Disco SA"*: "...Son de aplicación al *sub lite* las consideraciones y conclusiones expuestas por esta Corte en "Pérez v. Disco SA" (Fallos 332:2043), de manera que, en razón a la brevedad, los que suscriben remiten a los votos que formularon en dicha oportunidad".

— *Argumento del "perro"* (resumido en el conocido aforismo: "Si ladra, se llama Boby y mueve la cola, entonces es un perro"): los decretos: 1) fijan las sumas teniendo en consideración "el deterioro del poder adquisitivo del salario"; 2) tienen carácter alimentario; 3) admiten que la negociación colectiva es la vía más idónea para alcanzar la "recomposición salarial"; 4) pueden ser compensadas con "otros incrementos de carácter remunerativo o no remunerativo"; y 5) se habilita el pago proporcional en caso de jornadas de trabajo inferior a la legal o convencional. Ergo, son salario: "...Los decretos bajo análisis desconocen la naturaleza salarial de las prestaciones que los mismos establecen... El carácter alimentario es naturalmente propio del salario, con arreglo a la conocida doctrina de esta Corte (Fallos 311:1003 y 308:1336, entre otros). El salario, apuntó el tribunal en 1959, constituye, sustancialmente, una prestación tendiente a proveer el sustento del trabajador y de su familia".

— *Exceso de facultades del PEN a cargo del presidente transicional*: "Los decretos son dictados por el Poder Ejecutivo nacional y es la misma Constitución Nacional la que establece que el Poder Ejecutivo no puede emitir disposiciones de carácter legislativo, con lo cual el presidente no tiene atribuciones para reglamentar de manera autónoma y directa los derechos reconocidos por la Constitución Nacional... La obligación que el Poder Ejecutivo puso a cargo de los empleadores del sector privado, no podría violar normas de jerarquía superior... Los decretos adoptaron una decisión cuyo ámbito de aplicación es el derecho privado, pues alcanza relaciones entre particulares como son las derivadas del contrato de trabajo. Por tal motivo, quien tiene potestad legislativa en la materia es el Congreso nacional" (del voto de Argibay).

— *Falacia de la crisis económica para justificar legislación regresiva*: "Además, si la razón de los incrementos fue la crisis económica y social que atravesaba el país en el año 2001, no existía fundamento para suprimirle naturaleza remunerativa a los decretos impugnados" (del voto de Argibay). Si además de tener que soportar la crisis, al trabajador le sacamos el salario, estamos intentando apagar el fuego con nafta.

— *Normativa internacional transgredida*: "En el supuesto de las vacaciones, se suma a todo lo dicho el convenio 52 de la OIT del año 1936, ratificado en 1950, según el cual, durante aquéllas, el trabajador deberá percibir su remuneración habitual (art. 3.a)". También hay citas a los convenios 95 y 158.

— *Límites a la llamada "discreción legislativa"*: "No es una respuesta válida la que da la Cámara (sala 8ª) en cuanto acude a la 'discreción legislativa' para reglamentar el art. 14 bis, CN, en lo atinente al carácter que deben tener tales pagos. Este argumento implica tratar de manera equivalente a una ley dictada por el Congreso y a los decretos del Poder Ejecutivo en una materia que resulta competencia del primero... De acuerdo con el régimen de división de poderes establecido en la Constitución, el presidente no cuenta con atribuciones —mucho menos con una 'amplia discreción'— para reglamentar de manera directa y autónoma los derechos reconocidos por la Constitución Nacional".

Tal como sucedió con el precedente "Pérez v. Disco", la Corte Suprema sienta las bases para resolver cuestiones similares que generaban controversias (convenios colectivos de trabajo que disponen aumentos salariales de sumas fijas no remunerativas, compensables, alcance y encuadre del concepto de salario del art. 103, LCT).

— *Beneficiarios*: el sujeto obligado al pago de este incremento remuneratorio es el empleador. En lo que respecta a los sujetos que deben recibir el pago, el art. 1°, dec. 392/2003, se refiere concretamente a "los trabajadores del sector privado, en relación de dependencia, comprendidos en el régimen de negociación colectiva, en los términos de la ley 14.250 y sus modificatorias".

O sea que sólo queda fuera de este ámbito de aplicación, el personal superior no representado por organizaciones sindicales, es decir, aquellos dependientes que ni siquiera potencialmente podrían obtener un convenio colectivo, generalmente beneficiarios de las retribuciones más altas de la pirámide salarial.

La exclusión de los trabajadores agrarios y del servicio doméstico, efectuada por la Secretaría de Trabajo, no se condice con lo establecido por los decretos anteriores, que si bien también los excluía, en principio, dejaban librado a la Comisión Nacional del Trabajo Agrario y al Consejo del Trabajo Doméstico, la posibilidad de instrumentar medidas tendientes a contemplar la situación de dichos trabajadores (art. 2°, dec. 2641/2002).

— *Incremento remuneratorio*: el art. 1°, dec. 392/2003, dispuso, a partir del 1/7/2003, un incremento de la remuneración básica, a todos los efectos legales y convencionales, de $ 28 por mes durante el lapso de ocho meses, hasta adicionar a la remuneración de los trabajadores, vigente al 30/6/2003, un importe total de $ 224.

La resolución aclaraba que esta suma debe ser adicionada como máximo en ocho cuotas partes de $ 28 mensuales, a partir del 1°/7/2003, con carácter permanente al salario básico vigente al 30/6/2003, correspondiente a las categorías previstas en los respectivos CCT.

Aunque no se desprenda expresamente de la normativa, si el empleador hubiera otorgado incrementos no remunerativos que pretendía compensar, ellos revisten, a partir de ese momento, naturaleza salarial, a todos los efectos legales y convencionales.

El trabajador debe continuar percibiendo el mismo importe que recibía hasta el 30/6/2003, sin que lo dispuesto por el decreto pueda importar una reducción en sus ingresos. De ahí que el incremento salarial deba ser superior a la asignación no remunerativa; de lo contrario, los ingresos de los trabajadores serían inferiores.

La Secretaría de Trabajo aclaró que los empleadores deben abonar, a los trabajadores ingresados con posterioridad al 1/7/2003, una remuneración no inferior a la suma establecida como salario básico para la categoría correspondiente del CCT aplicable, con el incremento dispuesto por el art. 1°, dec. 392/2003.

— *Aportes y contribuciones*: a medida que se fue incrementando la remuneración de los trabajadores, la suma que se adiciona estaba sujeta a todos los aportes y contribuciones previstos por el sistema de seguridad social.

Sin embargo, el art. 2° de la resolución aclaraba que mientras los montos mantengan su carácter no remunerativo, el empleador debía depositar el 5,40% y el trabajador el 2,70% para el Sistema Nacional de Obras Sociales y se debían integrar también los porcentajes previstos en la legislación vigente para el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (Inssjp).

*— Incremento no remuneratorio. Dec. 1347/2003 (BO del 6/1/2004) y dec. 2005/2004 (BO del 6/1/2005)*: el 6/1/2004 se publicó en el Boletín Oficial el dec. 1347/2003 del 29/12/2003, el cual establecía una nueva asignación no remunerativa. El art. 1° del decreto establecía, con carácter permanente y a partir del 1/1/2004, una asignación no remunerativa de $ 50 mensuales para todos los trabajadores del sector privado, en relación de dependencia, comprendidos en el régimen de negociación colectiva en los términos de la ley 14.250 y sus modificatorias.

Al no tener carácter remuneratorio, la asignación estaba exenta del pago de las cargas y contribuciones que afectan a las remuneraciones. El decreto no preveía que esta suma pudiera ser compensada por algún incremento remunerativo o no remunerativo otorgado durante ese período (en tanto no haya sido compensado por el incremento previsto por el dec. 392/2003), por lo cual debe abonarse aun en este supuesto, salvo que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, en su carácter de autoridad de aplicación (conf. art. 6°, dec. 1347/2003), dispusiera lo contrario. Esto también regía para los trabajadores remunerados a comisión por remuneraciones variables.

El 6/1/2005 se publicó en el Boletín Oficial el dec. 2005/2004 (del 29/12/2004), que estableció a partir del 1/1/2005 una asignación no remunerativa de $ 100 mensuales para todos los trabajadores del sector privado en relación de dependencia. El Ministerio de Trabajo, a través de la Secretaría de Trabajo, es la autoridad de aplicación.

Era distinta e independiente de las sumas fijadas por los decs. 1347/2003 y 392/2003 y no era aplicable a los trabajadores del sector público nacional, provincial y municipal ni a aquellos trabajadores del sector privado, cuyas remuneraciones eran determinadas por instituciones o procedimientos específicos, diferentes a los previstos en la LCT y en la ley 14.250.

Los sectores, actividades o empresas que acordaron colectivamente, a partir del 1/9/2004, otros incrementos remunerativos o no sobre los ingresos de los trabajadores, podían compensarlos hasta su concurrencia con la suma de $ 100, cuando en el convenio o acuerdo se hubiera previsto esa posibilidad.

Los empleadores que habían otorgado unilateralmente, a partir del 1/9/2004, otros incrementos remunerativos o no sobre los ingresos de los trabajadores, podían compensarlos hasta su concurrencia, cuando hubieran sido otorgados a cuenta de futuros aumentos. En todos los casos se debía mantener el carácter remunerativo si se le otorgó originariamente.

También disponía que a partir del 1/4/2005 la suma de $ 50 establecida por el dec. 1347/2003 tenía carácter remunerativo y ascendía a $ 60, incorporándose a las remuneraciones de los trabajadores vigentes al 31/3/2005.

El dec. 1295/2005 (BO del 25/10/2005) dispone que a partir del 1/10/2005, la suma de $ 100 establecida en el art. 1°, dec. 2005/2004, tiene carácter remunerativo y asciende a $ 120. Si fue compensada con otros incrementos remunerativos o no, el empleador debe adicionar a la remuneración del trabajador la cantidad faltante para alcanzar los $ 120. Los empleadores y las asociaciones sindicales pueden negociar la incidencia respecto de los distintos institutos convencionalmente previstos.

La Cámara Nacional del Trabajo, sala 6ª, estableció en autos "Otazu, Julio C. v. Yesi SRL" (26/10/2007), que los decs. 1273/2002, 2461/2002 y 905/2003 fueron medidas legítimas

en el marco de la emergencia económica y social, que deben ser calificadas de razonables; y que el PEN, mediante su dictado —lejos de transgredir normas constitucionales— cumplió con el mandato de "mejorar el nivel de empleo y de distribución de los ingresos", reactivando la plena vigencia de la negociación colectiva.

No corresponde excluir de las asignaciones no remunerativas previstas en los decs. 1273/2002, 1371/2002, 2641/2002, 905/2003 y 1347/2003 al trabajador "fuera de convenio", dado que en la reglamentación del dec. 1273/2002 se ordenó que el beneficio otorgado abarcara a todos los trabajadores del sector privado en relación de dependencia, comprendidos o no en un CCT a excepción, en principio, de los trabajadores agrarios, del servicio doméstico, el sector público y los docentes (sala 4ª, 12/2/2008, "Baglioni, Lucas Norberto y. Fundación Galicia Saude").

Posteriormente, el dec. 2314/2008 estableció una asignación no remunerativa única, de carácter alimentario, de $ 200, para todos los trabajadores del sector público y privado, se encuentren o no comprendidos en CCT, incluyendo los trabajadores agrarios y del servicio doméstico, cuyo haber mensual neto por todo concepto, excluidas las asignaciones familiares, no exceda de $ 1240 al 31/12/2008. Esta suma fue abonada por única vez.

## VI. CLASIFICACIÓN DE LA REMUNERACIÓN

Si bien el art. 105, LCT, establece que el salario puede ser satisfecho en dinero, especie, habitación, alimentación o mediante la oportunidad de obtener beneficios o ganancias, lo cierto es que *el trabajador, normalmente, debe percibir su retribución en dinero.*

La parte más importante de la remuneración debe consistir en la entrega de instrumentos legales de pago —dinero de circulación legal (pesos)— que el dependiente puede destinar libremente a consumo o ahorro. Esto surge claramente del párr. 2°, art. 107, LCT, cuando dispone que *el empleador no puede imputar los pagos en especie a más del 20% de la remuneración.*

La remuneración *puede ser clasificada, básicamente, desde tres puntos de vista*:

1) *teniendo en cuenta la forma de determinarla*: en remuneraciones *por tiempo y por resultado o rendimiento*; en la actualidad, ambas se combinan, por lo cual resulta común que exista un básico asegurado en virtud del tiempo trabajado (sueldo básico) y que sobre él sean establecidas distintas formas de retribución, teniendo en cuenta el rendimiento o la productividad;

2) *por su importancia patrimonial*: en remuneraciones *principales y complementarias*;

3) *según la forma de pago*: en remuneraciones *en dinero y en especie.*

- 1. *Por tiempo*
  - a) Jornal
    - 1. Horario
    - 2. Diario
  - b) Sueldo
- 2. *Por resultado o rendimiento*
  - a) Destajo
  - b) Comisión
  - c) Primas
  - 1. Individual
    - Directa
    - Indirecta
  - 2. Colectiva

## 1. Por tiempo y por resultado

### *1.1. Por tiempo (art. 104, LCT)*

El salario *se fija en relación con el factor tiempo*: el trabajador tiene derecho a percibirlo si presta la tarea en el tiempo convenido. Para su cálculo se toma como módulo el mes, el día o la hora de trabajo. Hay dos tipos diferentes de remuneración-tiempo: jornal y sueldo.

***a) Jornal (por día o por hora)***. *Se paga en relación con el día o la hora de trabajo.* Se utiliza como unidad de cómputo la hora (jornal horario) o el día (jornal diario); se impone habitualmente en la actividad industrial.

Si el salario se computa por hora, la liquidación del día de trabajo resulta de multiplicar la cantidad de horas trabajadas por la retribución fijada como jornal horario. Cuando se computa por día, la liquidación surge de multiplicar los días trabajados por el jornal diario estipulado.

Si la liquidación se realiza por jornal diario y no se establece expresamente la cantidad de horas diarias en las cuales debe prestar tareas, queda implícito que se trata de la jornada legal de ocho horas, y que para fijar la remuneración horaria se debe dividir el salario diario por 8 (salvo que el CCT aplicable establezca una jornada menor).

En algunos CCT se establece la jornada mensual con base en horas. El valor de la remuneración diaria es importante para calcular rubros proporcionales y horas extra.

***b) Sueldo***. Es la remuneración que *se paga por mes* (o quincena) *calendario* y consiste en una suma fija. Es decir que no varía por la mayor o menor cantidad de días laborables que tenga el mes, de modo que corresponde un sueldo igual tanto para el mes de febrero (veintiocho o veintinueve días) como para el de marzo (treinta y un días) que tienen distinta cantidad de días laborables.

La expresión "sueldo" designa la remuneración de frecuencia mensual asignada por una norma heterónoma o autónoma, a una serie de trabajadores que tienen en común desempeñar tareas englobadas en una misma calificación o categoría por el hecho de desempeñarla, sin relación con el resultado de la aplicación de su fuerza de trabajo.

La LCT dispuso que tanto para liquidar las vacaciones (art. 155, inc. a]), los feriados (art. 169) y las licencias especiales (art. 160), para obtener el valor día, debe dividirse el salario mensual por 25.

Sin embargo, para los restantes rubros el criterio mayoritario es dividir la remuneración mensual por 30, aunque el sistema más realista es tomar en cuenta los días y las horas efectivamente trabajados (se debería dividir el sueldo por 22, y para obtener el valor horario, por 180 horas).

La jurisprudencia estableció que resulta un criterio razonable establecer que debió determinarse el valor hora dividiendo la remuneración mensual por el total de horas que las partes pactaron como débito laboral, correspondiendo, asimismo, para su determinación, la proyección de los rubros variables que percibiesen regularmente (sala 5ª, 19/12/2001, "Zacarías, Jorge Leonardo y otros v. OSN").

Para reducir a valores horarios la remuneración del trabajador, no puede considerarse pauta adecuada el tiempo efectivo de prestación de servicios en cada período de pago. Ello por dos razones:

La primera, porque al fijarse remuneraciones para una categoría de trabajadores no se tiene en cuenta —ni se podría hacerlo— el horario que cumple o cumpliría efectivamente, cada uno de ellos, sino la duración normal del trabajo para la categoría. Y segundo, porque el valor hora no puede consistir en una suma variable en cada período, según haya sido la asiduidad con que el trabajador prestó servicios, que puede resultar alterada, respecto del patrón de normalidad que se tuvo como modelo, por múltiples circunstancias imprevisibles, lo que introduciría un factor de aleatoriedad inconveniente para ambas partes (sala 1ª, 9/8/1996, "Rodríguez, Juan v. Subterráneos de Buenos Aires SE", TySS 2000-737).

### *1.2. Por resultado o rendimiento (art. 104, LCT)*

En esta clasificación no se toma en consideración el tiempo trabajado, sino que *se tiene en cuenta el resultado obtenido*. Esta forma de retribuir al trabajador apunta a lograr mayor productividad, y para ello se lo estimula para aumentar su rendimiento individual.

Se trata de una forma más equitativa de remunerar, ya que se paga una suma mayor a quien se esfuerza más y logra mejores resultados. Una de las principales características es la variabilidad.

La crítica que se le formula a este tipo de remuneración es que el trabajador descuida las normas de seguridad para producir más y obtener un ingreso mayor, aumentando de ese modo la siniestralidad laboral. Asimismo, se le cuestiona que en su afán de producir más, se disminuye la calidad del trabajo, lo que lleva a introducir sistemas mixtos que conjuguen la cantidad y la calidad de trabajo.

La remuneración por rendimiento es cada vez más utilizada en el mercado de trabajo por la necesidad de las empresas de mejorar la productividad en virtud del aumento de la competencia. Se observa que en los convenios colectivos modernos se contemplan remuneraciones adicionales que se fijan en función de ciertos resultados.

Las remuneraciones variables consisten en porcentajes o sumas por unidad de obra, resultado, pieza, medida, etc. En cambio, las remuneraciones que consisten en sumas fijas sobre unidades de tiempo (hora, día o mes) son retribuciones fijas.

Hay distintos tipos de remuneración por resultado:

***a) A destajo o por unidad de obra***. La remuneración *se fija en relación con la cantidad de obra o trabajo producido en una fracción de tiempo determinada*, es decir que se asigna un valor económico determinado a cada unidad de producto elaborado.

Es la más antigua de las remuneraciones a resultado. Fue propiciado como sistema para favorecer la producción y elevar el salario (*sweating system*), aunque fue criticado por impulsar al trabajador hacia un desgaste excesivo de sus energías. En la Argentina se utilizó en los trabajos en minas y canteras (a quienes se puede pagar por tonelada de carbón), y también en la actividad de la curtiembre, la industria del pescado, etcétera.

La suma que en definitiva percibe el trabajador, en ningún caso puede ser inferior al salario mínimo vital diario ni al salario básico de la categoría fijado en la escala salarial del CCT aplicable (art. 112, párr. 1°, LCT).

*El empleador está obligado a garantizar la dación de trabajo en cantidad adecuada para un rendimiento acorde a una pauta media de trabajo* (art. 112, párr. 2°, LCT). Por ejemplo, si un trabajador medio efectúa cincuenta piezas diarias, el empleador le puede exigir que confec-

cione un mínimo razonable (cuarenta piezas) pero no exigir cien piezas diarias para generar derecho a percibir el salario por unidad de obra.

Por otra parte, el empleador debe proveer materia prima en cantidad necesaria, no interrumpir el trabajo (no alterar el ritmo del destajista cambiándolo, por ejemplo, a una máquina más lenta) y mantener las máquinas en óptimo estado.

Si se produce una suspensión o reducción injustificada de trabajo, debe pagar el salario proporcional que dejó de percibir. Un ejemplo de trabajo a destajo son las costureras, que cobran por prenda.

Por ejemplo, la ley 12.713 (estatuto de trabajo a domicilio) fija multas en favor del afectado para "el empresario, intermediario o tallerista que reduzca, suspenda o suprima arbitraria o injustificadamente la dación de trabajo al obrero a domicilio" (art. 32).

***b) Comisión (arts. 108 y 109, LCT).*** Es una *retribución que se establece con relación a un porcentaje sobre las ventas realizadas por el trabajador. La remuneración se fija por las operaciones concertadas* (art. 108, LCT) y el punto de referencia es el valor del negocio (es el caso más frecuente).

Es una remuneración que se utiliza especialmente en el personal de ventas y promociones de bienes y servicios. Su monto puede consistir en un porcentaje sobre el valor del negocio (típico caso de los viajantes), o bien en una cantidad fija que se paga por cada operación concluida o por cada cosa vendida.

*Se retribuye al trabajador con un porcentaje o suma fija por operación o negocio concertado.* En la práctica no es común que se remunere exclusivamente a comisión; por lo general, en los convenios colectivos se fija un salario básico bajo —no menor, obviamente, al salario mínimo, vital y móvil— que debe percibir el trabajador independientemente de que concierte o no ventas; un ejemplo es el caso de los vendedores.

En el contrato de trabajo se puede pactar que se liquide individual o colectivamente. En la *comisión individual* se tiene en cuenta la actuación de un trabajador determinado, que es el titular del derecho.

Cuando se pacta una *comisión colectiva*, o porcentajes colectivos sobre ventas (art. 109, LCT) —referidas por lo general a una cantidad de negocios—, la unidad de cómputo es el rendimiento global de un grupo de trabajadores y debe ser distribuida entre todos ellos, de acuerdo con la participación que cada cual haya tenido en el negocio.

La comisión *puede ser directa o indirecta.* La *comisión directa* es la que se devenga por cada negocio concertado por intermedio del trabajador en su zona o con un cliente de su lista. En cambio, la *comisión indirecta* surge cuando la empresa por sí, o mediante un tercero, realiza un negocio con un cliente correspondiente a la zona o cartera reservada del trabajador, pero sin su intermediación.

Aquí cabe repetir lo que se afirmó con el resto de las remuneraciones por resultado: siempre *existe un piso salarial garantizado*, ya que aunque el trabajador sea remunerado exclusivamente a comisión, o en forma mixta (salario fijo y comisión), *no puede percibir nunca menos del salario mínimo, vital y móvil, o —en su caso— del mínimo del convenio de la categoría.*

El trabajador tiene derecho a la comisión por las operaciones concertadas o negocios concluidos, es decir, por los negocios celebrados por la empresa pero que fueron gestionados por el dependiente. *El empleador no paga la comisión por los trabajos realizados por el trabajador sino por el resultado útil de su gestión.*

Los cobradores no tienen a su cargo gestión alguna destinada a cobrar la cuota correspondiente a los socios que optaron por el sistema de pago por "débito automático", por lo que no les corresponde comisión alguna por una tarea que no hicieron y que nunca tuvieron a su cargo. Una postura contraria implicaría un enriquecimiento sin causa para los cobradores (sala 3ª, 19/2/2004, "Gattinoni, Arturo v. Asociación Cristiana de Jóvenes").

Es importante establecer concretamente en qué momento un negocio se considera concluido, ya que a partir de allí se debe pagar la comisión al trabajador; eso ocurre cuando existe un acuerdo de voluntades que genera obligaciones recíprocas entre las partes, cuyo incumplimiento otorga derecho a la contraria a exigir un resarcimiento económico.

*Lo que suceda con posterioridad a la conclusión del negocio no afecta el derecho del trabajador al cobro de la comisión*: lo trascendente es la operación concertada. El derecho a la comisión no puede quedar sujeto a condiciones de solvencia o de cumplimiento (cláusula de buen éxito), es decir, a la efectiva ejecución del contrato.

Por lo tanto, la comisión no se pierde por la inejecución del negocio debido a la anulación del cliente, salvo que haya sido provocado por la culpa del trabajador, o en el caso de que el contrato fuese anulable.

En concordancia con lo anterior, respecto del derecho de los promotores de Administración Federal de Jubilaciones y Pensiones (AFJP), la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en pleno, el 27/12/2007, resolvió, en el marco del art. 108, LCT, que el derecho del promotor de una AFJP a la comisión por afiliación requiere aprobación de la autoridad de superintendencia (Safjp) pero no requiere además el ingreso del aporte (fallo plenario 317, "Aguirre, Olga Magdalena v. Consolidar AFJP SA s/diferencias de salarios").

Consecuentemente, el derecho al cobro de la comisión no se encuentra supeditado al cumplimiento de la obligación del cliente (Corte Sup. Just. Tucumán, sala Lab. y Cont. Adm., 26/8/2008, "Cianci, Pedro G. v. Aconquija Televisora Satelital SRL").

***Viajantes de comercio***. Tienen un estatuto especial, aprobado por la ley 14.546, que comprende a los vendedores (fuera de los locales) que efectúan tareas de compraventa —en zonas y con listas determinadas de clientes— por medio de visitas, ofreciendo condiciones de venta y pago.

El art. 7°, ley 14.546, establece *la comisión sobre el precio de la mercadería vendida por intermedio del viajante como forma de retribución obligatoria* y la considera remuneración. Están prohibidos los sistemas de pagos consistentes en comisiones sobre otra base que la impuesta legalmente; se prohíben las comisiones por bultos, unidades, kilos, metros, litros.

Sin perjuicio de ello, también integran la retribución los viáticos, gastos de movilidad, hospedaje, comida y compensaciones por gastos de vehículos.

*La comisión es para los viajantes de comercio la principal forma de remuneración, aunque puede haber otras retribuciones fijas o premios variables*. Sin embargo, jurisprudencialmente se ha dispuesto que debe prevalecer el porcentaje de comisión y se desestimó la fijación de porcentajes irrisorios acompañados de un importante sueldo fijo.

*Comisiones indirectas*: cada viajante de comercio tiene una zona asignada —lugar en donde desarrolla sus actividades— y una cartera —lista de clientes exclusiva—.

Cuando la empresa, por sí o por un tercero, celebra un negocio en una zona o con un cliente de la lista del viajante, se genera a favor de éste una "comisión indirecta", que es igual económicamente a la comisión directa.

Una de las características principales del sistema es que tanto la zona como la cartera de clientes constituyen ámbitos reservados y exclusivos del viajante: el empleador en forma directa ni otros viajantes pueden concertar operaciones en ellas.

En síntesis, *se genera la comisión indirecta en favor del viajante cuando se concierta una operación con un producto que está facultado a ofrecer, sin su intervención y en su zona o con un cliente de su lista.*

La comisión del viajante debe hacerse efectiva mensualmente y la liquidación debe ser efectuada "sobre toda nota de venta o pedido por los comerciantes o industriales, sin deducciones por bonificaciones, notas de crédito o descuento de alguna otra índole que no hubieran sido previstos en la nota de venta por el propio viajante" (art. 5°, inc. a]).

Por lo tanto, no forman parte del precio de la mercadería los gastos de recibo y transporte a cargo del comprador (embalaje, acarreo), ni los "gastos de financiación".

Por tratarse de una remuneración de prestación continua, el plazo de vencimiento a los efectos del cómputo de la prescripción opera al vencimiento de cada período, a partir del cual se devenga el derecho a su cobro.

La *aceptación* puede ser expresa —por la comunicación al viajante de la voluntad del principal de concertar el negocio— o tácita —por falta de rechazo si transcurren quince días (si el viajante opera en la misma zona, radio o localidad del domicilio del principal), o treinta días (en los demás casos), que fija la ley para examinar el negocio—.

El *rechazo* consiste en la renuncia del empleador a concertar el negocio por acto escrito y fundado. La inejecución se puede deber a actos del principal (vendedor), a actos del cliente (comprador) o a actos no imputables a ninguna de las partes (fuerza mayor).

*Por negocio gestionado o aceptado hay comisión debida. El viajante cumple su misión al obtener el acercamiento de la oferta y la demanda, aunque después permanezca ajeno a la suerte del negocio.*

Los viajantes, que al margen de su función específica realizan subsidiariamente la tarea de cobranza a la clientela de su zona, perciben una retribución a porcentaje que deben convenir en cada caso.

De producirse una discusión sobre el monto y cobro de la remuneración, el empleador debe aportar todos los elementos que le permitan sostener su posición; si no lo hace, ya sea por no llevar libros, por deficiencias en las registraciones o por alguna otra causa, se debe estar a lo afirmado por el trabajador (segunda parte del art. 11, ley 14.546). Es decir que se invierte la carga de la prueba y el trabajador debe prestar "juramento estimatorio" de lo debido.

Si los comerciantes o industriales desean cambiar de zona al viajante, se requiere su conformidad expresa. Le deben garantizar el mismo volumen de remuneraciones y el pago de los gastos de traslado. La garantía debe ser asegurada también en los casos de reducción de zona, lista o nómina de clientes.

***c) Primas***. Es un *incentivo económico otorgado al trabajador que tiene por objeto incrementar la producción*. Lo que se *retribuye* por medio de la prima es *el rendimiento del trabajador por encima de lo normal*, es decir, una producción mayor a la media.

Se trata de una remuneración complementaria, ya que el salario principal, por lo general, lo constituye el básico asegurado por un rendimiento normal.

Por ejemplo, pago de una prima a los trabajadores que terminan la tarea antes del tiempo fijado (puede ser una suma fija o un porcentaje del tiempo ahorrado). Pueden ser abusivos cuando los niveles de producción establecidos son demasiado altos, y si las recompensas no corresponden al esfuerzo de los trabajadores.

## 2. Principales y complementarias

Las remuneraciones complementarias pueden contener prestaciones no dinerarias que forman parte del salario.

- Principales
  - 1) Por tiempo
    - a) Jornal
    - b) Sueldo
  - 2) Por resultado
    - a) Destajo
    - b) Comisión
    - c) Primas
- Complementarias
  - 1) Sueldo anual complementario
  - 2) Gratificaciones
  - 3) Participación en las ganancias
  - 4) Propinas
  - 5) Viáticos
  - 6) Adicionales
    - a) Por antigüedad
    - b) Por funciones determinadas
    - c) Por tareas riesgosas
    - d) Por trabajos extras
    - e) Por título
    - f) Premios
  - 7) En especie
    - Uso de habitación o vivienda

*2.1. Complementarias*

**1. *SAC (arts. 121 a 123, LCT)*.** El tema se desarrolló en los primeros puntos de este capítulo.

**2. *Gratificaciones (art. 104, LCT)*.** Es un pago espontáneo y discrecional del empleador. *Es voluntario y se efectúa de acuerdo con su criterio subjetivo*, por ejemplo, por motivo de un aniversario de la fundación del establecimiento o por los buenos servicios cristalizados en el rendimiento de la empresa.

Es un adicional que puede estar o no vinculado con los resultados positivos del negocio. En principio, se debe considerar remuneración, salvo que responda a causa ajena a la prestación laboral.

En materia laboral, las gratificaciones —habituales o no— son remuneración y, por ende, se las debe tener en cuenta para liquidar, SAC, salarios por enfermedad y accidente inculpables; pero para tenerlas en cuenta en el cálculo de la indemnización por despido debe tratarse de mensuales, normales y habituales (art. 245, LCT).

En cambio, en el ámbito de la seguridad social, son remuneraciones solamente las gratificaciones habituales y regulares pagadas durante la vigencia del contrato de trabajo, y la abonada al egreso del trabajador sólo en el monto que iguala el promedio anual de las percibidas con anterioridad en forma habitual y regular.

La ley 24.241 dispone que son remuneraciones las "gratificaciones y suplementos adicionales que revisten el carácter de habituales y regulares" (art. 6°) y niega ese carácter a "las gratificaciones vinculadas con el cese de la relación laboral, en el importe que excede el promedio anual de las percibidas anteriormente en forma habitual y regular" (art. 7°).

En cuanto a la *exigibilidad de su pago*, cabe observar, en primer lugar, si han sido abonadas en forma habitual y regular, porque ello demuestra la voluntad del empleador de incorporarlas en forma permanente. La excepción es que reconozcan como causa servicios extraordi-

narios o que no se cumplieran las condiciones sobre cuya base se liquidaron en otras oportunidades (fallo plenario 35, C. Nac. Trab., 13/9/1956, "Piñol, Cristóbal v. Genovesi SA").

Teniendo en consideración lo establecido jurisprudencialmente, *para que el pago de las gratificaciones sea exigible por el trabajador, deben verificarse las siguientes circunstancias*:

*a) Deben ser habituales*: la habitualidad es la reiteración de los pagos que genera expectativas de seguir devengándolos con igual periodicidad. Es habitual y obligatoria cuando responde a un uso objetivo de la empresa. También dentro del elemento habitualidad es relevante la existencia de cierta uniformidad de criterio en la base del cálculo. Lo importante es su concesión periódica y constante durante años, que la convierte en un beneficio ordinario, normal y permanente.

Se puede considerar que la reiteración del pago lo transforma en habitualidad sólo cuando no depende de ninguna otra condición o si responde a un motivo determinado; pero si en una oportunidad se paga por el rendimiento del trabajador y en otra por presentismo (asistencia y/o puntualidad perfecta), no existiría una base objetiva para generar expectativa en el trabajador de que seguirá abonándose en lo sucesivo.

*b) Deben reiterarse las condiciones que originaron su otorgamiento*: si, por ejemplo, se abonó en períodos anteriores en función de utilidades o ganancias obtenidas por la empresa, éstas deben repetirse aunque difiera su monto.

No es determinante que se repitan los motivos, ya que un año se puede disponer un porcentaje sobre las ganancias y otro año ser pagadas en virtud de méritos personales de los trabajadores; lo trascendente es que exista la voluntad empresaria de gratificar en forma no discriminada.

Para otorgar las gratificaciones, el empleador no debe discriminar a los trabajadores, es decir que debe respetar el principio de igualdad de trato (art. 81, LCT), aunque el derecho a obtener el pago de la gratificación puede estar sujeto a alguna condición objetiva (por ejemplo, determinada antigüedad, tener cargas de familia, etcétera).

Si no se dan las condiciones que originaron su pago, el empleador puede, válidamente y sin derecho a reclamo alguno, suprimir su otorgamiento en el futuro.

*c) Debe responder a servicios ordinarios*: esto significa que no puede tener como causa la prestación de servicios extraordinarios, los cuales, obviamente, no se cumplirán en el nuevo período.

*Resulta ineficaz que el empleador oculte el pago de una gratificación habitual otorgándola bajo otra denominación*, ya que impera el principio de primacía de la realidad, y las pautas establecidas en el párrafo anterior para determinar la exigibilidad de su pago y su naturaleza remuneratoria.

*Tampoco son válidas las reservas del empleador* si hace constar —por ejemplo en el recibo de pago— que se trata de un acto voluntario y sin obligación legal, utilizando expresiones como "por esta sola vez", "como acto graciable", "como liberalidad", ni las renuncias que pudiera efectuar el trabajador a un futuro reclamo. Esto es así no sólo por los fundamentos expuestos precedentemente sino también por aplicación del principio de irrenunciabilidad de los derechos contenidos en el art. 12, LCT.

Si el pago de la gratificación se reitera y no se especifica que responde a un motivo determinado, constituye un acto de reconocimiento de la voluntad gratificatoria, aunque no se repitan las circunstancias. De resultar imposible establecer una pauta para fijar su monto, se puede establecer judicialmente (art. 114, LCT).

En definitiva, lo importante es determinar si la actitud asumida por la empresa de pagar la gratificación tiene entidad suficiente para generar la expectativa de que dicho pago se reiterará en el futuro.

En cuanto al derecho al cobro, cabe destacar que no se origina en la fecha del pago, sino que se va devengando a medida que se cumple con la prestación del trabajo; de ahí que se la deba pagar cuando se produce un despido sin causa justificada, aunque su fecha sea anterior a la del pago del beneficio.

En caso de que el pago de la gratificación surja del convenio colectivo o responda al uso o costumbre de la empresa debidamente acreditado, para su exigibilidad es irrelevante la habitualidad (reiteración de pagos), resultando suficiente que se manifieste la condición que la justifica.

El pago de las gratificaciones no se debe confundir con la facultad del empleador de premiar discrecionalmente a los trabajadores en razón de la "mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas" (art. 81, LCT), sin que se genere derecho a peticionar una igualación por parte de los trabajadores que no han sido beneficiados, ya que no se trata de una gratificación.

**3. *Participación en las ganancias (art. 110, LCT).*** Es un tipo de *remuneración* poco difundida, que se caracteriza por ser esencialmente *aleatoria*, ya *que depende de las utilidades obtenidas por la empresa*. Es una cláusula programática del art. 14 bis, CN.

Se trata de una *remuneración complementaria*: por un lado, *por su carácter aleatorio*, ya que la remuneración principal no puede estar sujeta a la existencia o no de ganancias y, por otro lado, *por su periodicidad*, ya que debería ser pagada una vez por año, debido a que su liquidación está relacionada con los resultados de un ejercicio comercial y con la ganancia global del año (balance comercial).

Los parámetros a tener en cuenta para establecer la participación en las ganancias de la empresa deben estar previamente establecidos.

Para que se devengue deben existir utilidades netas y se debe haber pactado expresamente la participación o surgir de la voluntad unilateral del empleador. Obviamente, la participación en las utilidades no convierte al trabajador en socio de la empresa (art. 310, CCom.) ni lo faculta para hacer responsable al empleador de la mala gestión.

El art. 110, LCT, dispone que *deben ser calculadas sobre las utilidades netas de la empresa*, es decir, las ganancias deducidos los impuestos. Las utilidades netas surgen de las diferencias entre dos mediciones de patrimonio neto efectuadas en distintos momentos, o bien de la diferencia entre ingresos obtenidos y gastos incurridos. El Código de Comercio obliga a los comerciantes a confeccionar un balance anual, salvo a los comerciantes al por menor, que lo tienen que hacer cada tres años (arts. 48 y 50).

La norma hace referencia no sólo a la participación en las utilidades, sino también a la *habilitación*. Ésta es la denominación que se otorga a la *participación en las ganancias que se paga a los empleados jerárquicos* tomando en cuenta el resultado global del negocio o de una parte determinada. El habilitado en virtud de su gestión en el resultado satisfactorio obtenido que beneficia al empleador percibe un adicional relacionado, por lo general, con las ventas.

En caso de que el contrato se extinga por cualquier causa antes de la finalización del ejercicio comercial respectivo, el empleador debe pagar una participación proporcional a la fracción del año trabajado. La parte de los beneficios no puede pagarse inmediatamente al separarse de la empresa, pero sí cuando se conozca el resultado del ejercicio o en el momento que se haya fijado de antemano como época de pago (art. 127, párr. 2°, LCT).

La solución es similar al caso del SAC, ya que se trata de una remuneración normal que se gana en la medida en la cual se trabaje.

Fue utilizada por aplicación de la ley 23.696, que estableció un programa de propiedad participada para los trabajadores de las empresas del Estado que se privatizaron. Los créditos derivados de los bonos de participación en las ganancias no están alcanzados por los acuerdos extintivos de la relación laboral, debido a que esos créditos se vinculan sólo tangencialmente al contrato de trabajo.

**4. *Propinas (art. 113, LCT)***. La propina es un *pago espontáneo que realiza un tercero* (usuario o cliente) *al trabajador por encima de la tarifa fijada, como muestra de satisfacción por el servicio prestado.*

Consisten en la *oportunidad de obtener beneficios o ganancias con motivo de las modalidades del trabajo o tipo de tareas realizadas*. Se caracterizan por ser abonadas por un tercero ajeno a la relación laboral —no las paga el empleador— y por resultar aleatorias. El art. 113, LCT, considera que las propinas son *remuneraciones cuando revisten el carácter de habituales* (no ocasional) *y no estuviesen prohibidas. Estos requisitos son acumulativos y no alternativos.*

Como ejemplo, pueden citarse los acomodadores de cines y teatros, los empleados de lavaderos de autos, los peluqueros y los cadetes que efectúan repartos a domicilio en los supermercados.

En caso de ser consideradas remuneraciones, se las tiene en cuenta a los efectos del pago del SAC y de las indemnizaciones y están sujetas a aportes y contribuciones.

Obviamente, están prohibidas para los empleados y funcionarios públicos. Asimismo, en algunas empresas privadas —por ejemplo, cadenas de supermercados y comidas rápidas de capitales extranjeros— las prohíben expresamente y, en algunos casos, establecen en sus reglamentos de empresa que la aceptación de propinas por el dependiente constituye una causal de sanción disciplinaria.

En relación con los gastronómicos, los convenios colectivos de aplicación a dicha actividad prohíben la percepción de propinas, lo cual resulta válido toda vez que no hay motivo alguno que vede al convenio dicha posibilidad, aun cuando esa prohibición resulte contraria a nuestras costumbres.

El convenio las considera 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.

Sin embargo, 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 la prohibición.

Al respecto, cabe recordar que no sólo los usos y costumbres *secundum legem* y *praeter legem* constituyen fuentes del derecho del trabajo en la LCT (arts. 1°, LCT, y 17, CCiv.), sino también las *contra legem*, siempre que sean debidamente demostradas como práctica reiterada.

Respecto de los gastronómicos se encuentran vigentes los CCT 389/2004, firmado con la Federación Empresaria Hotelera Gastronómica de la República Argentina (Fehgra); el 362/2003, firmado con la Asociación de Hoteles de Turismo de la República Argentina (AHT); el 397/2004, firmado con la Federación Argentina de Alojamientos por Horas (Fadaph); y el 401/2005, firmado con la Cámara Argentina de Concesionarios de Servicios de Comedores y Refrigerios (Cacyr).

El CCT 362/2001, en su art. 93, y el CCT 389/2004, en el art. 11, ptos. 6 y 11, establece un adicional por complemento de servicio remuneratorio consistente en el 12% del salario básico convencional de cada categoría profesional en concepto de sustitutivo de propina. Por su parte, el art. 94, CCT 362/2001 —atento al adicional establecido en el artículo anterior, y en los términos previstos por el art. 113, *in fine*, LCT—, y el art. 11, pto. 6, prohíbe la percepción

de propina por parte de todo el personal comprendido en el ámbito de aplicación del convenio. Se consigna que en el supuesto de que libremente un cliente entregue una propina a un dependiente, se considerará como mera liberalidad, sin consecuencia laboral alguna; por lo tanto, no integrará la remuneración del dependiente ni podrá ser considerado como causal de sanción disciplinaria.

En caso de que una persona ajena a la relación laboral, a pesar de la prohibición y de la oposición de la empresa, dejara una liberalidad a través de algún medio en el que deba intervenir la empresa en carácter de tercero necesario, ésta podrá facilitar los medios para que cada trabajador pueda acceder a esta liberalidad dada la imposibilidad de oponer el convenio colectivo a quienes pretenden efectivizarla (cliente), por tratarse de terceros ajenos al convenio, en cuyo caso se deberá afectar lo recibido como a cuenta de terceros, permitiendo así el cobro de esta liberalidad a quien el cliente lo haya destinado, y por la vía elegida por el cliente. En caso de que la operatoria elegida por quien entrega la liberalidad implique algún costo para la empresa, éste se descontará de la liberalidad.

La sala 7ª de la Cámara Nacional del Trabajo resolvió que "la propina es un pago espontáneo que realiza un tercero (usuario o cliente) al trabajador por encima de la tarifa fijada, como muestra de satisfacción por el servicio prestado. Al respecto, el art. 113, LCT, establece que cuando el trabajador tiene oportunidad de obtener beneficios o ganancias con motivo del trabajo o tareas realizadas, los ingresos en concepto de propinas o recompensas serán considerados, formando parte de la remuneración, si revistiesen el carácter de habituales y no estuviesen prohibidos. Respecto de los gastronómicos, el convenio colectivo de aplicación (125/1990) prohíbe la percepción de propinas. Dicho convenio considera que se trata de 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 (pto. 3° del art. 44, CCT 125/1990). En el caso de los gastronómicos no puede ignorarse, como dato de la realidad social, que una de las condiciones esenciales de la contratación es la percepción de propinas. Por ello, si como en el caso, el empleador autorizó la percepción de las propinas significa que ha decidido derogar la prohibición expresa del convenio colectivo y otorgarle el carácter que establece el art. 113, LCT, por lo que las propinas integraron la remuneración del trabajador. No debe olvidarse que los usos y costumbres *secundum legem* y *praeter legem* constituyen fuentes del derecho del trabajo en la LCT (arts. 1°, LCT y 17, CCiv.) y también las *contra legem*, siempre que sean debidamente demostradas como práctica habitual. A mayor abundamiento, en el caso el empleador omitió pagar el complemento del 12% que funciona como contrapartida de la prohibición de la percepción de propinas, tendiente a reparar el hipotético perjuicio que generara" (del voto de Ferreirós, en mayoría) (sala 7ª, 15/6/2007, "Figueredo, Alberto Daniel v. Pizzanesa SA").

También se ha dispuesto que "las propinas no revisten carácter remuneratorio. Así, la estipulación establecida en el CCT 125/1990 pone de manifiesto que la intención de las partes colectivas es desactivar la posibilidad de que las sumas recibidas de un tercero deban proyectarse sobre la relación de empleo, y, en especial, su inoperancia en la determinación del salario. La regla alude específicamente a la costumbre, pero ha sido de manera expresa esterilizada como fuente de derecho, de tal suerte que ninguno de los comportamientos reiterados puede revertir idoneidad suficiente a los efectos de servir de causa fuente a ningún derecho que invoquen las partes a su respecto, y la única forma en que puede prevalecer la autonomía de la voluntad es a través del pacto expreso individual por el cual el trabajador y la empleadora convengan expresamente en calificar de remuneratorias las propinas y someter su percepción a los gravámenes que deriven de las leyes de la seguridad social" (del voto de Ruiz Díaz, en minoría) (sala 7ª, 15/6/2007, "Figueredo, Alberto Daniel v. Pizzanesa SA").

Jurisprudencialmente se ha dispuesto que no es posible ignorar que, en el gremio gastronómico, una de las condiciones esenciales de la contratación es la proporción de propinas. Los mozos prefieren ir a los restaurantes de mayor calidad y se capacitan para ello, no por el salario, que mucho no varía, sino por la posibilidad de obtener mejores propinas. Ignorar ese hecho, que constituye uno de los objetos tenidos en vista por los mozos para contratar, es ignorar la norma y la realidad social.

Se debe recordar que el salario mínimo vital es el piso mínimo remuneratorio; por lo tanto, en caso de que las propinas fuesen el único concepto remuneratorio que percibe el trabajador y su ingreso fuese menor, el empleador deberá integrar la diferencia hasta completarlo.

El pago del salario por medio de la ocasión de ganancia por pagos de terceros (por ejemplo, las propinas) no exime al empleador de las prestaciones a su cargo que se basen en la remuneración, como las vacaciones y el SAC.

Desde el punto de vista de la seguridad social, las propinas son remuneración a los efectos de la tributación de aportes y contribuciones.

**5. *Viáticos (art. 106, LCT).*** Es la *suma que paga el empleador para que el trabajador afronte los gastos que le ocasiona el desarrollo de sus tareas habituales fuera de la empresa.*

El empleador puede pagarlo por adelantado, es decir, antes de que el trabajador efectúe el gasto, o bien después de realizado el desembolso.

Básicamente consiste en el pago del transporte —uso de colectivos, trenes, subterráneos, taxis—, alojamiento y demás gastos en los cuales incurra cuando deba viajar.

El art. 106, LCT, establece que "los viáticos serán considerados como remuneración, excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes, salvo lo que en particular dispongan los estatutos profesionales y convenciones colectivas de trabajo".

De lo expuesto en la norma cabe concluir que el viático es remuneración —salvo en los casos del art. 105, incs. a) y b)— cuando se entrega al trabajador una suma determinada y no se le exige la acreditación de los gastos efectuados, ni el destino asignado a ellos. Incluso, de probarse su pago habitual, resultaría exigible en períodos futuros como integrativo de su remuneración. Deben ser considerados remuneratorios cuando se han abonado en una suma fija mensual, sin obligación de devolver el sobrante (sala 6ª, 28/3/2003, "Rodríguez Seluchi, Jorge Antonio v. Rogiro Aceros SA", DT 2003-A-685).

En cambio, no constituye remuneración cuando el empleador lo paga con posterioridad al gasto y exige su acreditación con comprobantes, ya que no existe ganancia para el trabajador, sino un simple reintegro de la erogación efectuada.

En síntesis, como principio general, se puede establecer que los viáticos son remuneraciones cuando no se le exige al trabajador la entrega de comprobantes, y no son remuneraciones cuando se paga a cambio de la entrega de documentación que acredite el gasto; la regla es que *los viáticos sin comprobantes son remuneraciones y con comprobantes no lo son.*

Por ejemplo, si dos trabajadores viajan al interior del país, y a ambos se les liquidan viáticos, pero a un trabajador le pagan exactamente lo gastado de acuerdo con los comprobantes que entrega, no se debe considerar remuneración: acredita haber gastado $ 1000 en transporte, hotelería y alimentación y se le reintegra exactamente ese monto.

En cambio, si al otro dependiente le pagan una suma estimativa ($ 1000) por los gastos que deba efectuar y no se le exigen comprobantes que acrediten los gastos efectivamente realizados, se debe considerar remuneración, porque el trabajador pudo haber gastado $ 600 y haber ahorrado, por ejemplo, en alojamiento, si pernoctó en la casa de un amigo o familiar.

En el primer caso, el trabajador no obtiene ganancia alguna, mientras que en el segundo, o bien obtiene ganancia o, por lo menos, tiene la oportunidad de obtenerla.

Es importante destacar lo dispuesto en el fallo plenario 247 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ("Aiello v. Transportes Chevallier", del 28/8/1985) si se analiza a partir de lo dispuesto en el art. 106, LCT, que da a los estatutos profesionales y a los convenios colectivos la libertad de otorgarle carácter remuneratorio o no a los viáticos, con o sin exigencia de comprobantes.

El fallo plenario citado estableció que las partes signatarias de un convenio colectivo poseen autonomía de voluntad suficiente para darle a la compensación su verdadero carácter y, en consecuencia, pueden considerar no remuneratorios los gastos de comida, traslado o alojamiento, sin exigencia de rendición de cuentas (el caso se refería a los conductores de media y larga distancia del transporte automotor).

En el caso de los trabajadores del autotransporte de carga de larga distancia, el convenio colectivo estableció que perciban un valor por kilómetro recorrido en concepto de viático sin la obligación de rendir cuentas y con carácter no remunerativo.

Por su parte, el estatuto de los viajantes de comercio (ley 14.546), en su art. 7°, dispone claramente que los gastos y los viáticos tienen siempre carácter remuneratorio.

El inc. b), art. 105, LCT (reformado por la ley 24.700 del 14/10/1996), establece que "los reintegros de gastos sin comprobantes correspondientes al uso del automóvil de propiedad de la empresa o del empleado, calculados sobre la base de kilómetro recorrido, conforme los parámetros fijados o que se fijen como deducibles en el futuro por la Dirección General Impositiva" no revisten carácter remuneratorio, al igual que "los viáticos de viajantes de comercio acreditados con comprobantes en los términos del art. 6°, ley 24.241 y los reintegros de gastos de automóvil en las mismas condiciones que las especificadas en el inciso anterior" (inc. c]).

Desde la modificación del art. 105, LCT (inc. d]), por la ley 24.700 (BO del 14/10/1996), se debe entender que no tienen carácter remuneratorio los viáticos de viajantes de comercio, ya que esta norma es posterior al art. 7°, ley 14.546, y resulta más acorde a la realidad que un gasto con comprobante no constituya remuneración.

Si bien el art. 6°, ley 24.241, los considera remuneración, dispone que la autoridad de aplicación fijará las condiciones en las cuales los viáticos y gastos de representación no estarán sujetos a aportes y contribuciones no obstante la inexistencia total o parcial de comprobantes que acrediten el gasto.

**6. *Adicionales***. Los llamados adicionales *tienen carácter remuneratorio*. Los trabajadores los perciben por distintos motivos y *son accesorios a la remuneración principal*. Es importante destacar que la LCT no obliga al pago de ninguno de estos adicionales.

*Su aplicación depende de lo establecido en los convenios colectivos, en los estatutos profesionales y lo dispuesto por cada empresa*. Por ello, los requisitos para acceder a su percepción y su monto varían según la actividad desarrollada por el trabajador y la empresa en la cual preste servicios, es decir, depende de la fuente de derecho de que se trate.

Los adicionales más comunes son los siguientes:

***a) por antigüedad***: es un porcentaje o suma fija que se abona en forma proporcional a la antigüedad del trabajador en la empresa; también se utiliza cuando el dependiente lleva varios años detentando un mismo cargo o en una misma categoría;

***b) por funciones determinadas***: se paga por desarrollar durante un tiempo determinado una función especial, por ejemplo, de mayor responsabilidad;

***c) por tareas riesgosas***: es común que se establezca un pago suplementario al trabajador que efectúa tareas peligrosas para su integridad psicofísica o su vida;

***d) por título***: es un adicional que se paga por haber concluido una carrera: título secundario, terciario o universitario; se pueden establecer distintas sumas o porcentajes según su importancia. Se paga sin perjuicio de que su versación especial sea requerida en el desarrollo de sus tareas;

***e) premios y plus***: son sumas que el empleador paga para estimular al trabajador y lograr mayor cooperación en la prestación de la tarea y un mejor rendimiento en la empresa; son incentivos.

No es una remuneración por resultado, como la prima, aunque el punto de referencia es el desempeño del trabajador, se trata de adicionales preestablecidos, por ejemplo, por puntualidad y asistencia (presentismo).

Se adicionan al básico y su percepción depende de que se verifiquen las circunstancias que motivan su pago; por lo general, el trabajador no percibe un monto fijo (salvo que haya sido pactado) sino de acuerdo con las bases fijadas.

El pago de una atribución patrimonial destinada a estimular un mayor rendimiento cuantitativo y cualitativo de los trabajadores asume el carácter de contraprestación remuneratoria, de conformidad con lo establecido por los arts. 103 a 105, LCT, y debe ser incluida dentro de la base de cálculo de la indemnización por despido.

Las condiciones para hacerse acreedor al premio varían según la fuente normativa —convenio colectivo o unilateralmente por el empleador— y puede tomarse en cuenta haber alcanzado un determinado nivel de producción o el desempeño personal o grupal.

De allí que existan distintas formas de determinar la remuneración por premios, las cuales se adaptan a la actividad y pueden abarcar a toda la empresa, a un sector o a un establecimiento; su base puede depender del cumplimiento de diferentes condiciones, como el ahorro de materias primas, cantidad y calidad de producción, observancia del reglamento, actuación destacada, cuidado de máquinas y herramientas, haber superado un nivel de producción, no haber registrado ausencias ni llegadas tarde, haber reducido el grupo de trabajo, el índice de accidentes o de rechazo de mercaderías por mala confección, etcétera.

Comúnmente, cuando se liquidan sobre la venta de determinados productos, por ejemplo, de difícil colocación en el mercado, se los denomina bonificaciones.

No debe computarse la "bonificación por productividad" para el cálculo del pago de la indemnización por despido (art. 245, LCT) toda vez que ésta se determina tomando como referencia remuneraciones mensuales y no beneficios o liberalidades de carácter anual. Tampoco corresponde su inclusión en la integración del mes de despido ni en la indemnización sustitutiva del preaviso porque éstos son rubros indemnizatorios que guardan equivalencia con los salarios mensuales que el trabajador hubiese podido percibir durante el lapso no laborado (arts. 231 y 232, LCT).

La LCT no obliga al pago del presentismo ni de otro premio; su aplicación depende de lo establecido en los convenios colectivos o de lo fijado por cada empresa, y su percepción está sujeta a los requisitos establecidos para acceder a él.

La exigibilidad del pago del adicional surge del convenio colectivo o —de no existir éste— de su habitualidad. El empleador no puede eliminarlo en forma unilateral, salvo que no se den las condiciones preestablecidas para su otorgamiento, tal es el caso de los incumplimientos del trabajador (disminución injustificada de las tareas en el premio por producción, ausencias injustificadas en el premio por presentismo, llegadas tarde en caso de puntualidad, etcétera).

Cuando una prestación abonada por el empleador se halla incorporada al núcleo del contrato, en tanto constituye una remuneración diferida sobre la que se calculaba el SAC y se efectuaban retenciones impositivas, puede ser exigida por el trabajador aunque la hubiera percibido una sola vez atento su escasa antigüedad.

Si el incumplimiento está motivado por una enfermedad o accidente inculpable, habrá que estar a lo expresamente pactado; en caso de que no se hubiese contemplado concretamente esta situación, el premio debe ser abonado; aquí se torna aplicable lo dispuesto en el art. 208, LCT, que dispone que la remuneración del trabajador durante la licencia por enfermedad no puede ser inferior a la que hubiese percibido de no haber surgido el impedimento para prestar tareas.

También podría ocurrir que se produjera un cambio en las condiciones de trabajo, que puede estar o no motivado por el cambio de puesto de trabajo. Por ejemplo, si la empresa deja de prestar tareas en una zona alejada o en lo sucesivo no se sigue trabajando con altas temperaturas, el premio pierde su razón de ser y, por ende, se deja de pagar.

### 3. En dinero y en especie (arts. 105 y 107, LCT)

El art. 105 establece que "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.

El art. 107, párr. 2°, dispone que "el empleador no podrá imputar los pagos en especies a más del 20% del total de la remuneración". Con esto se protege la intangibilidad y libre disponibilidad de la remuneración.

Es decir que el trabajador, normalmente, debe percibir su remuneración en dinero. Pero también puede recibir pagos en especie en virtud de las características especiales de algunas actividades (encargados de casas de renta, gastronómicos) y obtener otras prestaciones no dinerarias como comida, mercaderías y alojamiento ("uso de habitación").

*La remuneración en especie consiste en el pago efectuado en cualquier otra forma que no sea dinero; no puede sustituir el pago en efectivo, sino sólo complementarlo.*

El pago en especie —cuya estimación debe estar inserta en los recibos— es remuneratorio (está sujeto a aportes y contribuciones, y se tiene en cuenta para el SAC, las vacaciones, indemnizaciones, etc.). Su determinación en dinero se debe basar en lo previsto en el convenio colectivo, si no existe la fijará el empleador, pero el trabajador tiene el derecho de impugnarlo.

La ley 24.241 dispone que, a los efectos de la tributación de aportes y contribuciones para la seguridad social, las retribuciones en especie de valor incierto serán estimadas por el empleador (art. 6°).

El convenio 95 de la OIT sobre la protección del salario, ratificado por la Argentina (dec.-ley 11.595/1956), establece que la legislación nacional, los contratos colectivos o los laudos arbitrales pueden permitir el pago parcial del salario con prestaciones en especie en las industrias u ocupaciones en las cuales esta forma de pago sea de uso corriente o conveniente a causa de la naturaleza de la industria u ocupación de la cual se trate.

La cuantificación dineraria de la remuneración en especie, a fin de realizar los aportes y contribuciones de la seguridad social, es realizada por el empleador (art. 6°, ley 24.241).

Toda remuneración fijada convencionalmente debe ser expresada en dinero, de modo tal que la destinada a ser cancelada en especie debe ser debidamente cuantificada dinerariamente, lo que resulta relevante cuando debe ser sustituida por dinero (pago de vacaciones, cómputo de la base para calcular indemnizaciones, etc.), y a fin de realizar los aportes y contribuciones de la seguridad social a su respecto.

***Alimentos***. Es una típica remuneración en especie, que evita que el trabajador efectúe el gasto que implicaría proveerse de ellos.

El tema se desarrolla en el punto "Beneficios sociales" de este capítulo.

***Uso de habitación o vivienda (art. 105, LCT).*** Es una *remuneración en especie*, ya que, en principio, redunda en una ventaja patrimonial para el trabajador; *es complementaria y no puede representar más del 20% de la remuneración total*. Generalmente se otorga en los casos en que la vivienda está ubicada en el mismo lugar en que el trabajador desarrolla las tareas.

Consiste en el otorgamiento de una vivienda al trabajador para su uso personal y el de su familia a cargo. En principio tiene carácter remuneratorio ya que significa un beneficio económico para el trabajador que le permite no afrontar ese gasto.

El uso de una vivienda suministrada por el empleador a su dependiente se otorga para evitar los perjuicios de falta de habitación que le acarreaban los traslados desde su lugar de residencia al de prestación de tareas.

Constituye una ganancia patrimonial para el trabajador, por lo cual se erige en una remuneración en especie y corresponde tener en cuenta su incidencia en el cálculo de las indemnizaciones por despido, fijando el monto del rubro en el 20% de la remuneración.

Excepcionalmente es considerada prestación complementaria no remunerativa y no es computable a los fines de ingreso de cotizaciones a la seguridad social ni a los demás efectos laborales, en los casos previstos en el art. 105, inc. d), LCT (reformado por la ley 24.700):

1) "comodato de casa-habitación de propiedad del empleador, ubicada en barrios o complejos circundantes al lugar de trabajo": se trata de un préstamo de uso gratuito y la vivienda está dentro del establecimiento o en sus adyacencias (por ejemplo, las del cuidador, las del complejo habitacional que integra el predio fabril, las que integran los obradores);

2) "locación, en los supuestos de grave dificultad en el acceso a la vivienda": es la otorgada en lugares de difícil acceso a vivienda por razones de mercado y tiene por finalidad facilitarle al trabajador encontrar un lugar para vivir (por ejemplo, en pueblos que tienen un ingreso importante de trabajadores por una obra de cierta envergadura).

Aunque la remuneración en especie consista en el uso de habitación, siempre se trata de un contrato único de trabajo —con contenido complejo— y no de dos contratos diferentes —de trabajo y de locación—. Distinto es el caso en el cual el empleador alquile al trabajador una habitación ubicada en el establecimiento o en un lugar cercano; aquí, si bien está estrechamente relacionado con el contrato laboral, se rige por las reglas del contrato de locación.

Distintos estatutos especiales otorgan la provisión de vivienda, y la mayoría fija un plazo para desocuparla en caso de extinción del vínculo laboral: el estatuto para encargados de casas de renta (art. 13, ley 12.981), el del servicio doméstico (art. 4°, inc. f], dec.-ley 326/1956), el de contratistas de viñas y frutales (art. 11, inc. a], ley 20.589), el de choferes particulares (art. 7°, ley 12.867), el de trabajadores agrarios (arts. 92 y 93, ley 22.248).

Por tratarse de un pago en especie, debe ser valuado en dinero; en algunos convenios colectivos, dicha valuación ha sido efectuada por las partes, debiendo, en tales casos, atenerse a sus términos.

Cuando la evaluación surge del convenio colectivo, tiene plena validez: el juez no puede apartarse de ella, ya que la fijación judicial del salario procede únicamente cuando no hay salario convenido (art. 114, LCT).

El uso de habitación o vivienda es un *accesorio del contrato de trabajo*, por lo cual, *al extinguirse el vínculo por cualquier causa* —incluso un despido arbitrario— *el trabajador debe desocupar la vivienda*. Por ejemplo, en el caso de los encargados de casas de renta, deben devolverla a los treinta días de producido el cese del vínculo laboral (art. 7°, dec. 11.296/1949, reglamentario de la ley 12.981).

En el caso del servicio doméstico, el plazo de desocupación se reduce a cuarenta y ocho horas (art. 8°, dec.-ley 326/1956) y el trabajador rural dispone de quince días (art. 54, dec. 3147/1949).

## Remuneraciones. Clasificación

| Concepto | *Contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo, que constituye la principal obligación del empleador* | |
|---|---|---|
| CLASIFICACIÓN | Según la forma de determinarla | Por tiempo: Jornal (Horario, Diario); Sueldo<br>Por resultado: Destajo; Comisión; Primas — Individual (Directa, Indirecta); Colectiva |
| | Según la importancia patrimonial | Principales (en dinero): Por tiempo (Jornal, Sueldo); Por resultado (Destajo, Comisión, Primas)<br>Complementarias: SAC; Gratificaciones; Participación en las ganancias; Propinas; Viáticos; Adicionales (Por antigüedad, Por funciones determinadas, Por tareas riesgosas, Por trabajos extras, Por título, Premios); En especie: uso de habitación o vivienda, alimentos, etc. |
| | Según la forma de pago | En dinero<br>En especie: Hasta el 20% de la remuneración total |

### 4. Retribuciones especiales

Los contratos de trabajo celebrados por trabajadores de alto nivel empresarios se suelen caracterizar por incluir contenidos o rasgos innovadores, que raramente surgen en los contratos del trabajador promedio, debido al mayor poder negocial que detenta el dependiente en estos casos. Entre ellos cabe destacar, siguiendo a Julián de Diego, el *hiring bonus, golden parachute, stock options, housing* y *training*.

El *hiring bonus*, también llamado "bono de pase", es un plus que se abona a un trabajador jerárquico —de nivel ejecutivo— para compensar los efectos del abandono de un puesto de trabajo en una empresa determinada para pasar a revestir en la nueva empresa contratante. Por lo general consiste en una suma de pago único, aunque puede también llegar a fraccionarse.

Combinado con el anterior, suele utilizarse también el *golden parachute* —o "paracaídas dorado"— que consiste básicamente en un acuerdo por el cual el empleador se compromete a abonar una indemnización agravada si el despido del ejecutivo se produce dentro de un lapso determinado a partir de su contratación.

Tiene por función lograr que el dependiente quede amparado frente a la contingencia de un despido temprano incausado, en una suerte de período de prueba a la inversa.

Otras condiciones contractuales incluyen las *stock options* o derechos accionarios, el *housing* o conjunto de prestaciones relacionadas con la vivienda del dependiente y gastos por desarraigo, el *training* o capital de conocimiento, que puede incluir incluso los gastos de pasajes a congresos, seminarios y encuentros, así como también estadías, aranceles, matrículas y bibliografía.

## VII. PROTECCIÓN DE LA REMUNERACIÓN FRENTE AL EMPLEADOR

La LCT contiene disposiciones protectorias en los arts. 124 a 148, las cuales resultan aplicables, en lo pertinente, a las indemnizaciones debidas como consecuencia del contrato de trabajo.

Entre otras, los recaudos concernientes a la instrumentación del pago y a las cuotas de embargabilidad que, conforme al dec. reg. 484/1987, son iguales a las vigentes respecto de las remuneraciones.

*La ley protege la intangibilidad de la remuneración del trabajador frente al empleador mediante distintos recursos que tienen por finalidad el cobro íntegro y oportuno del salario.*

Además de las normas imperativas, que conforman el orden público laboral (salario mínimo, vital y móvil e irrenunciabilidad), fija pautas expresas respecto del lugar y la fecha en que se debe abonar la remuneración del trabajador, los medios de pago —efectivo o cheque a la orden del trabajador o mediante acreditación en cuenta corriente o caja de ahorro— (art. 124, LCT), límites a las deducciones, retenciones y compensaciones que pueden efectuar los empleadores (enumeradas en el art. 132, LCT), el tope máximo de retención —hasta el 20% del monto total de la remuneración en dinero— (art. 133, LCT).

### 1. Pago de la remuneración (arts. 124 a 129, LCT)

El pago de la remuneración es la principal obligación del empleador. Es un acto jurídico —capaz de aniquilar derechos (art. 944, CCiv.)— de carácter recepticio que *consiste* —principalmente— *en la entrega de dinero al trabajador por haber puesto su fuerza de trabajo a disposición del empleador.*

La *remuneración* tiene *carácter alimentario*; el *pago*, para ser cancelatorio, se debe efectuar con los *recaudos exigidos por la LCT* en relación con la persona, el lugar y el tiempo de su efectivización, como también respecto de los requisitos del recibo, fijando la ley

distintos mecanismos para evitar fraudes al trabajador. La remuneración se debe pagar por período vencido.

El art. 260, LCT, protege los créditos de los trabajadores y es una expresión del principio de irrenunciabilidad de los derechos al disponer que *el pago insuficiente será considerado como pago a cuenta del total adeudado aunque se reciba sin reservas*. La LCT establece diversos mecanismos para proteger el pago de las remuneraciones y evitar fraudes al trabajador.

### *1.1. Sujetos*

Los sujetos del pago son el empleador —persona física o jurídica— y el trabajador. En principio, *el pago lo debe realizar el empleador*, pero *excepcionalmente* lo puede efectuar un tercero con interés en liberarse, por ejemplo: el deudor solidario (arts. 29, 30, 31 y 136, LCT), aun contra la voluntad del deudor (art. 178, CCiv.).

*El sujeto que debe recibir el pago es el trabajador personalmente*. Como *excepción*, en caso de existir un impedimento del trabajador para recibirlo, y si media una autorización firmada por él, se puede realizar a un familiar o compañero de trabajo (art. 129, párr. 2°, LCT). El empleador podrá exigir la certificación de firma (ante autoridad administrativa laboral, judicial o policial del lugar, o escribano público).

### *1.2. Tiempo*

Respecto de los períodos de pago, el art. 126, LCT, dispone que *el pago de la remuneración se debe realizar en 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* (unidad de obra): cada semana o cada quincena respecto de los trabajos concluidos en los referidos períodos.

En el mismo período debe pagarse el 100% de las piezas comenzadas y finalizadas en ese período; además —como mínimo— las dos terceras partes de lo comenzado y aún no terminado. En el período siguiente se abona el tercio restante de lo comenzado en el período anterior, el 100% de lo comenzado y finalizado en él, y como mínimo las dos terceras partes de lo que terminará en el período siguiente.

En cuanto al *plazo*, el art. 128, LCT, establece que una vez vencido el período que corresponda, el empleador debe pagar la remuneración:

*a)* en un plazo máximo de *cuatro días hábiles para el personal mensualizado o remunerado por quincena*;

*b)* en un plazo máximo de *tres días hábiles para el personal remunerado por semana*.

El período de pago es la periodicidad con la cual el empleador debe liquidar las remuneraciones, y los plazos de pago, el término perentorio en el cual deben ser pagadas. En la participación en las utilidades o la habilitación, la ley no fija la época de pago, por lo cual las partes previamente deben pactarlo en forma expresa (individual o colectivamente); de no existir acuerdo previo se aplican los usos o costumbres de empresa, y son exigibles en los plazos en los cuales fueron liquidados en períodos anteriores.

El estatuto del viajante de comercio (ley 14.546) prevé una periodicidad mensual para el pago de las comisiones percibidas como remuneración principal. Toda remuneración accesoria (premios o bonificaciones) debe ser abonada junto con la principal.

De la lectura del art. 137, LCT, surge que el deber de pagar la remuneración tiene un plazo cierto y determinado y que *la mora del empleador se produce en forma automática* (art. 509, CCiv.), es decir, sin necesidad de interpelación previa, por el mero vencimiento de los plazos señalados precedentemente (art. 128, LCT).

Esto significa que a partir de ese momento comenzarán a devengarse intereses compensatorios en favor del trabajador por la privación del uso del capital (remuneración), que en la práctica sólo se reclaman en caso de demanda judicial.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, por medio de la res. 2155 (que opera como una suerte de plenario de hecho), había establecido los intereses de los créditos laborales, para el período posterior al 1/4/1993, en 12% anual (1% mensual) hasta el 31/12/2001. De acuerdo con lo dispuesto por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo mediante el acta 2357 (7/5/2002), modificada por res. 8 (30/5/2002), a partir del 1/1/2002 se aplica la tasa de interés —activa— fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos.

En caso de que una empresa tenga dificultades transitorias en el pago de las remuneraciones, en algunas oportunidades se recurre formalmente al procedimiento de crisis (arts. 98 y ss., ley 24.013), para concertar con el sindicato —con la intervención del Ministerio de Trabajo— un plan de pago escalonado de salarios o bien se negocia directamente con la entidad gremial para evitar un conflicto colectivo y reclamos individuales de los trabajadores.

Pero desde el punto de vista de las obligaciones contractuales, para que la falta de pago de la remuneración en forma oportuna pueda ser considerada injuria (a los fines de colocarse en situación de despido indirecto), es imprescindible que el trabajador intime fehacientemente al empleador.

Por eso, *la mora en el pago no habilita al trabajador a considerarse despedido, sino que lo autoriza a intimar al empleador deudor* para que abone inmediatamente la remuneración bajo apercibimiento de considerarse injuriado y colocarse en situación de despido indirecto.

### *1.3. Lugar*

De lo dispuesto en el art. 129, LCT, surge que el pago de las remuneraciones *debe ser realizado en días hábiles laborales, en el lugar de trabajo y durante la prestación de las tareas*, es decir, en horas de trabajo.

El convenio 95 de la OIT establece que cuando el salario se pague en efectivo, el pago se debe efectuar únicamente los días laborales, en el lugar de trabajo o en un lugar próximo a éste, a menos que la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral dispongan otra forma o que otros arreglos conocidos por los trabajadores interesados se consideren más adecuados (art. 13.1).

Queda prohibido realizar el pago en lugares donde se vendan mercaderías o se expendan bebidas alcohólicas, salvo que éste sea el objeto del establecimiento. No se puede fijar más de seis días de pago por cada mes, salvo autorización excepcional del Ministerio de Trabajo.

### *1.4. Medios de pago*

Los medios de pago admitidos por el art. 124, LCT, son los siguientes: *en efectivo, mediante cheque a la orden del trabajador o por acreditación en cuenta corriente bancaria o caja de ahorro.*

El último párrafo del art. 124, LCT, establece que debe ser realizado en dinero y el trabajador puede exigir el pago en efectivo, con esta disposición se busca evitar fraudes. También está excluido el pago en moneda extranjera.

La empresa no puede pagar la remuneración del trabajador con cheques de terceros. El cheque debe pertenecer a la empresa y la remuneración se considera cancelada cuando fue cobrado por el trabajador, pero si de todos modos percibió el monto de la remuneración, ese pago efectuado con cheques de terceros tiene validez.

La LCT faculta a la autoridad administrativa de aplicación a controlar el pago de las remuneraciones en determinadas actividades, empresas, explotaciones, establecimientos, o en diversas zonas o épocas del año (art. 124, párr. 2°). Esto tiende a prevenir maniobras o actos fraudulentos en perjuicio del trabajador, como, por ejemplo, pagos insuficientes, en negro o mediante el sistema del *truck* (art. 131, párr. 2°); de haberse efectuado, el pago podrá ser declarado nulo.

Actualmente los pagos se efectúan por cuenta corriente y por cajeros automáticos, que es un medio establecido para dar seguridad a ambas partes y que permite al trabajador acceder al salario en efectivo sin costo adicional, en cuentas abiertas en entidades bancarias y a su nombre (res. 644/1997 MT [BO del 8/10/1997], 790/1999 [BO del 11/11/1999] y 360 [BO del 16/7/2001]). Este sistema no exime al empleador de otorgar los recibos en legal forma. La circular 2590 del Banco Central de la República Argentina regula distintos operativos.

El Ministerio de Trabajo —mediante la res. 644/1997 (BO del 8/10/1997)— estableció que las empresas de más de cien trabajadores (se trate de personal permanente o contratado bajo cualquier modalidad) tienen la obligación de pagar la remuneración del trabajador dependiente por medio de una cuenta bancaria a nombre de él.

La res. 790/1999 (BO del 11/11/1999) amplió el régimen establecido por la res. 644/1997, a las empresas de más de veinticinco trabajadores.

Finalmente, la res. 360 MT (BO del 16/7/2001) extendió a todos los empleadores la obligación de abonar las remuneraciones de su personal, ya sea permanente o contratado bajo cualquiera de las modalidades previstas en la legislación vigente, en cuentas abiertas a nombre de cada trabajador (art. 1°). Dichas cuentas deben ser abiertas en entidades bancarias habilitadas que posean cajeros automáticos en un radio de influencia no superior a dos kilómetros del lugar de trabajo en zonas urbanas y a diez kilómetros en zonas no urbanas o rurales (art. 2°). Rige para las remuneraciones devengadas a partir del mes de agosto de 2001.

El Poder Ejecutivo fundamentó esta medida en la tutela del crédito del trabajador y en la propia LCT, que contempla la posibilidad de efectuar el pago de la remuneración en dinero —efectivo o mediante la entrega de cheque extendido a la orden del trabajador—, o acreditándolo en una cuenta bancaria abierta a su nombre. Considera que el procedimiento de acreditación de las remuneraciones en cuentas bancarias es un moderno mecanismo de pago que pretende dificultar el fraude y garantizar la percepción íntegra, real y tempestiva de la remuneración.

El servicio es gratuito para el trabajador y sin imposición de límites de extracción, bajo las condiciones de funcionamiento de las cuentas, fijadas por el Banco Central.

El pago del salario mediante acreditación en cuenta corriente o caja de ahorro queda suficientemente acreditado con la documentación obrante en la entidad bancaria o con la constancia que ésta entrega al empleador. La apertura de la cuenta y el depósito de la remuneración no eximen al empleador de los demás deberes formales y sustanciales que tutelan el pago de la remuneración (entre otros, períodos y plazos de pago).

La cuenta tiene vigencia mientras subsiste el contrato de trabajo, y aun en los períodos en los que no se perciba remuneración (licencias sin goce de haberes, suspensiones, plazo de conservación del empleo). En caso de cese del vínculo, el empleador debe comunicar a la en-

tidad bancaria que se produjo la extinción de la relación laboral a fin de que se proceda al cierre de la cuenta.

Asimismo, se propenderá a que la gratuidad alcance también a los empleadores de las pequeñas empresas definidas por el art. 83, inc. a), ley 24.467 (art. 4°, res. 360/2001).

La ley 26.590 (BO del 5/5/2010) modificó el art. 124, LCT, agregando un segundo párrafo, que establece que la cuenta bancaria a nombre del trabajador 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 extracciones de fondos en todo el sistema bancario, cualquiera fuera la modalidad extractiva empleada.

La amplitud con que fue pensada la reforma ("...en todo el sistema bancario...") implica que a partir de ahora no se le efectúan al trabajador descuentos por el sistema de extracción utilizado (tanto la constitución como el mantenimiento ya eran gratuitos para el trabajador), y tampoco puede haber límites de extracciones, para que el trabajador pueda retirar dinero tantas veces como considere conveniente. Debe aclararse que no es lo mismo límites de extracciones, que límite diario de extracción. Esto último se sigue manteniendo y es una herramienta eficaz para evitar que, en caso de robo o incluso de un *secuestro express*, el trabajador pierda la totalidad de la remuneración.

## Pago de la remuneración (arts. 124 a 129, LCT)

| | |
|---|---|
| SUJETOS | Empleador: paga la remuneración –excepcionalmente un tercero–.<br>Trabajador: recibe el pago –excepcionalmente familiar o compañero–. |
| TIEMPO | Personal mensualizado: al vencimiento de cada mes calendario.<br>Personal remunerado a jornal o por hora: por semana o quincena.<br>Personal remunerado por pieza o medida: cada semana o quincena. |
| PLAZO MÁXIMO | Vencido el período de pago { Mensualizado o remunerado por quincena: cuatro días hábiles<br>Remunerado por semana: tres días hábiles |
| LUGAR | De trabajo, en días hábiles y durante la prestación |
| MEDIOS DE PAGO | – Efectivo.<br>– Cheque a la orden del trabajador.<br>– Acreditación en cuenta corriente o caja de ahorro. |

## 2. Prueba del pago. Recibos (arts. 138 a 146, LCT)

Como principio general, cabe establecer que *el pago se prueba mediante recibo firmado por el trabajador*. En caso de cuestionarse el pago de la remuneración o de una indemnización, está a cargo del empleador probar su existencia.

*Todo pago en dinero debe instrumentarse en recibos emitidos con las formalidades fijadas en la LCT. Los libros* que obligatoriamente deben llevar los empleadores *no resultan* en este aspecto *una prueba determinante*, aun cuando sean llevados en forma legal.

Cabe reiterar que el medio idóneo de prueba es el recibo original, firmado por el dependiente, que el empleador tiene en su poder (el trabajador conserva la copia), y que en un juicio laboral es ofrecido como prueba instrumental.

A falta de recibo, el pago en dinero sólo podrá ser probado por confesión judicial. El pago en especie puede probarse por cualquier medio, aunque también puede instrumentarse por recibos.

A modo de síntesis, se agrega que el juez debe someter ese recibo al reconocimiento del trabajador: si éste desconociera su firma, se determina si pertenece o no a su puño y letra por medio de una prueba pericial caligráfica; en caso afirmativo, el pago documentado con ese recibo tiene plenos efectos cancelatorios; de lo contrario, se entiende que el pago nunca fue efectuado y se condena a la empresa a realizarlo.

El empleador tiene la obligación de conservar y exhibir la documentación que acredita los pagos laborales durante el plazo de dos años en el cual se extiende la prescripción liberatoria (art. 256, LCT).

Sin embargo, en la égida del derecho comercial, las constancias de los libros se complementan con la documentación respectiva (art. 46, CCom.), por lo cual, en la práctica, los recibos de pagos laborales, en la medida en que se reflejan en la contabilidad de la empresa, deben ser conservados por el lapso de diez años que prescribe la ley mercantil.

*El empleador, al momento de efectivizar la remuneración, está obligado a otorgar al trabajador el recibo de pago, que debe confeccionar en ejemplar doble, y entregar el duplicado al trabajador para que éste pueda controlar y verificar sus datos.*

La entrega del duplicado al trabajador le permite verificar si los datos consignados son correctos: individualización del empleador, calificación profesional, fecha de ingreso, rubros y monto de la remuneración, deducciones realizadas, etcétera.

En caso de que el duplicado no concuerde con el recibo original, prevalecen los datos del recibo en poder del trabajador, dado que el duplicado tiene por objeto establecer si el pago fue efectuado correctamente, y sus falencias crean una situación desventajosa para el trabajador.

El recibo *debe ser firmado por el trabajador* —aunque sea menor—; en caso de no saber firmar, debe colocar su impresión dígito pulgar. El recibo firmado con iniciales no tiene eficacia para acreditar el pago, salvo reconocimiento voluntario del trabajador (art. 1014, CCiv.).

El art. 59, LCT, dispone que "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".

La firma autógrafa es la representación gráfica del nombre y apellido, o título, o de su identidad, que una persona escribe de su propia mano en un documento, para darle autenticidad o para expresar que aprueba su contenido.

El art. 60, LCT, prohíbe el otorgamiento de la firma en blanco, apartándose de la regla del art. 1016, CCiv. (que lo considera una suerte de mandato tácito). El trabajador que acredita haberlo hecho puede oponerse al contenido del acto, demostrando que las declaraciones insertas en el documento no son reales. La norma obliga al trabajador a demostrar que firmó en blanco

—para eludir la consecuencia del reconocimiento de firma según el art. 1028, CCiv.— y ello lo habilita a demostrar la falsedad del contenido del instrumento.

Coadyuva a tal probanza la demostración de "que las declaraciones insertas en el documento no son reales", acreditación que conduce a igual solución aun cuando el documento no hubiere sido firmado en blanco, por imperio del principio de primacía de la realidad y de las normas relativas al fraude (art. 14).

Se establece una pauta de interpretación en contra del empleador que incorpora a formularios impresos, por cualquier medio de escritura, declaraciones o negocios liberatorios en su favor. La determinación de la eficacia probatoria del agregado queda sujeta al criterio del juzgador, quien la apreciará —en cada caso— en favor del trabajador.

Se trata de una directiva que el legislador entendió necesaria en virtud de las particularidades de la relación laboral. Así, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil, donde el abuso de la firma en blanco se produce cuando una parte se aprovecha de la confianza para alterar un acuerdo primigenio, en nuestra disciplina la acción de firmar un documento en blanco es fruto de la diferencia lógica de poder negocial entre las partes, como resultado del cual la parte débil puede verse en necesidad de firmar en blanco para mantener su fuente de trabajo, o como requisito para ingresar a trabajar.

El recibo es un documento al que la LCT le asigna una *finalidad precisa y exclusiva: acreditar el pago* de prestaciones laborales, y por ello se considera nula toda mención extraña al pago.

Así lo dispone el art. 145, LCT, al prohibir que contenga renuncias de ninguna especie, ni que se utilice para instrumentar cualquier forma de extinción de la relación laboral o alterar la calificación profesional en perjuicio del trabajador. El objetivo es evitar que se utilice la firma inserta por el trabajador en el recibo de haberes para convalidar renuncias de cualquier especie.

Si bien la LCT exige que los pagos se instrumenten mediante recibos con formalidades concretas, en caso de que se efectúen pagos de créditos laborales —remuneraciones o indemnizaciones— sin que el empleador otorgue recibo en forma legal, su validez queda librada a la valoración judicial; es decir que será el juez el que determine la eficacia cancelatoria del recibo si carece de algunos de los requisitos exigidos en el art. 140, LCT, o no se compadece con la documentación laboral, previsional, comercial y tributaria del empleador.

Cada recibo prueba el pago del período al cual se refiere; por ende, el pago del último período no hace presumir el pago de los anteriores (art. 143, párr. 2°, LCT): no se puede presumir el pago de algún período si no existe recibo.

El recibo, como instrumento liberatorio del empleador, es preparado por éste, indicando la imputación del pago (art. 140, inc. c], LCT). Si no se aclara el período que corresponde, cabe imputar el pago al mes en que se recibe el dinero documentado por el instrumento.

Similar estructura obra en los instrumentos de cobro preparados por el trabajador, como los vales de caja que se retiran a cuenta de salarios. En tales supuestos, si no se aclara a qué período corresponde el retiro, cabe concluir que se imputa al mes o día corriente.

El recibo firmado por el trabajador sólo sirve para demostrar la cancelación de rubros dinerarios, por lo que no hay motivo por el cual la provisión de ropa de trabajo no pueda ser probada a través de testigos (sala 10ª, 27/11/2003, "Oteiza, Enrique v. El 47 SRL y otro").

En el libro de sueldos y jornales —rubricado ante el Ministerio de Trabajo—, el empleador debe consignar no sólo los datos de identificación del trabajador, sino también las copias de los recibos de pago. Por eso, el juez debe analizarlo juntamente con el resto de la prueba a fin de establecer si realmente el pago se efectuó o si el dato omitido en el recibo y la falta de correlación con la restante documentación de la empresa demuestra su inexistencia.

En caso de que la remuneración hubiere sido pagada mediante depósito en una cuenta bancaria o caja de ahorro a nombre del trabajador (art. 124), a la constancia de la institución bancaria o a la que hubiere entregado al empleador se debe agregar el recibo suscripto por el trabajador en el cual conste haber percibido su crédito en aquella forma.

De acuerdo con lo prescripto en la LCT, el recibo de sueldo debidamente suscripto por el trabajador es el único medio de acreditar el pago de la remuneración (arts. 138 y ss., LCT). Sin embargo —como hiciera referencia en el punto anterior—, las res. 644/1997, 790/1999 y 360/2001 MT dispusieron que todos los empleadores deben abonar las remuneraciones de su personal —permanente o contratado bajo cualquiera de las modalidades previstas— en cuentas abiertas a nombre de cada trabajador en entidades bancarias.

Esta modalidad modifica en la práctica la mecánica del pago de la remuneración y su acreditación, ya que con anterioridad el trabajador suscribía el recibo contra la entrega del dinero, mientras que ahora la acreditación de su salario se produce directamente en la entidad bancaria, y lo más frecuente es que suscriba el recibo de haberes con posterioridad a haberse acreditado el dinero e, incluso, después de haberlo extraído.

Por lo tanto, sin perjuicio de lo establecido en la LCT, teniendo en cuenta las resoluciones citadas y su implicancia práctica, el juez debe, en cada caso concreto, tomar en consideración esta circunstancia, ya que podría suceder que el trabajador, después de haber percibido su remuneración (por ejemplo, extrayéndola por medio del cajero automático), se niegue a suscribir el recibo de haberes.

En dicho supuesto, el juez, luego de analizar la totalidad de los medios de prueba obrantes en la causa, podría otorgar valor probatorio al resumen de cuenta emitido por la entidad bancaria y tener por acreditado el pago.

El empleador puede optar por pagar con recibos separados o con un único recibo que agrupe varios conceptos (vacaciones, licencias pagas, asignaciones familiares, indemnizaciones), junto con las remuneraciones ordinarias, siempre que estén discriminados en rubros y montos a fin de que se pueda determinar si fueron correctamente liquidados.

Los *requisitos de contenido del recibo* están enumerados en el art. 140, LCT; *los principales son: los nombres del empleador y el trabajador; lugar y fecha de emisión; el importe de la remuneración y su discriminación, así como también de las deducciones realizadas;* y *la fecha de ingreso del trabajador y su categoría.*

El art. 140, LCT, expresa que "el recibo de pago deberá necesariamente contener, como mínimo, las siguientes enunciaciones:

"*a)* nombre íntegro o razón social del empleador, su domicilio y su clave única de identificación tributaria (CUIT) (texto conforme a la ley 24.692 del 27/9/1996);

"*b)* nombre y apellido del trabajador, su calificación profesional y su código único de identificación laboral (CUIL) (texto conforme a la ley 24.692 del 27/9/1996);

"*c)* todo tipo de remuneración que perciba, con indicación sustancial de su determinación. Si se tratase de porcentajes o comisiones de ventas, se indicarán los importes totales de esas últimas y el porcentaje o comisión asignada al trabajador;

"*d)* los requisitos del art. 12, dec.-ley 17.250/1967;

"*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 y 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 arts. 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".

Básicamente, los recaudos enunciados tienen como propósito identificar adecuadamente a las partes del contrato de trabajo (para lo cual la ley 24.692 —art. 1°— incorporó la mención del CUIT y el CUIL), circunstanciar el pago y discriminar y cuantificar cada uno de los rubros y deducciones.

Se faculta al empleador a instrumentar por recibo separado las vacaciones, licencias pagas, asignaciones familiares y las que correspondan a indemnizaciones debidas al trabajador; es una potestad habitualmente utilizada para documentar el pago de rubros no mensuales o excepcionales.

### 3. Adelantos (art. 130, LCT)

La obligación de pagar la remuneración debe ser cancelada en su totalidad dentro de los plazos legalmente previstos (art. 128), o en los días y horas señalados en el contrato individual que respeten —obviamente— aquellos plazos.

El art. 130, LCT, dispone que el empleador puede otorgar adelantos; de la redacción de la norma surge claramente que *se trata de una facultad y no de una obligación*. De todos modos, la LCT fija un límite para los adelantos: *no pueden exceder el 50% de las remuneraciones de un período de pago*.

Este tope máximo puede ser excedido en caso de especiales razones de gravedad y urgencia del trabajador (por ejemplo, tener que hacer frente a una emergencia derivada de una enfermedad no cubierta por el sistema de salud prepago o la obra social).

Las formalidades que establece la LCT tienden a proteger los principios de pago íntegro y oportuno de la remuneración; en orden a ello se deben considerar prohibidos los anticipos a cuenta de remuneraciones como práctica habitual, que la ley sólo autoriza con la finalidad de atender a las posibles necesidades de los trabajadores.

En cuanto a la forma de instrumentar los adelantos, debe sujetarse a la reglamentación, rigiendo los mismos requisitos formales respecto del contenido del recibo que para el pago de la remuneración (arts. 138, 139 y 140, LCT).

### 4. Retenciones. Deducciones y compensaciones (arts. 131 a 133, LCT)

El art. 131, LCT, establece una regla: *no puede deducirse, retenerse ni compensarse suma alguna que rebaje el monto de las remuneraciones* (intangibilidad salarial); enumera en forma enunciativa distintas causas: entrega de mercaderías, provisión de alimentos, vivienda o alojamiento, uso de herramientas, o cualquier otra prestación en dinero o especie. Se relaciona con la antigua costumbre de los empleadores de entregar como remuneración vales canjeables por mercadería.

Quedan al margen de la prohibición analizada, los embargos judiciales, que —obviamente— deben respetar los límites máximos previstos en los arts. 120 y 147 y en el dec. reg. 484/1987.

La propia ley se refiere a distintas excepciones, por lo cual cabe concluir que *para que una retención, una deducción o una compensación* —dentro de los límites embargables— *sea vá-*

*lida, debe existir una autorización legal expresa* además de la particular del trabajador requerida por el art. 133, párr. 2°. A ellas se refiere, justamente, el art. 132, LCT, al enumerar en forma taxativa las *excepciones legales*:

"*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 mercadería 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 sean 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".

Resulta aplicable lo normado en el art. 132 bis, LCT. El tema se desarrolla en el capítulo "Derecho y deberes de las partes".

El art. 133, LCT, establece un porcentaje máximo de retención al consignar que las deducciones, retenciones o compensaciones en conjunto, *no podrán insumir más del 20% del monto total de las remuneraciones en dinero que deba percibir el trabajador*; dicho porcentual no se puede aplicar sobre la cuantificación dineraria de las remuneraciones *en especie*. Sin embargo, la autoridad de aplicación puede establecer por resolución fundada un porcentaje distinto.

El límite porcentual máximo establecido en el art. 133, párr. 1°, LCT, puede ser excedido hasta alcanzar el 30% del monto total de la remuneración en dinero que perciba el trabajador, al solo efecto de hacer posible la retención dispuesta por la DGI, con destino al impuesto a las ganancias que se debe tributar por el trabajo personal en relación de dependencia (res. 930/1993 MT, BO del 7/10/1993).

Asimismo, cabe recordar que *las remuneraciones son inembargables* en la proporción resultante de la aplicación del art. 120, LCT, salvo por deudas alimentarias (art. 147, LCT).

Por lo tanto, *se puede embargar hasta el 20% de las remuneraciones brutas, y sólo se puede exceder dicho límite en los supuestos de cuota por alimentos o litisexpensas* que son fijadas por el juez interviniente.

En caso de que el trabajador haya causado daños graves e intencionales en los bienes de la empresa —talleres, instrumentos o materiales de trabajo—, el empleador cuenta con una acción de retención por daños por la que puede retener hasta un 20% de su remuneración en dinero.

Ello siempre que consigne judicialmente la suma retenida y que dentro de los noventa días inicie la acción de responsabilidad; dicho período opera como plazo de caducidad del de-

recho a retención, debiendo, en tal caso, restituirse los salarios con más los pertinentes intereses devengados como consecuencia de la privación del uso del capital. Es una excepción al principio de no retención, no al de no compensación.

## VIII. PROTECCIÓN DE LA REMUNERACIÓN FRENTE A LOS ACREEDORES DEL EMPLEADOR (PRIVILEGIOS) Y DEL TRABAJADOR Y FRENTE AL PROPIO TRABAJADOR

### 1. Protección frente a los acreedores del empleador. Privilegios

Privilegio es el derecho que le acuerda la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro (art. 3875, CCiv.), de modo que el deudor no puede crear un privilegio en favor de ninguno de los acreedores (art. 3876, mismo cuerpo legal).

Los privilegios correspondientes a créditos derivados del contrato de trabajo son irrenunciables (art. 12), salvo que se trate de créditos comprendidos en el concurso o la quiebra del empleador, en cuyo caso se admite su renuncia (art. 43, párr. 5°, ley 24.522).

Los privilegios de los créditos laborales se transmiten a los sucesores del trabajador. La norma se refiere a los sucesores a título universal, a cuyo respecto los privilegios son accesorios de los créditos que reciben, y no a los sucesores a título individual, ya que el art. 148, LCT, prohíbe la cesión "a terceros por derecho o título alguno".

El art. 263, LCT, prescribe que "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".

Si se celebra un acuerdo conciliatorio en un reclamo que contiene varios rubros, debe imputarse su monto a un solo rubro o discriminarlo respecto de varios, a fin de posibilitar —en caso de concurso o quiebra del deudor— el ejercicio del derecho de preferencia a su respecto.

Los acuerdos que no cumplen ese requisito pueden ser declarados nulos a pedido del trabajador. Con ello se persigue reponer el estado de cosas imperante antes de la celebración del acuerdo, y la consiguiente posibilidad de invocar el privilegio si —posteriormente— se reconoce la procedencia del crédito.

*La ley protege al trabajador a fin de que perciba sus haberes u otros créditos laborales con preferencia sobre otros acreedores del empleador.* Los arts. 3875 y ss., CCiv., y los arts. 241 y ss., ley 24.522, otorgan a los créditos laborales un orden de preferencia para ser pagados con anterioridad a otros.

La ley 24.522 establece que el trabajador está en la posición de acreedor con privilegio especial, general, especial y general y acreedor quirografario, según los bienes y el patrimonio existente en la empresa concursada o quebrada, ya que se reservan sumas para atender a créditos preferentes (arts. 183, párr. 2°, y 244, ley 24.522).

Si el acreedor goza de privilegio especial, debe demostrar sumariamente que los bienes afectados son suficientes para cubrirlo; en cambio, esto no es necesario cuando se trata de un crédito de causa laboral (art. 80, ley 24.522).

La LCT —en los arts. 261 a 274— fija normas especiales a tales fines. *Los privilegios concedidos a los créditos laborales pueden ser especiales o generales.* Los primeros están enumerados en el art. 268 y son los créditos que se originan en la prestación de servicios en el esta-

blecimiento del que forman parte los bienes afectados a la preferencia, o en el caso de que esos bienes hayan servido para la explotación o para las obras y construcciones.

Dado que la quiebra no produce la disolución automática del contrato de trabajo, si se decide la continuación de la empresa, la remuneración de los trabajadores elegidos por el síndico para seguir en ella es pagada por el concurso, y se le otorga tratamiento de gasto de justicia.

Ello implica que se los considera como gastos de conservación, administración y/o liquidación, y deben ser pagados con preferencia a los créditos contra el deudor, salvo aquellos que tengan un privilegio especial (art. 240, párr. 1°, ley 24.522). El trabajador no debe verificar esos créditos para percibirlos.

Se dispone la prevalencia del privilegio especial del art. 268 sobre cualquier otro crédito, con la única excepción del acreedor prendario por el saldo de precio y el crédito del retenedor por razón de la misma cosa.

La norma dispone que tienen privilegio especial (el que se tiene sobre un bien determinado del deudor): las remuneraciones debidas al trabajador por seis meses, las indemnizaciones por accidentes de trabajo (que deben ser pagadas por la ART contratada por el empleador, salvo que éste estuviese autoasegurado), antigüedad, falta de preaviso y fondo de desempleo; asimismo, el art. 240, inc. 2°, ley 24.522, transcribe el art. 268, LCT, y agrega otros créditos con privilegio especial: sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del concursado, se hallen en el establecimiento donde haya prestado sus servicios o que sirvan para su explotación.

El art. 269 dispone que "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".

Hasta los seis meses posteriores a la fecha en que los bienes mencionados en este artículo hubieran sido retirados del establecimiento, o a la fecha en que el trabajador tuviese conocimiento del retiro, tiene derecho a solicitar su embargo a fin de ejercer el privilegio especial establecido en el art. 268. Carece de relevancia si el tercero poseedor ha actuado de buena o mala fe.

Se otorga privilegio especial sobre el edificio, obra o construcción de propiedad del deudor, al crédito del trabajador que hubiere intervenido en su edificación —parcial o total—.

Si el trabajador se hubiera desempeñado contratado por un contratista o subcontratista del propietario de la obra, el privilegio será invocable si este último la hubiera encargado con fines de lucro o para utilizarla en una actividad con esa finalidad. En este caso, el privilegio se limita únicamente a los créditos por remuneraciones y fondo de desempleo.

De acuerdo con lo normado en el art. 3916, CCiv., la hipoteca anterior en el tiempo a la exigibilidad del crédito laboral privilegiado prevalece sobre éste.

Por medio de la subrogación real se traslada el privilegio especial sobre un determinado bien a la suma de dinero que lo sustituya por cualquier causa. Agotada esa suma de dinero, el privilegio especial por el saldo impago se transforma en privilegio general.

El art. 273 establece los privilegios generales, que son aquellos que no tienen relación sobre un bien determinado y se ejercen sobre la totalidad de los bienes del empleador. Tienen privilegio general: los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por seis meses y los provenientes de indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad, despido, falta de preaviso, vacaciones y SAC, los importes por fondo de desempleo y cualquier otro crédito derivado de la relación laboral y las costas judiciales; los créditos que cuentan con este privilegio son cancelados con preferencia a los quirografarios.

La norma contenida en este artículo es prácticamente idéntica a la del art. 246, inc. 1°, ley 24.522, pero ésta incluye los intereses por el plazo de dos años contados a partir de la mora. Sin embargo, los intereses siempre son accesorios del crédito respecto del cual se devengan, de modo que gozan de su privilegio. Las costas y los gastos judiciales generados por el reclamo correspondiente a un crédito con privilegio general gozan del mismo privilegio.

## 2. Protección frente a los acreedores del trabajador

Si el trabajador tiene deudas y es condenado judicialmente a su pago y no las cancela en el plazo fijado en la sentencia, su remuneración puede ser embargada, pero —atento el carácter alimentario del salario— está sujeta a límites. El art. 147, LCT, dispone que *el salario es inembargable* en la proporción fijada por la reglamentación, que es el dec. 484/1987.

Conforme a lo establecido en el dec. reg. 484/1987, las remuneraciones mensuales de los trabajadores y cada cuota del SAC son inembargables hasta una suma igual al salario mínimo, vital y móvil (en adelante, SMVM).

En el caso de remuneraciones de cuantía superior al SMVM, que no excedan el doble de éste, se establece una cuota de embargabilidad de 10% sobre lo que excede al SMVM. Si la remuneración resulta superior al doble del SMVM, es embargable hasta el 20% de lo que supere un SMVM.

Por ejemplo, teniendo en cuenta que el SMVM es de $ 1840, si la remuneración del trabajador es de $ 4000 se pueden embargar hasta $ 432 por las siguientes razones: como el monto de la remuneración supera el doble del SMVM se puede embargar hasta el 20%, los $ 1840 del SMVM son inembargables, restan $ 2.160, que es la suma que excede el SMVM; es embargable el 20% de ese monto ($ 432).

A fin de aplicar los porcentuales de embargabilidad, se debe tomar en consideración la remuneración en dinero (no en especie) por su importe bruto (art. 2°, dec. reg. 484/1987).

La inembargabilidad y los topes máximos de embargabilidad no son de aplicación en el caso de medidas ordenadas como consecuencia de deudas alimentarias o por litisexpensas (art. 4°, dec. reg. 484/1987), debiendo el juez fijar el monto tomando en consideración las necesidades del alimentado y la subsistencia del alimentante.

Si existiesen intereses devengados respecto del crédito remuneratorio a embargar, las limitaciones protectorias se aplican plenamente, ya que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Si bien el dec. 484/1987 no contiene previsión alguna acerca de los intereses devengados por los créditos cuya inembargabilidad regimenta, entiendo que en tanto revisten el carácter de accesorios del capital deben seguir su misma suerte.

En cambio, las indemnizaciones son embargables en el 20% de lo que excede el doble del SMVM, y en el 10% si el monto de la indemnización no excede el valor de dos SMVM.

La ley 25.963 (BO del 3/12/2004) estableció la inembargabilidad de las sumas de dinero no remunerativas que se perciban por participación en programas de pasantías, becas y planes sociales.

## 3. Protección frente al propio trabajador

*La LCT limita la posibilidad de requerir adelantos en las remuneraciones, a fin de proteger la integridad salarial*; la ley coloca un *límite* al establecer que sólo podrá alcanzar el *50% correspondiente a no más de un período de pago* (art. 130, párr. 1°, LCT).

El art. 133, LCT, establece como porcentaje máximo de deducción, retención o compensación el 20% del monto total de la remuneración en dinero que debe percibir el trabajador, dejando expresamente a salvo los adelantos de salarios autorizados por el art. 130 que, en casos ordinarios, pueden llegar hasta un 50% de las remuneraciones y, en casos de gravedad y urgencia, a uno mayor. Es decir que los adelantos de sueldo están excluidos del límite establecido. La solución legal es razonable habida cuenta de que se trata sólo de la devolución de lo que ya había recibido el trabajador (sala 8ª, 12/11/2002, "Marcosky, Sergio Pedro v. Computec Sistemas SA").

El art. 148, LCT, teniendo en cuenta el carácter alimentario de los créditos laborales —además de ser irrenunciable—, dispone la *prohibición de cederlos*. Se trata de una *norma protectoria* que considera nula la cesión parcial o total por cualquier título.

El artículo establece que "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".

El pacto de cuotalitis, autorizado por el art. 277 hasta un 20%, constituye una excepción a la regla contenida en este artículo.

## IX. PRESTACIONES NO REMUNERATORIAS

Se trata de *prestaciones que se originan en la relación laboral pero que no se otorgan como contraprestación del trabajo efectivamente realizado; tienen por objeto otorgar beneficios o reparar un daño*.

Dentro de las prestaciones no remuneratorias pueden ser incluidas:

— las *indemnizaciones* que se abonan para resarcir un daño (indemnización por accidente de trabajo, por despido sin justa causa);

— las *compensaciones*, sumas que se pagan al trabajador para resarcirlo de los gastos efectuados (por ejemplo, viáticos); el supuesto del art. 223 bis, LCT;

— los *pagos* que no tienen carácter remuneratorio por no reunir algún requisito legal (como las propinas prohibidas);

— los *subsidios*, como las asignaciones familiares que tenga derecho a percibir el trabajador;

— los *pagos en* distintos *contratos no laborales* (pasantías o becas);

— los *beneficios sociales* (art. 103 bis, LCT);

— las *prestaciones complementarias no remunerativas* (arts. 105 y 223 bis, LCT).

La circunstancia de que a varias de ellas no se les asigne carácter remuneratorio no surge de su contenido esencial, sino de razones del mercado o por conveniencia económica (por ejemplo, evitar el pago de cargas sociales y fomentar el empleo).

No resulta válido que la empresa, unilateralmente, califique una prestación como adicional no remuneratorio, ya que ello está en pugna con las directivas del art. 103, LCT, y los lineamientos del régimen previsional.

### 1. Beneficios sociales

Están expresamente enumerados en el art. 103 bis, LCT, que fue incorporado con la reforma introducida por la ley 24.700 (del 14/10/1996).

El art. 103 bis hace referencia a los beneficios sociales y dispone que *son voluntarios para la empresa* y que el trabajador accede a ellos por el hecho de pertenecer a su plantel (servicio de comedor, guarderías, colonias de vacaciones, vivienda, transporte, clínica).

Son *no remunerativos, no dinerarios (en especie), no acumulables ni sustituibles en dinero* y son prestaciones de naturaleza jurídica de seguridad social.

En los últimos tiempos, es común que en los países desarrollados y en vías de desarrollo, algunas empresas otorguen a los empleados beneficios no contemplados en la legislación ni en los convenios colectivos, que apuntan al bienestar de los trabajadores y a mejorar las condiciones de trabajo y de vida.

Se trata de prestaciones complementarias o adicionales que no tienen carácter remuneratorio —se las denomina servicios sociales de la empresa o salario indirecto— y no se relacionan con el trabajo realizado (en cantidad ni en calidad), siendo su difusión fomentada por medio de la OIT.

El Convenio sobre la Seguridad Social (1952) dispone que el Estado debe garantizar protección adecuada contra ciertas contingencias, quedando los empleadores en libertad para suministrar prestaciones suplementarias por iniciativa propia o de acuerdo con los trabajadores o sus sindicatos.

El art. 103 bis, LCT, establece que "los beneficios sociales otorgados en forma directa por el empleador, o por medio de terceros, son prestaciones de naturaleza jurídica de seguridad social que tienen como objeto mejorar la calidad de vida del dependiente o de su familia a cargo. No son remunerativas, ni dinerarias, ni acumulables, ni sustituibles en dinero". Aunque se brinde por terceros —estipulación a favor de un tercero regulada en el art. 504, CCiv.— el empleador sigue obligado ante el trabajador.

El dec. 137/1997 (BO del 14/2/1997) reitera que tanto los beneficios sociales, como las prestaciones complementarias que no integran la remuneración y la prestación no remunerativa, definidos por los arts. 103 bis, 105 y 223 bis, LCT, son considerados de carácter no remunerativo y en consecuencia no sujetos a aportes y contribuciones.

El art. 103 bis, LCT, incluye, bajo la denominación de "beneficios sociales", prestaciones que revisten caracteres diferentes. Así, pueden considerarse beneficios sociales propiamente dichos los incs. a), d), e), f), g), h) e i).

El fallo plenario 264, en autos "Ángel Estrada y Cía. SA", del 27/12/1988, consideró que los vales de comida no están comprendidos en el concepto de remuneración del art. 10, ley 18.037; interpretación que resulta razonable si se considera que se trata de un servicio que puede prestar o no la empresa.

En cambio, el inc. c), referido a los vales alimentarios y las canastas de alimentos, cuyo importe fue incrementado por el dec. 815/2001, reviste naturaleza salarial y, por ende, no debería ser considerado un beneficio social.

***a) Los servicios de comedor de la empresa***: el servicio de comedor se puede cumplir en el establecimiento; en ese caso, la empresa presta el servicio directamente suministrando comida durante la prestación laboral u otorga la explotación a un concesionario, y ésta puede ser gratuita o bien el trabajador abona un porcentaje inferior al precio o al propio costo, ya que el empleador subsidia el correspondiente déficit.

Si el servicio se presta en especie (sea gratuito o retribuido) —inclusive el servicio de refrigerio y/o merienda— no tiene carácter remuneratorio.

En cambio, si se entregan sumas de dinero a los dependientes con imputación a gastos de comida, refrigerio, etc., dicho pago tiene naturaleza remuneratoria. Tal es el criterio que se debe seguir según lo normado en el art. 103 bis, LCT, que impide la sustitución en dinero.

Previamente a la sanción del art. 103 bis, la jurisprudencia había determinado que el servicio de comedor, del cual se hace cargo la empresa en forma directa o mediante concesionarios, no constituía remuneración.

***b) Los vales de almuerzo hasta un tope máximo por día de trabajo que fije la autoridad de aplicación (derogado por ley 26.341, BO del 24/12/2007):*** se trataba de la entrega de vales o *tickets* por parte de la empresa, que se debían utilizar en establecimientos determinados (por ejemplo, restaurantes), autorizados a emitirlos; el monto era de $ 15; la resolución 1371/2007 (BO del 20/11/2007) elevó a $ 25 el límite por día hábil por persona.

Se otorgaban para sufragar los gastos de comida durante la prestación laboral; a diferencia del servicio de comedor, en este caso el trabajador elegía dónde canjear los vales por comida. No se los podía canjear por dinero y no eran remuneración, ya que se consideraba que no existía ventaja patrimonial (ganancia), sino que suplía el gasto que debería efectuar el trabajador.

Con anterioridad, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo —desde el punto de vista previsional— había resuelto que "los vales que los empleadores entregan a su personal para comidas —caso del inc. c)—, o refrigerios —este caso—, para consumir fuera del establecimiento, no son remuneración" (fallo plenario 264, 27/12/1988, "Ángel Estrada y Cía. SA").

El Ministerio de Trabajo era la autoridad de aplicación para fijar el tope máximo por día de trabajo que establecía el inc. b), art. 103 bis, LCT, para considerar los vales de almuerzo como beneficio social no remuneratorio (art. 2°, dec. 137/1998).

El dec. 815/2001 (BO del 22/6/2001) había modificado el inc. b) incluyendo como beneficio social a las tarjetas de transporte hasta un tope máximo que fije por día de trabajo la autoridad de aplicación.

Ver en detalle más adelante; derogación por la ley 26.341.

***c) Los vales alimentarios y las canastas de alimentos otorgadas mediante empresas habilitadas por la autoridad de aplicación (derogado por ley 26.341, BO del 24/12/2007)***: hasta un tope máximo de un 20% de la remuneración bruta de cada trabajador comprendido en el convenio colectivo, y hasta un 10% en el caso de trabajadores no comprendidos (por ejemplo, jefes de departamentos o gerentes).

Servían para que le suministren alimentos y mercadería —que el portador elegía libremente— en lugares autorizados al efecto por la autoridad de aplicación; era un beneficio dirigido a contribuir con la alimentación del trabajador y su grupo familiar.

Eran similares a los vales de almuerzo; los adquiría la empresa y los entregaba al trabajador, que los canjeaba por alimentos que compraba en los comercios autorizados a recibirlos (por ejemplo, supermercados); tampoco se los podía canjear por dinero y no eran remuneración.

El art. 4°, ley 24.700, estableció una contribución del 14% sobre los montos abonados por los empleadores en concepto de vales alimentarios o cajas de alimentos, destinada al financiamiento del sistema de asignaciones familiares.

En cuanto a su naturaleza jurídica, mientras los decs. 1477/1989, 333/1993 y 433/1994 consideraron los vales alimentarios como beneficios sociales de carácter no retributivo, los decs. 848/1996 y 849/1996, parecieron otorgarle naturaleza remuneratoria. El dec. 848/1996 estableció la obligación a los empleadores que venían prestando vales alimentarios o cajas de alimentos de mantener sus prestaciones, pudiendo sustituirlos por remuneraciones en dinero.

El art. 4°, dec. 849/1996, llegó al extremo de sostener que los vales alimentarios y la canasta de alimentos sólo se computaban como base de cálculo para efectuar las retenciones en concepto de aportes y las contribuciones con destino al sistema único de la seguridad social.

La Corte se expidió sobre el carácter salarial de tal concepto en los autos "Della Blanca, Luis E. y otros v. Industria Argentina Metalúrgica Pesacarmona SA", del 24/11/1998, y aunque

del consid. 5° del fallo parecería desprenderse la admisión de que una norma legal le asignara naturaleza no remuneratoria a una prestación que, como los vales alimentarios, tiene ese carácter, deja a salvo la confrontación de ese dispositivo con la Constitución Nacional, que garantiza al trabajador una remuneración justa y lo protege contra el despido arbitrario (art. 14 bis).

El Máximo Tribunal dio por supuesto el carácter remuneratorio del vale alimentario, a la vez que admitió que legislativamente puede otorgarse tal carácter a determinadas prestaciones dadas con motivo de la relación, aunque sólo un análisis simplista podría extraer de sus términos argumentos respaldatorios de la calificación efectuada por la ley 24.700 sobre los "vales canasta", ante un eventual reproche constitucional que ésta pudiera merecer.

Cabe recordar que la naturaleza salarial de los vales alimentarios fue consignada por la OIT por medio del dictamen de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (OIT, expte. ACD-19-2) en atención al nexo directo que existe entre lo que se recibe por tal concepto y el trabajo prestado bajo relación de dependencia, por lo que la ley 24.700 colisiona con el convenio 95 de la OIT, de jerarquía normativa superior.

Los vales alimentarios no tienden al bienestar del trabajador ni a mejorar sus condiciones de trabajo y de vida o la de su familia, sino a sustituir un pago que necesariamente aquél debe afrontar con su remuneración, como es la compra de alimentos o de otros elementos indispensables para su subsistencia en los supermercados o en los distintos negocios donde los aceptan. Esto llegó a crear un verdadero mercado negro, en el cual se canjeaban estos vales por dinero en efectivo a un determinado porcentaje de su valor.

El dec. 815/2001 (BO del 22/6/2001) había incrementado el importe mensual que el empleador puede entregar en concepto de vales alimentarios y de canastas de alimentos. Tenía carácter transitorio y de excepción, si bien originalmente vencía el 31/3/2003, el PEN, mediante diversos decretos había prorrogado su vigencia.

Ver en detalle más adelante; derogación por la ley 26.341.

***— Ley 26.341 (BO del 24/12/2007): derogación de los incs. b) y c), art. 103 bis, LCT. Dec. 198/2008 (BO del 6/2/2008)***

La ley 26.341 (BO del 24/12/2007) deroga los incs. b) y c), art. 103 bis, LCT y el art. 4°, ley 24.700. Por lo tanto, se reducen los beneficios sociales que los empleadores podían otorgar a los trabajadores al desaparecer los vales de almuerzo, tarjetas de transporte, vales alimentarios y las canastas de alimentos.

Consigna que los empleadores que vinieran otorgando dichos beneficios (*tickets* "canasta" y "restaurante") debían mantenerlos pero adquirían carácter remuneratorio en forma escalonada y progresiva a razón de un 10% de su valor pecuniario por cada bimestre calendario a partir de su entrada en vigencia (se extendió por veinte meses).

Las partes signatarias de convenciones colectivas podrán acordar la incorporación escalonada y progresiva a la remuneración en un período inferior. El porcentaje remanente debe seguir abonándose, pudiendo conservar transitoriamente su carácter no remunerativo hasta su incorporación a la remuneración.

Las sumas incorporadas a la remuneración del trabajador eran incrementadas en un 17%, monto equivalente al que correspondía en concepto de aportes a cargo del trabajador, así con destino al Sistema de Seguridad Social (11%), al Sistema Nacional de Obras Sociales (3%) y al Inssjp (3%), pues no podía implicar para el trabajador reducción del valor percibido en tales prestaciones hasta antes de la entrada en vigencia de la ley.

Excepcionalmente, durante el término de un año a partir de la entrada en vigencia de la ley, las partes signatarias de convenciones colectivas de trabajo podían disponer incrementos

no remuneratorios en los vales de almuerzo, tarjetas de transporte, vales alimentarios, por un lapso superior a seis meses.

Se derogó el art. 4°, ley 24.700 (BO del 14/10/1996), que disponía una contribución, a cargo de los empleadores, del 14% —destinada al financiamiento del sistema de asignaciones familiares— sobre las sumas pagadas por los empleadores a sus trabajadores en vales alimentarios o cajas de alimentos.

En los fundamentos de la norma se sostiene que la inclusión de los vales, "además de distorsionar la naturaleza jurídica de la remuneración, ha provocado efectos perniciosos no sólo en relación con el salario del trabajador, sino también en relación con la seguridad jurídica en las relaciones laborales".

El decreto 198/2008 (BO del 6/2/2008) reglamentó la ley 26.341. Ratifica que dicha ley entró en vigencia el 2/1/2008 y que el primer bimestre a computar fue enero-febrero de 2008; establece que la adquisición del carácter remuneratorio del 10% opera por bimestre vencido y que comenzó en febrero de 2008.

Aclara que los porcentajes remanentes que se debían seguir otorgando hasta el cumplimiento del plazo estipulado continuaban sujetos a la contribución establecida por el art. 4°, ley 24.700. Las sumas que se incorporaron a la remuneración del trabajador a tenor de la ley 26.341 (arts. 3° y 6°) integran la base imponible a los efectos de la Contribución Unificada de la Seguridad Social (CUSS).

También dispuso que las sumas que adquieran carácter remuneratorio se debían integrar a la remuneración de los trabajadores, pero no se adicionan o incorporan a los salarios básicos del convenio colectivo aplicable, salvo que ambas partes —mediante acuerdo o convenio colectivo— lo dispusiesen. Asimismo, aclara que está incluido el incremento de beneficios sociales regulado por el art. 2°, dec. 815/2001, y sus prórrogas.

Cabe destacar que la Corte Suprema en los autos "Pérez, Aníbal v. Disco SA", del 1/9/2009, declaró la inconstitucionalidad del art. 103 bis, inc. c), LCT, por resultar incompatible con el art. 1°, convenio 95 de la OIT.

***d) Los reintegros de gastos de medicamentos, médicos y odontológicos del trabajador y su familia*** que asumiera el empleador, previa presentación de comprobantes emitidos por la farmacia, el médico o el odontólogo, debidamente documentados; en este concepto también se deben incluir los casos en que el empleador —sin perjuicio de la obra social dependiente— solventa un servicio de medicina prepaga.

Es una cobertura adicional a la otorgada al trabajador y su familia por la ley 23.660 (Obras Sociales). Sirve, por ejemplo, para los casos en que el trabajador quiera concurrir a otro profesional no incluido en el listado de la obra social.

El dec. 137/1997 (BO del 14/2/1997) estableció que los gastos efectuados para el pago de servicios médicos y de asistencia o prevención de su familia a cargo serán considerados "gastos médicos", y su reintegro por parte del empleador tiene el carácter de beneficio social no remuneratorio.

***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***: la entrega de ropa de trabajo consiste en la provisión de indumentaria para el desarrollo de la tarea y está prevista en muchos convenios colectivos en forma detallada, por ejemplo, especificando las prendas que debe suministrarse en la temporada invernal y en la estival; el dec. 351/1979 y el dec. 911/1996 (construcción), lo establecen como una obligación fundada en el deber de seguridad.

Actualmente es un concepto no remunerativo, a pesar de que la jurisprudencia, con anterioridad, había entendido que se trataba de remuneración porque el uso de dicha indumentaria reemplazaba a la ropa propia y con eso le producía un ahorro al evitar su desgaste.

Dentro del concepto de ropa de trabajo se incluyen uniformes, mamelucos, pantalón, camisa, etc., y en el concepto de elementos de trabajo, cascos, guantes, etcétera.

La provisión de ropa de trabajo, aparte de constituir a veces una manifestación del poder de dirección, en lo relativo a indumentaria-uniforme, se inscribe entre los medios preventivos en cuanto evita el desgaste de la vestimenta del trabajador. El incumplimiento de la obligación de hacer entrega de la ropa de trabajo trae aparejado el resarcimiento del perjuicio que la omisión hubiese producido (aun presuntivamente), aunque el valor de dicha indumentaria no forme parte del salario (sala 3ª, 9/9/2002, "Candiloro, Roberto y otros v. ENTel").

***f) Los reintegros de gastos, documentados con comprobantes, de guardería o sala maternal*** que utilicen los trabajadores con hijos de hasta 6 años, cuando la empresa no contase con esas instalaciones.

Con anterioridad a su incorporación expresa a la norma, la jurisprudencia había desestimado la naturaleza remuneratoria de los gastos por esos conceptos.

Sólo se admite ese reintegro de gastos si no existe en la empresa este tipo de instalaciones. Por ello, no se consideran remuneratorios cuando la empresa proporciona el servicio de guardería en sus instalaciones o si reintegra los gastos documentados por ese servicio.

Jurisprudencialmente se ha sostenido que los montos pagados por los trabajadores en concepto de "sala maternal" o "servicio de guardería" no constituyen una ventaja patrimonial, sino una compensación por el dinero que deberían abonar por no contar con una guardería.

El art. 179, LCT, establece que "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", pero dicha reglamentación nunca fue dictada.

Anteriormente (hasta su derogación por la LCT) regía la reglamentación de la Ley de Trabajo de Mujeres y Menores 11.317, que imponía a los empleadores la obligación de contar con sala maternal en los establecimientos en que trabajen más de cincuenta dependientes. Algunos convenios, como los de la sanidad, restablecieron dicha obligación.

***g) La provisión de útiles escolares y guardapolvos para los hijos del trabajador***, otorgados al inicio del período escolar. La empresa entrega a sus dependientes esa indumentaria para sus hijos. Queda claramente establecido que no tienen carácter remuneratorio, como lo había decidido anteriormente la jurisprudencia.

El rubro "provisión de útiles" constituye una reposición de monto dinerario por un gasto ya efectuado que no devenga ganancia alguna para el trabajador, por lo que carece de carácter retributivo (sala 4ª, 17/7/2003, "Torcelli, Walter S. v. Femesa").

***h) El otorgamiento o pago debidamente documentado de cursos de capacitación o especialización profesional***: incluye tanto los cursos o seminarios que se dicten en la empresa, como los que se efectúen fuera de su ámbito en forma no gratuita.

La capacitación ocupa un lugar preponderante en las relaciones laborales modernas, en las que los recursos humanos tienen mayor trascendencia que los activos materiales; de allí que los convenios colectivos contemplen la capacitación y la consideren un derecho del trabajador y una obligación para adaptarse a las nuevas exigencias de la producción.

***i) El pago de gastos de sepelios de familiares a cargo del trabajador***, debidamente documentado.

Los conceptos enunciados en el derogado dec. 333/1993 y no enumerados en el art. 103 bis, LCT, si por su naturaleza son beneficios sociales, no tienen carácter remuneratorio.

Entre ellos cabe mencionar: las primas y los premios de los seguros de vida a cargo del empleador, la provisión gratuita de uso de automóvil de propiedad del empleador cuando estuviere afectado al trabajo, el beneficio de club de empresa de propiedad del empleador y la promoción de eventos deportivos y sociales en los cuales participe la comunidad laboral o parte de ella.

## 2. Prestaciones y compensaciones complementarias no remunerativas

Las *prestaciones complementarias no remunerativas* están contempladas en el *art. 105, LCT*, mientras que la *compensación por suspensión por falta o disminución de trabajo y fuerza mayor* ha sido fijada en el *art. 223 bis, LCT. No son computables a los fines del ingreso de cotizaciones a la seguridad social ni tampoco a los demás efectos laborales.*

***Prestaciones complementarias no remunerativas***: El art. 105, LCT (reformado por la ley 24.700 del 14/10/1996), se refiere a las formas de pago y a las *prestaciones complementarias*, al establecer que "el salario debe ser satisfecho en dinero, especie, habitación, alimentos o mediante la oportunidad de obtener beneficios o ganancias".

Asimismo, dispone expresamente que "las prestaciones complementarias, sean en dinero o en especie, integran la remuneración del trabajador, con excepción de las siguientes, que no tienen carácter remunerativo:

"*a)* Los retiros de socios gerentes de sociedades de responsabilidad limitada, a cuenta de las utilidades del ejercicio debidamente contabilizadas en el balance": prevalece su condición de socio por sobre la posible de trabajador; si el ejercicio no arroja ganancia ese adelanto debería considerarse remunerativo (no puede haber pago respecto de un beneficio inexistente).

"*b)* Los reintegros de gastos sin comprobantes correspondientes al uso del automóvil de propiedad de la empresa o del empleado, calculado sobre la base de kilómetro recorrido, conforme los parámetros fijados o que se fijare como deducibles por la DGI": los gastos (combustible, seguro, mecánica, etc.) deben corresponder a ese vehículo; por ejemplo, el tope que la AFIP determina por año había significado en el año 2001 un promedio mensual de alrededor de $ 600 (no incluye peaje como gasto).

"*c)* Los viáticos de viajantes de comercio acreditados con comprobantes en los términos del art. 6°, ley 24.241, y los reintegros de automóvil en las mismas condiciones que las especificadas en el inciso anterior": esto se contrapone al art. 7°, ley 14.546, que dispone que integran la retribución los viáticos por gastos de movilidad, hospedaje, comida y compensaciones por gastos de vehículo.

"*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": está dirigida a otorgar vivienda al trabajador en situaciones de excepción; por ello, en este caso particular, la habitación (remuneración en especie) adquiere el carácter de prestación complementaria no remunerativa. Ver en este capítulo el punto "Uso de habitación o vivienda".

***Compensación no remunerativa***: el *art. 223 bis* (incorporado por ley 24.700 del 14/10/1996) dispone que "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 y homologadas por la autoridad de aplicación, conforme a las 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 23.660 y 23.661".

Esta compensación para el trabajador, en la práctica, le produce un beneficio porque tiene tiempo libre y no gasta en transporte y comida, y para el empleador, porque evita pagar las cargas sociales (salvo obra social). El acuerdo necesita la homologación administrativa.

En el art. 223 bis, LCT, no se establecen plazos, por lo cual podrían excederse los plazos máximos legales de treinta o setenta y cinco días, y los pagos efectuados en el período posterior tampoco serán remuneratorios.

El tema se desarrolla en el capítulo "Suspensión del contrato de trabajo" (suspensión concertada).

También son *compensaciones no remunerativas* los llamados "gastos de empresa" que, aunque no tienen fuente legal, son aceptados por la jurisprudencia; se trata de beneficios que el empleador otorga al trabajador para efectuar gastos que posibilitan una mejor prestación laboral (por ejemplo, refrigerios, entradas para espectáculos públicos, obsequios y canastas de regalos en determinadas fechas, elementos de confort interno del establecimiento, etcétera).

Las *asignaciones familiares* son prestaciones no remunerativas de la seguridad social a cargo de los empleadores y dirigidas a subsidiar las contingencias sociales que debe afrontar el trabajador.

El tema se desarrolla en el capítulo "Asignaciones familiares".

CAPÍTULO XI

# RÉGIMEN DE JORNADA

## I. CONCEPTO DE JORNADA

El art. 197, LCT, dispone que "se entiende por jornada de trabajo todo el tiempo durante el cual el trabajador está 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".

De la definición transcripta puede destacarse 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. Lo determinante es la enajenación del tiempo del trabajador a favor del empleador, aunque efectivamente no se desarrolle tarea alguna.

Es decir que *abarca tanto el tiempo en que presta servicios, realiza obras o ejecuta actos como aquel en que está a disposición del empleador aunque éste no lo requiera.* Lo determinante es que *durante la jornada laboral el trabajador no puede utilizar el tiempo en beneficio propio*, sino que está a disposición del empleador.

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.

Tampoco forma parte de la jornada de trabajo el tiempo de viaje, es decir, el que se emplea en el trayecto al trabajo.

Cuando debe establecerse si el tiempo otorgado para almorzar integra o no la jornada de trabajo, lo que debe determinarse es si esta pausa acuerda al dependiente la libertad de gozarla según sus preferencias y, fundamentalmente, cuando el empleador no puede exigir la ejecución de ninguna prestación durante su transcurso (sala 10ª, 13/2/2003, "Aguirre Blanco, Abdona v. Hoteles Argentinos SA").

La doctrina distingue *tres criterios* para definir la jornada:

1) *legal o reglamentario —work time—*, en el que se computa como jornada el tiempo fijado en la ley;

2) *efectivo —actual time—*, que entiende por tiempo de trabajo el prestado en forma concreta;

3) *nominal —nominal time—*, que se refiere exclusivamente al tiempo en el cual el trabajador está a disposición del empleador; este criterio es el adoptado por nuestra legislación de acuerdo con lo que surge de lo dispuesto en el art. 197, LCT.

El art. 197 también dispone —en forma coincidente con el convenio 1 de la OIT— que el empleador debe hacer conocer la diagramación de los horarios "mediante anuncios colocados en lugares visibles del establecimiento para conocimiento público de los trabajadores".

## II. EXTENSIÓN. FUNDAMENTO

La primera parte del art. 1°, ley 11.544, establece que "la duración del trabajo no podrá exceder de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, para toda persona ocupada por cuenta ajena en explotaciones públicas o privadas, aunque no persigan fines de lucro".

La protección legal alcanza, en principio, a todas las personas ocupadas por cuenta ajena, o sea, al personal del Estado nacional, provincias, municipios, entidades autárquicas, instituciones civiles (aun cuando no persigan fines lucrativos) y, obviamente, al de la industria y el comercio.

La limitación de la jornada tiene sus *antecedentes* en *distintos convenios internacionales*, entre ellos, las conferencias internacionales de Berlín de 1890, las de Verna de 1905/1906 y 1913 y, esencialmente, en el art. 427, Tratado de Versalles, que crea la OIT.

*La fijación legal de jornadas máximas de trabajo responde, básicamente, a razones de orden biológico, socioeconómico y de producción, y están direccionadas principalmente a la protección de la salud psicofísica del trabajador.*

Está comprobado que las jornadas extensas de labor producen fatiga por encima de lo humanamente aceptable, resultando perjudicial para la salud del trabajador y para su rendimiento; esto repercute negativamente en el proceso productivo y torna más factible la ocurrencia de accidentes de trabajo.

El tema de la extensión de la jornada y de las condiciones y medio ambiente del trabajo tiene esencial trascendencia, ya que determina la prioridad entre el trabajo y la vida. Sabido es que el 1 de mayo recuerda el Día Internacional de los Trabajadores, que conmemora la lucha obrera en Estados Unidos (1886) para conseguir la jornada laboral de ocho horas.

Para proteger la salud psicofísica de los trabajadores también es importante que se trabaje durante el día y evitar —en lo posible— tanto el trabajo nocturno como el trabajo por turnos, ya que la biología de los seres humanos es diurna y está programada para descansos y sueños nocturnos.

Partiendo de priorizar la salud de los trabajadores, cabe concluir que estos tipos de trabajos —nocturnos, jornada promedio, comprimida, por turnos— desarrollados en jornadas extensas o nocturnas producen alteraciones en la vida de relación social, en los ritmos diarios y en el sueño, producen fatiga y necesariamente llevan al estrés laboral.

Provocan una disminución del descanso diario y llevan a una deuda de sueño, además de alterar los ritmos biológicos, con la consecuente afectación del rendimiento laboral y la seguridad del trabajador.

Es obvio que un trabajador con fatiga, agotado, merma su rendimiento (trabaja más lentamente) y la calidad de su trabajo; además, está más propenso a contraer enfermedades y a padecer accidentes.

Por lo tanto, aunque con este tipo de trabajo se intente bajar el costo laboral, en realidad —a largo plazo— ese costo aumenta, básicamente con el incremento de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y su consiguiente indemnización, y el costo social que producen las incapacidades definitivas y la pérdida de vidas humanas.

Según informa la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) (Anuario estadístico 2008), el Sistema de Riesgos del Trabajo durante 2008 registró 694.077 accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (AT/EP), notificados por las ART, con una cobertura promedio de 7.742.004 de trabajadores. El mayor riesgo de mortalidad se verifica en el sector minero y en la construcción.

A nivel internacional, en los países industrializados se observa una tendencia a la reducción de la jornada laboral, que está motivada, fundamentalmente, en el desempleo existente en los distintos países (el tema se desarrolla en el último punto del capítulo).

## III. EXCLUSIÓN DE LA LEGISLACIÓN PROVINCIAL

El art. 196, LCT, expresa que "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".

De lo expuesto surge que la LCT fija un *principio general respecto de la determinación y extensión de la jornada de trabajo al establecer que tiene carácter nacional: deja sin efecto cualquier legislación provincial que disponga una extensión distinta de la jornada que la fijada en la ley 11.544.*

En virtud de la aplicación de una ley provincial sobre extensión de la jornada (ley 7197 de la provincia de Santa Fe), que establecía una jornada legal menor a la fijada en la legislación nacional, la Corte Suprema se expidió en forma clara al convalidar lo dispuesto en el art. 196, LCT, y al reiterar que tanto la duración de la jornada de trabajo como su retribución hacen a la esencia del contrato de trabajo y constituyen materia propia de la legislación nacional, por lo que si una ley provincial se contrapone a ella, viola el art. 31, CN.

Esto es así aunque, como en ese caso, la ley provincial fuera más beneficiosa para el trabajador al establecer una jornada menor, ya que se opone a una ley nacional dictada de acuerdo con las facultades delegadas al Congreso de la Nación ("Fábrica Argentina de Calderas SRL v. Provincia de Santa Fe", del 19/12/1986).

Esta solución, obviamente, no impide que mediante los convenios colectivos, en los estatutos profesionales o en los contratos individuales, se establezcan jornadas de trabajo más breves o se fijen formas de retribución más beneficiosas para los trabajadores. Lo que determina el art. 196, LCT —y lo ratifica el fallo de la Corte Suprema citado—, es que la jornada máxima legal es la fijada por la legislación nacional de fondo, que es la ley 11.544 (del 12/9/1929) y el dec. reg. 16.115/1933.

En definitiva, todos los institutos del derecho del trabajo sólo pueden ser regulados por la legislación de fondo emanada del Congreso de la Nación. El art. 14 bis, CN, otorga protección al trabajo y entre sus cláusulas programáticas garantiza la jornada limitada, el descanso y las vacaciones pagas, mientras que el art. 75, inc. 12, determina que es facultad exclusiva del Congreso nacional (delegada por las provincias) dictar, entre otros, un Código del Trabajo y la Seguridad Social.

El art. 14 bis, CN, no establece una cantidad máxima de horas; se refiere a jornada limitada en términos de razonabilidad con el tipo de actividad y el lugar donde se desarrolla la prestación. La ley fija las jornadas máximas, y los convenios colectivos y el contrato individual pueden establecer jornadas reducidas.

## IV. EXCLUSIONES Y EXCEPCIONES

La segunda parte del art. 1°, ley 11.544, enumera las *actividades* que están *excluidas* de las normas atinentes a la duración del trabajo, al disponer que "no están comprendidos en las disposiciones de esta ley los trabajos agrícolas, ganaderos y los del servicio doméstico, ni los establecimientos en que trabajen solamente miembros de las familias del jefe, dueño, empresario, gerente, director o habilitado especial".

El dec. reg. 16.115/1933 considera miembro de la familia a los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos.

Se trata de *exclusiones de origen legal*, ya que surgen no sólo de la ley 11.544, sino también de la LCT, que *excluye la actividad del régimen de jornada*. Cabe aclarar que los trabajos agrícola-ganaderos están regulados por el dec.-ley 28.169/1944 (Estatuto del Peón) y por las leyes 22.248 y 25.191 y el dec. 453/2001, y el de Servicio Doméstico por el dec.-ley 326/1956.

Actividades y trabajadores excluidos de la LCT y de la ley 11.544

a) Servicio doméstico
b) Trabajos agrícola-ganaderos
c) Miembros de la familia del dueño o encargado de un establecimiento exclusivamente atendido por ellos

Existe una diferencia conceptual entre exclusión y excepción. La *exclusión* margina de la reglamentación de jornada a la actividad en cuestión, mientras que la *excepción* determina que no se apliquen, respecto de las categorías comprendidas en cada excepción, las normas destinadas a reglar el instituto en forma general.

Hay *excepciones generales y permanentes*, que son las expresamente previstas por la propia norma, y *excepciones especiales*, que para su calificación dependen de otras normas reglamentarias que las consagren, en razón de la índole de la actividad o del carácter del empleo.

Las excepciones rigen exclusivamente respecto del trabajo realizado en la jornada normal diurna y nocturna, pero no respecto del trabajo insalubre.

El límite de duración de la jornada de trabajo, establecido por la ley 11.544, admite las siguientes *excepciones*:

## 1. Trabajos exceptuados de la jornada máxima de la ley 11.544

*a)* En relación con la excepción de la jornada máxima en virtud del carácter del empleo, con fecha 11/6/2010 se publicó en el Boletín Oficial la ley 26.597, que modifica el inc. a), art. 3°, ley 11.544, en materia de jornada de trabajo.

Cabe destacar que el nacimiento de nuestra disciplina está estrechamente relacionada con la jornada de trabajo, ya que los reclamos de los trabajadores que en un primer momento centraron la atención del legislador estaban direccionados a la reducción de la jornada de trabajo de menores y mujeres. Por ello, el 1 de mayo fue instituido como Día Internacional del Trabajador, justamente para recordar la represión policial que se desató en mayo de 1886 en la Haymarket Square de Chicago contra los trabajadores que se habían congregado reclamando el respeto de la jornada de ocho horas. Tampoco es casualidad que el primer convenio de la OIT dictado en 1919 se refiera a la jornada de trabajo.

Ahora bien, el art. 3°, ley 11.544, se refiere a las excepciones a la duración del trabajo, las cuales, conforme el art. 199, LCT, pueden admitirse en razón de la índole de la actividad, del carácter del empleo del trabajador y de las circunstancias permanentes o temporarias que hagan admisibles éstas, en las condiciones que fijen la reglamentación.

Antes de la modificación introducida por la ley 26.597, el inc. a) del artículo mencionado estaba redactado de la siguiente manera: "En las explotaciones comprendidas en el art. 1°, se admiten las siguientes excepciones: a) Cuando se trate de empleos de dirección o de vigilancia". Asimismo, este artículo estaba reglamentado por el art. 11, dec. 16.115/1933, el cual establece que "se entenderán comprendidos dentro de la denominación de empleados de dirección o vigilancia: a) El jefe, gerente, director o habilitado principal. b) Los altos empleados administrativos o técnicos que sustituyan a las personas indicadas en el inciso anterior en la dirección o dando del lugar de trabajo; subgerente; los profesionales liberales dedicados exclusivamente al ejercicio de las funciones de su competencia o que acumulen a su cometido, algún cargo de dirección o vigilancia; personal de secretaría que se halle afecto a la dirección o gerencia y que no

sea meramente subalterno; jefes de acción, de departamentos, de taller, de equipos, de personal de máquinas, de personal de calderas o de personal de cuadrillas y subjefes, mientras reemplacen al jefe respectivo; capataces, apuntadores, inspectores, mientras reemplacen al titular y siempre que efectúen trabajos de dirección o vigilancia. Están comprendidos en las excepciones de la ley, los cobradores o investigadores de cobranzas y corredores que sean remunerados exclusivamente a comisión. Las personas enumeradas en este artículo se considerarán exceptuadas a condición de que ejerzan exclusivamente los trabajos inherentes a su denominación".

La primera aclaración que corresponde efectuar es que el art. 3°, ley 11.544, regula los supuestos de excepción, que corresponden diferenciarlos de los de exclusión. La exclusión margina de la reglamentación de jornada a la actividad en cuestión, mientras que la excepción determina que no se apliquen, respecto de las categorías comprendidas en cada excepción, las normas destinadas a reglar el instituto en forma general.

La forma en que estaba redactado el art. 3° hasta la reforma dio origen a dos posturas bien diferenciadas sobre lo que debía entenderse por trabajadores de dirección o vigilancia. La primera, sustentada originalmente por Sudera Graells y Deveali y más recientemente por Fernández Madrid y Álvarez, sostenía que sólo comprendía la vigilancia superior, es decir, aquella que se ejerce sobre las personas y no sobre las cosas, e importan una identificación con el empleador. Esta postura se sustentaba en que la convención 1 de Washington admitió que se pudiera ejercer la jornada máxima en los casos de personas "que ocupen un puesto de inspección o de dirección o un puesto de confianza" (art. 2°), así como también que el dec. 16.115/1933 no efectuó alusión alguna a la vigilancia subalterna, como sí lo hacía el decreto reglamentario original de la Ley de Jornadas sancionado en 1930. Se señalaba que aquel decreto era posterior al convenio 30 de la OIT, que fijó los alcances del "trabajo intermitente", entre los cuales se incluían algunos de los supuestos de vigilancia subalterna (serenos, porteros, ascensoristas, etcétera).

La otra postura, mayoritaria en jurisprudencia, había sido receptada en el acuerdo plenario 220 de la Cámara Nacional del Trabajo, del 7/3/1980, donde se resolvió que "el personal integrante del cuerpo de seguridad de policía ferroviaria se encuentra exceptuado del régimen legal de jornada máxima". Para fundamentar su posición sostenían que de los términos de la norma surgía que ésta se refería a dos tareas disímiles unidas entre sí por una conjunción disyuntiva. La disyunción "o" colocaba a los distintos tipos de vigilancia (superior o subalterna) como una alternativa distinta de la dirección [1].

La ley 26.597 reformó el inc. a), art. 3°, ley 11.544, quedando exceptuados únicamente de la duración del tiempo de trabajo los directores y gerentes. Adviértase que se trata de trabajadores que ocupan altos cargos en el organigrama empresarial y que representan generalmente al empleador.

La modificación legislativa va mucho más allá de la discusión entre vigilancia superior (dirigida a personas) y vigilancia subalterna (dirigida a cosas), sino que, atento los claros términos de la reforma, de la primera sólo se exceptúan actualmente los directores y gerentes, aplicándose plenamente la jornada máxima legal a aquel personal jerárquico que, aunque cumpla tareas de dirección, no reviste la categoría de director o gerente. De más está decir que la excepción se aplicará a estos trabajadores en la medida en que efectivamente cumplan funciones acordes con la categoría que ostentan porque, de lo contrario, deberá estarse al principio de primacía de la realidad. Es decir, si se pretende disfrazar un operario, o incluso un supervisor o encargado bajo la figura del gerente, con el sólo propósito de no abonar las horas extra trabajadas, estaremos frente a un supuesto de simulación, siendo sancionado con la nulidad del acto de conformidad con lo dispuesto por el art. 14, LCT.

[1] Ver PIROLO, Miguel Á. - MURRAY, Cecilia, en ACKERMAN, Mario (dir.), *Tratado de derecho del trabajo*, t. III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 644.

Entiendo —junto con Hierrezuelo— que la modificación del inc. a), art. 3°, ley 11.544, supone la derogación de los incs. a) y b), art. 11, dec. 16.115/1933, el cual reglamenta aquel inciso y precisaban que debía entenderse por empleados de dirección y vigilancia, entre los que se encontraban (en el inc. a] del art. 11 de dicho decreto) los gerentes y directores.

En cambio, considero que se mantienen las excepciones a los cobradores o investigadores de cobranzas y corredores que sean remunerados exclusivamente a comisión, ya que, como bien lo apuntan Pirolo y Murray, la excepción responde a las modalidades con que estas tareas normalmente se llevan a cabo —que implican cierta intermitencia en la labor—, a la mayor disponibilidad de descansos o pausas que tiene el trabajador que actúa fuera del establecimiento y a la directa relación que existe entre su salario y su mayor actividad [2].

También se mantiene el párr. final del art. 11 del decreto mencionado, ya que, como señalamos precedentemente, por aplicación del principio de primacía de la realidad, las personas enumeradas en ese artículo se considerarán exceptuadas a condición de que ejerzan exclusivamente los trabajos inherentes a su denominación.

*b)* 1. *El trabajo intermitente* es aquel que, no obstante exigir la permanencia del trabajador en el lugar de trabajo, no lo obliga a una prestación continua de servicios (por ejemplo, encargados, ascensoristas, etc.). El Poder Ejecutivo está facultado para condicionar, mediante reglamentos especiales, cuestiones atinentes a la jornada —la hora de comienzo y finalización— y los horarios de los descansos fijos intercalados.

Estos reglamentos, para cada industria, rama de industria, comercio o actividad, determinarán los casos en que se podrá autorizar el aumento de la permanencia en el local de trabajo (art. 12, dec. 16.115/1933). Los reglamentos especiales que se dicten para cada actividad específica determinarán las excepciones permanentes y temporarias y fijarán los límites máximos de prolongación de la jornada.

El convenio 30 de la OIT fija que los reglamentos de la autoridad pública determinarán las excepciones permanentes que puedan ser concedidas para "ciertas clases de personas cuyo trabajo sea intermitente, a causa de la naturaleza del mismo, como, por ejemplo, los conserjes y las personas empleadas en trabajos de vigilancia y conservación de locales y depósitos".

La res. 146/1945 STP autorizó para los serenos una jornada de doce horas diarias, siempre que dichas tareas no requieran sino su mera presencia en el lugar que deben custodiar.

2. *El trabajo preparatorio o complementario* (art. 4°, inc. a], ley 11.544) es el que necesariamente se debe efectuar fuera de la jornada legal, resultando imprescindible para poner en marcha el establecimiento o finalizar la labor diaria (por ejemplo, encendido de fuegos, calentamiento de hornos, atención de clientes que han quedado en el local a la hora de cierre, realización de balances e inventarios, etcétera).

3. *El trabajo por equipo* es el que realiza un número cualquiera de empleados u obreros cuya tarea comienza y termina a una misma hora y que, por su naturaleza, no admite interrupciones y aquel cuya tarea esté coordinada de tal forma que el trabajo de unos no pueda realizarse sin la cooperación de los demás (art. 10, dec. 16.115/1933).

Es una forma de organizar y ejecutar las tareas, generalmente en forma de turnos rotativos integrados por uno o más trabajadores, que no admite interrupción (los servicios de guardia) o que su funcionamiento depende de la prestación de los otros (una orquesta); el convenio 1 de la OIT hace referencia al trabajo de funcionamiento continuo (altos hornos).

[2] Ver PIROLO, Miguel Á - MURRAY, Cecilia, en ACKERMAN, Mario (dir.), *Tratado de derecho...*, cit., t. III, p. 646.

Hay industrias en las cuales, por el tipo de actividad, las tareas no pueden interrumpirse durante el día, sino que deben ser continuas; por ejemplo, en las industrias de altos hornos, los obreros trabajan por equipos que se reemplazan sucesivamente unos a otros. Ello produce que dichos turnos roten y que no se pueda cumplir estrictamente con la limitación de la suma de cuarenta y ocho horas.

En este caso, la duración de la jornada puede prolongarse más allá de las ocho horas por día y de las cuarenta y ocho semanales, distribuyendo las horas de labor en un período de tres semanas consecutivas. Por ende, el límite no es de cuarenta y ocho horas semanales, sino de ciento cuarenta y cuatro en dieciocho días laborales, sin que el trabajo semanal pueda exceder de cincuenta y seis horas. Consecuentemente, las horas de trabajo dentro del ciclo no excede, en promedio, las ocho horas por día o las cuarenta y ocho semanales (art. 2°, dec. 16.115/1933).

El horario de los turnos rotativos por lo general es de 6 a 14, de 14 a 22 y de 22 a 6, con rotación semanal. Del art. 9°, ley 11.544, y del decreto surge que en los trabajos por equipos se puede trabajar hasta ocho horas nocturnas mientras se otorgue un descanso de un día cada siete cuando la prestación alcance a una semana.

El art. 200, LCT, exime a los horarios rotativos del trabajo por equipos del límite de siete horas diarios de trabajo nocturno y abandona la tendencia de entender trabajo por equipos al de turnos rotativos y alternados, fijando un criterio amplio que abarca los casos en que es imprescindible para asegurar la continuidad de la explotación, por necesidad o conveniencia económica y por razones técnicas inherentes a la explotación.

El art. 197 habilita al empleador a distribuir y diagramar los horarios, incluso bajo el sistema rotativo del trabajo por equipos, y dispone que no está sujeto a la previa autorización administrativa.

Jurisprudencialmente se ha resuelto que el art. 3°, inc. b), ley 11.544, establece que cuando los trabajos se efectúan por equipos, su duración podrá ser prolongada más allá de las ocho horas por día y de las cuarenta y ocho semanales y que en esos casos no habrá recargo de salarios por las horas complementarias cuando dentro de las tres semanas no se exceda el número que admite la ley (Sup. Corte Bs. As., 28/2/1978, "Simoncini, Ángel O.", LI.XXVIII): no se puede exceder las ciento cuarenta y cuatro horas en un lapso de tres semanas y las tareas realizadas durante los días destinados al descanso semanal no deben ser retribuidas con el recargo que corresponde por trabajo extraordinario, sino que dan derecho a un descanso compensatorio.

El párr. 1°, art. 202, LCT, dispone que el descanso semanal de los trabajadores que prestan tareas bajo este régimen debe ser otorgado al término de cada ciclo de rotación y dentro del funcionalismo del sistema. En la práctica, cada trabajador descansa una vez a la semana y es reemplazado por un relevante del grupo, lo cual permite que la producción no sea suspendida.

I) Trabajos exceptuados de la jornada máxima de la ley 11.544.

- a) trabajos sin jornada máxima por el carácter del empleo (directores y gerentes);
- b) trabajos con jornada especial en razón de la índole de la actividad o de la organización del trabajo en la empresa, en el cual la jornada diaria puede exceder limitadamente la jornada máxima: 1) trabajos intermitentes; 2) preparatorios o complementarios; y 3) equipos.

| | |
|---|---|
| II) Trabajos con jornada máxima sobre la que se puede obligar, excepcionalmente, a trabajar horas extraordinarias. | a) auxilios o ayudas extraordinarias en horas suplementarias para casos de peligro grave e inminente, accidente ocurrido o inminente y caso de fuerza mayor, en que sin necesidad de autorización administrativa, pero con comunicación posterior, pueden trabajarse horas extraordinarias sin límite legal;<br>b) cuando en forma temporaria, previa reglamentación, se autorice a trabajos en horas suplementarias para hacer frente a demandas extraordinarias. |

### 2. Trabajos con jornada máxima sobre la cual se puede obligar, excepcionalmente, a trabajar horas extraordinarias

*a)* También está permitida la prolongación de la jornada como medida necesaria para evitar un inconveniente serio en la marcha regular del establecimiento y cuando el trabajo no puede ser realizado en la jornada normal (se debe comunicar ese hecho a las autoridades de aplicación): casos de fuerza mayor, accidente ocurrido o inminente, trabajos de urgencia en máquinas o herramientas, instalaciones o edificios afectados a ellas, no imputables al empleador, tanto en establecimientos industriales como mercantiles (art. 14, dec. 16.115/1933).

Las horas que se recuperen por causas no provenientes del trabajador no deberán exceder de una hora diaria a la jornada legal, y esta recuperación no da lugar al pago de recargo (art. 16, dec. 16.115/1933).

*b)* En virtud de exigencias excepcionales de la economía nacional, o de la empresa con demanda extraordinaria de trabajo, el art. 4°, inc. b), ley 11.544, contempla las *excepciones temporarias* que permiten el trabajo de un número limitado de horas suplementarias —que deben ser pagadas sin recargo—, previa autorización de la autoridad de aplicación.

## V. JORNADA NORMAL DIURNA

Es *la comprendida entre las 6 y las 21* (en el caso de menores, hasta las 20). La ley 11.544 determina que *la jornada máxima en todo el ámbito nacional es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales.*

Cabe recordar que el Convenio 1 de la OIT, sobre jornada de trabajo, la limitó a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales.

La aparente e insignificante diferencia del nexo coordinante —"o" por "y"— resulta trascendente desde el punto de vista práctico a los fines no sólo de establecer la extensión de la jornada normal diaria y semanal, sino también para determinar cuándo se trabajan horas extraordinarias, todo ello con la evidente implicancia en el monto de la remuneración del trabajador.

La cuestión a dilucidar es si prevalecen las ocho horas diarias sobre las cuarenta y ocho semanales o viceversa, o bien si no pueden ser superadas las ocho diarias ni las cuarenta y ocho semanales. Cabe adelantar como respuesta que *la limitación es alternativa*, lo cual implica que, en principio, *prevalece el tope de cuarenta y ocho horas semanales sobre el de ocho diarias*, pero no en todos los casos, sino *sólo cuando se dispone una jornada desigual.*

Como *regla*, se puede establecer que *hay trabajo extraordinario cuando son excedidas las cuarenta y ocho horas semanales en total, o las nueve horas diarias*; este criterio surge del dec. 16.115/1933, reglamentario de la ley 11.544, que fue recogido posteriormente por la ley 18.204 y se relaciona con lo establecido en el art. 197, LCT.

Dicha norma consigna 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 equipos, no estará sujeta a la previa autorización administrativa, pero aquél deberá hacerlos 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".

Al no efectuar la norma distinción alguna, se debe entender que no es aplicable sólo al trabajo por equipo, sino también a cualquier diagramación horaria.

De la disposición transcripta surge que *la distribución de las horas de trabajo es una facultad del empleador* que, como toda potestad, debe ser ejercida razonablemente, sin alterar las modalidades esenciales del contrato ni causar perjuicio material ni moral al trabajador (art. 66, LCT).

El dec. 16.115/1933, reglamentario de la ley 11.544, establece en el art. 1°, inc. b), que en caso de distribución desigual de la jornada entre los días laborables, cuando la duración del trabajo de uno o varios días sea inferior a ocho horas, el exceso de tiempo de trabajo por encima de la jornada legal (ocho horas) no podrá ser mayor a una hora diaria (hasta nueve horas), y las tareas del día sábado deberán terminarse a las 13.

Es decir que *las cuarenta y ocho horas semanales se pueden distribuir desigualmente entre los días laborales de una semana a condición de no exceder las nueve horas diarias y que no se trabaje los sábados después de las 13* (nueve horas de lunes a viernes y tres horas el sábado).

Si, por ejemplo, en un establecimiento se trabaja nueve horas de lunes a viernes y los sábados tres horas (entre las 10 y las 13), la novena hora no se debe retribuir con recargo justamente porque tanto el art. 197, LCT, como el art. 1°, inc. b), dec. 16.115/1933, admiten la distribución desigual de las cuarenta y ocho horas en la semana, siempre que no se excedan las nueve horas diarias ni se trabaje después de las 13 los sábados.

En cambio, si se trabaja los lunes ocho horas y de martes a viernes diez horas, a pesar de ser una jornada desigual y no exceder las cuarenta y ocho horas semanales, se ha trabajado más de nueve horas diarias; en este caso, la décima hora de martes a viernes es extraordinaria.

## VI. JORNADA NOCTURNA

El art. 200, LCT, y el art. 2°, ley 11.544, establecen que la jornada de trabajo nocturna es *la que se cumple entre la hora 21 de un día y la hora 6 del día siguiente. Lo que importa es que el trabajo sea realizado de noche, sea habitual o excepcional, transitoria o permanentemente.* Su duración no puede exceder las siete horas por jornada.

Esta limitación no tiene vigencia cuando se aplican los horarios rotativos del régimen de trabajo por equipos.

*El trabajo nocturno debe ser remunerado de la misma forma que el diurno*, es decir que un trabajador que presta servicios en jornada nocturna, y por lo tanto trabaja siete horas diarias y cuarenta y dos semanales, debe percibir la misma remuneración que el que trabaja en una jornada normal de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales.

La LCT fija las pautas a utilizar cuando el trabajador presta servicios en una *jornada mixta diurna y nocturna*, es decir, cuando trabaja una parte durante el día y otra por la noche.

El párr. 1° *in fine*, art. 200, LCT, dispone que cuando se alternen horas diurnas con nocturnas se reducirá proporcionalmente la jornada en ocho minutos por cada hora nocturna trabajada.

Es decir que *una hora de jornada nocturna equivale a una hora y ocho minutos de jornada normal. Si de todos modos el trabajador presta tareas durante ocho horas (jornada nor-*

*mal*), *el empleador debe pagar por cada hora nocturna trabajada ocho minutos de exceso como tiempo suplementario* según las pautas del art. 201 (con el 50% o 100% de recargo).

Por lo tanto, tratándose de una jornada íntegramente nocturna, la octava y la novena hora se deben pagar como horas extraordinarias, y las primeras siete horas en forma normal.

Por ejemplo, en caso de que un trabajador ingrese a las 4, teniendo en cuenta que la jornada nocturna comienza a las 21 y se extiende hasta las 6, ese dependiente trabajará en una jornada mixta. Como la hora nocturna equivale a una hora y ocho minutos de jornada normal, y trabaja dos horas nocturnas (de cuatro a seis), esas dos horas nocturnas trabajadas equivalen a dos horas y dieciséis minutos.

El empleador tiene aquí dos alternativas: 1) que el dependiente trabaje sólo el tiempo faltante para completar la jornada normal, es decir, siete horas y cuarenta y cuatro minutos y por lo tanto concluya su jornada a las 11.44, o sea, dieciséis minutos antes; o 2) que trabaje las ocho horas, es decir, hasta las 12, en cuyo caso deberá pagar los dieciséis minutos como hora extraordinaria, o sea, con el 50% de recargo: lo que se trabaja en exceso de la jornada normal mixta es trabajo extraordinario.

No existe un "plus" de ocho minutos por cada hora trabajada en horario "nocturno" porque, en realidad, dicho valor no existe como tal con prescindencia de los límites fijados a la jornada diurna, ya que se trata de una equivalencia destinada a establecer el límite que corresponde a la jornada mixta (conf. art. 9°, dec. 16.115/1993 y art. 200, LCT). En este sentido, tanto el art. 200, LCT, como el 9°, dec. 16.115/1933, en rigor, sólo mencionan una equivalencia de valor entre la hora nocturna y la diurna a fin de establecer la medida en la cual se debe reducir el límite de jornada cuando ésta es mixta; o, dicho de otro modo, cuál es la medida del exceso a dicho límite cuando no se aplicó reducción alguna. De todos modos, en cualquiera de ambos casos, los ocho minutos de excedente por hora que resultan de aplicar la reducción al límite legal que corresponde a la jornada mixta, es tiempo "extra" que debe ser abonado con los recargos legales (sala 2ª, 25/4/2008, "Marzorati, Fernando Reynaldo v. Insua, Armando Manuel y otro").

Actualmente no existe para las mujeres prohibición alguna de realizar trabajo nocturno, ya que la norma que lo prohibía (art. 173, LCT) fue derogada por la ley 24.013.

En cambio, los menores de 18 años —de ambos sexos— no pueden ser ocupados en trabajos nocturnos, entendiéndose por ellos —en el caso de los menores— los comprendidos entre las 20 y las 6 del día siguiente.

En el caso de los menores varones de más de 16 años, la prohibición es más limitada: no pueden ser ocupados entre las 22 y las 6 del día siguiente en establecimientos fabriles que desarrollen tres turnos diarios durante las veinticuatro horas del día (art. 190, párr. 3°, LCT).

## VII. JORNADA INSALUBRE

Es la jornada que *se desarrolla en lugares que, por las condiciones del lugar de trabajo, por las modalidades o por su naturaleza, ponen en peligro la salud de los trabajadores y que la autoridad administrativa determinó como insalubres.*

El art. 2°, ley 11.544, y el párr. 3°, art. 200, LCT, establecen que en caso de trabajo insalubre *la jornada máxima no podrá exceder de seis horas diarias y treinta y seis semanales.*

La limitación legal tiene su *fundamento* en la *protección de la salud psicofísica del trabajador.*

La declaración de la insalubridad depende, en la actualidad, de una evaluación particular de cada caso para establecer la presencia de un agente hostil o un producto nocivo para la salud,

por lo cual no se puede determinar, como se hacía anteriormente, que determinadas actividades o productos resultan insalubres *per se*.

*La calificación de la insalubridad de una tarea debe surgir necesariamente de una resolución de la autoridad administrativa con fundamento en dictámenes médicos*; por lo tanto, no hay trabajo insalubre sin una declaración de la autoridad administrativa en tal sentido.

Lo expuesto lleva a que en la práctica se deba hacer referencia a jornada o trabajos prestados en condiciones de insalubridad, ya que no hay tareas ni lugares insalubres en sí mismos. Un lugar o una tarea puede ser insalubre y dejar de serlo. En 1930, un decreto fijaba un listado de tareas insalubres; actualmente el criterio es más amplio y flexible.

No es facultad de los tribunales del trabajo la determinación de salubridad e insalubridad de los lugares o establecimientos de trabajo, ya que ello surge *ministerio legis* o es facultad del Poder Ejecutivo en ejercicio del poder de policía del trabajo, conforme con nuestro derecho positivo (T. Trab. Trenque Lauquen, 23/12/1994, "Torres, Raúl I. v. Rivelli, Juan C.", TySS 2000-728).

La resolución del Ministerio de Trabajo es recurrible ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo —en la ciudad de Buenos Aires— o ante el juez federal que corresponda —en otras jurisdicciones— (art. 200, párrs. 3° y 4°, LCT).

La declaración administrativa es recurrible ante los órganos judiciales laborales de la ciudad de Buenos Aires, en los términos, formas y procedimientos que rijan en ella, para la apelación de sentencias. Cabe tener en cuenta que, en lo atinente a la revisión en sede contenciosa de los actos administrativos emanados de autoridades nacionales, la necesaria integración jurisprudencial del insuficiente art. 200, LCT, debe ser realizada teniendo en cuenta el lugar de asiento de la autoridad administrativa respectiva (Corte Sup., 19/11/1987, ED 1988-27).

Si al efectuar una inspección la autoridad de aplicación constata el desempeño de tareas en condiciones de insalubridad, es decir que advierte la presencia de agentes agresivos para la salud de los trabajadores, debe, previamente, intimar al empleador para que —en un plazo razonable— adecue el lugar, el establecimiento o la actividad, realizando las modificaciones necesarias para que reúna las condiciones de salubridad y no resulte perjudicial para los trabajadores.

Si la empresa no da cumplimiento a los requerimientos solicitados, la autoridad administrativa declara la insalubridad; esta declaración queda sin efecto si desaparecen las causas que la motivaron. Si a pesar de los cambios técnicos efectuados o los medios de protección introducidos, la autoridad de aplicación se niega a dejar sin efecto la declaración de insalubridad, el empleador también podrá recurrir a la justicia (art. 200, párrs. 2° y 4°).

Jurisprudencialmente se ha resuelto que si bien el art. 200, LCT, en su párr. 3°, expresa que la insalubridad no existiría sin declaración previa de la autoridad de aplicación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación —a partir del caso "Aphelhans y otros v. JC Sieburger" (20/9/1967, LT XVI-265)— estableció que no es la resolución la que constituye el trabajo insalubre, sino que este hecho se determina en forma objetiva por medio de la inspección.

Por lo tanto, los efectos de la declaración respectiva deben correr a partir del momento en que se efectuó dicha inspección, que puso en marcha el procedimiento de determinación administrativa de las condiciones de trabajo (sala 3ª, 20/12/1990, "Fórmica, Antonio v. ELMA").

En cuanto a la *remuneración en la jornada insalubre*, el dependiente que presta tareas en esas condiciones y que, por ende, trabaja seis horas diarias y treinta y seis semanales, *debe percibir la misma remuneración que el que trabaja ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales en una jornada normal.*

En consecuencia, *seis horas de trabajo insalubre equivalen a ocho horas de trabajo normal*, lo cual significa que la hora en la jornada insalubre "vale más" que la hora de la jornada normal.

Puede suceder que el dependiente, durante la jornada de trabajo, preste servicios una parte del tiempo en trabajos declarados insalubres y otra realizando tareas normales; a esto se denomina *jornada mixta normal e insalubre*. El *límite* a la jornada insalubre mixta es de *tres horas insalubres* (conf. dec. reg. ley 11.544); si se excede dicho tope, se debe aplicar la jornada de seis horas.

El dec. 16.115/1933, reglamentario de la ley 11.544, incurrió en un error al establecer la equivalencia de una hora insalubre en una hora y treinta y tres minutos de la normal. La equivalencia correcta es que *una hora insalubre equivale a una hora y veinte minutos de jornada normal.*

Por ejemplo, si un dependiente tiene un horario de trabajo de 9 a 17 y trabaja en tareas insalubres durante las primeras tres horas (de 9 a 12), estas tres horas equivalen a cuatro normales; por lo tanto, para completar el trabajo normal de ocho horas restarían cuatro y el trabajador concluiría su jornada de trabajo a las 16. Es decir que, en este caso, trabaja en forma efectiva siete horas pero cobra como si hubiese trabajado ocho.

*Está absolutamente prohibido el cumplimiento de horas extraordinarias en la jornada insalubre*: no pueden ser realizadas ni con autorización administrativa; ello es así en virtud del fundamento de la limitación de la extensión de la jornada, que es la protección de la salud del trabajador.

Pero si de todos modos se viola esta prohibición, se configura un supuesto de trabajo de objeto prohibido (art. 40, LCT); como la prohibición no es oponible al trabajador, el empleador debe pagar el recargo por la realización de las horas extraordinarias y soportar las sanciones inherentes a la infracción legal.

En cambio, resulta admisible la realización de horas extras en el caso de jornada mixta insalubre.

Las mujeres y los menores de 18 años no pueden desempeñar tareas declaradas insalubres. La misma prohibición rige para las tareas penosas, peligrosas o riesgosas (arts. 176 y 196, LCT). En realidad, la categoría de jornada de tareas penosas, mortificantes o riesgosas (art. 200 *in fine*, LCT) no está vigente, ya que requiere de una ley nacional que debía haberla fijado y que nunca se sancionó.

La declaración de tareas como penosas y/o riesgosas y/o determinantes de vejez o agotamiento prematuro (sólo para efectos previsionales especiales) a distintos sectores de un determinado proceso productivo no importa la declaración de insalubridad contenida en el art. 200, LCT.

El campo de la seguridad e higiene industrial está reglamentado por las leyes 19.587 y 24.557 y los decs. 351/1979, 295/2003 y concs., los cuales establecen claramente los límites de exposición para cada microclima laboral, entendiéndose que la tarea riesgosa o determinante de vejez o agotamiento prematuro se encuentra dentro de esos límites, determinándose una "jubilación anticipada" a efectos de salvaguardar la integridad de los trabajadores, ya que la susceptibilidad individual es muy distinta entre las diferentes personas que realicen una misma tarea, pero siempre sin exceder los valores de ley.

Si el trabajador prestó servicios en una carga horaria en exceso sobre la jornada reducida por insalubridad, la circunstancia de que el trabajo pueda considerarse prohibido en las dos horas que exceden de la jornada que le correspondía cumplir, atento la declaración de insalubridad emanada de la autoridad de aplicación, no obsta a la condición de extraordinarias que cabe asignar a esas dos horas laboradas en exceso por el trabajador con los recargos pertinentes, ya que la prohibición del objeto del contrato siempre está dirigida al empleador. Si el empleador, no obstante la prohibición, hizo cumplir a sus dependientes una jornada de ocho horas en lugar de las seis que correspondían, no resulta lógico que abone "en principio" las tareas prestadas en dicha forma como si se tratara de horas comunes.

Por razones de higiene es evidente que no puede exigirse la realización de horas extras cuando la jornada que corresponde cumplir es la de seis horas de conformidad con lo dispuesto por el art. 200, LCT, por lo que si, a pesar de dicha valla legal, la empleadora violó la ley y se benefició con el trabajo prestado en exceso de la jornada legal y en perjuicio de la salud de sus dependientes, no parece razonable ni equitativo que se la conmine a abonar las tareas prestadas en esa forma como si se trataran de horas simples.

Sin embargo, el art. 200, LCT, regulatorio de la jornada cumplida en tareas insalubres, no deja lugar a dudas en cuanto a la manera y los requisitos para que determinada labor sea calificada de ese modo.

El art. 200, LCT, dispone que la calificación con el carácter de insalubre debe ser realizada por la autoridad de aplicación, a lo cual cabe agregar que debe tener fundamento "en dictámenes médicos de rigor científico" y, por otro lado, que al constatar las condiciones y efectivamente ellas encuadran en las reguladas por el artículo mencionado anteriormente debe previamente intimarse al empleador a que las adecue y recién en caso de incumplimiento de ello podrá efectuarse la declaración de insalubridad.

La sala 10ª (26/6/2006, "Casimiro, Pedro M. y otros v. Aceros Zapla SA") ha sostenido en su voto de mayoría que la insalubridad no existe sin declaración previa de la autoridad de aplicación (autoridad administrativa), por lo que más allá de las pruebas que puedan aportarse en el proceso judicial ordinario y la valoración pertinente, no cabe posibilidad alguna —por carecer de dichas facultades— de que un tribunal del trabajo declare la insalubridad de las tareas. En el caso en particular, si bien los reclamantes afirmaban que las tareas por ellos desempeñadas fueron declaradas insalubres mediante resoluciones de la Dirección Provincial del Trabajo de la provincia de Jujuy, lo cierto es que —de acuerdo con lo que surge de las constancias de autos—, a instancias de la propia demandada y luego de una serie de estudios técnicos e informes de un especialista, la Dirección Provincial del Trabajo, mediante res. 161 del 2001, declaró "...como tareas penosas y/o riesgosas, y/o determinantes de vejez o agotamiento prematuro... a los trabajos realizados por los operarios de la empresa Aceros Zapla SA 'a efectos exclusivamente previsionales'", de conformidad con lo prescripto por el dec. 4257/1968 (que establece un régimen de jubilaciones para quienes cumplan precisamente ese tipo de trabajo).

Es decir que la solicitud y la consecuente declaración administrativa tenían como finalidad que los trabajadores de la empresa pudieran jubilarse con menos años de edad y de servicios.

Por lo tanto, la declaración de insalubridad mencionada, a efectos exclusivamente previsionales y con base en el dec. 4257/1968, no puede asimilarse a una declaración administrativa de insalubridad en los términos del art. 200, LCT; toda vez que —como se ha dicho anteriormente en un caso de aristas similares al presente— la insalubridad está contemplada para las situaciones enumeradas en el art. 6°, decreto reglamentario de la ley 11.544, y otros decretos del Poder Ejecutivo que regulan situaciones específicas; en cambio, el dec. 4257/1968 contempla situaciones diferentes e impone distintos requisitos para acceder a la jubilación, mayormente sin declaración de insalubridad (sala 7ª, 23/11/2005, "González, Mauricio y otros v. Aceros Zapla SA").

En síntesis, se consideró que no existiendo, por parte de la autoridad de aplicación —en el caso, Dirección Provincial del Trabajo de la Provincia de Jujuy— una declaración expresa de insalubridad de las tareas desarrolladas por los actores, en los términos del art. 200, LCT, de ningún modo podía el tribunal otorgar dicho carácter a las labores en cuestión, mediante la aplicación analógica de una resolución dictada a efectos previsionales y, menos aún, con fundamento en el informe de condiciones ambientales realizado por el perito ingeniero, designado previamente al dictado de la res. 161/2001, por cuanto todo ello implicaría la atribución de facultades ajenas al cuerpo.

El tema motivó un fallo plenario de la Cámara Nacional del Trabajo, en autos "Escalera, Orlando y otros v. Aceros Zapla SA" (27/12/2007), que estableció que 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. 4257/1968, no se aplica como declaración de insalubridad en el marco del art. 200, LCT.

— *Res. 434/2002 MTEySS*: la res. 434/2002 MTEySS (BO del 25/6/2002) establece que la declaración de insalubridad del lugar o ambiente de trabajo es competencia exclusiva de la administración laboral provincial o, en su caso, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, correspondiente al domicilio del establecimiento laboral.

La declaración de insalubridad de un establecimiento corresponde al ejercicio propio del poder de policía, que es un poder local que las provincias no han delegado al gobierno federal (art. 104, CN).

La res. 344/2001, que introdujo modificaciones a la res. 695/1999, amplió la competencia de la SRT, asignándole la atribución de declarar la insalubridad de los lugares y ambientes de trabajo.

Esto produjo la imposibilidad de la Anses de aceptar, a los fines de la aplicación del inc. f), art. 2°, dec. 4257/1968, las declaraciones de insalubridad efectuadas por las administraciones locales, lo cual, además, colisionaba con la indelegabilidad del ejercicio del poder de policía.

La res. 434/2002 MTEySS corrige esa equivocación al restablecer la competencia en forma exclusiva de la administración laboral provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para declarar la insalubridad del lugar o ambiente de trabajo, sin perjuicio de la colaboración y asistencia que éstas puedan requerirle a la SRT.

De todos modos, aun cuando se le asigna la competencia exclusiva, se deja asentado que para que dicha declaración de insalubridad pueda hacerse valer ante la Anses debe ser debidamente fundada y dictada en actuaciones en las que consten los procedimientos y las evaluaciones técnicas que se llevaron a cabo para producirla.

— *Res. 212/2003 MTEySS (BO del 2/5/2003)*: esta resolución aprueba el procedimiento para calificar el carácter de lugares, tareas o ambientes de trabajo como normales o insalubres.

Previo a declarar la insalubridad o salubridad de un determinado establecimiento, sección o puesto de trabajo, se debe efectuar una inspección inicial, la cual debe contener como mínimo un relevamiento estadístico de datos, de carácter enunciativo.

Si de la evaluación realizada surge que el lugar, el ambiente o la tarea realizada no se encuentran adecuados a la legislación vigente, se debe notificar a las partes interesadas en el procedimiento e intimar al infractor para que dentro del plazo establecido adecue las instalaciones a las exigencias impuestas.

El empleador, dentro del plazo que se fije, puede efectuar su descargo.

Vencidos los plazos acordados, se procede a verificar el cumplimiento de lo intimado y, en caso de adecuación parcial y/o total, se evalúa nuevamente el ambiente de trabajo a efectos de identificar la efectividad de las mejoras implementadas.

Si las condiciones fueron adecuadas, se realiza un informe técnico que especifique dicha situación y su posterior notificación a las partes interesadas, concluyendo el procedimiento. De lo contrario, se realiza un informe técnico médico dejando constancia de la persistencia de los incumplimientos intimados o de la ineficacia de las medidas adoptadas, emitiendo una opinión fundada científicamente.

Con todos esos elementos, el organismo laboral provincial debe emitir una resolución administrativa que declare la insalubridad o el levantamiento de la insalubridad existente.

Esta resolución debe ser notificada a la parte interesada, quien puede efectuar las impugnaciones de conformidad con lo establecido en el art. 4°, res. 434/2002 MTEySS, texto según art. 3°, res. 860/2002 MTEySS.

## VIII. JORNADA PROMEDIO ADMITIDA POR LA DISPONIBILIDAD COLECTIVA (ART. 198, LCT)

Las partes —en ejercicio de la autonomía colectiva— pueden modificar las disposiciones legales en favor de los trabajadores, o incluso adecuar la jornada de trabajo a las necesidades de la tarea (caso de las guardias), concentrándola, por ejemplo, en determinados horarios o días de la semana, siempre que sean respetados los tiempos de descanso.

El art. 25, ley 24.013, sustituyó el texto del art. 198, LCT, por el siguiente: "Jornada reducida. 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 sobre la base de promedio, de acuerdo con las características de la actividad".

La modificación sustancial que introduce el artículo transcripto es la *posibilidad de establecer la distribución de los tiempos de trabajo por medio del convenio colectivo.*

De esta forma, los convenios colectivos *pueden fijar métodos de cálculo de la jornada máxima distintos a los legales, tomando en consideración promedios —que pueden ser mensuales, trimestrales o anuales— según las necesidades de la actividad.* Sin embargo, tal distribución *debe respetar necesariamente las pausas* (diaria, semanal y anual) *fijadas en la LCT.*

La disponibilidad colectiva otorgada por el art. 198, LCT, choca con el convenio 1 de la OIT, que tiene jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22, CN), ya que aunque autoriza a los convenios colectivos a sobrepasar el límite diario de ocho horas, sólo admite un exceso no mayor de una hora diaria.

A este tipo de jornada establecida en un convenio colectivo, según las pautas del art. 198, LCT, se la denomina *jornada máxima promedio* y está *integrada por jornadas diarias con horas variables.*

Esto, en la práctica, significa que en aquellas actividades para las cuales rige un convenio colectivo que contempla este tipo de jornada, cede el principio legal de que la jornada máxima es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, siendo aplicable la establecida en ese convenio.

La jornada convencionalmente fijada puede ser mensual (por ejemplo, ciento sesenta horas), bimestral (trescientas cincuenta horas), semestral (novecientas horas) o anual (mil ochocientas horas). La única limitación es que no se puede trabajar más de doce horas por día y que se debe otorgar al trabajador una pausa de treinta y cinco horas semanales y vacaciones anuales, ya que deben ser respetados todos los descansos —diario, semanal y anual— dispuestos en la LCT.

Por ejemplo, si en el convenio colectivo se establece que el promedio semestral es de novecientas horas, un trabajador percibirá horas extraordinarias cuando supere, en ese período, esa cantidad de horas, aunque haya trabajado jornadas de nueve, diez, once o doce horas.

Es un sistema que permite distribuir el tiempo de trabajo según las necesidades de la empresa y las características de la actividad —con las limitaciones referidas respecto de los descansos obligatorios—, por lo cual, dentro del período mensual o semestral, las jornadas son variables; pueden ser tanto de cuatro horas, como de ocho o doce horas.

Este tipo de jornada, introducido principalmente en los convenios colectivos de empresa, comenzó a ser utilizado en la década pasada y formó parte de un proceso de flexibilización de las condiciones de trabajo.

INVENTARIO 29129
TOPOGRAFIA

Sin embargo, se debe reiterar que *para poder pactar válidamente este tipo de jornada es necesario que esa posibilidad esté establecida en el CCT aplicable a la actividad o a la empresa*, por lo cual, de no existir convenio, o si el existente no contempla la jornada máxima promedio, rige lo dispuesto en la ley 11.544 y en la LCT.

## IX. HORAS EXTRAORDINARIAS

Se denomina trabajo suplementario o complementario —realización de horas extraordinarias— a las *tareas efectuadas por el trabajador por encima de la jornada legal*, es decir, cuando el dependiente trabaja más horas que las fijadas para la jornada normal.

Se pueden realizar horas extraordinarias por distintos motivos; el más común es para satisfacer mayores demandas de producción en forma permanente o transitoria (picos de trabajo); también pueden responder a la necesidad de preparar o poner en funcionamiento una máquina que requiere un tratamiento especial.

El art. 203, LCT, establece, como principio general, que *el trabajador no está obligado a prestar servicios en horas suplementarias*, salvo casos de fuerza mayor —los cuales no admiten su negativa— o exigencias excepcionales de la economía nacional o de la empresa —que admite su negativa si demuestra perjuicios a sus intereses—. En estos casos excepcionales, el fundamento para establecer la obligación de trabajar horas extraordinarias radica en el criterio de colaboración con los fines de la empresa.

Esta excepción se relaciona con el art. 62, LCT, que dispone que las partes están obligadas no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia de éste, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad; y también con el art. 89, que obliga al trabajador a prestar los auxilios requeridos en caso de peligro grave o inminente para las personas o para las cosas incorporadas a la empresa.

La Cámara Nacional del Trabajo, sala 2ª, en autos "Guzzo, Luciano v. Sign Publicidad SRL" (12/3/2008), estableció que —salvo las excepciones legalmente admitidas— la prestación de servicios que supere el máximo de nueve horas por día (aun cuando no se sobrepasen las cuarenta y ocho horas semanales) genera las consecuencias previstas para el trabajo efectuado en tiempo suplementario o extraordinario.

En nuestra legislación (salvo para las excepciones) existe un límite de nueve horas diarias de trabajo, más allá del cual debe considerarse que se produce un exceso en la jornada de trabajo, aun cuando no está sobrepasado el tope de cuarenta y ocho horas semanales. No cabe duda de que los principios de orden técnico, ético y económico en que fundan tanto la ley 11.544 como su decreto reglamentario, así como también la evidente finalidad higiénica que estas normas persiguen en resguardo de la integridad psicofísica del trabajador, no autorizan a considerar que sólo existe un límite semanal que permita "desentenderse" del límite diario [3].

En cuanto a la forma de retribuirlas, el art. 201, LCT, dispone que "el empleador deberá abonar al trabajador que prestare servicios en horas suplementarias, medie o no autorización del organismo administrativo competente, un recargo del 50% calculado sobre el salario habitual, si se tratare de días hábiles, y 100% en días sábados después de las 13 horas, domingos y feriados".

Esto, obviamente, sin perjuicio de los mayores beneficios que pueden ser pactados en un convenio colectivo, que podría fijar válidamente, por ejemplo, recargos del 150% o 200%.

[3] Conf. PIROLO, Miguel Á. en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (dir.), *Curso de derecho del trabajo y la seguridad social*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 291.

Esta disposición tiene por finalidad disuadir al empleador de requerir la realización de horas extras tornando más gravoso el costo de la prestación. De todos modos, en la práctica, muchas veces son los propios trabajadores quienes —en virtud de la situación socioeconómica— están interesados en efectuarlas para incrementar sus ingresos.

Por ejemplo, si el trabajador percibe por hora normal $ 30 y trabaja horas extra en días hábiles, percibe $ 15 de recargo (50%), es decir que la hora extraordinaria se debe pagar $ 45; si ese trabajador realiza horas extra el sábado después de las 13 o un domingo o feriado, percibe $ 30 de recargo (100%), es decir que la hora extraordinaria se debe pagar $ 60.

En principio, las horas trabajadas los días sábados después de las 13 no son extraordinarias, generando únicamente el derecho a gozar del franco compensatorio, salvo que se hubiere excedido el tope diario de nueve horas o semanal de cuarenta y ocho horas.

El recargo para el pago de las horas laboradas los días sábados después de las 13 y los domingos corresponde únicamente si consisten en horas complementarias que el trabajador debe excepcionalmente cumplir, pero no si se trata del cumplimiento de la jornada normal en día inhábil. Ello es así porque la jornada de trabajo y el descanso semanal son institutos diferentes cuyo ámbito de actuación no debe confundirse: no corresponde abonar con el recargo que establece el art. 207, LCT, las horas trabajadas los días sábados después de las 13 y los domingos si no se ha laborado en exceso de la jornada legal (sala 10ª, 12/4/2004, "Valdez, Ernesto v. Wal Mart Argentina SA").

Las horas extras no autorizadas (por ejemplo, en jornada insalubre) o las que exceden del tope fijado por el dec. 484/2000 (por encima de treinta horas mensuales y doscientas anuales), también deben ser pagadas con recargo, ya que se trata de un trabajo de objeto prohibido que es inoponible al trabajador (art. 40, LCT).

En caso de trabajadores mensualizados, el valor horario para liquidar las horas extras se obtiene dividiendo el sueldo por el número de horas que constituyen su jornada normal efectiva trabajada en el mes.

En los jornalizados, si para pagar la hora trabajada se suma al jornal básico un adicional voluntario otorgado por el empleador, el recargo por hora extra tiene que ser pagado calculando también ese adicional.

La *prueba* de las horas extraordinarias, respecto tanto del número como del lapso y la frecuencia, está a cargo del trabajador, en virtud del principio procesal que impone la carga de la prueba de un hecho a quien lo invoca y no a quien lo niega (art. 377, CPCCN). Jurisprudencialmente, se han dividido los fallos en cuanto a las exigencias, ya que algunos sostienen que la prueba debe ser fehaciente y categórica, mientras que otros entienden que debe probarse del mismo modo que cualquier otro hecho.

La realización de horas extraordinarias está expresamente prohibida para los contratos de trabajo a tiempo parcial (art. 92 ter, LCT) y también —como quedara dicho— en jornadas insalubres.

La ley 11.544 impone al empleador el deber de inscribir en un registro todas las horas suplementarias realizadas (art. 6°), lo cual resulta coincidente con el convenio 1 de la OIT (art. 8°).

El empleador no está obligado a utilizar fichas-reloj u otros medios de control del ingreso y egreso de los trabajadores del establecimiento. Si decide libremente hacerlo, no está obligado a conservarlas ni, por no existir norma que lo imponga, a exhibirlas.

## 1. Pago de las horas que exceden la jornada pactada inferior a la legal

No existen dudas de que *el tiempo trabajado en exceso de la jornada legal se debe pagar como horas extraordinarias*. La jornada legal, cabe reiterar, es de ocho horas diarias o cuarenta

y ocho semanales, pudiendo elevarse a nueve horas diarias cuando se distribuye en forma desigual en la semana.

La duda que se planteaba era determinar si se debía pagar el recargo por horas extras sólo en esos casos o también cuando *las partes pactaron una jornada menor* (por ejemplo, siete horas diarias o cuarenta y dos semanales) y el dependiente presta servicios en exceso de la jornada convenida (por ejemplo, cuarenta y siete horas semanales), pero *no supera la jornada legal de cuarenta y ocho horas semanales*.

El fallo plenario 226 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ("D'Aloi v. Selsa SA", 25/6/1981) determinó que se debe pagar sin recargo y sentó la siguiente doctrina: "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, LCT".

En este caso, *la hora trabajada en exceso de la jornada convenida individualmente entre las partes, pero por debajo de la jornada máxima legal, se debe pagar como hora normal*, es decir, como hora simple sin recargo alguno.

Sin embargo, no se considera aplicable la doctrina del fallo plenario 226 cuando entre los trabajadores y su empleador se pactó expresamente que el trabajo excedente de la jornada convenida e inferior a la legal se pagaría con recargo. En este caso, lo que predomina es la autonomía de la voluntad de las partes.

El mencionado fallo plenario tampoco se ocupó de los casos en que el convenio colectivo dispone una jornada inferior a la legal, por lo cual cabe concluir que su doctrina, en este aspecto, no resulta aplicable.

Las disposiciones del CCT adquieren carácter imperativo y se imponen a las partes del contrato de trabajo. Por lo tanto, *si se trabajan horas por encima de la jornada convencional, deben ser pagadas como horas extras según las pautas remuneratorias establecidas en el propio convenio o bien en el art. 201, LCT.*

En síntesis, *se debe pagar con el recargo salarial establecido para las horas extras no sólo en los casos en que se excede la jornada legal determinada por la ley 11.544 y la LCT, sino también cuando se trabaja por encima de la jornada menor establecida en el convenio colectivo.*

Jurisprudencialmente se determinó que no interesan las denominaciones que el trabajador tenga asignadas para determinar si tiene o no derecho al cobro de horas extras. Lo que interesa es si lo que cobra compensa su horario de trabajo, porque éstas —horario y salario— son las variables que se deben considerar conjuntamente, como lo hacen las CCT que a un horario determinado le asignan una remuneración determinada.

## 2. Límite a la realización de horas extraordinarias

El derogado dec. 2882/1979 fijaba límites para la realización de horas extraordinarias al establecer que *en ningún caso el número de horas suplementarias autorizadas podrá ser superior a tres por día, cuarenta y ocho mensuales y trescientos veinte anuales*. Esta disposición era aplicable también al personal de la Administración Pública nacional.

El dec. 484/2000 (BO del 20/6/2000) modificó las pautas establecidas por el dec. 2882/1979 y fija un límite de treinta horas mensuales y de doscientas horas anuales para las horas extras, sin necesidad de autorización administrativa previa. La distribución de estas horas tiene como único límite los topes que surgen de la aplicación de las disposiciones legales referidas a jornada y descanso.

El Poder Ejecutivo fundamentó este decreto en diversos motivos. Esencialmente entiende que los indicadores sociales denotaban la existencia de una importante cantidad de trabaja-

dores que desarrollaban tareas en exceso de la jornada legal de trabajo, mientras que se advertía el predominio de formas precarizadas de empleo y un elevado índice de desocupación.

Sostiene que un alto porcentaje de la población ocupada trabajaba, en promedio, más de cincuenta horas por semana. Con el tope de horas extras de treinta horas mensuales y doscientas anuales se restablece el criterio original del dec. 16.115/1933, en el entendimiento que incidiría positivamente en el mercado de trabajo, generando condiciones para la creación de nuevos empleos. Finalmente, establece que para fijar límites razonables a la utilización mensual y anual de horas extraordinarias resulta innecesaria la autorización administrativa prevista en el dec. 23.696/1944.

Por medio del dictamen 1340/2000 (del 28/6/2000), emitido por la Jefatura de Gabinete de Ministros —Subsecretaría de la Gestión Pública—, se estableció que las disposiciones del dec. 484/2000 no resultaban de aplicación al personal de la Administración Pública, debiendo mantenerse el régimen vigente hasta el momento.

La res. 303/2000 MT (BO del 27/7/2000) reglamentó y aclaró los alcances del dec. 484/2000. Esta resolución establece que las excepciones permanentes y temporarias previstas en el art. 4°, ley 11.544, consideradas admisibles para la realización de horas extraordinarias por encima del tope previsto en el dec. 484/2000, deben ser tramitadas ante la Secretaría de Trabajo. El art. 4°, inc. b), ley 11.544, dispone que el Poder Ejecutivo puede fijar excepciones a la duración máxima de la jornada para permitir a las empresas hacer frente a demandas extraordinarias, teniendo en cuenta el grado de desocupación existente.

En consecuencia, el dec. 484/2000 eliminó la autorización administrativa para la realización de horas extras que no excedan las treinta horas mensuales y las doscientas anuales, debiendo requerirse dicha autorización en los términos antes explicitados cuando se pretenda la realización de horas extras por encima de dichos topes.

La res. 303/2000 especifica que el número máximo de horas suplementarias anuales se computa por año calendario y no por año aniversario.

En caso de que sean violados los topes dispuestos por el decreto, si bien no contempla específicamente una sanción, resulta aplicable la ley 25.212, que tipifica como infracción grave (multa de $ 250 a $ 1000 por cada trabajador en infracción) la violación de la norma en materia de duración de trabajo, descanso semanal, vacaciones, licencias, feriados, días no laborables y, en general, tiempo de trabajo.

En síntesis, a partir del dec. 484/2000 y de la res. 303/2000 el tope para la realización de horas extras sin autorización administrativa previa es de tres horas diarias, treinta horas mensuales y doscientas anuales, que se computan por año calendario, y excepcionalmente puede ser ampliado por la Secretaría de Trabajo a pedido de parte y por resolución fundada. No es aplicable a los empleados públicos ni a los convenios colectivos que contemplen la jornada promedio.

Desde el punto de vista práctico, con la aplicación del dec. 484/2000, por ejemplo, un trabajador podría realizar hasta tres horas extras diarias durante diez días o dos horas extras diarias durante quince días, ya que no puede exceder de ningún modo las treinta horas mensuales. Y por mes puede efectuar hasta treinta horas, pero en el año no podrá exceder de doscientas; ello implica que esa cantidad (treinta horas extras) no puede mantenerse durante todos los meses del año, ya que excedería el tope anual (doscientas horas extras). Por ejemplo, si durante cinco meses realizó treinta horas extras (ciento cincuenta), el resto del año sólo podrá efectuar cincuenta horas más.

Analizando el decreto y sus fundamentos, en principio se puede sostener que la medida es positiva porque limita la posibilidad de someter al trabajador a largas jornadas y evitar abusos, lo cual es perjudicial para su salud.

El objetivo de expandir el empleo, evitar las formas precarizadas de trabajo y combatir la alta desocupación (18,3% en octubre de 2001 —pocos meses después de dictarse la norma—) no se soluciona con una disposición, ya que esta medida no genera empleo y nuevos puestos de trabajo por sí misma, sino que tiene que ser complementada por otras y es necesario que la economía crezca y se active la producción.

Sin embargo, aunque parezca un contrasentido, esta limitación de la posibilidad de realizar horas extras es positiva, por un lado, porque protege la salud psicofísica de los trabajadores, pero también puede impactar negativamente al producir una disminución en las remuneraciones, ya que las horas extras son una práctica habitual y su retribución —cuando efectivamente son percibidas— está incorporada a la remuneración.

Para que se torne realmente operativo resulta trascendental que efectivamente se ejerza un poder de policía que permita al Estado controlar que se cumplan estas normas para evitar el trabajo no registrado ("en negro") y las jornadas en exceso de la normal sin retribución alguna.

Por lo tanto, el dec. 484/2000 sólo tendrá efectos prácticos si se lucha contra la práctica ilegal de no pagar las horas extras trabajadas y se ejerce efectivamente un control sobre las empresas, detectando y eliminando el empleo no registrado o defectuosamente registrado, por medio del Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social —arts. 28/38, ley 25.877 (BO del 19/3/2004)—.

## X. LA EXTENSIÓN DE LA JORNADA EN EL DERECHO COMPARADO

Las estadísticas demuestran que mientras la jornada de trabajo semanal en los Estados Unidos es de cuarenta horas y que en los principales países de Europa no supera dicha cantidad (Francia e Italia, treinta y cinco horas semanales; España y Alemania, treinta y seis).

Según el estudio de la OIT, en los países europeos y en los Estados Unidos se trabaja en promedio entre 1300 y 1800 horas en el año, mientras que en Argentina la jornada de trabajo asciende a 1936 horas anuales (sin contar las horas extras), es decir, un promedio de nueve horas diarias; contando las horas extras es de 2040 (nueve horas y media diarias).

En Europa, entre el año 2000 y 2002 se observa un descenso de la jornada anual promedio: Noruega, de 1380 a 1342; Francia, de 1587 a 1545; Alemania, de 1463 a 1444; Suecia, de 1625 a 1581.

Otros países también tienen jornadas anuales menores a la Argentina; por ejemplo: Irlanda, 1668; Australia, 1824, Canadá, 1778, México, 1838; Brasil, 1759; Uruguay, 1743, Costa Rica, 1866; Chile 1906. Sólo superan a la Argentina, entre otros, Eslovaquia (1980 horas), la República Checa (1978 horas) y los países de Asia (por ejemplo, Corea, 2447 horas).

En los Estados Unidos, entre el año 2000 y 2004 se redujo la jornada de 1834 a 1815 horas anuales. Aun en Japón, donde la jornada era levemente mayor que en la Argentina, se ha revertido en los últimos años, acercándose a la jornada de los Estados Unidos.

Existe la tendencia a una mayor reducción, ya que se trabajan menos horas diarias y es mayor el número de días de vacaciones. En la Argentina, en la práctica, sucede lo contrario.

En nuestro país, si bien la jornada legal es de cuarenta y ocho horas semanales, la jornada real de trabajo es considerablemente mayor y se erige en una de las más altas del mundo, superando las cincuenta horas. En los países del Mercosur solamente en Paraguay y Uruguay (para la industria) es de cuarenta y ocho horas semanales, ya que en Brasil y Uruguay (para el comercio) es de cuarenta y cuatro horas semanales.

En realidad, un trabajador argentino trabaja por año 2040 horas (incluidas las horas extras), es decir que la jornada promedio es de nueve horas y media diarias. En promedio, por mes, se realizan ciento setenta horas mensuales.

Un reciente estudio elaborado por la OIT [4], casi cien años después de la adopción de la primera norma internacional en materia de jornada de trabajo, revela que alrededor del 22% de la fuerza de trabajo mundial —que equivale aproximadamente a 614,2 millones de trabajadores— tiene jornadas de duración "excesiva".

Dicho de otro modo, en el mundo una de cada cinco personas laboralmente activas trabaja más de cuarenta y ocho horas por semana.

El estudio también muestra que las denominadas "terciarización", precariedad e informalidad son factores influyentes para determinar la existencia de jornadas de larga duración.

Particularmente y en lo que respecta a Latinoamérica, ha informado que Perú es el país que se encuentra al tope de la lista, ya que ha registrado, durante el período 2004/2005, la mayor incidencia de jornadas laborales, con 50,9% de trabajadores que han laborado más de cuarenta y ocho horas a la semana [5].

Cabe recordar que la jornada máxima de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales surge del convenio 1 de la OIT de 1919 y luego, en 1962, la recomendación 116 de la OIT propuso una jornada semanal más reducida, que fue seguida no sólo por países desarrollados sino también por América latina: entre las cuarenta y un horas y las cuarenta y seis horas semanales: Brasil, Chile, El Salvador, Honduras, Venezuela y Uruguay, en el sector comercio y Venezuela, y en cuarenta horas semanales Ecuador.

En algunos países disminuyó aún más la jornada semanal con el objetivo de generar empleo; por ejemplo, Francia y luego Bélgica adoptaron la jornada legal máxima de treinta y cinco horas.

Sin embargo, en junio de 2008, los ministros de Trabajo de la Unión Europea (UE) acordaron la posibilidad de prestar servicios hasta sesenta horas a la semana, si el trabajador lo acuerda voluntariamente con el empleador.

[4] LEE, Shangeon - MCCANN, Deirdre - MESSENGER, Jon C., *Working Time Around the World: Trends in Working Hours, Laws, and Policies in a Global Comparative Perspective*, OIT, Ginebra, 2007.

[5] GRISOLIA, Julio A. - PELIZA, Eleonora, *Régimen de jornada y descansos en América latina*, Eduntref, Buenos Aires, 2008.

CAPÍTULO XII

# DESCANSOS, FERIADOS, VACACIONES Y LICENCIAS

## I. LAS PAUSAS EN LA RELACIÓN DE TRABAJO

El descanso es el tiempo en que el trabajador reposa y se recupera física y psíquicamente de la fatiga producida por la realización de la tarea.

Fundamentalmente tiene una *función higiénica y biológica* y resulta imprescindible para preservar la salud y evitar enfermedades. Pero el ser humano también necesita gozar de tiempo libre para dedicar a su familia, al esparcimiento, al deporte y a desarrollar actividades sociales y culturales.

*La LCT establece tres clases de descansos obligatorios*:

1) *el descanso diario* —de corta duración—, que incluye las pausas dentro de la jornada de trabajo y el descanso entre dos jornadas (art. 197, LCT);

2) *el descanso semanal*, que es de duración intermedia (arts. 204 a 207, LCT);

3) *las vacaciones anuales*, que es un descanso de larga duración.

Cabe tener presente que *la LCT no es la única fuente en la materia*, sino que lo allí dispuesto sirve de base o piso para otras regulaciones efectuadas en convenios colectivos, estatutos especiales o contratos individuales de trabajo que contengan mayores beneficios para el trabajador.

También se pueden incluir descansos que resultan ocasionales (aunque no son estrictamente descansos), como la licencia por maternidad y el descanso diario por lactancia, y otros que responden a razones personales, como las licencias especiales contempladas en el art. 158, LCT (licencia por nacimiento de hijo, matrimonio, para rendir examen en la enseñanza media o universitaria, etcétera).

## II. DESCANSO DIARIO

Existen dos tipos de descanso diario: el que se otorga dentro de la jornada y el que se da entre dos jornadas.

El descanso dentro de la jornada es una pausa que se produce para el almuerzo o refrigerio del trabajador, o por razones higiénicas (por ejemplo, la limpieza personal cuando se trabaja con contaminantes).

Como cualquier período de inactividad en horas de trabajo integra la jornada; excepcionalmente algún convenio colectivo dispuso interrupciones parcialmente pagas para un refrigerio, el almuerzo o la merienda (por ejemplo, en una pausa de treinta minutos el empleador debía abonar quince).

En el caso de las *mujeres* y de los *menores*, el art. 174, LCT, establece que dispondrán de un descanso de dos horas al mediodía, pero las partes pueden suprimirlo o reducirlo si la interrupción del trabajo ocasiona perjuicios a las beneficiarias o al interés general. Si bien autoriza

a suprimir o reducir el período de descanso de dos horas sobre la base de las características de las tareas, tal modificación debe contar con la autorización del Ministerio de Trabajo, lo que no cambia a pesar de haber obtenido la conformidad de sus dependientes.

Este descanso es sólo para las trabajadoras que cumplen su jornada en horas de la mañana y de la tarde, pero no cuando las tareas se prestan en horario corrido, cuya hora de iniciación o finalización está cercana al mediodía. Durante el descanso la trabajadora no está a disposición de su empleador, sino que dispone del tiempo en beneficio propio; por ello, no tiene derecho a cobrar remuneración (art. 103, LCT).

El Ministerio de Trabajo debe autorizar la reducción o supresión del descanso, ya que por el carácter imperativo de la norma es indisponible para las partes; pero podría ser pactada en un CCT, ya que su homologación actuaría como autorización.

Asimismo, la trabajadora madre de un lactante podrá disponer de dos 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 año después del nacimiento, salvo que por razones médicas sea necesario que la madre amamante a su hijo por un lapso más prolongado (art. 179, LCT).

La violación de la pausa mínima de descanso entre jornadas de doce horas constituye un ilícito administrativo que no genera sobretasa salarial, ya que, como todo descanso, tiene una finalidad higiénica que se distorsionaría con su compensación dineraria (sala 3ª, 9/4/2002, "Salimbene, Luis Ángel v. Skycab SA"; sala 5ª, 20/10/1999, "Coria, Domingo Faustino v. Investigaciones Duque SA").

No corresponde un recargo salarial por el mero hecho de haber prestado servicios en el tiempo comprendido en el lapso que el art. 197, LCT, determina como pausa mínima de doce horas de prohibición de trabajar entre la finalización de una jornada y el comienzo de la siguiente, ya que la regla del art. 201 rige para el trabajo suplementario y no para el meramente prohibido.

*El descanso entre dos jornadas es el tiempo mínimo que necesita el trabajador para recuperarse del esfuerzo psicofísico efectuado durante la jornada de trabajo* y ocuparse de cuestiones particulares (vida familiar, esparcimiento, educación, etcétera).

El último párrafo del art. 197, LCT, dispone que "entre el cese de una jornada y el comienzo de la otra deberá mediar una pausa no inferior a doce horas". Asimismo, cabe recordar que la jornada máxima de ocho horas puede extenderse a nueve y que el máximo de horas extras permitidas por día es de tres, por lo cual el tiempo máximo permitido es de doce horas diarias.

## III. DESCANSO SEMANAL

El descanso semanal —como todo descanso— tiene para el trabajador la *función* de *recuperarse del esfuerzo físico o psíquico producido a lo largo de la semana laboral*. No debe afectar su remuneración ni el tiempo de trabajo.

El art. 204, LCT, dispone que "queda prohibida la ocupación del trabajador desde las 13 horas del día sábado hasta las 24 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 oportunidad que fijen esas disposiciones, atendiendo a la estacionalidad de la producción u otras características especiales".

De la norma transcripta surge que el *principio general* es que el descanso semanal *se extiende desde las 13 del sábado hasta las 24 del domingo*. Pero si por alguna razón excepcional el trabajador presta tareas en esos días, el empleador debe reconocerle un descanso compensatorio de igual duración.

El art. 205, LCT, establece que "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".

Las *excepciones* al principio general de que el descanso semanal se extiende desde las 13 del sábado hasta las 24 del domingo están contempladas en el dec. 16.117/1933, reglamentario de las leyes 4661 y 11.640, que fueron derogadas por la ley 18.204, pero que continúan vigente, para la ciudad de Buenos Aires, ya que, como sostiene Fernández Madrid, la LCT, ni la ley 21.297 derogaron la ley 18.204, y por otra parte remiten a las excepciones que prevén las leyes o reglamentaciones sin distinguir entre las admitidas al momento de su sanción o las que se establezcan con posterioridad [1].

Cuando se trabaja los sábados después de las 13 o los domingos, *si se otorga el correspondiente descanso compensatorio, se debe remunerar normalmente, sin recargo*.

Obviamente que si se trabaja sábados y domingos se deben respetar los límites de la jornada del trabajador (legal o convencional), mientras que si se traspasa ese límite, se deberán abonar horas extraordinarias. Por ende, este tipo de trabajo genera sólo el derecho al descanso compensatorio; y el pago del recargo del 100% procede cuando se excede el tope fijado (Sup. Corte Bs. As., 21/12/1982, "Bracamonte v. Frigorífico Rioplatense"; 30/11/1984, "Ledesma v. Perrotta"; 8/7/1986, "López v. Vigiano Márquez").

Por lo tanto, *en caso de prestación de tareas en el lapso comprendido entre las 13 del sábado y las 24 del domingo, el empleador debe otorgar un descanso compensatorio equivalente en tiempo y forma*, es decir, de treinta y cinco horas, en la semana siguiente.

Esas horas deben ser pagadas sin recargo, aunque configuraría una infracción sancionable por la autoridad administrativa al no contar con la autorización. Si se omite otorgar el descanso compensatorio durante la semana siguiente, además de la infracción administrativa, las horas trabajadas el fin de semana son extraordinarias y deben ser pagadas con recargo; de lo contrario, el empleador se beneficiaría sin razón (enriquecimiento sin causa).

Como excepción a la prohibición de ocupación de los días sábados después de las 13 y de los 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; entre ellas pueden citarse los espectáculos públicos, bares y restaurantes, centros de compras, museos, oficinas turísticas, establecimientos de salud, etcétera.

Es decir que existen distintas modalidades de trabajo en las cuales las principales prestaciones se efectúan los fines de semana.

En los servicios, las nuevas formas y modalidades de trabajo originaron la necesidad de modificar los tiempos del descanso en forma atípica. Los más claros ejemplos se observan en los *shoppings*, centros de compras y lugares de esparcimiento como parques de diversiones, donde las prestaciones fundamentales suelen darse en el período de descanso semanal.

Esto produce un cambio automático de los días de trabajo y descanso. De allí que sea una práctica habitual que los trabajadores presten servicios, por ejemplo, entre los días miércoles y domingo y que se les otorgue el descanso compensatorio los lunes y martes, aunque por cuestiones organizativas de la empresa podrían fijarse otros cronogramas.

En los sistemas de jornada promedio anual, el descanso semanal puede adoptar fórmulas atípicas, como sucede, por ejemplo, en las explotaciones mineras, que al estar por lo general muy alejadas de centros poblados, se efectúa una acumulación del descanso, adoptándose usualmente un esquema de siete días laborables, seguidos de siete de descanso compensatorio.

[1] FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Tratado práctico de derecho del trabajo*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 1989, p. 1466.

De similar modo, en los sistemas de trabajo por equipos o en turnos rotativos, el descanso varía cada semana en cuanto a su duración, de modo que en el ciclo de tres semanas se debe respetar un promedio de cuarenta y ocho horas semanales, por lo que en una semana los trabajadores gozan de dos días completos de descanso compensatorio semanal, en la segunda uno, y en la tercera, ninguno.

*Descanso compensatorio*: el dec. 16.117/1933 establece las reglas concretas que deben ser respetadas en el otorgamiento del descanso compensatorio:

a) si los trabajadores descansaron el domingo, pero estuvieron ocupados el sábado después de la hora 13, gozarán de un descanso de horas consecutivas a partir de la hora 13 un día de la semana subsiguiente;

b) si descansaron el sábado después de la hora 13, pero estuvieron ocupados el domingo, gozarán de un descanso de veinticuatro horas a partir de la hora 0 de un día de la semana subsiguiente;

c) si estuvieron ocupados el sábado después de la hora 13 y el domingo, gozarán de un descanso de treinta y cinco horas consecutivas a partir de la hora 13 de un día de la semana subsiguiente. En los trabajos de equipos —que se turnen en forma rotativa y periódica— el descanso compensatorio de la tarde del sábado y del día domingo tendrá efecto dentro del ciclo de tres semanas u otro mayor que impongan las necesidades del servicio o industria (arts. 18 y 19).

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 siete días posteriores al franco trabajado.

El *incumplimiento del empleador de otorgar el descanso compensatorio* torna operativo lo dispuesto en el art. 207, LCT, que establece que *el trabajador podrá hacer uso del derecho a dicho descanso* a partir del primer día hábil de la semana subsiguiente, previa comunicación formal al empleador con una anticipación no menor de veinticuatro horas, por lo cual resulta obligatorio pagar el salario habitual con el 100% de recargo.

Aunque la ley no lo dice, la jurisprudencia mayoritaria entiende que el trabajador tiene derecho a percibir el recargo mencionado si se toma el descanso compensatorio por sí mismo, ya que de lo contrario no procede. El término que tiene el trabajador para tomarse el franco compensatorio opera en la práctica como un plazo de caducidad.

El descanso tiene una finalidad higiénica y la ley busca que el trabajador lo goce: por eso no hay norma que obligue al pago del descanso no gozado. En el caso de los encargados de casas de renta, se dictó el fallo plenario 33 ("Casabone de Becerra v. Consorcio de Propietarios Alberdi 1626", 5/7/1956), que expresamente había fijado que el descanso no gozado por el personal comprendido por el régimen de la ley 12.981 y sus concordantes no es compensable en dinero.

A los trabajadores mensualizados no corresponde efectuarles descuento alguno por el descanso semanal, mientras que los trabajadores jornalizados (remunerados por día o por hora) no tienen derecho a percibir monto alguno por los lapsos de descanso.

## IV. FERIADOS Y DÍAS NO LABORABLES

El origen de los días feriados es antiquísimo y se remonta a los confines de la historia, relacionados primero con las festividades dedicadas a las deidades paganas de distintas culturas y más tarde a diferentes eventos trascendentales de índole histórica, social, política y religiosa.

Luego, con las sucesivas reivindicaciones logradas por las luchas obreras, el derecho a los feriados remunerados fue plasmado en distintas normas, tanto de derecho interno como internacional. Un ejemplo de ello lo constituye la Carta de Derechos Fundamentales del Mercosur (art. 31).

Se trata de determinados días en que la mayoría de las legislaciones disponen la *no prestación de tareas por conmemorarse acontecimientos históricos —fechas patrias—, religiosos u otros eventos*. Tienen un tratamiento similar a los descansos semanales, pero a diferencia de éstos:

1) *no tienen una finalidad reparadora de energías* para el trabajador, sino que *su objeto es permitir que el trabajador pueda participar de las actividades inherentes a la festividad*;

2) *si se trabaja* en dicha jornada, *no surge el derecho al descanso compensatorio* y, respecto de la remuneración, se debe pagar como si se tratara de un día laborable.

Los feriados nacionales están regidos por el dec. 1584/2010 (BO del 3/11/2010) —y el 1585/2010— que unifica la normativa sobre feriados y días no laborables y deroga todas las normas anteriores en la materia.

El dec. 1584/2010 (BO del 3/11/2010) establece un nuevo ordenamiento de los feriados nacionales y días no laborables, que son quince en el año (sin contar los días feriados con fines turísticos —días "puente"—, de acuerdo con el dec. 1585/2010, BO del 3/11/2010).

Por un lado, se incorpora el lunes y martes de Carnaval, lo cual materializa un antiguo reclamo de los sectores populares y del arte callejero, ya que esos días fueron feriados en nuestra legislación hasta el año 1976. Por otro, se agrega el 20 de noviembre como Día de la Soberanía Nacional (fecha de la batalla de Vuelta de Obligado).

En los considerandos se destaca la conveniencia de unificar la normativa en la materia que estaba dispersa en diversas leyes y normas complementarias y reglamentarias; de allí que se deroguen las leyes 21.329, 22.655, 23.555, 24.023, 24.360, 24.445, 24.571, 24.757, 25.151, 25.370, 26.085, 26.089, 26.110, 26.416, y los decs. 7112/1917 y 7786/1964, a los cuales el dec. 1584/2010 reemplaza de pleno derecho.

El dec. 1584/2010 establece la posibilidad de fijar feriados con fines turísticos (dos al año), que deben coincidir con los días lunes o viernes inmediatos respectivos al feriado que caiga martes o jueves, y que serán determinados de antemano por períodos trianuales. Son los llamados feriados con fines turísticos o "días puente".

También se restituye el carácter de inamovible al feriado del 20 de junio —conmemoración de la muerte del General Dr. Manuel Belgrano— y se renombra el feriado del 12 de octubre, que pasa a llamarse "Día del respeto a la diversidad cultural".

En consecuencia, los feriados y días no laborables según la nueva normativa son los siguientes:

### Feriados nacionales inamovibles

— 1 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 Malvinas
— Viernes Santo
— 1 de mayo: Día del Trabajador
— 25 de mayo: Primer Gobierno Patrio
— 20 de junio: Paso a la Inmortalidad del General Manuel Belgrano
— 9 de julio: Día de la Independencia
— 20 de noviembre: Día de la Soberanía Nacional
— 8 de diciembre: Inmaculada Concepción de María
— 25 de diciembre: Navidad

**Feriados nacionales transferibles**

— 17 de agosto: Paso a la Inmortalidad del General José de San Martín
— 12 de octubre: Día del Respeto a la Diversidad Cultural

**Feriados con fines turísticos o "días puente" (dec. 1585/2010, que complementa al dec. 1584/2010)**

— Año 2011: 25 de marzo y 9 de diciembre
— Año 2012: 30 de abril y 24 de diciembre
— Año 2013: 1° de abril y 21 de junio.

**Días no laborables**

— Jueves Santo
— Año Nuevo judío - *Rosh Hashana* (dos días)
— Día del Perdón - *Iom Kipur* (un día)
— Pascua judía - *Pesaj* (los dos primeros días y los dos últimos)
— Año Nuevo musulmán - *Hégira* (un día)
— Día posterior a la culminación del ayuno - *Id Al-Fitr* (un día)
— Fiesta del Sacrificio - *Id Al-Adha* (un día)

Los trabajadores que profesen las religiones judía y musulmana, que no presten tareas en esos días festivos, devengarán remuneración y los demás derechos emergentes de la relación laboral como si hubiesen prestado servicios (art. 8°).

Por lo tanto, tienen el carácter de feriado nacional los siguientes días: 1 de enero, lunes y martes de Carnaval, 24 de marzo, 2 de abril, Viernes Santo, 1 de mayo, 25 de mayo, 20 de junio, 9 de julio, 17 de agosto, 12 de octubre, 20 de noviembre, 8 de diciembre y 25 de diciembre (conf. dec. 1584/2010).

El art. 2°, dec. 1584/2010, estableció que el feriado nacional del 17 de agosto será cumplido el tercer lunes de ese mes, el del 12 de octubre será cumplido el segundo lunes de ese mes y el del 20 de noviembre será cumplido el cuarto lunes de ese mes.

Por su parte, el art. 3° dispuso que cuando las fechas de los feriados nacionales coincidan con los días martes o jueves, el Poder Ejecutivo fijará dos feriados por año que deberán coincidir con los días lunes o viernes inmediato respectivo. Si los feriados no coinciden con los días martes o jueves, el Poder Ejecutivo fijará dos feriados destinados a desarrollar la actividad turística, debiéndose establecer los feriados turísticos por períodos trianuales, con una antelación de cincuenta días a la finalización del año calendario. Este artículo fue reglamentado por el dec. 1585/2010, que estableció los siguientes feriados con fines turíticos: 1) año 2011: 25 de marzo y 9 de diciembre; 2) año 2012: 30 de abril y 24 de diciembre; 3) año 2013: 1 de abril y 21 de junio.

Asimismo, se aclara que los días lunes o viernes que resulten feriados por aplicación de los artículos mencionados gozarán, en el aspecto remunerativo, de los derechos que estabece la legislación vigente respecto de los feriados nacionales.

En cuanto a los *días no laborables u optativos, son los empleadores quienes pueden optar por trabajar o no*, con la excepción de los bancos, seguros y actividades afines. El único día no laborable en la actualidad para todos los trabajadores del país es el Jueves Santo.

También tiene ese carácter —pero sólo para la actividad u oficio de que se trate— la conmemoración del día del trabajador de una determinada actividad cuando está contemplado en el CCT.

Es el caso del llamado "día del gremio", en el cual el trabajador está eximido de prestar servicios con los alcances de un día feriado nacional. Si bien la ley 21.297 estableció que quedaban sin efecto las disposiciones de los estatutos profesionales o de los convenios colectivos que instituían otros feriados o días no laborables, rige el art. 8°, LCT, que dispone que se imponen las condiciones más favorables al trabajador provenientes de convenciones colectivas. En algunos convenios se han pactado nuevamente los alcances del día del gremio.

El art. 6°, dec. 1484/2010, declaró días no laborales para todos los habitantes de la Nación Argentina que profesen la religión judía los días de Año Nuevo judío (*Rosh Hashana*), dos días, el Día del Perdón (*Iom Kipur*), un día, y de la Pascua judía (*Pesaj*) los dos primeros días y los dos últimos días.

El art. 7° de dicho decreto establece como días no laborables para todos los habitantes que profesen la religión islámica, el día del Año Nuevo musulmán (*Hégira*), el día posterior a la culminación del ayuno (*Id Al-Fitr*) y el día de la Fiesta del Sacrificio (*Id Al-Adha*).

La ley 26.199 (BO del 15/1/2007) declaró el 24 de abril de todos los años como "Día de acción por la tolerancia y el respeto entre los pueblos", en conmemoración del genocidio de que fue víctima el pueblo armenio. La norma autoriza a todos los empleados y funcionarios de organismos públicos de origen armenio a disponer libremente de ese día para poder asistir y participar de las actividades que se realicen en conmemoración de la tragedia que afectó a su comunidad; también autoriza a los alumnos de origen armenio que estén desarrollando sus estudios de nivel primario o medio en establecimientos educativos públicos a no asistir a clases.

El art. 166, LCT, remite, en cuanto al régimen general de los días feriados, al sistema establecido para el descanso dominical, disponiendo que los "que presten servicios en tales días, cobrarán la remuneración normal de los días laborables más una cantidad igual".

Los trabajadores jornalizados, en razón de que cobran por día o por horas efectivamente trabajados, podrían verse perjudicados por la prohibición de trabajar esos días; en cambio, los mensualizados no sufren disminución económica por la existencia de los días feriados.

Desde el punto de vista del derecho al *cobro de la remuneración*, cabe distinguir entre feriados obligatorios y días no laborales.

En el caso de los *feriados obligatorios*, si no cumple tareas, el trabajador jornalizado cobra un jornal simple y el mensualizado cobra el sueldo habitual (sin adicional ni descuento); en cambio, si trabaja, el jornalizado cobra doble jornal y el mensualizado, el sueldo habitual más un día. Si se trabajan horas extras en días feriados corresponde un recargo del 100% (art. 201, LCT).

En el caso de los *días no laborables*, si el dependiente trabaja o no la situación no varía: el jornalizado cobra un jornal simple y el mensualizado el sueldo habitual.

Cuando se trabaja en los días feriados —a diferencia del descanso semanal—, sólo corresponde pagar el doble de la remuneración normal, ya que el descanso en los días feriados tiene como finalidad que el trabajador participe de determinadas festividades o conmemoraciones (sin disminución de su remuneración), pero no tiene fines higiénicos.

El art. 168, LCT, fija las *condiciones* que deben cumplimentar los trabajadores *para tener derecho a remuneración por el día feriado*:

1) cuando hayan trabajado a las órdenes de un mismo empleador cuarenta y ocho horas o seis jornadas dentro de los diez días hábiles anteriores al feriado;

2) cuando hayan trabajado el día hábil anterior al feriado y continúen trabajando en cualquiera de los cinco días hábiles subsiguientes.

El propósito de esta norma es desalentar el ausentismo en los días previos y posteriores al feriado, que persigue "alargar" su duración.

Respecto de las *pautas a tener en cuenta para liquidar el feriado*, se deben distinguir *distintas situaciones*:

1) en el caso de un trabajador mensualizado, se suma al sueldo un día (equivale a dividir el salario mensual por 25);

2) en el caso del trabajador jornalizado —remunerado por día o por hora—, se debe pagar de acuerdo con el jornal que percibía la jornada hábil anterior al feriado, si es una jornada habitual;

3) si se trata de retribuciones variables —por ejemplo, a comisión—, se toma el promedio de lo percibido en los treinta días anteriores al feriado;

4) en caso de retribución a destajo, se toma el promedio de lo percibido en los seis días de trabajo efectivo anteriores al feriado;

5) si percibe sueldo o jornal, y además retribuciones variables, al sueldo se le agrega el promedio de las remuneraciones variables.

El feriado se debe abonar aun cuando coincida con un domingo.

En cambio, no se percibe en caso de conservación del puesto por enfermedad o accidente, o cargos electivos o gremiales y excedencia, suspensiones económicas, disciplinarias, licencia sin goce de sueldo y ausencias injustificadas.

Aunque no se presten efectivamente tareas, corresponde el pago si obedece a un hecho imputable al empleador —trabajo puesto a disposición y no utilizado, suspensión por fuerza mayor— y en las demás situaciones que generan derecho a percibir remuneración —enfermedad o accidente inculpable, licencias—.

No corresponde el pago cuando la ausencia es imputable al trabajador —suspensión disciplinaria— o si coincide con el período de reserva del empleo (art. 211, LCT), ni tampoco cuando una trabajadora esté gozando de licencia por maternidad —no se le abona salario, sino asignación familiar—.

## V. VACACIONES ANUALES

### 1. Concepto

El derecho a las vacaciones pagas es una reivindicación que los trabajadores obtuvieron a principios del siglo XX, ya que hasta ese momento no existía una consagración uniforme a nivel mundial y en muchas legislaciones era sólo un derecho-privilegio de algunas minorías.

Debido a la fuerte presión de la clase trabajadora organizada y a la difusión de las ideas igualitarias y liberales en Europa, se desencadenó el auge de los movimientos sociales y sindicales tendientes al reconocimiento de distintos derechos, entre ellos, el derecho al descanso anual. Así, al descanso dominical, le siguió la reducción de jornada y, finalmente, el derecho a las vacaciones pagas.

Este reconocimiento alcanzó finalmente rango universal cuando, en 1948, la Declaración de Derechos Humanos dictada por la Organización de las Naciones Unidas en su art. 24 consagró que "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".

El art. 14 bis, CN, garantiza a los trabajadores "descanso y vacaciones pagados". Se trata de un derecho y una necesidad biológica del trabajador que deriva de la propia relación laboral, que se encuentra constitucionalmente reconocida y es irrenunciable.

La OIT define las vacaciones anuales remuneradas del trabajador como un número previamente determinado de jornadas consecutivas, fuera de los días festivos y los días de enfermedad y convalecencia, durante los cuales, cada año, cumpliendo el trabajador ciertas condiciones de servicios, interrumpe su trabajo y continúa percibiendo su remuneración.

Se trata de un *descanso anual obligatorio pago: el trabajador es dispensado de todo trabajo durante un cierto número de días consecutivos de cada año, después de un período mínimo de servicios continuos, con derecho a percibir sus remuneraciones habituales.*

El trabajador tiene derecho a gozar de un descanso anual continuo y obligatorio, y a percibir sus remuneraciones en dicho período.

Tiene por objeto que el trabajador logre un restablecimiento psicofísico integral, es decir que cumple con una *función higiénica y biológica* que no realiza la brevedad de los descansos diarios ni semanales.

Desde un punto de vista empresarial, está probado que el hecho de que el trabajador esté bien descansado previene el estrés y otras patologías de etiología laboral, reduce la cantidad de accidentes en el trabajo e incrementa la productividad, como estableciera F. W. Taylor, promotor de la organización científica del trabajo, que plasmó en sus obras *Shop Management* (1903) y *The Principles of Scientific Management* (1911).

*La ley establece mecanismos basados en la antigüedad y en el tiempo mínimo trabajado en un año para fijar la cantidad de días de vacaciones de cada trabajador.*

En la práctica, los cargos jerárquicos pueden "negociarla" de manera distinta; incluso algunas empresas tienen establecido que los niveles gerenciales siempre tengan treinta días de vacaciones.

## 2. Requisitos para su goce

### *2.1. Tiempo mínimo*

El art. 151, LCT, dispone que *para tener derecho cada año a las vacaciones completas, el trabajador debe haber prestado servicios, como mínimo, durante la mitad de los días hábiles del año calendario o aniversario respectivo*, a elección del trabajador.

Es decir que para gozar del derecho a las vacaciones no se requiere una antigüedad mínima en el empleo, pero debe tener un tiempo mínimo de prestación de servicios en el año para tener derecho a la totalidad de los días fijados por la LCT.

*Si no se totaliza el tiempo mínimo de trabajo* exigido por la norma, *le corresponde un día de vacaciones por cada veinte de trabajo efectivo*; este criterio también se aplica en los contratos de temporada.

Por ejemplo, si un trabajador ingresó el 11 de septiembre y trabajó ochenta días, tiene derecho a tomar cuatro días de vacaciones. En cambio, si trabajó ochenta y cuatro días, los días de vacaciones que le corresponden son cinco, pues la fracción (en este caso, cuatro días) favorece al trabajador.

Los días hábiles, por lo general, son 298 o 299, por lo cual el trabajador debió prestar servicios por lo menos en ciento cincuenta días para tener derecho a las vacaciones completas. La determinación de los días hábiles varía según el año (debe tenerse en cuenta, por ejemplo, si se trata de año bisiesto), pero tomando en consideración que el año tiene 365 días y que normalmente tiene cincuenta y dos domingos y quince feriados obligatorios, se llega al número de 298 o 299.

*Desde un punto de vista práctico, puede afirmarse que les corresponde la proporción de un día de vacaciones por cada veinte trabajados a aquellos trabajadores que hayan ingresado a una empresa en el segundo semestre del año.*

Las dudas aparecen con quienes ingresan en el primer semestre y con el resto de los trabajadores que, aun teniendo la antigüedad, por diversas razones pueden no haber prestado tareas durante todo el año.

Por ejemplo, si un dependiente ingresa en el mes de marzo y trabajó durante el resto del año tiene derecho a la licencia total, porque cumplió con el requisito mínimo.

Cuando el art. 151, LCT, hace referencia a días hábiles, los asimila a los días normales de trabajo de la empresa (será hábil el sábado o domingo o los feriados si fueron trabajados).

Si el trabajador no satisface el requisito de tiempo mínimo de prestación en el año, igualmente le corresponde un período vacacional, cuya extensión es igual a un día de descanso por cada veinte trabajados, computables del modo establecido en el art. 152.

Si con motivo de las vacaciones el establecimiento suspende sus actividades normales por un período superior al tiempo de licencia que le corresponde al trabajador, se considera que durante ese período opera una "suspensión de hecho", la que se debe cumplir con los requisitos de los arts. 218 y ss. y contar con la previa autorización del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

Otra postura, sostenida por Vazquez Vialard, apunta con base en la doctrina del fallo plenario 171 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en autos "Chazarreta", que dicha suspensión perjudicaría en forma inequitativa al trabajador afectado en beneficio de la empresa, lo cual resulta incompatible con los principios tuitivos que guían nuestra disciplina. Por lo tanto, no se justificaría la suspensión de tareas del trabajador sin derecho a descanso anual remunerado, por el solo hecho de interrumpir el empleador sus actividades para permitir que los demás gocen del beneficio.

***Días trabajados***. El trabajador, durante el año, puede no haber prestado tareas por diversos motivos: enfermedad, accidente, suspensiones, ausencias injustificadas, etc. El problema que se presenta es establecer concretamente qué ausencias deben ser computadas como trabajadas; esto tiene esencial importancia para determinar el derecho del trabajador a gozar de vacaciones completas o proporcionales.

El art. 152, LCT, dispone que "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 de una enfermedad inculpable o por infortunio en el trabajo, o por otras causas no imputables al mismo".

Es decir que *hay ausencias que por su motivación se consideran como días trabajados*: una suspensión por razones económicas (falta o disminución de trabajo o fuerza mayor, que no es imputable al trabajador) o el caso de conservación del empleo por enfermedad o accidente inculpable.

En cambio, las suspensiones disciplinarias, que resulten justificadas o que no hayan sido impugnadas, son motivadas por el trabajador y, por ende, no se consideran como trabajadas. El día sábado en el que se trabaja medio día debe tomarse como un día trabajado.

En síntesis:

1) *Se consideran como trabajadas*: las ausencias por enfermedad inculpable, accidente de trabajo, licencias especiales fijadas por ley o convenio (vacaciones, exámenes, casamiento, nacimiento, etc.), suspensiones económicas, conservación del puesto por enfermedad.

2) *No se consideran como trabajadas*: las ausencias injustificadas y las suspensiones disciplinarias; tampoco las licencias sin goce de haberes (aunque alguna jurisprudencia sostiene lo contrario), la conservación del puesto por cargos electivos y gremiales ni la situación de excedencia, ya que, en estos casos, el/la trabajador/a deja de prestar tareas por su voluntad.

Por lo tanto, si alguien ingresó a trabajar el 1 de junio y prestó tareas normalmente durante el año, le corresponden catorce días. En cambio, si ingresó en 2003 y durante los primeros seis meses del año 2010 pidió licencia sin goce de sueldo, y en el segundo semestre faltó en forma injustificada, o sufrió suspensiones disciplinarias, quiere decir que no trabajó la mitad de los días hábiles del año, por lo cual no tiene derecho a las vacaciones completas, sino a un día de licencia por cada veinte efectivamente trabajados.

*2.2. Antigüedad*

*El criterio adoptado es el del año calendario*; en consecuencia, *la antigüedad del trabajador se computa al 31 de diciembre del año al cual correspondan las vacaciones*. Se pueden citar distintos ejemplos:

1) si un dependiente ingresó a trabajar el 14/2/2006 y se le otorgan vacaciones a partir del 4/3/2012, se tiene que determinar su antigüedad al 31/12/2011, ya que las vacaciones corresponden a dicho año; así, como su antigüedad es menor de cinco años, le corresponden catorce días;

2) si un dependiente ingresó a trabajar el 15/12/2005, y se le otorgan vacaciones a partir del 1/12/2011, de todos modos hay que remitirse al 31/12/2011 para establecerle la antigüedad, sin perjuicio de que haya gozado de las vacaciones antes de esa fecha porque el momento de su goce es indiferente para determinar el tiempo de vacaciones: como su antigüedad es mayor de cinco años, le corresponden veintiún días.

La antigüedad *se computa respecto de un solo empleador*, o sea que se toma en cuenta el tiempo trabajado en la empresa. Pero *si el trabajador reingresó a las órdenes del mismo empleador*, en virtud de lo dispuesto en el art. 18, LCT, *debe computarse el período anterior* que haya trabajado para el mismo empleador cualquiera haya sido el motivo del cese.

## 3. Distintas situaciones

En caso de *enfermedades inculpables* (art. 208, LCT), *plazo de conservación del empleo* (art. 211, LCT) *y accidentes* (pendiente el lapso de incapacidad temporaria), el trabajador no puede empezar a gozar de las vacaciones, por lo cual no cabe otorgárselas durante dicho período.

La enfermedad genera derecho a vacaciones sin limitación alguna y en las mismas condiciones que el trabajo efectivo.

En cuanto al modo de ejercer ese derecho, es necesario tener en cuenta que la finalidad de las vacaciones es distinta de la que motiva la protección legal de la enfermedad: la ley busca que el trabajador, sano y en condiciones de trabajar, disponga libremente de algunos días del año para descansar física y mentalmente, para disfrutar plenamente de la vida familiar y el esparcimiento general.

Por ello, debe admitirse la postergación de dicho cumplimiento sin privar por ello al trabajador de su derecho. No es procedente reclamar el pago de las vacaciones durante el lapso de licencia por enfermedad, ya que puede solicitarse su otorgamiento una vez finalizada la licencia o al reincorporarse al empleo.

*Si la enfermedad o el accidente sobreviene durante el descanso anual*, se debe suspender hasta que el trabajador se restablezca; si se restablece antes del vencimiento de la licencia por vacaciones, debe continuar con su goce.

Si al llegar el vencimiento del período de vacaciones el trabajador no las gozó en su totalidad, debe manifestar su voluntad de completar la licencia, pero el empleador puede exigir el reintegro si causa alteraciones a la programación del trabajo en la empresa.

En caso de *suspensiones por razones disciplinarias*, se efectivizan después de terminada la licencia.

Si la suspensión es por *falta de trabajo*, subsiste el derecho a las vacaciones.

En caso de *maternidad*, tampoco puede superponerse, ya que prevalece la licencia por maternidad; así, el otorgamiento de la licencia es nulo y se la debe otorgar en tiempo hábil. Si el parto sobreviene durante las vacaciones, la solución es igual que en el caso de enfermedad. En

la situación de excedencia, se debe correr la fecha de finalización de tal período para permitir el goce de ambos derechos.

Si se trata de una *licencia por matrimonio*, el trabajador puede solicitar su acumulación con la licencia por vacaciones, aun cuando su goce se produjera fuera del período fijado entre el 1 de octubre y el 30 de abril.

Sería el caso de un trabajador que contrajo matrimonio en mayo de 2011 y decide no gozar las vacaciones correspondientes del año 2010 en el período que establece la ley, acumulándolas con la licencia por matrimonio. En este caso es válido aunque esté fuera del período establecido en el art. 154, LCT.

El *preaviso* notificado al trabajador cuando está tomando vacaciones carece de efecto (art. 239, LCT).

### 4. Plazos

El art. 150, LCT, fija el plazo de vacaciones en función de la antigüedad que tenga el trabajador en la empresa. Aunque se trate de trabajadores de jornada completa, de media jornada o a tiempo parcial, tienen igual tiempo de vacaciones sobre la base de su antigüedad en la empresa.

Los *plazos* son los siguientes:

a) *catorce días* cuando la antigüedad *no excede de cinco años*;

b) *veintiún días* cuando la antigüedad es *mayor de cinco años y no excede de diez años*;

c) *veintiocho días* cuando la antigüedad es *mayor de diez años y no excede de veinte años*;

d) *treinta y cinco días* cuando la antigüedad es *superior a veinte años* (art. 150, LCT).

En todos los casos, la antigüedad se computa al 31 de diciembre del año al que corresponden las vacaciones.

La ley determina que *los días son corridos* y no hábiles, es decir, que deben ser contados todos los días del período respectivo: sábados, domingos, feriados y días no laborables. Esto no obsta a que estatutos especiales y normas convencionales dispongan su cómputo en días hábiles, ya que así se mejora el beneficio del trabajador (art. 8°).

La forma establecida en la LCT para computar los días de vacaciones choca con el convenio 52 de la OIT —que tiene jerarquía superior a la ley, art. 75, inc. 22, CN—, que dispone que no se computarán "los días feriados oficiales o establecidos por la costumbre" (art. 3°).

La LCT es la norma mínima, por lo cual, de existir, es aplicable en su integridad el régimen especial del convenio o estatuto especial, debiendo recurrirse a la LCT si no está contemplada una situación determinada y en tanto fuera compatible con el régimen especial.

Según lo establecido en el art. 151, LCT, las vacaciones *deben comenzar en día lunes o en el siguiente día hábil si éste fuera feriado*; esto se prescribe para evitar superposición de descansos con distinto fundamento, por ejemplo, con el semanal.

Si el trabajador, debido a su actividad, presta tareas el domingo y, por ende, se le otorga descanso compensatorio durante la semana, las vacaciones comienzan el día siguiente de aquel en el cual el dependiente gozó de dicho descanso, o en el siguiente día hábil, si es feriado.

Los trabajadores de temporada tienen derecho a un día de descanso por cada veinte de trabajo efectivo, según lo dispuesto en el art. 163, LCT (que remite al art. 153, LCT).

## 5. Acumulación y fraccionamiento

*Está prohibido acumular un período de vacaciones a otro futuro.* Lo que *permite* el art. 164, LCT, es *que* —existiendo acuerdo de partes— *a un período de vacaciones se le acumule la tercera parte de las vacaciones inmediatamente anteriores.*

El fraccionamiento —en las condiciones establecidas precedentemente— es una excepción que requiere, necesariamente, que el trabajador goce de un plazo mínimo de descanso (las dos terceras partes de las vacaciones), por lo que puede asumir esta conducta en forma sucesiva.

Por ejemplo, un trabajador que tiene veintiún días de vacaciones puede fraccionarlas y dejar siete días para el período vacacional siguiente, pero se debe tomar, obligatoriamente y en forma continuada, catorce días; no se podría tomar diez días y dejar once para el período siguiente.

Aunque la ley no prevé diferir esa tercera parte para un período no autorizado de otorgamiento de las vacaciones —por ejemplo, al mes de julio (vacaciones de invierno)—, esto se ha convertido en un uso habitual en algunas empresas.

La acumulación y consiguiente reducción del tiempo de vacaciones en uno de los períodos debe ser convenida por las partes. Esto debe quedar escrito para que se facilite la prueba.

Como política general, la ley desalienta que los trabajadores se "guarden" vacaciones para el futuro porque, atento a la finalidad del descanso —principio higiénico—, es necesario que efectivamente se tomen las vacaciones.

## 6. Período de otorgamiento

Las vacaciones *deben ser gozadas en forma continuada.* El empleador tiene la obligación de otorgarlas en un período determinado: *entre el 1 de octubre y el 30 de abril del año siguiente.*

Entre esas fechas es *el empleador* quien decide cuándo otorgar las vacaciones; pero *debe*, necesariamente, *otorgarlas por lo menos en una temporada de verano* (21 de diciembre a 21 de marzo) *cada tres períodos.* El período se establece en esa época porque en esta parte del hemisferio coincide con la época estival.

El empresario tiene la facultad de cerrar el establecimiento —o un sector— durante el tiempo que él decida dentro del período legal y otorgar licencia simultánea a todos los trabajadores.

Por alguna característica especial de la actividad de la empresa, puede ocurrir que la época de mayor trabajo coincida con el período fijado por la ley (1 de octubre a 30 de abril). En tal caso, el art. 154, LCT, dispone que *la autoridad de aplicación* (Ministerio de Trabajo), mediante resolución fundada, *puede conceder al empleador la autorización para otorgar las vacaciones en otro período distinto al estipulado.*

Lo dispuesto en el art. 154, LCT, es decir, la posibilidad de otorgar vacaciones en un período distinto al legal, es un ejemplo de flexibilidad laboral curiosamente consagrado en la LCT (sancionada en 1974 y modif. en 1976); aunque tiene límites, ya que *la decisión debe estar justificada: está reservada solamente para los casos en que la empresa tenga períodos de alta actividad coincidente con la época estival.*

El trámite para lograr la autorización consiste en presentar un escrito a la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo y el Ministerio de Trabajo que autoriza a la empresa a otorgar vacaciones en otro período, o le amplía el período legal, para que pueda desarrollar la actividad y no tener problemas de producción ni de personal.

Si los cónyuges trabajan en una misma empresa, el empleador debe otorgar las vacaciones en forma simultánea y conjunta (art. 164 *in fine*, LCT). La LCT apunta a preservar la institución matrimonial y resguardar el principio de convivencia, que es deber recíproco de los cónyuges (art. 199, CCiv.). Si la antigüedad de ambos cónyuges fuese distinta, a fin de preservar el objetivo perseguido —la simultaneidad—, se debe otorgar haciendo coincidir el plazo menor dentro del mayor.

Dado que no resultaría razonable que los trabajadores de temporada gozaran de vacaciones dentro del ciclo de actividad, acotando así en mayor medida el período de prestación, se establece que estos dependientes tienen derecho a un día de descanso por cada veinte de trabajo efectivo (art. 153).

## 7. Omisión de otorgamiento

*El empleador tiene el deber de comunicar por escrito la fecha de inicio de las vacaciones*, en principio, *con una antelación no menor de cuarenta y cinco días.*

Si el empleador no cumple con la obligación de otorgar vacaciones en tiempo y forma, el dependiente puede tomarse la licencia por sí, previa notificación fehaciente de ello —por nota o telegrama—, de modo que aquélla concluya antes del 31 de mayo (art. 157, LCT): debe comunicar al empleador que, como venció el plazo del art. 154, LCT, se toma las vacaciones en tal período.

Es decir que *el dependiente tiene derecho a tomar las vacaciones por su cuenta en caso de omisión del empleador de efectuar la comunicación de su comienzo.*

Ese derecho nace a partir de que se venza el plazo para efectuar la comunicación (30 de abril) y no del plazo para tomarlas; como la comunicación se debe realizar con cuarenta y cinco días de anticipación (15 de marzo), a lo cual se suma el tiempo de vacaciones (catorce, veintiuno, veintiocho o treinta y cinco días), el empleador tiene que comunicárselo como máximo el 1 de marzo para que comience sus vacaciones el 16 de abril (cuarenta y cinco días después) si al trabajador le corresponden catorce días, y si le corresponden veintiuno, veintiocho o treinta y cinco días, cada comunicación se debe efectuar con siete días más de anticipación (hasta el 9/4, 2/4 o 27/3 respectivamente).

*Si el trabajador no se tomó las vacaciones antes del 31 de mayo* —ya sea porque el empleador no se las otorgó o porque el trabajador no hizo uso del derecho a tomarlas por sí—, *pierde el derecho a gozarlas y a que se las paguen: es un plazo de caducidad.*

Esta circunstancia, a veces en la práctica no se tiene en cuenta y ocurre, por un lado, que hay trabajadores que reclaman por el cobro de las vacaciones de los últimos tres años, argumentando que no se las tomaron y, por otro lado, algunos empleadores incluso las pagan por desconocimiento.

*La LCT prohíbe que las vacaciones sean compensadas en dinero y establece que no podrán ser gozadas en el futuro*: no se acumulan en un período posterior ni pueden ser reemplazadas por dinero (art. 162). La única excepción es la contenida en el art. 156, que tiene su fundamento en la imposibilidad de gozar las vacaciones cuando se produce la extinción del contrato.

El propósito de la norma es que las vacaciones sean efectivamente gozadas, teniendo en cuenta el fin del instituto, que es lograr la reparación psicofísica del trabajador: persigue desarticular el aprovechamiento que el empleador pudiese realizar de las necesidades económicas del trabajador, y persuadir a éste de utilizar el instituto para preservar su salud.

Si el trabajador estuvo suspendido hasta el 30 de abril y no se le otorgaron las vacaciones, corresponde considerar que las ha gozado y, por ende, tiene derecho al cobro de su importe.

## 8. Retribución

Las vacaciones *deben ser pagadas a su inicio*, y el trabajador debe percibir un importe similar al que hubiera correspondido en caso de estar en actividad. Deben ser pagadas el último día de trabajo, a partir del cual el empleador incurre en mora; por ende, no corresponde aguardar al día en que comiencen las vacaciones.

*Para el cálculo de su pago se computa toda remuneración que el trabajador perciba por trabajos ordinarios o extraordinarios, bonificación por antigüedad u otras remuneraciones accesorias.*

El convenio 52 de la OIT establece que toda persona que tome vacaciones tiene derecho a percibir su salario habitual, aumentado con la equivalencia —si la hubiere— de su remuneración en especie o la remuneración fijada por contrato colectivo (art. 3°).

Los distintos incisos del art. 155, LCT, se ocupan de *diversas situaciones*.

1) En el caso de tratarse de *trabajadores mensualizados* (inc. a]), para obtener el valor día se debe dividir el sueldo por 25 y a la suma resultante multiplicarla por los días de vacaciones que le correspondan.

Esta forma de cálculo produce un incremento de la remuneración en las vacaciones respecto del salario habitual, ya que el divisor veinticinco, en lugar de tomar los días del mes que se trate o un promedio del año (30,4), implica restar algunos días e incrementar el valor del jornal diario.

Esto es aplicable para calcular el día vacacional; en cambio, para determinar el valor de los restantes días del mes para otros rubros, no se debe efectuar ningún cálculo ficticio, sino dividir el sueldo por el número de días que tenga el mes correspondiente (28, 29, 30 o 31) y el cociente multiplicarlo por los días corridos no comprendidos en el período de vacaciones.

Si tiene ingresos por horas extraordinarias, comisiones, premios, porcentajes u otras formas variables, debe efectuar cómputos separados: uno, dividiendo el sueldo mensual por 25, y otro, obteniendo el promedio de las remuneraciones variables (inc. c]), incluyendo en ellas las horas extras. El SAC no se computa para establecer la retribución del día de vacación.

2) En el caso de tratarse de *trabajadores remunerados por día* (art. 155, inc. b]), el valor diario es equivalente al importe que le hubiera correspondido percibir al dependiente en la jornada habitual anterior a la fecha del comienzo de las vacaciones. La jornada habitual es la que cumple el trabajador normal y regularmente con cierta constancia en el tiempo.

En este caso se pueden plantear *distintas situaciones*:

a) jornada habitual de ocho horas (o menor) anterior al goce de las vacaciones: se paga el importe que le hubiera correspondido percibir al trabajador en la jornada anterior;

b) jornada habitual de ocho horas anterior a la vacación: se paga la jornada real en tanto no exceda las nueve horas; el excedente es hora extraordinaria y se calcula de acuerdo con el inc. c), art. 155;

c) jornada circunstancial anterior al comienzo de las vacaciones: si es inferior a la habitual, se debe pagar conforme a la jornada habitual; si es superior (no contemplado en la ley), cabe resolver de la misma manera;

d) jornada irregular: aquí la habitualidad es la irregularidad (jornadas semanales de tres, cuatro, cinco y seis horas); se debe pagar el promedio de horas por día trabajadas en la semana y se toma esa jornada promedio como base de cálculo; si el promedio es superior a nueve, se aplica el inc. b).

3) En caso de tratarse de *trabajadores que perciben remuneraciones variables* (art. 155, inc. c]) —trabajadores a destajo o a comisión—, se divide la totalidad de las remuneraciones variables percibidas en el semestre o en el año (ganancia de un período) por la totalidad de los

días que deben considerarse como trabajados, es decir, por el trabajo efectivo al que se le imputa dicha ganancia.

Si se producen aumentos salariales sobrevinientes al otorgamiento de las vacaciones, y ante el silencio de la ley sobre si corresponde o no su cómputo, se debe estar al salario vigente al momento de concederla, por lo cual —en principio— están excluidos los aumentos decretados durante el curso de las vacaciones.

Sin perjuicio de ello, cabe admitir reajustes posteriores cuando se trata de aumentos retroactivos que bonifican el período anterior de descanso.

4) En el caso de trabajadores de temporada, gozan del descanso anual al finalizar cada ciclo, a razón de un día por cada veinte trabajados, si no hubiesen logrado trabajar la mitad de los días laborables del año.

## 9. PyMEs

*Los convenios colectivos de trabajo referidos a la pequeña y mediana empresa* (aquellas que tengan hasta cuarenta trabajadores y una facturación anual determinada) *pueden modificar las formalidades, requisitos, aviso y oportunidad del goce de la licencia anual ordinaria.*

*Se pueden modificar*: los plazos para su notificación previa; la formalidad de tal notificación; los requisitos para su goce —como el tiempo mínimo de trabajo— o que comiencen un lunes; las fechas de goce y también se permite su fraccionamiento, con la única limitación de que por lo menos una vez cada tres años al trabajador le correspondan en temporada de verano. Esto implica la modificación para el caso de PyMEs de los arts. 151, 152, 153, 154 (con excepción del último párrafo) y 157, LCT.

En cambio, *no pueden ser modificados*, y por lo tanto no resultan disponibles, dos aspectos del instituto de las vacaciones: *la forma de retribuirlas* (art. 2°, inc. 2°, dec. reg. 146/1999) *y la cantidad de días de vacaciones que según su antigüedad le correspondan al trabajador* (art. 2°, inc. 1°, dec. reg. 146/1999).

El tema se desarrolla en el capítulo "Régimen de las pequeñas y medianas empresas (PyMEs)".

## 10. Extinción del contrato

Respecto de las vacaciones rigen *dos principios esenciales*:

1) *las vacaciones no son compensables en dinero, con la excepción de los casos de extinción del contrato*;

2) *cualquiera fuere la causa de extinción del contrato de trabajo* (renuncia, voluntad concurrente de las partes, despido con o sin causa justificada, muerte, etc.), *el trabajador tiene derecho a percibir una "indemnización por vacaciones proporcionales.*

El art. 239, LCT, sólo prevé los supuestos de otorgamiento de preaviso durante el lapso de una licencia, pero no el despido; interpretando armónicamente dicha norma con lo dispuesto en el art. 213, LCT, cabe concluir que el despido durante la licencia por vacaciones es válido, pero la accionada debe abonar los salarios correspondientes hasta la finalización de la licencia (sala 3ª, 23/4/1997, "Lapidus, Rolando Héctor v. Banco de Crédito Argentino SA").

En caso de extinción del vínculo laboral, el trabajador percibe una indemnización porque no puede gozar de las vacaciones; el resarcimiento consiste en un monto equivalente a las vacaciones que le hubieran correspondido según la fracción del año trabajado (art. 156, LCT).

Respecto de su naturaleza jurídica, *el pago por vacaciones proporcionales no reviste la condición de remuneración*.

A diferencia de lo que ocurre cuando está vigente el contrato y el trabajador goza las vacaciones, *en caso de extinción* —cualquiera fuera la cantidad de días trabajados en el año— *siempre le corresponde una indemnización por vacaciones proporcionales*.

Las vacaciones gozadas devengan SAC porque revisten naturaleza salarial. Aunque las vacaciones no gozadas previstas por el art. 156, LCT tienen carácter indemnizatorio, en su base resarcitoria debe incluirse la incidencia del SAC, ya que la ley refiere al "salario correspondiente" al período de descanso proporcional a la fracción del año trabajada.

La jurisprudencia no es pacífica en este aspecto. Se ha resuelto que siendo el SAC un salario diferido que integra la remuneración del trabajador, corresponde considerarlo para la determinación de las vacaciones no gozadas, ya que lo contrario significaría premiar al empleador eximiéndolo de su pago cuando el contrato de trabajo se extingue por cualquier causa (sala 4ª, 24/2/2003, "Caruso, María del Carmen v. Lime SA UTE y otros"; sala 6ª, 17/7/2003, "Collia, Eduardo G. v. Obra Social Personal de la Industria del Cuero").

En lo que respecta a su cálculo, no se aplica el art. 151, LCT, en cuanto establece que debe haber trabajado más de la mitad de los días hábiles del año para tener derecho a vacaciones completas. Por ejemplo, si un dependiente egresa en el mes de agosto, reuniendo ciento setenta días trabajados (más de la mitad de días hábiles), no percibe una indemnización por la licencia total, sino proporcional.

Para calcular la indemnización de esa proporcionalidad, el art. 156, LCT, dispone que "el trabajador tendrá derecho a percibir una indemnización equivalente al salario correspondiente al período de descanso proporcional a la fracción del año trabajada".

Por lo tanto, *para establecer la proporcionalidad se deben tener en cuenta la relación que existe entre la licencia total que le correspondería, según su antigüedad, y el tiempo efectivamente trabajado en el año*.

Por ejemplo, a un trabajador con dos años de antigüedad y que percibe una remuneración mensual de $ 3000, que egresó en el mes de octubre, habiendo trabajado en el año doscientos diez días, le corresponde la siguiente liquidación: 210 (días trabajados) x 14 (días que le correspondería) % 298 (días hábiles del año) = 9 días y fracción (9,39). Si el trabajador tuviese veinticinco años de antigüedad, le corresponde la siguiente liquidación: 210 x 35 y 298 = 24 días y fracción (24,66).

Para obtener la indemnización, el resultado obtenido (9,39 en el primer caso y 24,66 en el segundo) se debe multiplicar por el valor diario de la remuneración ($ 3000 % 25 = $ 120). Por lo tanto, la indemnización, en el primer caso, es de $ 1126,80 (9,39 x $ 120) y en el segundo de $ 2959,92 (24,66 x $ 120).

En caso de *muerte del trabajador*, los causahabientes tienen derecho directo a percibir la indemnización por vacaciones no gozadas sin necesidad de la apertura previa de la sucesión.

## VI. RÉGIMEN DE LAS LICENCIAS ESPECIALES

Sin perjuicio de los mejores beneficios que acuerden los convenios colectivos y los estatutos especiales, la LCT establece un sistema de licencias para todos los trabajadores en relación de dependencia, que sirve de mínimo inderogable.

Son breves períodos que deben ser abonados por el empleador, y de los cuales el trabajador puede disponer en su beneficio para realizar trámites personales, compartir con sus allega-

dos acontecimientos familiares o para rendir examen en la enseñanza media, terciaria o universitaria.

Los días otorgados son corridos (comprenden hábiles e inhábiles) y pagos, es decir que se trata de una interrupción del débito laboral sin pérdida de remuneración.

Muchos convenios colectivos —de actividad o de empresa— establecen cláusulas que regulan estas licencias; pueden considerar otras causas (ampliarlas) u otorgar más tiempo para cualquiera de ellas, y resultan de aplicación obligatoria, ya que mejoran las condiciones de trabajo pactadas y prevalecen sobre la LCT (arts. 7° y 8°, LCT, y art. 8°, ley 14.250).

El art. 158, LCT, enumera —en forma enunciativa— las licencias especiales del trabajador:

a) *por nacimiento de hijo*: dos días corridos;

b) *por matrimonio*: diez días corridos. En caso de matrimonio entre trabajadores de una misma empresa, el empleador podría denegar la solicitud de la licencia por matrimonio cuando ello afecte notoriamente el normal desenvolvimiento del establecimiento, es decir, por causas funcionales u operativas debidamente acreditadas; esto podría ocurrir en actividades que no admiten interrupción y en las cuales los cónyuges son esenciales para mantener esa continuidad y la prestación no se puede suplir con otros trabajadores;

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: tres días corridos. Cuando el art. 164, inc. c), hace referencia a "persona con la cual estuviese unido en aparente matrimonio", está remitiendo a las condiciones establecidas en el art. 248, LCT, es decir, "la mujer u hombre que hubiese vivido públicamente con el mismo o la misma, en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento";

d) *fallecimiento de hijos o de padres*: abarca tres días corridos, uno de los cuales deberá ser hábil (art. 160, LCT). El concepto de "padres" comprende también a los adoptivos, ya que la ley no efectúa diferencia alguna;

e) *por fallecimiento de hermano*: un día. Se consideran hermanos los bilaterales y unilaterales (art. 360, CCiv.), y los adoptivos si se dan las condiciones previstas por la ley (art. 329, CCiv., según ley 24.779), ya que la LCT nada expresa al respecto;

f) *para rendir examen en la enseñanza media o universitaria*: dos días corridos por examen (con un máximo de diez días por año calendario).

En las licencias por nacimiento y por fallecimiento se debe, necesariamente, computar un día hábil cuando éstas coincidan con domingos, feriados o días no laborables (art. 160, LCT), tomándose en cuenta días corridos para las demás. La razón de esta determinación es la necesidad de contar con un día hábil para realizar determinados trámites o gestiones como, por ejemplo, la inscripción del nacimiento.

En caso de no haber contraído matrimonio, corresponde la licencia si el hijo es reconocido por el trabajador.

La licencia para rendir examen procede siempre que corresponda a planes de enseñanza oficial o autorizados por el organismo provincial o nacional competente, y el trabajador lo acredite con un certificado expedido por la casa de estudio (art. 161, LCT).

El empleador debe otorgar la licencia por examen con la solicitud del trabajador, pero posteriormente éste debe probar haberlo rendido con la presentación del correspondiente certificado. De no probarse, la ausencia resulta injustificada y correspondería el descuento de los salarios respectivos, además de constituir una falta disciplinaria que podría ser sancionada (por ejemplo, con un apercibimiento).

Si bien la enfermedad de un hijo no es causa legislada de licencia, debe admitirse como causa justificada de ausencias (sala 5ª, 3/3/1990, "Díaz, María v. Sanz de Lodi, Amalia").

*Todas las licencias son pagas*, por lo cual el empleador debe pagar el salario correspondiente, y del mismo modo las vacaciones.

Diversos convenios colectivos contienen cláusulas especiales en materia de licencias especiales, sea ampliando los días contemplados por la ley con goce de salarios o creando licencias especiales; por ejemplo, licencia por mudanza, por fallecimiento de familiares no incluidos en la LCT, para donación de sangre, día femenino, días de luto específicos y días de estudio para exámenes parciales, etcétera.

Por res. 471/2009 (BO del 2/7/2009) se estableció un régimen de licencia preventiva en virtud del brote mundial de influenza A (llamada "gripe porcina").

Algunos estatutos y convenciones colectivas elevan los plazos de licencia especial en aquellos casos en los que el fallecimiento de familiares ocurra en el extranjero o cuando el familiar fallecido residiese a más de una cantidad predeterminada de kilómetros del domicilio del agente.

g) *Matrimonios de igual sexo. Ley 26.618 (BO del 22/7/2010)*: el régimen de licencias especiales se aplica a los matrimonios celebrados conforme la ley 26.618 (BO del 22/7/2010), que extiende y amplía el concepto del instituto.

En materia de licencias especiales, la *licencia por matrimonio* le corresponde a ambos cónyuges, y la de *fallecimiento del cónyuge o concubino*, le corresponde al supérstite. También corresponde conceder a los cónyuges, independientemente de que en su redacción se refieran a hombre o mujer (por su sola calidad de esposos), las *licencias especiales que surjan de los convenios colectivos de trabajo o laudos con fuerza de tales.*

En cuanto a la *licencia por nacimiento de hijo*, en el caso de una pareja de igual sexo, la licencia por nacimiento le corresponde al que no ha procreado; obviamente, el único sexo con capacidad de procrear es el femenino, por lo cual esta cuestión sólo se planteará respecto del matrimonio igualitario constituido por dos mujeres, una de las cuales haya dado a luz, a la cual le corresponderá la *licencia por maternidad*, y a su cónyuge, la licencia por nacimiento de hijo.

En caso de *adopción* (situación no contemplada expresamente en la LCT) existen fallos (anteriores a la ley 26.618) que conceden el derecho de licencia por nacimiento a la madre adoptante desde el momento en que se le otorga la guarda del niño (C. Trab. Bariloche, 11/5/2006, "M. V. M. C. y otro s/amparo", expte. 18.462/06). Sin embargo, no resulta fácil determinar en el caso de parejas de igual sexo a qué cónyuge le corresponde la licencia, por lo que se impone el dictado de una norma especial que adapte la licencia a la situación de adopción, para todos los trabajadores, independientemente de su sexo u orientación sexual.

CAPÍTULO XIII

# ENFERMEDADES Y ACCIDENTES INCULPABLES

## I. CONCEPTO Y ALCANCE

*Las enfermedades y los accidentes* de los que se ocupa la LCT (arts. 208 a 213) son los *inculpables*. Se relacionan con el riesgo genérico de la vida.

Se los puede definir como *toda alteración de la salud que "impide la prestación del servicio"* (art. 208, LCT); *lo trascendente es que la afección que padezca el trabajador —enfermedad o accidente— lo imposibilite de trabajar y que su origen no tenga relación alguna con el trabajo.*

En cambio, las enfermedades y los accidentes que tienen vinculación con el trabajo están legislados en la LRT —24.557— y anteriormente en las leyes 9688 y 24.028.

La incapacidad es una alteración de la salud que impide (imposibilidad física) o torna desaconsejable (tratamiento ambulatorio) el cumplimiento de la prestación laboral. No están amparadas las indisposiciones pasajeras que no impiden prestar tareas.

Una importante corriente doctrinal —y los países más desarrollados— los considera *prestaciones de la seguridad social*, ya que son beneficios que se deben extender a todas las personas, además de los trabajadores en relación de dependencia; considera que son *prestaciones* "de mantenimiento" que reemplazan al salario.

Sin embargo, la LCT pone en cabeza del empleador el deber de pagar la remuneración durante un período determinado y de mantener la vigencia del contrato.

La mecánica del instituto de las enfermedades y accidentes inculpables contemplado en la LCT se puede sintetizar de la siguiente forma:

1) sin perjuicio de tratarse de una prestación de la seguridad social, *en una manifestación evidente del principio protectorio, la LCT establece la obligación del empleador de pagar al dependiente la remuneración* —que no puede ser inferior a la que hubiera ganado si hubiese estado trabajando— *durante el tiempo en que el trabajador no puede concurrir a trabajar por padecer un accidente o enfermedad inculpable, hasta un plazo máximo que varía según la antigüedad y las cargas de familia*;

2) luego de *vencidos los plazos de enfermedad retribuidos* (tres, seis o doce meses, según el caso), el trabajador pierde el derecho a cobrar remuneración y *comienza el plazo de reserva de puesto, que dura, como máximo, un año*;

3) en ese lapso, el trabajador se puede curar y volver a trabajar, pero si continúa imposibilitado de prestar tareas y transcurre el año de reserva, se aplica lo dispuesto en el art. 211 *in fine*, LCT, que establece que el contrato subsiste hasta que cualquiera de las partes lo denuncie; en ese caso, no se paga indemnización.

Por ejemplo, si un trabajador sufrió un accidente en su hogar o al jugar un partido de fútbol y está imposibilitado de prestar tareas por un tiempo, se trata de un accidente inculpable; si pre-

senta una dolencia que no se originó en el trabajo, como una hepatitis o una angina virósica, se trata de una enfermedad inculpable.

Por el contrario, si un trabajador sufrió un accidente mientras trabajaba en una máquina del establecimiento, o en el trayecto entre su casa y el establecimiento, o viceversa (accidente *in itinere*), se trata de un accidente de trabajo y se rige por la LRT. Lo mismo sucede si la enfermedad es consecuencia de la prestación del trabajo, por ejemplo, hipoacusia perceptiva bilateral por la exposición a un ruido intenso durante la prestación laboral; en este caso, es una enfermedad profesional.

También se deben considerar inculpables la imprudencia deportiva, las secuelas de adicciones y la tentativa de suicidio.

El régimen establecido por la LCT se puede graficar de la siguiente forma, teniendo en cuenta la antigüedad del dependiente (menor o mayor de cinco años) y que tenga o no cargas de familia:

| | *Plazos de enfermedad retribuidos* | | *Plazo no remunerado* | |
|---|---|---|---|---|
| Hasta cinco años de antigüedad | Sin cargas de familia | tres meses | un año | Vencido, se puede extinguir sin indemnización |
| | Con cargas de familia | seis meses | | |
| Más de cinco años de antigüedad | Sin cargas de familia | seis meses | | |
| | Con cargas de familia | doce meses | | |

Por lo tanto, *para que se torne aplicable el régimen previsto en la LCT, tienen que presentarse distintas circunstancias:*

1) *que la enfermedad o accidente sea inculpable*, es decir que no se relacione con el trabajo y que no se haya producido por un acto intencional —doloso— del trabajador (por ejemplo, inyectarse alguna sustancia para producir fiebre).

El concepto de culpa debe ser interpretado en forma amplia en beneficio del trabajador: sólo cabe excluir del amparo de las enfermedades inculpables (arts. 208/213, LCT) el hecho intencional, los accidentes o enfermedades producidos por la temeridad prácticamente intencional o por culpa grave de la víctima;

2) *que sea incapacitante*, es decir que lo imposibilite de prestar tareas;

3) *que se manifieste durante la relación laboral*; incluye la enfermedad cuyo origen es anterior a la celebración del contrato y el proceso reagravado o crónico sujeto a manifestaciones periódicas.

En cambio, queda excluida la responsabilidad del empleador por la enfermedad incapacitante manifestada con posterioridad a la extinción del contrato, aun cuando se haya gestado en su transcurso.

En caso de estar en relación de dependencia en más de un trabajo (pluriempleo), un infortunio o una dolencia puede ser considerada accidente de trabajo o enfermedad profesional —y, por ende, cubierto por la LRT— respecto de un empleador y ser un accidente o enfermedad inculpable respecto de otro.

## II. LICENCIA POR ENFERMEDAD. CÓMPUTO DE LOS PLAZOS RETRIBUIDOS

Los dos *elementos a tener en cuenta* para determinar la duración de los plazos en que el empleador debe abonar remuneración son: la *antigüedad del dependiente* y las *cargas de familia*.

La primera parte del art. 208, LCT, establece que "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 meses, si su antigüedad en el servicio fuere menor de cinco años, y de seis meses si fuera mayor. En los casos en 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 y doce meses, respectivamente, según si su antigüedad fuese inferior o superior a cinco años. La recidiva de enfermedades crónicas no será considerada enfermedad, salvo que se manifieste transcurridos los dos años".

Es decir que *los plazos de tres a doce meses retribuidos no son por año, sino que corresponden por cada enfermedad*, lo que significa que un trabajador puede padecer distintas enfermedades en el año y cada patología genera plazos retribuidos independientes de licencia para cada enfermedad.

Asimismo, si un trabajador se reintegra antes de vencido el plazo de enfermedad retribuido, los días no utilizados pueden ser gozados en el caso de producirse nuevas manifestaciones de una misma enfermedad —que la ley denomina *recidivas* (repeticiones)— dentro del plazo de dos años desde que fue notificada fehacientemente al empleador.

Agotado dicho plazo, las recidivas no generan derecho a otro período retribuido; ese derecho renace a los dos años de su primera manifestación.

El último párrafo del art. 208, LCT, establece que "la suspensión por causas económicas o disciplinarias dispuesta 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".

Por lo tanto, el derecho del trabajador de percibir salarios por enfermedad no se pierde cuando la dolencia se manifiesta en el curso de una suspensión por causas económicas o disciplinarias, o el empleador decide suspenderlo estando enfermo.

El empleador debe abonar los salarios por enfermedad inculpable, previstos en el art. 208, LCT, pero tiene la opción de aplicar la suspensión durante la enfermedad, o determinar que luego del alta médica comience a correr la suspensión o se complete el período faltante.

En el caso de los *contratos de temporada, eventual y plazo fijo* es aplicable el régimen fijado en la LCT, aunque debe adaptarse a las particularidades de dichos contratos. La extensión de los plazos establecidos en el art. 208, LCT, están limitados por la duración del contrato.

La obligación del empleador de pagar los salarios por enfermedad o accidente inculpable cesa en el contrato eventual con el cumplimiento del contrato (agotamiento de la eventualidad); en el de plazo fijo, con el vencimiento del plazo; y en el de temporada, al finalizar el período que corresponde al ciclo o temporada, ya que entre temporadas no hay prestación de trabajo ni pago de remuneraciones.

En el *período de prueba* (art. 92 bis, LCT, redacción según art. 2°, ley 25.877), el trabajador goza de la protección en materia de accidente o enfermedad inculpable, con excepción de la indemnización por incapacidad absoluta (art. 212, párr. 4°, LCT): el empleador tiene el deber de abonar los salarios por enfermedad inculpable como máximo hasta el vencimiento del plazo del período de prueba (tres meses).

El *concepto de carga de familia* surge de la ley 23.660. La Ley de Obras Sociales considera beneficiario del sistema al titular y a su grupo familiar primario, que es el integrado por el cónyuge, los hijos solteros hasta los 21 años, no emancipados por habilitación de edad o ejercicio de actividad profesional comercial o laboral, los hijos solteros mayores de 21 años y hasta los 25 años, inclusive, que estén a exclusivo cargo del afiliado titular, que cursen estudios regulares oficialmente reconocidos por la autoridad pertinente, los hijos incapacitados y a cargo del afiliado titular mayores de 21 años, los hijos del cónyuge y los menores cuya guarda y tutela haya sido acordada por autoridad judicial o administrativa. Se incluye también a las personas que convivan con el afiliado titular y reciban de éste trato familiar ostensible. Asimismo, la Dirección Nacional de Obras Sociales puede autorizar como beneficiarios a otros ascendientes o descendientes por consanguinidad del afiliado titular y que estén a su cargo (art. 9°).

Respecto del hijo por nacer, la jurisprudencia no es pacífica para determinar si constituye carga de familia a efectos de ampliar los plazos de licencia remunerada.

En cuanto al concubinato, el conviviente debe integrar el concepto amplio de carga de familia.

## III. CONSERVACIÓN DEL EMPLEO

El art. 211, LCT, dispone la reserva del puesto por un año a partir del vencimiento de los plazos del art. 208, LCT, y dispone que el empleador puede rescindir el contrato, sin obligaciones indemnizatorias, cuando al finalizar el período de reserva el trabajador continúe enfermo y no pueda reintegrarse al trabajo.

*Para que comience el período de reserva de puesto, el empleador debe notificar al trabajador a partir de cuándo y hasta qué momento se extiende dicho plazo.*

El período de conservación del puesto es un plazo de suspensión del contrato de trabajo en el cual, si bien el trabajador no tiene derecho a percibir remuneración, debe ser considerado tiempo de servicio y computado como antigüedad en el empleo para la determinación de los beneficios que surjan de la ley, los convenios colectivos y los estatutos profesionales

Esto es así ya que se trata de una ausencia que no se produce por una causa imputable al trabajador, sino que es consecuencia de una enfermedad o accidente que no guarda vinculación con el trabajo; en consecuencia, se aplica analógicamente lo dispuesto en la LCT para los casos de suspensiones por desempeño de cargo electivo o sindical y por cumplimiento del servicio militar (arts. 214, 215 y 217, LCT).

Sin embargo, para establecer el monto de la remuneraciones para el cálculo de indemnizaciones no se toman en cuenta los salarios que hubiera percibido el trabajador de no haber existido la suspensión.

Durante la reserva de puesto persiste el derecho a la obra social, al disponer el art. 10 de la ley 23.660 que existe "derecho de mantener cobertura sin obligación de efectuar aportes".

La primera parte del art. 211, LCT, establece 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 aquéllos".

Esto significa que *una vez concluidos los plazos de enfermedad retribuidos, fijados por el art. 208* —tres, seis o doce meses, según el caso—, *comienza el plazo de reserva de puesto, que dura un año y en cuyo lapso el empleador sólo debe conservarle el puesto de trabajo pero no debe pagarle la remuneración.* Durante ese año, el trabajador se puede reintegrar al trabajo, se le puede determinar una incapacidad absoluta o continuar imposibilitado de trabajar.

Por ejemplo, podría suceder que un trabajador, que agotó sus licencias por enfermedades pagas (art. 208, LCT) y se halla en el plazo de conservación del empleo (art. 211, LCT), se reintegre al trabajo a los cuatro meses de haber comenzado el año de reserva; pero por tratarse de una enfermedad crónica, a los dos meses de trabajar deba faltar nuevamente por la misma enfermedad.

En este caso le corresponde el tiempo faltante del plazo de conservación del empleo —ocho meses—, pero no tiene derecho a una nueva licencia con goce de sueldo en virtud de lo explicado en el punto anterior al tratar las recidivas; tampoco tiene derecho a que se compute en forma íntegra el año de reserva del puesto.

La segunda parte del art. 211, LCT, dispone que "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".

Por lo tanto, *transcurrido el año de reserva, el contrato continúa vigente hasta que cualquiera de las partes decida disolverlo*. El vencimiento del plazo de conservación del empleo no produce la ruptura automática del contrato; este acto debe ser formalizado por escrito y por medio de notificación fehaciente. En este caso, el empleador no paga indemnización.

En caso de haberse iniciado el lapso de un año previsto por el art. 211, LCT, la empleadora debe adoptar alguna de las alternativas previstas por el art. 212, a saber, otorgar las tareas si está en condiciones de hacerlo, comunicar al trabajador la imposibilidad de ocuparlo en esas condiciones o —si aquél se encuentra definitivamente incapacitado— poner fin a la relación con el pago de las indemnizaciones respectivamente previstas por los párrs. 2° y 3° de la norma citada. Por ello, la sola manifestación de haber celebrado un acuerdo con el actor (sin producir prueba idónea al respecto) para que se le abonara el 50% de las remuneraciones por el período de licencia, carece de sustento jurídico, ya que aun habiendo acreditado dicho acuerdo —lo cual tampoco sucedió— ello habría merecido reproches (conf. arts. 12, 58 y concs., LCT) (sala 6ª, 29/2/2008, "Sanabria, Miguel Rubén v. Secoma Automatismes SA y otro").

Para establecer el monto de la indemnización del art. 212, párr. 4°, LCT, debe computarse como tiempo efectivo de servicio el lapso correspondiente a la licencia por enfermedad. En cuanto al período de reserva del puesto de trabajo de un año posterior al vencimiento de la licencia por enfermedad, como se trata de una licencia legalmente prevista y de un vínculo que se mantiene vigente, y que el art. 9°, LCT, impone resolver la situación de duda en el sentido más favorable al trabajador, al igual que las licencias pagas, el lapso de licencia del art. 211, LCT, es computable a los fines de establecer la antigüedad en el empleo. En cambio, no corresponde adoptar similar criterio respecto del período posterior al año de reserva de puesto en el que se considera subsistente la relación, porque al vencer el lapso previsto en el art. 211, LCT, las partes, si bien no resolvieron el vínculo, tácitamente admitieron la liberación recíproca de sus débitos. A diferencia de los lapsos de inactividad laboral, no existe una disposición legal o convencional que establezca el derecho del trabajador a gozar de una licencia adicional una vez vencido el lapso previsto en el art. 211, LCT (sala 2ª, 27/3/2008, "Lojko, Francisco v. Monarfil SA").

## Enfermedades y accidentes inculpables
## (alteración de la salud que impide la prestación del servicio)

**CONSERVACIÓN DEL EMPLEO**

Vencidos los plazos de enfermedad retribuidos (art. 208, LCT), comienza el plazo de reserva de un puesto de un año sin pagar la remuneración (art. 211, LCT)

**DISTINTAS HIPÓTESIS**

*Incapacidad definitiva parcial*

El empleador tiene la obligación de otorgar al trabajador tareas livianas acordes con su capacidad actual (art. 212, LCT).

- Reintegro al trabajo con nuevas tareas según capacidad: igual remuneración anterior.
- Empleador no otorga tareas livianas por causas no imputables a éste: indemnización del art. 247, LCT (mitad del 245).
- Empleador no otorga tareas livianas pudiéndolo hacer: indemnización del art. 245, LCT.

*Incapacidad absoluta*

— Equivale al 66% o más de la capacidad obrera total.

— Se debe manifestar durante la relación laboral.

→ Indemnización del art. 245, LCT.

Muerte del trabajador.

→ Indemnización del art. 247 (art. 248, LCT).

**OBLIGACIONES DEL DEPENDIENTE**

- Aviso al empleador.
- Presentación del certificado médico.
- Sometimiento al control médico patronal.

## IV. DISTINTAS HIPÓTESIS: REINCORPORACIÓN AL TRABAJO. INCAPACIDAD ABSOLUTA

Durante el período de licencia con goce de sueldo, o bien durante el plazo de reserva o al concluir éste, se pueden producir *distintas alternativas respecto del estado de salud del trabajador*: puede regresar al trabajo sin incapacidad, o con una disminución definitiva parcial de su capacidad y el empleador debe otorgarle tareas adecuadas; o no regresar por padecer una incapacidad absoluta que le impide continuar trabajando o haber fallecido.

Estas posibilidades son tratadas detalladamente en el art. 212, LCT, sin perjuicio de los mejores beneficios que puedan surgir de los estatutos especiales o de los convenios colectivos aplicables, ya que la LCT es el piso mínimo.

La disminución de la capacidad laboral es definitiva cuando no es reversible, es decir, cuando no existen razonables expectativas científicas de que el trabajador recupere —total o parcialmente— la pérdida.

Consolidada la pérdida parcial de capacidad, el empleador tiene la obligación de otorgar al trabajador tareas livianas acordes con su capacidad actual (por ejemplo, más livianas).

La incapacidad puede ser transitoria (temporaria) y produce efectos suspensivos sobre el contrato de trabajo, o definitiva (permanente) —sea parcial o absoluta— y puede producir efectos extintivos.

La hipótesis del fallecimiento es tratada en el cap. XVIII.

### 1. Incapacidad definitiva parcial

El párr. 1°, art. 212, establece que "vigente el plazo de conservación del empleo, si del accidente o enfermedad resultare 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".

El trabajador tiene que demostrar que fue dado de alta con incapacidad y que solicitó tareas livianas o adecuadas a la disminución de su capacidad. *El empleador tiene la obligación de otorgar al trabajador tareas livianas acordes a su capacidad actual* (por ejemplo, más livianas).

Pueden producirse tres situaciones que están expresamente contempladas en los tres primeros párrafos del art. 212, LCT:

*a) Si el trabajador se reintegra al trabajo y el empleador le otorga las nuevas tareas que puede ejecutar de acuerdo con la disminución de su capacidad*: el contrato de trabajo continúa normalmente y el empleador le debe pagar la misma remuneración que percibía con anterioridad (párr. 1°).

*b) Si el empleador no puede otorgarle tareas que el trabajador pueda ejecutar por causas que no le fueran imputables, es decir porque no tiene tareas livianas o acordes a su capacidad*: el contrato se extingue y debe abonar una indemnización equivalente a la prevista en el art. 247, LCT —la mitad de la indemnización del art. 245, LCT— (párr. 2°).

Cabe destacar que la "causa no imputable" al empleador a la que hace referencia el art. 212, LCT (que torna imposible otorgar tareas livianas y debe acreditar fehacientemente), debe ser más grave que la simple inconveniencia; la norma le impone realizar un esfuerzo necesario para cumplir su deber de ocupación.

Por ejemplo, la mera falta de justificación económica dentro de la empresa no es por sí sola motivo suficiente para negar el cambio.

Si bien el empleador no está obligado a modificar la estructura de su empresa, sino a reubicar al trabajador, cuando es posible, dentro de la estructura existente, para que se configure

"causa no imputable" debe consistir en la inexistencia de tareas razonablemente útiles que el trabajador pueda desempeñar.

No alcanza con que la empresa se limite a afirmar que las tareas livianas que existen en su establecimiento ya están siendo cumplidas por otro personal. La imposibilidad a que alude el art. 212, LCT, debe ser tal que no pueda ser superada con un esfuerzo razonable del empleador, que implique incluso la reubicación de otros trabajadores, en ejercicio y dentro de los límites del *ius variandi*.

No interesa para qué tipo de tareas fue contratado el trabajador, debiendo valorarse en sentido amplio la calificación profesional del dependiente.

Incumbe al empleador la carga de probar la falta de puestos con tareas para el trabajador parcialmente incapacitado, en los términos del art. 212, LCT, máxime si se tiene en cuenta el principio de las cargas probatorias dinámicas, que según las circunstancias del caso hace recaer la carga en la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva.

*c) Si el empleador no le otorga tareas compatibles con su aptitud física o psíquica estando en condiciones de hacerlo*: el contrato se extingue y le debe pagar al trabajador la indemnización por antigüedad contemplada en el art. 245, LCT (párr. 3°).

## 2. Incapacidad absoluta

En caso de que el trabajador no pueda reincorporarse a su trabajo por padecer de una incapacidad definitiva total (absoluta), es decir aquella que *equivale al 66% o más de la capacidad obrera total* e impide al trabajador desarrollar cualquier actividad productiva, se extingue el contrato de trabajo.

Esta hipótesis está contemplada en el párr. 4°, art. 212, que establece que "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".

La incapacidad absoluta a la que se refiere el art. 212, LCT, se produce cuando el trabajador, por cualquier motivo —no imputable—, no puede seguir trabajando en las tareas que cumplía ni en ninguna otra. Imposibilita la prestación de las tareas y afecta en forma definitiva su capacidad de ganancia, ya que le impide la reinserción en el mercado de trabajo.

Es toda disminución física o psíquica que afecta al trabajador impidiéndole reintegrarse al mercado laboral en condiciones de competitividad: no se exige una minusvalía que no le permite hacer nada, sino la que no permite al trabajador realizar una labor en las condiciones de intensidad y continuidad que todo trabajo requiere.

Para que sea procedente, *el único requisito es que se haya manifestado durante la vigencia de la relación laboral*. Esta situación puede producirse durante el plazo de conservación del empleo o no, ya que lo trascendente es que el contrato siga vigente.

Esto resulta aplicable para el retiro por invalidez contemplado en el art. 48, inc. a), ley 24.241.

El fallo plenario 254 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (10/12/1986) estableció que "si el contrato estuviere vigente, tiene derecho a la indemnización del art. 212, párr. 4°, LCT, el trabajador que se incapacita definitivamente, vencido el plazo del art. 211".

La doctrina mayoritaria —como quedara dicho— entiende que se trata de una prestación de la seguridad social que la ley puso a cargo del empleador a fin de hacer su pago en forma directa.

La indemnización por incapacidad absoluta provocada por una enfermedad inculpable (por ejemplo: hemiplejia, infarto de miocardio, etc.) es un resarcimiento por la terminación del

contrato motivada en la imposibilidad física o psíquica del trabajador de prestar servicios en ese trabajo o en cualquier otro; el trabajador no puede, en el futuro, reinsertarse en el mercado de trabajo ni obtener un nuevo empleo porque no tiene la posibilidad de desarrollar ninguna actividad futura, lo cual afecta definitivamente su capacidad de ganancia.

El último párrafo del art. 212, LCT, establece que "este beneficio no es incompatible y se acumula con los que los estatutos especiales o convenios colectivos puedan disponer para tal supuesto".

De lo expuesto surge que *el beneficio otorgado por la ley es acumulable a cualquier otro que emane de estatutos especiales o convenios colectivos, incluso con las indemnizaciones de la LRT.*

Jurisprudencialmente se ha resuelto que corresponde su otorgamiento sin perjuicio de las prestaciones de la LRT y de los resarcimientos del Código Civil; asimismo, resulta compatible con la obtención del beneficio jubilatorio ordinario o por invalidez. En cambio, no es acumulable con la indemnización del art. 245, LCT, ya que ésta también es una indemnización por cese.

En cuanto a la *prueba de la incapacidad*, está a cargo del trabajador, y el medio idóneo para hacerlo —en caso de controversia— es mediante una pericia médica en sede judicial. Para ello no es suficiente la presentación de certificados médicos —aunque constituyen prueba documental que será tenida en cuenta— ni el otorgamiento de la jubilación por invalidez, ya que el trámite administrativo no es vinculante para el juez que no tomó intervención en dichas actuaciones.

La jubilación por invalidez y la indemnización por incapacidad absoluta son instituciones distintas, reguladas por normas diferentes; como el empleador no es parte en el expediente previsional y no tiene la posibilidad de controlar la prueba médica que se efectúa en ese trámite, por sí sola no constituye un elemento de juicio válido para contraponerlo al informe pericial producido en el proceso judicial.

Del mismo modo, un dictamen emitido por una AFJP, si bien es un elemento de prueba, no es definitivo a fin de determinar si el trabajador es portador de la incapacidad absoluta en los términos del art. 212, LCT, ya que —por ejemplo— pudo haber obtenido la jubilación por invalidez sin ser portador de incapacidad absoluta por la definición previsional de invalidez que —en ciertas condiciones— incluye la incapacidad total relativa o por deficiencias de un procedimiento en que el empleador no fue parte.

En caso de producirse el *cese del vínculo laboral por incapacidad absoluta*, corresponde la *indemnización del art. 245, LCT*, pero *es improcedente la indemnización sustitutiva de preaviso*, por cuanto la incapacidad absoluta descarta la posibilidad de que el trabajador obtenga otra ocupación y, por ende, el preaviso —y obviamente la indemnización sustitutiva— carece de sentido.

Es una causa de extinción del contrato que no requiere de las partes expresión de voluntad de disolverlo, resultando intrascendentes los actos disolutorios (renuncia, despido con causa) posteriores a la determinación de la incapacidad absoluta y definitiva.

La circunstancia de que el trabajador haya reclamado la indemnización del párr. 4°, art. 212, LCT, ya disuelto el vínculo laboral por renuncia, no lo priva de su derecho a su percepción, porque dicho resarcimiento nace cuando la incapacidad laborativa absoluta y permanente torna imposible la continuidad del vínculo sin que este acto dependa de la formalidad de la rescisión; es suficiente que la incapacidad del trabajador se haya producido con anterioridad a la extinción del contrato.

## V. OBLIGACIONES DEL DEPENDIENTE. FACULTADES DEL EMPLEADOR

Como en cualquier momento del desarrollo de la relación laboral, ambas partes deben actuar de buena fe y el empleador debe respetar la dignidad del trabajador.

El *dependiente* debe dar aviso al empleador si está imposibilitado de ir a trabajar por padecer alguna enfermedad inculpable o haber sufrido un accidente que no se vincula con el trabajo y, en su caso, presentar un certificado médico que demuestre la afección incapacitante invocada.

El *empleador* tiene la facultad de efectuar un control enviando un médico al lugar de residencia del trabajador, y éste tiene la obligación de someterse a dicho control.

***a) Aviso al empleador.*** El art. 209, LCT, dispone que "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".

*La ley no requiere una forma determinada de transmitir la noticia, aunque lo más seguro es efectuarla por escrito* (telegrama).

Si el trabajador omite mencionar el lugar donde está, cabe entender que se asiste en su domicilio; en caso de que el empleador no pueda realizar el control de la dolencia por no hallarse en el domicilio o haberse mudado (y el empleador desconoce esa circunstancia), el trabajador pierde el derecho a percibir remuneración por ese día.

Si no pudo dar aviso o el medio utilizado no cumplió su fin, el trabajador tiene que demostrar la circunstancia que le impidió concurrir al trabajo (certificado médico) y la causa por la cual no pudo comunicar la ausencia.

El aviso al empleador está impuesto por el art. 209, LCT, como un requisito para la percepción del salario de enfermedad, y ello está justificado en tanto su conocimiento por el empleador es presupuesto indispensable para que pueda ejercer su derecho de control previsto en el art. 210 del citado cuerpo normativo. Si dicho control no fue ejercido por la empleadora no puede válidamente acarrear consecuencias negativas para el trabajador (sala 5ª, 12/3/2009, "Romero Caamaño, Américo J. v. PAMI").

***b) Sometimiento al control médico patronal.*** El art. 210, LCT, establece que "el trabajador está obligado a someterse al control que se efectúe por el facultativo designado por el empleador".

El control *es una facultad del empleador* que tiene carácter científico, ya que es efectuado por un médico, lo cual descarta cualquier tipo de constatación de otras personas que no sean profesionales. Se trata de un control de ausentismo.

El empleador puede decidir que se efectúe o no, pero en caso de realizarlo, el trabajador tiene la obligación de dejarse revisar. *Si el trabajador se opone, puede justificar una sanción y la pérdida de la remuneración del día de la inasistencia.*

Si el empleador no utilizó la facultad de verificar el estado de salud del trabajador, pierde la posibilidad de cuestionar exitosamente el certificado que éste presente, ya que no estará en condiciones de confrontarlo con otra opinión profesional.

La facultad del empleador implica que sus médicos pueden revisar al trabajador enfermo y establecer la existencia, carácter y duración de la dolencia, pero no puede requerir exámenes complementarios ni suplir al profesional elegido por el trabajador ni al tratamiento indicado, ni está obligado a hacerlo. La verificación se limita al control personal y a la compulsa de los antecedentes médicos en poder del trabajador, que no está obligado a seguir las indicaciones terapéuticas.

Lo mismo ocurre cuando el médico concurre y el trabajador no se encuentra en el domicilio, salvo que demuestre —mediante certificados médicos— que la dolencia le permitía ambular y acudió a consultas médicas o a someterse a algún estudio.

El fundamento de la facultad de control del empleador radica en la circunstancia de que la LCT le impone la obligación de seguir abonando las remuneraciones y en la necesidad de conocer la magnitud de la dolencia, a fin de planificar los cambios adecuados —reemplazos, traslados, reorganización de los equipos de trabajo— para que la ausencia del trabajador no genere perjuicios en la continuidad del proceso productivo o los servicios.

Si la empresa tiene servicio médico —consultorios en el establecimiento o en otro lugar— y el trabajador está en condiciones de ambular debe someterse al control médico del empleador, dirigiéndose al establecimiento a primera hora y pedir el "parte" para que lo atienda el médico. En las empresas de más de ciento cincuenta personas es obligatorio tener un médico en consultorio dos horas por turno (dec. 351/1979).

***c) Presentación del certificado médico***. La LCT no obliga expresamente al trabajador a presentar certificados médicos —aunque resulta conveniente hacerlo—, resultando suficiente con avisar la ausencia y la causa. Esto puede justificarse cuando se trata de enfermedades impeditivas circunstanciales (fiebre, gripe, problemas estomacales), que incluso tornan admisible que no haya recurrido a un médico; el empleador es el que tiene la facultad de efectuar el control médico patronal para verificar si lo aducido por el trabajador es cierto.

Sin embargo, *siempre es conveniente presentar el certificado médico que acredite fehacientemente la causa de la ausencia; se torna un deber cuando se trata de una afección de cierta gravedad que le impedirá prestar tareas por varios días.*

*Lo importante es dar aviso al empleador de la enfermedad*, salvo las excepciones legales analizadas.

Por ejemplo, si el trabajador puede ambular pero no se pudo comunicar telefónicamente, debe ir personalmente a la empresa a dar aviso o bien enviar un telegrama.

Pero si no avisa y al día siguiente presenta un certificado expedido por el médico en su consultorio, la empresa lo podría sancionar por no haber concurrido ni avisado sin causa justificada.

Si el trabajador no avisa, pero llamó al médico y éste confeccionó un certificado en su casa y al día siguiente se presenta a trabajar, el empleador debería pagarle el día y reconocer el certificado.

En caso de discrepancia entre lo dictaminado por el médico particular del trabajador —o de la obra social a la que esté afiliado— y el médico de la empresa, no se puede dar preeminencia a ninguno de ellos, por lo cual se debe requerir una junta médica oficial en la órbita administrativa, o bien aguardar a que el trabajador recurra a la justicia para que dirima la cuestión; hasta entonces, el trabajador no percibe salario por los días que faltó aduciendo enfermedad y la empresa no justificó.

Cuando el dictamen del médico personal del trabajador difiera en sus conclusiones con el del control empresario, lo correcto es recurrir a una tercera opinión profesional; puede ser una junta médica oficial en la órbita administrativa, aguardar a que el trabajador recurra a la justicia para que dirima la cuestión o un médico designado de común acuerdo por las partes.

Si bien es cierto que ninguna norma legal o convencional impone en forma expresa la obligación de la empresa de convocar a una junta médica ante la discrepancia que se produzca entre las certificaciones médicas presentadas por un trabajador y el resultado del control médico previsto en el art. 210, LCT, cabe recordar que el art. 62, LCT, ha establecido una regla genérica que determina el modo en que deben actuar las partes del contrato de trabajo para superar aquellas cuestiones que no estén previstas en forma específica. Esta regla genérica de conducta

resulta aplicable al caso en el que deriva de las reglas de los arts. 208/210, LCT, la necesidad de resolver con criterio de colaboración y solidaridad, las controversias que se plantean, máxime cuando desde 1976 se modificó el sistema del art. 227 originario y el cual no fue reglamentado, así como teniendo en cuenta que lo que se halla en juego es nada más ni nada menos que el ingreso económico que la ley ha previsto como sucedáneo del salario. Obrar prudente y necesario del empleador al menos de realizar una tercera consulta (sala 10ª, 12/7/2006, "Casaccio, Graciela v. Transporte Automotor Plaza SA").

Cabe presumir como ciertas las constancias de los certificados expedidos por los profesionales médicos, salvo que se produzca prueba que demuestre lo contrario. Si bien el hecho de acompañar un certificado médico no acredita de por sí que se encuentre justificada su inasistencia, ello no amerita que el empleador pueda negarle valor, sin realizar otras diligencias a fin de dilucidar el verdadero estado de salud del trabajador.

Aunque el certificado médico no esté respaldado por pruebas de laboratorio y el facultativo se fundara sólo en la existencia de signos clínicos, igualmente constituye justificación suficiente de la enfermedad del trabajador, a quien no es lícito reprocharle una endeble base científica sobre la que trabajó el profesional certificante.

Los *certificados médicos* para tener plena *validez* deben cumplimentar determinados requisitos: 1) nombre y apellido del paciente; 2) fecha; 3) diagnóstico; 4) tratamiento y necesidad de reposo o no; 5) lugar de atención: domicilio o consultorio; y 6) firma y sello del médico.

## VI. LIQUIDACIÓN DE SALARIOS POR ENFERMEDAD

El principio general del art. 208, LCT, determina que el trabajador tiene derecho a percibir su remuneración habitual durante los lapsos que la ley indica, ya que se trata de un período de inactividad especialmente protegido: esa prestación tiene naturaleza salarial.

La norma establece que "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 interposición fueron acordados a los de su misma categoría por aplicación de una norma legal, convención colectiva de trabajo o decisión del empleador".

La regla es que *la remuneración del trabajador enfermo o accidentado no puede ser inferior a la que hubiese percibido de no haberse producido el impedimento*, es decir, debe cobrar como si estuviese trabajando. Por eso refiere, por un lado, que la remuneración es la percibida al momento de la licencia, y luego establece que le corresponderán todos los aumentos que se otorguen en lo sucesivo.

La LCT apunta a que no se reduzca el ingreso que perciba el trabajador en un momento en que debe afrontar gastos extraordinarios para su atención médica y farmacéutica, los cuales están parcialmente cubiertos por la obra social, como consecuencia de una contingencia social.

Si el trabajador se enferma durante una licencia sin goce de sueldo convenida con el empleador, no tiene derecho al pago de salarios por enfermedad, ya que no existía expectativa de su parte a percibir contraprestación alguna en ese período.

El mismo artículo se refiere a la *forma de liquidar los salarios por enfermedad inculpable* cuando el trabajador percibe remuneraciones variables, al consignar que "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".

La forma de cálculo consiste en tomar el total de lo percibido, en concepto de remuneraciones variables, en los seis meses anteriores y dividirlo por 6 para obtener el promedio mensual, o dividirlo por los días efectivamente trabajados para obtener el valor día.

Para efectuar el cómputo de la remuneración se debe incluir la totalidad de las remuneraciones recibidas por el trabajador, cualquiera sea su modalidad —fijas, variables, principales y accesorias—, considerándose a tal efecto las horas extras, los premios o primas a la producción, los adicionales por altas calorías o tareas peligrosas en la industria metalúrgica, los premios por títulos técnicos, secundarios o por idiomas, los viáticos que se liquiden sin obligación de rendir cuenta, las bonificaciones por antigüedad, etcétera.

La LCT apunta a que el trabajador enfermo no sufra por tal motivo ningún perjuicio económico, por lo cual durante su licencia por enfermedad debe cobrar la misma remuneración que hubiera percibido de haber trabajado, lo que torna viable el cómputo de horas extras para determinar el valor de los salarios a pagar, en la medida en que se demuestre que durante el período previo tal prestación era percibida regularmente por el trabajador enfermo.

Las prestaciones en especie que el trabajador deje de percibir como consecuencia del accidente o enfermedad deben ser valorizadas adecuadamente (art. 208, LCT). En caso de haber sido valorizadas en el convenio colectivo, debe estarse a lo allí dispuesto; de lo contrario, se debe determinar su valor. Si, por ejemplo, el dependiente presta servicios en una empresa de alimentación que le entregaba productos, ésta tiene que seguir entregándoselos o bien valorizarlos en dinero.

Por ejemplo, resulta procedente el reclamo de *tickets* canasta por el lapso en que la trabajadora estuvo impedida de prestar tareas por razones de salud, ya que el art. 208, LCT, dispone que las prestaciones en especie que el trabajador dejare de percibir como consecuencia del accidente o enfermedad serán valorizadas adecuadamente (sala 3ª, 10/5/2001, "Dimet, María Teresa v. Máxima SA AFJP").

En síntesis:

1) el *personal mensualizado y jornalizado* debe percibir el sueldo o el jornal que cobraba al momento de interrumpirse la prestación como consecuencia de la enfermedad o el accidente, sumado a los aumentos posteriores;

2) el *personal que percibe remuneraciones variables* cobra el promedio de lo percibido en el último semestre;

3) el *personal que recibe sueldo y remuneraciones variables*, en cuanto al sueldo, se aplica el punto 1, y respecto de las remuneraciones variables, el punto 2.

El pago de la remuneración del trabajador imposibilitado por enfermedad o accidente inculpable puede efectuarse a un compañero de trabajo con una autorización suscripta por el dependiente; el empleador puede exigir la certificación de la firma, que es realizada por la autoridad administrativa laboral, judicial o policial del lugar, o por escribano público (art. 129, LCT).

## VII. DESPIDO

El art. 213, LCT, dispone que "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". También contempla el supuesto de despido indirecto.

La norma es una consecuencia del principio protectorio: *la finalidad es proteger al trabajador contra el despido arbitrario durante el período de enfermedad, imponiendo al empleador la obligación de pagar los salarios que le hubieren correspondido de continuar la relación laboral, hasta el alta médica o hasta concluir el plazo de licencia retribuida, ya que el daño provocado al trabajador está dado por la privación de goce pleno de dicha licencia. Además, le corresponden al dependiente las indemnizaciones por despido sin justa causa.*

En un régimen de estabilidad impropia relativa como el argentino, la incapacidad temporaria del trabajador emergente de un accidente o enfermedad inculpable no impide al empleador extinguir el contrato de trabajo sin esgrimir causa.

El despido tiene plena eficacia extintiva: simplemente es un refuerzo a la protección contra el despido arbitrario. Lo único que dispuso la LCT es obligar al empleador al pago de las remuneraciones hasta el vencimiento de los plazos pagos de enfermedad o hasta la fecha del alta médica, si se produce con anterioridad a ese vencimiento.

El alta médica es el acto médico por el cual se establece que el trabajador está en condiciones de prestar servicios. En la denominada "alta con incapacidad", si bien el trabajador es dado de alta, presenta una incapacidad laborativa, transitoria (cuando puede disminuir o desaparecer) o definitiva (cuando deja secuelas permanentes).

Las remuneraciones reclamadas con sustento en el art. 213, LCT, sólo pueden reconocer como presupuesto una incapacidad de carácter transitorio y una voluntad unilateral injustificada de dar por disuelta la relación. Pero ese reclamo no procede cuando la extinción del contrato la produjo la incapacidad total y absoluta.

Evidentemente, en el art. 213 se ha incurrido en un error material al poner en cabeza del trabajador la prueba de la fecha del alta médica. Esta prueba debe pesar sobre el empleador, que es el que tiene interés en demostrar que se ha producido con anterioridad al vencimiento del plazo del art. 208, para evitar pagar la remuneración hasta el final del período remunerado (tres, seis o doce meses, según su antigüedad y carga de familia).

CAPÍTULO XIV

# TRABAJO DE MUJERES Y MENORES

## I. TRABAJO DE MUJERES

### 1. Antecedentes

En la Argentina, si bien la primera norma protectora respecto del trabajo de mujeres y menores fue la ley 5291, a partir de la entrada en vigencia de la ley 11.317 —antecedente directo de la LCT—, en 1924, la situación de las mujeres y menores se vio notablemente mejorada, estableciéndose la prohibición absoluta de contratar menores de 12 años, y limitándolo al ámbito del negocio familiar para los menores de 14 años. En cuanto a la trabajadora adulta, se estableció el tope de ocho horas o cuarenta y ocho horas semanales, y la de seis horas diarias o treinta y seis horas semanales para los menores de 18 años de ambos sexos con un descanso de dos horas al mediodía; asimismo, se prohibió en todos los casos los trabajos nocturnos e insalubres.

En lo atinente a la maternidad, fijó para la mujer la prohibición de trabajar durante las seis semanas posteriores al parto, período durante el cual debía conservársele el puesto, fijando sanciones penales para el empleador en caso de incumplimiento.

### 2. La protección en la legislación actual

Varios convenios de la OIT están específicamente referidos al trabajo de mujeres, entre los cuales cabe destacar los convenios 100, 111 y 171. El convenio 100 de la OIT (1951) —ratificado por la Argentina por el dec.-ley 11.595/1956—, sobre igualdad de remuneración, primero apunta específicamente a evitar las discriminaciones entre sexos en materia remuneratoria.

El convenio 111 de la OIT (1958) —ratificado por la Argentina por la ley 17.677—, sobre la discriminación (empleo y ocupación), es más abarcativo, ya que comprende "toda distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión pública, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades, o de trato en el empleo y la ocupación" (art. 1°).

El convenio 171, de 1990, sobre trabajo nocturno, plasmó el criterio contrario a la prohibición del trabajo nocturno por parte de la mujer, aunque no prohíbe expresamente su prestación de tareas en este tipo de jornadas, sino que promueve el otorgamiento de tareas en horario diurno.

El convenio 183 de la OIT, que entró en vigencia el 7/2/2002 y aún no fue ratificado por la Argentina, apunta al resguardo de la maternidad, fijando el plazo de licencia en catorce semanas en lugar de los noventa días que establece el art. 177, LCT, con más un plazo adicional obligatorio posterior al parto de seis semanas.

*La LCT protege en forma especial el trabajo de mujeres y menores* y establece la prohibición de efectuar un trato discriminatorio, de contratar mujeres en tareas penosas, peligrosas e

insalubres o en trabajos prohibidos y a domicilio, y les otorga un descanso mayor al mediodía, además de la protección a la maternidad (tít. VII, arts. 172 a 186).

El art. 172, LCT, *prohíbe* expresamente *el trato discriminatorio a la mujer*, y otorga la posibilidad de celebrar toda clase de contrato de trabajo sin que los convenios colectivos u otra reglamentación puedan fijar ninguna forma de discriminación en el empleo por sexo o estado civil (aunque se altere en el curso de la relación laboral), y garantiza el principio de igualdad de retribución por trabajo de igual valor.

La prohibición de trato discriminatorio está consagrada en el art. 14 bis, CN, en los arts. 17 y 81, LCT, y en la ley 23.592, como asimismo en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y en el convenio 100 de la OIT (igual retribución entre hombre y mujer).

El art. 16, CN, dispone que "todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad..."; asimismo, el art. 14 bis garantiza "igual remuneración por igual tarea". Cabe recordar que los convenios internacionales, por imperio del art. 75, inc. 22, CN, tienen jerarquía superior a las leyes y han dictado normas que deben ser analizadas en concordancia con los derechos y garantías amparados por la Constitución Nacional.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —ratificada por la Argentina por la ley 23.179— tiene jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22, CN) y establece que "los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo...".

La ley 20.392 (1973) prohíbe que se establezcan diferencias de remuneraciones entre la mano de obra masculina y la femenina por un trabajo de igual valor. La ley 23.592 (1985) persigue las prácticas discriminatorias —entre ellas los actos u omisiones determinados por motivos de sexo—.

El art. 11, ley 25.013 (derogado por la ley 25.877), había creado la figura del despido discriminatorio, que era el originado en motivos de raza, sexo o religión.

Está *prohibido ocupar a mujeres en trabajos que revistan el carácter de penoso, peligroso o insalubre* (art. 176).

El trabajo penoso es el que exige un esfuerzo excesivo; son las tareas que requieren para su realización una mayor incomodidad.

Las tareas peligrosas implican un riesgo en su ejecución (físico, psíquico o moral) y pueden producir o aumentar la inminencia de un daño.

Las tareas insalubres exponen al que las realiza —por la forma y demás circunstancias— a contraer enfermedades. Su calificación puede referirse tanto a los materiales que la mujer deba utilizar en su trabajo, como al establecimiento (por ejemplo, ambiente con agentes tóxicos).

Si el objeto del contrato consiste en la realización de tareas penosas, peligrosas o insalubres, se trata de trabajo prohibido (art. 40, LCT). En caso de producirse un accidente de trabajo o enfermedad de una mujer en circunstancias de efectuar tareas prohibidas (penosas, insalubres o peligrosas), se considera el accidente o enfermedad como resultante de culpa del empleador sin admitirse prueba en contrario (interpretación del art. 195).

Se delega a la reglamentación la individualización de las tareas que encuadren dentro de lo descripto anteriormente, encontrándose vigente la ley 11.317.

La remisión al art. 195 resulta inaplicable, ya que sus disposiciones deben considerarse derogadas por la ley 24.557 (de Riesgos del Trabajo), que resulta especial y posterior a su respecto.

También está *prohibido contratar mujeres para encargar la ejecución de trabajos a domicilio* (art. 175). Consiste en que el empleador, además de su trabajo en el establecimiento, le

ordene realizar en su domicilio trabajos relacionados con el contrato de trabajo. La prohibición tiene por objeto impedir que se prolongue ilegítimamente la jornada de la trabajadora y se afecte su salud.

Los "trabajos a domicilio" aquí mencionados no guardan relación con la normativa contenida en la ley 12.713.

Un sector de la doctrina considera las prohibiciones antes citadas como una contradicción a la garantía de trato igualitario que el ordenamiento laboral impone, al quedar las mujeres asimiladas en gran medida a los niños que trabajan; ello se corresponde con una categorización histórica, en la cual la mujer era considerada como frágil y débil.

Asimismo, cuando las mujeres prestan trabajo en horario de mañana y de tarde, disponen de un *descanso de dos horas al mediodía*, pero las partes pueden suprimirlo o reducirlo cuando por la extensión de la jornada a que está 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, el Ministerio de Trabajo autorice la adopción de horarios continuos (art. 174).

Aunque este supuesto de la LCT no se da en la práctica (ver lo expuesto en el capítulo "Descansos, feriados, vacaciones y licencias"), formalmente la supresión o reducción de este período debe contar con la autorización del Ministerio de Trabajo, que no se modifica aunque el empleador haya obtenido la conformidad de sus dependientes.

## II. PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

### 1. Licencia por nacimiento. Prohibición de trabajar

El párr. 1°, art. 177, LCT, establece que "queda prohibido el trabajo de las mujeres durante cuarenta y cinco días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco 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 días; el resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto".

También hace referencia al *nacimiento pretérmino*, al disponer que en ese caso "se acumulará al descanso posterior todo el lapso de licencia que no se hubiese gozado antes del parto, de modo de completar los noventa días".

Respecto del *nacimiento postérmino*, la LCT no prescribe nada expresamente. Sin embargo, si el parto sobreviene después de la fecha presunta, el descanso anterior debe ser prolongado hasta la fecha del parto y el descanso puerperal no se reduce. Esto surge del convenio 3 de la OIT (1919), revisado por el convenio 103 de la OIT, sobre protección a la maternidad, que fuera ratificado por la ley 11.726.

En caso de producirse un *aborto espontáneo, quirúrgico o terapéutico*, es decir, de interrupción del embarazo por causas naturales o terapéuticas, o de nacimiento sin vida, no corresponde la acumulación del período de descanso no gozado al descanso posterior al parto.

La trabajadora tiene derecho a percibir la asignación por maternidad por los períodos que se hubiera optado, pero su percepción está sujeta a que se cubra el tiempo mínimo de embarazo —ciento ochenta días, excluyendo el día de nacimiento— que establece el art. 77, CCivil.

En concordancia con la ley 24.714, para tener derecho a percibir la asignación por maternidad, la trabajadora debe tener una antigüedad mínima y continuada en el trabajo de tres meses, pudiendo sumar los meses inmediatamente anteriores en los cuales hubiera percibido prestaciones del seguro de desempleo.

Si no tuviese la antigüedad requerida por la ley 24.714, no percibe asignación por maternidad, pero de todos modos no puede trabajar, porque la prohibición de trabajar es absoluta; en cambio, puede percibir —de corresponder— salarios por enfermedad inculpable.

Cuando alcance la antigüedad requerida, aun con posterioridad al comienzo de la licencia pre y posparto, se comienzan a pagar las asignaciones por el tiempo que reste de licencia por maternidad.

Las trabajadoras de temporada tienen derecho al cobro íntegro de la asignación cuando el período de licencia preparto se inicie en la temporada, sin perjuicio de su finalización.

Excepcionalmente, si el nacimiento se produce a término pero la trabajadora no se hubiese tomado la licencia por maternidad por no haber denunciado el estado de embarazo, sólo le corresponde la percepción de los cuarenta y cinco días posteriores al parto.

Si percibe remuneraciones variables, para determinar el monto mensual de la asignación se debe tener en cuenta el promedio de remuneraciones durante los seis meses anteriores al inicio de la licencia.

La ley 24.716 (BO del 25/10/1996) establece una *licencia y* una *asignación especial a la madre trabajadora* en relación de dependencia *que diera a luz un hijo con síndrome de Down*. La licencia comienza al finalizar la de maternidad y se extiende por un período de seis meses. Durante ese lapso la trabajadora no percibe remuneraciones, sino una asignación familiar cuyo monto equivale a la remuneración que hubiera percibido en caso de prestar servicios.

En caso de adopción, jurisprudencialmente se resolvió que la empleadora está obligada al otorgamiento de licencia, pero no corresponde asimilar tal situación a la de maternidad. Si por razones humanitarias y por propia voluntad la principal había otorgado una licencia extraordinaria a la trabajadora por el plazo de cuarenta y cinco días a raíz de la adopción del menor, no corresponde que ésta pretenda un lapso similar acumulativo en calidad de licencia "preparto" (sala 2ª, 30/11/1995, "Rebecchi, Cristina v. Aerolíneas Argentinas SA").

## 2. Conservación del empleo

El párr. 2°, art. 177, LCT, dispone que "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".

Es decir que *durante noventa días se le conserva el puesto a la trabajadora, quien tiene derecho a percibir, en concepto de asignación familiar por maternidad, una suma igual al salario bruto* que le hubiera correspondido percibir durante la licencia.

Como en el período de la licencia la trabajadora no percibe remuneración, sino una asignación conferida por el sistema de seguridad social, en ese lapso no se devenga SAC, para cuyo cómputo sólo se toman en consideración las remuneraciones.

*Además, percibe la asignación prenatal* (mensual) a partir del día en que se declare el estado de embarazo y por un lapso de nueve meses anteriores a la fecha presunta del parto; posteriormente, luego del nacimiento percibirá la asignación por hijo (mensual).

Cabe recordar que el art. 75, CN, dispone que corresponde al Congreso: "Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia" (inc. 23).

Cabe dejar aclarado que la protección de la maternidad (cap. II del tít. VII de la LCT) no está condicionada a que el embarazo provenga de un vínculo matrimonial.

El personal del servicio doméstico está excluido de la protección (art. 2°, inc. b], LCT).

### 3. Aplicación del régimen de enfermedades inculpables

Durante el embarazo y la licencia por maternidad, la *cobertura de salud* de la trabajadora está *a cargo de la obra social a la cual esté afiliada*, además de estar amparada por los derechos a que dan lugar el embarazo y el parto.

La mujer, antes y después del nacimiento, *también está cubierta por el régimen de enfermedades inculpables*, porque de lo contrario estaría en peor situación que cualquier trabajador; el único requisito es que la dolencia debe producirse fuera del tiempo de la licencia por maternidad.

Por ejemplo, si surgen complicaciones con el embarazo que le impiden prestar tareas, o con el parto, que hacen necesario prolongar la ausencia por enfermedad originada en el nacimiento del hijo.

Si se produce la *interrupción del embarazo*, cesa la licencia por maternidad y la trabajadora debe reintegrarse al trabajo, pero si sufre las consecuencias de un debilitamiento, físico o psíquico, resulta aplicable el régimen de enfermedades inculpables.

En la licencia por maternidad (noventa días), lo percibido por la trabajadora es una asignación familiar, pero de sufrir una enfermedad o necesidad de reposo previo al goce de esa licencia o a su finalización, se trata de una licencia por enfermedad inculpable, rigiendo el art. 208, LCT, y abonándosele remuneración.

### 4. Obligación de comunicar el embarazo. Estabilidad

El párr. 2°, art. 177, LCT, dispone que "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 tiene *dos obligaciones* concretas: *comunicar el embarazo y presentar certificado médico al empleador en el cual conste la fecha probable del parto*. Mientras no curse la notificación y sea recibida por el empleador, a pesar de estar embarazada, la mujer no tiene adquirido el derecho a la estabilidad y la garantía de los siete meses y medio anteriores y posteriores al parto (art. 178, LCT).

La comunicación fehaciente del embarazo, a la cual se refiere la norma, consiste en una notificación que efectivamente llegue a la esfera de conocimiento de la empresa y que sea fácilmente comprobable, por lo cual resulta conveniente que siempre se realice por escrito; puede consistir en un telegrama o en una nota cuya recepción sea firmada por el empleador o el jefe de personal.

Excepcionalmente, la jurisprudencia resolvió que puede suplirse la falta de notificación si se demuestra que el empleador había tomado conocimiento del embarazo (por ejemplo, si la trabajadora comentó con varios compañeros su estado o si incluso fue felicitada por la noticia).

Para que opere la presunción de que el despido se debió al estado de embarazo, la trabajadora debe acreditar que comunicó y acreditó fehacientemente su estado mediante la entrega del certificado médico correspondiente, ya que si tal prueba no se ha producido, la presunción no puede aplicarse.

El embarazo debe ser acreditado con un certificado médico (que puede ser suplido por la comprobación realizada por el empleador, art. 177), y el parto, del mismo modo o con la partida de nacimiento.

Resulta trascendente la comunicación del embarazo, porque *a partir del momento en que la notificación llegue a conocimiento del empleador, la trabajadora tiene derecho a la estabilidad en el empleo que la LCT reconoce durante toda la gestación* (art. 177, párr. 3°) y a la protección especial del art. 178.

En caso de ser despedida —en virtud de lo dispuesto en la primera parte del art. 178, LCT—, "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 meses y medio anteriores o posteriores a la fecha del parto".

Jurisprudencialmente se ha resuelto que el beneficio de estabilidad corresponde aunque el hijo fallezca al nacer, ya que la protección está dirigida a la madre y se vincula con el alumbramiento (Sup. Corte Bs. As., 31/8/1984, "Flores v. Sil Ben SCA").

La pérdida del embarazo a consecuencia del parto prematuro justifica con mayor razón la protección legal; ante un acontecimiento tan desgraciado, debe protegerse con mayor razón la salud espiritual, física y psíquica de la madre.

Si bien la ley no ha sido precisa en la redacción del art. 178, LCT, ya que menciona el "parto" sin otro aditamento y no 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 en concreto.

*El despido durante el plazo de siete meses y medio anteriores a la fecha probable del parto, y siete meses y medio posteriores al nacimiento, hace presumir que ha sido dispuesto por razones de maternidad o embarazo, salvo que el empleador invoque y acredite fehacientemente una justa causa para haber efectuado el despido.*

Es decir que el empleador es quien tiene que desvirtuar mediante prueba en contrario la presunción legal (*iuris tantum*) en favor de la trabajadora. La finalidad es desalentar el despido de la trabajadora durante el embarazo y los primeros meses después del alumbramiento, reforzando la estabilidad que se pretende garantizar con el párr. 3°, art. 177.

La presunción *iuris tantum* contenida en el art. 178, LCT, rige en cada caso concreto, cualquiera haya sido la conducta anterior del empleador frente a situaciones análogas, ya que no se dirige específicamente a sancionar con indemnizaciones agravadas a los que acostumbran despedir a las empleadas gestantes.

La protección del art. 178, LCT, *también es aplicable al caso de despido indirecto*, ya que de otro modo el empleador colocaría a la trabajadora en condición de tener que soportar cualquier injuria durante ese plazo: el empleador que pretenda eximirse de sus efectos debe acreditar que el despido fue motivado en otra causa.

*Si el empleador* despide a la trabajadora en el período fijado por el art. 178, LCT y *no demuestra que existió justa causa* —o sea que el despido respondió a una causa ajena al embarazo o a la maternidad—, *debe abonar una indemnización agravada* (art. 181). Esta indemnización es equivalente a *un año de remuneraciones* (en realidad son trece meses, porque se debe incluir el SAC), *además de las indemnizaciones que le correspondan por despido sin justa causa* (arts. 232 y 245, LCT).

La base salarial para calcular la indemnización especial son las remuneraciones del último año trabajado y no los salarios que hubiera percibido la trabajadora si hubiera subsistido la relación laboral en el año posterior al despido.

Para su cálculo no es aplicable el tope salarial del art. 245, LCT; es decir que si la remuneración mensual de la trabajadora supera el tope de los tres salarios promedio convencionales, de todos modos se debe tomar en cuenta la remuneración percibida.

Como tiene carácter remuneratorio, el SAC debe calcularse en el año de remuneraciones (trece salarios mensuales).

El monto de la indemnización agravada cubre todos los daños y perjuicios sufridos por la trabajadora por el despido decidido por el empleador; está incluida también la pérdida de las asignaciones familiares previstas con motivo del embarazo (licencia por maternidad) y por nacimiento.

No resulta procedente la indemnización agravada en los casos de vencimiento del contrato a plazo fijo (art. 93, LCT) o el cumplimiento del servicio extraordinario objeto de la relación eventual (art. 99, LCT), ya que no se trata de despido. En cambio, la presunción opera —y el pago de la indemnización— si se trata de una ruptura injustificada *ante tempus*.

Respecto de la adopción, jurisprudencialmente se decidió que si bien es cierto que la ley sólo hace referencia a "parto", "embarazo" y "gestación", no puede inferirse que las normas contenidas en el cap. II del tít. VII de la LCT, que tratan acerca "De la protección de la maternidad", sin distinción, excluyan o marginen a la mujer adoptante de las garantías allí previstas.

## 5. Descansos diarios por lactancia

Dada la trascendencia que la lactancia materna tiene para el óptimo crecimiento y desarrollo de los recién nacidos durante los primeros meses de vida, el art. 179, LCT, establece que cuando se reincorpora a prestar tareas, "toda trabajadora madre de lactante podrá disponer de dos 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 año posterior a la fecha del nacimiento, salvo que por razones médicas sea necesario que la madre amamante a su hijo por un lapso más prolongado".

El descanso diario por lactancia tiene naturaleza similar a las vacaciones, y su finalidad específica no puede ser desvirtuada por la compensación económica.

Por ello la trabajadora tiene a su alcance los medios necesarios para procurar que le sea otorgado, pudiendo llegar a tomarlo *per se*. Pero si no adopta los recaudos pertinentes, pierde el beneficio y no puede exigir pago alguno en tal concepto.

El párr. 2°, art. 179, establece que "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".

La reglamentación a la que alude el párr. 2° no ha sido dictada, por lo cual tampoco rige la obligación del empleador de habilitar salas maternales dentro del establecimiento.

## 6. Opciones de la trabajadora al finalizar la licencia por maternidad

La trabajadora tiene el derecho de gozar de licencia por maternidad por el término de noventa días, plazo en que está prohibido trabajar y no percibe remuneración, sino asignaciones familiares por maternidad (que equivale a su remuneración bruta).

*Vencido dicho plazo puede* tomar distintas decisiones que han sido enumeradas en el art. 183, LCT:

a) *continuar su trabajo en la empresa* (reincorporarse a su trabajo): en este caso, su obligación consiste simplemente en reintegrarse en tiempo oportuno, es decir, al día siguiente de la finalización de su licencia por maternidad, no requiriendo de aviso previo alguno;

b) *rescindir su contrato de trabajo*: la rescisión puede ser expresa o tácita (art. 186), siempre que tuviere como mínimo un año de antigüedad. La expresa se configura con la emisión de una comunicación dirigida al empleador, que se perfecciona con el ingreso en su esfera de conocimiento, y puede ser cursada hasta el vencimiento del plazo de la licencia por maternidad.

Es una forma de extinción distinta a la renuncia, no obstante sus similitudes, ya que no está sujeta a sus recaudos de validez (art. 240, LCT) y genera en la trabajadora el derecho a percibir una "compensación por tiempo de servicios", cuya naturaleza jurídica no es indemnizatoria, sino de seguridad social (prestación puesta en cabeza del empleador).

En tal caso, percibe una compensación por tiempo de servicios que equivale al 25% de la indemnización prevista en el art. 245, LCT. El artículo dispone que la remuneración a tener en cuenta no puede exceder de un salario mínimo vital por año de servicio o fracción mayor de tres meses.

Sin embargo, esta parte de la norma fue derogada por el art. 141, ley 24.013, que establece que el salario mínimo vital y móvil no podrá ser tomado como índice o base para la determinación cuantitativa de ningún otro instituto legal o convencional. Esta indemnización debe aplicarse sólo en los casos de no existir una disposición más beneficiosa en el convenio colectivo o en el estatuto profesional.

La forma correcta de efectuar el cálculo es tomar en cuenta la antigüedad de la dependiente y computar la cuarta parte de la mejor remuneración mensual, normal y habitual que hubiese percibido al momento de su renuncia, y no referenciar ese 25% a la retribución cobrada antes del inicio de la licencia.

Para este resarcimiento no rige el piso mínimo de un mes de remuneración fijado en el art. 245 *in fine*, LCT (redacción según art. 5°, ley 25.877).

Se trata de una prestación de la seguridad social que la ley pone a cargo del empleador; no tiene carácter indemnizatorio, ya que no se resarce un daño, ni carácter remuneratorio, porque no responde a una contraprestación de servicios prestados. Debe ser pagada dentro de los cuatro días hábiles de extinguido el contrato de trabajo (arts. 128 y 149, LCT).

La trabajadora no tiene el deber de preavisar y es acreedora a la compensación por tiempo de servicios;

c) *quedar en situación de excedencia por un período no inferior a tres meses ni superior a seis meses*: esta opción debe ejercerla dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores de la finalización de la licencia por maternidad;

d) *no reincorporarse a su trabajo*: esta posibilidad está contemplada en el art. 186, LCT, que crea la opción tácita de que ha decidido rescindir el contrato.

La norma dispone que *si la trabajadora no se reintegra a prestar tareas y no comunica a su empleador que se acoge a los plazos de excedencia, dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la finalización de los plazos de licencia por maternidad, se entiende que opta por la compensación especial referida en el caso b)*.

El art. 186, LCT, se refiere a las licencias producidas por el embarazo y nacimiento y la enfermedad inculpable provocada por esas circunstancias, cuando establece que la mujer debe comunicar su opción dentro de las cuarenta y ocho horas "anteriores a la finalización de los mismos"; se refiere a "los plazos de licencia previstos por el art. 177", que comprende tanto el correspondiente al embarazo y parto propiamente dichos, como a la enfermedad inculpable ocasionada por esas contingencias.

Si la mujer gozó de licencia por maternidad y luego, debido a una enfermedad inculpable relacionada con el embarazo, tomó nueva licencia por enfermedad, al finalizar ésta es aplicable la "opción tácita" del art. 186, LCT, correspondiéndole la compensación establecida en el art. 183, inc. b), párrafo final, LCT.

Se trata de una disposición legal que debe ser interpretada restrictivamente, ya que impone a la inactividad de la trabajadora —no regresar al trabajo y no dar aviso al empleador de la actitud a adoptar— una consecuencia grave: la extinción del contrato de trabajo al presumir su voluntad de rescindirlo.

Esta disposición de la LCT se aparta del principio general del art. 58, que no admite presunciones en contra del trabajador. Una interpretación lógica y armónica del art. 186, LCT, es aquella que acentúa la protección de la trabajadora y no la que la coloca en inferioridad respecto de cualquier trabajador que hace abandono de trabajo.

El art. 186, LCT, no establece un supuesto de extinción automática del vínculo, sino sólo una presunción *iuris tantum*, sustentada en el silencio de la trabajadora, que, como tal, puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

*Las condiciones para* que la trabajadora pueda *ejercer las opciones* son: *haber tenido un hijo, continuar residiendo en el país y —en los casos b) y c)— tener una antigüedad mínima de un año en la empresa* (arts. 183 *in fine*, y 185).

## 7. Estado de excedencia

Se denomina período de excedencia a la *situación en que voluntariamente puede colocarse la madre trabajadora —por haber tenido un hijo—* cuarenta y ocho horas antes de que se agote su licencia por maternidad (conviene notificar por escrito).

Es una licencia especial, y a su término corresponde que la mujer se reincorpore a su trabajo. Se trata de una *suspensión unilateral* del contrato de trabajo que la madre trabajadora tiene el derecho de gozar y el empleador el deber conceder.

*Consiste en un período mínimo de tres meses y máximo de seis en que la trabajadora no percibe remuneración ni asignación alguna y se suspenden las principales obligaciones de las partes* (poner la fuerza de trabajo a disposición —trabajadora—, dar tareas y pagar la remuneración —empleador—).

El requisito básico para acceder a este beneficio es tener un año de antigüedad, como mínimo, en la empresa.

Se establece un plazo de caducidad para ejercer el derecho a gozar de la excedencia (art. 183, inc. c]): las últimas cuarenta y ocho horas de la licencia por maternidad.

Si a la falta de comunicación a ese respecto se suma la no presentación de la trabajadora a prestar tareas el primer día laborable siguiente a la finalización de la licencia por maternidad, se genera la presunción —*iuris tantum*, ya que podría invocarse una causa ajena a la voluntad de la trabajadora o de fuerza mayor, que le impidiera presentarse— de que se ha optado por disolver el contrato, percibiendo la compensación por tiempo de servicio establecida en el art. 183, inc. b).

Es una especie de licencia sin goce de haberes, cuyo fundamento radica en otorgar a la madre trabajadora la posibilidad de atender con mayor dedicación a su hijo durante los primeros meses de vida, protegiendo la institución familiar. No se aplica el instituto cuando el niño fallece inmediatamente después de haber nacido.

*El tiempo que dure la situación de excedencia* —sean tres o seis meses— *no se considera como tiempo de servicio* (último párrafo del art. 184). Si las partes convienen que tenga una duración mayor de los seis meses o menor de los tres meses, no se trataría de la situación de excedencia, sino que sería una especie de permiso no retribuido, que si bien no es remunerado, se debe considerar como tiempo de servicio.

Tampoco en este período de excedencia se deben realizar aportes y contribuciones para la seguridad social. La trabajadora no tiene el derecho a la prestación por obra social, salvo que asuma el costo, no sólo de sus aportes, sino también de las contribuciones patronales (art. 10, ley 23.660).

La elección no debe ser considerada definitiva. Si hubiese optado por tres meses, podría ampliarla hasta el máximo de seis meses o por más tiempo, si así estuviese previsto en el convenio colectivo, o bien podría reducirla si desapareció la causa por la cual se acogió al período de excedencia.

Si la madre trabajadora se halla en estado de excedencia, no puede formalizar un nuevo contrato de trabajo, es decir, colocarse a disposición de otro empleador; si lo hiciese, se disuelve *ipso iure* el primer contrato y queda privada de la posibilidad de reintegrarse a su trabajo (penúltimo párrafo del art. 183) y pierde todo derecho indemnizatorio.

En cambio, no existe impedimento alguno para que continúe desempeñándose en otra relación laboral existente con anterioridad. Es decir que en el caso de que la mujer tenga dos trabajos —prestando, por ejemplo, tareas en uno por la mañana y en el otro por la tarde—, vencida su licencia por maternidad correspondiente, no está obligada a acogerse al estado de excedencia en ambos.

El último párrafo del art. 183, LCT, dispone que la situación de excedencia también corresponde a la madre que tuviese a su cargo un hijo enfermo menor de edad, si acreditase tal circunstancia, pero remite, en cuanto a sus alcances y limitaciones, a lo que establezca la reglamentación. Sin embargo, como no ha sido dictada, mayoritariamente se entiende que este aspecto de la norma es inaplicable e inoperativo.

Sin embargo, se ha resuelto que si la trabajadora que gozando del período de excedencia, solicitó anticipadamente la dación de tareas, esto es a los dos meses de haber entrado en uso de la licencia, es decir, cuando aún no se había cumplido el mínimo legal (tres meses), no puede hablarse de negativa de trabajo de la empleadora (sala 4ª, 14/4/2008, "Salinario, Valeria Fernanda v. Kowzef SA").

## 8. Reingreso de la trabajadora

El art. 184, LCT, describe las actitudes que puede asumir el empleador *cuando se produce el vencimiento del período de excedencia y la mujer trabajadora se reintegra al trabajo. El empleador puede*:

1) *disponer su reingreso*:

a) en un cargo de la misma categoría que ocupaba la trabajadora en el momento del alumbramiento o de la enfermedad del hijo; puede variarse el puesto de trabajo pero no la categoría;

b) en un cargo superior o inferior, de común acuerdo con la trabajadora; en este caso es necesaria su conformidad;

2) *no admitir su reingreso*:

a) la trabajadora es indemnizada como si se tratara de un despido injustificado; la relación finaliza formalmente por el despido indirecto que disponga la trabajadora, ante el incumplimiento del empleador de su deber de otorgar tareas. La situación es similar a la de un despido injustificado, correspondiendo las indemnizaciones por despido y falta de preaviso.

Lo mismo ocurriría en caso de negativa verbal del empleador de aceptarla, lo cual implica que, luego de intimarlo para que aclare la situación laboral, decida el despido indirecto y sea acreedora a idénticas indemnizaciones. Si la negativa de su admisión se produce dentro del plazo de los siete meses y medio posteriores al parto, le corresponde también la indemnización agravada del art. 182, LCT;

b) si el empleador demuestra la imposibilidad de reincorporarla, debe pagar una indemnización reducida igual al 25% de la indemnización por antigüedad prevista en el art. 245, LCT (art. 183, inc. b] *in fine*). Este supuesto debe ser valorado restrictivamente por tratarse de una norma de carácter excepcional que limita el principio de continuidad del contrato.

La carga probatoria de la imposibilidad le corresponde al empleador; la imposibilidad a que hace referencia la norma podría configurarse con la desaparición del cargo o secciones. El monto que percibe la trabajadora tiene carácter resarcitorio.

Por ejemplo, no puede invocarse válidamente que el lugar de trabajo fue ocupado por otra trabajadora, ya que para este tipo de situaciones existe el contrato eventual que permite cubrir la vacante sin generar obligaciones indemnizatorias cuando regresa la trabajadora; tampoco puede aducir falta de trabajo si no se prueba que el personal que siguió trabajando tenía mayor antigüedad que la dependienta.

También puede ocurrir que la trabajadora no se reincorpore a prestar servicios vencido el período de excedencia; en tal caso, el empleador no debe pagar indemnización alguna, ya que

no resulta aplicable la indemnización dispuesta para el caso de la no reincorporación de la trabajadora vencida la licencia por maternidad (25% de la indemnización del art. 245, LCT).

El empleador puede intimarla a retomar tareas, bajo apercibimiento de despido por abandono de trabajo (art. 244), o desentenderse de la relación, en cuyo caso el contrato llegará a su fin del modo previsto en el último párrafo del art. 241.

De todos modos, como no corresponde presumir la renuncia al empleo (art. 58, LCT), el empleador, previo a extinguir la relación por abandono de trabajo, debe intimarla fehacientemente a que se reintegre al trabajo (art. 244, LCT).

Excepcionalmente, si la conducta omisiva de la trabajadora se prolonga en el tiempo y el empleador no la intima a que se presente a prestar tareas, se configura un comportamiento inequívoco equivalente a una renuncia tácita al empleo o un abandono de la relación por ambas partes (art. 241 *in fine*, LCT).

Si se produjera el *fallecimiento de la trabajadora durante el período de excedencia*, el empleador debe abonar la indemnización por muerte prevista en el art. 248, LCT, porque el contrato se hallaba vigente, aunque estuviesen suspendidas las principales obligaciones de las partes (trabajar y pagar la remuneración). Se trata de un caso similar a la muerte de un trabajador de temporada acaecido en el período de receso.

## III. PROTECCIÓN DEL MATRIMONIO

La LCT declara la nulidad de todo convenio o contrato celebrado entre las partes, o los actos y reglamentaciones internas que establezcan el despido por causa de matrimonio (art. 180).

Pero en caso de producirse el despido, no es declarada su nulidad, ya que no existe la estabilidad propia absoluta con reinstalación del trabajador en el puesto de trabajo, sino que éste se hace acreedor de una indemnización agravada (más onerosa para el empleador): se trata de una estabilidad relativa tutelada con mayor intensidad.

Se pretende evitar que las partes pacten cláusulas contractuales o que el empleador pretenda imponer reglamentos de empresa que lesionen el principio de no discriminación (en este caso, se trataría de una discriminación basada en el estado civil).

El art. 181, LCT, establece que "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 meses anteriores o seis 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".

La presunción legal es aplicable sólo a la mujer y es *iuris tantum*; por lo tanto, el empleador, para eximirse de pagar la indemnización agravada, debe demostrar que el despido obedeció a una causa distinta del matrimonio.

Es presupuesto necesario para su operatividad la notificación del futuro matrimonio o su acreditación —celebrado, éste, con las formas que exige la ley civil, tanto en el país como en el extranjero— con la respectiva partida.

Cabe reiterar aquí lo expuesto sobre la notificación "fehaciente" al hacer referencia al anoticiamiento de la maternidad, en el sentido de que esta regla debe ceder si se prueba que el empleador había, de todos modos, tomado conocimiento de tal circunstancia.

La indemnización agravada —un año de remuneraciones— se hace extensiva al trabajador varón, tal cual lo decidió la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el fallo plenario 172 ("Drewes, Luis v. Coselec SAC", del 23/3/1990).

Sin embargo, en este caso no es aplicable la presunción *iuris tantum*: es el trabajador el que tiene a su cargo la prueba de que el despido tuvo como causa el matrimonio. En otras jurisdicciones se dictaron fallos que han equiparado al varón también respecto de la presunción.

La ley 26.618 (*BO del 22/7/2010*) seguramente llevará a revisar la doctrina plenaria de "Drewes", ya que en su art. 42 establece que ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, independientemente del sexo de los cónyuges. Desde esta perspectiva, parece razonable entender que la presunción debe aplicarse tanto al varón como a la mujer, en igualdad de condiciones; parece irrazonable que el trabajador varón que contrajo matrimonio con otra persona de su mismo sexo goce de la protección, y el contrayente heterosexual varón o no, que quede limitado a la aplicación de la doctrina plenaria antes referida.

El derecho a la indemnización especial también procede en caso de despido indirecto, ya que el empleador podría incumplir sus deberes para forzar la ruptura de la relación.

Se ha discutido si corresponde la indemnización agravada en aquellos casos en los que, luego de notificado el matrimonio y operado el despido, las nupcias no se formalicen. Aunque la doctrina y la jurisprudencia no son uniformes, la respuesta debería ser afirmativa, ya que el legislador ha pretendido no sólo tutelar a los trabajadores ante su inminente cambio de estado civil, sino particularmente castigar la conducta discriminatoria del empleador que margina al dependiente del mercado laboral en razón de su probable matrimonio.

La protección prevista en la LCT —tanto en lo atinente a la licencia como a la indemnización agravada en caso de despido— rige para cualquiera de los sucesivos matrimonios del trabajador.

Respecto de la procedencia de la acumulación de las indemnizaciones prevista en caso de despido por causa de matrimonio y maternidad, la jurisprudencia es contradictoria.

Por un lado, ha entendido que son acumulables en el entendimiento de que la LCT tutela a la mujer y a la familia mediante presunciones a favor de la trabajadora, que del mismo modo e intensidad protegen a la familia que se consolida en el matrimonio (Trib. Trab. n. 3 La Matanza, 22/3/2000, "G. F., F. v. Fribe SA"; sala 10ª, 19/10/2000, "Luvotti, Mariana Elisa v. Colegio de Traductores Públicos de la Ciudad de Buenos Aires").

Por otro lado, ha sostenido que no son acumulables al coincidir su determinación dineraria y la protección de bienes jurídicos estrechamente ligados (sala 5ª, 24/8/1998, "Gutiérrez del Prado v. Bernardo Jarke e Hijos SA"), ya que su unívoca protección jurídica subsume la dé matrimonio en la de embarazo o nacimiento (sala 2ª, 22/12/1998, "Franzón, Lorena Gabriela v. Brimonte, María Ester s/despido"; sala 5ª, 18/5/2001, "Ragone, Lilia v. Banco Francés SA", TySS 2001-869).

La indemnización agravada se calcula teniendo en cuenta como base las remuneraciones del último año trabajado —sin el tope del art. 245, LCT— y no los salarios que hubiere percibido el trabajador si hubiera continuado el contrato de trabajo en el año posterior al despido; en virtud de su carácter remuneratorio, debe calcularse también el SAC en el año de remuneraciones.

Abarca todos los daños y perjuicios sufridos por el despido por matrimonio, y el derecho a su goce no está sujeto a ninguna antigüedad mínima.

## IV. TRABAJO DE MENORES

Numerosos convenios internacionales, algunos de ellos con jerarquía constitucional en virtud de lo normado en el art. 75, inc. 22, CN, como los convenios de la OIT ratificados por nuestro país —que tienen jerarquía superior a las leyes conforme a lo dispuesto en la misma norma constitucional—, contienen normas dispositivas y programáticas relativas a la protección de los derechos de los niños (por ejemplo, Convención sobre los Derechos del Niño).

Si bien se ratifica el principio de igual remuneración por igual tarea, el art. 119, LCT, menciona como excepción de la intangibilidad del salario, mínimo vital y móvil, las "reduccio-

nes para aprendices o menores", no obstante lo cual es destacable que en la actualidad no están fijadas reducciones para dichos salarios.

Algunas de las regulaciones contenidas en el dec.-ley 14.138/1944 (ratificado por la ley 12.921) se hallan aún vigentes, y el contrato de trabajo de aprendizaje está regulado en el art. 1°, ley 25.013, con las reformas de la ley 26.390 (art. 22).

El convenio 138 de la OIT fija como edad mínima para comenzar a trabajar los 15 años, o aquella que coincida con la finalización de "la educación obligatoria en cada país firmante", aunque admitiendo que los países puedan mantener provisoriamente la edad mínima de 14 años por razones económicas o de medios. Si bien el convenio fue ratificado por la Argentina mediante la ley 24.650, aquél contempla la posibilidad de que los países cuya economía y medios de educación estén suficientemente desarrollados especifiquen inicialmente una edad mínima de 14 años. La ley 26.390 (BO del 25/6/2008) elevó la edad a 16 años.

Por su parte, el convenio 182, referido a las denominadas "peores formas de trabajo infantil" —ratificado por la Argentina el 5/2/2001—, establece en su art. 3° una serie de prohibiciones para los países miembros, que ya formaban parte de nuestro derecho positivo interno.

## 1. Capacidad. Prohibición de trabajar

La LCT prevé, para el trabajo de menores, una *protección especial*, del mismo modo que para el trabajo de mujeres. No se puede ocupar a menores de edad mayores de 16 años (cfr. ley 26.390) y menores de 18 años que no hayan completado su instrucción obligatoria, que es de nueve años de duración y comienza a partir de los 6 años —art. 10, ley 24.195—.

La excepción se da si media autorización expresa de la autoridad de aplicación y el trabajo se considera indispensable para su subsistencia o la de sus familiares —si se cumple satisfactoriamente el mínimo de instrucción escolar exigida— cuando se los ocupe en empresas "en que sólo trabajen los miembros de la misma familia" (pequeñas empresas familiares), siempre que el giro empresario no consistiere en actividades "nocivas, perjudiciales o peligrosas".

La LCT (ref. por ley 26.390) dispone la prohibición de ocupar a menores —mayores de 16 años y menores de 18— en tareas que revistan el carácter penoso (aquel cuya realización demanda esfuerzos excesivos), peligroso (el que somete inevitablemente a un riesgo —físico, psíquico o moral— a su ejecutante) o insalubre (la tarea que expone a quien la realiza al riesgo de contraer enfermedades) y encargar la ejecución de trabajos a domicilio (arts. 175, 176 y 191).

— *Tienen plena capacidad laboral* y libre disposición de sus bienes: los menores —varón o mujer— mayores de 18 años y los menores emancipados por matrimonio.

— *Tienen capacidad laboral limitada*: los menores entre 16 y 18 años, si viven independientemente de sus padres o tutores, pueden trabajar con su conocimiento. En caso de vivir con ellos, se presume su autorización (art. 283, CCiv.).

Al contrario, *no pueden trabajar ni celebrar contrato de trabajo* los menores de 16 años: existe una prohibición expresa de trabajar en cualquier actividad con excepción de hacerlo en las empresas en las cuales trabajen miembros de su familia (art. 189, LCT).

En cuanto a su *capacidad procesal*, está facultado para estar en juicio laboral en acciones vinculadas al contrato de trabajo y para hacerse representar por mandatarios, con la intervención promiscua del Ministerio Público a partir de los 16 años (art. 33, LCT).

Respecto de los *derechos sindicales*, desde los 16 años están facultados —sin necesidad de autorización— a afiliarse al sindicato o desafiliarse. En cambio, es necesario contar con 18 años para ser delegado o integrar una comisión interna y tener 21 años para integrar órganos directivos.

El tema fue tratado en el capítulo "Contrato de trabajo. Relación de dependencia".

## 2. Régimen de jornada y descansos

La jornada de trabajo de los *menores de 16 a 18 años no puede exceder de seis horas diarias ni de treinta y seis semanales*; mediando autorización administrativa de cada jurisdicción puede extenderse a ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales.

Para el cómputo de la jornada de trabajo de los menores debe considerarse el tope de treinta y seis horas semanales, no pudiendo exceder la distribución desigual de las horas trabajadas de siete horas diarias.

Los menores de 18 años —de ambos sexos— no pueden ser ocupados en trabajos nocturnos, es decir, aquellos desarrollados en el horario comprendido entre las 20 y las 6 del día siguiente.

En el caso de los menores de más de 16 años, la prohibición es más limitada: no pueden ser ocupados entre las 22 y las 6 del día siguiente en establecimientos fabriles que desarrollen tres turnos diarios que abarquen las veinticuatro horas del día.

Cuando los menores de edad presten trabajo en horario de mañana y de tarde, dispondrán de un descanso de *dos horas al mediodía*, pero las partes pueden suprimirlo o reducirlo si la interrupción del trabajo ocasiona perjuicios a los beneficiarios o al interés general (arts. 174 y 191, LCT).

Los menores de 16 años tienen que descansar obligatoriamente entre las 13 del sábado y las 24 del domingo, no pudiendo establecerse excepción alguna al respecto.

Las *vacaciones anuales* de los menores *no pueden ser inferiores a quince días*, sin perjuicio de mejores beneficios que por convenio o estatutos especiales se les otorgue (art. 194, LCT, ref. por ley 26.390).

Siguiendo el criterio establecido en el art. 150, deberían considerarse estos quince días como corridos, pero el convenio 52 de la OIT (sobre vacaciones pagadas), ratificado por la ley 13.560 —y que por ello tiene jerarquía supralegal (art. 75, inc. 22, CN)—, al hacer referencia a las vacaciones de los menores, las computa en días laborables.

La LCT, en sus arts. 192 y 193, que fueron derogados por la ley 26.390, establecía un *sistema de ahorro obligatorio*, al disponer que el empleador que contrate menores entre 14 y 16 años debe depositar el 10% de la remuneración bruta mensual en una cuenta de ahorro en la Caja Nacional de Ahorro y Seguros. El depósito debía efectuarse dentro de los tres días subsiguientes al pago, ser acreditado ante el menor, la autoridad administrativa y los representantes del menor. Estos fondos eran indisponibles para el menor hasta los 16 años, y la documentación que acredita el depósito quedaba en poder del empleador.

Por tratarse de personas que no finalizaron su desarrollo psicofísico, el empleador debe exigir a los menores de 18 años —de uno u otro sexo— un certificado médico que acredite su aptitud física para el trabajo, sin perjuicio de los reconocimientos médicos periódicos que prevean las reglamentaciones respectivas (art. 188, LCT, y leyes 19.587 y 24.557), las cuales no fueron dictadas.

Si bien la ley permite que las personas de entre 16 y 18 años trabajen bajo ciertas condiciones, lo cierto es que el trabajo de menores es desalentado por diversos motivos, entre los que se encuentran la necesidad de erradicar el trabajo infantil y la explotación sexual, fomentando que, en esa etapa de su desarrollo, el individuo desarrolle sus aptitudes físicas y mentales, dedicando su tiempo al estudio, el deporte y a actividades lúdicas.

Sin embargo, consciente el legislador de que, en algunos casos, el menor se inserta en el mercado laboral en forma prematura, permite que lo haga a partir de una edad determinada. Ello puede obedecer a cuestiones económicas o factores de orden cultural, como sucede en el trabajo a destajo en el sector agrícola, que promueve que un trabajador rural lleve a trabajar a todos los miembros de su familia, o la producción de ciertas unidades informales en la industria textil, donde existe una valoración positiva del trabajo de los integrantes jóvenes de la familia

como una manera óptima para la iniciación de un aprendizaje laboral eficaz, e instrumento socializador.

De todos modos, la ley agrega como requisitos extra la necesidad de requerir un certificado de aptitud física y el sometimiento a reconocimientos médicos periódicos. Lo hace en el entendimiento de que si bien fijar una edad mínima como regla general —16 años— puede resultar práctico, el trabajador menor es una persona en desarrollo, por lo que de todos modos podría no encontrarse apto para desempeñar el trabajo de que se trate. Se intenta así evitar eventuales daños físicos y psicológicos al niño, y los perjuicios a su salud en general (enfermedades, lesiones, exposición a agentes tóxicos o nocivos, traumas psicosociales, o incluso la muerte).

Las reglamentaciones respectivas a los exámenes periódicos no han sido dictadas, aunque por imperio de las leyes 19.587 y 24.557 se han transformado en práctica generalizada, salvo en los supuestos de trabajo informal.

El art. 195, LCT —sustituido por el art. 13, ley 26.390 (BO del 25/6/2008)—, establece modificaciones en materia de responsabilidad civil por accidentes o enfermedades laborales, cuando se compruebe que la causa es la realización de alguna de las tareas prohibidas respecto de los trabajadores menores; o haya sido efectuada en condiciones que signifiquen infracción a sus requisitos. A tal efecto, se considera que por ese solo hecho el accidente o la enfermedad resultante como consecuencia de la acción u omisión del empleador, encuadra en los términos de los arts. 1072 y concs., CCiv., sin admitirse prueba en contrario (presunción *iuris et de iure*).

Para aquellos casos en los que 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—, la norma le permite a éste probar su falta de responsabilidad (presunción *iuris tantum*).

Sin embargo, ello no significa en modo alguno dejar de lado las disposiciones de la ley 24.557, o que la ART no deba responder en los términos de la póliza —o incluso civilmente según la casuística—, todo ello a la luz de la doctrina de la Corte (fallos "Castillo", "Aquino", "Milone", "Díaz", "Llosco", "Cachambi", "Moreno", etc.), y las normas civiles y laborales (art. 75, LCT) en materia de responsabilidad en estos supuestos.

## 3. Ley 26.390 (BO del 25/6/2008): prohibición del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente

La ley 26.390 (BO del 25/6/2008) fue sancionada el día 4/6/2008 y promulgada el 24/6/2008.

Modifica la LCT en materia de capacidad para celebrar contrato de trabajo en calidad de trabajador, elevando la edad mínima de admisión al empleo con la finalidad declarada de combatir el trabajo infantil y fortalecer la protección del trabajo adolescente. También introduce modificaciones en materia salarial y en lo relativo a la facultad para estar en juicio, y en las leyes 22.248, 23.551, 25.013 y en el dec.-ley 326/1956.

En primer término, sustituye la denominación del tít. VIII de la LCT, la que queda redactada de la siguiente manera: "Tít. VIII: De la prohibición del trabajo infantil y de la protección del trabajo adolescente".

En el art. 2° establece la elevación de la edad mínima de admisión al empleo a 16 años, quedando prohibido el trabajo de las personas menores de 16 años en todas sus formas, exista o no relación de empleo contractual, y sea remunerado o no. También dispone que toda ley, convenio colectivo o cualquier otra fuente normativa que establezca una edad mínima de admisión al empleo distinta a la fijada en el párr. 2°, se considerará a ese solo efecto modificada por esta norma, ejerciendo la inspección del trabajo funciones conducentes al cumplimiento de dicha prohibición.

El art. 3° sustituye el texto del art. 32, LCT, por el siguiente: "Art. 32. Capacidad. 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".

El art. 4° hace lo propio con el art. 33, LCT, el que queda así redactado de la siguiente manera: "Art. 33. Facultad para estar en juicio. 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".

En *materia salarial*, sustituye el texto del art. 119, LCT (art. 5°, ley 26.390), estableciendo la prohibición de abonar —por ninguna causa— 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.

También modifica el art. 187, LCT, estableciendo el principio de igualdad de remuneración al disponer que "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 arts. 32 y ss. 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".

En cuanto a la *prohibición de contratar menores*, modifica el art. 189, LCT, y establece la prohibición para el empleador de ocupar personas menores de 16 años en cualquier tipo de actividad, persiga o no fines de lucro.

Complementando lo anterior, se incorpora a la LCT el art. 189 bis, con el siguiente texto: "Art. 189 bis. Empresa de la familia. Excepción. 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".

En materia de *jornada*, el art. 9°, ley 26.390, sustituye el art. 190, LCT, prohibiendo la ocupación de personas de 16 a 18 años en todo tipo de tareas durante más de seis horas diarias o treinta y seis semanales; y estableciendo que la distribución desigual de las horas laborables no podrá superar las siete horas diarias.

Respecto de la jornada de las personas menores de más de 16 años, autoriza su extensión a ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, previa autorización de la autoridad administrativa laboral de cada jurisdicción.

En lo atinente al *trabajo nocturno*, prohíbe la ocupación de personas menores de 18 años en trabajos nocturnos, entendiéndose como tales el intervalo comprendido entre las 20 y las 6 del día siguiente. En los casos de establecimientos fabriles que desarrollen tareas en tres turnos diarios que abarquen las veinticuatro 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".

Respecto del *descanso al mediodía*, el art. 10 sustituye el texto del art. 191, LCT, por el siguiente: "Art. 191. Descanso al mediodía. Trabajo a domicilio. Tareas penosas, peligrosas o insalubres. Remisión. 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 arts. 175 y 176 de esta ley".

En cuanto a las *vacaciones*, establece expresamente que las vacaciones de las personas menores de 18 años gozan de un período mínimo de licencia anual no inferior a quince días, en las condiciones previstas en el tít. V de la ley (art. 194, LCT). Deroga los arts. 192 y 193, LCT.

En materia de *accidentes o enfermedades inculpables*, modifica el art. 195, LCT, y establece que en caso de accidente de trabajo o de enfermedad de una persona trabajadora menor de edad, 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 el accidente o la enfermedad como resultante de la acción u omisión del empleador, en los términos de los arts. 1072 y concs., CCiv., sin admitirse prueba en contrario.

Asimismo, dispone que si el accidente o enfermedad obedecieren al hecho de encontrarse circunstancialmente el trabajador o trabajadora 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.

La ley 26.390 también introduce diversas modificaciones en el régimen de menores de distintos *estatutos especiales*.

En relación con el *dec.-ley 326/1956 —Servicio Doméstico—*, sustituye los arts. 2° y 3°, fijando la edad mínima en 16 años.

En tal sentido, el art. 2° queda redactado de la siguiente manera: "Art. 2°. No podrán ser contratadas como empleadas en el servicio doméstico las personas emparentadas con el dueño de casa, ni aquellas que sean exclusivamente contratadas para cuidar enfermos o conducir vehículos. No podrán ser contratadas como empleadas en el servicio doméstico las personas menores de dieciséis (16) años"; mientras tanto, el art. 3° queda redactado del modo que sigue: "Art. 3°. En el caso de que se tome al servicio de un dueño de casa conjuntamente un matrimonio, o a padres con sus hijos, las retribuciones deben ser convenidas en forma individual y separadamente. Los hijos menores de dieciséis (16) años, que vivan con sus padres en el domicilio del dueño de casa, no serán considerados como empleados en el servicio doméstico, como tampoco las personas que acompañen en el alojamiento a un empleado en el servicio doméstico y que emparentadas con él, no trabajen en el servicio doméstico del mismo empleador".

Respecto del régimen del *trabajo agrario*, introduce modificaciones en materia de capacidad en distintos puntos de su articulado.

El art. 16, ley 26.390, modifica el art. 28, ley 22.248, el que queda redactado de la siguiente manera: "Art. 28. Las remuneraciones mínimas serán fijadas por la Comisión Nacional de Trabajo Agrario, las que no podrán ser inferiores al salario mínimo vital de ese momento. Su monto se determinará por mes o por día y comprenderá, en todos los casos, el valor de las prestaciones en especie que tomare a su cargo el empleador. De la misma manera se determinarán las bonificaciones por capacitación previstas en el art. 33 y el porcentaje referido en el art. 39".

El art. 17 sustituye el art. 107, ley 22.248, el que queda redactado de la siguiente manera: "Art. 107. Queda prohibido el trabajo de las personas menores de dieciséis (16) años, cualquiera fuere la índole de las tareas que se pretendiere asignarles. Las personas mayores de catorce (14) años y menores a la edad indicada en el artículo anterior 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 cuyo titular 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".

Los arts. 18 y 19 modifican el texto de los arts. 108 y 109, ley 22.248.

El art. 18 establece la presunción de autorización a partir de los 16 años, al consignar que las personas desde los 16 años y hasta los 18 años, que con conocimiento de sus padres, responsables o tutores vivieren independientemente de ellos, podrán celebrar contrato de trabajo agrario, presumiéndose la autorización pertinente para todos los actos concernientes a aquél.

El art. 19 dispone que las personas desde los 16 años estarán facultadas para estar en juicio laboral, en acciones vinculadas al contrato o relación de trabajo y para otorgar los poderes necesarios a efectos de hacerse representar judicial o administrativamente mediante los instrumentos otorgados en la forma que previeren las leyes procesales locales, debiéndose cumplir en cualquier circunstancia las garantías mínimas de procedimiento en los procesos judiciales y administrativos establecidos por el art. 27, ley 26.061, que crea el sistema de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Finalmente, el art. 20 sustituye el art. 110, ley 22.248, en materia de jornada, y establece que la jornada de labor de la persona de hasta 16 años deberá realizarse exclusivamente en horario matutino o vespertino, sin perjuicio de la facultad de la autoridad administrativa laboral de cada jurisdicción de extender la duración. También fija que no se podrá ocupar a personas menores de 18 años en trabajos nocturnos, entendiéndose como tales el intervalo comprendido entre las 20 y las 6 del día siguiente.

Respecto del *derecho colectivo*, modifica el art. 13, ley 23.551 (art. 21, ley 26.390), determinando que las personas mayores de 16 años, sin necesidad de autorización, podrán afiliarse.

También modifica el régimen del *contrato de aprendizaje*. El art. 22 modifica el art. 1°, ley 25.013, el que queda redactado de la siguiente manera: "Art. 1°. Contrato de trabajo de aprendizaje. El contrato de aprendizaje tendrá finalidad formativa teórico-práctica, la que será descripta con precisión en un programa adecuado al plazo de duración del contrato. Se celebrará por escrito entre un empleador y un joven sin empleo, de entre dieciséis (16) y veintiocho (28) años. Este contrato de trabajo tendrá una duración mínima de tres (3) meses y una máxima de un (1) año. 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. 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 aplicarán las disposiciones relativas a la jornada de trabajo de los mismos. No podrán ser contratados como aprendices aquellos que hayan tenido una relación laboral previa con el mismo empleador. Agotado su plazo máximo, no podrá celebrarse nuevo contrato de aprendizaje respecto del mismo aprendiz. El número total de aprendices contratados no podrá superar el diez por ciento (10%) de los 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. El empleador 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. En los demás supuestos regirá el art. 7° y concs. de la presente ley. Si el empleador incumpliera las obligaciones establecidas en esta ley el contrato se convertirá a todos sus fines en un contrato por tiempo indeterminado. Las cooperativas de trabajo y las empresas de servicios eventuales no podrán hacer uso de este contrato".

A los fines de la correcta articulación de las modificaciones introducidas con la legislación anterior, se establecieron, a modo de *cláusulas transitorias*, las disposiciones de los arts. 23 y 24, ley 26.390.

El art. 23 estableció, a todos los efectos, la edad mínima establecida en la ley como de 15 años hasta el 25/5/2010, en que comenzó a regir la edad mínima establecida en los 16 años, y al objeto de la regularización de los contratos vigentes.

El art. 24 dispuso que la prohibición dispuesta en el art. 2°, ley 26.390, no era aplicable a los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la promulgación de la ley.

CAPÍTULO XV

# SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

## I. CONCEPTO DE SUSPENSIÓN

La suspensión es una característica particular del contrato de trabajo contemplada en la LCT; consiste en una *interrupción transitoria* de alguna de las obligaciones y prestaciones de las partes.

La interrupción es transitoria porque *puede durar sólo un tiempo determinado*; y *afecta a alguna de las obligaciones y prestaciones de las partes*, subsistiendo otras. Lo trascendente es que *el contrato sigue vigente* y limita sólo algunos de sus efectos.

La suspensión es una manifestación del principio de continuidad del contrato y de la estabilidad —que lo diferencia de los contratos civiles y comerciales—, y tiene por finalidad mantener subsistente el vínculo y evitar la ruptura del contrato, sin perjudicar los intereses de la empresa y del trabajador.

En los casos en que la ley establece que las suspensiones no generan la obligación del empleador de pagar la remuneración —suspensiones por causas económicas y disciplinarias—, al tener en cuenta el carácter alimentario del salario, la LCT no sólo fija plazos máximos, sino también una serie de requisitos que necesariamente deben cumplimentarse para que la suspensión se considere válida.

### 1. Notas características

Las *principales características* que se presentan en todas las suspensiones son las siguientes:

1) *Son siempre temporarias*: las suspensiones están limitadas en el tiempo y en algunas de ellas el empleador puede reemplazar al trabajador suspendido mediante un contrato de tiempo determinado —eventual, plazo fijo— (por ejemplo, en la suspensión por maternidad o enfermedad).

2) *Surgen de una causa imprevista que puede depender o no de la voluntad unilateral de las partes*: por ejemplo, una enfermedad, si bien se origina en el trabajador, no depende de su voluntad, mientras que una suspensión por causas económicas se origina en la decisión del empleador.

3) *Pueden o no devengar salario según la causa que las produce*: por ejemplo, el empleador debe pagar la remuneración en caso de suspensión por enfermedad (por el tiempo establecido en el art. 208, LCT), pero no debe abonarla en caso de suspensión disciplinaria o por razones económicas.

4) *Siempre subsisten las prestaciones de conducta*: como el deber de actuar de buena fe y la obligación de no incurrir en concurrencia desleal.

5) *Se computa o no la antigüedad según los casos*: no se computa cuando la suspensión se origina en la responsabilidad o culpa del trabajador o en su decisión (por ejemplo, la suspen-

sión disciplinaria o la situación de excedencia); en cambio, la antigüedad se computa cuando surge de la decisión o culpa del empleador (causas económicas o suspensión disciplinaria ilegítima).

6) *Siempre subsisten los derechos indemnizatorios*: ya que el contrato de trabajo sigue vigente.

*Las principales causas de suspensión del contrato de trabajo fijadas en la LCT son las siguientes*:

— accidentes y enfermedades inculpables (arts. 208 a 213);

— desempeño de ciertos cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial o en organismos o comisiones que requieran representación sindical (art. 217);

— causas económicas, disciplinarias y suspensión preventiva (arts. 214 a 224);

— licencia por maternidad (art. 177);

— estado de excedencia de la mujer (art. 183).

## II. SUSPENSIONES POR CAUSAS ECONÓMICAS Y DISCIPLINARIAS

Las suspensiones por causas económicas —falta o disminución de trabajo y fuerza mayor— y razones disciplinarias *se caracterizan por surgir de la decisión unilateral del empleador*. Durante la suspensión, el trabajador deja de prestar servicios y el empleador no abona la remuneración.

### 1. Requisitos de validez

Están enumerados en el art. 218, LCT, que establece que "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".

**1. *Justa causa***. Dado que el empleador está obligado a dar ocupación (art. 78), pagar la remuneración (art. 103) y, en general, a cumplir el contrato dentro del marco de la buena fe, la colaboración y la solidaridad (arts. 62 y 63) —que son deberes genéricos de conducta—, debe existir una causa que en forma justificada avale la suspensión de aquellos deberes, ya que tal disposición no puede tener como origen el solo arbitrio patronal.

El art. 219, LCT, dispone que "se considera que tiene justa causa la suspensión que se deba a falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, a razones disciplinarias o a fuerza mayor debidamente comprobada".

La enumeración del art. 219 es enunciativa y no taxativa, ya que no hace referencia a la suspensión de hecho del art. 153 ni a la suspensión preventiva del art. 224, LCT.

*El empleador debe expresar claramente la causa de la suspensión y esa causa debe estar prevista en la ley*; de lo contrario no se puede suspender. Finalmente, es el juez quien valora si el motivo alegado por el empleador para suspender constituye justa causa.

Si el empleador suspende arbitrariamente a un trabajador, viola el deber de ocupación (art. 78) y el de buena fe (art. 63), al no ajustar su conducta a lo que es propio de un buen empleador.

**2. *Plazo fijo***. Se requiere que tenga un plazo cierto; se *debe establecer específicamente su duración*, resultando conveniente que también contenga la fecha de comienzo y finalización. *No es válida una suspensión por tiempo indeterminado*.

Si se colocó sólo la duración, el plazo debe contarse desde que la notificación es recibida por el trabajador, en forma corrida, incluyéndose los días inhábiles (arts. 28 y 29, CCiv.).

Además, cada suspensión en particular y todas en conjunto no pueden exceder los plazos máximos fijados en la LCT (arts. 220 a 222).

**3. *Notificación por escrito*.** Para dar a conocer la medida, el empleador debe utilizar, necesariamente, la forma escrita; por lo general se estila el telegrama, una carta documento o una nota cuya recepción debe firmar el trabajador. En este caso el empleador debe entregarle copia de la comunicación; de no hacerlo, acarrea la nulidad de la medida.

Aunque no es habitual, también podría notificarse por medio de un acta labrada por un escribano o ante autoridad administrativa o judicial.

La forma escrita sirve como medio de prueba, ya que quedan consignados los demás requisitos de validez de la suspensión: la justa causa y el plazo fijo. Este requisito protege el derecho de defensa en juicio del trabajador.

El empleador debe efectuar la notificación con antelación suficiente a fin de no producir al trabajador daños que pueden evitarse.

Queda perfeccionada con la recepción, es decir, cuando entra a la esfera de conocimiento del interesado (trabajador).

## 2. Plazos máximos

La LCT fija plazos máximos por año aniversario para cada una de las suspensiones y para todas en conjunto:

— *Por falta o disminución de trabajo: treinta días* (art. 220).

— *Por razones disciplinarias: treinta días* (art. 220).

— *Por fuerza mayor: setenta y cinco días* (art. 221).

— *En conjunto (por falta o disminución de trabajo, por razones disciplinarias y por fuerza mayor): noventa días* (art. 222).

Se trata de plazos máximos legales de suspensión en un año. Se cuentan a partir de la última suspensión, es decir, por año aniversario y no por año calendario.

La forma práctica de computar el tiempo y verificar si las suspensiones durante ese período anual no superan los treinta, setenta y cinco o noventa días —según se trate—, o sea, que no violan los plazos legales máximos y resulta correcta en orden a la extensión, es contar un año aniversario hacia atrás desde el momento en que se decidió aplicar una suspensión; por ejemplo, si el empleador decide suspender por causas disciplinarias el 20/7/2011, el año se cumple el 20/7/2010.

Puede graficarse lo expuesto con otro ejemplo. Si en el año se le aplicó al trabajador una suspensión de treinta días por razones disciplinarias y de cuarenta y cinco días por fuerza mayor, sólo podrá aplicársele quince días por fuerza mayor, porque si bien el plazo máximo individual es de setenta y cinco días, en conjunto las suspensiones por falta o disminución de trabajo, razones disciplinarias y fuerza mayor —o sea, el total de las suspensiones— no pueden superar los noventa días.

La LCT establece que *si el empleador excede cualquiera de estos plazos* —ya sea en forma individual o en conjunto— y el trabajador impugna la suspensión excesiva en forma expresa, personal e inmediata —para que el empleador revea la extensión de la medida adoptada (en este caso se impugna el plazo, no la causa)—, *ello configura una injuria que lo habilita a considerarse despedido o, sin extinguir el contrato, a reclamar los salarios correspondientes* —"salarios caídos"— (art. 222).

Para poder ejercer el derecho conferido en el art. 222, LCT (considerarse despedido o reclamar por los salarios caídos), no resulta necesario haber impugnado todas las suspensiones anteriores a la que excede el plazo legal, porque lo que impugna —en este caso— es el plazo y no la causa de la suspensión.

Si el trabajador guarda silencio ante el exceso en el tiempo de las suspensiones, se entiende que ha aceptado tácitamente una duración mayor de suspensión a la dispuesta por la ley.

De producirse una suspensión arbitraria, el derecho del trabajador al pago de los salarios caídos le corresponde aunque no se hubiese considerado indirectamente despedido.

## 3. Salarios de suspensión

Si el empleador, al efectuar la suspensión, no cumplimentó los requisitos de validez exigidos por el art. 218, LCT —justa causa, plazo fijo y notificación escrita—, "el trabajador tendrá derecho a percibir la remuneración por todo el tiempo que estuviere suspendido si hubiere impugnado la suspensión" (art. 223, LCT), hubiere o no ejercido el derecho de disolver el contrato.

*La impugnación debe ser personal y oportuna mediante una manifestación clara* en tal sentido, siendo suficiente la firma en disconformidad y la reserva de derechos efectuada al notificarse.

En el caso de las *suspensiones disciplinarias*, el plazo de impugnación es de *treinta días corridos* (art. 67, LCT) contados desde la notificación escrita; se trata de un plazo de caducidad.

Respecto de las *suspensiones económicas* —por falta o disminución de trabajo y fuerza mayor—, si bien es requisito indispensable para tener derecho a reclamar las remuneraciones no percibidas, *la LCT no dispone un plazo determinado* para impugnar.

De todos modos, debe ser efectuada en un tiempo razonable desde que se dispuso la suspensión, considerándose adecuado y oportuno efectuarlo en el mismo plazo.

## 4. Causas de suspensión

SUSPENSIÓN
- a) Por causas económicas
  - 1) Por falta o disminución de trabajo
  - 2) Por fuerza mayor
  - 3) Concertada
- b) Disciplinaria
- c) Por quiebra
- d) Preventiva
  - 1) Denuncia criminal efectuada por el empleador
  - 2) Denuncia de un tercero de oficio
- e) Precautoria o cautelar
- f) Por desempeño de cargos electivos y gremiales
- g) Servicio militar. Convocatorias especiales

### *4.1. Suspensiones por causas económicas*

Los fundamentos esgrimidos por los empleadores para disponer suspensiones por causas económicas —falta o disminución de trabajo y fuerza mayor— han sido valorados restrictivamente por la jurisprudencia.

Se ha resuelto que *son justificadas cuando se originan en hechos ajenos a la empresa o resultan imprevisibles o inevitables* de acuerdo con su naturaleza y con la diligencia exigible a un buen hombre de negocios.

Estos supuestos materializan la regla de la "excepción por excesiva onerosidad", receptada por el párr. 2°, art. 1198, CCiv. La legislación laboral admite que por un cierto lapso se suspenda el contrato cuando el deber de dar trabajo del empleador se torna en una obligación de difícil cumplimiento (falta o disminución de trabajo) o de cumplimiento imposible (fuerza mayor), siempre que el hecho no le sea imputable al empresario y no haya habido negligencia de su parte.

Los motivos que pueden llevar a una suspensión pueden provenir de situaciones de mercado (falta de determinados insumos), de la autoridad (prohibición de efectuar alguna tarea, por

ejemplo, faenar carne) o incluso razones técnicas, que resienten la demanda (desperfectos en las maquinarias).

La *demostración y los alcances de la causal invocada* para suspender recaen en el *empleador*, pero el trabajador, para poder recurrir judicialmente, debe impugnar las suspensiones; aunque la LCT no fija un plazo como en el caso de las suspensiones disciplinarias, se debe realizar en un término razonable.

Previo a notificar una suspensión "por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas" que afecte a más del 15% de los trabajadores en empresas de menos de cuatrocientos trabajadores, a más del 10% en empresas de entre cuatrocientos y mil trabajadores; y a más del 5% en empresas de más de mil trabajadores, se debe agotar el procedimiento preventivo de crisis de empresas (art. 98, ley 24.013).

Antes de tomar la decisión de suspender debe notificar al Ministerio de Trabajo para que tome intervención preventiva, con diez días corridos de antelación (lo cual no se cumple, invocando razones de urgencia) con copia de esa presentación a la entidad gremial y a los trabajadores afectados, y brindar información complementaria.

Respecto de los efectos sobre la prestación laboral, cabe diferenciar la falta o disminución de trabajo de la fuerza mayor, ya que mientras la primera torna innecesaria o inconveniente la prestación, la segunda la hace imposible.

La LCT, en párrs. 2° y 3°, art. 221, fija un *orden de antigüedad* que el empleador debe respetar para efectuar suspensiones por falta de trabajo y por fuerza mayor.

La norma expresa que "deberá comenzarse por el personal menos antiguo dentro de cada especialidad. Respecto del personal ingresado en el mismo semestre, deberá comenzarse por el que tenga menos cargas de familia, aunque con ello se alterase el orden de antigüedad".

Cuando la LCT hace referencia al semestre, se debe entender los seis meses siguientes al ingreso del trabajador y no la primera o la segunda mitad del año calendario.

El concepto de carga de familia surge de la ley 23.660. La Ley de Obras Sociales considera beneficiario del sistema al titular y a su grupo familiar primario, que es el integrado por el cónyuge, los hijos solteros hasta los 21 años no emancipados por habilitación de edad o ejercicio de actividad profesional comercial o laboral, los hijos solteros mayores de 21 años y hasta los 25 años inclusive que estén a exclusivo cargo del afiliado titular y cursen estudios regulares oficialmente reconocidos por la autoridad pertinente, los hijos incapacitados y a cargo del afiliado titular mayores de 21 años, los hijos del cónyuge, los menores cuya guarda y tutela haya sido acordada por autoridad judicial o administrativa. Se incluye también a las personas que convivan con el afiliado titular y reciban ostensible trato familiar.

Se debe interpretar —teniendo en cuenta la protección especial otorgada por la ley— que están excluidos, transitoriamente, los trabajadores que estén gozando de licencia por accidente o enfermedad inculpable, las mujeres con licencia por maternidad y aquellos que ocupen cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial (amparados por la tutela sindical), delegados del personal y postulantes a cargos de representación gremial.

**1) *Suspensión por falta o disminución de trabajo.*** Sin perjuicio de cumplimentarse los requisitos de validez del art. 218, LCT, para que una suspensión fundada en falta o disminución de trabajo sea justificada, tiene que reunir los siguientes elementos:

— *debe derivar de un hecho que afecta al mercado e impacta en la empresa*;

— *ese hecho debe ser excepcional y ajeno al empresario* (no debe haber podido preverlo ni evitarlo), *y no debe ser imputable al empleador* (esta valoración queda a criterio judicial). Constituye un caso de excesiva onerosidad sobreviniente (art. 1198, párr. 2°, CCiv.).

Jurisprudencialmente se ha resuelto que no constituye falta o disminución de trabajo la crisis económica general que determina recesión industrial, ni la caída de ventas y aumento de *stock*, ya que son hechos previsibles e integran el riesgo de la empresa.

En cambio, se ha justificado cuando se demuestra que la empresa, por una causa ajena, perdió a su cliente principal, o si cuando se prohíbe la importación de un producto esencial para la actividad desarrollada por la empresa; también si excepcionalmente el empleador no dispone de los insumos necesarios —por ejemplo, materia prima— por causas de mercado que no dependen de él y no pueda solucionar.

**2) *Suspensión por fuerza mayor*.** Si se toma el concepto de fuerza mayor que surge del Código Civil y se traslada al derecho del trabajo, se la podría definir como aquellos hechos imprevistos o previstos que no pueden evitarse, que afectan el proceso productivo de una empresa y provocan la imposibilidad de cumplir su obligación de dar ocupación.

Para que la suspensión resulte justificada, debe obedecer a causas externas, graves y ajenas al giro y a la previsión empresarial. Tienen que constituir impedimentos insuperables y no meras circunstancias que tornen más onerosas las prestaciones.

Por ejemplo, un caso de inundación, terremoto o un estado de conmoción interno. Son hechos que, si bien no tienen origen laboral, constituyen para el empleador un factor determinante del incumplimiento del deber de ocupación.

Jurisprudencialmente se ha resuelto que no constituyen fuerza mayor: el aumento de precios de la materia prima, el cambio en el gusto de los consumidores (por ejemplo, en la década del 70 el desuso del sombrero), la situación económica general del país; tampoco el desalojo del establecimiento que produce el cese de la actividad, porque no es ajeno a la voluntad del empresario (aplicación del fallo plenario 25, 23/3/1955, "Hennse, Samuel v. Landrock y Cía.").

Tampoco encuadran en el concepto de fuerza mayor las disminuciones temporarias de trabajo ni las situaciones que provienen de un riesgo genérico de la actividad, lo cual es previsible para el empresario.

Al contrario, se ha justificado la causal de fuerza mayor invocada para suspender en el caso de las empresas de la industria de la carne que se vieron afectadas por el cierre del Mercado Común Europeo a las exportaciones argentinas.

Respecto de los alcances de la fuerza mayor en el derecho del trabajo, se han planteado distintas posturas doctrinales (algunas antagónicas). Sin perjuicio de ellas, en cada caso se debe efectuar un análisis objetivo y realista de los fundamentos alegados para suspender.

Cabe tener en cuenta que *si el acontecimiento fue imprevisible e implica un impedimento insuperable, necesariamente opera como eximente para el empleador*, ya que el riesgo del empresario también tiene límites.

Por ejemplo, si una empresa se dedica a la importación de envases y el Poder Ejecutivo dicta un decreto que prohíbe la importación de envases, se trata de un hecho imprevisto y no imputable al empleador que afecta la actividad de la empresa y torna justificada la decisión de suspender personal.

### *4.1.1. Procedimiento preventivo de crisis*

***Generalidades***: La LNE (ley 24.013) dedica un capítulo (arts. 98 a 105) a establecer el procedimiento preventivo de crisis de empresas, que *tiene por finalidad lograr que las partes lleguen a un acuerdo frente a la crisis que torna necesario efectuar suspensiones*. Asimismo, resultan aplicables los decs. 328/1988 (BO del 21/3/1988), 2072/1994 (BO del 29/11/1994), 264/2002 y 265/2002 (BO del 11/2/2002).

El art. 98, ley 24.013, dispone que "con carácter previo a la comunicación de despidos y suspensiones por fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas que afecten a más del 15% de los trabajadores en empresas de menos de cuatrocientos trabajadores; a más del 10% en empresas de entre cuatrocientos y mil trabajadores; y a más del 5% en empresas de más de mil trabajadores, deberá sustanciarse el procedimiento preventivo de crisis".

Las causas previstas en la ley 24.013 para iniciar el procedimiento preventivo de crisis son amplias. Las *causas tecnológicas* apuntan a la necesidad de introducir en la empresa innovaciones técnicas que resultan incompatibles con la cantidad de personal y producen la desaparición de puestos de trabajo o los transforma en innecesarios. Las *causas económicas* incluyen las que afecten el sistema organizativo, de producción o motivos de restructuración.

El art. 98 no hace referencia a establecimientos, sino a empresas; por lo tanto, si una empresa tiene varios establecimientos, para los porcentajes consignados en la norma se debe tener en cuenta la totalidad del personal en relación de dependencia de todos ellos.

Asimismo, el art. 16, ley 25.561 (BO del 7/1/2002) —norma de carácter transitorio—, había establecido que "...por el plazo de ciento ochenta días quedan suspendidos los despidos sin causa justificada. En caso de producirse despidos en contravención a lo que aquí dispuesto, los empleadores deberán abonar a los trabajadores perjudicados el doble de la indemnización que les correspondiese, de conformidad a la legislación laboral vigente". Esta norma fue prorrogada por distintos decretos (decs. 883/2002, 662, 256, 1351/2003, 369/2004, 2014/2004, 1433/2005) y rigió hasta el 11/9/2007 (cfr. dec. 1224/2007, BO del 11/9/2007). Desde el 1/7/2004 se redujo el incremento de la indemnización del 100% al 80% (dec. 823/2004 —BO del 28/6/2004—) y y a partir del 1/12/2005 se fijó en el 50% (el dec. 1433/2005, BO del 23/11/2005).

El dec. 264/2002 (BO del 11/2/2002) agregaba que en los supuestos de despido sin causa justificada contemplados en el art. 16, ley 25.561, debía sustanciarse, con carácter previo a su comunicación, el procedimiento preventivo de crisis, y cuando no se alcancen los porcentajes de trabajadores determinados en el art. 98, ley 24.013, debía estarse a lo dispuesto por el dec. 328/1988.

En caso de incumplimiento, la autoridad administrativa del trabajo debía intimar, previa audiencia de partes, el cese inmediato de los despidos, disponiendo las medidas para velar por el mantenimiento de la relación de trabajo y el pago de los salarios caídos.

El empleador que omitía dicho procedimiento no podía invocar las previsiones de los arts. 247, LCT (falta o disminución de trabajo o fuerza mayor).

La ley 24.013 no establece sanción alguna para el caso de que el empleador disponga despidos o suspensiones por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas que afecten a los porcentajes de trabajadores fijados en el art. 98, sin que éste haya iniciado el procedimiento preventivo de crisis; es decir que no hay una sanción concreta contemplada para el incumplimiento previo.

El art. 104, ley 24.013, dispone que "a partir de la notificación, y hasta la conclusión del procedimiento preventivo de crisis, el empleador no podrá ejecutar las medidas objeto del procedimiento que, conforme surge del art. 98 de dicha ley, consisten en despidos o suspensiones por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas" y si bien dicha norma establece una verdadera estabilidad, se limita únicamente a las causales previstas en el art. 98, por lo que no puede afirmarse que se trate de una estabilidad absoluta que impida al empleador durante el tiempo del procedimiento despedir por otra causa.

La norma no hace referencia a las medidas adoptadas con anterioridad (suspensiones o despidos), sino que se ocupa del supuesto en que se ha iniciado el procedimiento de crisis, y para esa hipótesis prevé la nulidad de los despidos o suspensiones adoptados con posterioridad a la notificación del comienzo del procedimiento.

El dec. 265/2002 (BO del 11/2/2002) dispone que en los casos de suspensiones o despidos colectivos en los que se hubiere omitido el cumplimiento del procedimiento establecido en los arts. 98 y ss., ley 24.013, o en su caso del dec. 328/1988, la autoridad administrativa del trabajo debe intimar, previa audiencia de partes, el cese inmediato de dichas medidas, conforme las facultades previstas en el art. 8°, ley 14.786, y sus modificatorias (art. 6°).

La ley 25.877 (BO del 19/3/2004) hace referencia a la obligación de negociar de buena fe en los procedimientos preventivos de crisis e impone al empleador el deber de informar a los

trabajadores a través de la representación sindical sobre las causas y circunstancias que motivaron la iniciación del procedimiento de crisis o la presentación en concurso.

El art. 4°, inc. c), ley 23.546 (según redacción del art. 20, ley 25.877), dispone que en caso de procedimiento de crisis, la empresa debe informar sobre las siguientes materias: mantenimiento del empleo; movilidad funcional, horaria o salarial; innovación tecnológica y cambio organizacional; recalificación y formación profesional de los trabajadores; reubicación interna o externa de trabajadores y programas de reinserción laboral; aportes convenidos al SIJyP; programas de apoyo a la generación de microemprendimientos para los trabajadores afectados.

Tratándose de empresas que no alcancen los porcentajes previstos por el art. 98, previo a la comunicación de medidas de despido, suspensión o reducción de la jornada laboral por causas económicas, tecnológicas, falta o disminución de trabajo, se debe seguir el procedimiento contemplado en el dec. 328/1988, careciendo de causa toda medida que se tome transgrediendo lo prescripto anteriormente (art. 4°, dec. 265/2002).

Cabe recordar que el dec. 328/1988 obliga a los empleadores en general, con anterioridad a disponer cualquiera de las medidas antes referidas, a comunicar tal decisión al Ministerio de Trabajo, con una anticipación no menor de diez días de hacerla efectiva.

***Incumplimiento***: en el marco de la ley 24.013 es discutible qué ocurre con las medidas (despidos o suspensiones) sin haber iniciado el procedimiento de crisis, no resultando pacífica la doctrina.

Rodríguez Mancini entiende que si el empleador comunicó las suspensiones y despidos y luego se inicia el procedimiento por pedido de la asociación sindical, aquéllas quedan en suspenso en su ejecución "desde la notificación" del traslado de la presentación sindical, pero no carecen de eficacia, ya que no existe norma en la ley que sancione con la invalidez las suspensiones y despidos comunicados.

Vazquez Vialard afirma que si el empleador no cumple con este procedimiento, la suspensión carece de validez jurídica (art. 104, párrs. 1° y 2°).

Jurisprudencialmente se resolvió que el incumplimiento del procedimiento preventivo de crisis previsto en el art. 98, ley 24.013, no importa la nulidad de los despidos dispuestos, lo cual requiere una expresa disposición en tal sentido —del voto de Eiras— (sala 3ª, 30/4/1999, "Paulettis, Franklin Roberto v. Inca Sociedad Anónima Cía. de Seguros").

Rubio afirma que el art. 247 no fue modificado por la ley 24.013 y, por ende, no pueden ampliarse las causales previstas en dicha norma. El trabajador puede reclamar además —en concepto de daños y perjuicios— la mejora en la prestación de desempleo que prevé el dec. 2072/1994, que hubiera dejado de percibir por no haber utilizado el procedimiento preventivo de crisis. Asimismo, el empleador puede ser pasible de las multas establecidas en la normativa de infracciones a las leyes de trabajo. También se podría interpretar que el empleador que no inició el procedimiento preventivo de crisis, ante el reclamo del dependiente de la indemnización prevista en el art. 245, LCT, no puede invocar las causales previstas en el art. 247, LCT, para pagar la indemnización reducida.

Asimismo, el art. 8°, dec. 265/2002, prescribe que el inicio del procedimiento preventivo de crisis no habilita por sí la procedencia de despidos ni la aplicación de la indemnización reducida de los arts. 247, LCT.

Se puede incorporar al procedimiento preventivo de crisis de empresas —como una modalidad de prejubilación— tal cual surge del dec. 402/1999, "la suspensión de la prestación de trabajo, consensuada con el trabajador, la asociación gremial que lo representa y el empleador, por un lapso máximo de cinco años, previo al cumplimiento de los requisitos exigidos para acceder a los beneficios previsionales" del SIJP. En ese período el empleador debe abonar al trabajador una prestación dineraria mensual no inferior a 4 Mopre (módulos previsional) e in-

gresar al SUSS los aportes y contribuciones de esa prestación y la alícuota con destino a la respectiva ART. El período se toma en cuenta como antigüedad en el régimen jubilatorio.

***Etapas del procedimiento***: en síntesis, para los casos que encuadren en los términos del art. 98, ley 24.013, se agrega una etapa procesal, cuyo procedimiento se tramita ante el Ministerio de Trabajo a instancia del empleador o de la asociación sindical de los trabajadores (art. 99, párr. 1°).

En la presentación inicial del procedimiento —que tramita ante el Ministerio de Trabajo, a instancia del empleador o de la asociación sindical con personería gremial— se debe fundamentar la petición (por ejemplo, el empleador debe explicar las causas que tornan imprescindible tomar esa decisión) y ofrecer la prueba.

También está previsto un período de negociación con audiencias que requieren la presencia de las partes, y a su vencimiento (no puede durar más de diecisiete días hábiles) el Ministerio, dentro de los diez días siguientes, debe dictar una resolución que homologue o rechace lo pactado.

Durante el procedimiento, el empleador no puede ejecutar las medidas proyectadas y los trabajadores ejercer medidas de acción directa. Vencido el procedimiento, las partes pueden tomar las medidas que entiendan pertinentes, sin perjuicio de asumir las consecuencias.

El procedimiento *consta de las siguientes etapas*:

1) El peticionante (empleador o asociación sindical) debe fundamentar su solicitud ofreciendo todos los elementos probatorios que considere pertinentes (art. 99, párr. 2°). Dentro de las cuarenta y ocho horas de efectuada la presentación, el Ministerio da traslado a la otra parte y cita al empleador y a la asociación sindical a una primera audiencia dentro de los cinco días (art. 100).

El dec. 265/2002 (BO del 11/2/2002) establece el contenido de la presentación cuando la apertura del procedimiento es solicitada a instancias del empleador.

También prevé que cuando la apertura del procedimiento sea solicitada por la asociación sindical representativa de los trabajadores de la empresa en crisis, debe fundar su petición por escrito, indicando la prueba necesaria para la tramitación de las actuaciones (art. 2°). Incluso, la autoridad administrativa del trabajo puede iniciarlo de oficio cuando la crisis implique la posible producción de despidos, en violación a lo determinado por el art. 98, ley 24.013 (art. 1°).

2) En caso de no existir acuerdo en la audiencia prevista en el art. 100, dentro del término de cinco días de celebrada, la autoridad administrativa del trabajo debe examinar la procedencia de la petición (art. 5°, dec. 265/2002), antes de abrir un período de negociación entre el empleador y la asociación sindical que tiene una duración máxima de diez días (art. 101, LNE).

El art. 101, ley 24.013, faculta al Ministerio de Trabajo para que —de oficio o a petición de parte— pueda recabar informes aclaratorios o ampliatorios respecto de los fundamentos de la petición y realizar investigaciones, pedir dictámenes y asesoramiento, y cualquier otra medida para mejor proveer.

Si las partes llegan a un acuerdo, lo deben elevar al Ministerio de Trabajo, el cual, dentro del plazo de diez días, procede a su homologación con eficacia de convenio colectivo o a su rechazo. Vencido el plazo sin pronunciamiento administrativo, se lo tiene por homologado, esto es, homologación ficta (art. 103).

3) El procedimiento concluye con la homologación del acuerdo, con su rechazo o con el vencimiento de los plazos sin llegar al acuerdo (art. 105).

Si se homologa, resulta aplicable a todos los trabajadores del establecimiento o empresa. En caso de no ser homologado, se puede recurrir administrativa y/o judicialmente, o bien, vencidos los plazos, se da por concluido el procedimiento de crisis y las partes quedan en libertad de ejercer sus derechos.

Vazquez Vialard considera que la exigencia de la homologación administrativa no tiene sentido, ya que no se trata de un acuerdo que tenga efecto *erga omnes*, sino reducido exclusiva-

mente a una empresa, por lo que no ve razón para que el acuerdo al que han llegado las partes deba ser homologado o, en su caso, rechazado por la autoridad administrativa.

***Efectos del procedimiento de crisis***: la creación de este procedimiento agrega una etapa procesal y produce una suerte de estabilidad para los trabajadores afectados, ya que *a partir de la notificación, y hasta la conclusión del procedimiento de crisis, el empleador no puede ejecutar las medidas objeto del procedimiento, ni los trabajadores ejercer la huelga u otras medidas de acción sindical.*

La violación de lo normado en el art. 99, ley 24.013, por el empleador determina que los trabajadores afectados mantengan su relación de trabajo y que se les paguen los salarios caídos. En caso de que los trabajadores ejerzan la huelga u otras medidas de acción sindical, se debe aplicar lo previsto en la ley 14.786 (art. 104).

La ley 14.786 faculta a la autoridad de aplicación, al tomar conocimiento del diferendo, para disponer que el estado de cosas se retrotraiga al existente con anterioridad al acto o hecho que hubiere determinado el conflicto (art. 10), y puede intimar que se disponga el cese inmediato de las medidas adoptadas (por ejemplo, medidas de acción directa, art. 8°) y que la huelga o la disminución voluntaria y premeditada de la producción por debajo de los límites normales traen aparejada para los trabajadores la pérdida del derecho a percibir los salarios correspondientes al período de cese o reducción de trabajo, si no cesan después de la intimación de la autoridad de aplicación.

Asimismo, dispone que vencidos los plazos establecidos sin el acuerdo de partes, se debe dar por concluido el procedimiento de crisis (art. 105) y el empleador queda en libertad de adoptar los despidos o suspensiones que fueron objeto del procedimiento de crisis.

***Autoridad de aplicación***: si bien por imperio del art. 99, LNE, la autoridad de aplicación es el Ministerio de Trabajo, el art. 9°, dec. 265/2002, dispone que si éste hubiera celebrado acuerdos con los Estados provinciales, que deleguen las facultades conferidas por ese artículo, los procedimientos preventivos de crisis correspondientes en dichas provincias deben ser sustanciados ante las administraciones provinciales del trabajo.

Se exceptúan aquellos casos en los cuales las empresas ocupen trabajadores ubicados en distintas jurisdicciones o cuando se afecte significativamente la situación económica general o de determinados sectores de la actividad, o bien se produzca un deterioro grave en las condiciones de vida de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, o se encuentre en juego el interés nacional, la iniciación y trámite del procedimiento quedará a cargo del Ministerio de Trabajo (art. 10, dec. 265/2002). Los supuestos contemplados son de tal amplitud que prácticamente facultan al Ministerio de Trabajo en todos los procedimientos preventivos que estime conveniente.

El art. 11, dec. 265/2002, dispone que la existencia de un procedimiento de crisis de empresas en trámite o concluido no impide el uso de las facultades conferidas a la autoridad administrativa del trabajo por la ley 14.786 y sus modificatorias.

Asimismo, el artículo siguiente establece que el incumplimiento de las disposiciones del presente dará lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el Régimen General de Sanciones por Infracciones Laborales —anexo II— del Pacto Federal del Trabajo, ratificado por la ley 25.212, de acuerdo con la calificación de las infracciones que se verifiquen.

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social dictó la res. 337/2002 (BO del 3/5/2002) que faculta a las administraciones provinciales del trabajo a sustanciar y completar en sus respectivos ámbitos jurisdiccionales la gestión del procedimiento preventivo de crisis en empresas (tanto el dispuesto en la ley 24.013 como en el dec. 328/1988). Dispone que en aquellas jurisdicciones donde no se haya ratificado el Pacto Federal de Trabajo —ratificado a nivel nacional por la ley 25.212—, se debe aplicar el régimen de sanciones por infracciones laborales previsto en las normas de procedimiento local.

El art. 13, dec. 265/2002, crea, en el ámbito del Ministerio de Trabajo, el Comité Interministerial de Procedimientos de Crisis de Empresas (Ciproce), el que interviene, a requerimiento de la autoridad administrativa del trabajo, en los trámites previstos en el decreto.

**3) *Suspensión concertada***. Se trata de una *suspensión por causas económicas dispuesta por el empleador* pero que es *aceptada previamente por el trabajador*. No está expresamente contemplada en la LCT, aunque tangencialmente hace referencia a ella el art. 223 bis.

La ley 24.700 (BO del 14/10/1996) incorporó a la LCT el art. 223 bis, que dispone que "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 y 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 23.660 y 23.661".

Tiene su *origen* en los *usos y costumbres* de la década del 90 y se caracteriza —a diferencia de las suspensiones legales por causas económicas— en que *el empleador, durante el tiempo de la suspensión de la prestación de tareas, paga al trabajador un subsidio que tiene carácter de prestación no remunerativa* y que sólo tributa aportes y contribuciones por obra social.

Para fijar el monto que percibirá cada trabajador, se toma en cuenta un porcentaje sobre su remuneración habitual. Puede ser pactada individual o colectivamente y *es homologada por el Ministerio de Trabajo* a fin de evitar reclamos posteriores del trabajador.

Es una manifestación de lo que ocurre generalmente en la práctica. Antes de decidir la suspensión legal y enviar los telegramas para suspender personal, los empresarios se reúnen con el personal o el sindicato y le explican cuál es la situación de la empresa y los efectos inmediatos; se hace referencia a la necesidad de suspender el contrato y se ofrece pagar una suma determinada por cada día de suspensión.

Esos montos no tienen carácter remuneratorio, ya que se trata de asignaciones compensatorias que no están sujetas a cargas sociales y no tienen origen en un acto unilateral y voluntario del empleador.

Por ejemplo, se ofrece un porcentaje importante del salario neto (hasta el 70%); por lo tanto, el trabajador resigna un 30% de sus ingresos, pero para la empresa el ahorro es mayor porque sobre el monto que abona al trabajador no debe pagar cargas sociales, por lo cual la reducción supera el 50%.

Los beneficios son mutuos, entiende parte de la doctrina, ya que ante una situación real de falta de trabajo o fuerza mayor, el trabajador no presta servicios (no tiene gastos de transporte), y si bien no percibe la totalidad de la remuneración, sigue recibiendo ingresos, y el empleador reduce su erogación considerablemente y —teniendo en cuenta la tendencia jurisprudencial— evita una posible sentencia condenatoria en el futuro. Así, mediante este tipo de suspensión, se preserva la fuente de trabajo y la subsistencia del contrato.

### *4.2. Suspensión disciplinaria*

El tema ha sido desarrollado en el punto "Poder disciplinario" del capítulo "Derechos y deberes de las partes".

## Suspensión del contrato de trabajo (principales causas en la LCT)

| ACCIDENTES Y ENFERMEDADES INCULPABLES (arts. 208 a 213) | DESEMPEÑO DE CARGOS ELECTIVOS O REPRESENTATIVOS (arts. 215 a 217) | CAUSAS ECONÓMICAS, DISCIPLINARIAS Y SUSPENSIÓN PREVENTIVA (arts. 218 a 224) | LICENCIAS POR MATERNIDAD (art. 177) | ESTADO DE EXCEDENCIA DE LA MUJER (art. 183) |
|---|---|---|---|---|

CARACTERÍSTICAS:
- Son temporarias.
- Surgen de una causa imprevista que puede depender o no de la voluntad unilateral de las partes.
- Pueden o no devengar salario según las causas que las producen.
- Subsistencia de las prestaciones de conducta de las partes.
- Cómputo o no de la antigüedad, según los casos.

| *Suspensiones por causas económicas y disciplinarias* | |
|---|---|
| REQUISITOS | — Justa causa.<br>— Plazo fijo.<br>— Notificación por escrito. |
| PLAZOS MÁXIMOS | — Falta o disminución de trabajo: 30 días.<br>— Razones disciplinarias: 30 días.<br>— Fuerza mayor: 75 días.<br>— En conjunto, por falta o disminución de trabajo, razones disciplinarias y fuerza mayor: 90 días. |
| CLASES O TIPOS | Suspensiones por causas económicas: Por falta o disminución de trabajo; Por fuerza mayor; Concertada. |
| | Suspensión disciplinaria. |
| | Suspensión por quiebra. |
| | Suspensión preventiva: Denuncia criminal hecha por el empleador; Denuncia de un tercero o de oficio. |
| | Suspensión precautoria o cautelar. |
| | Suspensión por desempeño de cargos electivos y gremiales. |

*4.3. Suspensión por quiebra*

El párr. 1°, art. 196, ley 24.522, establece que "la quiebra no produce la disolución del contrato de trabajo, sino su suspensión de pleno derecho por el término de sesenta días corridos".

Este plazo comienza a correr desde la declaración de quiebra y con relación a todo el personal y no se requiere notificación personal al trabajador, ya que el hecho se produce en virtud de lo dispuesto por la ley (no se aplica el art. 218, LCT, que se ocupa de suspensiones decididas por el empleador).

Se funda en la necesidad de que el síndico de la quiebra evalúe la situación del empleador fallido con relación a las relaciones laborales en vigencia y determine el cese de todas o algunas de ellas o eventualmente la continuación de la actividad productiva por un lapso determinado. El síndico es un funcionario delegado del juez para administrar y liquidar la empresa.

Si bien la regla es que el auto de declaración de quiebra interrumpe la continuidad de los contratos laborales vigentes temporariamente (sesenta días) entre el fallido y cada uno de los trabajadores, excepcionalmente el juez está facultado para admitir la continuidad de la explotación si considera que no admitirla puede producir "un daño grave al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio", o el fallido fuere una empresa de servicios públicos (art. 189, ley 24.522).

Durante ese período, *el trabajador no tiene derecho a cobrar los salarios*: se trata de una *suspensión* del contrato *impuesta por la ley ante una situación excepcional*, aunque se computa la antigüedad a todo efecto y el trabajador no puede considerarse despedido.

Vencidos los sesenta días, sin que se decida la continuación de la actividad, las relaciones laborales quedan disueltas a la fecha de la declaración de quiebra (*ope legis*) sin necesidad de notificación, y los créditos emergentes de ella se deben verificar.

El trabajador no tiene derecho al preaviso ni a la indemnización sustitutiva, ya que, como se dijo, la extinción se produce por disposición de la ley y no por decisión del empleador.

Si el juez —previo informe del síndico (debe expedirse dentro de los veinte días corridos a partir de la aceptación del cargo)— decide que la empresa continúe (tiene un plazo de diez días corridos), mediante resolución fundada debe contemplar la viabilidad de la gestión —de todos o de uno de los establecimientos—, tomando en cuenta que la interrupción de la explotación "pudiera emanar una grave disminución del valor de realización o se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse" (arts. 190 y 191, ley 24.522).

También puede resolver que la continuidad se circunscriba a parte de la actividad y debe fijar "el plazo en que continuará la explotación, el que no podrá exceder del necesario para la enajenación de la empresa... podrá ser prorrogado por una sola vez...", mediante resolución fundada (art. 191, ley 24.522).

Si decidió la continuación, el síndico tiene un plazo de diez días corridos para resolver qué trabajadores continuarán en la explotación y aquellos que cesarán definitivamente (arts. 196 y 197, ley 24.522), a los cuales se debe abonar la indemnización por despido a la fecha de la declaración de la quiebra.

El tema se desarrolla en el capítulo "Distintas formas de extinción del contrato de trabajo".

*4.4. Suspensión preventiva*

Es una interrupción del contrato de trabajo *decidida por el empleador fundada en la existencia de un proceso penal en el cual el trabajador está imputado de haber cometido un delito. Su duración depende del tiempo que demande la tramitación de la causa* hasta el dictado de la sentencia definitiva.

En este caso, si bien el trabajador está en libertad y en condiciones de prestar tareas, el empleador se niega a otorgarlas y a pagarle la correspondiente remuneración mientras dure la investigación de su conducta; el trabajador no puede solicitar su reintegro al trabajo hasta que se dicte sentencia definitiva.

Su *efecto inmediato es producir la suspensión del deber del empleador de otorgar tareas y de pagar la remuneración hasta la terminación del juicio penal*, sin perjuicio de mantenerse los deberes recíprocos de conducta cuyo incumplimiento podría originar injurias que justifiquen el despido.

El art. 224, LCT, establece que "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 además 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".

De la lectura de la norma transcripta se advierte que para conservar el derecho a cobrar las remuneraciones por el tiempo de suspensión no es requisito efectuar la impugnación de la medida, ya que el trabajador tiene el deber de acatarla.

La regla es que *durante la suspensión preventiva el trabajador no percibe salarios, salvo que la detención fuera injustificada*; el cobro posterior de los salarios, por el tiempo que dure la suspensión preventiva, queda supeditado al resultado de la causa judicial.

Cabe distinguir *dos tipos de suspensión preventiva*:

1) *Denuncia criminal efectuada por el empleador*: en caso de que la denuncia fuese desestimada o el trabajador fuera sobreseído provisoria o definitivamente, el empleador debe pagarle los salarios devengados durante el tiempo de la suspensión.

Además, tiene el derecho a reintegrarse a su trabajo; si el empleador se niega, le debe pagar —sin perjuicio de los salarios de la suspensión— la indemnización por despido sin causa justificada. En cambio, si el trabajador es declarado culpable, el empleador no debe abonarle los salarios de suspensión.

Para responsabilizar al empleador por el pago de los salarios caídos a raíz de una suspensión preventiva impuesta al trabajador, es necesario que haya actuado infundada o maliciosamente. Pero si el proceso penal concluyó por prescripción, debe deducirse que la conducta de la demandada no contraría el principio de buena fe, toda vez que no cabe atribuir al transcurso del tiempo el mismo efecto moral que el sobreseimiento definitivo expreso.

2) *Denuncia de un tercero o de oficio*: en caso de no haber sido detenido, en principio, no puede ser suspendido preventivamente por el empleador, salvo que la imputación tenga entidad en sí misma para constituir injuria o lesionar los intereses de la empresa (por ejemplo, si se le imputa un hurto).

Si es detenido, la suspensión es válida y no da derecho posterior al reclamo de los salarios caídos aunque una sentencia definitiva lo absuelva.

En caso de que el empleador decida el despido directo del trabajador por la imputación de la comisión de un delito —en cualquiera de las situaciones—, su procedencia queda supeditada al resultado del juicio penal.

Si el trabajador es declarado culpable, el despido es justificado, y el empleador no debe pagar indemnización alguna; si es absuelto, debe pagar la indemnización por despido sin justa causa. Cuando existe vinculación directa no se puede condenar en una causa laboral o civil hasta que no finalice la penal.

De todos modos, el empleador puede despedir con justa causa al trabajador si la naturaleza del hecho constituye un grave ilícito contractual —injuria— y lo demuestra fehacientemente, ello sin perjuicio de que la sentencia penal determine que el hecho no configura un delito criminal.

En síntesis: 1) en caso de denuncia del empleador o de terceros o de oficio con privación de la libertad por un hecho relacionado al trabajo, si el trabajador es sobreseído, tiene derecho a cobrar los salarios caídos y, a su opción, ser reincorporado o darse por despedido; 2) en caso de denuncia de terceros o de oficio con privación de la libertad por un hecho ajeno al trabajo, corresponde la reincorporación, pero no los salarios caídos.

De todos modos, en la práctica y por lo general este instituto no se aplica. Si el empleador piensa que el trabajador cometió un delito, lo despide sin causa o invoca una causa que no genera responsabilidad penal (por ejemplo, falta de diligencia), y así evita la posible responsabilidad por falsa denuncia si no logra demostrar el delito; además, si lo suspende preventivamente y el trabajador es sobreseído, debe pagarle los salarios caídos.

*4.5. Suspensión precautoria o cautelar*

Es una suspensión que *no está contemplada en la LCT*, pero que surge de los usos y costumbres, y es aceptada por la doctrina y la jurisprudencia.

Consiste en *la posibilidad del empleador de suspender al trabajador para efectuar un sumario o una investigación interna sobre el acaecimiento de un hecho cometido supuestamente por el trabajador*, que puede acarrear sanciones disciplinarias o incluso constituir injuria que amerite un despido.

Durante el plazo de suspensión, si bien el empleador se libera de su obligación de dar ocupación efectiva (art. 78, LCT), debe seguir abonando la remuneración, ya que para suspender el pago debe tratarse de una causa taxativamente establecida en la ley que así lo establezca; además no se trata de un caso de imposibilidad de otorgar ocupación, sino la mera conveniencia del empleador de alejar al trabajador del establecimiento por un tiempo determinado.

Sobre su naturaleza jurídica existen tres tesis. La tesis amplia la asimila a la suspensión disciplinaria, exigiendo a su respecto el cumplimiento de los requisitos exigidos en los arts. 218 a 222, LCT. La tesis estricta la considera por analogía asimilable a la suspensión preventiva del art. 224, LCT.

La tercera tesis, que sostiene entre otros Fernández Madrid [1], se aparta de las anteriores y la considera una manifestación del poder disciplinario del empleador que, en este caso, y atento sus características especiales, lo libera de su obligación de dar ocupación efectiva.

Aclara que la suspensión precautoria no configura sanción alguna, por lo que no puede alegarse eventualmente, y fundada en su causa, la existencia de duplicación de sanciones o la configuración de injuria.

Adscribo a esta última tesis y entiendo que se trata de una extensión del poder de dirección, que no puede ser asimilada a la suspensión preventiva, debiendo ajustarse a las reglas generales que gobiernan las suspensiones en cuanto a la notificación, plazo fijo y justa causa, re-

[1] FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Tratado práctico de derecho del trabajo*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 1989, ps. 1546/1556.

quisitos derivados de los principios de confianza, seguridad y buena fe que deben presidir la relación laboral.

Se trata de una suspensión de la prestación de trabajo con pago de la remuneración; su única finalidad es posibilitar una investigación interna de la conducta del trabajador, que eventualmente podría llegar a dar lugar a la aplicación de una sanción disciplinaria o el despido del dependiente.

Mientras tramita la investigación o sumario tendiente a establecer la responsabilidad del dependiente en algún hecho susceptible de acarrearle la aplicación de medidas disciplinarias o el despido con causa, el empleador puede apartar al trabajador de la prestación de tareas.

Atento a que se impide la prestación laboral del trabajador por estar sometido a una investigación de su conducta, deben aplicarse al caso las reglas pertinentes de la suspensión disciplinaria, por lo cual, en principio, el plazo está restringido a lo estrictamente indispensable, sin que pueda sobrepasar los treinta días.

*4.6. Suspensión por desempeño de cargos electivos y gremiales*

*Es una licencia sin goce de haberes que el empleador está obligado a otorgar* al trabajador cuando es elegido para ejercer un cargo electivo o gremial.

Está contemplada en los arts. 215 y 217, LCT, que se refieren tanto a los cargos electivos en el orden nacional, provincial o municipal, como a los cargos gremiales obtenidos por medio de sufragio y los representativos que surgen de una designación.

El empleador está obligado a reservarle el empleo hasta treinta días después de concluido el ejercicio de sus funciones y a reincorporarlo. Dicho período es considerado tiempo de trabajo a los efectos del cómputo de su antigüedad, pero no para determinar los promedios de remuneración.

En el caso de los *cargos electivos*, si el empleador despide al trabajador o no lo reincorpora, debe pagar las indemnizaciones por despido injustificado, debiendo computarse en la antigüedad el período de reserva del empleo (art. 216, LCT).

Es posible interpretar la innecesariedad de un acto disolutivo expreso, ya que la no reincorporación por negativa del empleador da derecho a reclamar las indemnizaciones por despido injustificado, no obstante lo cual —por imperio de los principios de conservación del empleo (art. 10) y de buena fe (art. 63)— resultaría necesario un emplazamiento previo del trabajador.

Con la doble función de sancionar el incumplimiento del empleador al deber de conservar el puesto de trabajo y restituirlo al trabajador, y de compensarlo por la privación de su goce, se establece que el tiempo del período de conservación (dispuesto el despido sin causa u operada la disolución) debe computarse como antigüedad a fin de calcular la indemnización correspondiente.

En el caso de *desempeño de cargos gremiales*, rige la estabilidad propia consagrada en la ley 23.551; si el empleador despide al trabajador, debe reincorporarlo o bien pagarle —además de la indemnización por despido injustificado— la indemnización agravada dispuesta en dicha ley.

La licencia gremial genera la suspensión de los efectos principales del contrato de trabajo (poner la fuerza de trabajo a disposición —trabajador—, dar ocupación y remunerar —empleador—).

Tiene derecho a gozar de dicha licencia el trabajador electo o designado para ejercer un cargo de representación gremial cuando la dedicación exclusiva requerida por éste resulte incompatible con el simultáneo cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato laboral-dependiente.

En tales casos, el empleador debe conservar el puesto de trabajo durante todo el período de ejercicio de dicha representación, y hasta treinta días después de concluido.

El vencimiento del plazo de treinta días posteriores a la finalización del ejercicio de las funciones para las cuales fue elegido o designado el trabajador, sin que las partes hubieren realizado gestiones activas tendientes a reanudar la prestación, configura un comportamiento concluyente, recíproco e inequívoco del abandono de la relación (art. 241, párr. 3°), que la extingue sin derecho a indemnización alguna.

Fuera del caso mencionado en el párrafo precedente, rige la estabilidad contemplada en la ley 23.551; si el empleador despide al trabajador, debe —a elección de éste— reincorporarlo o bien abonarle —además de la indemnización por despido injustificado— la agravada dispuesta en dicha ley (art. 52).

*4.7. Servicio militar. Convocatorias especiales*

No obstante la eliminación del *servicio militar obligatorio* y su reemplazo por el *servicio militar voluntario* (ley 24.429), lo dispuesto en el art. 214, LCT, podría resultar excepcionalmente de aplicación si no se cubriera el cupo anualmente fijado para dicho *servicio*, en cuyo caso el Poder Ejecutivo conserva la facultad de convocatoria a *servicio militar*, lo cual también puede ocurrir en caso de "movilización o convocatorias especiales".

En ese caso, el empleador está obligado a conservar el puesto de trabajo al trabajador convocado a prestar servicio militar durante todo el tiempo en que esté impedido de acudir a prestar tareas y hasta treinta días después de finalizada la convocatoria.

El incumplimiento a dicha obligación configura una injuria convalidante del despido indirecto dispuesto por el trabajador (arts. 216, 242 y 246). En tal caso, para el cálculo de la indemnización se tendrá en cuenta como antigüedad el período de reserva (art. 216).

El período que dure la convocatoria debe ser considerado a fin de computar la antigüedad del trabajador, para el otorgamiento de cualquier beneficio relacionado con ella.

El vencimiento del plazo de treinta días posteriores a la conclusión de la convocatoria, sin que las partes hubieren realizado gestiones activas tendientes a reanudar la prestación, configura un comportamiento concluyente, recíproco e inequívoco del abandono de la relación (art. 241, párr. 3°), que la extingue sin derecho a indemnización alguna.

CAPÍTULO XVI

# DESPIDO

## I. ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

La *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 puede clasificar en estabilidad propia e impropia.

La llamada *estabilidad propia* —que 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) o, en caso de negarse, debe pagar una indemnización agravada (relativa). En el derecho argentino del trabajo, la única que podría considerarse estabilidad propia relativa es la del representante gremial y está prevista en el art. 52, ley 23.551.

La llamada *estabilidad impropia* —que es la aplicable en la legislación argentina— se da cuando *no se le garantiza al trabajador la perduración del vínculo jurídico, pero sí una indemnización en caso de despido sin causa*; se trata, simplemente, de evitar el despido antijurídico al imponer una sanción indemnizatoria al empleador que lo dispone.

*El art. 14 bis garantiza la protección contra el despido arbitrario*, aunque no obliga en forma genérica a establecer la estabilidad propia. En cambio, se ha decidido, por ejemplo, la reinstalación en casos de discriminación. Tal es el criterio de la Corte Suprema (fallo "Álvarez", del 7/12/2010).

Anteriormente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había declarado la inconstitucionalidad de los regímenes de estabilidad propia de distintas actividades: del dec. 20.268/1946, reglamentario de la ley 12.637, de los trabajadores bancarios (25/2/1969, "De Luca v. Banco Francés"); del convenio colectivo de los cerveceros (11/11/1971, "Álzaga v. Cervecería Córdoba SA") y del convenio colectivo de la industria cementera (4/9/1984, "Figueroa v. Loma Negra SA"), entre otros.

El criterio de la Corte se sustentaba en que el sistema de estabilidad absoluta es irrazonable porque suprime el poder discrecional del empleador respecto de la integración de su personal, ya que viola la garantía de la libertad de comercio e industria (art. 14, CN) y el derecho de propiedad (art. 18, CN).

En ese sentido, la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo sostuvo que era inconstitucional la cláusula convencional que implementa un sistema de estabilidad absoluta que obliga al empleador a la reincorporación del dependiente despedido, puesto que suprime el poder discrecional del empresario en lo concerniente a la integración de su personal en menoscabo de las garantías consagradas por los arts. 14 y 17, Ley Fundamental, sobre todo por cuanto se reconoce la obligación de pagar remuneraciones sin contraprestación (sala 1ª, 23/9/1997, "Piñeiro, Avelino v. Sadaic").

Sin embargo, el voto de De la Fuente —en minoría— entendía ajustada la estabilidad absoluta que surge de los convenios colectivos al considerar que la estabilidad propia que surge de un convenio colectivo no es permanente, sino que está limitada a su vigencia, es decir que se trata de una vigencia precaria y condicionada.

## II. Reinstalación en caso de discriminación. Jurisprudencia de la Corte Suprema, 7/12/2010, "Álvarez, Maximiliano y otros v. Cencosud SA"

Resulta de esencial importancia analizar el fallo "Álvarez, Maximiliano y otros v. Cencosud SA s/acción de amparo" que la Corte Suprema dictó el 7/12/2010, confirmando la sentencia de la sala 2ª de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Considera que la Ley Antidiscrimatoria —ley 23.592— se aplica también a las relaciones laborales privadas y prevalece sobre la libertad contractual y de comercio del empleador.

De este modo, la Corte amplía al derecho individual del trabajo la doctrina contra la discriminación, ya que hasta ese momento había admitido la reinstalación por motivos discriminatorios en los casos de empleados públicos y de delegados sindicales. Entiende que "el Estado no puede tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de las relaciones laborales privadas". La postura de la minoría también destaca que "los inequívocos términos de la ley 23.592 no permiten exceptuar de su ámbito a las relaciones laborales".

Por lo tanto, si se prueba que un trabajador fue despedido por alguna causa discriminatoria (sexo, raza, religión, nacionalidad, por padecer una enfermedad, tener una determinada ideología, etc.), puede pedir la reincorporación según la posición mayoritaria de la Corte. La postura minoritaria también ordena la reinstalación, pero en caso de que la empresa se niegue el trabajador se hace acreedor a una indemnización agravada.

El voto de la mayoría, con fundamento en el art. 1°, ley 23.592, ordenó reincorporar a los trabajadores, considerando que el despido sin causa configuró un acto discriminatorio motivado por sus actividades sindicales. Sostiene que no existe "incompatibilidad alguna entre la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita del art. 14, CN".

El voto de la minoría también condena a la empresa y ordena la reinstalación, pero consigna que, si se niega a reinstalarlos, corresponde a los cesanteados una compensación adicional igual a la prevista en la LCT para otros supuestos de discriminación, la del art. 245, LCT, con más un año de remuneraciones como lo dispone el art. 182, LCT. Esto se basa en la necesidad de compatibilizar los derechos constitucionales de los trabajadores con los de la empresa.

Resulta importante la prueba de la discriminación, ya que el mismo día que dictó el fallo "Álvarez" (7/12/2010), la Corte, en el fallo "Pellejero v. Banco Hipotecario SA", rechazó la demanda porque no se había comprobado que existiese discriminación. Allí revocó la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, la cual había condenado a la demandada a reincorporar a la actora por considerar que ésta había sido objeto de un despido discriminatorio.

El fallo "Álvarez" se sustenta en el principio constitucional de igualdad y de prohibición de discriminación, cuyo fundamento es la dignidad de la persona humana y en su relación con el derecho al trabajo y las relaciones laborales. Refiere que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos el principio de igualdad y prohibición de discriminación es "inseparable de la dignidad esencial de la persona" y "posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno" y que, además, "permea todo ordenamiento jurídico".

"Pesa sobre el Estado, 'independientemente de cualquier circunstancia o consideración', la obligación de no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de los trabajadores en las

relaciones laborales privadas, ni permitir que los empleadores violen los derechos de los trabajadores o que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales".

Resalta "el deber del empleador de respetar los derechos humanos de sus trabajadores" y que "el derecho a no ser discriminado exhibe un valor absoluto del que nadie puede desviarse". Sostiene que la ley contra la discriminación impone la obligación de "dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización" y "reparar el daño moral y material ocasionados", ya que ofende la dignidad de la persona.

El fallo resulta trascendente porque interpreta un párrafo del art. 1°, ley 23.592, que había generado posturas encontradas en la doctrina y jurisprudencia: "Será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño material y moral ocasionados". Queda claro que, para la Corte, la ley 23.592 es aplicable a los contratos de trabajo: "Los inequívocos términos de la ley 23.592 no permiten exceptuar de su ámbito a las relaciones laborales".

Un sector consideraba que en materia laboral el despido discriminatorio dejaba sin efecto el acto de despido en sí mismo, dando lugar no sólo a las reparaciones económicas sino también a la reinstalación. Otro sector entendía que no correspondía imponer la reinstalación.

Entiendo que se trata de un fallo importante y que es trascendente la línea de pensamiento de la Corte relativa a la interpretación del derecho laboral como un derecho humano fundamental y sobre la jerarquía de los valores constitucionales.

Tal cual subyace desde "Aquino" y "Vizzoti", el centro referencial es —como debe ser— el hombre. La Corte coloca la dignidad de la persona en el primer lugar del ordenamiento legal y, supeditados a ella, los demás derechos constitucionales. Sabido es que nuestra Carta Magna protege la libertad de contratar y de comercio e industria —las que lógicamente son esenciales para el derecho de propiedad—, pero entiende que esa libertad —como todas las otras libertades que otorga la Constitución— no puede erigirse en un instrumento que atente contra la dignidad humana y los valores constitucionales superiores.

Resulta interesante destacar seguidamente las principales consideraciones de Estela M. Ferreirós sobre el pronunciamiento, teniendo especialmente en cuenta que siempre sostuvo la postura mayoritaria de la Corte en "Álvarez", la que plasmó en sus trabajos y en sus fallos.

Afirma Ferreirós que el principio de igualdad y prohibición de discriminar ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad; pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional, y de tal forma que, usando la terminología de la propia Corte, permea todo el ordenamiento jurídico y, por su carácter imperativo, rige en el derecho internacional general.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) previó la nulidad de aquellos que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general —*jus cogens*— o ante la aparición de una de éstas. En ese andarivel, la Corte ha considerado, que la ley 23.592 ha previsto imponer al autor de la obligación "dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización". Esto, más allá de su reparación económica, en cuanto al daño material y moral.

Se genera, así, una reacción legal proporcionada a tamaña agresión, que ofende, nada menos, que el fundamento de los derechos humanos, como es la dignidad de la persona, al renegar de uno de los caracteres ínsitos en ésta: la igualdad en dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, de la cual deriva el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación.

De tal forma, es conclusión inevitable descartar la pretendida inaplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito del derecho individual del trabajo.

En ese escenario, continúa Ferreirós, es del caso recordar que "donde la ley no distingue, no debemos distinguir", y en ella no hay distinción alguna; es decir, no descarta el ámbito labo-

ral, ni distingue, en él, ningún tipo de relación que pueda quedar afuera, ya sea por la importancia de la empresa o del trabajador en su esquema, o cualquier otra consideración.

De tal manera, insiste el Tribunal Supremo en que nada tiene que ver la cuestión con "De Luca", ya que el marco normativo constitucional difiere del de aquel entonces y, en ese sentido, resulta sí importante recordar el caso "Madorrán", que también enarbola la protección al derecho a trabajar y que si bien no impone la reinstalación, tampoco la descarta.

A la vez, resulta muy importante tener en cuenta que la Corte señala que, aun cuando la República no ha ratificado el convenio 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, el Comité no ha dejado de considerar que los alcances al derecho al trabajo del Pidesc son determinables a la luz del instrumento citado, al menos en cuanto impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido, así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo, en caso de despido improcedente (observación general 18, párr. 11). En el documento se prevé, asimismo, en el despido injustificado, anular la terminación y ordenar la readmisión del trabajador (art. 10).

Refiere Ferreirós que la reinstalación guarda coherencia con principios que rigen instancias jurisdiccionales internacionales como la *restituto in integrum* de los daños irrogados por un despido, sin que pueda haber impedimento alguno para su debida aplicación. Sólo un entendimiento superficial del art. 14 bis, CN, llevaría a creer que la protección contra el despido arbitrario implicaría una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación.

Las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente y rige el principio *pro hominis*. De tal manera, la Corte ha dejado sentado que nada hay de objetable a la aplicación de la ley 23.592 que reglamenta directamente un principio constitucional de la magnitud del art. 16, CN, y, sobre todo, se señala en el fallo en examen, como, por un lado, la hermenéutica del ordenamiento infraconstitucional debe ser llevada cabo con auténtico y fecundo sentido constitucional y, por otro, el trabajador es un sujeto de preferente tutela por parte de la Constitución Nacional; así se entendió, tanto en autos "Municipalidad de Laprida con Universidad de Buenos Aires" como en autos "Vizzoti" y "Aquino".

## III. PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO

La llamada *protección contra el despido* es una de las medidas adoptadas por las legislaciones para evitar el despido arbitrario del trabajador.

*La LCT dispuso una reparación tarifada abarcativa de todos los daños y perjuicios que pueda haber causado la decisión rescisoria.*

Como quedara dicho, el art. 14 bis, CN, no obliga, para todos los casos, a disponer la estabilidad propia, es decir, la imposibilidad jurídica de extinguir la relación laboral sin causa.

La protección contra el despido arbitrario se reduce —en principo— a una indemnización basada en el salario mensual y la antigüedad del trabajador; por ello, se puede afirmar que en la práctica existe un régimen de libertad de despido con indemnización tarifada que cubre los daños y perjuicios ocasionados.

Excepcionalmente puede otorgarse otra reparación (agravada o extratarifada) o incluso decidirse la reinstalación en el trabajo. Esta decisión podría fundamentarse en casos de discriminación (ley 23.592), acoso sexual, *mobbing*, conductas que generan daño moral, si la falta de aportes al sistema impiden acceder al subsidio por desempleo, daño por agresión física y verbal (concepto de agravio a la persona, art. 1078, CCiv.), 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 (art. 1109, CCiv.).

Para que se configure *daño moral*, la jurisprudencia excepcionalmente entendió que es necesario que exista una conducta adicional del empleador ajena al contrato, de naturaleza dolosa, es decir, un acto ilícito adicional al despido. La ilicitud se refiere a la antijuridicidad de la conducta que se califica de injuriante, oprobiosa y, por ende, nociva para el trabajador. La prueba de la configuración de estas circunstancias recae en el trabajador.

El régimen indemnizatorio por despido arbitrario se introdujo en la Argentina cuando en 1934 se reformó el Código de Comercio, mediante la ley 11.729, que se aplicó exclusivamente a los empleados de comercio. Las características de este régimen eran el preaviso —que se ha mantenido desde esa época prácticamente inalterable— y la indemnización por antigüedad, que se establecía en medio mes de sueldo por año de antigüedad o fracción mayor de tres meses.

En 1945 se dictó el dec. 33.302/1945 que extendió los beneficios de la ley 11.729 a la mayor parte de los trabajadores en relación de dependencia en el sector privado, con la excepción de los empleados domésticos y los empleados públicos.

En 1974 se sanciona la LCT (ley 20.744, modificada en 1976 por ley 21.297) y comienza a regir el régimen indemnizatorio regulado en los arts. 231 a 254, y en 1998 se dicta la ley 25.013. En 2004 se sanciona la ley 25.877 (BO del 19/3/2004), que introduce cambios en el régimen de extinción del contrato de trabajo —preaviso, integración del mes del despido e indemnización por antigüedad— modificando los arts. 231, 233 y 245, LCT, y derogando los arts. 5°, 6°, 7°, 8°, 10 y 11, ley 25.013.

El resarcimiento es independiente del perjuicio real del trabajador, pudiendo resultar mayor al perjuicio ocasionado —en caso de que el trabajador consiga un nuevo empleo inmediatamente—, o menor —por ejemplo, si permanece largo tiempo desocupado y tiene cargas de familia (esposa y varios hijos)—.

La indemnización no tiene un tope global como el que establecía la ley 9688, la 24.028 o la actual LRT. En cambio, tiene un tope salarial —la remuneración a tomar en cuenta no puede superar tres veces el salario promedio del convenio colectivo aplicable— y sólo tiene en consideración los conceptos remuneratorios, es decir, que excluye los demás ingresos percibidos mensualmente.

La indemnización, que es tarifada y no queda al arbitrio judicial, tiene una *triple función: reparatoria, sancionatoria y disuasiva.*

Es *reparatoria* porque es resarcitoria en forma parcial de los daños y perjuicios ocasionados por el comportamiento antijurídico del empleador. Es *sancionatoria o punitiva*, ya que castiga el comportamiento antisocial del empleador. Es *disuasiva*, porque el costo económico de la indemnización pretende evitar los despidos directos sin causa.

Las *principales obligaciones del empleador, emergentes del despido sin justa causa*, consisten en:

*a) preavisar por escrito el despido al trabajador*: debe efectuarse con un mes de antelación si la antigüedad del trabajador es inferior a cinco años, y con dos meses si es mayor. En el período de prueba, con quince días de antelación. *En caso de omisión,* el empleador debe pagar una *indemnización sustitutiva del preaviso y la integración del mes de despido* (salvo en período de prueba); el trabajador sólo debe un preaviso de quince días cualquiera que sea su antigüedad;

*b) indemnizar de acuerdo con lo dispuesto en la ley o el convenio colectivo aplicable: la indemnización es tarifada* y, en principio, comprende la totalidad de los perjuicios materiales y morales que, por el hecho de la denuncia, sufra el trabajador. El *art. 245, LCT*, establece la *indemnización por antigüedad*, que surge de multiplicar la mejor remuneración mensual, normal y habitual del trabajador por su antigüedad en la empresa calculada en años (o fracción mayor de tres meses).

La indemnización tarifada por despido arbitrario implica que —en principio— el trabajador no puede invocar ni acreditar daños mayores, ya que la tarifa es abarcativa de los daños y perjuicios ocasionados por el despido; ni tampoco el empleador puede pretender pagar una suma menor, sosteniendo que los daños ocasionados son inferiores a la indemnización legal.

## IV. PERFECCIONAMIENTO DE LA EXTINCIÓN. DEBERES DE LAS PARTES

La extinción del contrato puede producirse por un acto jurídico unilateral o bilateral, expreso o tácito. Es importante determinar concretamente en qué momento se produce.

El *hecho de la extinción* de la relación —distracto— *es de carácter instantáneo*, es decir que *produce efectos desde el momento en que se perfecciona*; esto es, cuando la voluntad de extinguirlo llega a la esfera de conocimiento de la otra parte.

Cualquiera sea la causa de la extinción del contrato, y sin perjuicio de las indemnizaciones que en su caso correspondan (indemnización sustitutiva de preaviso, antigüedad, indemnizaciones agravadas o reducidas), *las partes tienen deberes* que deben cumplimentar al producirse el cese del contrato de trabajo.

El *empleador* tiene la obligación de pagar las remuneraciones pendientes, los rubros de pago obligatorio (SAC y vacaciones proporcionales), entregar los certificados de trabajo y aportes previsionales y devolver al trabajador sus efectos personales y documentos.

El *trabajador* debe otorgar recibos por las sumas abonadas por el empleador y por los efectos personales recibidos, dar preaviso o pagarlo (no ocurre en la práctica), devolver documentos y herramientas de trabajo y subsiste la obligación de guardar reserva.

## V. PREAVISO

### 1. Concepto

*Es una obligación y una garantía bilateral* de las partes *que consiste en notificar la extinción del contrato de trabajo* con la antelación dispuesta por la ley. Tiene por finalidad evitar la ruptura intempestiva del contrato y que se produzcan daños innecesarios por la interrupción brusca de la relación motivada en la mala fe de las partes.

Se trata de la comunicación anticipada que debe realizar una parte a la otra, en caso de disolución del vínculo en las formas antes mencionadas, respetando los plazos establecidos por la ley para cada caso.

El preaviso *debe otorgarlo no sólo el empleador* —para que el trabajador busque otro trabajo—, *sino también el trabajador* (por ejemplo, anticipando su decisión de renunciar) —para que el empleador pueda cubrir la vacante—, aunque no es común que esto ocurra en la práctica. Por ser utilizado casi exclusivamente por el empleador, se la ha definido como la "notificación anticipada del despido".

Hace tiempo, el instituto del preaviso padeció una especie de "inflación" legislativa, porque llegaron a coexistir tres regímenes aplicables.

Los contratos extinguidos hasta el 27/3/2004 inclusive que se habían iniciado hasta el 2/10/1998 se regían por la LCT, y los que habían comenzado a partir del 3/10/1998 se regían por la ley 25.013. Sin embargo, si el contrato de trabajo se había iniciado a partir del 8/6/1995 y el empleador es una PyME —pequeña y mediana empresa en los términos de la definición del art. 83, ley 24.467, y del dec. 146/1999—, se regía por la ley 24.467.

A partir del 28/3/2004, fecha en que comenzó a regir la ley 25.877 (BO del 19/3/2004), se aplica la LCT (arts. 231/239) con las modificaciones introducidas a los arts. 92 bis, 231 y 233, LCT, por la ley 25.877, y también el régimen de PyMEs; fue derogado el art. 6°, ley 25.013.

## 2. Plazos

El art. 3°, ley 25.877, modificó el art. 231, LCT, que dispone que "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 días;

"b) por el empleador, de quince días cuando el trabajador se encontrare en período de prueba; de un mes cuando el trabajador tuviese una antigüedad en el empleo que no exceda de cinco años y de dos meses cuando fuere superior".

La LCT establece plazos mínimos, lo cual significa que las partes pueden convenir plazos mayores mientras no resulten irrazonables (por ejemplo, si se otorga un preaviso con un año de anticipación).

Cuando el trabajador tenga hasta cinco años de antigüedad, el empleador debe otorgar el preaviso con una anticipación de un mes, y si su antigüedad es mayor de cinco años, debe otorgarlo con una anticipación de dos meses. El trabajador —cualquiera sea su antigüedad— debe otorgar preaviso al empleador siempre con una antelación de quince días (art. 231, LCT, texto según ley 25.877).

Durante el período de prueba el preaviso es de quince días. Este plazo se da sólo cuando se encuentre vigente el período de prueba y no genéricamente durante los primeros tres meses de la relación laboral, ya que si las partes prescinden del período 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 un mes y no de quince días.

En caso de que el trabajador preste 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 han sido dispuestos plazos distintos: en los despidos sin causa, la empresa periodística está obligada a preavisar con uno o dos meses de anticipación a la fecha del cese, según la antigüedad del agente sea menor o mayor de tres años (art. 43, ley 12.908); los encargados de casas de renta tienen derecho a tres meses de preaviso cualquiera sea su antigüedad (art. 6°, ley 12.981).

*El régimen de preaviso* dispuesto en la LCT resulta *inaplicable* en algunas actividades que tienen prevista una reglamentación especial, como en el caso de la industria de la construcción, el trabajo marítimo, el rural y el servicio doméstico.

En el *contrato a plazo fijo*, las partes deben preavisar con antelación de uno o dos meses de la expiración del plazo convenido, salvo que tenga una duración menor de un mes (art. 94, LCT), en cuyo caso el propio contrato sirve de preaviso.

Es importante destacar que *el trabajador no requiere de una antigüedad mínima para que el empleador tenga la obligación de preavisar, incluso debe hacerlo en el período de prueba.*

Si se otorga preaviso por un plazo inferior al legal, el empleador debe pagar íntegramente la indemnización por falta de preaviso, es decir que el preaviso es nulo (fallo plenario 37, C. Nac. Trab., 20/5/1957, "Barrera, Raúl v. Ducilo"), pero mantiene intacto el despido y el contrato finaliza en la fecha prevista.

### 3. Perfeccionamiento

El art. 235, LCT, dispone que "la notificación del preaviso deberá probarse por escrito". Las formas habituales de comunicación son: el telegrama, la carta documento o una nota firmada por el trabajador preavisado.

El fallo plenario 124 de la Cámara Nacional del Trabajo (1/10/1969, "Tovarich, Pedro v. Fernando Vannelli e Hijos SA") estableció que no constituye prueba válida de la notificación del preaviso el instrumento privado suscripto por dos testigos, quienes afirman que el trabajador se negó a hacerlo, dándole lectura al contenido en su presencia.

El preaviso debe probarse por escrito. Por ello, aunque el trabajador haya reconocido en la absolución de posiciones que fue informado de que la empresa cerraría en una fecha determinada, esa sola circunstancia no exime a la demandada de la prueba que la ley le exige (sala 7ª, 20/5/1999, "Bermúdez, Raúl v. Selk SA y otros").

La carga de la prueba de la emisión y recepción del preaviso la tiene quien lo otorga.

Se trata de una *declaración unilateral de voluntad recepticia*, es decir que para su perfeccionamiento no sólo 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 art. 233, LCT, en su redacción anterior, establecía que el plazo comenzaba a correr desde el primer día del mes siguiente al de la notificación. Por ejemplo, un preaviso notificado un día 15 o 20 de un determinado mes recién comenzaba a regir a partir del primer día del mes siguiente.

Con la reforma introducida por el art. 4°, ley 25.877, al art. 233, LCT, el preaviso comienza a correr a partir del día siguiente al de la notificación. La diferencia con el régimen de las PyMEs (respecto de los trabajadores contratados a partir de la vigencia de la ley 24.467 [rige a partir del 8/6/1995]) —además de que el preaviso es de un mes— se reduce a que en caso de no otorgarse preaviso se debe abonar la integración del mes de despido, lo que no sucede en estos casos ni en el período de prueba.

De todos modos, *la eficacia de la notificación del preaviso depende de la prestación de tareas*, lo cual ha sido expresamente contemplado en el art. 239, LCT, del cual pueden extraerse las siguientes *pautas*:

— en caso de que el trabajador esté trabajando normalmente no se presentan inconvenientes;

— si el contrato está suspendido por alguna causa que genera derecho a percibir remuneración —enfermedad o accidente inculpable, accidente de trabajo o enfermedad profesional, vacaciones—, el preaviso no tiene efecto, salvo que haya sido otorgado para empezar a correr una vez finalizada la suspensión: en tal caso es válido;

— si la suspensión no genera derecho a percibir remuneración —disciplinaria, por fuerza mayor, etc.—, el preaviso es válido, pero a partir de su notificación y hasta el fin del plazo (uno o dos meses) el empleador tiene la obligación de pagar salarios;

— si la suspensión del contrato fuese sobreviniente a la notificación del preaviso, es decir, si se produjera durante el término del preaviso, el plazo se suspende hasta que cesen los motivos que la originaron. Se computa lo corrido hasta entonces y se vuelve a computar cuando finaliza la suspensión sobreviniente.

El fallo plenario 286 estableció que 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 (13/8/1996, "Vieyra, Iris v. Fiplasto SA").

## 4. Efectos

*El otorgamiento del preaviso produce que el contrato continúe hasta su finalización*, es decir que durante el tiempo de su duración ambas partes mantienen no sólo los deberes de prestación, sino también todos los derechos y obligaciones. Esto significa que *el empleador está obligado por todos los hechos que ocurran durante dicho lapso*, se trate de aumentos, enfermedad del dependiente, accidentes, etcétera.

De ello se desprende también que si durante el período de preaviso tiene lugar una injuria en los términos del art. 242, y el perjudicado disuelve —con ese fundamento— el contrato, tal disolución es válida y genera el derecho a percibir la pertinente indemnización.

Si el trabajador preavisa su renuncia (que no genera derecho a indemnización), y es destinado a prestar tareas jerárquicamente muy inferiores, tiene derecho a colocarse indirectamente en situación de despido —previa intimación— y a percibir la pertinente indemnización.

En cambio, *si omite otorgar preaviso, la relación finaliza el mismo día en que se notifica el despido* y el trabajador no puede invocar ningún hecho acaecido con posterioridad porque ya no existe contrato.

En la práctica, al empleador le resulta más beneficioso no otorgar el preaviso, porque la sanción es simplemente una indemnización equivalente al tiempo de preaviso (quince días, un mes o dos meses de salario), sumada a la integración del mes de despido (el pago de los días faltantes hasta la finalización del mes en que se produjo el distracto). Solamente en el contrato a plazo fijo la sanción es mayor, ya que transforma dicho contrato en uno de tiempo indeterminado.

El único perjuicio para el empleador es que al no otorgar preaviso debe reemplazar en forma inmediata al trabajador despedido y, por ende, además de la indemnización sustitutiva de preaviso, debe pagar por el mismo período el salario del nuevo trabajador contratado.

El preaviso concedido es tiempo de servicio, no así el omitido (indemnización sustitutiva de preaviso); por ello, en caso de otorgarlo podría tener que pagar un período más en caso de superar, con el mes o los dos meses de preaviso, la fracción mayor de tres meses. Ello, además de las implicancias —tanto respecto del preaviso como de la indemnización por antigüedad— de los posibles aumentos salariales ocurridos en dicho período o de cualquier circunstancia que suceda, ya que el contrato de trabajo sigue plenamente vigente.

En el caso particular de la jubilación del trabajador, opera como plazo extintivo del contrato; este llamado "preaviso prejubilatorio" depende de la voluntad del empleador y de que el trabajador tenga tanto la edad requerida para poder jubilarse como el derecho a gozar de un beneficio previsional.

El art. 237, LCT, dispone el derecho del trabajador a gozar de una licencia para que busque un nuevo empleo: "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".

Esta disposición tiene como propósito dar la posibilidad al trabajador de reacomodar su situación ante el cambio que supone la extinción contractual y en el tiempo de la licencia diaria, por ejemplo, buscar un nuevo empleo.

Obviamente, no hay derecho a licencia en caso de preaviso otorgado por el trabajador, ya que en este caso el preaviso es reconocido en favor del empleador.

En el supuesto de disolución contractual dispuesta por el empleador y debidamente preavisada, el trabajador tiene la facultad de considerar extinguido el contrato dentro del período que va desde la notificación del preaviso hasta la efectivización del distracto.

Si ejerce dicha facultad, debe comunicarlo mediante telegrama cursado personalmente al empleador y pierde el derecho a percibir la remuneración correspondiente al tiempo faltante de preaviso que ha decidido no aprovechar, sin que ello afecte su derecho a la indemnización correspondiente.

Si el vínculo lo disuelve el trabajador mediante la renuncia regulada en el art. 240, LCT, debidamente preavisada o el empleador decidiera no aprovechar el preaviso, puede eximir al trabajador de su obligación de poner la fuerza de trabajo a disposición (art. 236, párr. 2°).

Es decir, puede relevar al trabajador del deber de prestar servicios (y obviamente no podría exigir el cumplimiento del deber de ocupación), pero tiene la obligación de pagar el salario correspondiente, ya que la relación continúa vigente, con las consecuencias que ello implica: cumplimiento de los deberes de ambas partes (aplicación de nuevas normas legales o convencionales, aumentos salariales, cambio del tope convencional, licencia por enfermedad, etc.), extinguiéndose con la finalización del plazo de preaviso.

Lo dispuesto en el párr. 2°, art. 236, responde a que la presencia del trabajador podría generar conflictos y resultar incómoda para el empleador en virtud de la actitud rescisoria del vínculo asumida.

Asimismo, el vínculo podría extinguirse por otra causa; por ejemplo, el despido directo o indirecto motivado en una injuria producida durante el período de preaviso, por la muerte del trabajador o su renuncia, resultando innecesario aguardar que se complete.

El trabajador podría celebrar durante el lapso de preaviso un nuevo contrato de trabajo, aun con una empresa competidora, sin incurrir en concurrencia desleal y/o en violación de sus obligaciones laborales, ya que la relación carece de toda expectativa de continuidad (sala 6ª, 29/5/1992, "Alegre v. Uñas Esculpidas SRL", DT 1992-B-2302).

## 5. Indemnización sustitutiva

El art. 232, LCT, dispone 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".

El incumplimiento de la obligación impuesta por el art. 231, LCT, genera el derecho a la *indemnización sustitutiva del preaviso omitido*. Dicha indemnización procede tanto si el incumplimiento es total (no se da el preaviso) como si es parcial (se otorga por un plazo menor al legal).

Como el propósito de la ley es que efectivamente se cuente con el período del preaviso, *el monto de la indemnización debe reflejar el ingreso normal del trabajador* y es equivalente a quince días (en período de prueba), un mes o dos meses (según la antigüedad del trabajador) de la remuneración bruta al momento del cese, que el trabajador hubiese percibido durante el lapso de preaviso omitido.

La indemnización sustitutiva del preaviso y la integración del mes de despido (arts. 232 y 233, LCT) deben incluir lo que el trabajador debió ganar: si trabajaba habitualmente horas extraordinarias corresponde su inclusión, porque es razonable presumir que el trabajador las hubiera laborado durante el plazo de preaviso.

La jurisprudencia estableció que para el cálculo del preaviso omitido debe aplicarse el principio de la "normalidad próxima", noción que supone e 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 y cuyo resarcimiento tiene como base la remuneración que el trabajador habría percibido durante el lapso del preaviso omitido (sala 1ª, 3/12/2001, "Alfano López, María Cristina v. La Prensa SA").

*Deben ser tomados en cuenta para su cálculo*:

— Los aumentos salariales dispuestos para el período en que debería haber corrido el preaviso (fallo plenario 235, C. Nac. Trab., 12/6/1982, "Rodríguez, Tarsicio v. Coquificadora Argentina Sacim").

— La parte proporcional del SAC, que es un salario de pago diferido; de lo contrario, no se estaría indemnizando la privación de la totalidad de las remuneraciones devengadas a favor del trabajador durante el plazo del preaviso omitido.

— El promedio de las remuneraciones variables devengadas a favor del trabajador durante el último semestre aniversario; se utiliza un promedio por resultar imposible determinar cuánto se habría devengado a favor del trabajador en dicho período.

La indemnización sustitutiva de preaviso *no está sujeta al tope salarial de la indemnización por antigüedad prevista en el art. 245, LCT*, toda vez que el art. 232, LCT, no prevé tope alguno para la indemnización sustitutiva y tampoco hace mención a ello el art. 245 de dicho cuerpo legal.

En cambio, como la base de cálculo de la indemnización sustitutiva de preaviso es la remuneración del trabajador, *están excluidos los rubros no salariales que se pagan mes a mes*; por ejemplo, las asignaciones familiares y la mayoría de los beneficios sociales.

En cuanto a su *naturaleza jurídica, el preaviso otorgado tiene carácter remuneratorio, pero la indemnización sustitutiva del preaviso no es remuneración*, por lo cual no está sujeta a descuentos por aportes jubilatorios, sindicales, ni para obras sociales.

Sin embargo, la jurisprudencia entendió que corresponde sobre dicho rubro el pago del impuesto a las ganancias.

Como la obligación de otorgar preaviso es bilateral, también el trabajador que abandona el contrato sin preavisar debe pagar la indemnización sustitutiva correspondiente (lo que no sucede en la práctica); equivale a quince días de remuneración (art. 231, LCT, texto según art. 3°, ley 25.877).

En cambio, cuando el trabajador se da por despedido invocando la existencia de injuria laboral y no la prueba, el empleador carece de derecho de cobrar la indemnización sustitutiva de preaviso salvo que acredite la mala fe del subordinado, lo que torna improcedente su reconvención en la materia —conf. fallo plenario 206, 22/5/1975— (sala 2ª, 21/8/1997, "Lombardo v. Omagi SA"; sala 6ª, 30/12/1991, "Da Luz v. Sosa de Gorosín"; sala 7ª, 4/6/1998, "Farreras v. José Liebl SA", TySS 1998-987; DT 1999-A-77).

## 6. Integración del mes de despido

El art. 4°, ley 25.877, modificó el art. 233, LCT, que en su actual redacción establece que "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".

El párr. 1°, art. 233, dispone que el plazo de preaviso corre 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 (conf. fallo plenario 30, C. Nac. Trab., 25/6/1956, "Tomasello, Vicente v. Bananco Hnos.").

Si se otorga el preaviso, comienza a correr a partir del día posterior al de la comunicación y no hay que esperar hasta el primer día del mes siguiente, como sucedía en la LCT antes de la reforma. Es decir que si bien existe la integración del mes de despido, sólo le corresponde al trabajador en caso de que el preaviso no le sea otorgado.

Por ejemplo, si el empleador despide sin causa a un trabajador que tiene siete años de antigüedad, enviando un telegrama que el dependiente recibe el día 20 de un determinado mes, le debe abonar la indemnización sustitutiva de preaviso que equivale a dos meses de sueldo (ya que su antigüedad es mayor de cinco años) y debe pagarle la integración del mes de despido que equivale a los días que van desde el 21 hasta el último día de ese mes.

Ello, obviamente, además de la obligación de abonarle los días trabajados de ese mes (veinte), la indemnización por antigüedad prevista en el art. 245, LCT, las vacaciones proporcionales y el SAC (aguinaldo) proporcional, sin perjuicio de las indemnizaciones que, según el caso, correspondan (indemnización agravada por matrimonio, maternidad, multas fijadas en la Ley de Empleo, etcétera).

El último párrafo del art. 233, LCT, reformado por el art. 4°, ley 25.877, prevé que la integración del mes de despido no procede cuando la extinción se produzca durante el *período de prueba*. Es decir que durante los tres primeros meses de la relación laboral, estando vigente el período de prueba, si el empleador extingue el vínculo laboral sin otorgar preaviso, sólo debe abonar la indemnización sustitutiva pero no la integración del mes de despido.

En los casos de *despido por falta o disminución de trabajo y fuerza mayor*, no se produce la extinción automática del contrato y por ende la empresa no está exenta de la obligación de otorgar preaviso.

Lo mismo ocurre con la *extinción por jubilación* del trabajador, aunque tiene la particularidad de servir de preaviso la notificación para que el dependiente inicie los trámites jubilatorios, y el plazo está incluido dentro del año en que el empleador debe mantener la relación de trabajo (art. 252, LCT).

| **Preaviso** | |
|---|---|
| CONCEPTO | Obligación y garantía bilateral de las partes que notifican la extinción del contrato de trabajo. |
| PLAZOS | — Trabajador: quince días<br><br>— Empleador: período de prueba: quince días;<br>hasta cinco años de antigüedad: un mes;<br>más de cinco años de antigüedad: dos meses<br><br>— PyMES: siempre es de un mes |
| PERFECCIONAMIENTO | — Debe llegar al destinatario (carácter recepticio).<br>— Plazo: corre desde el día siguiente a la notificación.<br>— PyMES: también se computa a partir del día siguiente a la notificación. |
| OMISIÓN | — Indemnización sustitutiva del preaviso.<br>— Integración del mes de despido: cuando la fecha del despido —directo o indirecto— no coincide con el último día del mes se deben pagar los salarios por los dáis que faltan hasta el último del mes en que se produjo el despido. |

## VI. DESPIDO

### 1. Concepto

*Es una forma de extinción del contrato de trabajo que surge de la voluntad de alguna de las partes y puede fundarse en una justa causa o disponerse sin expresión de ésta.* Las principales *características* son las siguientes:

1) *Es un acto unilateral del empleador* (despido directo) *o del trabajador* (despido indirecto) que extingue el contrato, es decir que se produce por su sola voluntad.

2) *Es un acto recepticio*, ya que se torna eficaz desde el momento en que el acto llega al conocimiento del destinatario.

3) *Es un acto extintivo*, porque 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.

4) *En principio, es un acto informal*, es decir que puede manifestarse verbalmente o por escrito (por telegrama, por carta documento) o inclusive surgir de un comportamiento inequívoco de alguna de las partes (por ejemplo, la negativa de trabajo). Pero en el caso de despido con preaviso y de despido con justa causa, es requisito ineludible la forma escrita.

Esto significa que para poder invocar el preaviso o la causa que motiva el despido —y eximirse de pagar las indemnizaciones correspondientes (en el caso del empleador) o exigirlas (en el caso del trabajador)— necesariamente debe habérselo efectuado por escrito.

A todo evento, la duda que puede generar la oscuridad o insuficiencia del art. 243, LCT acerca de si es o no exigible la comunicación por escrito del despido sin causa, debe ser interpretada a favor del trabajador (art. 9°, LCT).

### 2. Comunicación. Efectos

Cabe tener especialmente en cuenta que *no existe la ruptura automática del contrato de trabajo: es imprescindible la expresión de voluntad concreta de alguna de las partes de disolverlo* (con la excepción de lo dispuesto en el párr. 3°, art. 241, LCT).

Es importante determinar concretamente en qué momento se extingue el contrato de trabajo. El hecho de la extinción de la relación —distracto— es de carácter instantáneo, es decir que produce efectos desde el momento en que se perfecciona; esto es, cuando la voluntad de extinguirlo llega a la esfera de conocimiento de la otra parte. La extinción del contrato puede producirse por un acto jurídico unilateral o bilateral, expreso o tácito.

*La comunicación del despido debe bastarse a sí misma*, aunque en algunos casos pueden admitirse errores que, si son subsanados inmediatamente mediante otra comunicación fehaciente, no le hacen perder validez.

En caso de duda sobre la disolución o la subsistencia del contrato, debe estarse por el mantenimiento de la relación (art. 10, LCT).

Por ejemplo, si una de las partes intima a la otra para que en el plazo de cuarenta y ocho horas dé cumplimiento a una obligación contractual bajo apercibimiento de despido —el trabajador que requiere el pago de salarios adeudados o el empleador que intima por el reintegro al trabajo—, y vencido el plazo otorgado no se efectiviza el apercibimiento por medio de una comunicación escrita que específicamente así lo disponga, el contrato sigue vigente.

En principio, quien elige un medio para cursar una comunicación referida a la relación laboral carga con los riesgos que ello implica, salvo que no sea imputable al destinatario la causa que impide la efectividad del medio empleado.

Por lo tanto, *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.

Por ejemplo, si los despachos postales remitidos por el trabajador no son entregados porque el destinatario rehusó recibirlos, han ingresado a la esfera posible de conocimiento de la empresa, toda vez que si bien es cierto que no se ha interiorizado de su contenido, ello se debe a una conducta que le resulta reprochable por ser violatoria de la buena fe exigida por el art. 63, LCT, ya que no es propio de un buen empleador negarse a recibir, sin justificación alguna, las piezas postales que le envía la empleada a su domicilio.

Al respecto, cabe tener en cuenta las siguientes *pautas* fijadas jurisprudencialmente.

*a) El trabajador debe mantener actualizado su domicilio: la comunicación dirigida al último domicilio conocido debe considerarse válida aunque no haya sido efectivamente recibida.*

Por ejemplo, si el empleador dirige las intimaciones al domicilio denunciado por el trabajador en su legajo personal pero no llegan a destino porque se había mudado sin notificarle el cambio, no es razonable hacer responsable al principal de una omisión de su dependiente que violó el deber de buena fe: aunque no haya sido recibida por el trabajador, genera efectos.

*b) Los telegramas devueltos con la indicación "domicilio cerrado" o "domicilio desconocido" se deben considerar como recibidos si fueron correctamente remitidos.*

En principio, la falta de recepción del mensaje impide la extinción de la relación. Sin embargo, existen circunstancias que, de acuerdo con la carga de la recepción, determinan que deba admitirse la validez de la notificación cuando entra en la esfera de conocimiento del denunciado y éste no la recibe por su culpa, dolo o falta de diligencia.

Por ejemplo, si una carta documento fue remitida al domicilio del empleador y dejado el aviso por el correo, debe poner la diligencia necesaria para imponerse del contenido de la pieza postal que le fue remitida. La comunicación remitida por el trabajador cumple sus efectos porque la falta de recepción fue por causa imputable al empleador: el remitente cumple con los deberes que le eran exigibles y el destinatario fue negligente al no reclamar al correo la entrega de la carta documento cuyo aviso se le dejara.

*c) En caso de pérdida, o diligenciamiento irregular del despacho telegráfico, quien lo envió asume la responsabilidad respectiva.*

Si el correo, por error, entregó el telegrama a una unidad postal diferente a la que correspondía por zona al domicilio del trabajador, éste queda librado de toda responsabilidad al respecto. Es la demandada la que, al elegir el medio de comunicación, carga con la responsabilidad en caso de falta de notificación, sin perjuicio de los eventuales reclamos que pudiera realizar a la empresa de correos por los daños que pudieren haberse derivado de tal situación (sala 5ª, 17/7/1998, "Jara, Augusto v. Farmográfica SA").

En cuanto a su *efecto, el despido, una vez notificado a la otra parte, se transforma en un acto jurídico consumado*, por lo cual no resulta admisible su retractación o revocación unilateral.

Si bien la retractación del despido no es válida, sí lo es la reconducción de la relación de trabajo por voluntad concurrente de las partes, la cual puede ser expresada por escrito y/o resultar voluntariamente del inequívoco comportamiento de los sujetos de la relación de trabajo (acuerdo tácito).

La doctrina del fallo plenario 59 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo dispone que el posterior acuerdo de reincorporación suscripto por la asociación gremial que lo agrupa y la empleadora, pactando su reincorporación, no obliga al trabajador despedido y le es inoponible (2/12/1959, "Ramírez v. Piccaluga").

## 3. Clasificación

Se puede distinguir desde dos ópticas. Tomando en consideración la parte que lo decide, se clasifica en despido directo —si surge de la voluntad del empleador— y en despido indirecto —si lo decide el trabajador—. Según haya sido o no expresada la causa para disponerlo, se clasifica en despido con justa causa y despido sin causa (incausado) o sin justa causa.

### *3.1. Despido directo*

Es la *extinción decidida unilateralmente por el empleador*, y puede consistir en un despido sin causa o con justa causa.

***a) Despido sin causa o incausado***. Es el decidido por el empleador en forma unilateral sin invocar causa alguna para despedir (*ad nutum*, arbitrario o inmotivado), o cuando expresa la causa en forma insuficiente, o habiéndola invocado, posteriormente no la prueba.

Es el que no se funda en ningún motivo legalmente contemplado, más allá de la motivación subjetiva que impulse al empleador a disponerlo (reestructuración, incompatibilidad, supresión del puesto de trabajo, etc.), y genera el derecho del trabajador a percibir la indemnización por antigüedad.

Esta forma de despido genera al empleador obligaciones indemnizatorias: el *deber de pagar al trabajador la indemnización sustitutiva de preaviso, integración del mes de despido e indemnización por antigüedad* y las que correspondan según cada caso particular (por ejemplo, indemnizaciones agravadas por maternidad o matrimonio y multas de la ley 24.013).

Ello, obviamente, además de los conceptos de pago obligatorio cualquiera sea la causa de la extinción del contrato de trabajo (SAC proporcional, vacaciones proporcionales y días trabajados hasta el momento del cese).

***b) Despido con justa causa***. Es el acto jurídico unilateral por el cual el empleador extingue el contrato de trabajo, con fundamento en 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 motivó su decisión rescisoria* (art. 243, LCT): 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 ninguna indemnización*. En cambio, si invoca una causa genérica o no logra probar la correctamente invocada, debe las indemnizaciones por despido.

### *3.2. Despido indirecto*

*Es el decidido por el trabajador ante un incumplimiento del empleador de suficiente gravedad que constituya una injuria que impida la continuación del contrato*; debe ser notificado por escrito, previa intimación al empleador para que revea su actitud, expresando en forma suficientemente clara los motivos que justifican su decisión.

La prueba de la causa invocada está a cargo del trabajador y, de demostrarla, *genera el derecho a cobrar las mismas indemnizaciones que en caso de despido directo sin causa o sin causa justificada*: indemnización sustitutiva de preaviso, integración del mes de despido e indemnización por antigüedad, como, asimismo, las que correspondan según cada caso particular.

Así lo dispuso expresamente el art. 246, 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".

## VII. DESPIDO CON JUSTA CAUSA

En el contrato de trabajo, ambas partes tienen derechos y obligaciones que surgen de la LCT, 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.

### 1. Expresión de la causa. Invariabilidad

El art. 243, LCT, expresa 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 promoviere la parte interesada, no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones antes referidas".

Con la finalidad de salvaguardar el derecho de defensa en juicio de la contraparte, el legislador dispone que en el despido con justa causa —directo (decidido por el empleador) o indirecto (decidido por el trabajador)— *se deben 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. En caso de demanda judicial, no se admite la modificación de la causal de despido consignada en la comunicación respectiva (invariabilidad de la causa).*

Esto significa que en el proceso judicial sobreviniente sólo se pueda invocar y tratar de probar la causal esgrimida en la comunicación del despido, así como también que la nueva causal puesta de manifiesto en la demanda o contestación —según el caso—, pero que no hubiere sido invocada en aquella comunicación, no puede ser considerada como *justa causa disolutoria*, ni aun en caso de ser probada y demostrada su gravedad.

En la práctica, la comunicación se realiza por telegrama o carta documento; sin embargo, la comunicación efectuada por medio de una misiva simple o una nota interna de la empresa cumple con lo prescripto en la norma siempre que contenga la constancia de recepción del destinatario por el carácter recepticio de la comunicación.

También se ha aceptado la legitimidad de la decisión rupturista impuesta mediante el uso de escritura pública (por ejemplo, sala 4ª, 27/5/1991, "Pafundo v. Gadi", DT 1991-B-669).

Su texto debe expresar, en la forma más precisa posible, el hecho que determina la disolución. Esta exigencia de *precisión y claridad* excluye la posibilidad de que se reconozca eficacia a manifestaciones genéricas, imprecisas o ambiguas, tales como "queda despedido por injurias" o por "injurias graves" o por "incumplimientos", etcétera.

La conducta debe ser valorada a la luz del art. 243, que establece la carga de comunicar los motivos del despido, sea directo o indirecto. Por *motivo* se entiende el hecho concreto, que subsumido en el concepto jurídico de justa causa legitima la conducta de quien extingue la relación. Por eso su descripción debe ser circunstanciada y precisa, no bastando indicar generalidades.

En principio, la comunicación del despido está mal redactada cuando quien la emite emplea una fórmula ambigua, que le permite con posterioridad referirla a hechos cambiantes según su criterio, posibilitando, con la falta de exigencia y precisión una violación al art. 243, LCT. Por eso no puede reconocerse eficacia a manifestaciones genéricas como "reiterados incumplimientos", "irregularidades", etcétera.

En cambio, resulta suficiente especificar el tipo de injurias o el incumplimiento de que se trate; por ejemplo, falta de respeto a los superiores, impuntualidad, agresión a compañeros, ebriedad, etcétera.

Por lo tanto, como principio general, se puede establecer que el despido no cumplimenta el requisito del art. 243, LCT, cuando la parte que lo decide y emite la comunicación emplea una fórmula ambigua que le permite con posterioridad modificarla o ampliarla a su antojo: debe primar siempre la buena fe.

De todos modos, la aplicación del art. 243, LCT, no puede importar un formulismo taxativo en aquellos casos en los cuales el trabajador no puede ignorar las causas que determinaron la ruptura del vínculo y está en condiciones de preparar su demanda cuestionando el hecho imputado (sala 5ª, 29/12/2000, "Novo Iglesias, Herminio v. Bugarín, Ricardo").

*La prueba de la causa del despido recae en quien invoca la existencia del hecho injurioso.* En caso de despido directo, el empleador debe justificar la causa y, si se trata de un despido indirecto, la carga probatoria corresponde al trabajador.

## 2. Injuria

Para que el despido tenga justa causa debe existir una inobservancia de las obligaciones de alguna de las partes de tal entidad que configure injuria. Por lo tanto, *no cualquier incumplimiento de una obligación contractual justifica el despido.*

La violación de los deberes de prestación o de conducta de las partes constituye un ilícito contractual que no siempre legitima el ejercicio de la facultad rescisoria: *se debe tratar de una injuria que por su gravedad torne imposible la continuidad del vínculo*, es decir, *de un grave ilícito contractual.*

Teniendo en cuenta los principios generales del derecho del trabajo y el principio de continuidad y estabilidad en el empleo, el párr. 1°, art. 242, 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 injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación".

Es importante constituir en mora al incumplidor para que pueda revisar su conducta, jugando aquí un papel fundamental el deber fe buena de las partes. Cuando existen incumplimientos de una parte, susceptibles de ser injuriosos, la otra debe constituirla en mora obligacional bajo advertencia de denuncia en caso de persistir la conducta imputada.

*La valoración de la existencia de injuria la debe efectuar prudencialmente el juez.* El art. 242, LCT, faculta a los jueces para evaluar las causas de despido y establece las pautas que "prudencialmente" deben tener en consideración: "El carácter de las relaciones que resultan de un contrato y las modalidades y circunstancias personales en cada caso".

A ello debe agregársele el principio de buena fe, consagrado en los arts. 62 y 63, LCT, de manera que dicha valoración no quede, por razón de su generalidad, librada a la actividad discrecional del juzgador.

Ninguna norma de la LCT condiciona el despido a la realización de sumario previo.

*Todo despido fundado en justa causa debe ser expreso y por escrito*, cumpliéndose así los requisitos de forma establecidos en el art. 243, LCT.

— *Comunicar el acto resolutorio por escrito.* El despido como extintor de la relación laboral es una conducta recepticia que debe ser comunicada por escrito, ya que ninguna norma del ordenamiento recepta lo que numerosos doctrinarios y jueces denominan "despido verbal" —del voto de Capón Filas, por la mayoría— (sala 6ª, 7/2/2000, "Lisardia, José Víctor v. Moura y Cía. SRL", RDL 2000-II-488).

— *Consignar en el instrumento, con expresión suficientemente clara, el motivo en que se funda la ruptura del contrato.* La causa de la cesantía debe ser especificada claramente en su notificación; sus deficiencias no pueden ser suplidas en el escrito de responde.

Asimismo, rigen los *principios* generales analizados al tratar el tema "Poder disciplinario" en el capítulo "Derechos y deberes de las partes"; a modo de síntesis, cabe consignar los siguientes:

1) *Contemporaneidad*: se debe sancionar en tiempo oportuno, sin dejar transcurrir, desde el incumplimiento, un lapso que indique que la falta ha sido consentida.

La contemporaneidad no significa inmediatez, sino relación lógica en el tiempo entre la injuria y la sanción, que no es matemática ni fija, sino que depende del tiempo en que los hechos llegaron a conocimiento del principal.

La demora está justificada y no viola el principio de inmediatez: a) cuando se genera por la investigación de la conducta, es decir, cuando se produce una falta pero no se sabe aún su magnitud ni con certeza quién la cometió; b) si para establecer lo realmente ocurrido se debe instruir un sumario interno para deslindar responsabilidades (por ejemplo, en caso de desaparición de dinero, agresión física entre operarios): obedece a la aclaración de los hechos que determinaron la ruptura del vínculo; en este caso, el tiempo para sancionar debe comenzar a contarse a partir de la finalización del sumario interno; c) si el empleador al momento de producirse el incumplimiento no tuvo conocimiento de la falta.

2) *Proporcionalidad*: la falta debe ser lo suficientemente grave como para constituir injuria que impida la continuación de la relación laboral.

Debe ser proporcional y resultar razonable respecto del incumplimiento; si se trata de un despido directo, el empleador debe tener en cuenta los antecedentes del trabajador (sanciones anteriores) y su antigüedad, como también si la falta cometida ha sido reiterada.

Una sola falta grave puede tener virtualidad suficiente para legitimar el despido al destruir los basamentos de la relación de trabajo, sin que resulte razonable exigir la reiteración de actos perjudiciales.

Asimismo, una falta leve puede justificar el despido cuando es la última de una serie, ha estado precedida de advertencias anteriores y pone de manifiesto una reiterada inconducta (sala 4ª, 28/2/1990, "Perdiguero v. Astilleros Alianza SA", TySS 1990-339; sala 5ª, 29/12/1989, "Tomé v. Super Trat", TySS 1990-242). Para que el despido impuesto sea legítimo debe mediar la existencia de una última falta detonante del despido, ya que éste no puede fundarse exclusivamente en hechos pretéritos (sala 7ª, 2/10/1997, "Bustos v. Sanatorio Colegiales", DT 1998-A-545).

3) *No duplicación de sanciones*: el empleador no puede aplicar, por una misma falta o incumplimiento del trabajador, más que una sola sanción; rige el principio del derecho penal *non bis in idem*.

Para valorar la injuria cabe tener en cuenta distintas *pautas*:

a) *Puede ser tanto de orden patrimonial como moral, pero no requiere dolo*: es suficiente que lesione los intereses legítimos de las partes y sea lo suficientemente grave para impedir la continuación de la relación laboral.

b) *Debe ser valorada 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.

c) *Los hechos anteriores, debidamente sancionados, pueden ser invocados como antecedentes, pero siempre debe existir un hecho que justifique por sí mismo el despido*. Por el contrario, los hechos anteriores que no fueron oportunamente sancionados no pueden ser invocados.

d) 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.

e) 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.

f) Para constituir injuria no es suficiente que las partes hayan pactado expresamente que determinado hecho tiene tal carácter: corresponde al juez decidir si se trata de un hecho que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación.

g) En los casos en que una ley, un estatuto profesional o un convenio colectivo establezcan que el despido sólo puede disponerse después de instruido un sumario (por ejemplo, el dec.-ley 22.212/1945 —médicos, dentistas y farmacéuticos— y la ley 13.047 —docentes particulares—), su ausencia torna arbitrario el despido porque constituye un requisito de cumplimiento necesario.

## 3. Casos de injuria del trabajador

En forma atinada, el legislador se ha abstenido de brindar un concepto rígido de injuria o una enumeración típica de conductas injuriosas, lo cual permite al juez determinar —en cada caso que le es sometido a conocimiento, y conforme sus particularidades— si la gravedad del incumplimiento imputado resulta suficiente para justificar la rescisión del vínculo sin derecho a percibir indemnización por antigüedad (en el caso del despido directo dispuesto por el empleador) o con derecho a percibirla (si la denuncia del contrato la realiza el trabajador, disponiendo el despido indirecto —art. 246—).

### *3.1. Inasistencias y falta de puntualidad*

Son dos de las causas más comunes de injuria. *El empleador debe documentar fehacientemente las ausencias al trabajo (inasistencias) o las llegadas tarde* (por ejemplo, *con fichas-reloj*).

Para valorarla, se debe tener en cuenta la antigüedad del trabajador y sus antecedentes, ya que el dependiente que se desempeñó correctamente durante un lapso importante merece una consideración distinta a otro que no ha actuado del mismo modo.

Por ejemplo, una ausencia sin avisar de dos días, en un trabajador con cuatro meses de antigüedad, no debe juzgarse del mismo modo que la de un trabajador que se ha desempeñado correctamente en la empresa durante varios años.

Para justificar un despido no es suficiente la cantidad de llegadas tarde, sino los apercibimientos, prevenciones, amonestaciones o sanciones disciplinarias que el trabajador no ha tenido en cuenta para modificar su actitud. Las faltas reiteradas injustificadas demuestran falta de contracción a las tareas y son causales de despido justificado cuando se invoca en la notificación respectiva un nuevo hecho de índole similar.

La jurisprudencia ha fijado distintas *reglas* para determinar cuándo constituyen justa causa de despido:

1) el hecho de que el trabajador, por una inasistencia al trabajo, no cobre remuneración no significa que esa ausencia constituya injuria, ya que el motivo puede responder a causas justificadas (por ejemplo, dar sangre, atender a un pariente enfermo o efectuar un trámite personal);

2) faltar un día sin dar aviso y justificar la ausencia el día siguiente tampoco configura justa causa de despido;

3) es motivo de despido faltar sin avisar en forma reiterada, máxime cuando el empleador exhortó al trabajador para cesar en tales incumplimientos;

4) en principio, una inasistencia aislada, sin aviso ni justificación, no configura injuria que amerite un despido —existen otras sanciones menores, como el apercibimiento o la suspensión—, pero si esa inasistencia es precedida por otros incumplimientos anteriores, que fueron sancionados y constan en el legajo del trabajador, puede constituir justa causa de despido.

*3.2. Agresión a compañeros, riñas e insultos*

En principio, configuran injuria de tal gravedad que no admite la prosecución del contrato de trabajo para el trabajador que ha iniciado los incidentes; *debe haber ocurrido en el lugar de trabajo o en ocasión del trabajo*, es decir, mientras el dependiente está sujeto al poder disciplinario del empleador.

También es importante determinar la repercusión y las consecuencias del incidente en las relaciones laborales, porque, por ejemplo, si tomó estado público, la injuria resulta agravada.

El empleo de palabras soeces y el insulto a compañeros, y con mayor motivo a superiores, puede configurar justa causa de despido cuando —de acuerdo con las circunstancias de lugar y de personas— resulta seriamente perturbada la vida en la comunidad laboral. Si el empleo de un vocabulario grosero es usual en las relaciones entre compañeros y entre superiores e inferiores, la existencia de injuria debe ser examinada con especial prudencia.

*3.3. Estado de ebriedad y consumo de drogas*

El alcoholismo y el consumo de drogas psicotrópicas y estupefacientes representa un grave problema de la sociedad que se proyecta en el ámbito laboral; por ejemplo, al aumentar la producción de accidentes de trabajo, el ausentismo y la rotación de personal y al disminuir la cantidad y calidad del trabajo. El consumo de drogas alcanza en nuestro país, estimativamente, a un 7% de los asalariados.

También en este caso cabe valorar los antecedentes del trabajador —especialmente si se trata de un hecho circunstancial— y la función desempeñada. Es más grave la falta, por ejemplo, cuando quien la comete es un vigilante o conductor de vehículos de transporte público, porque no sólo son perjudicados el propio trabajador y la calidad del servicio, sino que genera riesgo para otras personas y pone en peligro los elementos de trabajo.

El contrato laboral se basa en un sistema equilibrado de derechos y obligaciones recíprocas de las partes, y entre los deberes del trabajador resulta esencial la prestación del servicio (máxime cuando la actividad del obligado reviste carácter personal). Para ello debe colocarse en condiciones psicofísicas adecuadas, que le permitan la eficaz y debida ejecución de las prestaciones laborales.

El punto de discusión es si una adicción —consumo de drogas, alcoholismo— justifica el despido con causa del trabajador sin otorgarle derecho a indemnización o debe tratarse como enfermedad inculpable. La doctrina y la jurisprudencia distinguen la ebriedad o intoxicación habitual o crónica de la aguda accidental.

Se ha sostenido que "la embriaguez, en cuanto causal de despido, presenta dos aspectos: a) la embriaguez no habitual, pero que pone en evidencia al trabajador en el desempeño de su labor, puede originar el despido; no por aplicación de la causal de embriaguez, sino por los hechos que el trabajador cometa en dicho estado, con la circunstancia agraviante de ebriedad; b) la embriaguez habitual, ésta sí constituye causa directa de despido, aun cuando durante la prestación de sus servicios el trabajador haya cumplido con sus obligaciones. Se ha dicho que la razón de tal medida se encuentra en que el ebrio habitual no es un trabajador hábil, no puede merecer el respeto y la consideración de sus compañeros de trabajo ni responder a las exigencias del esfuerzo consciente que el trabajo representa" [1].

La ebriedad habitual demuestra que el sujeto no está en condiciones de cumplir en forma regular y habitual su prestación y atenta contra el comportamiento exigible al empleado, y en la

[1] CABANELLAS, Guillermo, *Tratado de derecho laboral*, t. II, vol. 3, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1949, ps. 205/6.

medida en que tal estado se exteriorice en el entorno de trabajo, faculta al empleador a aplicar sanciones disciplinarias y romper el vínculo, aun sin agotar las suspensiones disciplinarias a que hace referencia el art. 67, LCT (arts. 67, 84, 86, 218, 219, 242 y concs., LCT).

En cambio, se admitió que la ebriedad accidental u ocasional puede considerarse incumplimiento laboral susceptible de sanción disciplinaria y no de despido.

En síntesis, la embriaguez como hecho accidental puede ser perdonada por el empleador; en todos los casos deben valorarse las circunstancias que la rodean, particularmente los antecedentes del trabajador, su ubicación en la empresa y la índole de sus tareas.

En cambio, cuando el estado de ebriedad es crónico, su más simple exteriorización en el ambiente de trabajo conduce válidamente al despido, lo que no impide que resulte conveniente para el empleador la utilización coactiva previa de medidas disciplinarias tendientes a lograr la reacción del sujeto afectado a fin que enfrente el mal que lo aqueja, ya que, al obrar de tal manera, el dador de trabajo demuestra su tolerancia, su buena fe y una conducta solidaria con quien puede llegar a transformarse en un marginado social.

Si se considera que el trabajador drogadependiente y el alcohólico son enfermos, deben ser tratados como tales y su adicción no debería ser considerada como una causa justificada de despido. Detectada la adicción, y de existir voluntad del trabajador para tratarse, dicha afección debería ser abordada para evitar su agravamiento y que pudiera tornarse insostenible la continuidad del vínculo laboral.

Si el despido fue dispuesto por el empleador por considerar que su adicción a las drogas ponía en peligro la vida de los pasajeros y los bienes de la propia empresa, al no mediar intervención de la autoridad competente, tal situación debe encuadrarse en lo dispuesto en la primera parte del art. 254, LCT. En consecuencia, la demandada no debió soslayar, como lo hizo, el mecanismo al que alude el art. 212, al que remite la norma citada (sala 10ª, 26/5/2003, "Lazarte, Víctor v. Empresa Mariano Moreno SA").

### *3.4. Iniciación de juicios contra el empleador*

En principio, efectuar una demanda judicial contra el empleador, buscando el reconocimiento de un derecho, no constituye injuria que justifique un despido. Pero *si la acción interpuesta contiene una invocación de hechos absolutamente falsos y graves imputaciones contra el empleador y una sentencia firme los desestimó*, podría constituir causa de despido basada en pérdida de confianza.

### *3.5. Pérdida de confianza*

Es un incumplimiento a los deberes de fidelidad. No es una causal autónoma de despido, pero si el trabajador incurrió en un incumplimiento concreto que, teniendo en cuenta el tipo de tareas desempeñadas, genera dudas al empleador respecto de su lealtad o fidelidad en el futuro, podría justificar un despido. El hecho desleal y sus alcances deben ser fehacientemente probados por el empleador, no bastando sus meras conjeturas.

Determinados incumplimientos u omisiones justificaría encuadrarlos en tal causal, sobre todo cuando un trabajador ocupa un puesto de responsabilidad (con deberes de fiscalización y control) que puede motivar que el empleador argumente violación del deber de buena fe y decida la rescisión del contrato por pérdida de confianza. Por ejemplo, evitar el control de salida, tardía rendición de cuentas, fallas de "caja", extravío de documentación de la empresa.

INVENTARIO 29129
TOPOGRAFIA

*3.6. Comisión de un delito*

Si el trabajador dependiente comete un delito contra la empresa, ello configura injuria laboral y, por ende, la empleadora siempre se encuentra legitimada para suspenderlo preventivamente (art. 224, LCT).

Esto implica que —de acuerdo con el principio de prejudicialidad— la resolución de la causa depende de la decisión que adopte el juez criminal. Cabe aclarar que el principio de prejudicialidad es aplicable solamente si la injuria atribuida al trabajador es la comisión de un delito, por lo que compete al empleador manejar con suma prudencia los términos de su manifestación rupturista a fin de evitar que implique la atribución de un delito, ya que en tal supuesto el subordinado podría reivindicar en su beneficio las directivas del art. 244, LCT.

Por ello, si el empleador concretamente no atribuye un delito al trabajador, puede rescindir el contrato invocando pérdida de confianza; en este caso, el juez laboral debe valorar si existió injuria (art. 242, LCT), y no depende de la resolución del juez criminal, salvo que en la causa penal se demuestre la responsabilidad directa de un tercero en el delito cometido o se demuestre la inexistencia del hecho imputado.

*3.7. Disminución del rendimiento*

Para que constituya injuria debe ser significativa en su cuantía, extenderse en su duración y ser intencional; la demostración fehaciente de estas circunstancias la debe efectuar el empleador mediante un análisis comparativo del trabajador en el tiempo.

*3.8. Participación en una huelga*

La justicia del trabajo puede considerar arbitrario el despido motivado por una huelga cuando fue declarada legal expresamente en sede judicial (haya o no declaración administrativa). Los jueces no pueden prescindir de la declaración referente a la legalidad de la huelga, invocando como única circunstancia la actitud del empleador de reincorporar un sector de los trabajadores que participaron en ella (C. Nac. Trab., fallo plenario 93, 29/11/1963, "Navarro v. Cervecería y Maltería Quilmes SA").

La jurisprudencia dispuso que para que se configure la justa causa de despido por huelga es insoslayable la previa intimación tendiente a obtener la rectificación de la conducta del trabajador participante. Ello no sólo es impuesto por el deber de buena fe (arts. 62 y 63, LCT), sino que deriva de la propia injuria laboral (art. 242, LCT) que posee un carácter subjetivo y personalísimo.

*3.9. Uso indebido del correo electrónico e internet*

Se entiende por correo informático toda correspondencia, mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medido de una red de interconexión entre computadoras. La protección del *e-mail* abarca su creación, transmisión y almacenamiento (conf. res. 333/2001 del 10/9/2000, Secretaría de Comunicaciones).

Si la empresa no dictó norma —escrita o verbal— alguna sobre el uso que debían hacer los empleados del correo electrónico, con el agravante de que procedió a despedir al trabajador en forma directa, sin hacerle ninguna advertencia previa sobre el uso particular del correo electrónico, el despido no se ajusta a derecho (sala 7ª, 27/3/2003, "Pereyra, Leandro R. v. Servicios de Almacén Fiscal Zona Franca y Mandatos SA").

El tráfico informático de material pornográfico en el horario y lugar de trabajo no constituye una injuria de entidad tal que torne procedente el despido del trabajador implicado, toda vez que, ante la ausencia de sanciones previas, es evidente la falta de proporcionalidad entre la sanción aplicada y la falta cometida, correspondiendo en este supuesto la suspensión del trabajador por causas disciplinarias en virtud de la prohibición expresa de la empresa en cuanto a la conducta asumida por aquél (sala 1ª, 10/4/2003, "Uhrin, Jorge A. v. Bayer Argentina SA").

Si la empresa advierte a la trabajadora acerca del uso correcto del *e-mail,* significa que la propia empleadora estaba en conocimiento de la falta que el dependiente estaba cometiendo, por lo que —en lugar de realizar una auditoría unilateral para enterarse del contenido de los *e-mails* protegidos por un *password*, e inmediatamente después despedirlo— debió advertir formalmente al trabajador para que cesara en su actitud toda vez que, en los casos de duda, las situaciones deben resolverse en favor de la continuidad del contrato de trabajo (sala 10ª, 23/11/2003, "V., R. I. v. Vestiditos SA").

Si la trabajadora dedica cierta cantidad de tiempo durante su jornada de labor en trabajos que ninguna relación tienen con sus funciones (en el caso concreto, el desarrollo de un sitio de internet propio) y utiliza para ello los medios de comunicación de la empresa como el *e-mail,* existe una violación a los deberes de diligencia y buena fe que genera pérdida de confianza, además de un incumplimiento al deber de fidelidad por parte de quien, revistiendo un cargo gerencial, fue contratada por tiempo y no por rendimiento (sala 10ª, 13/8/2003, "García, Delia v. YPF SA").

La inconducta del trabajador, consistente en navegar por internet, sin prestar el servicio de soporte técnico contratado por el cliente, no constituye un incumplimiento de entidad suficiente para extinguir el vínculo (sala 8ª, 30/6/2004, "Guilhem, Gastón D. v. Netpro SA"). Resulta injustificado despedir a una trabajadora por el uso de un programa instalado en más de una computadora de la empresa (*Messenger*), sin que su uso hubiese estado prohibido, cuando el sistema instalado podía ser usado por cualquier otro integrante del personal de la empresa, sin dar una pauta concreta de lo que consideraba "uso abusivo" y no haber producido prueba alguna al respecto (sala 4ª, 27/2/2006, "Gelonch, Giselle Araceli v. Carda SA").

El tema fue desarrollado en el capítulo "Derechos y deberes de las partes".

### *3.10. Otros casos de injuria*

— ***Acto de concurrencia desleal***: la conducta asumida por el trabajador, que sin conocimiento ni autorización del empleador ejecuta negociaciones por cuenta propia o ajena con entidad de afectar —siquiera potencialmente— los intereses del empleador, puede justificar un despido con justa causa.

— ***Violación de los controles de salida***: constituye injuria que justifica un despido no respetar los controles de salida cuyo fin es evitar conductas desleales y disuadir a los trabajadores de no sustraer materias primas o elementos de trabajo del establecimiento.

— ***Daño involuntario***: solamente puede invocarse como injuria y justificar un despido el daño producido por dolo o culpa grave. En cambio, los daños no culposos y la culpa leve o simple no pueden ser causa justificada de cesantía.

Si se trata de un obrar negligente, es decir, de una conducta reiterada, puede configurar injuria si previamente se intimó al trabajador a que corrigiera su actitud y éste hizo caso omiso. Al contrario, un simple descuido o un error aislado no tienen entidad como para justificar el despido del dependiente.

— ***Injurias respecto de las enfermedades***: puede justificar un despido con justa causa que el trabajador no avise que falta por enfermedad cuando se ha reiterado esa conducta; también la resistencia, sin causa justificada, al control médico o el no reincorporarse luego del alta médica, previa intimación del empleador.

## 4. Casos de injuria del empleador

### *4.1. Negativa de vínculo*

La negativa de la relación laboral realizada por el empleador como respuesta a un emplazamiento telegráfico del trabajador que le solicita aclaración sobre su situación laboral configura injuria de entidad suficiente para justificar que el trabajador se considere despedido por exclusiva culpa del empleador.

Posteriormente, en sede judicial, es el trabajador quien debe demostrar la existencia del contrato de trabajo mediante los medios procesales pertinentes, pudiendo —según las circunstancias— tornarse aplicable la presunción del art. 23, LCT.

El tema ha sido desarrollado en el capítulo "Contrato de trabajo. Relación de dependencia".

### *4.2. Falta de pago de las remuneraciones*

La falta de pago de las remuneraciones en tiempo y forma constituye injuria, por tratarse de la principal obligación del empleador y por el carácter alimentario del salario. La mora no se puede excusar ni siquiera por fuerza mayor.

De todos modos, para que pueda considerarse despedido con justa causa es preciso que el trabajador previamente intime al empleador por su pago, bajo apercibimiento de considerarse despedido por culpa del empleador.

Resulta también importante valorar el monto de la deuda, ya que si se trata de una diferencia salarial anterior y el empleador continúa abonando normalmente la remuneración, el trabajador podría accionar por las diferencias salariales, sin extinguir el vínculo laboral.

### *4.3. Exceso de* ius variandi

Justifica el despido con justa causa una modificación en las condiciones establecidas en el contrato que viole lo dispuesto en los arts. 66 y concs., LCT.

El tema ha sido desarrollado en el capítulo "Derechos y deberes de las partes".

### *4.4. Suspensiones excesivas*

Cuando el empleador suspende por más tiempo que el máximo permitido en la LCT para cada una de las causales o en conjunto, comete un incumplimiento que justifica que el trabajador se considere despedido.

El tema ha sido desarrollado en el capítulo "Derechos y deberes de las partes".

### *4.5. Falta de registración laboral*

La no registración en la documentación laboral constituye una falta grave que no consiente la prosecución del vínculo laboral (art. 242, LCT, y art. 15, LNE).

El tema se desarrolla en el capítulo "Registración del contrato. Empleo no registrado".

*4.6. Falta de depósito de aportes*

Ante la falta de depósito de los aportes correspondientes, el trabajador tiene derecho a urgir la conducta del empleador tendiente a comprobar el cumplimiento de su obligación (art. 18, ley 20.147). La falta de exhibición de los pertinentes comprobantes es considerada por el legislador con el mismo grado de injuria que el proveniente del no pago del salario.

El tema fue desarrollado en el capítulo "Derechos y deberes de las partes".

*4.7. Negativa de tareas*

Es una de las causas más comunes de injuria. La jurisprudencia ha dispuesto que previo al ejercicio de la facultad rescisoria del trabajador ante la presunta negativa de tareas, le corresponde intimar formalmente al empleador a que cese con dicha actitud y proceda a regularizar la situación denunciada (sala 5ª, 30/3/2000, "Albertoni, Carlos W. v. La Prensa SA", TySS 00-800).

*4.8. Acoso sexual*

Siguiendo a Rubinstein, se puede definir el acoso sexual como aquellas conductas verbales o físicas de naturaleza sexual, cuyo autor conoce o debería conocer, que resultan ofensivas para la víctima, y cuyo rechazo o aceptación, según el caso, pudiera ocasionarle un perjuicio o afectación de su empleo, condiciones de trabajo o ambiente laboral.

Constituye un ataque a la libertad sexual y se configura cuando el empleador o un trabajador dependiente con alto rango jerárquico persigue coercitivamente a un subordinado con el objetivo de obtener favores sexuales abusando de su posición de poder en la empresa, basada en su rango jerárquico.

Generalmente se plasma en conductas discriminatorias, tales como amenazas de despido, postergación en la carrera profesional, etc. Como estas actitudes se efectúan en un entorno de privacidad, lo complicado es probar tales conductas, es decir, acreditar fehacientemente la persecución sexual.

Se trata de casos en los que la interacción entre acosador/a y acosado/a se sitúa dentro de la pirámide de poder de la empresa. Su forma más común de manifestación la constituyen aquellos supuestos en los cuales el/la acosador/a está en superioridad jerárquica respecto del/a acosado/a, y es denominado "acoso vertical".

El llamado "acoso horizontal" se configura cuando las inconductas se manifiestan entre pares. Acá la responsabilidad del empleador surge como consecuencia de su deber de garantizar un ambiente de trabajo ordenado, evitando las conductas contrarias a derecho y velando por la pacífica convivencia.

No deben ser confundidos con el acoso sexual las conductas discriminatorias ni el llamado "favoritismo sexual", que se da cuando un/a trabajador/a obtiene beneficios en el trabajo al cual sus compañeros no tienen acceso como fruto del mero favoritismo de género o de relaciones sentimentales consentidas con un superior jerárquico.

En nuestro medio, el acoso sexual en el lugar de trabajo constituye injuria en los términos del art. 242, LCT, y configura justa causa para encuadrarse en situación de despido. Existe abundante jurisprudencia en la justicia del trabajo y en la civil donde se reclaman daños y perjuicios, daño moral y gastos por tratamientos médicos y psicológicos originados en los padecimientos sufridos como consecuencia de esta inconducta del empleador.

El acoso sexual laboral puede constituir injuria, en los términos del art. 242, LCT, y justa causa de despido conforme la valoración que realicen los jueces, teniendo en consideración el carácter de la relación laboral, lo dispuesto por la ley citada y las modalidades y circunstancias personales de cada caso.

*4.9.* Mobbing *o acoso psicológico en el ámbito laboral*

El *mobbing* o acoso psicológico en el ámbito laboral es la situación en la que una persona o grupo de personas ejerce violencia psicológica extrema sobre un tercero en el lugar de trabajo, en forma sistemática y reiterada, durante un tiempo prolongado.

Es una forma de violencia psicológica que tiene por finalidad anular las redes de comunicación de la víctima, destruir su reputación y perturbar el ejercicio de sus labores, con la motivación última de lograr que la persona termine abandonando su trabajo.

Puede definirse como toda conducta abusiva de violencia psicológica o conjunto de acciones, hechos o comportamientos de agresión, desarrollados en el ámbito de las relaciones laborales durante un tiempo prologando —maltrato continuado persistente y deliberado— realizado de forma sistemática que por su repetición tiende a menoscabar el ánimo del trabajador (en busca, por ejemplo, de obtener su renuncia) y atente contra su dignidad e integridad psíquica o física, susceptible de alterar su salud y provocar su autolimitación y denigración.

Se debe diferenciar:

— del ejercicio abusivo o arbitrario del poder de dirección del empleador (buscar por medios inadecuados un mayor aprovechamiento de los trabajadores);

— de problemas frecuentes en el trabajo (jefes exigentes, irascibles, compañeros molestos, exceso de trabajo, estrés, ambiente de trabajo conflictivo, discusiones, problemas puntuales de convivencia).

Para que exista acoso psicológico, la finalidad perseguida por el empresario debe ser perjudicar la integridad psíquica del trabajador (sujeto activo/comisión) mediante procedimientos ilegales, ilícitos o ajenos a un trato respetuoso o humanitario y que atentan contra su dignidad, o bien desentenderse de su deber de protección (sujeto tolerante/omisión).

La doctrina internacional ha entendido que para que se configure deben existir:

— conductas de hostigamiento reiteradas en el tiempo como mínimo a lo largo de más de seis meses (no acción puntual o esporádica) con repetición una vez o más a la semana: deben ser recurrentes (no episódicos ni únicos);

— persecución continuada y persistente que se materializa en intentar desestabilizar emocionalmente, hostigar, maltratar verbalmente (amenazas, gritos o insultos, deteriorar deliberadamente y atacar sistemáticamente a una persona menospreciando su trabajo).

El fenómeno del *mobbing*, como toda figura de reciente conceptualización, encierra una variada gama de matices y modalidades, manifestándose en algunas ocasiones en forma directa y en otras de modo indirecto.

Como ejemplos se pueden citar la deliberada falta de comunicación con el trabajador, su aislamiento físico, el hostigamiento, la propagación de conceptos peyorativos hacia su persona, el insulto y la ridiculización directa, otorgarle tareas humillantes, de difícil realización o manifiestamente inútiles, imponerle un cambio constante y arbitrario de las modalidades de trabajo, sabotaje de sus tareas, acusaciones y atribuciones injustas de culpa por hechos que le son ajenos y, en casos extremos, la agresión física.

La doctrina internacional —principalmente europea— entiende que en la práctica del *mobbing* se manifiesta una conducta de tipo discriminatoria y antisocial, generadora de un ambiente laboral ofensivo, tendiente a una finalidad específica: la renuncia al puesto de trabajo por parte de la víctima.

El bien afectado es la dignidad humana, que es el derecho base y constituye el fundamento de todos los demás derechos fundamentales: es un ataque al Estado de derecho y a sus principios esenciales. Atenta contra derechos fundamentales del trabajador, inherente a la condición humana: derecho a la vida, a la salud, respecto de la integridad física, psíquica y moral del

trabajador, a la intimidad personal y a la propia imagen, el respeto a su honra, a su dignidad y a no ser discriminado ni recibir trato degradante.

Se trata de una práctica que invade la esfera jurídica del trabajador, con violación del principio *neminem laedere*, contemplado en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional, al lesionar la integridad psicofísica y la dignidad del afectado, ya que, como consecuencia del mismo, no es extraño que aparezcan síntomas de compromiso físico o psíquico, que la jurisprudencia de la Comunidad Europea no pocas veces ha catalogado como accidentes o enfermedades de trabajo, o merecedores de una indemnización especial o agravada.

En la Argentina hay legislación respecto del sector público en la Ciudad Autónoma en Buenos Aires y en las provincias de Buenos Aires, Jujuy, Santa Fe, Entre Ríos, Tucumán y Misiones, y es tratado en el Código de Ética del personal de la AFIP.

También la jurisprudencia ha comenzado a recepcionar la figura del *mobbing* o acoso moral o psicológico.

Uno de los primeros fallos conocidos se dictó en el caso "Lambir v. Aguas Cordobesas SA", del 11/11/2004, donde la justicia de la provincia de Córdoba tuvo por reconocido que la empresa ejercía acoso moral sobre una empleada, materializada en una política de presiones que se vio exteriorizada en el reemplazo de su clave informática y telefónica y en el no otorgamiento de tareas, a fin de que aceptase la propuesta de retiro que ofrecía la empleadora, notablemente inferior al monto que legalmente le correspondía.

Similar tesitura se adoptó en el fallo "Duffey, Rosario Beatriz v. Entretenimiento Patagonia SA" (6/4/2005), donde el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro también la receptó como causal válida para colocarse en situación de despido indirecto.

En "Correa v. Aguas Danone" (3/8/2005), la Cámara del Trabajo de Mendoza ordenó a una ART a que indemnizara con $ 50.000 a una trabajadora al entender que ésta había sufrido una afección psíquica con motivo de la situación de *mobbing* a la que se encontró sometida, asimilándola a las enfermedades profesionales.

En los casos anteriores se había abordado la cuestión desde otra perspectiva, expidiéndose la justicia en el sentido de admitirla como causal de despido indirecto o equiparándola a un acto discriminatorio.

El 22/12/2005, la sala 6ª de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo condenó a una empresa a indemnizar con $ 70.000 a una trabajadora que sufrió "acoso moral" o *mobbing* en una relación laboral y demandó a su empleadora por daños y perjuicios. Lo hizo en el caso "Lúquez v. Mario A. Salles SA y otro", confirmando la sentencia de grado fundada en la ley antidiscriminatoria 23.592, expidiéndose así en sentido favorable a castigar la práctica del *mobbing* mediante la imposición de indemnizaciones extratarifarias (la causa estaba referida al acoso moral genérico sufrido por la dependiente, portadora del VIH).

### *4.10. Otros actos de discriminación*

Para dilucidar si el despido puede ser calificado como discriminatorio, ante la falta de una prueba clara o categórica de la causal invocada, como principio rector cabe recurrir a las presunciones *hominis*, que autorizan al juez a sentenciar partiendo de hechos o indicios reales y probados.

También se ha expresado que el art. 81, LCT, establece que el empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. La ley prohíbe que se perjudique la situación laboral de alguno de ellos respecto de la generalidad sin causa objetiva que lo justifique. En estos casos, el trabajador debe probar la identidad de situaciones y el trato desigual y

al empleador le incumbe demostrar las razones que justifican dicha desigualdad (sala 1ª, 25/3/2002, "Cardellicchio de Camusso, María Estela v. Anses").

***Trabajador portador de VIH***: respecto de actos discriminatorios, se ha establecido que el art. 1°, ley 23.592, otorga acción al damnificado para reclamar la reparación del daño moral y material ocasionado por actos de discriminación. Resulta evidente la pérdida de tranquilidad y seguridad que sufrió un trabajador despedido por ser portador de VIH, y a los efectos de evaluar el importe del daño moral que le corresponde por tal decisión rescisoria se debe tener en cuenta tal circunstancia, así como la angustia vivida en razón de los actos discriminatorios que produjeron el distracto a lo que debe sumarse el miedo que por sí ocasiona ser portador de VIH.

***Trabajador discapacitado***: la jurisprudencia dispuso que si el despido del trabajador afecta los derechos contemplados en las leyes 23.592 y 22.431, no corresponde reconocer al afectado sólo derechos indemnizatorios, sino conferirle la reincorporación a su puesto de trabajo (sala 5ª, 29/5/1998, "Biscara, Sergio Esteban v. Telefónica de Argentina").

Reconocer al trabajador discapacitado el derecho a reincorporarse a su trabajo ante un despido discriminatorio no es otorgar una estabilidad propia, sino respetar el derecho adquirido en el marco de la ley 22.431 y no incurrir en prácticas discriminatorias prohibidas por la ley 23.592 (sala 5ª, 29/5/1999, "Biscara, Sergio Esteban v. Telefónica de Argentina").

CAPÍTULO XVII

# INDEMNIZACIONES

## I. RÉGIMEN INDEMNIZATORIO

*En caso de despido dispuesto por el empleador sin causa o sin causa justificada —despido directo— o de situación de despido en que se coloque el trabajador con justa causa —despido indirecto—, le corresponde al trabajador la indemnización por antigüedad prevista en el art. 245, LCT.*

*Asimismo, el empleador debe pagar 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. 156, LCT) y el *SAC proporcional* (art. 123, LCT).

Sin perjuicio de ello, según el caso, puede corresponder alguna 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 24.013), los incrementos indemnizatorios de los arts. 1° y 2°, ley 25.323 (BO del 11/10/2000), el art. 132 bis, LCT (que incorpora la ley 25.345), y el 80, LCT (modif. por el art. 45, ley 25.345), y las previstas en convenios colectivos o estatutos especiales.

### 1. Indemnización por antigüedad. Art. 245, LCT

El art. 245, LCT (texto según art. 5°, ley 25.877), establece que "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 mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres 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 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 mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el párr. 1°".

De la comparación del texto anterior del art. 245, LCT, con el actual —según la ley 25.877 (BO del 19/3/2004)— surge que existen tres cambios.

Por un lado, en el párr. 1° se reemplazó la referencia a la *remuneración percibida* por la de *remuneración devengada*, precisando el término tal como lo había entendido invariablemente la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Corte Sup., 12/11/1991, "Bagolini v. ITH").

Por otro lado, se sustituye la expresión *no amparados por convenios colectivos* por *excluidos del convenio colectivo* (cuando se refiere a los trabajadores no convencionados, en el párr. 3°), y se reduce el piso mínimo a un mes de la remuneración mensual, normal y habitual (sin tope) en lugar de dos sueldos como establecía la redacción anterior.

De la lectura de la norma se pueden extraer las *principales características y elementos a tener en cuenta*: como pauta general se puede fijar que *la indemnización es igual a un mes de remuneración por año de antigüedad o fracción mayor de tres meses*, con los alcances y las aclaraciones que se especifican seguidamente.

Asimismo, cabe dejar sentado que la indemnización establecida en el art. 245, 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.). El art. 20, inc. i), ley 20.628, incluye dentro de las exenciones el pago del impuesto a las ganancias las "...indemnizaciones por antigüedad en los casos de despido...", entre otras.

### *1.1. Remuneración*

*Se debe tomar la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o tiempo de prestación de servicios si fuese menor.*

*El fin perseguido es otorgar al trabajador una base para el cálculo indemnizatorio que fuera suficientemente representativa de su nivel de ingresos en circunstancias en que éstos sufrieran variaciones, ya sea de tipo real o nominal.*

En caso de que un trabajador, por alguna causa —suspensión—, no hubiera percibido remuneraciones durante el último año, la base a utilizar para el cálculo de la indemnización por antigüedad debe ser la mejor remuneración recibida normalmente en el último año de la prestación efectiva de servicios a favor del empleador.

1) *Remuneración*: están excluidos los conceptos que no tienen naturaleza remuneratoria (asignaciones familiares, beneficios sociales, indemnizaciones, viáticos con comprobantes, etcétera).

La Corte Suprema, en autos "González, Martín N. v. Polimat SA y otro" (19/5/2010), resolvió que los decs. 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 SAC.

La Cámara Nacional del Trabajo, sala 6ª, en autos "Núñez, Luis F. v. Kraft Foods Argentina SA y otro" (29/3/2010), resolvió que corresponde decretar la inconstitucionalidad del art. 103 bis, inc. c), LCT, y otorgó en consecuencia carácter remunerativo a los pagos efectivizados en concepto de *tickets*.

El uso del automóvil, cochera y celular deben integrar la remuneración, en concordancia con lo dispuesto en el art. 1° del convenio 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 suminis-

trados al trabajador para que cumpla con su tarea o aun 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 (sala 7ª, 19/8/2010, "Maidana, Juan Carlos v. Banco Central de la República Argentina").

2) *Mensual: no se debe incluir en la base a considerar aquello que, aun siendo remuneratorio, no se devenga en forma mensual* (por ejemplo, una gratificación anual). *Están incluidas tanto las remuneraciones fijas como las remuneraciones variables devengadas mensualmente* (comisiones, premios por productividad o asistencia, etcétera).

*Para la posición jurisprudencial mayoritaria, no se deben tomar en cuenta las gratificaciones extraordinarias, SAC u otras prestaciones que por su naturaleza no son susceptibles de ser ganadas todos los meses.*

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo buscó unificar jurisprudencia sobre un tema que divide desde antaño a la doctrina y la jurisprudencia laboral, relativo a si corresponde incluir en la base salarial para el cálculo de la indemnización por antigüedad la incidencia del aguinaldo y los bonus abonados sin periodicidad mensual, con base en sistemas de evaluación de desempeño. Ambos de evidente naturaleza remuneratoria pero cuyo pago se efectúa en períodos distintos a la mensualidad exigida por la norma.

Así, se dictó el fallo plenario 322, "Tulosai, Alberto P. v. Banco Central de la República Argentina" (19/11/2009), que dispuso lo siguiente: "1°) No corresponde incluir en la base salarial prevista en el párr. 1° del art. 245, LCT, la parte proporcional del sueldo anual complementario. 2°) 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 párr. 1° del art. 245, LCT".

El fiscal general ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Eduardo Álvarez —cuya propuesta marcó la tendencia que terminó imponiendo la doctrina judicial obligatoria—, con referencia a la doctrina plenaria de "Kicsa SA" (fallo plenario 274, del 18/9/1990), sostuvo que no debe confundirse el nacimiento de un derecho con la fecha a partir de la cual la obligación se torna exigible, o sea el plazo como modalidad, en los términos del tít. VI del libro segundo del Código Civil, y que la alusión a lo "mensual" en el art. 245, LCT, sólo hace a la parcialización temporal del pago de la remuneración, y no a su devengamiento.

En cambio, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires tiene un criterio opuesto (ver, entre otros, 16/11/1982, "Helmann v. Rigolleau SA").

El art. 245, LCT, al establecer que la base de la indemnización será la mejor remuneración mensual, normal y habitual, excluye toda prestación que no se perciba mensualmente, como el SAC. Y dicha solución no ha sido alterada por la modificación introducida por la ley 25.877 al art. 245, LCT. El reemplazo de la expresión "percibida" por "devengada" importa la recepción normativa de la tesis sentada por la Corte Suprema en la sentencia dictada el 11/11/1991 en el caso "Bagolini, Susana v. Instituto Tecnológico de Hormigón SA" y apunta a disipar las situaciones litigiosas que se planteaban en hipótesis de cobros inferiores a lo que debió devengarse, pero no se modificaron los requisitos que debe cumplir la remuneración computable, entre los que se cuentan la habitualidad mensual (sala 4ª, 14/4/2008, "Bruic, Antonio Alberto v. Club Atlético San Lorenzo Asoc. Civil").

La indemnización establecida por el art. 245, LCT, no debe incluir en su base de cálculo la incidencia de rubros que, como el bonus, se pagan en forma anual. Si bien el concepto en

cuestión es de indudable naturaleza salarial y es "normal", aun cuando pudiere atribuírsele —además— el carácter de "habitual", lo cierto es que la bonificación no reúne el carácter de "mensual" porque no se paga todos los meses sino en forma anual (sala 2ª, 10/3/2010, "Videla, Adriana Cristina v. Cargill SA").

En el caso de que se haya fragmentado el salario en forma no explicitada ni funcional, no hay razones para aplicar la doctrina del fallo plenario 322, "Tulosai, Alberto v. Banco Nación", cuando el empleador no ha demostrado que lo pagado trimestralmente fuera una gratificación relacionada de alguna manera con particularidades de la relación laboral, o que los pagos correspondieran a alguna razón justificada en la naturaleza de la tarea. De ahí que la fragmentación del pago sin causa que lo justifique no parece que sea otra cosa que una modalidad de satisfacer el salario (sala 6ª, 25/3/2010, "López, Luciana v. Disco SA").

El fallo plenario 322 de la Cámara Nacional del Trabajo, *in re* "Tulosai, Alberto Pascual v. Banco Central de la República Argentina", del 19/11/2009, condiciona la exclusión de la bonificación abonada sin periodicidad mensual de la base salarial prevista en el párr. 1°, art. 245, LCT, no sólo a que se descarte la configuración de un supuesto de fraude a la ley laboral sino, además, a que se reconozca con base en un sistema de evaluación de desempeño del trabajador (sala 9ª, 26/2/2010, "Cobice, Oscar v. Danone Argentina SA).

De acuerdo con lo establecido por el plenario "Tulosai", "...descartada la configuración de un supuesto 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 párr. 1° del art. 245, LCT". Si, en el caso, y por imperio de la carga de la prueba y como requisito impuesto por el plenario, la empleadora no acreditó haber utilizado un sistema de evaluación del desempeño del trabajador, tanto que la propia demandada sostiene que el bonus fue creado voluntariamente y reglamentado dentro de su arbitrio, las sumas abonadas al actor no quedan aprenhendidas por la decisión impuesta por el pleno y deben considerarse *contrario sensu*, a los efectos de conformar la base del art. 245, LCT. El rubro gratificación extraordinaria, como el plus vacacional, conceptos percibidos por el actor en forma anual, deben incluirse a los efectos de la liquidación de la indemnización por antigüedad, puesto que si bien ambos rubros son de pago diferido se devengan día a día (sala 7ª, 19/8/2010, "Maidana, Juan Carlos v. Banco Central de la República Argentina).

3) *Habitual* es sinónimo de *periodicidad*: son considerados habituales los rubros que se devengan a favor del trabajador en forma reiterada y persistente; están excluidos los rubros que sólo se devengan excepcionalmente o por única vez.

4) *Normal*: se refiere al monto del rubro. Dentro de los rubros devengados habitualmente se debe excluir aquel cuya cuantía resulte anormal; por ejemplo, si habitualmente se realizan entre diez y treinta horas extras, y en un mes se trabajan cien, ese período podría ser considerado anormal.

La dificultad reside en establecer un criterio de normalidad y compatibilizarlo con la regla que manda a considerar la mejor remuneración, como se observa a continuación.

*No se debe incluir aquello que no es habitual ni normal* (depende de circunstancias excepcionales), es decir que se da en un determinado mes y no se repite regularmente (premios extraordinarios). Si tiene carácter habitual, también se deben computar las horas extras y el premio por asistencia. No se puede tener en cuenta un mes en que haya obtenido ganancias extraordinarias.

5) *Mejor*: realizados los procesos analizados precedentemente y obtenidas las remuneraciones mensuales, normales y habituales devengadas durante el último año aniversario (o período menor), corresponde tomar —de entre ellas— la mejor, esto es, la de mayor cuantía dineraria.

En caso de remuneraciones variables, cabe tener en cuenta la mejor, salvo que en ella hayan incidido circunstancias especiales de un determinado mes que no se repiten regularmente (por ejemplo, una comisión por ventas producida por una venta extraordinaria). No integran la remuneración normal y habitual las comisiones indirectas, ya que no son un modo normal de retribuir a los viajantes de comercio.

El fallo plenario 298 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (5/10/2000, "Brandi, Roberto A. v. Lotería Nacional SE") 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. Por la mayoría votaron, entre otros, Fernández Madrid, Guibourg, Capón Filas, Bermúdez y De la Fuente, además del dictamen del fiscal general Álvarez.

6) La redacción del art. 245, LCT, según la ley 25.877, reemplazó la referencia a la *remuneración percibida* por la de *remuneración devengada*, precisando el término tal como lo había entendido invariablemente la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Corte Sup., 12/11/1991, "Bagolini v. ITH").

7) El fallo plenario 288 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (1/10/1996, "Torres, Elbio v. Pirelli Técnica SA") estableció que, en caso de despido, la remuneración que le corresponde al trabajador por la fracción del mes en que se produjo no debe ser computada —a los fines del art. 245, LCT— proyectada a la totalidad de dicho mes.

### *1.2. Tope salarial*

*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*, es decir que *el tope varía para cada trabajador según el convenio colectivo aplicable a la actividad o a la empresa. Los montos promedio y el tope de cada convenio colectivo surgen de las escalas salariales y los fija periódicamente el Ministerio de Trabajo.*

El tema de los topes —que no fue modificado por la Ley de Ordenamiento Laboral 25.877— ha generado polémica e inseguridad jurídica. Debería haberse brindado alguna solución desde la equidad que, además, se compadezca con la previsión de la Constitución Nacional, que establece la protección contra el despido arbitrario.

La aplicación práctica del tope indemnizatorio origina a veces graves injusticias, perjudicando a los trabajadores —algunos fuera de convenio— con salarios mayores a los más altos del convenio colectivo, que reiteradamente terminan percibiendo una indemnización similar a la de un trabajador que está dentro del convenio y cobra un salario ostensiblemente menor.

La indemnización que por aplicación del tope percibe ese trabajador jerarquizado tampoco refleja la dificultad que tendrá para reinsertarse en el mercado laboral. Debe tenerse en cuenta que se trata de una persona que estaba recibiendo una remuneración importante, se queda sin su empleo y recibe una indemnización que, por aplicación de los topes, no cubre sus necesidades para subsistir.

De allí la trascendencia del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que declaró la inconstitucionalidad del límite a la base salarial previsto en el art. 245, LCT (según ley 24.013), para calcular la indemnización por despido sin justa causa, considerando que corresponde aplicar la limitación prevista en los párrs. 2° y 3°, art. 245, LCT, sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable (14/9/2004, "Vizzoti, Carlos A. v. AMSA SA s/despido").

*1.2.1. Otros aspectos del art. 245, LCT*

Respecto de la aplicación de los topes, también es importante destacar la trascendencia que se ha dado a la invocación por las partes del convenio colectivo aplicable. Para la jurisprudencia mayoritaria, sus disposiciones no se presumen conocidas por los tribunales y deben ser debidamente individualizadas (art. 8°, LCT), aunque también se ha resuelto que aun cuando el convenio colectivo no haya sido denunciado por el empleador demandado, ello no obsta para su aplicación porque el juez está obligado a aplicar el tope del art. 245, LCT.

En cuanto a la posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad del tope, hay posturas diferentes en la jurisprudencia.

Una entiende que resulta procedente la declaración de inconstitucionalidad de oficio del tope del art. 245, LCT. Ello ha sido sostenido por el Máximo Tribunal al pronunciarse en la causa "Mill de Pereyra, A. y otros v. Provincia de Corrientes" (M. 102 XXXII, del 26/6/2000), al establecer que los jueces están facultados para ejercer de oficio el control de constitucionalidad de las leyes, sin que ello atente contra el principio de división de poderes ni importe un avasallamiento de los poderes Ejecutivo y Legislativo en la medida en que el control de constitucionalidad hace a la esencia misma del Poder Judicial (sala 10ª, 7/7/2010, "Frezza, Luis María v. Asociación del Fútbol Argentino AFA", del voto de Stortini, en mayoría).

Otra considera que no procede la declaración de inconstitucionalidad de una norma (en el caso, el art. 245, LCT) cuando no media petición de parte. El control de constitucionalidad difuso de oficio es una tarea delicada que debe ser ponderada por los magistrados como instrumento eficaz para sostener la supremacía de los derechos y garantías contenidos tanto en la Carta Fundamental como en los instrumentos internacionales. Más allá de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya admitido la declaración de inconstitucionalidad de oficio al resolver la causa del 19/8/2004, "Banco Comercial de Finanzas SA (en liquidación Banco Central de la República Argentina)", lo cierto es que tal facultad de los jueces debe ser ejercida con suma prudencia cuando se trata de derechos patrimoniales, pues la Corte Suprema ha sostenido también, de modo reiterado, que cuando una previsión constitucional ha sido establecida exclusivamente para la protección de los derechos de propiedad de los ciudadanos, éstos se hallan facultados para renunciar a esta protección (sala 10ª, 7/7/2010, "Frezza, Luis María v. Asociación del Fútbol Argentino AFA", del voto de Corach, en minoría).

*Si se trata de trabajadores no convencionados* (fuera de convenio) —por lo general, personal jerárquico—, *se extiende la aplicación del convenio de actividad que corresponde al establecimiento en donde desarrollan tareas* (si existe más de uno, se aplica el más favorable).

Cabe dejar aclarado que el tope del art. 245, LCT, no se aplica frente a disposiciones específicas de un estatuto profesional que no establece limitaciones de esa clase, por ejemplo, el estatuto del periodista.

Una de las modificaciones introducidas por la ley 25.877 se produce en el párr. 3°, art. 245, LCT, que hace referencia a *trabajadores excluidos del convenio colectivo*, cuando en el texto anterior se consignaba *trabajadores no amparados por convenios colectivos*. De principio se advierte una cuestionable redacción, porque lo que el convenio colectivo puede excluir son categorías y no trabajadores individualmente considerados.

La modificación puede alterar sustancialmente la exégesis del artículo, ya que no es lo mismo que un trabajador —léase categoría— *se encuentre excluido*, a que *no se encuentre amparado*. Podría interpretarse que la exclusión debe ser expresa y surgir del propio convenio. En cambio, el no estar amparado podría implicar que una determinada categoría no fue tenida en cuenta en la convención colectiva, lo que no necesariamente importa una exclusión expresa. Podría darse el caso de que una categoría sea creada con posterioridad al convenio y, por ende, no figure en él.

De ahí que podría interpretarse que sólo se aplica el tope indemnizatorio a los trabajadores que se encuentran excluidos del convenio o de los convenios que se apliquen en el establecimiento, y no se le aplica a aquellos que no se encuentran amparados por los convenios que rijan en la unidad técnica o de ejecución.

En sentido contrario, también podría interpretarse que si un trabajador reviste una categoría que no está expresamente regulada en el convenio, está tácitamente excluido de él. Avala esta postura la circunstancia de que el artículo establezca que, en caso de que en un establecimiento se aplique más de un convenio, al trabajador se le debe aplicar aquel más favorable. Para esta interpretación la modificación sería sólo de redacción, y nada cambiaría con relación al sistema anterior.

Otra de las controversias que se planteó en doctrina y que no fue resuelta por la ley 25.877 es la solución que debe darse a los trabajadores a quienes directa o indirectamente no les resulta aplicable ningún convenio. Es decir, si no existe convenio aplicable, es discutible si se le debe pagar la indemnización sin tope o no.

En "Génova v. Telev. Federal" (27/5/1999) y "Vergara v. Mediconex SA" (23/11/1995), la Corte resolvió que el personal jerárquico está comprendido dentro de los trabajadores "no amparados por convenios colectivos": queda alcanzado por el tope. Le resulta oponible el "convenio de actividad aplicable al establecimiento o el convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno".

*1.2.2. Fallos de la Corte*

a) Evolución histórica

La Corte Suprema de Justicia de la Nación había dispuesto que no era irrazonable el módulo indemnizatorio fijado en el art. 245, LCT, resultando facultad del legislador la protección del despido arbitrario, excediendo las atribuciones de los jueces expedirse sobre su conveniencia. Sostuvo que la remuneración que sirve de base fue establecida por las partes mediante un acuerdo colectivo y no unilateralmente por el Poder Ejecutivo, por lo cual no se puede entender absurdo o arbitrario su monto ("Villarreal, Adolfo v. Roemmers", 10/12/1997).

A modo de síntesis, resulta interesante efectuar una evolución cronológica de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre los topes indemnizatorios. A tal efecto se enumeran los principales fallos y su doctrina:

— "Carrizo v. AGP" (6/7/1982). Hace referencia a la función alimentaria de la indemnización. La reglamentación legal del derecho a la inestabilidad impropia debe ser razonable: adecuada a los fines que contempla y no descalificable por razón de iniquidad.

— "Ulman v. VASA" (11/9/1984). El tope no es descalificable en abstracto: desnaturalización del derecho que se pretende asegurar o que el importe fuese absurdo o arbitrario.

— "Paluri v. Establ. Metal. Santa Rosa" (13/12/1984). La fijación de un límite para la base indemnizatoria no es causal de descalificación de la norma que dispone el resarcimiento por despido arbitrario. Los jueces no están facultados para decidir sobre el mérito o conveniencia de la legislación en la materia.

— "Grosso v. San Sebastián" (4/9/1990). El módulo del resarcimiento no debe ser necesariamente idéntico al salario.

— "Marianetti v. Bodegas López" (27/10/1994). Reitera que el módulo del resarcimiento no debe ser necesariamente idéntico al salario. La fijación de topes no es por sí inconstitucional. La desproporción entre remuneración percibida y módulo puede deberse a la magnitud de la primera y no a la supuesta exigüidad del segundo.

— "Rivero v. Elma" (10/10/1996). Reproduce en esencia los fundamentos de los casos "Ulman", "Paluri", "Grosso" y "Marianetti". Se refiere a la ley 9688.

— "Vega, Humberto v. Consorcio" (16/12/1993). Declara la inconstitucionalidad de la res. 7/1989 Cnsmvm: hace referencia a la pulverización del real significado económico del crédito indemnizatorio y de la supresión o desnaturalización del derecho que pretende asegurar. Es aplicable a la ley 9688.

— "Martinelli v. Coplinco" (16/11/1993). Establece la inaplicabilidad del tope por SMVM envilecido.

— "Vega, Leonardo v. D'Angiola Arcucci" (25/6/1996). Reproduce los precedentes "Vega" y "Martinelli". Declara la inconstitucionalidad del tope y es aplicable a la indemnización por despido.

— "Villarreal v. Roemmers" (10/12/1997). Reproduce los casos "Ulman" y "Paluri". Hace referencia a la razonabilidad del módulo indemnizatorio. Es facultad del legislador establecer las consecuencias de la ruptura del contrato laboral, sin que los jueces estén habilitados para decidir sobre el mérito o la conveniencia de la reglamentación legal. Dada la significación del resarcimiento, no es posible atribuirle carácter de absurdo o arbitrario ni que comporte la desnaturalización del derecho que pretende asegurar o que se traduzca en la pulverización del real contenido económico del crédito indemnizatorio. En este caso, el monto indemnizatorio con tope representaba el 25% del monto sin tope.

— "Ranzuglia v. Fundación UB" (27/5/1999). Los motivos de equidad subjetivamente apreciados no pueden servir de pretexto para que los jueces dejen de aplicar las normas legales. La proporcionalidad entre resarcimiento e ingreso del trabajador (no inferior al 50%) es una afirmación infundada.

— "Campos González y Ruberti v. Rosselar Argentina" (5/10/1999). Reproduce "Villarreal". En el segundo caso, el monto indemnizatorio con tope representaba el 41% del monto sin tope.

— "Fabro v. Camea", "Vender v. Camea" y "Mastroiani v. Estabi. Terrabusi" (27/5/1999). Hace referencia a la arbitrariedad por falta de fundamentación de la sentencia. En estos casos, los montos indemnizatorios representan entre el 10% y el 25% de las indemnizaciones sin tope. Desecha el criterio de la proporcionalidad entre tope y remuneración percibida: no hace a la garantía constitucional. Razonabilidad del monto: que no resulte absurdo o arbitrario.

— "Carvajal, Daniel v. Bic Argentina" (3/4/2001). Reproduce el caso "Villarreal".

— "Duchowny, Norberto v. Editorial Musical Korn Intersong SA" (15/5/2001). El art. 245, LCT (ley 24.013), pone en evidencia el inequívoco propósito del legislador de imponer un límite a las indemnizaciones por despido. La demora del organismo del Estado en la fijación de los topes no puede ser entendida como un obstáculo para su acatamiento, ni constituye razón válida para determinar el crédito del actor con prescindencia de la limitación legalmente contemplada para resolver la cuestión.

— "Saint Romain, Rafael A. v. Fischer, Guillermo y otros" (9/8/2001). Considera una afirmación dogmática fundada en la sola razón del juzgador, la referencia a la violación del principio de equidad y justicia si no se ha desarrollado mínimamente un estudio de los distintos aspectos de la norma. La suposición de que la garantía constitucional de la protección contra el despido arbitrario se vería burlada por la sujeción literal al art. 245, LCT, resultando el monto indemnizatorio manifiestamente ineficaz en relación con el fin pretendido en la normativa, constituye un exceso en el ejercicio de las facultades judiciales en desmedro de la que la Constitución asigna al Congreso.

— "Licanic, Juan L. v. Volpino Laboratorios SA" (18/9/2001). Los motivos de equidad subjetivamente apreciados no pueden servir de pretexto para que los jueces dejen de aplicar las previsiones del art. 245, LCT. Constituye una afirmación infundada la suposición de que la garantía constitucional de la protección contra el despido arbitrario consiste en cierto equilibrio entre el resarcimiento y el ingreso del trabajador despedido y que dicha proporcionalidad no debe ser inferior al 50% del salario, lo que conduce a la descalificación del pronunciamiento dictado por el tribunal laboral.

— "Chiappe, Américo v. Ceprimi SRL" (28/6/2003). Dispone que el tope indemnizatorio previsto por el art. 245, LCT, debe declararse aun de oficio. "Los magistrados tienen la facultad y el deber de discurrir los conflictos litigiosos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas que las rigen, con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes" (Corte Sup., 17/12/1987, "Galassi, Antonio s/recurso de apelación", Fallos 310:2733).

b) Cambio de criterio: el fallo "Vizzoti" (14/9/2004)

El 14/9/2004, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "Vizzoti, Carlos A. v. AMSA SA s/despido", revocó la sentencia de la sala 2ª de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que había dejado sin efecto el fallo de primera instancia en cuanto declaró la inconstitucionalidad del límite de la base salarial previsto en el art. 245, 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 párrs. 2° y 3° del citado art. 245, LCT, sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable.

La Corte, por unanimidad, 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.

El fallo intenta que la indemnización por antigüedad sea equitativa y proporcional a la remuneración que percibía el trabajador.

Luego de dejar sentado que no existen dudas acerca de la validez constitucional del 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, tales como la celeridad, certeza y previsibilidad en la cuantía de aquéllas, resalta que la finalidad del instituto es reparar, por lo que más allá de 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: la remuneración y la antigüedad del trabajador.

Es por ello que una indemnización por despido que desconozca la concreta realidad que quiso atender, a causa de limitaciones en la evaluación de uno de los elementos de cálculo (el salario), no resulta equitativa ni acorde con el texto del art. 14 bis, Carta Magna.

En este caso, el actor era un director médico con una remuneración mensual de $ 11.000 y una antigüedad de veintiséis años. El tope salarial (convenio de la sanidad) era de $ 1040,31, por lo cual la indemnización con el tope ascendía a $ 27.048; sin el tope le hubiese correspondido $ 286.000.

La indemnización del art. 245, LCT, se había calculado tomando en consideración ese tope, resultando menor del 10% de lo que le hubiera correspondido de no aplicarse la limitación. La Corte toma como base para calcular la indemnización el 67% de la remuneración real del trabajador ($ 7370), por lo cual, la indemnización que percibirá asciende a $ 191.620.

Los porcentajes en cuestión no responden a una estimación arbitraria, sino que se toman sobre la base de reconocida doctrina del más Alto Tribunal sentada en Fallos 209:114, 125/126 y 210:310, 320 consid. 6°, entre muchos otros, en cuestiones relativas a la confiscatoriedad que se produce cuando la presión fiscal excede el señalado porcentaje.

Sostiene que no es admisible que "el importe del salario devengado regularmente por el trabajador resulte disminuido en más de un tercio a los fines de determinar la indemnización sin justa causa, lo que 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 de que éstas asegurarán al trabajador protección contra el despido arbitrario".

Cuando a los efectos de efectuar el cálculo de la indemnización por antigüedad del art. 245, LCT, la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada por el trabajador es afectada por una reducción superior al 33%, atenta contra la pretensión reparadora de la norma y violenta el mandato de la Constitución.

La decisión de la Corte no desconoce la existencia de un tope, sino que implica que no se aplique cuando el cálculo de la remuneración resulte "confiscatorio", es decir, cuando la rebaja supere el 33% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual del trabajador.

Dispuso que la aplicación del tope no puede reducir en más de un 33% el monto de la indemnización que le hubiera correspondido de no existir limitaciones. Es decir que si bien acepta la vigencia del tope, lo admite si el monto es de por lo menos el 67% de la suma sin tope.

Por ejemplo, si un trabajador con diez años de antigüedad percibe como mejor remuneración mensual, normal y habitual $ 20.000 y el tope salarial es de $ 10.000, el salario que se tomaría en cuenta a los efectos del art. 245, LCT, con el criterio del fallo "Vizzoti", sería de $ 13.400 (67% de $ 20.000) y su indemnización de $ 134.000 (sin el tope hubiese sido $ 200.000 y con el tope $ 100.000).

Con ese criterio, en la práctica se protege a los trabajadores que tienen remuneraciones altas; en promedio, a valores actuales, a los que perciben salarios mensuales superiores a $ 14.000, que son alrededor de doscientos mil. De acuerdo con los valores de los salarios de convenio actuales, el tope indemnizatorio es, en promedio, superior a $ 10.000.

Cabe recordar que la res. 384/2004 MTEySS (BO del 3/6/2004) —en su carácter de órgano administrativo con competencia para fijar las escalas salariales—, a los efectos de cuantificar el tope máximo del art. 245, LCT, estableció el reajuste de los topes indemnizatorios en forma progresiva. Ello se efectuó tomando en consideración los incrementos escalonados de las remuneraciones básicas de los trabajadores del sector privado dispuesta por el DNU 392/2002 (BO del 15/7/2003) que la incrementó en la suma de $ 28 por mes, durante ocho meses, para finalmente incorporar a la remuneración vigente al 30/6/2003 la suma total de $ 224. Por lo tanto, el tope salarial desde agosto de 2003 hasta abril de 2004 se incrementó en $ 84 por mes hasta llegar a ascender a la suma de $ 672, respecto del tope vigente al mes de julio de 2003.

Asimismo, desde el 1/1/2011, el SMVM es de $ 1840 (res. 2/2010, CNSEP y SMVM, BO del 12/8/2010).

El tribunal señaló que si la base del cálculo es desproporcionada, tomar el monto inferior viola la garantía contra el despido arbitrario prevista en el art. 14 bis de la Constitución, y que decidir sobre la forma en que lo hace no implica injerencia alguna en el ámbito del Poder Legislativo ni un quiebre al principio de separación de poderes, toda vez que el ejercicio del debido y necesario control de constitucionalidad de las normas y actos de los gobernantes es una misión que ha sido puesta en cabeza de la Corte por la Constitución Nacional.

En este sentido, recuerda que la Ley Fundamental no enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, ni tampoco configura un "promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento queda librado a la buena voluntad de este último".

La sentencia se basó también en normas internacionales sobre derechos humanos, incorporadas a la Constitución, y agregó que no son las leyes del mercado el modelo al que deben adecuarse las normas laborales, porque no debe ser aquél (el mercado) "el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre, ni el contenido ni alcance de los derechos humanos". Es el mercado, señaló, "el que habrá de adaptarse a los moldes de la Constitución y del derecho internacional de los derechos humanos".

El fallo fue objeto de algunas críticas provenientes esencialmente del ámbito empresarial, que señalan el impacto económico y el estado de incertidumbre jurídica que generará en los empleadores, destacando que sólo beneficia a los trabajadores que perciben remuneraciones altas. También se cuestionan las atribuciones que tiene la Corte, que sólo le permitirían declarar la inconstitucionalidad del tope si se encontrasen comprometidas las garantías constitucionales, pero no fijar uno nuevo, al carecer los jueces de facultades para crear topes indemnizatorios, porque se trata de una tarea eminentemente legislativa.

De todos modos, adelantándose a estos planteos, en el propio fallo el Alto Tribunal expresa que "la Corte no desconoce, desde luego, que los efectos que produzca la doctrina de este fallo podrían ser considerados, desde ciertas posiciones o escuelas, como inadecuados a los lineamientos que serían necesarios para el mejoramiento del llamado mercado de trabajo, cuando no del mercado económico en general. Esta hipotética censura, sin embargo, al margen de la naturaleza sólo conjetural de las consecuencias que predica, resulta manifiestamente desechable. Puesto que, seguramente, de manera involuntaria, omite hacerse cargo de que su eventual consistencia exige ignorar o subvertir tanto el ya mentado principio de supremacía de la Constitución Nacional, cuanto el fundamento en el que toda ésta descansa según el texto de 1853-1860, robustecido aún más por los señeros aportes del art. 14 bis, y la reforma de 1994".

Agrega finalmente que no se puede consentir que la reglamentación del derecho del trabajo reconocido por la Constitución Nacional, aduciendo el logro de supuestos frutos futuros, deba hoy resignar el sentido profundamente humanístico y protectorio del trabajador que aquélla le exige. Ello implicaría, dice la Corte, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional.

El criterio sentado en "Vizzoti" fue reiterado en distintos fallos. Por ejemplo, la Corte Suprema, en autos "Roldán de Nicolini, Blanca L. v. Brodsky, Luis J." (29/4/2008), dejó sin efecto la sentencia que, al aplicar el 67% sobre el salario del trabajador, en virtud de la doctrina que emana del precedente "Vizzoti", determinó un salario inferior al tope de convenio.

### *1.3. Indemnización mínima*

*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 el art. 245, LCT, según el texto anterior a la reforma introducida por al art. 5°, ley 25.877, la indemnización mínima equivalía a dos meses de la mejor remuneración mensual normal y habitual sin tope (la antigüedad mínima requerida debe ser de tres meses y un día). Cabe recordar que, en la ley 25.013, el tope mínimo era en la práctica inoperativo y exiguo, ya que ascendía a la 2/12 partes del sueldo con tope, es decir, la sexta parte del salario mensual del trabajador.

La ley 25.877 establece que la indemnización por antigüedad en ningún caso puede ser inferior a un mes de sueldo calculado sobre la base de la mejor remuneración mensual, normal y habitual. En este aspecto es superadora del derogado art. 7°, ley 25.013, y menos beneficiosa para el trabajador que el art. 245, LCT, en su redacción anterior. En realidad, el piso se reduce a

la mitad del art. 245 en su redacción anterior, pero se eleva seis veces en relación con el monto mínimo fijado por el art. 7°, ley 25.013.

En el Mensaje de Elevación del Poder Ejecutivo se advierte que "con relación al mínimo garantizado, por el último párrafo del citado art. 245, la reforma propone fijarlo en un monto equitativo que equilibra la relación entre la antigüedad de los trabajadores y el *quantum* indemnizatorio. A tal efecto, en todos los supuestos se ha establecido la garantía mínima de un mes de sueldo como reparación en el caso de despido sin causa".

Ciertos sectores entienden que la reducción del piso mínimo a la mitad importa una disminución de la protección de los trabajadores y alienta el despido del personal con menor antigüedad.

Por ejemplo, si un trabajador tiene una antigüedad de seis meses y su mejor remuneración mensual es de $ 14.000, siendo el salario promedio que surge del convenio colectivo de $ 4000 (el tope asciende a $ 12.000), le corresponde una indemnización por antigüedad de $ 14.000, por las siguientes razones: si bien su salario supera el tope máximo mensual, tal como surge del último párrafo del art. 245, el importe de la indemnización en ningún caso puede ser inferior a un mes de sueldo sin tope; de aplicarse el tope percibiría $ 12.000 y violaría lo dispuesto en el art. 245 *in fine*.

En cambio, en caso de que un trabajador tenga una antigüedad de un año y cuatro meses, y su mejor remuneración mensual normal y habitual sea de $ 7000, y el tope mensual convencional asciende a $ 12.000, le corresponde una indemnización por antigüedad de $ 14.000, por las siguientes razones: deben ser tenidos en cuenta dos períodos, ya que su antigüedad es de un año y fracción mayor de tres meses; la base de cálculo es $ 7.000, porque no excede el equivalente a tres salarios promedios convencionales ($ 12.000); la indemnización tampoco es inferior al piso mínimo de un mes de sueldo (es decir, $ 7000).

### *1.4. Antigüedad*

Para calcular la antigüedad, el punto de partida es la fecha de iniciación de la relación laboral —si comenzó con el período de prueba, desde su inicio—, hasta la fecha en que la notificación del despido —directo o indirecto— es recibida por el destinatario.

Si bien es cierto que a los fines del art. 245, LCT, la antigüedad a computar es la del servicio, ello no impide que el empleador reconozca al trabajador una mayor que la real. En este caso, sobre la base de esta última, debe liquidarse la indemnización que prevé la norma citada, salvo que el reconocimiento se circunscriba sólo a determinados efectos (sala 3ª, 24/4/2002, "Krobath, Grisele Elisabeth v. Hospital Instituto de Cardiología").

1) La *antigüedad mínima requerida, en principio, es de tres meses y un día*. Esta tesitura surge del fallo plenario 218 (30/3/1979, "Sawady v. Sadaic") y del art. 92 bis, LCT (según redacción del art. 2°, ley 25.877), en cuanto especifica que el contrato por tiempo indeterminado se entiende celebrado a prueba durante los primeros tres meses.

Sin embargo, si el empleador no registra la relación laboral (se entiende que ha renunciado al período de prueba) o asume la conducta prohibida prescripta en el ap. 1°, art. 92 bis, LCT (contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el período de prueba), resulta discutible si le corresponde la indemnización por antigüedad, teniendo en cuenta que prestó servicios menos de tres meses y un día.

El sector mayoritario de la doctrina entiende que no, ya que al reformarse el art. 245, LCT, y retornar a la fracción mayor de tres meses, recobra su operatividad la doctrina plenaria de los autos "Sawady, Manfredo v. Sadaic", que establece que no corresponde abonar la indemnización por antigüedad si el despido se produjo dentro de los tres primeros meses de la relación laboral.

Conforme la pauta temporal del art. 245, LCT, en relación con la antigüedad mínima computable para el devengamiento de indemnización, y el criterio sentado en el fallo plenario 218 (que recobró actualidad a partir del dictado de la ley 25.877 que derogó el art. 7°, ley 25.013), en caso de no haberse trabajado el tiempo mínimo requerido por la norma, no corresponde percibir la indemnización allí prevista (sala 2ª, 31/8/2010, "Grandinetti, Lucas Ramón v. Servicios Post Venta SRL").

2) Si se produce el *reingreso de un trabajador jubilado, sólo se computa* como antigüedad *el tiempo de servicio posterior al cese*, tal cual lo prescribe el art. 253, LCT, conforme la redacción de la ley 24.347. Esta regla se aplica también al caso del trabajador jubilado que sigue prestando servicios sin interrupción luego de la obtención del beneficio (doctrina del plenario 321, "Couto de Capa", 5/6/2009).

3) *Se considera el tiempo efectivamente trabajado*, debiendo incluirse en ese concepto las suspensiones contempladas en la LCT, salvo las que resultan imputables al trabajador (por ejemplo, disciplinarias).

Según establece el art. 19, LCT, el plazo de preaviso otorgado es tiempo de servicio; en cambio, no se lo considera así cuando el preaviso hubiese sido omitido y se hubiese pagado la indemnización sustitutiva.

4) *Se tiene en cuenta el tiempo de trabajo en favor del mismo empleador* (empresa). En caso de *reingreso* para un mismo empleador, *deben ser computados los servicios anteriores* (art. 18, LCT), sin perjuicio de descontar lo percibido en concepto de indemnización por un despido anterior (art. 255, LCT).

El art. 18, LCT, no hace distinciones entre despido y renuncia, ni entre personal jerárquico y no jerárquico: expresa que "deberá tenerse en cuenta el tiempo de servicio anterior, cuando el trabajador cesado en el trabajo por cualquier causa reingresa a las órdenes del mismo empleador".

En caso de sucesivas contrataciones a plazo fijo, se debe computar también como tiempo de servicio "el que corresponda a los sucesivos contratos a plazo que hubieren celebrado las partes".

Asimismo, cabe dejar sentado que *la indemnización establecida en el art. 245, 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, etcétera).

## 2. Indemnización sustitutiva de preaviso (arts. 231 y 232, LCT)

El art. 232, LCT, dispone 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".

La pauta establecida en el art. 245, LCT, es aplicable sólo para el cálculo de la indemnización por despido y el SAC (ley 23.041). Para el cálculo del preaviso omitido debe aplicarse el principio de la "normalidad próxima", noción que supone e 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, y cuyo resarcimiento tiene como base la remuneración que el trabajador habría percibido durante el lapso del preaviso omitido. 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 resulta equitativo tomar el promedio del semestre. 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 los hay para pensar que ganaría una inferior, lo que, precisamente, torna procedente la aplicación del promedio mencionado (sala 4ª, 31/8/2010, "Espeche, Hipólito Armando v. Dunlop Argentina SA").

Respecto del pago de impuesto a las ganancias, cabe recordar que el art. 20, inc. i), ley 20.628, expresamente prevé que "no están exentas... las indemnizaciones por falta de preaviso en el despido...".

Cabe tener en cuenta las siguientes *circunstancias*:

1) *Se trata de 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.

2) *Los rubros no salariales que se* abonan mes a mes al trabajador *no integran la indemnización*, por ejemplo, las asignaciones familiares; en cambio, *está incluido el SAC* —ya que es un salario de pago diferido—, *las remuneraciones complementarias* que el trabajador hubiera debido percibir *y las remuneraciones variables* (se debe efectuar un promedio de los últimos seis meses que refleje el ingreso normal del dependiente).

3) Como se trata de una indemnización, *no sufre descuentos por aportes jubilatorios, sindicales, ni para obras sociales.*

4) Si el *trabajo* es *irregular*, se debe obtener el promedio de los días trabajados en un lapso razonable.

5) Si se trata de un *trabajador a jornal* que se desempeña en horario normal de ocho horas, el cálculo se debe hacer sobre la base del último jornal horario multiplicado por doscientos (número de horas del mes), más el SAC.

Por ejemplo, en caso de que un trabajador tenga un salario mensual de $ 4800: si su antigüedad es menor de cinco años, percibirá $ 4800, y si es mayor de cinco años, percibirá $ 9600 ($ 4800 x 2). Además, se debe pagar el SAC sobre preaviso, que equivale, según el caso, a $ 400 ($ 4800 ÷ 12) o $ 800 ($ 9600 ÷ 12).

### 3. Integración del mes de despido (art. 233, LCT)

Como quedara dicho, el art. 4°, ley 25.877, modificó el art. 233, LCT. El párr. 1° dispone que el plazo de preaviso corre 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 (ver fallo plenario 30, C. Nac. Trab.).

El párr. 2°, art. 233, 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 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".

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 período de prueba.

Por ejemplo, si el despido se produjo el día 10 de julio y el salario mensual del trabajador asciende a $ 3200, para obtener el valor diario se debe dividir la remuneración mensual por los días del mes, es decir, $ 3200 ÷ 31 (días del mes de julio) = $ 104 (valor día). A esa suma hay que multiplicarla por los días faltantes del mes de julio a contar desde la fecha del despido: $ 104 x 21 (días) = $ 2184. A este subtotal se le suma el SAC sobre el rubro integración, que asciende a $ 182,00 ($ 2,84 ÷ 12).

## 4. Conceptos de pago obligatorio cualquiera sea la causa de la extinción

### *4.1. SAC proporcional (art. 123, LCT)*

Para determinar su cálculo, los distintos casos pueden ser graficados con ejemplos, tomando como base un salario mensual del trabajador de $ 2400.

— Si trabajó todo el semestre: $ 2400 ÷ 2 = $ 1200.

— Si trabajó tres meses y veintidós días: $ 2400 ÷ 2 = $ 1200; $ 1200 ÷ 182,5 = $ 6,58; $ 6,58 x 112 días = $736,96.

— Si trabajó menos de un mes (por ejemplo, veinticinco días): $ 2400 ÷ 2 = $ 1200; $ 1200 ÷ 182,5 (días) = $ 6,58; $ 6,58 x 25 (días) = $164,50.

— Si gozó de licencia por maternidad dentro de un semestre (se extingue el vínculo al final del semestre): $ 2400 ÷ 2 = $ 1200; $ 1200 ÷ 182,5 = $ 6,58; $ 6,58 x 90 (días efectivamente trabajados) = $ 592,20.

— En el mismo caso anterior, si el vínculo se extingue el 15 de noviembre: $ 2400 ÷ 2 = $ 1200; $ 1200 ÷ 182,5 = $ 6,58; $ 6,58 x 45 (días desde el 1 de julio a la extinción menos 90 días: 135 - 90 = 45); $ 6,58 x 45 = $ 296,10.

El tema ha sido desarrollado en el capítulo "Remuneración".

### *4.2. Vacaciones proporcionales (art. 156, LCT)*

*Se debe abonar la indemnización por vacaciones no gozadas del año que se inicia el 1 de enero hasta el último día efectivamente trabajado.* Existen distintos métodos para efectuar su cálculo; por medio de los siguientes ejemplos, y sobre la base de un salario mensual de $ 2400, serán realizados dos tipos de cálculo.

— *Trabajador mensualizado*: antigüedad tres años; extinción: 10/10/2010.

*Cálculo 1*: (283 días corridos desde el 1/1).

283 x 14 (días que le corresponde) ÷ 365 (días del año) = 10,85 (cantidad de días de vacaciones).

$ 2400 ÷ 25 = $ 96 (salario diario).

10,85 días x $ 96 = $ 1041,60.

*Cálculo 2*: (220 días trabajados desde el 1°/1).

220 x 14 ÷ 298 (días hábiles del año) = 10,33 días.

10,33 días x $ 96 = $ 991,68.

— *Trabajador jornalizado*: ídem caso anterior.

*Cálculo 1*: 283 x 14 x 8 (horas) ÷ 365 = 86,84 (horas de vacaciones no gozadas).

86,84 horas x $ 12 (valor hora = salario mensual $ 2400 ÷ 25 ÷ 8) = $ 1042,08.

*Cálculo 2*: 220 x 14 x 8 ÷ 298 = 82,68 horas.

82,68 horas x $12 = $ 992,21

— Además, corresponde el rubro *SAC sobre vacaciones no gozadas*:

*Cálculo 1 (trabajador mensualizado)*: $ 1041,60 ÷ 12 = $ 86,80.

Total: $ 1041,60 + $ 86,80 = $ 1128,40.

*Cálculo 2 (trabajador mensualizado)*: $ 979,08 ÷ 12 = $ 82,68.

Total: $ 992,21 + $ 82,68 = $ 1074,89.

Si bien las vacaciones no gozadas tienen carácter indemnizatorio, el art. 156, LCT, se refiere al "salario correspondiente" al período de descanso proporcional a la fracción del año trabajado y, dado que el SAC 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 (sala 4ª, 12/7/2010, "Morris, Carlos Bernardo v. Internacional DINA SA y otros").

El tema ha sido desarrollado en el capítulo "Descansos, feriados, vacaciones y licencias".

*4.3. Días trabajados hasta el despido*

El empleador debe pagarle al trabajador —cualquiera sea la causa de la extinción del vínculo— los días trabajados durante el mes en que se produjo el despido y que no fueron abonados por haber cesado el contrato de trabajo con anterioridad al momento del pago del salario.

## 5. Indemnizaciones en distintos contratos

*5.1. Contrato a plazo fijo (arts. 90 a 95, LCT)*

Se pueden presentar distintos supuestos:

— *Si el contrato tiene una duración de un año o más y se halla cumplido*: la indemnización es el 50% de la prevista en el art. 245, LCT, para el despido sin causa (arts. 95, 247 y 250, LCT).

— *Si el despido se produce antes del vencimiento*: le corresponde la indemnización del art. 245, LCT, más la indemnización por daños que, por lo general, será equivalente a los meses que faltan para finalizar el contrato.

— *Si el trabajador renuncia antes del vencimiento*: sólo resultan procedentes las indemnizaciones contempladas en los arts. 123 y 156, LCT (SAC proporcional y vacaciones proporcionales).

*5.2. Contrato eventual (arts. 99 y 100, LCT, y 68 a 80, ley 24.013)*

También se pueden presentar distintos supuestos:

— *En caso de renuncia o de extinción del contrato por el cumplimiento de la tarea asignada, o por la finalización de la obra o de la causa que le dio origen*, no genera indemnización alguna, con la excepción, obviamente, de los conceptos de pago obligatorios en cualquier extinción del vínculo laboral (SAC proporcional y vacaciones proporcionales).

— *Si el empleador despide al trabajador sin justa causa*, a éste le corresponden las mismas indemnizaciones contempladas en un contrato por tiempo indeterminado.

*5.3. Contrato de temporada (arts. 96 a 98, LCT)*

No se extingue por su vencimiento ya que es un contrato permanente discontinuo.

— En caso de *renuncia* durante su vigencia, el empleador debe abonar sólo las vacaciones proporcionales y el SAC proporcional.

— En caso de *despido*, el empleador debe indemnizar al trabajador con la indemnización por antigüedad del art. 245, LCT (se tiene en cuenta la suma de los períodos trabajados hasta el distracto), más una indemnización compensatoria por la ruptura anticipada.

*5.4. Viajantes de comercio (indemnización por clientela)*

El art. 14, ley 14.546, establece la indemnización por clientela de los viajantes de comercio, al disponer que *debe ser pagada cualquiera sea la causa de extinción del contrato de tra-*

*bajo*. Los *requisitos* para acceder a esta indemnización son: antigüedad mínima de un año como viajante (no se refiere a prestación efectiva, sino a la duración del vínculo laboral), cese de la relación y tener, al momento de la extinción, la calificación profesional de viajante. No depende de la cantidad ni calidad de la clientela, sino que surge de la relación contractual entre las partes.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 14, ley 14.546, la indemnización por clientela resulta equivalente al 25% de lo que le hubiere correspondido al trabajador en caso de despido intempestivo e injustificado. La base de cálculo para liquidar dicho rubro se encuentra integrada por las sumas correspondientes a las indemnizaciones por despido (art. 245, LCT) y sustitutiva del preaviso (art. 232, LCT), más la incidencia del SAC sobre esta última (sala 9ª, 12/8/2010, "Battagliese, Nilda Valentina v. Mataron, Héctor Enrique y otros").

El tema se desarrolla en el capítulo "Estatutos especiales".

### 6. Plazo del pago de las indemnizaciones. Art. 255 bis, LCT (conf. ley 26.592, BO del 26/5/2010)

El art. 255 bis, LCT (texto según ley 26.592, BO del 26/5/2010), viene a zanjar una antigua discusión en torno al plazo de pago de las remuneraciones e indemnizaciones debidas con motivo de la extinción del contrato de trabajo.

El art. 128, LCT, prevé que el pago de la remuneración se debe efectuar una vez vencido el período que corresponda, dentro de los siguientes plazos máximos: cuatro días hábiles para la remuneración mensual o quincenal y tres días hábiles para la semanal.

Aunque para el pago de la remuneración no existen dudas acerca de que el empleador debe abonarlas dentro de los cuatro o tres días hábiles de vencido el período correspondiente, no existía uniformidad a la hora de determinar cuál era el plazo para abonar los salarios y las indemnizaciones debidas como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo.

Una parte de la doctrina aplicaba supletoriamente el artículo mencionado y entendía que el pago debía efectuarse dentro de los cuatro o tres días hábiles desde la fecha de la extinción. Otra parte de la doctrina, al no existir norma alguna que regulara esta situación, entendía que debía realizarse en forma inmediata, ya que, de lo contrario, el empleador incurría en mora.

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

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

## II. INDEMNIZACIONES AGRAVADAS. SITUACIONES ESPECIALMENTE PROTEGIDAS

### 1. Despido por maternidad

Existe una *presunción legal* iuris tantum *de que el despido se produjo por maternidad o embarazo cuando fue decidido dentro de los siete meses y medio anteriores o posteriores a la*

*fecha del parto, siempre que la trabajadora haya notificado fehacientemente su embarazo* o requerido su comprobación por el servicio médico de la empresa.

En caso de despido, si *el empleador* no demuestra que existió una causa justificada, *debe pagar, además de las indemnizaciones por despido sin justa causa, una indemnización especial equivalente a un año de remuneraciones, o sea, trece salarios mensuales, ya que se adiciona el SAC* (arts. 178 y 182, LCT).

Para su cómputo se debe considerar la remuneración habitual y no el módulo previsto en el art. 245, LCT —ya que no se hace remisión alguna a la forma de cálculo que allí se establece—, por lo cual resulta ajustado tomar un promedio de la devengada en el último año. Tampoco resulta de aplicación el tope salarial del art. 245, LCT.

El tema ha sido desarrollado en el capítulo "Trabajo de mujeres y menores".

## 2. Despido por matrimonio

Los reglamentos internos de empresa, o aun el mismo contrato individual celebrado con cada trabajador, no pueden contemplar como causa de despido el hecho de que el dependiente contraiga matrimonio; toda cláusula que contrarie este precepto será nula y sin valor jurídico alguno. Al hacerse referencia al "personal", no se hace distinción de sexo, de modo que la disposición se aplica tanto a mujeres como a varones.

En forma similar al caso anterior, la LCT establece la *presunción* iuris tantum *de que el despido obedece a causa de matrimonio cuando fue dispuesto dentro de los tres meses anteriores o seis posteriores al matrimonio*, sin invocación de causa o si no fuere probada la invocada, *siempre que haya sido notificado fehacientemente el empleador y acreditado con la copia del acta de celebración. La indemnización* que corresponde *es la misma que en caso de despido por maternidad o embarazo —un año de remuneraciones—* (arts. 181 y 182, LCT).

La presunción no opera respecto del trabajador varón, ya que lo que establece la doctrina emanada del fallo plenario 272, "Drewes v. Coselec" (23/3/1990), es la procedencia de la indemnización agravada del art. 182 si *acredita* que el despido fue dispuesto como consecuencia del matrimonio contraído. En tal sentido se ha expedido la jurisprudencia mayoritaria del país.

El tema ha sido desarrollado en el capítulo "Trabajo de mujeres y menores".

## 3. Despido durante la licencia por enfermedad

En caso de despido incausado durante el goce de la licencia paga por enfermedad, establecida en el art. 208, LCT, *el empleador debe abonar, además de las indemnizaciones por despido sin justa causa, una indemnización equivalente a los salarios correspondientes hasta el alta médica o el vencimiento del plazo de licencia* (art. 213, LCT).

El tema ha sido desarrollado en el capítulo "Enfermedades y accidentes inculpables".

## 4. Despido de representantes sindicales

El tema será desarrollado en extenso en el capítulo "Asociaciones sindicales". A modo de síntesis cabe destacar lo siguiente:

El art. 52, ley 23.551, otorga una *protección especial a los delegados y dirigentes gremiales*; la ley fija expresamente el alcance de esta protección, haciéndola extensiva:

1) a quienes efectivamente estén ocupando cargos electivos o representativos en las asociaciones sindicales (art. 48);

2) a aquellos que se han postulado para un cargo de representación sindical (art. 50);

3) a los representantes sindicales en la empresa —delegados del personal, comisiones internas y organismos similares— (art. 40).

La protección legal especial consiste en determinar que *no podrán ser despedidos, suspendidos ni con relación a ellos podrán modificarse las condiciones de trabajo, si no mediare resolución judicial previa que los excluya de la garantía*, conforme al procedimiento establecido en el art. 47, ley 23.551.

*En los casos 1) y 3), la duración de la tutela se extiende durante el término de un año a partir de la cesación de sus mandatos*, salvo justa causa de despido. *En el caso 2), por el término de seis meses a partir de su postulación.*

El procedimiento establecido en la norma consiste en que, a pedido del empleador, el juez o tribunal interviniente, dentro del plazo de cinco días, puede disponer la suspensión de la prestación laboral con el carácter de medida cautelar cuando la permanencia del cuestionado en su puesto, o el mantenimiento de las condiciones de trabajo, pudiere ocasionar peligro para la seguridad de las personas o bienes de la empresa.

La violación del empleador de las garantías establecidas en los artículos citados en el párrafo anterior da derecho al afectado a demandar judicialmente —por vía sumarísima— la reinstalación en su puesto, con más los salarios caídos durante la tramitación judicial, o el restablecimiento de las condiciones de trabajo.

Si se decidiere la reinstalación, el juez puede aplicar al empleador que no cumpliere con la decisión firme las disposiciones del art. 666 bis, CCiv. durante el período de vigencia de su estabilidad.

El trabajador, salvo que se trate de un candidato no electo, puede optar por considerar extinguido el vínculo laboral en virtud de la decisión del empleador, colocándose en situación de despido indirecto, en cuyo caso tiene derecho a percibir, además de indemnizaciones por despido, una suma equivalente al importe de las remuneraciones que le hubieren correspondido durante el tiempo faltante del mandato y el año de estabilidad posterior.

Si el trabajador fuese un candidato no electo, tiene derecho a percibir, además de las indemnizaciones y de las remuneraciones imputables al período de estabilidad aún no agotado, el importe de un año más de remuneraciones.

*En síntesis, si un representante sindical fuere despedido sin justa causa, o sin que el empleador diera cumplimiento a las formalidades legalmente establecidas respecto de la previa exclusión de la tutela sindical, y optara por considerar extinguido el vínculo en lugar de accionar por la reinstalación, tiene derecho a percibir como indemnización, además de las sumas que correspondan por el despido incausado, las remuneraciones que faltan hasta la finalización del mandato más un año de remuneraciones.*

*Si se trata de candidatos no electos, además de las indemnizaciones por despido sin justa causa, les corresponden las remuneraciones del período de estabilidad no agotado —seis meses— y un año de remuneraciones.*

## 5. Daño moral

Para que se configure daño moral, la jurisprudencia entendió que es necesario que exista una conducta adicional del empleador ajena al contrato, de naturaleza dolosa, es decir, un acto ilícito adicional al despido. La ilicitud se refiere a la antijuridicidad de la conducta que se califica de injuriante, oprobiosa y, por ende, nociva para el trabajador. La prueba de la configuración de estas circunstancias recae en el trabajador.

El daño moral importa una lesión a afecciones legítimas, como la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los afectos familiares, pero no comprende cualquier inquietud o perturbación del ánimo derivadas de la privación de bienes materiales. Para que se configure daño moral, debe tratarse de hechos con virtualidad suficiente para producir lesión en las afecciones legítimas de las víctimas.

Lo trascendente es determinar si el reclamo tiene su causa fuente en un ilícito ajeno al contrato de trabajo o, dicho de otro modo, si hubiese resultado indemnizable aun cuando la relación laboral no existiera. Por ello, se debe independizar el concepto y alcance del despido como grave ilícito contractual, del agravio "extra" sufrido por el trabajador. De allí que pueda concluirse que cuando el empleador incurre en conductas lesivas de los bienes patrimoniales o extrapatrimoniales del trabajador, lo debe resarcir integralmente, ya que configura una conducta genéricamente comprendida en los arts. 1072, 1078, 1109, CCiv., aun con total prescindencia del contrato de trabajo en que se produjera.

### 6. Multas de la ley 24.013 e incremento indemnizatorio del art. 1°, ley 25.323

El tema ha sido desarrollado en los capítulos "Registración del contrato. Empleo no registrado" y "Despido".

### 7. Arts. 80 y 132 bis, LCT (según ley 25.345)

El tema ha sido desarrollado en el capítulo "Derechos y deberes de las partes".

## III. FALTA DE PAGO EN TÉRMINO. ART. 9°, LEY 25.013

De las normas referidas al régimen indemnizatorio de la ley 25.013, la Ley de Ordenamiento Laboral 25.877 no derogó el art. 9°. Esta norma dispone que en caso de falta de pago en término y sin causa justificada de la indemnización por despido incausado o de un acuerdo homologado, se presume la existencia de la conducta temeraria y maliciosa contemplada en el art. 275, LCT.

Cabe aclarar que la derogación del art. 5°, ley 25.013, por la ley 25.877 extiende la aplicación del art. 9°, ley 25.013, a todas las relaciones laborales, y no sólo a las iniciadas desde el 3/10/1998, ya que se retoma el principio general que tiene en cuenta el tiempo de producción del hecho y no la fecha de inicio de la relación laboral.

El empleador actúa con temeridad y malicia no sólo en los supuestos enumerados en este artículo, sino en toda oportunidad en que violen los deberes de lealtad, probidad y buena fe que las partes deben observar durante el proceso. Ello ocurre cuando articula pretensiones o defensas carentes de fundamentación o irrazonables, que sólo pueden tener como propósito obstruir el desarrollo del proceso y dilatar su conclusión.

El art. 9°, ley 25.013, ratifica la presunción de conducta temeraria o maliciosa del empleador e 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 de temeridad y malicia ya estaba regulada en el art. 275, LCT, y no resultó en la práctica operativa; tiende a evitar conductas omisivas del empleador —no pago de la indemnización por despido— mediante una indemnización especial.

La diferencia es que con la LCT era a discreción del juez determinar si la actitud omisiva del empleador ameritaba esa sanción, mientras que la ley 25.013 tipifica un supuesto de temeridad y malicia: la falta de pago hace presumir —salvo prueba en contrario— una actitud temeraria y maliciosa del empleador y torna obligatoria la imposición de la multa.

La presunción que se genera es *iuris tantum*, es decir que admite prueba en contrario. Para que resulte operativa la presunción deben concurrir dos extremos: la falta de pago o la demora en la cancelación y la inexistencia de "causa justificada".

Es el empleador el que también tiene la carga de desvirtuarla, aunque en caso de despido sin invocación de causa (arbitrario, *ad nutum*, etc.) es prácticamente imposible. Si el despido se dispone con invocación de una causa que —controvertida judicialmente— no se prueba, corresponde resolver según el caso. Lo mismo ocurre si se trata de un despido indirecto: la acreditación de la injuria patronal y las circunstancias del caso (analizadas a la luz de lo normado en los arts. 62 y 63, LCT) llevan a determinar si la presunción ha sido o no desvirtuada.

El art. 9°, ley 25.013, abarca la falta de pago en término de las indemnizaciones por despido incausado, sin causa justificada y despido indirecto (indemnización por antigüedad y sustitutiva de preaviso, etc.) que no se hubiesen pagado al día siguiente de la fecha de extinción de la relación laboral. Esto es así, ya que para el pago de esta indemnización no resultan analógicamente aplicables los plazos fijados para el pago de las remuneraciones (cuatro días).

También hace referencia a la falta de pago de un acuerdo rescisorio homologado, lo que incluye la extinción por voluntad concurrente de las partes, debidamente homologada, y los acuerdos conciliatorios homologados en sede administrativa (también en el SeCLO, en la ciudad de Buenos Aires) o judicial.

Obviamente, para que se torne operativa la sanción es necesaria una presentación judicial previa (la existencia de un juicio laboral). En realidad, la única causa de exoneración de responsabilidad del empleador para no pagar en término la indemnización por despido es el caso de quiebra.

Resulta discutible si este artículo es o no compatible con la indemnización establecida por el art. 2°, ley 25.323 —equivalente al 50% de las indemnizaciones previstas por los arts. 232, 233 y 245, LCT—.

Es evidente que para castigar la mora en el pago de la indemnización por despido existen dos sanciones diferentes. Para un sector de la doctrina impera una suerte de duplicación y se podría considerar que el art. 2°, ley 25.323, contempla el art. 9°, ley 25.013, y sustituye el art. 275, LCT. Sin embargo, también se puede interpretar que no existiendo disposición en contrario en el art. 2°, ley 25.323 —como ocurre en el art. 1°, respecto de las multas de la LNE—, la sanción del art. 9°, ley 25.013, y el incremento indemnizatorio del art. 2°, ley 25.323, resultan acumulables.

## IV. INCREMENTO INDEMNIZATORIO DEL ART. 2°, LEY 25.323

La ley 25.323 (BO del 11/10/2000), que estableció un incremento de las indemnizaciones laborales en distintos supuestos, rige desde el 20/10/2000, y en el art. 2° dispone *un incremento del 50% en las indemnizaciones previstas por los arts. 232, 233 y 245, LCT* —indemnización sustitutiva del preaviso, integración del mes de despido e indemnización por antigüedad— (o las que en el futuro las reemplacen), *cuando el empleador fehacientemente intimado por el trabajador no las abonare y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio* (por ejemplo, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el SeCLO).

Parte de la doctrina entiende que quedan excluidas del ámbito de aplicación de la ley 25.323 las relaciones de empleo público, el servicio doméstico y el trabajo agrario, por no resultar relaciones laborales comprendidas en la LCT. Sin embargo, también se ha sostenido que es aplicable a todos los trabajadores.

*El objetivo perseguido es compeler al empleador a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido y evitar litigios. La sanción no se vincula con la causa del despido: se castiga la conducta dilatoria que genera gastos y pérdidas de tiempo. El presupuesto de procedencia es el no pago de la indemnización en tiempo oportuno y la existencia de un despido*

*sin invocación de causa producido a partir del 20/10/2000, aunque se lo debe hacer extensivo a los casos de despido indirecto con una causa justificada y de despido directo con invocación de una causa a todas luces inverosímil.*

Por un lado, *requiere la intimación 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 días hábiles (art. 57, LCT); por otro lado, *la mora del empleador.*

Resultaba discutible desde cuándo se debía la indemnización, ya que parte de la doctrina y la jurisprudencia entendía que la mora del empleador se producía al día siguiente de la fecha de extinción de la relación laboral, ya que para el pago de las indemnizaciones no resultaban analógicamente aplicables los plazos fijados para el pago de las remuneraciones, mientras otro sector sostenía que se producía superados los cuatro días hábiles de operada la extinción del vínculo. La controversia se resolvió con la sanción de la ley 26.593 (BO del 26/05/2010), que incorporó el art. 255 bis, LCT, y dispuso lo siguiente: "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".

El incremento previsto por la norma resulta procedente en caso de despido acaecido a partir del 20/10/2000, es decir que no sólo es necesario que la intimación se realice durante la vigencia de la ley 25.323, sino que el despido también debe haberse producido durante su vigencia temporal. Aunque, como el art. 2°, ley 25.323, no lo especifica, podría dar lugar a una interpretación más amplia y proyectar sus alcances a despidos sucedidos con anterioridad a su vigencia.

El tiempo de cumplimiento del empleador es incierto, ya que se exime del incremento indemnizatorio si abona al trabajador las indemnizaciones (o las consigna judicialmente) antes de que éste inicie acciones administrativas o judiciales.

En consecuencia, *el art. 2°, ley 25.323, se aplica al empleador que no paga la indemnización por despido estando fehacientemente intimado a ello y obligando al trabajador a iniciar acciones administrativas o judiciales.*

*Este incremento es compatible con el previsto por el art. 1°, ley 25.323 (y también —en su caso— con las multas de la Ley Nacional de Empleo)*, que se refiere exclusivamente a la indemnización por antigüedad (art. 245, LCT). Por ende, en caso de verificarse ambos supuestos —ausencia o defecto de registración y omisión de abonar la indemnización por antigüedad—, el trabajador compelido a accionar será acreedor al doble de dicha indemnización y, además, a un 50% de incremento sobre la indemnización por antigüedad, la sustitutiva de preaviso y la integración de mes de despido.

Es decir que *cuando se acumulan las indemnizaciones de los arts. 1° y 2°, ley 25.323, el 50% de incremento se aplica sobre la indemnización por antigüedad sin la duplicación del art. 1°.* Por ejemplo, si la indemnización por antigüedad es de $ 20.000, el incremento del art. 1°, ley 25.323, asciende a otros $ 20.000, mientras que el 50% de incremento del art. 2°, ley 25.323, sobre dicho rubro asciende a $ 10.000.

*Resulta discutible si es o no compatible con la multa prevista en el art. 9°, ley 25.013* (ver el punto anterior).

La norma faculta a los jueces, mediante resolución fundada, a reducir prudencialmente —lo cual revela razonabilidad y análisis restrictivo— dicho incremento indemnizatorio hasta la eximición de su pago, si hubieran existido causas que justificaran la conducta del empleador.

El juez tiene la facultad de reducir la multa establecida en el art. 2°, ley 25.323, si de las circunstancias de la causa surge que el empleador pudo considerar un acto del dependiente

como injuria suficiente para el despido, pero ésta no fue acreditada debidamente (sala 3ª, 28/4/2004, "Rohak, Alejandro Daniel v. American Airlines Inc.").

No es controvertido que la norma se aplica al caso de despido directo sin invocación de causa o al supuesto de invocación de una causa —al decir de Justo López— ostensiblemente disparatada. En cambio, resulta cuestionable en algunos casos de despido indirecto y de despido directo con una causa pretendidamente justificada, es decir, cuando es discutida la causa del despido. En principio, no cabe aceptar que el empleador se exime de la aplicación de la norma por la mera invocación de una causa para despedir, lo cual implicaría esgrimir cualquier causa al solo efecto de no pagar el incremento. Sin embargo, la ley no se refiere a la causa del despido, sino que apunta a las causas que justifiquen la conducta del empleador respecto de la omisión del pago de la indemnización.

En definitiva, entiendo que resulta aplicable a los siguientes casos: despido directo sin invocación de causa, despido indirecto, despido directo con causa no probada en juicio o que existió pero no justificaba el despido (facultad del juez de reducir prudencialmente el incremento o eximirlo) y despido directo con causa inverosímil (excusa para no pagar el incremento): si quedara excluida se premiaría una ilicitud adicional (el pretexto).

El 10/9/2008, la Cámara Nacional del Trabajo, resolvió por mayoría en el fallo plenario 320, en autos "Iurleo, Diana Laura v. Consorcio de Propietarios del Edificio Luis Sáenz Peña 1195 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°, párr. 4°, de esta última ley. Tampoco se aplica a la indemnización establecida en el párr. 5° del mismo artículo".

No procede la indemnización prevista en el art. 2°, ley 25.323, pues el actor intimó el pago de las indemnizaciones en el mismo telegrama en que se colocó en situación de despido indirecto, y, por lo tanto, al remitirse las intimaciones señaladas no había transcurrido el plazo previsto por el art. 128, LCT, plazo éste con el que cuenta el empleador para abonar las indemnizaciones derivadas del despido (cfr. art. 149, LCT) (del voto de Vilela, en minoría) (sala 1ª, 22/4/2008, "Ozuna, Rosana Elizabeth v. Compañía Agrícola Nobili SA y otro").

Tratándose de la indemnización del art. 2°, ley 25.323, la verificación del recaudo formal de una previa intimación no requiere como condición especial que se hubieren vencido los plazos que la ley concede al empleador para hacer efectivo el pago de salarios e indemnizaciones (conf. arts. 128 y 149, LCT) (del voto de González, en mayoría) (sala 1ª, 22/4/2008, "Ozuna, Rosana Elizabeth v. Compañía Agrícola Nobili SA y otro").

La C. Nac. Trab, sala 6ª, 28/9/2007, en autos "Curia, Pedro v. Calzado JM SRL", estableció que no corresponde condenar a la demandada a pagar la indemnización dispuesta por el art. 2°, ley 25.323, si el hecho generador del despido pudo conducir a la entonces empleadora a entender que estaba obrando de acuerdo a derecho.

## V. REFERENCIA HISTÓRICA. EL DEROGADO ART. 16, LEY 25.561, DEC. 264/2002, LEY 25.972 Y DNU 1224/2007 (BO del 11/9/2007)

En medio de la crisis económica general, la emergencia y la crítica situación social de comienzos de 2002, se dictó la ley 25.561, que incluyó una norma transitoria que duplicaba la indemnización que le corresponde al trabajador despedido en un determinado período. Su vigencia se extendió hasta el dictado del dec. 1224/2007 (BO del 11/9/2007). En efecto, el párr. 2°, art. 16, ley 25.561 (BO del 7/1/2002) —conocida como Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Tributario—, establece que "...por el plazo de ciento ochenta días quedan suspendidos los despidos sin causa justificada. En caso de producirse despidos en contraven-

ción a lo aquí dispuesto, los empleadores deberán abonar a los trabajadores perjudicados el doble de la indemnización que les correspondiese, de conformidad a la legislación laboral vigente".

El dec. 50/2002 —que fue cuestionado por inconstitucional— fijó como fecha de entrada en vigencia de la ley 25.561 el día 6/1/2002. De resultar inconstitucional la norma hubiese comenzado a regir el 16/1/2002 (conf. art. 2°, CCiv.).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 19/10/2004, en autos "Valente, Diego E. v. Bank Boston NA", estableció que el dec. 50/2002 (que dispuso la vigencia retroactiva, entre otros dispositivos, de la doble indemnización prevista en el art. 16, ley 25.561) debe interpretarse constitucionalmente válido, toda vez que la interpretación opuesta contraría los singulares propósitos que perseguía el agravamiento dispuesto por la norma de emergencia.

Distintos DNU prorrogaron su vigencia. El dec. 883/2002 (BO del 29/5/2002) prorrogó la suspensión de los despidos sin causa justificada y demás disposiciones contenidas en la última parte del art. 16, ley 25.561, por el plazo de ciento ochenta días hábiles administrativos contados a partir de su vencimiento originario.

Por su parte, el dec. 2639/2002 (BO del 20/12/2002) estableció que la suspensión de los despidos no era aplicable a los nuevos trabajadores que se incorporen en relación de dependencia en los términos de la LCT a partir del 1/1/2003, en tanto su incorporación represente un aumento en la plantilla total de trabajadores que el empleador detentaba al 31/12/2002.

El dec. 662/2003 (BO del 21/3/2003) prorrogó la suspensión de los despidos sin causa justificada hasta el 30/6/2003, el dec. 256/2003 hasta el 31/12/2003, el dec. 1351/2003 (BO del 6/1/2004) hasta el 31/3/2004, el dec. 369/2004 (BO del 2/4/2004), hasta el día 30/6/2004, el dec. 823/2004 (BO del 28/6/2004) desde el 1/7/2004 y hasta el día 31/12/2004, pero establece que la duplicación de los montos indemnizatorios se reduce al 80%.

Refiere que el PEN, en función de la evolución de la tasa de desocupación que trimestralmente calcula y publica el Indec puede disponer otras reducciones, dejando establecido para el futuro que la continuidad y modalidad del instituto se vincula con la evolución de la tasa de desocupación. Dispone que cuando la tasa de desocupación sea inferior al 10% quedaría sin efecto de pleno derecho la prórroga.

La ley 25.972 (BO del 17/12/2004) —que entró en vigencia el 18/12/2004 ("a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial", conf. art. 5°)— prorrogó hasta el 31/12/2005 los plazos de la emergencia pública establecida por la ley 25.561 y sus modificatorias, las disposiciones de la ley 25.790, el estado de emergencia sanitaria nacional dispuesto por el dec. 486/2002 y la suspensión de despidos sin causa justificada establecida por el art. 16, ley 25.561, y sus modificatorias, hasta que la tasa de desocupación elaborada por el Indec resulte inferior al 10%. Si se producen despidos en contravención a dicha suspensión, los empleadores deben abonar el porcentaje adicional que fije el PEN, por sobre la indemnización que les corresponda conforme a lo establecido en el art. 245, LCT, y sus modificatorias. No es aplicable a los contratos celebrados a partir del 1/1/2003, siempre que impliquen un aumento en la plantilla total de trabajadores que el empleador poseía al 31/12/2002.

El dec. 2014/2004 (BO del 7/1/2005) estableció que a partir del 1/1/2005 los empleadores, en caso de producir despidos en contravención a la suspensión dispuesta en el art. 16, ley 25.561, y sus modificatorias, deben abonar a los trabajadores afectados un 80% adicional por sobre los montos indemnizatorios que les correspondan. Aclara que a los efectos del cálculo de dichas sumas, el porcentaje adicional comprende todos los rubros indemnizatorios originados con motivo de la extinción del contrato de trabajo.

El DNU 1433/2005 (BO del 23/11/2005) redujo el incremento indemnizatorio previsto en el art. 16, ley 25.561 —originalmente del 100%—, del 80% al 50% a partir del 1/12/2005 y derogó el DNU 2014/2004 (BO del 7/1/2005).

La ley 26.204 (BO del 20/12/2006) prorrogó a partir del 1/1/2007 y hasta el 31/12/2007 la vigencia de la ley 25.561, sus prórrogas y sus modificatorias, además del estado de emergencia sanitaria, ocupacional y alimentaria nacional. La ley 26.563 (BO del 22/12/2009) la prorrogó hasta el 31/12/2011.

Varios de estos decretos de prórroga fueron cuestionados constitucionalmente. De haberse declarado su inconstitucionalidad, la vigencia del art. 16, ley 25.561, se hubiese extendido solamente del 16/1/2002 al 14/7/2002. De lo contrario, aplicando los distintos decretos —como efectivamente ocurrió—, rigió desde el 6/1/2002 (dec. 50/2002, BO del 8/1/2002) hasta que el índice de desempleo fuera inferior al 10% (dec. 1433/2005, BO del 23/11/2005) o hasta el dictado del dec. 1224/2007 (BO del 11/9/2007) —según la postura que se adopte—.

Respecto de las facultades del PEN para disponer la prórroga de la vigencia del art. 16, ley 25.561, la jurisprudencia y la doctrina planteaban soluciones diversas, inclinándose por la constitucionalidad o por la inconstitucionalidad.

Un sector consideró que las disposiciones reglamentarias que extendieron temporalmente la vigencia del art. 16, ley 25.561, no excedían las potestades del PEN, postura a la que adhiero [1]. La prórroga de vigencia temporal del art. 16, ley 25.561, ordenada por decreto, no merece reproche constitucional en atención a que existió en el legislador una delegación de facultades positiva y expresa, que tendió a proteger el nivel de empleo (sala 6ª, 15/12/2003, "Cipriano, Lorena D. v. Markamania SA y otros").

En cambio, otra postura sostuvo que como fueron dictados dentro del período ordinario de sesiones del Congreso nacional y antes de que expirara la vigencia de la norma, no existía impedimento para haber seguido el trámite ordinario para la sanción de las leyes en lugar de acudir al dictado de un DNU (Trib. Trab. Mar del Plata n. 3, 15/7/2003, "Collado, Oscar v. Comar Automotores"). Parte de la doctrina adscribe a esta posición [2].

Partiendo de la base de considerar constitucional los DNU de prórroga 883/2002 (BO del 29/5/2002), 662/2003 (BO del 21/3/2003), 256/2003 (BO del 26/6/2003), 1351/2003 (BO del 6/1/2004), 369/2004 (BO del 2/4/2004), 823/2004 (BO del 28/6/2004), 2014/2004 (BO del 7/1/2005), 1433/2005 (BO del 23/11/2005) y 1224/2007 (BO del 11/9/2007), el incremento indemnizatorio fue del 100% en despidos producidos desde el 6/1/2002 hasta el 30/6/2004, del 80% en despidos producidos desde el 1/7/2004 hasta el 30/11/2005 —conf. dec. 823/2004 (BO del 28/6/2004), ratificado por el dec. 2014/2004 (BO del 7/1/2005)— y del 50% en despidos producidos desde el 1/12/2005 —conf. dec. 1433/2005 (BO del 23/11/2005)— hasta el dictado del dec. 1224/2007 (BO del 11/9/2007)—.

El incremento fue aplicable sólo a los trabajadores ingresados hasta el 31/12/2002, siempre que implicaban un aumento en la plantilla total de trabajadores que el empleador poseía al 31/12/2002 (dec. 2639/2002 —BO del 20/12/2002—).

Como quedara dicho, el art. 16, ley 25.561, fue una norma excepcional y transitoria de contenido protectorio, cuyo objetivo fue evitar despidos y sancionar la decisión rupturista del empleador.

No pretendía mejorar las indemnizaciones, sino fijar temporariamente (hasta el 31/12/2005) los puestos de trabajo, imponiendo al empleador una regla de conducta: reforzaba la estabilidad

[1] GRISOLIA, Julio - HIERREZUELO, Ricardo, "Constitucionalidad de los decretos que prorrogan la suspensión de los despidos", RDLSS 2003-A-176.

[2] FOGLIA, Ricardo, "El decreto 883/2002 de prórroga del art. 16 de la ley 25.561", TySS 2002-564; ETALA, Carlos A., "La persistencia en el dictado de pretendidos decretos de necesidad y urgencia claramente inconstitucionales. A propósito de los decretos 50/2002, 883/2002 y 662/2003", DT 2003-A-493; GEREZ, Oscar, "Inconstitucionalidad del decreto 883/2002, que prorrogó la doble indemnización instaurada por el art. 16, ley 25.561", RDLSS 2003-A-574.

y castigaba el acto antisocial de despedir en ese período; no prohibía ni nulificaba los despidos incausados, sino que les imponía temporalmente causalidad.

Se ocupaba de los despidos sin causa, despidos y suspensiones por fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas y falta o disminución de trabajo (dec. 264/2002), y por reducción de jornada, por causas económicas o tecnológicas, falta o disminución de trabajo (dec. 265/2002). Deben someterse al procedimiento preventivo de crisis de la ley 24.013 y al dec. 328/1988 para preservar los puestos de trabajo a través de una resolución negociada extrajudicial. Obviamente, si despide omitiendo el procedimiento preventivo de crisis o el dec. 328/1988, el empleador no puede invocar el art. 247, LCT, y se deben considerar despidos sin causa justificada.

Resultaba aplicable a todos los trabajadores regidos por la LCT, a los del sector público a los que se les aplica la LCT (conf. art. 2°) y a los trabajadores regidos por estatutos especiales que prevén indemnizaciones en caso de despido injustificado (viajantes, periodistas, etc.). Están excluidos los empleados públicos y las relaciones amparadas por la ley 22.250 (industria de la construcción).

De acuerdo con el dec. 2639/2002, tampoco se aplicaba a los trabajadores que fueron incorporados en relación de dependencia en los términos de la LCT, a partir del 1/1/2003, si su incorporación representa un aumento en la plantilla total de trabajadores bajo la dependencia del empleador al 31/12/2002. Esta disposición no se aplica a los trabajadores regidos por estatutos especiales que dispongan indemnizaciones en caso de despido incausado, que hayan sido contratados a partir del 1/1/2003.

Se aplicaba a los casos de despido sin causa, despido con invocación de causa inverosímil, carente de sustento o manifiestamente falsa, despido indirecto con causa justificada, despido en período de prueba no registrado, plazo fijo y eventual antes de su finalización, temporada; se hace extensivo a los estatutos especiales (viajantes, futbolistas, periodistas) y CCT, servicio doméstico y trabajadores rurales.

El 1/3/2006, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo dictó el fallo plenario 310 (en autos "Ruiz, Víctor Hugo v. UADE"), que estableció que también resulta aplicable la indemnización agravada cuando se trate de despidos indirectos, ratificando así la postura mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia del país.

En cambio, no se aplica al despido con causa justificada, despido por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo no imputable al empleador (debe cumplir en estos casos con el procedimiento preventivo de crisis de la ley 24.013 o el dec. 328/1988), formas de extinción que no generan indemnización por despido (por ejemplo, arts. 240, 241, 244, 248, 249, 250, 251 y 252, LCT), extinción por mutuo acuerdo, extinción en período de prueba registrado, en contrato a plazo fijo por cumplimiento de plazo y eventual por realización de la tarea, industria de la construcción (fondo de desempleo).

En caso de incumplimiento, según el art. 16, ley 25.561, la sanción era el doble de la indemnización "de conformidad a la legislación laboral vigente", pero el art. 4°, dec. 264/2002 (BO del 11/2/2002) —reglamentario de dicha norma—, establecía que la duplicación "comprende todos los rubros indemnizatorios originados con motivo de la extinción del contrato de trabajo".

Respecto de los despidos producidos hasta el 30/11/2005, la aplicación del decreto abarcaba los rubros del despido: indemnización por antigüedad (art. 245, LCT), indemnización sustitutiva de preaviso (art. 232, LCT) e integración del mes de despido (art. 233, LCT).

La doctrina y la jurisprudencia no fueron pacíficas respecto de varios rubros. Entendí que debían incrementarse los arts. 15, ley 24.013, y 1°, ley 25.323, ya que se deben por el despido y se originan con motivo de la extinción, como asimismo los arts. 182, LCT, y 52, ley 23.551. En cambio, no debían incrementarse las vacaciones proporcionales, el SAC proporcional, el

art. 80, LCT, las multas de los arts. 8°, 9°, 10, ley 24.013, ya que se deben por incumplimientos registrales y los arts. 2°, ley 25.323, y 9°, ley 25.013, en el entendimiento de que no condenan el despido, sino la conducta omisiva del empleador de no pagar oportunamente; tampoco el art. 132 bis, LCT, toda vez que no surge de la extinción, sino que es exigible por ella.

Ante las distintas posiciones respecto de los rubros sobre los que se aplicaba el incremento del art. 16, ley 25.561, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo dictó dos fallos plenarios durante 2007.

El fallo plenario 314, en autos "Busquiazo, Guillermo E. v. Gate Gourmet Argentina SA s/despido" (9/10/2007) estableció la siguiente doctrina: "Para el cálculo del recargo dispuesto por el art. 16 de la ley 25.561 no corresponde incluir la sanción establecida por el art. 80, último párrafo, LCT (texto según art. 45 de la ley 25.345)".

También dictó el fallo plenario 316, en autos "Tartaglini, Gustavo M. v. La Papelera del Plata SA" (14/11/2007), cuya doctrina fijó que "no está sujeta al recargo previsto por el art. 16 de la ley 25.561 la indemnización por vacaciones no gozadas regulada por el art. 156, LCT".

Una cuestión controvertida fue determinar sobre qué rubros se debía calcular el incremento del 50% en los despidos producidos a partir del 1/12/2005.

La postura mayoritaria en doctrina y jurisprudencia —interpretación estricta o literal de la norma— lleva a que sea calculado exclusivamente sobre la indemnización por antigüedad (art. 245, LCT), ya que el dec. 1433/2005 derogó el dec. 2014/2004 y, por ende, se debe analizar exclusivamente el art. 4°, ley 25.972.

La posición minoritaria afirmó que este aspecto no había sido modificado por la ley 25.972 ni por el dec. 1433/2005, y que los rubros sujetos al incremento eran los mismos que hasta ahora ha decidido la jurisprudencia mayoritaria. Ello en la inteligencia de que el art. 4°, ley 25.972, no hacía referencia a los rubros respecto de los cuales se debía aplicar el incremento y que, por ende, no lo circunscribió al art. 245, LCT; cuando expresa que "...los empleadores deberán abonar a los trabajadores afectados el porcentaje adicional que fije el Poder Ejecutivo nacional *por sobre el art. 245, LCT*, y sus modificatorias..." no significa que debe incrementarse sólo la indemnización prevista en el art. 245, LCT, sino que "por sobre" se refiere a que debe ser mayor o estar por encima de dicha indemnización. Y también fundamentaron su postura en que el art. 4°, dec. regl. 264/2002, siguió vigente y —en idéntico sentido al derogado dec. 2014/2004— dispuso que deben incrementarse "todos los rubros indemnizatorios originados con motivo de la extinción del contrato".

La fecha de finalización del incremento indemnizatorio generó interpretaciones disímiles en doctrina y jurisprudencia, ya que una parte sostuvo que la prórroga había finalizado con antelación a la sanción del dec. 1224/2007 (BO del 11/9/2007). Adherí a la posición que sustenta que la prórroga culmina con el dec. 1224/2007 (BO del 11/9/2007) y no automáticamente.

Finalmente, así lo dispuso la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el fallo plenario 324, "Lawson, Pedro José v. Swiss Medical SA s/despido" (30/6/2010), al sostener que "la condición prevista en el art. 4°, ley 25.972, en lo referente a la derogación del incremento indemnizatorio del art. 16 de la ley 25.561, sólo debe considerarse cumplida a partir del dictado del dec. 1224/2007".

El debate del plenario se dirigía a elucidar cuándo debía tenerse por cumplida la condición prevista en el art. 4°, ley 25.972 ("...hasta que la tasa de desocupación elaborada por el Instituto Nacional de Estadística y Censo [Indec] resulte inferior al diez por ciento [10%])", referente a la derogación del incremento indemnizatorio del art. 16, ley 25.561. Esto es, si la condición que haría cesar el incremento debía tenerse por cumplida con el simple descenso de las cifras de la desocupación oficiales, o si se requería un acto expreso del poder administrador para tener por configurado el supuesto.

El fiscal general, *Eduardo Álvarez*, sostuvo que la norma impone una condición extintiva no corroborable de manera objetiva (el Indec elabora no una, sino diversas mediciones en relación con la desocupación, con base en promedios por períodos distintos del mensual), que disparó diversas decisiones judiciales y doctrinarias respecto de cuándo se había producido la condición, por lo que que su ocurrencia debía ser establecida por un acto del Poder Ejecutivo.

Stortini reiteró "...que fue no sólo válido sino también necesario el dictado de ese decreto que dio por configurada la condición que preveía el mentado art. 4°. Y así lo era para dar seguridad jurídica a los sujetos del contrato individual de trabajo y a los operadores jurídicos... fue *válida* la sanción del decreto porque el propio art. 2°, ley 25.972, facultaba al Poder Ejecutivo nacional para 'declarar la cesación en forma total o parcial del estado de emergencia pública' en materia laboral. Es decir que la Administración estaba legitimada para actuar como lo hizo en tanto que ejercitó una facultad delegada por el legislador argentino".

Ferreirós, luego de expresar los motivos por los que no comparte la corriente jurisprudencial que considera que la condición se cumplió en el mismo momento en que disminuyó la tasa de desocupación por debajo de niveles indicados (según las publicaciones periódicas que realiza Indec), afirmó que "el mencionado art. 4°, ley 25.972, sólo expresa un proyecto de política económica sujeto a que, *a posteriori*, se resuelva concretamente el momento en que se tome la decisión de manera efectiva. Y ello ha ocurrido sólo con el dictado del dec. 1221/2007 (BO del 11/9/2007)". Sobre la seguridad jurídica, recordó que "es que la seguridad es conducente a la justicia y el tiempo de vigencia de las obligaciones constituye parte de esa seguridad".

Distintos fallos habían avalado esta postura. Sostenían que el art. 4°, ley 25.972, sólo expresa un proyecto de política económica sujeto a que, *a posteriori*, se resuelva concretamente el momento en que se tome la decisión de manera efectiva. Y ello ha ocurrido con el dictado del dec. 1224/2007 (BO del 11/9/2007). Sobre esta base, es lógico concluir que corresponde el pago del agravamiento sólo a los despidos ocurridos hasta el 19/9/2007 (del voto de Ferreirós) (sala 7ª, 30/5/2008, "Molinari, Cristian v. Banco Do Brasil SA").

El art. 4°, ley 25.972, no fue preciso sobre el indicador que había que tener en consideración y que, por tanto, requería de una norma reglamentaria (conf. RAMÍREZ, Luis E., "Una ley argentina para el *Libro Guinness*", DT 2007-1070). Las informaciones acerca del nivel de desocupación vigente a fines del año 2006 carecían de suficiente certeza, tanto en cuanto a su entidad, como en relación con el momento en que debía considerarse alcanzado el nivel de desempleo que la ley había fijado como determinante de la finalización de la crisis a nivel ocupacional en función de la cual se dispuso la suspensión de los despidos injustificados y el agravamiento indemnizatorio en caso de violarse tal disposición legal. La verificación de un hecho de tanta trascendencia jurídica no podía quedar librada a las contingencias propias del alcance y la credibilidad de los datos obtenidos a través de los medios de divulgación masiva que, por lo demás, rara vez se exponen en "estado puro" —es decir, libres de todo contenido valorativo—, máxime cuando los métodos y parámetros utilizados por el Indec estaban siendo seriamente cuestionados desde distintos sectores de la vida política e institucional. En la mencionada ley, el legislador estableció una pauta para que se considere finalizada la emergencia y obligó al Poder Ejecutivo a atenerse a los informes del Indec, pero no sustrajo, de las facultades reglamentarias expresamente otorgadas en el art. 2° de la norma al Poder Ejecutivo, el aspecto en cuestión. En consecuencia, en resguardo de la seguridad jurídica y por aplicación de las pautas interpretativas aludidas, corresponde considerar que el cese del agravamiento indemnizatorio dispuesto por el art. 16, ley 25.561, se operó recién al darse a publicidad el dec. 1224/2007 (BO del 11/9/2007) (del voto de González, en mayoría) (sala 2ª, 20/5/2008, "Reschini, Sebastián v. Massuh SA").

Asimismo, el dec. 264/2002 —cuya finalidad estaba centrada más en evitar despidos que en sancionar la decisión rupturista del empleador— agregaba que en los supuestos de despidos

sin causa justificada contemplados en el art. 16, ley 25.561, debía sustanciarse, con carácter previo a su comunicación, el procedimiento preventivo de crisis establecido en la LNE.

## VI. INTERESES EN LAS INDEMNIZACIONES

Con anterioridad a la vigencia de la Ley de Convertibilidad (ley 23.928), es decir, hasta el 31/3/1991, los créditos laborales que surgían de una sentencia firme (indemnizaciones) eran actualizados según el índice de precios al consumidor con más un interés del 1,25% mensual (15% anual), tal cual fue sustentado durante muchos años por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

A partir de esa fecha se aplicaron distintos criterios. En primer lugar, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo adoptó la *tasa activa* —la que cobran los bancos al otorgar préstamos— que resultaba más favorable al trabajador (res. 6/1991).

Posteriormente, a raíz del dictado de un fallo de la Corte Suprema (10/6/1992, "López, Antonio v. Explotación Pesquera de la Patagonia"), la Cámara cambió su posición y adoptó la *tasa pasiva* —la pagada a los ahorristas en las cajas de ahorro— (acta 2100, modificatoria de la res. 6/1991), que resultaba más favorable al deudor (empleador).

Finalmente, la Corte Suprema dictó el fallo "Banco Sudameris v. Belcam SA y otro" (17/5/1994, B.876.XXV), por el cual los jueces recobraron el pleno ejercicio de la facultad conferida por el art. 622, CCiv. Por ello, en un virtual plenario, la Cámara resolvió aplicar una tasa fija de interés para los créditos laborales (acta 2155 del 9/6/1994) y, *actualmente*, en el ámbito de la *ciudad de Buenos Aires*, la tasa de interés aplicable a los créditos laborales es del *12% anual* (1% mensual).

Para establecerla, la Cámara tuvo en cuenta las facultades conferidas por el art. 622, CCiv. —cuyo fin es mantener incólume el contenido patrimonial del pronunciamiento judicial—, lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Banco Sudameris v. Belcam SA y otro", lo dispuesto en la ley 23.928 y las variaciones que temporalmente el mercado fue imponiendo a las personas que recurrían a las entidades financieras en busca de capital para reemplazar la falta de pago de las sumas debidas.

La tasa del 12% mensual se mantuvo hasta el 31/12/2001, ya que la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo resolvió el 7/5/2002, mediante el acta 2357 (modificada por res. 8 del 30/5/2002) —que no tiene efectos vinculantes, pero exterioriza su criterio en la materia—, que a partir del 1/1/2002 se aplique 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.

Ante el contexto económico generado a partir de comienzos de 2002, mantener la tasa fija del 1% mensual hubiese producido un grave e irreparable daño a los derechos de los trabajadores, que verían notoriamente reducidos sus créditos.

Ésta fue la solución que ya había adoptado en el juzgado a mi cargo al dictar las primeras sentencias del año 2002 (aplicar la tasa mensual activa promedio que cobra el Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento de documentos comerciales), con fundamento en que el nuevo contexto económico-financiero receptado por el consecuente marco normativo dictado por el Congreso de la Nación, donde era admitida oficialmente la devaluación de la moneda en gran medida y se pronosticaba una importante inflación para el ejercicio anual, tornaba equitativo fijar una tasa de interés que efectivamente compensase la mora y castigue la demora en el pago de las obligaciones laborales (Juzg. Nac. Trab., n. 66, 22/2/2002, "Rosón, Armando C. v. Siemens SA s/diferencias de salarios", sent. 2768).

Sin embargo, no existe coincidencia en la justicia del trabajo respecto de si la tasa originalmente establecida puede ser revisada en cualquier momento por los jueces, existiendo pronunciamientos contradictorios al respecto.

Sostuve en distintos seminarios y conferencias que se producía un nuevo conculcamiento de los derechos de los trabajadores e indirectamente una violación al principio de irrenunciabilidad de los derechos con las resoluciones y sentencias firmes —dictadas con anterioridad al año 2002— aún no canceladas, en las que se había decidido aplicar el 12% anual —o una tasa que respondía al marco económico anterior— hasta el efectivo pago.

Evidentemente, seguir aplicando una tasa de interés anual del 1% mensual desde enero de 2002 producía un grave e irreparable daño a los derechos de los trabajadores (acreedores), los que verían notoriamente reducidos sus créditos (lo que a todas luces produciría un serio desfase) y no mantendría incólume el contenido patrimonial del pronunciamiento judicial, implicando un agravio al derecho de propiedad del acreedor, afectando la garantía de retribución justa y resultando contrario al principio de afianzar la justicia contenido en el Preámbulo de la Constitución Nacional.

De allí que considerara equitativo rever el interés fijado originariamente, aunque este proceder a primera vista pareciera violar el instituto de la cosa juzgada; ése es el criterio que apliqué a partir de la resolución dictada en la causa "Nacusi, Raúl R. v. Cuccarese, Luis B." (Juzg. Nac. Trab., n. 66, 10/7/2002) [3].

La modificación de la tasa establecida en una sentencia firme simplemente apunta a mantener la obligación originaria corregida tan sólo en expresión nominal para conservar así su contenido intrínseco, y cumple acabadamente con la esencia de la sentencia, esto es, con lo que el juzgador ordenó al momento de sentenciar: la cosa juzgada lo que busca es amparar, más que el texto formal del fallo, la solución real prevista por el juez.

En el mismo sentido se expidió posteriormente la sala 3ª de la Cámara Nacional del Trabajo (12/9/2002, "Navata, Mario F. v. Institutos Antártida Samic"), la que sostiene que "la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el régimen de la cosa juzgada abarca dos aspectos conexos pero claramente diferenciables: a) la estabilidad de las decisiones judiciales, que es exigencia primaria de la seguridad jurídica; b) el derecho adquirido que corresponde al beneficiario de una sentencia ejecutoriada, derecho que representa para su titular una propiedad *lato sensu*... La seguridad jurídica sería dañada si se alterara o degradara la sustancia de una decisión judicial, es decir, si se anulara el pronunciamiento imperativo sobre el derecho litigioso contenido en la sentencia o privara a ésta de eficacia jurídica. La cosa juzgada busca fijar definitivamente, no tanto el texto formal del fallo, cuanto la solución real prevista por el juez a través de la sentencia...".

Agregó que el reconocimiento de una tasa de interés distinta a la fijada en la sentencia frente a la supresión de la convertibilidad monetaria y la consiguiente evolución de los precios internos, unida a la subsistencia de la prohibición legal de los mecanismos de indexación, preserva la intangibilidad del pronunciamiento recaído, así como su eficacia jurídica. Refiere que el deudor moroso es, en definitiva, el responsable de los mayores daños sufridos por el acreedor laboral a causa de la depreciación monetaria y de la modificación de los precios, ya que si aquél hubiera cumplido debidamente sus obligaciones en tiempo oportuno, no se habría visto compelido al pago de la deuda con intereses más altos y, de todos modos, los efectos nocivos que puede acarrear a su patrimonio la modificación de la tasa de interés frente a la supresión de la convertibilidad monetaria y la consiguiente evolución de los precios internos pueden ser conjurados procediendo al pago inmediato de la deuda.

La *fecha a partir de la cual deben computarse los intereses* es desde que cada suma es debida por el empleador. En caso de despido, es desde la fecha de extinción del vínculo: si se trata

[3] Publicada en la revista *Laboral*, nro. 15, septiembre-octubre 2002, Sociedad Argentina de Derecho Laboral.

de un despido directo, desde que el empleador notificó el despido al trabajador y éste recibió la comunicación (telegrama o carta documento); si se trata de un despido indirecto, desde que el trabajador notificó al empleador su decisión rescisoria.

En las demás formas de extinción, los intereses se calculan desde el momento del cese de la relación laboral. Cuando se reclaman diferencias salariales (por ejemplo, un reclamo en que el empleador no tomó en cuenta algún rubro como remuneración), el interés debe aplicarse desde que se adeuda cada diferencia, es decir, mes a mes.

Por su parte, la *ley 24.283* (BO del 21/12/1993) determinó que cuando se deba actualizar el valor de una cosa, bien o cualquier otra prestación, la liquidación judicial o extrajudicial no puede fijar un valor superior al real y actual de dicha cosa, bien o prestación al momento del pago. La Corte Suprema extendió la aplicación de esta ley a los créditos laborales (16/5/1995, "Bolaño, Miguel v. Benito Roggio e Hijos SA").

Posteriormente, la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo estableció que las pruebas concretas para que se torne aplicable la ley y se reduzca el capital actualizado que adeuda, según la sentencia firme y liquidada, deben ser acercadas al juez por el propio interesado. Solamente en caso de que exista una evidente desproporción entre la suma emergente de la sentencia a la fecha del pago y el monto real de la prestación se puede desestimar el monto establecido en el pronunciamiento y practicarse uno nuevo a valores reales (sala 6ª, 12/12/1995, "Bonavita v. Elma"; sala 5ª, 26/4/1996, "Viotti v. EFA").

Del mismo modo, la Cámara entendió que resulta inaplicable la ley 24.283 a los casos en que los créditos se hallan comprendidos en la ley 23.982 (sala 7ª, 17/3/1997, "Cudemo, Claudio v. Producciones Argentina de Televisión SACI").

## 1. Intereses punitorios

En el ámbito de la justicia nacional del trabajo, distintos tribunales (entre ellos, el Juzg. Nac. Trab. n. 66, a mi cargo) han comenzado a aplicar intereses punitorios para el supuesto de que la condenada al pago no deposite las sumas adeudadas ni abone las que considere corresponder una vez practicada la liquidación que prevé el art. 132, ley orgánica, considerando ajustada la imposición de la misma tasa que la del crédito original (tasa activa del Banco Nación).

Aquéllos comienzan a correr a partir de que la liquidación practicada por el juzgado quede firme o de que haya vencido el plazo de traslado sin que la demandada que la impugne haya depositado las sumas que estime corresponder. En algunos casos se acumulan intereses compensatorios y moratorios, y en otros no (esto es, en algunos casos el interés punitorio se aplica sobre el capital de condena que emerge de la liquidación y, en otros casos, sobre el monto nominal de condena).

La imposición de intereses punitorios para estos supuestos tiene una finalidad eminente de compeler al pago en término de las obligaciones, toda vez que son aquellos que el deudor debe pagar como sanción o pena por el retardo o mora. Son un necesario estímulo para el pago puntual y exacto de la condena, cumpliendo una vital función en el funcionamiento del aparato judicial, toda vez que tienden, en definitiva, a que la actitud díscola del deudor no perjudique injustificadamente al trabajador, y ello redunda en beneficio de la economía social en general.

En consecuencia, establecer una tasa diferencial para el supuesto de falta de cumplimiento en término del pago del monto final de condena con sus aditamentos implica un justo proceder, toda vez que el deudor que no satisface su débito queda en una situación de inexcusable

renuencia, la que legitima y autoriza, a partir de allí y hasta que se produzca la cancelación íntegra y efectiva, la fijación de una tasa diferenciada de interés, que estimula la finalidad del proceso y es disuasiva de conductas antijurídicas que pugnan contra el principio de eficacia de la jurisdicción.

El adecuado funcionamiento de la maquinaria judicial y una efectiva dación de justicia requieren, como una de las bases fundamentales, el oportuno pago por parte de los deudores de las sumas por ellos debidas, ya que se trata en gran medida de créditos alimentarios, que el trabajador necesita con urgencia y el condenado adeuda por resolución firme.

En estas condiciones, las tasas de interés previstas no lo son con la intención única de mantener el valor del crédito, sino que también deben compensar la falta de uso de un capital no pagado en tiempo oportuno, amén del conocido carácter conminatorio, para compeler al pago.

## VII. PAGO EN JUICIO

El art. 277, LCT, establece que "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 derechohabientes, aun en el supuesto de haber otorgado poder. Queda prohibido el pacto de cuotalitis que exceda del 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 cuotalitis o desistimiento no homologados, son 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 excederá del 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 de los profesionales que hubieren representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas".

A fin de garantizar al trabajador el cobro de los créditos consagrados judicialmente (por sentencia u homologación de acuerdo conciliatorio), se establece la obligación de cancelarlos mediante depósito bancario a la orden del tribunal interviniente, que libra el correspondiente giro judicial —no endosable— al titular del crédito. Es nulo el pago realizado extrajudicialmente.

Excepcionalmente, por imposibilidad del titular del crédito de acudir a retirar personalmente el giro judicial, se puede admitir que el pago se realice a un apoderado. Esta protección alcanza únicamente al trabajador y a sus derechohabientes.

El *pacto de cuotalitis* es el acuerdo por el cual el litigante cede anticipadamente un porcentaje de una eventual y futura condena pecuniaria en su favor al profesional con cuya representación o patrocinio actúa. Constituye una excepción a la prohibición de cesión dispuesta en el art. 148, LCT.

Requiere para su validez no sólo la ratificación personal del trabajador y la homologación judicial, sino también la persistencia del *alea,* esto es, que aún no hubiere recaído sentencia u homologación de un acuerdo conciliatorio.

El último párrafo, incorporado al art. 277, LCT, por el art. 8°, ley 24.432, introduce una limitación a la responsabilidad por el pago de costas procesales correspondientes a la primera o

—en su caso— única instancia, estableciendo que no pueden exceder —excluidos los honorarios de la representación o patrocinio letrado del condenado a solventarlas— el 25% del monto de la sentencia o transacción. Si superan ese porcentaje deben ser proporcionalmente reducidas hasta el tope ("prorrateo").

## VIII. EJERCICIOS. CASOS PRÁCTICOS

### 1. Despido por matrimonio con reclamo por los arts. 8° y 15, ley 24.013. Piso mínimo. Tope

Fecha de ingreso: 1/6/2010.

Fecha de despido: 31/5/2011 (antigüedad: un año).

Mejor remuneración mensual, normal y habitual (en adelante, Mrmnh): $ 11.200 (salario promedio convencional: $ 3600 - tope salarial: $ 5.400).

Modo de extinción: despido durante el período de estabilidad por matrimonio con contrato de trabajo no registrado.

| | | |
|---|---|---|
| — Indem. por antigüedad | $ 11.200 | (se aplica el piso mínimo de la LCT; Mrmnh sin tope). |
| — Indem. sust. de preaviso | $ 11.200 | (un mes). |
| — SAC s/indem. sust. preaviso | $ 933,33 | ($ 11.200 ÷ 12). |
| — Indem. agravada | $ 145.600 | ($ 11.200 x 13 sueldos; no se aplica el tope salarial). |
| — Art. 8°, ley 24.013 | $ 36.400 | ($ 11.200 x 13 ÷ 4 —incluye SAC—; debe superar el piso de tres sueldos). |
| — Art. 15, ley 24.013 | $ 23.333,32 | (indem. por antigüedad + indem. sust. de preaviso + SAC sobre dicho rubro). |

No corresponde aplicar el art. 16, ley 25.561, ya que al momento de la extinción no estaba vigente (cfr. dec. 1224/2007, BO del 11/9/2007).

Rubros de pago obligatorio

| | | |
|---|---|---|
| — SAC proporcional | $ 4664,11 | ($ 11.200 ÷ 2 = $ 5600; 5.600 ÷ 182,5 = $ 30,68; $ 30,68 x 152 días). |
| — Vacaciones proporcionales | $ 2611,84 | (152 días x 14 días ÷ 365 días = 5,83 días $ 11.200 ÷ 25 = $ 448; 5,83 x 448). |
| — SAC s/vacaciones prop. | $ 217,65 | ($ 2611,84 ÷ 12). |

### 2. Despido por maternidad con reclamo por arts. 9° y 15, ley 24.013, y art. 132 bis, LCT (ley 25.345)

Fecha de ingreso: 20/11/2006.

Fecha de despido: 22/6/2011 (antigüedad: cuatro años y siete meses - seis meses de período de excedencia [del 22/12/2010 al cese] = cuatro años y un mes).

Mrmnh: $ 5800 (salario promedio convencional: $ 2500 - tope salarial: $ 7500).

Modo de extinción: despido sin causa al finalizar el período de excedencia (seis meses), con fecha de ingreso registrada un año después. Empleador que —pese a la intimación fehaciente— no ingresó los aportes retenidos a los organismos de seguridad social.

| | | |
|---|---|---|
| — Indem. por antigüedad | $ 19.920 | ($ 4980 x 4 años). |
| — Indem. sust. de preaviso | $ 5800 | (un mes). |
| — SAC s/indem. sust. preaviso | $ 483,33 | ($ 5800 ÷ 12). |
| — Integ. del mes de despido | $ 1496,76 | ($ 5800 ÷ 31 x 8 días). |
| — SAC s/integ. mes de despido | $ 124,72 | ($ 1496,76 ÷ 12). |
| — Indem. agravada | $ 75.400 | ($ 5800 x 13; no se aplica el tope salarial). |
| — Art. 9°, ley 24.013 | $ 18.850 | ($ 5800 x 13 - los meses del año + SAC en los cuales el contrato no fue registrado ÷ 4). |
| — Art. 15, ley 24.013 | $ 27.824,80 | (suma equivalente a indem. por antigüedad incluye preaviso + integ. del mes de despido + SAC sobre dichos rubros). |
| — Art. 132 bis, LCT | $ 5800 | por la cantidad de meses hasta que el empleador acredite el ingreso de los fondos retenidos. |

Rubros de pago obligatorio

| | |
|---|---|
| — SAC proporcional | No corresponde ya que no percibió remuneración durante el primer semestre del año 2011. |
| — Vacaciones proporcionales | No corresponde por no tener días trabajados durante el año 2011. |

No corresponde aplicar el art. 16, ley 25.561, ya que al momento de la extinción no estaba vigente (cfr. dec. 1224/2007, BO del 11/9/2007).

### 3. Despido durante el goce de la licencia por enfermedad y accidente inculpable (art. 213, LCT). Trabajador parcialmente registrado. Art. 1°, ley 25.323

Fecha de ingreso: 5/12/2006.

Fecha de despido: 10/4/2011 (antigüedad: cuatro años y cuatro meses = cinco años para art. 245, LCT).

Mrmnh: $ 5.700 (salario promedio convencional: $ 3000 - tope salarial: $ 9000).

Modo de extinción: trabajador parcialmente registrado que no intimó por el art. 11, ley 24.013, estando vigente el vínculo laboral. Despedido sin causa luego de gozar el primer mes de licencia paga por enfermedad inculpable, con cargas de familia (le correspondían seis meses de licencia remunerada, art. 208, LCT).

| | | |
|---|---|---|
| — Indem. por antigüedad | $ 24.600 | ($ 4920 x 5 años). |
| — Indem. sust. de preaviso | $ 5700 | (un mes de preaviso). |
| — SAC s/indem. sust. preaviso | $ 475 | ($ 5700 ÷ 12). |
| — Integ. del mes de despido | $ 3.800 | ($ 5700 ÷ 30 x 20 días). |
| — SAC s/integ. mes de despido | $ 316,66 | ($ 3800 ÷ 12). |
| — Indem. agravada (art. 213, LCT) | $ 28.500 | ($ 5700 x 5 meses). |

| | | |
|---|---|---|
| — Incremento del art. 1°, ley 25.323 | $ 24.600 | (duplicación de la indemnización por antigüedad). |

No corresponde aplicar el art. 16, ley 25.561, ya que al momento de la extinción no estaba vigente (cfr. dec. 1224/2007, BO del 11/9/2007).

Rubros de pago obligatorio

| | | |
|---|---|---|
| — SAC proporcional | $ 1576,61 | ($ 5700 ÷ 2 = $ 2850. 2850 ÷ 182,5 = $ 15,61. $ 15,61 x 101 días). |
| — Vacaciones proporcionales | $ 1324,68 | (101 días x 21 días —al 31/12/2005 tendría más de cinco años de antigüedad— ÷ 365 días = 5,81 días. $ 5.700 ÷ 25 = $ 228. 5,81 x 228). |
| — SAC s/vacaciones prop. | $ 110,39 | ($ 1324,68 ÷ 12). |

## 4. Despido del delegado gremial. Falta de entrega de certificados de trabajo (art. 80, LCT, según ley 25.345)

Fecha de ingreso: 2/5/2001.

Fecha de despido: 10/7/2010 (antigüedad: nueve años y dos meses).

Mrmnh: $ 5900 (Salario promedio convencional: $ 2700 - tope salarial: $ 8100).

Modo de extinción: delegado gremial despedido sin exclusión de tutela, faltando diecinueve meses para finalizar su mandato. No se le entrega certificado de trabajo a pesar de haber intimado fehacientemente treinta días después del despido.

| | | |
|---|---|---|
| — Indem. por antigüedad | $ 45.900 | ($ 5100 x 9 años). |
| — Indem. sust. de preaviso | $ 11.800 | ($ 5900 x 2). |
| — SAC s/indem. sust. preaviso | $ 983,33 | ($ 11.800 ÷ 12). |
| — Integ. del mes de despido | $ 3996,77 | ($ 5900 ÷ 31 x 21 días). |
| — SAC s/integ. mes de despido | $ 333,06 | ($ 3996,77 ÷ 12). |
| — Indem. agravada (un año de salarios + los meses que le restan para finalizar el mandato) | $ 188.800 | ($ 5900 x 13 meses + $ 5900 x 19 meses; no se aplica el tope salarial). |
| — Art. 80, LCT (ley 25.345) | $ 17.700 | ($ 5900 x 3). |

No corresponde aplicar el art. 16, ley 25.561, ya que al momento de la extinción no estaba vigente (cfr. dec. 1224/2007, BO del 11/9/2007).

Rubros de pago obligatorio

| | | |
|---|---|---|
| — SAC proporcional - segunda cuota 2007. | $ 161,60 | ($ 5900 ÷ 2 = $ 2950; 2950 ÷ 182,5 = $ 16,16 $ 16,16 x 10 días. |
| — Vacaciones proporcionales | $ 2607,80 | (192 días x 21 días ÷ 365 días = 11,05 días; $ 5.900 ÷ 25 = $ 236; 11,05 x $ 236). |
| — SAC s/vacaciones prop. | $ 217,30 | ($ 2607,80 ÷ 12). |

## 5. Despido con reclamo en los arts. 10 y 15, ley 24.013. Art. 2°, ley 25.323. Piso mínimo. Tope

Fecha de ingreso: 1/4/2009.
Fecha de despido: 2/4/2011 (antigüedad: dos años).
Mrmnh: $ 11.000 (registrado $ 7000 - no registrado $ 4000).
(salario promedio convencional: $ 2200 - tope salarial: $ 6600).
Modo de extinción: despido sin causa; no le abonan en tiempo oportuno las indemnizaciones luego de intimar en los términos del art. 2°, ley 25.323, debiendo iniciar acciones judiciales. Con contrato de trabajo con remuneración parcialmente registrada durante toda la relación laboral.

| | | |
|---|---|---|
| — Indem. por antigüedad | $ 14.740 | (se aplica "Vizzoti": $ 11.000 x 2 x 67% = $ 14.740). |
| — Indem. sust. de preaviso | $ 11.000 | (un mes). |
| — SAC s/indem. sust. preaviso | $ 916,66 | ($ 11.000 ÷ 12). |
| — Integ. del mes de despido | $ 10.266,66 | ($ 11.000 ÷ 30 x 28 días). |
| — SAC s/integ. mes de despido | $ 855,55 | ($ 10.266,66 ÷ 12). |
| — Art. 2°, ley 25.323 | $ 18.889,44 | (50% de la suma de los rubros anteriores). |
| — Art. 10, ley 24.013 | $ 26.000 | ($ 4.000 x 26 —meses del año en que la correcta remuneración no fue registrada + SAC — ÷ 4.). |
| — Art. 15, ley 24.013 | $ 37.778,88 | (indem. por antigüedad + indem. sust. preaviso + integ. del mes de despido + SAC sobre dichos rubros). |

No corresponde aplicar el art. 16, ley 25.561, ya que al momento de la extinción no estaba vigente (cfr. dec. 1224/2007, BO del 11/9/2007).

Además deben incluirse los rubros de pago obligatorio.

## 6. Despido con pago de indemnización reducida. Art. 247, LCT

Fecha de ingreso: 12/8/2007.
Fecha de despido: 19/1/2011 (antigüedad: tres años y cinco meses).
Mrmnh: $ 5900 (salario promedio convencional: $ 3100 - tope salarial: $ 9300).
Modo de extinción: despido con causa que corresponda el pago de indemnización. Art. 247, LCT.

| | | |
|---|---|---|
| — Indem. por antigüedad | $ 10.080 | (50% de indemnización art. 245, LCT $ 5040 ÷ 2 x 4 años) |
| — Indem. sust. de preaviso | $ 5900 | (un mes). |
| — SAC s/indem. sust. preaviso | $ 491,66 | ($ 5900 ÷ 12). |
| — Integ. del mes de despido | $ 2206,44 | ($ 5900 ÷ 31 x 12 días). |
| — SAC s/integ. mes de despido | $ 183,87 | ($ 2206,44 ÷ 12). |

No corresponde aplicar el art. 16, ley 25.561, ya que al momento de la extinción no estaba vigente (cfr. dec. 1224/2007, BO del 11/9/2007).

Además deben incluirse los rubros de pago obligatorio.

### 7. Trabajadora que rescinde el contrato al finalizar la licencia por maternidad. Liquidación final

Fecha de ingreso: 2/4/2008.
Fecha de renuncia: 5/2/2011 (antigüedad: dos años y diez meses).
Mrmnh: $ 6400 (salario promedio convencional $ 2820 - tope salarial $ 8460).
Modo de extinción: rescinde el contrato al finalizar la licencia por maternidad.

| | | |
|---|---|---|
| —Compensación por tiempo de servicio | $ 4800 | ($ 6400 x 3 años ÷ 4). |

Además deben incluirse los rubros de pago obligatorio que correspondan.

## IX. REFERENCIA HISTÓRICA. RÉGIMEN INDEMNIZATORIO DE LA LEY 25.013 DEROGADA POR LA LEY 25.877 (aplicable a contratos iniciados desde el 3/10/1998 y extinguidos hasta el 27/3/2004)

El art. 41, Ley de Ordenamiento Laboral 25.877, derogó el art. 5°, ley 25.013, y todo el régimen indemnizatorio regulado por esa ley, por lo cual se retorna al principio general, a la vez que se unifica el sistema indemnizatorio.

Hasta la derogación de los arts. 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 10, 11 y 13, ley 25.013, y la reforma de los arts. 92 bis, 231, 233 y 245, LCT, por la ley 25.877, se producía una circunstancia particular: el régimen indemnizatorio que se aplicaba no dependía de la fecha del despido, sino de la fecha de inicio de la relación laboral. Esto significaba que el ámbito temporal de vigencia del régimen indemnizatorio estaba fijado por la fecha de inicio del contrato y no por el momento de su extinción.

Así, por imperio de lo dispuesto por el art. 5°, ley 25.013, si el trabajador había comenzado a trabajar antes del 3/10/1998 se le aplicaba el régimen indemnizatorio previsto en la LCT. En cambio, a partir de esa fecha se aplicaban las disposiciones de la ley 25.013.

Resulta claro que la LCT, con las reformas introducidas por la ley 25.877, se aplica a todas las situaciones extinguidas desde el 28/3/2004 inclusive —fecha en que comenzó a regir—, haya ingresado el trabajador antes o desde el 3/10/1998.

Pero la ley 25.013 aplicó a las relaciones laborales que se iniciaron a partir del 3/10/1998 y se extinguieron hasta el 27/3/2004, del mismo modo que la LCT sin la reforma introducida por la ley 25.877 se aplicó a las relaciones laborales iniciadas antes del 3/10/1998 y extinguidas hasta el 27/3/2004.

El régimen de la ley 25.013, a pesar de su derogación, se proyectó por algunos años, ya que siguieron iniciando demandas y resueltos casos en que resultaba aplicable dicha norma.

El ámbito temporal de vigencia del régimen indemnizatorio estaba fijado por la fecha de inicio del contrato y no por el momento de su extinción. El art. 5°, ley 25.013, disponía que el régimen de indemnizaciones establecido en la LCT era aplicable a todos los trabajadores cuyo contrato de trabajo se iniciara con anterioridad a la vigencia de la ley 25.013 (antes del 3/10/1998).

En comparación con el régimen de la LCT, en la ley 25.013 la diferencia más importante se observaba en la reducción indemnizatoria que sufrían los trabajadores de menor antigüedad, ya que se eliminaba el tope mínimo de dos salarios; en lo atinente a los restantes trabajadores, la reducción se relacionaba con la forma de calcular la antigüedad —en meses y no en años— y con la eliminación de la integración del mes de despido.

En esencia, el régimen indemnizatorio de la ley 25.013 era similar al de la LCT: básicamente tarifado y referenciado a la antigüedad y al salario del trabajador y con preaviso —aunque sufre modificaciones— o indemnización sustitutiva.

También resultaba controvertido qué régimen —LCT o ley 25.013— se debía aplicar cuando un contrato iniciado a partir del 3/10/1998 se extinguía por una causa no prevista en la ley 25.013.

La ley 25.013 no hacía referencia alguna a las remisiones al art. 245, LCT, contenidas en distintas normas indemnizatorias de la LCT (por ejemplo, los arts. 212, 248 y 254).

Como quedara expresado, el principio general era que se aplicaba la ley vigente al momento de la producción del hecho. Tratándose del pago de las indemnizaciones legales por despido, lo lógico era que se aplicara la ley vigente al momento del despido. La ley 25.013 había modificado este principio al disponer que sus disposiciones se aplicarían a las relaciones laborales que se iniciaran a partir de su vigencia (art. 5°), esto es, a partir del 3/10/1998.

## Cuadro comparativo. Indemnización por antigüedad

| | **LCT (art. 245)** | **Ley 25.013 (art. 7°)** |
|---|---|---|
| Base de cálculo | Mejor remuneración mensual, normal y habitual por año de antigüedad o fracción mayor de tres meses. | un doceavo de la mejor remuneración mensual, normal y habitual por mes de antigüedad o fracción mayor de diez días. |
| Tope máximo mensual | 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. Trabajadores sin CCT: tope correspondiente al convenio de actividad aplicable al establecimiento o al convenio más favorable, si existiese más de uno. Trabajadores a comisión o remuneraciones variables: 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. | Ídem LCT. |
| Mínimo legal | Un mes de la mejor remuneración mensual, normal y habitual (sin tope). | La sexta parte (2/12) de la mejor remuneración mensual, normal y habitual (con tope). |
| Antigüedad mínima exigida | Tres meses y un día. | Treinta y un días u once días. |

CAPÍTULO XVIII

# DISTINTAS FORMAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

## I. CLASIFICACIÓN DE LAS FORMAS DE EXTINCIÓN

Doctrinariamente han sido realizadas distintas clasificaciones de las formas de extinción del contrato de trabajo, resultando las dos principales:

— la clasificación que se basa en las indemnizaciones que genera cada una de las formas de extinción;

— la clasificación que tiene en cuenta el origen o naturaleza jurídica de la causa en que se funda, es decir, la voluntad que la motiva.

## II. CLASIFICACIÓN SEGÚN LOS EFECTOS INDEMNIZATORIOS

Cabe recordar que la *indemnización común u ordinaria* es la llamada *indemnización por antigüedad (por despido) establecida en el art. 245, LCT,* que vincula el monto indemnizatorio de cada trabajador con su salario mensual y con su antigüedad en el empleo calculada en años.

También la LCT contempla *casos de indemnización reducida*, como, por ejemplo, la extinción por quiebra o concurso no imputables al empleador, el caso de muerte o inhabilitación del trabajador, en los cuales la indemnización se reduce al 50% de lo dispuesto en el art. 245, LCT.

Asimismo, dispone *indemnizaciones agravadas*, entre otros casos, el despido por maternidad, por matrimonio (un año de remuneración además de la indemnización del art. 245, LCT) y el despido durante la licencia por enfermedad inculpable.

La ley 23.551 (Ley de Asociaciones Profesionales) se refiere al despido de representantes sindicales (además de la indemnización del art. 245, LCT, percibirán los salarios brutos que restan hasta el cumplimiento de su mandato más un año de salarios).

La *ley 24.013* (LNE) fija *multas* y las leyes *25.323* y *25.345* establecen incrementos indemnizatorios (para determinados casos).

### 1. No genera indemnización

1) Renuncia (art. 240).
2) Voluntad concurrente de las partes (art. 241).
3) Vencimiento del contrato a plazo fijo —menos de un año— (art. 250).
4) Cumplimiento de condición —contratos eventuales y por obra— (art. 99).
5) Despido con justa causa (arts. 242 y 243).
6) Jubilación ordinaria (arts. 252 y 253).

En estos casos, el empleador debe pagar solamente el SAC (aguinaldo) proporcional y las vacaciones proporcionales en virtud a lo prescripto en los arts. 123 y 156, LCT; estos conceptos se deben al trabajador cualquiera sea la forma de extinción del vínculo laboral.

### 2. Indemnización reducida

1) Vencimiento de plazo cierto en contratos de plazo fijo cuya duración exceda de un año —arts. 95, 247 y 250—: la mitad de la indemnización del art. 245, LCT.

2) Renuncia de la trabajadora al término de la licencia por maternidad —art. 183, inc. b)—: 25% de la indemnización del art. 245, LCT.

3) Reincorporación imposible vencido el período de excedencia —art. 183, inc. b)—: ídem anterior.

4) Despido por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo —art. 247—: la mitad de la indemnización del art. 245, LCT.

5) Despido por quiebra o concurso no imputables al empleador —arts. 251 y 247—: ídem anterior.

6) Muerte del trabajador —arts. 247 y 248—: ídem anterior.

7) Inhabilitación del trabajador: falta de habilitación especial —arts. 254, párr. 2°, y 247—: ídem anterior.

8) Imposibilidad de reincorporación del trabajador con incapacidad parcial definitiva (causa no imputable al empleador) —arts. 212, inc. 2°, y 247—: ídem anterior.

### 3. Indemnización completa

1) Despido *ad nutum o directo*: preaviso (o indemnización sustitutiva) e indemnización por antigüedad contemplada en el art. 245, LCT (además de la integración del mes de despido).

2) Despido indirecto: ídem anterior.

3) Incapacidad absoluta —art. 212—: indemnización del art. 245, LCT.

4) Vencida la excedencia, no reincorporación de la trabajadora por no ser admitida —art. 184—: ídem punto 1).

5) Imposibilidad de reincorporación por causa imputable al empleador —art. 212, inc. 3°—: ídem anterior.

6) No reincorporación en cargos electivos o representativos en asociaciones profesionales con personalidad gremial —arts. 215 y 216—: ídem anterior (incluye antigüedad del período de reserva).

7) Despido indirecto por exceso de suspensiones —art. 222— o falta de requisitos: art. 232, LCT, más art. 245, LCT, más los salarios de la suspensión (art. 223, LCT).

8) Despido por transferencia de establecimiento —art. 226—: ídem punto 1).

### 4. Indemnizaciones agravadas

1) Despido por maternidad —art. 182—: un año de remuneraciones (son trece meses porque se incluye el SAC) además de la indemnización del art. 245, LCT, y de los arts. 232 y 233, LCT.

2) Despido por matrimonio (varón o mujer) —art. 182—: ídem anterior.

3) Despido durante la licencia por enfermedad inculpable —art. 213—: indemnización del art. 245, LCT, y de los arts. 232 y 233, LCT, más los salarios hasta completar el plazo del art. 208, LCT.

4) Despido de representantes sindicales —arts. 47 a 52, ley 23.551—: indemnización del art. 245, LCT, y de los arts. 232 y 233, LCT, más remuneraciones brutas que restan hasta el cumplimiento de su mandato, más un año de remuneraciones (trece meses porque se incluye el SAC).

5) Art. 15, ley 24.013: otro importe igual a la suma de la indemnización del art. 245, LCT, más el art. 232, LCT, y el art. 233, LCT, y sus respectivos SAC.

6) Arts. 8°, 9° y 10, ley 24.013: un cuarto del importe de las remuneraciones devengadas desde el comienzo de la relación hasta la extinción (art. 8°); desde la fecha real de ingreso hasta la fecha falsamente consignada (art. 9°), y de las devengadas y no registradas (art. 10).

7) Art. 1°, ley 25.323: otro importe igual a la indemnización del art. 245, LCT.

8) Art. 2°, ley 25.323: 50% de recargo sobre la indemnización por antigüedad (art. 245), la sustitutiva de preaviso (art. 232) y la integración del mes de despido (art. 233).

9) Art. 132 bis, LCT (ley 25.345): sanción conminatoria mensual equivalente a la remuneración que percibía al momento de producirse la desvinculación.

10) Art. 80, LCT (conf. ley 25.345): 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.

## III. CLASIFICACIÓN SEGÚN EL ORIGEN DE LA CAUSA O LA VOLUNTAD QUE LA MOTIVA

***a)* Extinción por voluntad del empleador**:

1) Despido con justa causa (arts. 242 y 243).

2) Despido sin causa (arts. 242 y 243).

***b)* Extinción por causas ajenas a la voluntad de las partes**:

I) Por causas que afectan al empleador:

— Causas económicas:

1) fuerza mayor (art. 247);

2) falta o disminución de trabajo (art. 247);

3) quiebra o concurso (art. 251).

— Causas biológicas:

4) Muerte (art. 249).

II) Por causas que afectan al trabajador:

1) incapacidad (art. 212, párrs. 2° y 4°);

2) inhabilitación (art. 254);

3) jubilación ordinaria (arts. 252 y 253);

4) muerte (art. 248).

***c)* Extinción por voluntad del trabajador**:

1) Despido indirecto (art. 246).

2) Renuncia (art. 240).

3) Abandono de trabajo (art. 244).

***d)* Extinción por voluntad de ambas partes**:

1) Voluntad concurrente de las partes o mutuo acuerdo (art. 241).

2) Vencimiento de plazo cierto (art. 250).

3) Cumplimiento del objeto o finalización de la obra (art. 99).

## IV. CAUSAS DE EXTINCIÓN

### 1. Extinción por voluntad del empleador

*1. Despido con justa causa. 2. Despido sin justa causa*

Estos casos fueron desarrollados en el capítulo "Despido".

### 2. Extinción por causas ajenas a la voluntad de las partes

*I. Causas que afectan al empleador*

*1. Fuerza mayor. 2. Falta o disminución de trabajo*

En este punto se debe reiterar lo expuesto en el capítulo "Suspensión del contrato de trabajo" al tratar las suspensiones por fuerza mayor y falta o disminución de trabajo. A modo de síntesis cabe exponer lo siguiente.

Corresponde tener presente el procedimiento de crisis establecido en la LNE (arts. 98 a 105, ley 24.013). Asimismo, resultan aplicables los decs. 328/1988 (BO del 21/3/1988), 2072/1994 (BO del 29/11/1994) y 265/2002 (BO del 11/2/2002). El tema se desarrolla en el capítulo "Despido".

El párr. 1°, art. 247, LCT, dispone que "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".

Por lo tanto, si el contrato se extinguió por falta o disminución de trabajo o fuerza mayor no imputable al empleador, a partir del 28/3/2004 —sin importar la fecha de inicio del contrato— se aplica el art. 247, LCT, ya que la ley 25.877 (BO del 19/3/2004) derogó el art. 10, ley 25.013.

Los párrs. 2° y 3° del art. 247 (transcripción del art. 221) fijan un *orden de antigüedad* que el empleador debe respetar para despedir al personal dependiente. Expresa la norma que "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". Se cuenta por semestre aniversario, y respecto del concepto de carga de familia cabe reiterar que resulta aplicable la ley 23.660 (ver "Suspensiones por causas económicas").

Se deben considerar ingresados en el mismo semestre aquellos trabajadores entre cuyas antigüedades no haya más de seis meses de diferencia y que tengan la misma categoría o especialidad.

La empresa debe tratar de absorber a los trabajadores sobrantes de una sección que se cierra en las otras que continúan operando.

No están incluidas en el orden de antigüedad para los despidos las trabajadoras en goce de licencia por maternidad. En cambio, en caso de cierre del establecimiento, los delegados gremiales pierden su estabilidad gremial y pueden ser despedidos (art. 51, ley 23.551).

*Para que se configure falta o disminución de trabajo no imputable al empleador tiene que ocurrir un hecho que afecte el mercado e impacte en la empresa y tener carácter excepcional y ser ajeno al empresario* (no puede haberlo previsto ni evitado); esta valoración queda sujeta al criterio judicial.

El art. 247, LCT, es una excepción y su aplicación debe ser restrictiva, ya que el principio que rige es el de conservación del trabajo (art. 10, LCT), por lo cual el empleador tiene a su alcance la adopción de otras medidas para paliar la crisis, por ejemplo, la suspensión de la relación laboral.

Para ser justificada, la decisión del empleador debe responder a una falta o disminución de trabajo no imputable (emergente de circunstancias objetivas) que por su entidad y perdurabilidad justifique la rescisión del vínculo, y demostrar una conducta diligente (adopción de medidas tendientes a evitar la situación deficitaria).

Para fundamentar un despido por falta o disminución de trabajo hay que acreditar la imprevisibilidad, la inevitabilidad y la irresistibilidad del hecho por quien lo invoca (arts. 513 y 514, CCiv.).

Por ejemplo, una crisis económica general no constituye, sin más, prueba suficiente para eximir a la empleadora de su obligación resarcitoria de conformidad al art. 245, LCT, ya que es ineludible que quien invoca tales circunstancias demuestre, en forma fehaciente, que ha tomado las medidas necesarias para paliarlas.

La jurisprudencia ha valorado la invocación de estas causas y en forma reiterada ha resuelto que resultan justificadas cuando se originan en hechos ajenos a la empresa, o resultan imprevisibles o inevitables de acuerdo con su naturaleza y con la diligencia exigible a un buen hombre de negocios. La demostración de la causal invocada para despedir y su alcance recae en el empleador.

La falta o disminución de trabajo torna innecesaria la prestación, mientras que la fuerza mayor la hace imposible.

Se encuentra a cargo del empleador la prueba de la causal de falta o disminución de trabajo invocada para despedir, la que debe ser interpretada con criterio restrictivo, como también debe probarse que la falta de trabajo resultó inimputable, debiendo haber observado una conducta diligente, acorde con las circunstancias, y que el hecho no hubiese obedecido a riesgo propio de la empresa. Es decir que no basta con demostrar la existencia de dificultades que perjudiquen el desenvolvimiento de la empresa, sino que es necesario probar la inimputabilidad por dolo o culpa.

La prueba de la causal del art. 247, LCT, debe referirse tanto a la situación de falta de trabajo como a que ella no le sea imputable: el empleador debe demostrar haber observado una conducta diligente acorde con las circunstancias, que el hecho determinante no hubiese obedecido a riesgos propios de la empresa, que se tomaron las medidas destinadas a paliarlo y que se respetó el orden de la antigüedad para despedir.

Por ejemplo, se ha dicho que la falta de matriculación de alumnos, determinada por la disminución del poder adquisitivo de la clase social que envía sus hijos a escuelas privadas, conforma un riesgo propio de la actividad empresaria que, en principio, no encuadra dentro del concepto de falta de trabajo que justifique el pago de la indemnización prevista en el art. 247, LCT (sala 6ª, 23/6/2000, "Blufstein, Matilde v. Asociación Israelita de Beneficencia y Culto").

*Constituyen fuerza mayor aquellos hechos previstos o imprevistos que no pueden ser evitados* y que afectan el proceso productivo de una empresa y producen la imposibilidad de cumplir su obligación de dar ocupación. Para resultar justificada, *debe obedecer a causas externas, graves y ajenas al giro y a la previsión empresarial.*

*Si el empleador demuestra la causal invocada*, y que no le es imputable, *debe pagar* al trabajador solamente *una indemnización reducida, equivalente a la mitad de la prevista en el art. 245, LCT.*

En el derecho laboral, el caso fortuito o fuerza mayor debe ser considerado por el juzgador con sujeción a las circunstancias concurrentes en cada caso y teniendo en cuenta que la falta o disminución de trabajo no haya podido preverse o que, prevista, no haya podido evitarse (fallo plenario 24, 8/3/1955, "Menéndez, Manuel y otros v. Peirano Ltda. SRL").

Ambas causales tienen en común la "ajenidad" del evento, ya que no se puede pretender que alguien excuse el cumplimiento de los deberes a su cargo con su propia negligencia, la ley

alude a tal característica al requerir que se trate de falta o disminución de trabajo "no imputable al empleador" (arts. 219 y 247, LCT). Tales normas no hacen más que receptar una antigua decisión plenaria en tal sentido (fallo plenario 25, 23/3/1955, "Kennse, Samuel y otros v. Laudrok y Cía. SRL", LL 78-174; sala 3ª, 30/4/1996, "Romeo, Carlos v. Textil Alfa SA").

El despido invocando *fuerza mayor* es un despido causado. En consecuencia, como el empleador pretende ampararse en una disposición legal que disminuye su obligación de indemnizar, debe obligatoriamente explicitar cuál es la fuerza mayor a la cual alude, dando de este modo oportunidad al obrero de conocer los verdaderos motivos en que se funda la medida.

En consecuencia, para justificar los despidos por falta o disminución de trabajo, el empleador debe probar: a) la existencia de falta o disminución de trabajo que por su gravedad no consiente la prosecución del vínculo; b) que la situación no le es imputable, es decir que se debe a circunstancias objetivas y que no hay culpa ni negligencia empresaria; c) que se respetó el orden de antigüedad; y d) su perdurabilidad, ello, desde que una crisis temporaria es un riesgo común en la explotación comercial o industrial, que no autoriza sin más la invocación de la "falta o disminución de trabajo" (sala 9ª, 28/2/2002, "Harmour, Marcela Alejandra v. Los Cipreses SA").

No basta, en los casos de despido por disminución o falta de trabajo, que la empresa pruebe que ganó menos dinero ("menor ganancia"), sino que, conforme los términos del art. 247, LCT, debe probar que tomó medidas aconsejadas por el buen tino empresario para evitar que dicha situación proyectara sus efectos sobre los trabajadores que, en principio, no son partícipes de las "crisis empresarias" como, por lo general, tampoco lo son de las ganancias de la empresa (sala 10ª, 19/5/2000, "Madeira, Sergio Eduardo v. Tintas Letta SA", RDL 2000-II-549/550).

La disminución o falta de trabajo comprendida en el art. 247, LCT, se configura cuando se acredita que la situación deficitaria no es imputable a la empresa, habiéndose actuado con la diligencia exigible a un buen hombre de negocios, que en el caso se confunde con la figura del buen empleador a que hace referencia la LCT.

La mención a la falta de trabajo fundada en una crisis general que ha afectado toda la actividad económica y las medidas de política económica adoptadas por el gobierno son vicisitudes previsibles e integran el "riesgo empresario", y no tienen por qué ser soportadas por el trabajador, por lo cual no bastan para habilitar el despido con menor indemnización: lo que interesa es verificar el impacto en la empresa y los actos cumplidos por ésta para salir de esa situación.

Por ello, no constituyen prueba suficiente para eximir al empleador de su obligación resarcitoria (art. 245, LCT), ya que debe demostrarse en forma fehaciente que el empleador tomó las medidas necesarias para paliarla.

Tampoco puede pretenderse que alguien se excuse del cumplimiento de los deberes a su cargo con su propia negligencia. La ley alude a tal característica al requerir que la falta o disminución de trabajo sea "no imputable al empleador" (arts. 219 y 247, LCT): no sólo se requiere la prueba del hecho, sino también de las medidas tomadas por el empleador para enfrentar la situación recesiva.

Para validar distractos con fundamento en el art. 247, LCT, se debe agotar, con antelación a disponerlos, el procedimiento preventivo de crisis (sala 1ª, 24/3/2000, "Benítez, José E. y otros v. Frigorífico Cumini SA", TySS 2000-932). Sin embargo, también ha considerado la jurisprudencia que la mera tramitación ante el Ministerio de Trabajo del procedimiento preventivo de crisis de ningún modo significa que se encuentre probada la falta o disminución de trabajo con los alcances y requisitos que el art. 247, LCT, exige para autorizar al empleador a ampararse en dicha normativa (sala 4ª, 16/3/2001, "Asencio Riquelme, Oscar v. Acetatos Argentinos SA").

Para que prospere la indemnización reducida contemplada en el art. 247, LCT, no es suficiente la situación de crisis financiera invocada por el empleador en virtud de la rescisión del contrato de franquicia que lo unía con el franquiciante, toda vez que aquél no acreditó que ese hecho no le era imputable y que adoptó las medidas necesarias para intentar paliar la situación (sala 5ª, 29/9/2003, "Pormi, Mabel E. v. Café Parque SH y otros").

En cambio, se resolvió que procede la disminución de la indemnización por despido, prevista en el art. 247, LCT, cuando el gobierno de la ciudad de Buenos Aires revocó la concesión de determinadas fracciones de terreno, entre las que se encontraba aquella ocupada por el puesto en que trabajaba el actor, en virtud de que tal convenio no había sido ratificado por acto administrativo alguno. Esto es así, toda vez que quedó acreditado que el contrato de trabajo feneció por la revocación expresada y no por incumplimientos del concesionario (sala 8ª, 30/6/2003, "Farías, José v. Suppa Báez y SH y otros").

En el caso del despido motivado en la falta o disminución de trabajo, el empleador tiene la obligación de preavisar conforme lo normado en el art. 231, LCT, o de indemnizar la omisión del modo indicado en el art. 232. La jurisprudencia dispuso que no existe disposición alguna que exceptúe a la empleadora del pago de los rubros de indemnización sustitutiva del preaviso e integración del mes de despido, cuando éste es dispuesto por la causal de falta o disminución de trabajo (sala 6ª, 21/2/2001, "Morado, Margarita v. Inca SA Cía. de Seguros", DT 2001-805).

En el supuesto de despido por fuerza mayor queda eximido de preavisar sólo si el empleador acredita en debida forma que resultaba imposible prever la sobreviniente extinción por dicho motivo, y que ocurrió en forma súbita e imprevisible.

***Pequeñas y medianas empresas***. La ley 24.467, en la secc. VIII, ha establecido normas (arts. 97 y 98), respecto del mantenimiento y la regulación de empleo en las PyMEs. El art. 97 dispone que "las pequeñas empresas, cuando decidan reestructurar sus plantas de personal por razones tecnológicas, organizativas o de mercado, podrán proponer a la asociación sindical signataria del convenio colectivo la modificación de determinadas regulaciones colectivas o estatutarias aplicables. La asociación sindical tiene derecho a recibir la información que sustente las pretensiones de las pequeñas empresas. Si la pequeña empresa y la asociación sindical acordaran tal modificación, la pequeña empresa no podrá efectuar despidos por la misma causa durante el tiempo que dure la modificación".

El art. 98 dispone que "cuando las extinciones de los contratos de trabajo hubieran tenido lugar como consecuencia de un procedimiento preventivo de crisis, el Fondo Nacional de Empleo podrá asumir total o parcialmente las indemnizaciones respectivas, o financiar acciones de capacitación y reconversión para los trabajadores despedidos".

*3. Quiebra o concurso del empleador*

El art. 251, LCT, dispone que "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 art. 247. En cualquier otro supuesto dicha indemnización se calculará conforme a lo previsto en el art. 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 la procedencia y alcances de las solicitudes de verificación formuladas por los acreedores".

*En principio, el concurso preventivo, la quiebra, ni el concurso civil producen,* per se, *la extinción del vínculo laboral.*

En el supuesto del *concurso preventivo*, al ser un procedimiento tendiente a lograr un acuerdo global con los acreedores, tiene por finalidad evitar la declaración de quiebra del deu-

dor en cesación de pagos; la apertura del concurso y su tramitación no afectan el normal cumplimiento de las obligaciones laborales.

La *quiebra* es un procedimiento de ejecución colectiva del patrimonio del deudor fallido que conlleva su desapoderamiento.

El párr. 1°, art. 196, ley 24.522, establece que "la quiebra no produce la disolución del contrato de trabajo, sino su suspensión de pleno derecho por el término de sesenta días corridos".

En caso de vencimiento del plazo, si después de los sesenta días no se decide la continuación del trabajador en la empresa, el contrato de trabajo queda extinguido automáticamente sin derecho al preaviso ni a la indemnización sustitutiva, ya que la extinción del contrato se debe a la disposición de la ley y no a la decisión del empleador.

Por lo tanto, si después de la declaración de quiebra la empresa no desarrolló actividad alguna, es decir que luego de los sesenta días durante los cuales se suspendió el contrato de trabajo, el juez en lo comercial decidió no continuar con la empresa, los contratos de trabajo se extinguieron en forma automática por disposición legal y no por despido (art. 186, ley 19.551), no correspondiendo indemnización sustitutiva de preaviso ni integración del mes de despido.

Los créditos derivados del contrato de trabajo se pueden verificar conforme a lo dispuesto en los arts. 240, inc. 2°, y 246, inc. 1° (art. 196, párr. 2°, ley 24.522).

*Una vez resuelta la continuación de la empresa, el síndico debe decidir, dentro de los diez días corridos a partir de la respectiva resolución, cuáles trabajadores permanecerán en dicha empresa y cuáles no.*

Un error conceptual común radica en suponer que es la fecha de apertura la que determina el sometimiento al concurso preventivo cuando, en realidad, si bien la sentencia de apertura es constitutiva del estado concursal del deudor, no hace más que declarar una situación fáctica previa de insolvencia, con lo cual es la fecha de presentación lo que distingue el antes del después, sujeta a la efectiva apertura del concurso por el juez concursal.

Si el crédito laboral hubiese surgido el mismo día de la presentación del deudor, de acuerdo con las disposiciones del Código Civil, que no distingue dentro de un mismo día entre distintas horas, el crédito es posconcursal, por no resultar técnicamente "anterior" al concurso preventivo.

***a) Trabajadores no elegidos por el síndico.*** Cesan automáticamente en la empresa y la extinción de sus contratos se produce por la quiebra.

En este caso, cabe respetar las normas previstas en la LCT, lo cual significa que tienen derecho al reclamo del pago de los siguientes créditos: la indemnización por antigüedad (art. 251, LCT) y el preaviso o la indemnización sustitutiva, ya que la decisión del síndico provocó la disolución del contrato de trabajo. Dicho reclamo puede ser solicitado por la vía del "pronto pago" o verificación ante el síndico (art. 16, ley 24.522).

Resuelta la continuación de la empresa, las cesantías dispuestas por el síndico, aunque se consideren causadas por la quiebra, no suponen la extinción automática *ex lege* de la relación, por lo que no existe razón para que no se respete el deber de preavisar el despido (sala 3ª, 30/9/1998, "Badano, Héctor y otro v. Aceros Bragado SA s/despido").

***b) Trabajadores elegidos por el síndico.*** En este caso de continuidad de los trabajadores en la empresa, se reconduce el contrato de trabajo al implicar la conclusión del anterior y el nacimiento de uno nuevo. Esto significa que en los nuevos contratos de trabajo no se tendrá en cuenta la antigüedad adquirida con anterioridad a la declaración (art. 196, ley 24.522).

La Ley de Concursos y Quiebras prescribe que estos trabajadores tienen derecho a solicitar la verificación de los rubros indemnizatorios que se hayan devengado (art. 197, ley 24.522).

Tratándose de una extinción prescripta por la ley, *corresponde sólo el pago de la indemnización por antigüedad* (art. 251, LCT) *y no el pago del preaviso ni de la indemnización sustitutiva*. Estos trabajadores, para el cobro, deben recurrir al "pronto pago" o a la verificación con los privilegios especiales y generales prescriptos en la ley 24.522 (arts. 240, inc. 2°, y 246, inc. 1°).

El juez laboral determina si al trabajador le corresponde la indemnización del art. 245, LCT, o la del art. 247.

A partir de la reforma al art. 21, ley 24.522, introducida por la ley 26.086 (BO del 11/4/2006), por tratarse de una materia específica de diferente naturaleza que la de los procesos civiles o comerciales, están exceptuados del sistema general los juicios laborales. Por lo tanto, los iniciados continúan ante la justicia del trabajo hasta el dictado de la sentencia definitiva —que hará de título verificatorio— y los nuevos también pueden iniciarse allí.

La sentencia laboral sirve de título para presentarse a verificar concursalmente el crédito reconocido, es decir que es título verificatorio y con ella debe invocarse el privilegio en el concurso.

El trabajador podría optar por suspenderlos y proceder a la verificación de su crédito ante el juez concursal. Si no opta por la vía verificatoria, se torna operativa la excepción al fuero de atracción prevista en el inc. 2°, art. 21, ley 24.522, reformada por la ley 26.086.

Al haberse eliminado la calificación de la conducta, es difícil en la práctica establecerlo para la fecha de verificación de los créditos, por lo cual por lo general se dispone de la verificación por el monto del art. 247; el trabajador que pretende la indemnización del art. 245 debe sustanciar el recurso de revisión (art. 37, LCQ).

En caso de *transferencia de la empresa en quiebra*, el art. 199, ley 24.522, prescribe que "el adquirente de la empresa cuya explotación haya continuado, no es considerado sucesor del fallido y del concurso respecto de todos los contratos laborales existentes a la fecha de la transferencia. Los importes adeudados a los dependientes por el fallido o por el concurso, los de carácter indemnizatorio y los derivados de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales con causa u origen anterior a la enajenación, serán objeto de verificación o pago en el concurso, quedando liberado el adquirente respecto de los mismos". Esto desvirtúa el principio de responsabilidad solidaria de las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo (art. 228, LCT).

En relación con los CCT que estuviesen vigentes con el personal del establecimiento del fallido, se extinguen de pleno derecho respecto del adquirente, y las partes quedan habilitadas para renegociarlos (art. 198 *in fine*, ley 24.522).

*4. Muerte del empleador*

El art. 249, LCT, dispone que "se extingue el contrato de trabajo por muerte del empleador cuando sus condiciones personales o legales, actividad profesional u otras circunstancias hayan sido la causa determinante de la relación laboral y sin las cuales ésta no podía proseguir. En este caso, el trabajador tendrá derecho a percibir la indemnización prevista en el art. 247 de esta ley".

*En principio*, la muerte del empleador *no produce la extinción del contrato*, ya que pueden continuar la explotación sus causahabientes. Pero *si el empleador era una figura esencial* en el contrato por algún motivo particular —una empresa que no pueda funcionar sin su titular—, o si el empleador era un profesional —abogado, médico, contador— y sus herederos, al no poseer título habilitante, no pueden continuar con su actividad, *se extingue el contrato por la imposibilidad de ser ella continuada*.

En estos casos, *el trabajador resulta acreedor a una indemnización equivalente al 50% de la prescripta en el art. 245, LCT.*

También se extingue el contrato y se torna aplicable el art. 249, LCT, cuando éste se basó en las condiciones personales o legales del empleador, actividades profesionales y circunstancias que hayan sido la causa determinante de la relación laboral, y sin las cuales no pueden continuar.

*II. Causas que afectan al trabajador*

*1. Incapacidad del trabajador*

El párr. 1°, art. 254, LCT, remite a lo establecido en el art. 212, LCT (que fue analizado al tratar las enfermedades inculpables), al consignar que "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".

Si la incapacidad hubiera sido conocida o manifiesta al momento de celebrar el contrato, se trata de un despido sin causa justificada que —igualmente— da derecho a la indemnización correspondiente.

Cuando el contrato se extingue por incapacidad absoluta, la indemnización sustitutiva del preaviso resulta improcedente, toda vez que aquella incapacidad descarta la posibilidad de que el trabajador obtenga otra ocupación y, en tal caso, la institución del preaviso carece de sentido (sala 3ª, 30/5/2002, "Belizan, Roberto Oscar v. Metrovías SA").

El tema ha sido desarrollado en el capítulo "Enfermedades inculpables".

*2. Inhabilidad del trabajador*

El párr. 2°, art. 254, LCT, dispone que "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".

Se trata de una situación de hecho ajena a la voluntad de las partes y que afecta al trabajador. Como ejemplo puede citarse el caso de aquellos contratos de trabajo en los cuales, para poder cumplir con su prestación, el trabajador debe contar con una habilitación especial (conductores de vehículos de transporte, profesionales, etc.). Si el trabajador pierde la habilitación, y por ello es despedido, pueden darse dos supuestos:

— *que no hubiere mediado culpa del trabajador, o hubiere sido leve*: el empleador debe abonarle la indemnización reducida prevista en el art. 247, LCT, ya que si bien el despido es motivado, no se da un supuesto de justa causa (art. 242);

— *que hubiere mediado dolo o culpa grave e inexcusable del trabajador*: la conducta del trabajador configura un incumplimiento contractual grave, que no admite la prosecución del vínculo (art. 242), por lo cual el despido es con justa causa y no corresponde indemnización.

El 3/5/2002, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo dictó el fallo plenario 303, que dispuso que "es aplicable lo dispuesto en la primera parte del art. 254, 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 contraída sin dolo o culpa grave del mismo trabajador" ("Juárez, Luis Sergio v. Expreso Quilmes SA").

Encuadra en este supuesto si la imposibilidad del actor para cumplir con su actividad sometida a habilitación especial tuvo su origen en el padecimiento de un mal en su salud (una incapacidad), sin que pueda imputarse a su dolo o culpa grave.

Es distinta a la que se podría producir como consecuencia de ilícitos o negligencias reiteradas de su parte, lo cual, si bien llevaría al mismo resultado, está contemplado en el art. 254, segunda parte.

Si 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, párr. 2°, LCT, cualquiera sea la causa de la inhabilitación. Esto no implica que el trabajador no tenga derecho a cuestionar la resolución que dispuso su inhabilitación. Pero si es rehabilitado *a posteriori*, habiendo transcurrido un lapso considerable, la empleadora no está obligada a mantener el vínculo laboral (sala 3ª, 16/3/1999, "González, Juan v. Transportes 68 SRL").

La no renovación de la licencia para desempeñarse como chofer de colectivos de pasajeros implicó la inhabilitación del actor, por lo que la empleadora queda autorizada a actuar conforme el art. 254, LCT, disponiendo el despido del dependiente (sala 1ª, 10/6/2003, "Leone, Omar H. v. DOTA SA", DT 2004-A-38).

*3. Jubilación ordinaria del trabajador*

El art. 252, LCT, dispone que "cuando el trabajador reuniere los requisitos necesarios para obtener una de las prestaciones de la ley 24.241, el empleador podrá intimarlo a iniciar 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.

"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 párr. 1° 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".

La intimación del párr. 3°, art. 252, LCT, efectuada al trabajador en condiciones de jubilarse para que inicie los trámites pertinentes opera como un verdadero plazo de preaviso, el que en esta situación especial se extiende por el plazo de un año.

El contrato se extingue al cumplirse una de las condiciones a que se halla sometida, esto es, la obtención de la jubilación o el vencimiento del plazo de un año que prescribe la norma. En tal sentido, no requiere, a su vencimiento, de ninguna otra formalidad para que se consume la extinción de la relación, por lo cual es irrelevante, por ejemplo, si el trabajador recibió o no el telegrama ratificatorio del despido que debe remitir el empleador.

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 nuevo empleo, están ausentes de la disposición del art. 252, LCT.

El plazo de intimación a jubilarse del art. 252, LCT, si bien implica el otorgamiento del preaviso de ley, durante el cual el empleador debe mantener la relación, no puede ser asimilado al del art. 231, LCT, por lo que no rige la suspensión del art. 239, último párrafo (sala 10ª, 30/6/1998, "Minuzzi, Jorge M. v. Aerolíneas Argentinas SA", TySS 2000-130).

La jurisprudencia no es pacífica respecto de si una enfermedad incapacitante, sobreviniente a la intimación cursada a los fines del art. 252, LCT, tiene entidad para suspender el plazo por todo el tiempo que aquélla perdure.

Se ha sostenido que el trabajador debe iniciar el trámite jubilatorio ante la intimación del empleador 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 (sala 8ª, 31/10/2000, "Varela, Enrique v. Aerolíneas Argentinas SA").

Por el contrario, se ha afirmado que conforme el art. 239, LCT, cuando la prestación de servicios se suspende luego de notificado el preaviso de un año para iniciar los trámites jubilatorios, su plazo se detiene hasta que cesen los motivos que la originaron. El plazo de un año que establece el art. 252, LCT, se suspende ante la enfermedad del trabajador. El empleador no pudo extinguir el contrato de trabajo sin abonar indemnización invocando el art. 252, LCT, cuando el dependiente estaba imposibilitado de trabajar por enfermedad, no tenía agotada su licencia ni otorgada el alta médica (Sup. Corte Bs. As., 20/4/1999, "Pikec de Plesko, María y otros v. Oblak Hnos. SA", TySS 2000-111).

Las prestaciones de la ley 24.241 a las cuales el trabajador tiene que estar en condiciones de acceder para que el empleador pueda cursar válidamente la intimación aquí prevista son: la prestación básica universal, la prestación por edad avanzada y la jubilación ordinaria.

El art. 19, ley 24.241, establece que para tener derecho a la *prestación básica universal* se debe contar con 65 años (hombres) o 60 años (mujeres), y acreditar treinta años de servicios con aportes computables. El exceso de edad puede compensar la falta de servicios, a razón de dos años de edad excedentes por uno de servicios faltante.

El art. 34 bis, ley 24.241, dispone que tienen derecho a la *prestación por edad avanzada*, cualquiera fuera su sexo, los mayores de 70 años que acrediten diez años de servicios con aportes computables, cinco de ellos dentro de los ocho anteriores al cese en la actividad.

Si el trabajador reúne los requisitos reseñados precedentemente para obtener alguno de dichos beneficios, el empleador puede intimarlo a fin de que inicie los trámites, para lo cual debe también poner a su disposición las certificaciones de servicios, aportes y remuneraciones necesarias.

Para que el plazo de un año comience a computarse, el empleador debe cumplir con su obligación de entregar las certificaciones prescriptas por el art. 80, LCT.

En el caso de la mujer, el art. 5°, dec. 679/1995, reglamentó el ejercicio de la facultad del empleador de intimar al trabajador que se halle en condiciones de obtener el beneficio previsional (art. 252, LCT), estableciendo la salvedad para el "supuesto previsto en el párr. 2° del art. 19, ley 24.241", es decir, cuando la mujer opta por seguir trabajando después de cumplir los 60 años y hasta los 65.

En el contexto de la normativa reglamentada, la salvedad significa que aun cuando la mujer mayor de 60 años esté en condiciones de obtener dicha prestación, el empleador no está habilitado para intimarla, ya que debe respetar la situación derivada de su opción de continuar en actividad hasta cumplir los 65 (sala 8ª, 22/9/2000, "Montoya, Margot v. Sindicato Único de Trabajadores de Edificios de Renta Suterh").

Si a la fecha en que el trabajador inició los trámites jubilatorios, requiriendo de la demandada los certificados pertinentes, no estaba aún en condiciones de acceder a una prestación previsional, no puede considerarse cumplida la exigencia de la intimación del empleador del art. 252, LCT, y el plazo de reserva de un año (sala 6ª, 15/3/1999, "Lascar, Vicente F. v. Rodó Hogar SA", TySS 2000-125).

En este caso, la buena fe obliga al trabajador intimado a jubilarse, a hacer conocer al empleador la falta de concurrencia de alguno de los requisitos de acceso al beneficio jubilatorio máximo, ya que la omisión de toda objeción pudo persuadir a éste de la procedencia de dicha intimación (sala 8ª, 12/7/1999, "Ávalos, Joaquín v. Skomar SRL", TySS 2000-129).

Cumplidos ambos recaudos (intimación y entrega de certificados), el empleador debe mantener la relación de trabajo hasta que el beneficio sea concedido, o hasta el plazo máximo de un año si no hubiera sido otorgado.

Respecto del cobro de la remuneración, cabe aclarar que el art. 252, LCT, no garantiza el cobro de salarios durante un año, sino sólo durante el período que reste para la obtención del beneficio por el lapso máximo de un año.

La concesión del beneficio o el vencimiento del plazo operan la disolución *ipso iure* del contrato, sin derecho a indemnización y sin necesidad de preaviso; éste se considera otorgado con la intimación a realizar los trámites, y corre durante el período en el cual el empleador debió mantener la relación (párr. 3°).

Cuando el empleador extingue la relación por vencimiento del plazo de intimación del art. 252, LCT, queda relevado de toda indemnización.

El consentimiento del empleador a la prosecución de la relación más allá del vencimiento del plazo del art. 252, LCT, y de la prórroga otorgada no implica que haya renunciado a extinguir el contrato sin indemnización, ya que según los arts. 91 y 252, LCT, la relación carece de toda estabilidad.

El plazo de un año que la ley le concede al trabajador para conservar su empleo se computa a partir del momento en que se le intimó la iniciación de los trámites y se le entregaron los respectivos certificados.

La justificación de los años de servicios se acredita con las respectivas certificaciones aceptadas por el organismo previsional, no bastando una declaración jurada del trabajador.

En caso de que el trabajador obtenga el derecho a la prestación jubilatoria, el empleador puede resolver el contrato antes del vencimiento del año. Cabe aclarar que el goce no está condicionado a la cesación en la actividad (art. 34, párr. 1°, ley 24.241, reformado por art. 6°, ley 24.463). Si vence el plazo sin que el trabajador haya obtenido el reconocimiento de su beneficio, si bien el art. 252, LCT, expresa que "quedará extinguido" el vínculo, es necesaria la declaración expresa de voluntad, que debe ser notificada.

El art. 34, inc. 1°, ley 24.241 (reformado por art. 6°, ley 24.463), admite la compatibilidad de la percepción de la prestación jubilatoria y el ejercicio de una actividad, ya sea en "relación de dependencia" o en forma "autónoma".

El art. 253, LCT, se ocupa del *caso del jubilado que se reintegra a trabajar en relación de dependencia*. Dispone la norma que "en caso de que el trabajador titular de un beneficio 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". El último párrafo fue incorporado por la ley 24.347 (BO del 29/6/1994) y se refiere al caso en que el trabajador jubilado vuelve a prestar servicios en la misma empresa.

La reforma de la ley 24.347 al art. 253, LCT, tuvo por objeto impedir que el trabajador jubilado pudiese computar a su favor como antigüedad en el servicio el tiempo anterior a su entrada en pasividad.

El legislador pretendió la fragmentación del período de servicio, tomando como referencia que el dependiente al jubilarse percibe un beneficio sustitutivo de sus ingresos regulares y que obraría como compensación por la ruptura del vínculo laboral. Por otra parte, la entrada en pasividad es el único supuesto de disolución del contrato que no genera, por parte de la empleadora, responsabilidad indemnizatoria alguna (arts. 252 y 253, LCT).

El empleador no está obligado a mantener a su servicio a un trabajador a quien el sistema previsional considera en condiciones de pasividad; puede obligarlo a jubilarse sin que tal decisión le irrogue costo indemnizatorio, pero si contrata a un jubilado, sólo puede despedirlo mediante preaviso e indemnización por antigüedad, como a cualquier otro trabajador.

El legislador pretende, en principio, que el jubilado deje de trabajar en una tarea en que se lo presume ya menos productivo y, gozando de la protección previsional, da paso al empleo de los jóvenes; ésos son los fundamentos de la jubilación. Se ha visto compelido a admitir el traba-

jo posterior a la jubilación como un obligado remedio a la insuficiencia de las prestaciones, pero no por eso debe entenderse que el sistema jurídico es favorable al uso de este remedio.

Si el dependiente presentó su renuncia formal ante la empresa al solo efecto de conseguir el beneficio jubilatorio, pero continuó prestando tareas para la empresa —ya jubilado— sin cesar en sus actividades, ésta sólo puede despedirlo mediante el correspondiente preaviso e indemnización por antigüedad, cargando con las consecuencias de la arbitraria ruptura, como a cualquier otro trabajador en situación de despido incausado.

El art. 253, LCT, hace referencia al trabajador que "volviera" a prestar servicios para el mismo empleador, lo cual supone el transcurso de un lapso para su reingreso, cosa que no se da en el caso concreto en que la prestación de tareas se desarrolló sin solución de continuidad (sala 7ª, 22/9/1999, "Baldocchi, Diana v. Ayacucho Palace Hotel SRL").

Un caso particular se presenta en aquellas situaciones en las que el trabajador no intimado continúa prestando servicios luego de la obtención del beneficio jubilatorio. La doctrina y la jurisprudencia debatieron sobre cómo realizar el cómputo de la antigüedad del trabajador despedido que con posterioridad a la obtención del beneficio jubilatorio continuó trabajando sin interrupción para el mismo empleador; es decir, se discute si la antigüedad se cuenta desde el ingreso o sólo desde la obtención del beneficio.

La cuestión fue resuelta —en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires— en el fallo plenario 321 de la C. Nac. Trab., 5/6/2009, "Couto de Capa, Irene Marta v. Areva SA s/ley 14.546", que dispuso: 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".

El trabajador jubilado puede volver a trabajar en relación de dependencia, en cuyo caso se le aplican las disposiciones comunes a todo trabajador, y debe realizar aportes que se destinan al Fondo Nacional de Empleo, los cuales no le confieren derecho a reajustes en las prestaciones obtenidas.

El empleador debe comunicar a la Anses tal circunstancia, suspendiéndose o redujéndose, según corresponda, el beneficio jubilatorio. Debe retener los aportes, como al resto del personal, sin que signifique una mejora en el haber previsional.

Si no se trata de un reingreso para el mismo empleador, éste deberá exigir una declaración jurada a los fines de determinar si el trabajador goza o no de beneficio jubilatorio.

En ese sentido se expidió la jurisprudencia al considerar que la circunstancia de revestir el trabajador el carácter de personal pasivo no enerva las cargas que pesan en cabeza de la empleadora, porque la misma LCT prevé la reincorporación del trabajador jubilado (art. 253) y sus consecuencia en caso de despido. La falta de cumplimiento de la denuncia al organismo previsional del reintegro a la actividad, en todo caso puede generar responsabilidad en el propio jubilado, pero no excusa a quien lo emplea de cumplir con las obligaciones legales estrictamente laborales (sala 7ª, 31/10/2000, "Montalti de Lattazio, Rosa v. FACA SA y otros").

No pueden volver a la actividad los beneficiarios de la prestación de retiro por invalidez; tampoco los que gozan de prestaciones previsionales emanadas de regímenes especiales para tareas penosas, riesgosas o insalubres determinantes de vejez o agotamiento prematuro, para prestar las tareas que dieran origen al beneficio obtenido.

Si violan tal prohibición, se les suspende el pago de la prestación previsional otorgada. Pero tratándose de supuestos de trabajo prohibido, se aplican las disposiciones del art. 40, LCT, por lo cual los trabajadores tienen derecho a las remuneraciones devengadas y a la indemnización derivada de la extinción del contrato por prohibición del objeto (art. 42).

Si el trabajador jubilado reingresa a las órdenes de un anterior empleador, a los fines indemnizatorios —y en una excepción a la regla del art. 18— el párr. 2° establece que sólo se computará la antigüedad adquirida después de obtenido el beneficio.

*4. Muerte del trabajador*

*Provoca la extinción automática del contrato de trabajo desde la fecha en que se produjo el fallecimiento. La ley fija una indemnización reducida* —sin perjuicio de tratarse, obviamente, de una causa ajena al empleador— como compensación a la familia que pierde su sostén económico.

Los acreedores a la indemnización por muerte —que es equivalente a *la del art. 247, LCT*— la perciben con la sola acreditación del vínculo, ya que les corresponde *iure proprio*, y no *iure sucesionis* —resultando innecesarias la apertura de la sucesión y la declaratoria de herederos—, y según el orden y la prelación establecidos.

La primera parte del art. 248, LCT, establece que "en caso de muerte del trabajador, las personas enumeradas en el art. 38, dec.-ley 18.037/1969 (t.o. 1974) tendrán derecho, mediante la sola acreditación del vínculo, en el orden y la prelación allí establecido, a percibir una indemnización igual a la prevista en el art. 247 de esta ley".

Los causahabientes 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. En el marco del fallo plenario 280 "Kaufman", las condiciones de edad y de estar a cargo del causante, establecidas por la remisión efectuada por el art. 248, LCT, no subsisten como tales, bastando la sola acreditación del vínculo en el orden y prelación.

Asimismo, respecto de la indemnización por vacaciones no gozadas, el art. 156, LCT, establece expresamente que los causahabientes del trabajador tendrán derecho a la indemnización por vacaciones no gozadas, no resultando apropiado analizar la cuestión desde el derecho sucesorio, toda vez que ese resarcimiento tiene carácter *iure proprio* y no *iure successionis*. Es decir, los beneficiarios tienen derecho directo, lo que excluye la necesidad de una apertura previa de la sucesión.

Respecto de la antigüedad mínima que debía tener el trabajador fallecido, como el art. 248, LCT, remite a lo dispuesto por el art. 247, y éste efectúa una remisión a lo establecido por el art. 245, debe aplicarse al caso lo expresado en el plenario "Sawady v. Sadaic" (30/3/1979), en el sentido de que el trabajador con una antigüedad menor de tres meses no tiene derecho a la indemnización por antigüedad y, por extensión, tampoco a la contemplada en el art. 248.

Resulta discutible si se debe aplicar el art. 38, ley 18.037 —que fue derogado por el art. 168, ley 24.241—, o la norma que lo reemplazó, que es el art. 53, ley 24.241. Parte de la jurisprudencia y la doctrina (Rodríguez Mancini, Carlos Etala) se inclina por este último criterio, debiendo destacarse que en caso de contradicción con lo dispuesto en el art. 248, LCT, se debe estar a la que resulte más favorable a la concesión del beneficio (esto se observa en la duración de la convivencia).

El art. 53, ley 24.241, enumera como *derechohabientes* a la viuda o el viudo; también incluye a la conviviente o el conviviente si el causante hubiese estado separado de hecho o legalmente o fuera soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido en aparente matrimonio cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento; en caso de existir hijos reconocidos por ambos convivientes, el plazo se reduce a dos años.

Si el cónyuge supérstite hubiera sido declarado culpable de la separación o del divorcio, el conviviente lo excluye. En cambio, cuando el causante pagase alimentos o hubiera sido el culpable de la separación personal o del divorcio, la prestación se debe otorgar al cónyuge y al conviviente por partes iguales.

También la norma enumera como causahabientes a los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas siempre que no gocen de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva hasta los 18 años, salvo que estuviesen incapacitados para el trabajo. Se entiende que el derechohabiente estuvo a cargo del causante cuando se encontró en estado de necesidad revelado por la escasez o carencia de recursos personales.

El dec. 143/2001 (BO del 13/2/2001) modificó la reglamentación del art. 53, ley 24.241, y sus modificatorias aprobadas por dec. 1290/1994, en relación con las condiciones exigidas para entender que el derechohabiente incapacitado para el trabajo estuvo a cargo del causante a la fecha de su fallecimiento.

Tomando en consideración criterios jurisprudenciales anteriores a la vigencia de la ley 24.241 y aplicando las pautas establecidas en las leyes 18.037 y 18.038, el dec. 143/2001 dispone —como punto 5 de la reglamentación del art. 53, ley 24.241— que "se entenderá que el derechohabiente estuvo a cargo del causante cuando concurra al menos una de las siguientes condiciones: *a)* habitar en casa del causante; *b)* encontrarse bajo el cuidado exclusivo del causante; *c)* no desempeñar tareas laborales por las que aporte al sistema de seguridad social; *d)* existencia de incapacidad física aunque el hijo desempeñe tareas remuneradas en el marco del sistema de protección integral de discapacitado".

La doctrina del plenario "Kaufman" está en vigor aun después del cambio normativo que introdujo la ley 24.241. El envío del art. 248, LCT, debe entenderse dirigido a las normas que regían la materia que regulaba la ley 18.037 al tiempo del deceso del *de cuius* con la importante limitación acerca de ciertos requisitos particulares de la ley 24.241. No corresponde excluir a la hija del causante mayor de edad en concurrencia con la esposa (sala 5ª, 9/10/2003, "Flores, Cristina M. v. Lipsia SA").

Otra postura doctrinaria (Vazquez Vialard) sostiene que se debe aplicar el art. 248 conforme a su redacción histórica, en tanto remite a la nómina del art. 38, ley 18.037. Se puede arribar a esta conclusión no por medio de la utilización del principio *in dubio pro operario* (art. 9°, LCT), ya que no se puede afirmar que en todos los supuestos esta disposición es la más favorable.

Si bien es cierto que la aplicación de la nómina del art. 38, ley 18.037, es más favorable —en términos generales— a la del art. 53, ley 24.241, ya que incluye beneficiarios que no están contemplados en ésta (por ejemplo, los padres o hermanos del trabajador sin familia nuclear reducida propia), no se debe olvidar que no incluye como beneficiario al conviviente de sexo masculino, ni permite extenderlo a uniones afectivas *more uxorio* entre personas del mismo sexo.

El fundamento de la aplicación de la nómina del art. 38, ley 18.037, reside en que el art. 248 no utiliza una fórmula elástica —por ejemplo: personas con derecho a pensión "según las leyes de seguridad social"—, sino que es preciso al establecer el universo de beneficiarios. Además, en determinados supuestos, lo que se importa no es una norma, sino un texto que se incorpora al cuerpo legal importador, tratándose, en consecuencia, más que de remisión, de "incorporación" (como acción y efecto de "unir varias cosas para que hagan un todo").

En el caso de las anteriores leyes de accidentes de trabajo o del art. 248, LCT, "se trata de incorporaciones pétreas que no se ven afectadas por ningún cambio legislativo genérico sobre el viejo régimen legal jubilatorio, que no derogue o modifique explícitamente esas leyes". Este criterio es sostenido jurisprudencialmente por Kunath —fiscal general adjunta ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo— en dictamen del 29/5/2000 (con cita de Eduardo Perugini) que hiciera propio la sala 1ª en autos "Pérez Lindo, Roges y otro v. Ichazú, Alfredo y otros".

Los párrs. 2° y 3°, art. 248, LCT, hacen referencia al caso de la concubina, al establecer que "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 años anteriores al fallecimiento.

"Esta indemnización es independiente de la que se reconozca a los causahabientes 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".

Siguiendo a Machado, cabe sostener que al iniciarse el párr. 2° con la expresión "tratándose de un trabajador casado", ello presupone la indisolubilidad del vínculo (de acuerdo con la anterior regulación del régimen de matrimonio civil) y la consecuente ineptitud tanto de la separación de hecho como del divorcio con readquisición de la capacidad nupcial.

De existir un divorcio vincular, en caso de no concurrencia, la cónyuge inocente (con culpa del causante declarada por sentencia judicial) y con derecho alimentario contra el difunto (percibido o demandado al tiempo del deceso) conserva su vocación indemnizatoria incluso en caso de divorcio vincular.

Sin embargo, cuando hay concurrencia, su derecho debe ceder ante el de la concubina bienal, ya que la indemnización debe ser percibida por quienes efectivamente soportan la contingencia que la ley tuvo en miras cubrir y por no serle oponible la antigüedad de cinco años requerida por el párr. 2°, art. 248 (que se circunscribe al trabajador casado).

La directiva del art. 248, LCT, no remite al régimen previsional específico, cuyas modificaciones supondrían una variación del sistema de indemnización por muerte del trabajador, sino que incorporó a su letra la amplia nómina de beneficiarios mencionada en la ley 18.037. Por lo demás, se consideró plenamente aplicable al caso la doctrina del fallo plenario 280 del 12/8/1992 dictado en autos "Kaufman, José Luis v. Frigorífico y Matadero Argentino SA" en cuanto dispuso, al interpretar la normativa del art. 38, ley 18.037, que para obtener el beneficio contemplado por el art. 248, LCT, basta con la sola acreditación del vínculo y el orden de prelación, sin el cumplimiento de las demás condiciones establecidas para obtener el derecho a pensión por la misma norma, es decir que no contempló todos los recaudos allí exigidos, sino algunos aspectos de la norma previsional. En orden a la cuestión suscitada se destacó que la ley previsional fue sustituida por la ley 24.241 (conf. art. 168 que derogó la ley 18.037 y sus complementarias), la cual modificó sustancialmente el régimen de pensión en cuanto al orden de prelación y las personas que considera como beneficiarios al excluir de la nómina a los ascendientes, nietos y hermanos del causante que aparecían mencionados en la norma sustituida (art. 38, ley 18.037). A pesar de ello, lo concreto es que la nueva norma (art. 53, ley 24.241), en este caso, concreto carece de relevancia, puesto que los cambios introducidos por la misma no modifica el régimen anterior en cuanto se refiere al art. 248, LCT (sala 10ª, 21/5/2010, "Choque, Norma H. v. Deconti SA").

*La reparación establecida en el art. 248, LCT, no excluye cualquier otra indemnización surgida de la muerte del trabajador*, como las fundadas en la LRT (ley 24.557), el Código Civil o en los convenios colectivos o estatutos profesionales, así como los seguros de vida, subsidios, ni el derecho a la pensión que corresponda en virtud de las leyes previsionales.

Ante la existencia de créditos laborales anteriores al fallecimiento del trabajador, jurisprudencialmente se estableció que el reclamo de créditos laborales no percibidos por el trabajador antes de su fallecimiento tiene un tratamiento diferente de los de aquellos que se tornan exigibles como consecuencia de su muerte. Los primeros sólo son transmisibles a terceros en virtud de lo que dispone el art. 3279, CCiv.; por lo tanto, quien pretende ser titular de ellos debe justificar el carácter de heredero, condición que, en el caso, no logró demostrar quien detenta el carácter de concubina (sala 1ª, 21/3/1997, "Pirro, Pedro v. Vivarese SA").

En caso de haberse producido la muerte por suicidio del trabajador, ello no impide que los causahabientes reclamen y cobren la indemnización otorgada por el legislador en la materia.

En cuanto a las uniones afectivas entre personas del mismo sexo contempladas en la *ley 26.618 (BO del 22/7/2010)*, existe a nivel mundial una tendencia al reconocimiento de los derechos de pensión; pese a que ello no se ha visto reflejado en nuestra jurisprudencia de modo generalizado, la ley citada trae como consecuencia que el cónyuge supérstite de igual sexo podrá percibir la indemnización aquí prevista mediante la sola acreditación del vínculo, en el orden de prelación establecido por el régimen previsional al que la norma remite.

En cuanto a los derechos que la norma concede al conviviente, será necesaria una reforma que adapte los términos utilizados a la nueva legislación, aunque la jurisprudencia tomando en cuenta el espíritu que inspira la ley 26.618, expresado en su art. 42 (ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, independientemente del sexo de los cónyuges), podrá interpretar que se trata de un derecho que se encuentra también en cabeza del conviviente de igual sexo.

## 3. Extinción por voluntad del trabajador

### *1. Despido indirecto*

El tema fue desarrollado en el capítulo "Despido".

### *2. Renuncia*

*Es un acto jurídico unilateral y recepticio que no requiere la conformidad o el consentimiento del empleador*: es suficiente que llegue a la esfera de conocimiento del empleador; en el momento en que es recibida, la comunicación queda perfeccionada y se extingue el vínculo laboral, salvo que esté destinada a efectivizarse en una fecha futura cierta.

No puede ser revocada, salvo acuerdo (expreso o tácito) de las partes. Es decir que el trabajador excepcionalmente podría retractar válidamente su renuncia y continuar la relación laboral si existe conformidad del empleador.

Por medio de la renuncia el trabajador disuelve el contrato de trabajo por causas subjetivas no fundadas en un incumplimiento contractual del empleador.

Se trata de un *acto voluntario* del trabajador, resultando esencial que esa voluntad no esté viciada por error, dolo, violencia, intimidación o simulación. También es importante verificar que no encubra otra forma de extinción del contrato.

Si se pretende impugnar la validez de la renuncia, es preciso demostrar la existencia de algunos de los vicios de la voluntad que tornan anulable al acto jurídico, como en el caso, la intimidación.

En caso de que la renuncia del trabajador se haya producido bajo amenaza de efectuarle denuncia penal en su contra, su validez depende de las circunstancias del caso concreto, por ejemplo, la capacidad intelectual y cultural del trabajador. Si un analfabeto renuncia al empleo corresponde averiguar si sabía o no lo que estaba firmando, pero no cabe aceptar que no pudiera obligarse con su firma, ya que tal extremo implicaría crear una incapacidad jurídica que la ley no contempla.

En principio, la simple amenaza de efectuar una denuncia policial contra el dependiente no puede ser interpretada como una amenaza injusta si el empleador está ejerciendo un derecho que le es propio y se advierte que —en realidad— el subordinado es el responsable de un ilícito punible penalmente.

Al respecto, la jurisprudencia no es pacífica. Parte de ella entiende que la renuncia está viciada (sala 2ª, 27/3/1991, "Liendo v. La Emiliana SRL", DEL 1991-V-662; sala 6ª, 31/10/1991, "Valverde v. Deheza", DT 1992-A-447; sala 4ª, 31/3/1993, "Godoy v. Fundación Laferrere SA"), mientras que otra sostiene que es válida ya que el trabajador nada debe temer de una denuncia y/o imputación falsa (sala 6ª, 8/7/1993, "Sosa v. Establecimiento Modelo Terrabusi", DT 1994-A-342; Trib. Trab. Morón, n. 3, 27/12/1988, "Canteros v. Rogora", TySS 1989-274).

La renuncia *es un acto formal*: la ley ha establecido *requisitos de validez* que tienen carácter *ad solemnitatem*. Si no son cumplidos, la renuncia no tiene validez, lo cual se justifica por tratarse del acto jurídico que pone fin al contrato sin derecho a percibir indemnización alguna.

Sin embargo, Vazquez Vialard sostiene que si bien la ley los menciona como requisitos de validez del acto, no pertenecen a su esencia, y que la renuncia podría probarse por confesión o reconocimiento judicial del trabajador.

El art. 240, LCT, dispone que "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".

Si se efectúa ante el Ministerio de Trabajo, éste debe comunicarle al empleador la renuncia. La presencia personal del trabajador, provisto de un instrumento que acredite su identidad, es esencial para tener la certeza de que es el trabajador quien toma tal decisión.

La jurisprudencia no ha exigido que se efectúe mediante telegrama colacionado, admitiendo el telegrama simple o la carta documento. En cambio, carece de validez la renuncia verbal o cualquier otra forma de renuncia, por ejemplo, la realizada en una nota firmada por el trabajador.

Las comunicaciones unilaterales de carácter recepticio como la renuncia al empleo deben juzgarse perfeccionadas cuando ingresan al ámbito de posibilidad de conocimiento del empleador y no cuando éste toma contacto material con la notificación —del voto de Ruiz Díaz, por la mayoría— (sala 7ª, 8/6/1999, "Cerino, Rubén Osvaldo v. Colgate Palmolive SA").

La sala 6ª resolvió que un *e-mail* —correo electrónico— no resulta válido como renuncia, careciendo de validez (23/2/2004, "Huberman, Fernando P. v. Industrias Audiovisuales Argentinas SA").

La renuncia *no genera derecho a indemnizaciones, salvo el SAC proporcional* (art. 123, LCT) *y las vacaciones proporcionales* (art. 156, LCT), que deben ser pagados cualquiera sea la forma de extinción del contrato de trabajo, además de los días trabajados hasta el momento de la finalización del vínculo.

— *Renuncia de la trabajadora al finalizar su licencia por maternidad*: cuando la trabajadora no se reintegra a su trabajo vencida su licencia por maternidad, *el empleador debe pagarle una compensación por tiempo de servicios que equivale al 25% de la indemnización prevista en el art. 245 sin tope alguno*, ya que si bien el art. 183, inc. b), dispone que no podrá exceder la remuneración a tomar en cuenta de un salario mínimo vital por año de servicio o fracción mayor de tres meses. La ley 26.598 (BO del 6/7/2010) derogó el art. 141, ley 24.013, que había derogado esta parte de la norma.

La forma correcta de efectuar el cálculo es tomar en cuenta la antigüedad de la trabajadora y computar la cuarta parte de la mejor remuneración mensual normal y habitual que hubiese percibido al momento de su renuncia y no referenciar ese 25% a la retribución cobrada antes del inicio de la licencia.

*La rescisión puede producirse en forma expresa —renunciando— o tácita, es decir, guardando silencio* las cuarenta y ocho horas anteriores al vencimiento de la licencia *y no reintegrándose al trabajo* (art. 186, LCT). No existe obligación de preavisar.

— *Renuncia al finalizar el período de excedencia*: si vencida la situación de excedencia la trabajadora no se reincopora a prestar servicios, *el empleador no debe abonar indemnización alguna*, no resultando aplicable la indemnización dispuesta para el caso de la no reincorporación de la trabajadora vencida la licencia por maternidad (25% de la indemnización del art. 245, LCT).

— *Renuncias sucesivas*: se ha declarado la nulidad, reputándose que a través del disfraz de la renuncia se encubrió un despido que, al carecer de toda justificación, origina el derecho del actor a ser indemnizado. En el caso existían sucesivos telegramas de renuncia y el último obtiene una repuesta patronal en el que se comunica su aceptación, poniendo haberes y certificaciones a su disposición, siendo que tras cada renuncia la prestación prosiguió, percibiendo el trabajador sus retribuciones. Se colige que la decisión del dependiente en sus dimisiones no obedeció sino a una imposición patronal en clara transgresión a la ley dado lo atípico del comportamiento, lo que conlleva a descartar que haya mediado una decisión libre y espontánea (C. Lab. Corrientes, 4/8/2004, "Rivarola v. Transporte Libertad SRL").

— *Renuncia de un trabajador analfabeto*: la condición de analfabeto del trabajador hace presumir una extrema vulnerabilidad que no es posible desatender, máxime atento a la irregularidad evidenciada en el telegrama de renuncia, al advertirse que la firma no luce estampada debajo del texto como es habitual, lo que hace aún más creíbles los dichos del trabajador respecto de su suscripción en blanco, siendo por tanto de aplicación lo normado por el art. 954, CCiv., al referirse a la situación en la que una de las partes —explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra— obtuviera por medio de ello una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación, supuesto en el que debe presumirse, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación —art. 954, párrs. 2° y 3°, CCiv.—.

### *3. Abandono de trabajo*

El abandono de trabajo se puede definir como *la actitud del trabajador de ausentarse en forma intempestiva e injustificada del trabajo*, es decir, de dejar su empleo sin dar aviso ni expresar la causa.

*Para extinguir el vínculo* fundado en abandono de trabajo, y por ende *no tener que abonar indemnización alguna, el empleador debe intimar previamente al trabajador a reintegrarse a prestar tareas*, bajo apercibimiento de considerarlo en abandono de trabajo.

Al respecto, el art. 244, LCT, expresa que "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".

Para considerar configurado el abandono de trabajo *como causal específica del despido* el art. 244, LCT, exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) constitución en mora; 2) intimación a reanudar tareas; y 3) plazo adecuado a las modalidades del caso. Resulta necesario determinar que el ánimo del trabajador sea el de no reintegrarse a sus tareas, porque no toda ausencia refleja la existencia de ese elemento subjetivo.

*La intimación* para que el trabajador se reintegre al trabajo —que constituye un requisito de validez— *debe ser fehaciente*, debiendo, necesariamente, ser efectuada *por escrito* —mediante telegrama o carta documento— y por su carácter recepticio debe llegar a la esfera de conocimiento del trabajador y ser contado el plazo a partir de ese momento; un plazo razonable para efectuar el emplazamiento es el de cuarenta y ocho horas, aunque, en algunos casos aislados, se ha admitido jurisprudencialmente el de veinticuatro horas.

El despido del trabajador fue apresurado, en tanto el plazo del art. 244, LCT —si bien no prevé uno expreso—, nunca puede ser inferior a dos días hábiles, que resulta de aplicar el que contempla el art. 57 de ese mismo texto legal (sala 7ª, 10/2/2000, "Turola, Néstor Eduardo v. Dizeo, Carlos Enrique", RDL 2000-II-490).

Si no se estableció plazo para el reintegro del trabajador que presuntamente abandonó el trabajo, es prudente fijarlo en uno no menor al que prescribe el art. 57, LCT, aunque, sin embargo, se debe atender a las especiales circunstancias de cada caso (C. Lab. Rosario, sala 3ª, 24/2/2000, "Papiri, Carina N. v. Cía. Embotelladora Santa Fe s/cobro de pesos", TySS 2000-934).

Por el contrario, otra postura jurisprudencial entendió que la fijación de un plazo de veinticuatro horas para que el empleado ausente se reintegre a sus tareas, en los términos del art. 244, LCT, no constituye, en principio, vicio alguno que invalide la idoneidad de la intimación. No corresponde la aplicación analógica del art. 57, 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" (sala 1ª, 28/2/2003, "Barón, Jorge Aníbal v. Buenos Ayres Refrescos SA").

En cuanto a la eficacia de la notificación, el empleador cumple con su obligación de intimar previamente al trabajador enviando al domicilio denunciado en el legajo antes de considerarlo incurso en abandono de trabajo (art. 244, LCT), aunque se encontrara cerrado, ya que no es su responsabilidad.

Si vencido el plazo otorgado por el empleador para presentarse a trabajar, el dependiente no lo hiciera o simplemente no contestara el emplazamiento, queda extinguida la relación laboral por abandono de trabajo (cuando el empleador envía otro telegrama al trabajador haciendo efectivo el apercibimiento) y no se debe abonar la indemnización por despido.

La LCT, además del llamado *abandono-incumplimiento*, contemplado en el art. 244, se ocupa, en el art. 241 *in fine*, de lo que doctrinariamente se ha denominado *abandono-renuncia*, que se presenta cuando el abandono de la relación surge de la actitud asumida en tal sentido por ambas partes; se trata de un caso de cese por mutuo acuerdo en el cual el trabajador deja de concurrir al trabajo por un lapso prolongado y el empleador deja de pagar salario sin adoptar otra conducta.

Tampoco se debe confundir el abandono de trabajo prescripto en el art. 244, LCT, con las *faltas o inasistencias* en que pudiera incurrir el trabajador durante la relación de trabajo.

En este caso, la reiteración de inasistencias sin dar el correspondiente aviso puede constituir injuria y justificar un despido con justa causa sin necesidad de intimación previa.

## 4. Extinción por voluntad de ambas partes

### *1. Disolución por voluntad concurrente de las partes o mutuo acuerdo*

*Es una forma de extinguir el vínculo laboral mediante un acuerdo celebrado entre ambas partes*; es decir que quienes voluntariamente dieron origen a la relación laboral también tienen la facultad de ponerle fin.

*Se trata de un acto formal*, exigiendo la LCT requisitos de cumplimiento necesario para su validez. Al respecto, los dos primeros párrafos del art. 241 disponen que "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".

Requiere la presencia personal del trabajador (lo cual excluye la posibilidad de que sea representado por un apoderado). Se puede efectuar de las siguientes formas:

— *Mediante escritura pública*: ambas partes proceden a levantar un acta notarial ante escribano público. La formalización de la voluntad concurrente de las partes por escritura pública

no vulnera el orden público laboral, porque precisamente es una de las formas previstas por la ley, por lo que mal puede aducirse que su aplicación vulnera el orden público laboral o el principio de irrenunciabilidad (sala 7ª, 26/6/2003, "Alonso, Adriana E. v. BankBoston NA").

— *Ante la autoridad judicial del trabajo*: se realiza una presentación conjunta de las partes (en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ante la justicia nacional del trabajo), exteriorizando la voluntad común de disolver el vínculo laboral-dependiente.

— *Ante la autoridad administrativa del trabajo*: la presentación antes mencionada debe ser realizada ante el funcionario correspondiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

Esta forma de extinción —cuando se respetan las formalidades requeridas en la norma— *no genera obligaciones indemnizatorias*. Sin embargo, en la práctica se han utilizado estos acuerdos para pactar compensaciones económicas, teniendo en cuenta la antigüedad y el salario del trabajador o un porcentaje importante de éste.

En este caso se realizan *en sede administrativa* (ante el Ministerio de Trabajo). Se trata, en definitiva, de una especie de conciliación —cuyo alcance y consecuencias deben ser analizadas en cada caso en particular—, porque puede encubrir un despido y violar el principio de irrenunciabilidad de los derechos.

La voluntad conjunta de las partes —cuando se cumplimentan los recaudos previstos por la LCT— puede concertar acuerdos liberatorios siempre que medie intervención de la autoridad judicial o administrativa, la cual debe dictar una resolución fundada que declare que se ha alcanzado una justa composición de derechos e intereses de las partes, atribuyéndose a dicha autoridad la equidad del pacto.

La homologación del Ministerio de Trabajo de la rescisión por mutuo acuerdo del contrato veda al trabajador la posibilidad de discutir la naturaleza jurídica de ese acto rescisorio, que sólo podría considerarse inoponible mediante redargución de falsedad que conllevara la nulidad de la homologación, en acción que debería sustanciarse en forma conjunta contra la empleadora y la autoridad administrativa.

Si de los acuerdos suscriptos por las partes y homologados por el Ministerio de Trabajo surgen violaciones al orden público que implican la renuncia de derechos (art. 12, LCT), tales actos no sólo pueden ser cuestionados por las vías previstas en la ley 19.549 o mediante redargución de falsedad, sino que, al no haber una justa composición de los derechos e intereses de las partes (art. 15, LCT), pueden ser declarados inválidos por el juez competente —art. 1047, CCiv.— (sala 6ª, 14/8/2001, "Giménez, Fortunata y otro v. Finexcor SA y otro").

Parte de la jurisprudencia entiende que en los casos de disolución del contrato de trabajo por mutuo acuerdo o voluntad concurrente de las partes, no se requiere la homologación del acuerdo ni la apreciación de la justa composición de los derechos de las partes, siempre que el principio de irrenunciabilidad establecido por el art. 12, LCT, no se vea afectado (sala 1ª, 10/7/1992, "Urquiza, Ramón v. Telefónica de Argentina SA").

En sentido contrario dispuso que el acuerdo disolutorio celebrado entre las partes en ocasión de la extinción por mutuo acuerdo de la relación laboral, no homologado ni administrativa ni judicialmente, no tiene efecto liberatorio en los términos del art. 15, LCT, aun cuando fuera firmado y reconocido por el trabajador, por lo que cabe considerar el monto acordado como pago a cuenta (sala 6ª, 15/5/2000, "Vargas, Mafalda C. v. Fabienne SA", TySS 2000-801).

Un sector de la jurisprudencia y la doctrina critican la posibilidad de toda renuncia negociada (Sup. Corte Bs. As., 9/4/1985, "Carrizo v. Swift Armour Argentina", DEL I-444; ídem, 7/4/1992, "Gatta v. Alpargatas SA", TySS 1992-1046 [1]).

[1] En aval de dicha postura ver PIRRONI, Oscar, "Acerca de la renuncia al empleo", LT 33-29; PASINI, Paula, "Los retiros voluntarios como sustitución de cesantías inevitables", TySS 1994-1051.

Otro sector la considera válida; así se ha dispuesto que la figura de la renuncia negociada es oponible al delegado gremial tutelado por el sistema de estabilidad de la ley 23.551 (sala 6ª, 18/11/1998, "Panelo v. YPF", DT 1999-B-1302; sala 9ª, 21/2/1997, "Maldonado v. YPF", DT 1998-A-38) y ha sostenido que cabe descalificar el pronunciamiento judicial que, al hacer extensivos los principios que rigen el despido arbitrario a un distracto por mutuo acuerdo, recepta el reclamo de diferencias indemnizatorias, prescindiendo de la voluntad de las partes y alterando la base de cálculo fijada en el negocio jurídico rescisorio (Corte Sup., 2/7/1993, "Marchese v. Autolatina Argentina SA", DT 1993-B-1615). Avala esta postura jurisprudencial Vazquez Vialard [2].

***Retiro voluntario***. También se ha recurrido para extinguir el vínculo al llamado *retiro voluntario*, que es un procedimiento que fue utilizado en las privatizaciones de las empresas del Estado y cuya finalidad era reducir personal; el retiro voluntario se puede materializar mediante un despido sin causa a fin de que el trabajador pueda percibir el seguro de desempleo contemplado en la ley 24.013 (arts. 111 a 127).

Todo plan de retiro voluntario constituye, normalmente y salvo que se establezca expresamente lo contrario, una oferta de negociación dirigida a los trabajadores para que éstos, si lo aceptan, negocien con el empleador sobre su posibilidad de alejamiento, pero la extinción contractual sólo se operará si el empleador acepta voluntariamente que el subordinado se aleje de la empresa sin que resulte vinculante para ésta la propuesta de cese (sala 5ª, 29/6/2001, "Rodríguez, Horacio Jorge v. Banco Hipotecario Nacional").

La falta de acreditación de la existencia de vicios, invalidante de la voluntad en la firma de un acuerdo de retiro voluntario entre la empleadora y el trabajador, impone el deber de respetar sus términos, porque las cláusulas fueron pactadas dentro del marco librado a la autonomía de las partes (sala 4ª, 31/8/2000, "Basualdo, Gerardo y otro v. Aerolíneas Argentinas y otro").

***Renuncia tácita***. Tal cual se expresó al tratar la renuncia, el párr. 3°, art. 241, establece que "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".

Es una *expresión tácita de la voluntad de las partes* —mutuo disenso— *que se configura cuando se evidencia un desinterés tanto del trabajador como del empleador de continuar la relación laboral.*

Requiere que haya pasado un tiempo considerable sin que las partes cumplan sus obligaciones recíprocas y que por dichos incumplimientos ninguna de ellas haya efectuado reclamos; es decir que el trabajador no presta tareas sin causa justificada, el empleador no paga remuneraciones ni intima al trabajador para que se presente a trabajar, el trabajador no renuncia y el empleador no lo despide ni ha mediado otra forma de extinción del vínculo laboral.

Para tipificar el mutuo acuerdo tácito disolutorio, el tiempo en que debe mantenerse la situación es una cuestión de hecho que el juez debe valorar prudencialmente en cada caso. Lo normado en el párr. 3°, art. 241, LCT, se aparta del principio general previsto en el primero, por lo que su aplicación debe ser restrictiva y sólo cuando no haya duda alguna de que el comportamiento de las partes evidencia su voluntad recíproca de rescindir el vínculo.

Por ejemplo, si entre la fecha de la última prestación de tareas y pago de salarios y el requerimiento de dación de tareas transcurren varios meses, lo que configura un lapso más que prudente, y no existe otra circunstancia que pueda llevar a sostener otra postura, es razonable concluir que la relación se extinguió por voluntad concurrente de las partes.

[2] VAZQUEZ VIALARD, Antonio, "Acuerdo de gratificación imputables al pago de indemnizaciones", TySS 1992-1076.

La hipótesis del "mutuo disenso tácito" no requiere invocación, sino que la excluye, ya que se trata de una inferencia que el juez extrae de comportamientos paralelos unilaterales, no pactados, susceptibles de ser interpretados, en la medida de su inequivocidad, en el sentido indicado (sala 8ª, 11/2/2003, "Montes de Oca, Juan R. v. Arbumasa SA").

***Gratificación al cese. Compensabilidad***. Un tema controvertido es el carácter y alcance del pago efectuado por el empleador en ocasión de resolverse el contrato de trabajo; es decir, determinar si es admisible jurídicamente la pretensión de una empresa de compensar el crédito emergente de una indemnización o una deuda salarial que le corresponde al trabajador con la suma entregada como gratificación, que entiende efectuada a cuenta de futuros créditos.

Un ejemplo es consignar en el documento en el que se perfecciona tal acto que se abona al trabajador ese importe "en reconocimiento a su trayectoria dentro de la empresa... y que es compensable con cualquier otra suma que por cualquier concepto resulte acreedor por disposición legal, convencional, sentencia judicial o decisión administrativa...".

Una postura sostiene la compensabilidad de la suma pagada al trabajador que cesa con otras de las que fuese acreedor por cualquier concepto, basado esencialmente en el fallo de la Corte dictado en el caso "Gatarri v. Cometarsa SA" (en el mismo sentido, sala 7ª, 20/6/1997, "Pare, Higinio v. Grafa SA").

En aquella oportunidad la Corte sostuvo que era 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, y que la existencia de tales acuerdos no viola el principio de irrenunciabilidad (art. 12, LCT).

Sin embargo, cabe dejar sentado que lo abonado por la empresa es una entrega dineraria única y voluntaria (lo que indica su carácter pero no su origen) en los términos del art. 104, LCT; ello, si bien denota excepcionalidad, no implica sin más que se trate de un acto de liberalidad, ya que tiene un objetivo claro: retribuir el esfuerzo del trabajador a lo largo de los años (función de pago), agregándose, por lo general, que es compensable con cualquier otra suma que por cualquier concepto resulte acreedor (carácter cancelatorio).

Por lo tanto, se entrega al trabajador una suma de dinero con una finalidad: cancelar circunstancias pretéritas (el reconocimiento a su trayectoria), pero se le otorga entidad para extinguir abstracciones futuras (hipotéticos créditos).

Si bien las obligaciones se extinguen por compensación (art. 724, CCiv.), que es la neutralización de dos obligaciones recíprocas (art. 818, CCiv.), ello necesariamente requiere el cumplimiento de ciertos recaudos: las prestaciones de ambas obligaciones deben ser fungibles, exigibles (reclamables judicialmente) y líquidas (comprobada su existencia y determinado su monto).

Sentado lo anterior, entiendo que no puede aplicarse el instituto de la compensación —que es un sustituto del pago— a un reclamo por incapacidad laborativa —basado en el art. 1113, CCiv., en el que se peticiona la inconstitucionalidad del art. 39, LRT—, porque sencillamente no se puede pretender pagar una deuda cuyo monto todavía se ignora que existe: no se verifica la mentada reciprocidad y además ambas deudas no son líquidas, toda vez que al momento de instrumentarse el trabajador y el empleador ignoraban la posibilidad de que el dependiente pudiere ser acreedor de algún importe (mera conjetura).

En realidad, consignar en un documento una causa determinada para gratificar —por ejemplo, la trayectoria del trabajador— y luego imputar el pago a eventuales futuras indemnizaciones, es contradictorio en sí mismo y vulnera la teoría de los actos propios. Si se pretende gratificar al trabajador con un monto determinado imputándolo a una causa concreta ("trayectoria"), resulta ambiguo sostener que dicho pago es a cuenta, o bien, compensable con cualquier

otro crédito hipotético y futuro del trabajador, ya que dicha suma no debe alterarse por hipotéticas circunstancias posteriores.

El empleador voluntariamente decide premiar o gratificar el comportamiento, dedicación y esfuerzo del trabajador durante el tiempo de servicio. Si se lo imputa también a eventuales responsabilidades indemnizatorias futuras, la priva de su verdadero carácter y se reduciría, violentándose la voluntad "real" del empleador y aplicando tangencialmente una suerte de limitación de la autonomía de la voluntad en sentido inverso al previsto en la legislación laboral.

Además, el crédito emergente de la gratificación se incorpora definitivamente al patrimonio del trabajador, sin que pueda oponerse una modificación retroactiva de la imputación que requiera una contraprestación no exigible al tiempo de tal adquisición.

Aceptar la postura anterior, desde un punto de vista cuantitativo, produciría un resultado incierto y curioso, porque no se conocería el verdadero monto de la "gratificación por su trayectoria", ya que quedaría sujeto a ulteriores posibles reducciones por descuentos o compensaciones.

Por efecto de la compensación, cuanto más abultado fuese el monto del posterior crédito del trabajador, menor sería el reconocimiento a la "trayectoria" del dependiente. Si se tratara de un reclamo con fundamento en una incapacidad laborativa (por ejemplo, planteo de inconstitucionalidad del art. 39, LRT), el monto de la gratificación dependería de la buena salud del trabajador que cesa en la empresa: si no tiene incapacidad laborativa, la gratificación "por su trayectoria" será percibida íntegramente, pero si padece de algún grado de minoración, la gratificación "por su trayectoria" disminuirá y, es más, desaparecerá, y no será gratificado si la incapacidad producida por las tareas desarrolladas en la empresa es importante.

En este sentido se había expedido la sala 10ª al afirmar que si el principal abona una gratificación —que no es otra cosa que una retribución tendiente a recompensar o galardonar pecuniariamente un trabajo o servicio, expresamente regulada por la LCT (art. 104)—, parece evidente que no puede atribuírsele el efecto de cancelar, anticipadamente, lo que posteriormente se compruebe como adeudado en concepto de la indemnización prevista en la Ley de Accidentes. Más aún, de otorgársele esa condición, se daría la cruel paradoja de que resultarían mejor "gratificados" aquellos trabajadores sanos que quienes, por encontrarse disminuidos en su capacidad laborativa con motivo de la relación laboral, formalizaran alguna acción (17/10/1996, "Ávila, Ernesto v. Grandes Fábricas Argentinas SA").

También se sostuvo que aun aceptando que el actor fuera deudor, respecto del pago graciable recibido, existe un verdadero obstáculo para aplicar tal instituto en lo dispuesto por el art. 825, CCiv., que establece que no son compensables las deudas de alimentos, y no puede ponerse en duda de que la naturaleza de la indemnización establecida en la ley 24.028 revista tal carácter (sala 9ª, 29/11/1996, "Latino, José Alberto v. Grafa Grandes Fábricas Argentinas SA").

Distinto es el caso de que la gratificación hubiese sido otorgada luego de haberse determinado fehacientemente que el dependiente era portador de un grado de incapacidad vinculado con el trabajo, es decir, si la causa determinante para otorgarla hubiese sido esa incapacidad laborativa, ello sin perjuicio de lo normado en la LRT y que el sujeto obligado al pago es la ART.

En principio, es viable la posterior compensación si la intención fue gratificar en forma genérica (sin especificar la causa) o hacer una entrega de dinero para ser imputado a futuros reclamos; ello es así porque la causa real del pago es justamente abonar al trabajador una suma exclusivamente a cuenta de eventuales futuros créditos.

La entrega al trabajador por parte de la empleadora de una suma de dinero en concepto de gratificación y por cese de la relación laboral supone la configuración de un claro fraude a la ley, en razón de que no supone haber mediado una extinción por mutuo acuerdo. El art. 724, CCiv.,

incluye la compensación como una de las formas de extinción de las obligaciones. De tal manera, son requisitos insoslayables de la aplicación extintiva en cualquier caso, la existencia de dos personas que, por derecho propio reúnan la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, que ambas deudas sean subsistentes civilmente, que sean líquidas, exigibles, de plazo vencido, que sus prestaciones sean fungibles y que los créditos y las deudas se encuentren expeditas. Así en el caso, no puede aplicarse el instituto de la compensación, porque no se puede pretender pagar una deuda cuya existencia y monto todavía se ignora (es más, al momento de convenirse el pago documentado se ignoraba si el trabajador podía ser acreedor de algún importe) (sala 7ª, 19/2/2008, "Maldonado, Mauro Marcelo v. Harengus SA").

Resulta de aplicación el criterio establecido por la Corte Suprema en la causa L. 971 XL RHE, "Longobardi, Irene Gwendoline y otros v. Instituto de Educación Integral San Patricio SRL", sent. del 18/3/2007, ante el caso donde las partes pusieron fin al contrato de trabajo formalizando un acuerdo en los términos del art. 241, LCT, comprometiéndose la empleadora a abonar a partir de ese momento y mensualmente al trabajador el 70% del sueldo bruto hasta la asignación de la jubilación, asumiendo la empleadora el riesgo de mantener el valor de la erogación mensual en dólares estadounidenses. La demandada incumplió y dijo no acordar el pago en dólares o en pesos necesarios para adquirir la suma adeudada. Justifica la aplicación de dicho precedente para determinar los alcances del compromiso el hecho de tratarse de un compromiso asumido tomándose como referencia la moneda extranjera y la emergencia económica posteriormente declarada. Resulta ser la solución con mayor aptitud para el resguardo de los derechos constitucionales de las partes, consistente en una distribución que: a) materialice el principio de equidad, y b) avance en el proceso de homogeneización de las decisiones judiciales para situaciones análogas (sala 6ª, 28/3/2008, "Pulvirenti, Alfil Vittorio v. HSBC Bank Argentina SA").

*2. Vencimiento de plazo cierto*

*3. Cumplimiento del objeto o finalización de obra*

Estos temas fueron desarrollados en el capítulo "Período de prueba. Modalidades del contrato" al tratar el contrato de plazo fijo y el contrato eventual.

CAPÍTULO XIX

# RÉGIMEN DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS (PYMES)

## I. LA LEY 24.467

### 1. Aspectos generales

Con la sanción de la ley 24.467 (BO del 28/3/1995), modificada por las leyes 25.300 (BO del 7/9/2000) [1] y 26.496 (BO del 7/5/2009), se impulsó una legislación laboral para las PyMES, en el entendimiento de que este tipo de empresas presenta características particulares que las diferencian de las unidades de mayor tamaño y justifican un tratamiento diferencial.

Comienza a regir el 8/6/1995, ocho días después de la publicación de la res. 1/1995 de la Comisión Especial de Seguimiento.

El fundamento de esta particular regulación fue la crisis general del empleo y la importancia cuantitativa de estas empresas que constituyen un sector trascendental de la economía.

Como ejemplo se puede citar el caso de la pequeña industria que —en distintos tiempos— fue generadora de puestos de trabajo y tiene gran dinamismo para adaptarse a las etapas decrecientes y crecientes del nivel de actividad económica.

Se trata de un caso singular de estatuto, que lo distingue de los otros en virtud de que aquí no se refiere a determinado sector de actividad, sino al tamaño de la empresa en la que se opera la relación laboral, prescindiendo del tipo de tarea desarrollada por el trabajador.

La ley creó una comisión de seguimiento encargada de vigilar su cumplimiento. De lo dispuesto en el tít. III, denominado "Relaciones de trabajo" (arts. 83 a 107), surge que *en las relaciones laborales de las pequeñas empresas, la LCT no es aplicable de manera global sino que está condicionada a las pautas de compatibilidad introducidas en la ley 24.467.*

*La Ley de PyMEs* produce por primera vez un corte horizontal para brindar la tutela: efectúa una distinción que no está basada en las particularidades del trabajador o del trabajo, sino que *apunta a dos elementos de carácter económico: la cantidad de trabajadores que tiene la empresa* (que no puede exceder de cuarenta, salvo lo dispuesto en el dec. 146/1999) *y su facturación anual.*

La aplicación de la Ley de PyMEs produce una curiosa consecuencia: *el trabajador que presta servicios en* una empresa que se ajusta a los requerimientos legales para ser caracterizada como *una pequeña empresa tiene un tratamiento distinto* en lo que se refiere a sus condiciones subjetivas —aun realizando iguales tipos de tareas— *que otro trabajador que pertenece a una empresa no amparada por este régimen.*

[1] La ley 25.300, de fomento para la micro, pequeña y mediana empresa, estableció una nueva categoría de empresa: la microempresa, cuya caracterización surge de la res. 24/2001 de la Secretaría de la Pequeña y Mediana Empresa.

Es decir que los institutos que han sido modificados por la ley 24.467 son de aplicación a ciertos trabajadores, mientras que para otros se sigue aplicando el régimen general de la LCT, sin que ello dependa de las condiciones del trabajador ni de la actividad, sino de pertenecer a un establecimiento que tenga hasta cuarenta empleados y una determinada facturación anual.

Estas circunstancias son hechos externos a las condiciones de capacidad, antigüedad, cargas de familia y otras particularidades que hacen a la persona del trabajador y tampoco se vincula a las características de las tareas desarrolladas. Parte de la doctrina ha criticado este aspecto al sostener que entraña una discriminación legal objetiva.

## 2. Definición de PyME

El problema práctico radicaba en definir concretamente a la pequeña empresa, es decir, establecer cuáles son los parámetros para considerar a una empresa "PyME" y trazar la línea divisoria entre las empresas amparadas por la ley y las excluidas.

Resulta complicado fijar una cantidad de empleados y una facturación determinada, porque puede variar el número de ocupados y fluctuar la facturación anual de acuerdo con el mercado, y algunas empresas, por mínimas diferencias, se ven impedidas de acceder al ordenamiento laboral especial.

A fines de 1992, un proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo hacía referencia a doscientas personas, mientras que la ley finalmente lo estableció en cuarenta.

Este número fue considerado por algunos una cantidad reducida de personal y, por otros, elevada. Incluso se pensó que las grandes empresas podrían fragmentarse a fin de gozar del beneficio del régimen especial.

Los antecedentes en el derecho comparado no son homogéneos: en la mayoría de los casos, para definir a la pequeña empresa se toma como variable el número de trabajadores ocupados. Por ejemplo, el ordenamiento jurídico italiano considera pequeña empresa industrial a la que tenga hasta doscientos dependientes y pequeña empresa comercial a la que no supera los setenta y cinco, variando en ambos casos el capital mínimo exigido.

En la legislación argentina, el art. 34, ley 24.013, hace referencia a las *microempresas* conceptualizándolas como *aquellas cuyo plantel permanente no supera los veinticinco trabajadores*.

El art. 83, ley 24.467, considera *pequeña empresa*, a los fines de las relaciones del trabajo, a las que reúnan dos condiciones:

1) *Que el plantel de trabajadores no supere el número de cuarenta* sobre los existentes al 1/1/1995 y en la medida en que no lo duplique en los siguientes tres años.

El dec. 146/1999 (BO del 2/3/1999) establece que la negociación colectiva de ámbito superior al de empresa puede fijar que el plantel de la pequeña empresa supere los cuarenta trabajadores a condición de no exceder en ningún caso los ochenta empleados.

Para el cómputo deben ser tomados en cuenta todos los trabajadores en relación de dependencia (sean de tiempo indeterminado o determinado, eventuales o aprendices), quedando sólo excluidos los pasantes.

Excepcionalmente, mediante negociación colectiva se podrían excluir de ese cómputo los trabajadores de temporada (art. 1°).

2) *Que tenga una facturación anual inferior a una cantidad que para cada actividad o sector debía de establecer la Comisión Especial de Seguimiento*. Para ser considerada PyMES se considera el nivel de facturación, tomando el promedio de los últimos tres años: actividad agropecuaria $ 10.800.000; industria y minería $ 43.200.000; comercio $ 86.400.000; servicios $ 21.600.000.

## 3. Efectos

En la ley se pueden diferenciar *dos tipos de disposiciones: las que fueron aplicables automáticamente a las PyMEs a partir de la publicación de la ley y las que requieren necesariamente que sean dispuestas en un CCT.*

*El convenio colectivo es el que establece la operatividad de una parte importante de lo dispuesto en la ley 24.467 en materia laboral.*

Parte de la doctrina critica este aspecto porque considera que existe cierta reticencia de los sindicatos para negociar por empresas o grupo de empresas o colectivamente cuando no resulta posible mantener los mismos beneficios contenidos en el convenio anterior. Afirman que por esa razón no les resulta fácil a las pequeñas empresas articular para ellas un convenio colectivo de actividad.

Por ejemplo, hacen referencia a muchos convenios colectivos que datan de 1975 y, a pesar de las convocatorias del Ministerio de Trabajo, no han logrado ser modificados. En la práctica, desde la sanción de la ley 24.467, los casos de negociación son muy excepcionales y se reducen a unos pocos.

En síntesis, *las normas de la ley 24.467 que resultan automáticamente operativas son:*

— *el registro único de personal*;

— *la habilitación automática y falta de inscripción de los contratos promovidos*;

— *el preaviso*;

— *la formación profesional.*

En cambio, *está sujeto a negociación colectiva* y, por lo tanto, a la firma de un convenio colectivo de trabajo:

— *la modificación del número de trabajadores* para ser considerada PyME;

— *las formalidades, requisitos, aviso y oportunidad del goce de las vacaciones*;

— *el fraccionamiento del SAC a efectos de elevar su pago de dos a tres veces*;

— *la redefinición de puestos de trabajo.*

## 4. Modificaciones operativas en forma automática

Son las modificaciones que *surgen directamente de la ley y no requieren la firma de un CCT.*

### *4.1. Registro único de personal*

Todos los empleadores sin excepción (cualquiera sea el número de empleados que ocupen) están obligados a llevar un libro especial, registrado y rubricado, en las mismas condiciones que se exigen para los libros principales de comercio (art. 52, LCT), que deben hallarse en el lugar de trabajo.

Las PyMEs *pueden optar por llevar, en lugar del libro exigido por el art. 52, LCT, un libro que se denomina registro único de personal,* en el cual se debe asentar la totalidad de los trabajadores (cualquiera sea su modalidad de contratación) y que será rubricado por la autoridad administrativa laboral competente (arts. 84 y 85, ley 24.467).

La ley 24.467 establece que en el registro único de personal quedan unificados los libros, registros, planillas y demás elementos de control que son señalados a continuación: *a)* el libro del art. 52, LCT; *b)* la sección especial del art. 13, ap. 1°, dec. 342/1992 (derogado por el dec. 1694/2006, BO del 27/11/2006); *c)* los libros de la ley 12.713; *d)* el libro especial del art. 122, Régimen Nacional de Trabajo Agrario (art. 86).

El art. 87, ley 24.467, dispone que en el registro único de personal se debe hacer constar el nombre y apellido o razón social del empleador, su domicilio y número de CUIT. Asimismo, deben ser consignados los siguientes datos:

*a)* nombre y apellido del trabajador y su documento de identidad;

*b)* número de CUIL;

*c)* domicilio del trabajador;

*d)* estado civil e individualización de sus cargas de familia;

*e)* fecha de ingreso;

*f)* tarea a desempeñar;

*g)* modalidad de contratación;

*h)* lugar de trabajo;

*i)* forma de determinación de la remuneración asignada, monto y fecha de pago;

*j)* régimen previsional por el que haya optado el trabajador y, en su caso, individualización de su AFJP;

*k)* Toda modificación que se opere respecto de los datos consignados precedentemente y, en su caso, la fecha de egreso.

El *incumplimiento de las obligaciones registrales* previstas en esta sección o en la LCT puede ser sancionado hasta con la exclusión del régimen de la ley 24.467 (PyMEs), además de las penalidades establecidas en las leyes 18.694, 23.771 y 24.013 (art. 88, ley 24.467).

El tema se desarrolló en el capítulo "Registración del contrato de trabajo".

### *4.2. Modalidades de contratación de la Ley Nacional de Empleo*

La ley 24.467 dispone que las pequeñas empresas podrán hacer uso de las modalidades previstas en la ley 24.013 bajo determinadas condiciones. Esto perdió vigencia porque esas formas promovidas de contratación fueron derogadas por la ley 25.013 (BO del 24/9/1998).

### *4.3. Preaviso*

*Comienza a computarse a partir del día siguiente al de la comunicación por escrito y tiene una duración de un mes, cualquiera sea la antigüedad del trabajador* (art. 95).

Esto implica que para las PyMEs *no es aplicable el art. 233, LCT, y no rige el instituto de la integración del mes de despido.*

Dado que la Ley de PyMEs es especial respecto de la ley 25.877 —no obstante ser anterior en el tiempo—, el plazo único de preaviso (y la indemnización sustitutiva pertinente de un mes) prima sobre los demás.

Este sistema de cómputo del plazo del preaviso rige exclusivamente para los trabajadores contratados a partir de la vigencia de la ley (8/6/1995), lo que produce un trato desigual para los trabajadores: por un lado, se diferencia el cómputo del preaviso según las empresas tengan más o menos de cuarenta trabajadores (ampliable hasta ochenta por convenio colectivo, dec. 146/1999), y además, dentro de una misma PyME, a algunos trabajadores les corresponde un sistema de preaviso y a los restantes, otro.

Esto produce —aparte de un trato diferente a los trabajadores— inconvenientes en el ejercicio de los derechos y las obligaciones del empleador, que debe efectuar un control exhaustivo en cada caso y, al tener en cuenta la fecha de ingreso de cada trabajador, determinar qué régimen aplicar.

El art. 95, ley 24.467, no se aplica retroactivamente; por lo tanto, los contratos celebrados por pequeñas empresas con anterioridad a la vigencia de esta ley (8/6/1995) se rigen por la LCT

(arts. 231/233). Es decir que si el contrato celebrado por una PyME se inició a partir del 8/6/1995 se torna aplicable el art. 95, ley 24.467, mientras que si se inició con anterioridad a esa fecha, o si al momento de celebración la empresa no encuadraba en la definición de PyME (ver art. 83, ley 24.467 y res. 1/1995), se rige por la LCT.

*4.4. Formación profesional*

Está contemplado en el art. 96, ley 24.467, que establece que "la capacitación profesional es un derecho y un deber fundamental de los trabajadores de las pequeñas empresas, quienes tendrán acceso preferente a los programas de formación continua financiados con fondos públicos.

"El trabajador que asista a cursos de formación profesional relacionados con la actividad de la pequeña empresa en la que preste servicios, podrá solicitar a su empleador la adecuación de su jornada laboral a las exigencias de dichos cursos.

"Los convenios colectivos para pequeñas empresas deberán contener un capítulo especial dedicado al desarrollo del deber y del derecho a la capacitación profesional".

## 5. Disponibilidades colectivas permitidas por la ley. Negociación colectiva

La ley remite ciertos temas a la negociación colectiva con la entidad sindical signataria del convenio colectivo y la representación de la pequeña empresa.

De acuerdo con lo dispuesto en la ley 23.551, la representación sindical legitimada para suscribir un convenio colectivo es la entidad de grado superior de cada actividad.

Este aspecto fue criticado por parte de la doctrina porque produce una desigualdad en la negociación directa con una pequeña empresa; si bien la ley prevé que la negociación puede ser delegada en entidades de grado inferior, tal delegación es una facultad exclusiva del sindicato con personería gremial.

El art. 6°, *in fine*, ley 25.250 (que modificó el art. 2°, ley 14.250) —que fue derogado por la ley 25.877 (BO del 19/3/2004)— había dispuesto que cuando se constituya una unidad de negociación que incluya a más de un empleador entre los cuales haya pequeñas empresas, debe acreditarse en el convenio que se celebre que contiene un capítulo específico que las comprenda y, además, que ha sido negociado por sus propios representantes.

Este párrafo respondía a la intención del legislador que ya había sido plasmada anteriormente en los arts. 101 y 102, ley 24.467. El art. 3°, dec. 1172/2000 (BO del 14/12/2000), reglamentó el art. 6°, ley 25.250, e incorporó el art. 2° ter al dec. 199/1988. Disponía que cuando se constituya una unidad de negociación que incluya más de un empleador, entre los que haya pequeñas empresas, la representación del sector empresario debía integrarse con representantes propios.

Actualmente, como el art. 1°, ley 25.877, derogó la ley 25.250 y sus normas reglamentarias, rige lo dispuesto originalmente en los arts. 99 a 103, ley 24.467, y en los arts. 7° a 9°, dec. 146/1999, reglamentario de la Ley de PyMEs.

El dec. 146/1999 dispone que la representación de la pequeña empresa debe integrarse en la forma y el orden previstos por la ley 14.250 (con las modificaciones de la ley 25.877).

Asimismo, el art. 99, ley 24.467, establece que las partes pueden estipular libremente la fecha de vencimiento de estos convenios colectivos. Si no existe estipulación convencional en contrario, se extinguen de pleno derecho a los tres meses de su vencimiento.

Es decir que sobre dichos convenios la ultraactividad sólo se operará por un plazo muy breve: pasados los tres meses de la fecha de su vencimiento se extinguirán *ipso iure*.

El art. 100 dispone que las partes están obligadas a negociar de buena fe. Este principio supone la concurrencia a la negociación y a las audiencias, el intercambio de información y la realización de esfuerzos conducentes para arribar a un acuerdo.

Prescribe también que el sector representativo de la pequeña empresa o la entidad sindical signataria del convenio colectivo de actividad puede solicitar el inicio de la negociación colectiva una vez vencido el término de un convenio colectivo o sesenta días antes de su vencimiento, a cuyo fin el Ministerio de Trabajo deberá convocar a las partes (art. 8°, dec. 146/1999).

El art. 101 establece que en las actividades en las que no exista un CCT específico para las pequeñas empresas, el Ministerio de Trabajo debe prever que en la constitución de la representación de los empleadores en la comisión negociadora se encuentre representado el sector de la pequeña empresa.

El art. 9°, dec. 146/1999, dispone que a efectos de atribuir el porcentaje de representación de cada uno de los integrantes del sector empleador, el Ministerio de Trabajo debe ponderar el número de empleadores y trabajadores que se desempeñan en las pequeñas empresas y su incidencia en el desarrollo de la actividad económica comprendida en el ámbito del convenio colectivo.

El art. 102 prescribe que, a partir de los seis meses de la entrada en vigencia de la presente ley, es requisito para la homologación por parte del Ministerio de Trabajo que el convenio contenga un capítulo específico que regule las relaciones laborales en la pequeña empresa, salvo que en la actividad de que se trate se acredite la existencia de un convenio colectivo específico para las pequeñas empresas.

Finalmente, el art. 103 dispone que los convenios para pequeñas empresas, durante el plazo de su vigencia, no pueden ser afectados por convenios de otro ámbito.

*Los principales temas que se puede incluir en un convenio colectivo suscripto por una pequeña empresa* (o por su representación), *y pueden modificar lo dispuesto en la LCT*, son los que seguidamente se detallan.

### *5.1. Pago del sueldo anual complementario*

El convenio puede determinar *que el pago se realice en tres oportunidades y no en dos* como prescribe la LCT y también disponer cuáles serán las fechas de pago (art. 91). Esto implica la modificación del art. 122, LCT.

El dec. 146/1999 no hace referencia alguna a este tema.

### *5.2. Vacaciones*

Se puede disponer, por medio del convenio colectivo, la *modificación de los plazos y formalidades de la notificación* previa de las vacaciones y *los requisitos para su goce* —como el tiempo mínimo de trabajo o que comiencen un día lunes— *y las fechas de otorgamiento*.

También *se permite su fraccionamiento* con la única limitación de que por lo menos una vez cada tres años su goce corresponda en temporada de verano.

Esto implica la modificación de los arts. 151, 152, 153, 154 (con excepción del último párrafo) y 157, LCT.

No pueden ser modificados —y por lo tanto *no resultan disponibles*— dos aspectos del instituto de las vacaciones: *la forma de retribuirlas y la cantidad de días de vacaciones que por antigüedad le corresponden al trabajador*.

El dec. 146/1999 —en cuanto a las vacaciones— dispone que los períodos en que se fraccione convencionalmente la licencia anual deben tener una duración mínima de seis días laborales continuos (art. 2°).

*5.3. Trabajo agrario*

Lo referido a las vacaciones y al SAC es de aplicación a la pequeña empresa incluida en el Régimen Nacional de Trabajo Agrario (ley 22.248), si es decidido por la votación unánime de los representantes que integran la Comisión Nacional del Trabajo Agrario.

*5.4. Régimen de extinción del contrato de trabajo*

La redacción del art. 92, ley 24.467 (derogado por la ley 25.877), era tan amplia que parecía permitir todo tipo de posibilidades. La norma establecía que "los convenios colectivos de trabajo referidos a las pequeñas empresas podrán modificar el régimen de extinción del contrato de trabajo".

De una primera lectura surgía que el convenio colectivo podía modificar en forma total los arts. 231 a 255, LCT, lo que implicaba que podía obviarse el preaviso, que la notificación no debía efectuarse por escrito, que se reformulaba el significado de justa causa, que no se exigían formalidades para la renuncia, que no correspondía indemnización por muerte o por jubilación, etcétera.

Sin embargo, si bien algunas normas de la LCT pueden ser derogadas o modificadas por el convenio colectivo, hay un mínimo inderogable que el convenio no puede afectar y es la protección contra el despido arbitrario que tiene naturaleza constitucional.

En realidad, la norma derogada —según surgía más claramente del párr. 2°, art. 92— apuntaba al régimen indemnizatorio, al sugerir la aplicación de sistemas de capitalización —similar al fondo de desempleo del régimen de la construcción— y al consignar que "los convenios colectivos de trabajo referidos a las pequeñas empresas podrán modificar el régimen de extinción del contrato de trabajo. Para los casos en que dichos convenios introduzcan, en el régimen de extinción, cuentas de capitalización individual, el Poder Ejecutivo nacional habilitará la utilización de los instrumentos de gestión previstos en el sistema integrado de jubilaciones y pensiones o en el régimen de seguros".

Asimismo, el dec. 146/1999 disponía que el régimen de extinción del contrato de trabajo que se estableciera no podría desvirtuar el principio de protección contra el despido arbitrario. Además, si se hubieran introducido cuentas de capitalización individual hubiese sido necesario que en la homologación del convenio colectivo el Ministerio de Trabajo se expidiera fundadamente sobre el mérito del sistema acordado (art. 3°).

*5.5. Redefinición de puestos de trabajo*

Si bien el título del art. 94 es "Movilidad interna", lo cual podría dar la apariencia de que apunta a limitar el poder de organización y dirección del empleador, para remitirlo al convenio colectivo, en realidad se trata de la redefinición de los puestos de trabajo y categorías que determina el convenio colectivo.

Esto implica que en una PyME, previa regulación del convenio colectivo, pueden coexistir diferentes categorías y puestos de trabajo que los establecidos en el convenio colectivo de la actividad.

Es importante que se negocie este aspecto, ya que en los convenios colectivos las categorías del personal y los puestos de trabajo resultan generalmente adecuados a las grandes empresas y resulta de difícil cumplimiento para las PyMEs que, por su pequeña estructura, necesitan de una mayor polivalencia de funciones.

El dec. 146/1999 dispone que la redefinición de los puestos de trabajo puede acordarse entre un empleador y la representación sindical signataria del convenio colectivo de trabajo, sin necesidad de intervención de las organizaciones representativas de los empleadores.

El acuerdo es homologado o registrado, según corresponda, por el Ministerio de Trabajo, con los efectos propios, para las partes firmantes, de un convenio colectivo (art. 5°).

## 6. Período de prueba

La derogada ley 25.250 (BO del 2/6/2000) otorgaba un tratamiento particular a las PyMEs respecto del período de prueba. La ley 25.877 sustituyó el texto del art. 92 bis, LCT, y eliminó toda distinción entre empresas, estableciendo un plazo único de tres meses.

Cabe recordar que el art. 92 bis, LCT, en su redacción anterior (conforme la derogada ley 25.250), disponía que "el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, a excepción del contrato de trabajo caracterizado por el art. 96, LCT —20.744— (texto según ley 24.013), se entiende celebrado a prueba durante los primeros tres meses. Los convenios colectivos de trabajo pueden modificar dicho plazo hasta un período de seis meses. Si el empleador es una pequeña empresa definida por el art. 83, ley 24.467, el contrato de trabajo por tiempo indeterminado se entenderá celebrado a prueba durante los primeros seis meses. En este último caso los convenios colectivos de trabajo pueden modificar ese plazo hasta un máximo de doce meses cuando se trate de trabajadores calificados según definición que efectuarán los convenios".

La ampliación de los plazos de duración del período de prueba que había producido la reforma de la ley 25.250, respecto del régimen anterior de la ley 25.013 en las pequeñas empresas —que son las que más trabajadores ocupan— era excesiva y constituía una desnaturalización del instituto, ya que la finalidad del período de prueba es la evaluación del empleador de la aptitud del trabajador para desempeñar el trabajo en la categoría o puesto comprometido.

Si ya un plazo general de seis meses resultaba por demás exagerado, sobre todo para aquellos trabajos que no requieren ningún tipo de especialización, en mayor medida lo era la facultad delegada a los convenios colectivos de extenderlo hasta un año.

Así analizado, aparecía como una contradicción del legislador, porque, si se trataba de evitar el uso abusivo del período de prueba, no resultaba razonable que el plazo en el caso de las PyMEs fuera mayor —seis meses con la posibilidad de extenderlo a doce meses—, cuando las pequeñas empresas son las más numerosas en el país, y precisamente allí, en mayor medida, se produjo el fraude que se trataba de evitar.

## 7. Aplicación a los casos de subcontratación y solidaridad

Los arts. 29, 29 bis y 30, LCT, se caracterizan por un denominador común: en las tres normas existe más de un empleador que responde por los derechos del trabajador que puede ejercerlos contra ellos.

En el caso del *art. 29, LCT*, sin perjuicio de la solidaridad existente, el empleador directo y titular de la relación jurídica es quien utiliza la prestación. En consecuencia, al trabajador se le aplica la ley 24.467 si la empresa prestataria tiene la cantidad de empleados y el monto de facturación anual requerido para ser calificada como pequeña empresa.

En cambio, *si el tercero contratante es una agencia de servicios eventuales debidamente habilitada*, es la titular directa de la relación y sobre ella se debe efectuar la verificación de la existencia de los requisitos para ser calificada como una PyME; por ejemplo, una agencia de servicios eventuales que tiene un plantel de treinta empleados y envía a prestar servicios a un trabajador en una empresa con un personal de ciento veinte dependientes.

*En caso de que la agencia de servicios eventuales no esté habilitada* (art. 29, párrs. 1° y 2°), la empresa usuaria es la titular de la relación de trabajo —sin perjuicio de la solidaridad con la empresa de servicios eventuales—; por lo tanto, si la empresa usuaria es una PyME,

se torna aplicable la ley 24.467. La misma solución corresponde en el caso del párr. 1°, *art. 29 bis*.

Respecto del art. 30, LCT, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que "para que nazca la responsabilidad solidaria de una empresa por las obligaciones laborales de la otra, es menester que aquella empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal. Debe existir una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista... El solo hecho de que una empresa provea a otra de materia prima no compromete, por sí mismo, su responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales de la segunda" (fallo de la Corte Sup., "Rodríguez").

En el caso de las PyMEs, los trabajadores deben, previamente a efectuar un reclamo, determinar si la pequeña empresa complementa la actividad normal de la organización mayor; si la respuesta es afirmativa, la PyME se seguiría beneficiando con el régimen de la ley 24.467 a pesar de tratarse de un mero engranaje de la gran empresa que la sustenta.

## 8. Asignaciones familiares

El dec. 796/1997 había establecido el sistema de pago directo de asignaciones familiares para PyMEs. Sin embargo, la experiencia acumulada demostró que resultó más efectivo —a pesar de ser perfectible— el sistema de fondo compensador para el pago de asignaciones familiares a cargo de la Anses.

Por ello, mediante el dec. 451/2001 (BO del 26/4/2001) —que rige desde el 1/5/2001— se derogó el sistema de pago directo de asignaciones familiares regulado por los arts. 3° y 5°, dec. 796/1997, para PyMES, como también sus disposiciones complementarias, interpretativas y operativas. Asimismo, se consideran denunciados los convenios firmados en virtud de dichas normas, quedando sin efecto la duplicación de montos establecida en el art. 3°, dec. 796/1997.

## 9. Ley 26.496 (BO del 7/5/2009)

La ley 26.496 (BO del 7/5/2009), en su art. 1°, sustituyó el art. 34, ley 24.467, en lo que hace al límite operativo de las sociedades de garantías recíprocas (SGR), disponiendo que ellas no podrán asignar a un mismo socio partícipe garantías superiores al 5% del valor total del fondo de riesgo de cada SGR.

Tampoco podrán las SGR asignar obligaciones con el mismo acreedor más del 25% del valor total del fondo de riesgo.

En la condición de acreedor deberán incluirse las empresas controladas, vinculadas y las personas físicas y/o jurídicas que integren el mismo grupo económico de acuerdo con los criterios que establezca la reglamentación.

También dispone que quedan excluidas del límite operativo las garantías correspondientes a créditos brindados por bancos públicos y las otorgadas a organismos públicos centralizados o descentralizados dependientes del gobierno nacional, provincial, municipal o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que no desarrollen actividades comerciales, industriales o financieras.

La autoridad de aplicación podrá, excepcionalmente y por decisión fundada, autorizar mayores límites operativos cuando se presenten algunas de las circunstancias enumeradas en los incs. a) y b), art. 1°.

CAPÍTULO XX

# ESTATUTOS ESPECIALES [1]

## I. CONCEPTO Y ENUMERACIÓN

Los estatutos especiales o profesionales son leyes que se ocupan exclusivamente del personal de determinada actividad, arte, oficio o profesión. Se trata de un conjunto de normas que regulan las relaciones laborales que caracterizan cada actividad, arte, oficio o profesión, y contiene mecanismos antifraude.

Su existencia se justifica en el hecho de que ciertas actividades empresarias, o categorías de trabajadores, o determinada categoría de trabajadores en empresas acordes a su actividad, requieren de reglas especiales, que exceden el marco de la normativa general.

En algunos casos, la misma LCT ha excluido de su ámbito de aplicación algunas categorías de trabajadores (por ejemplo, los trabajadores rurales, el servicio doméstico o los empleados del Estado no sujetos a convenciones colectivas de trabajo); o su aplicación quedó condicionada a que sus disposiciones resulten compatibles con la naturaleza y las modalidades de la actividad de que se trate y con el régimen jurídico específico al que esté sujeta.

En caso de colisión o de posible complementación entre la ley general (LCT) y los estatutos, existe una serie de reglas generales que se deben tener en cuenta:

— Si se trata de una institución contemplada de modo diferente en el estatuto, o si ha sido expresa o tácitamente excluida de él, la LCT no se aplica.

— Si el instituto no fue reglamentado por la ley especial, se aplica la LCT.

— Cuando la norma especial se refiere a leyes no vigentes (por ejemplo, ley 11.729) se entiende que se efectúa la remisión en relación con el régimen general imperante en la materia respectiva.

— En aquellos casos en que los derechos que consagren las instituciones sean menores que los establecidos en la LCT, debe examinarse si obedece a la naturaleza de la actividad, o si la omisión responde al momento en que fue dictada la reglamentación.

— La LCT no se aplica al trabajo rural, el servicio doméstico y los empleados del Estado que no tengan convención colectiva.

Asimismo, debe tomarse en consideración que algunos estatutos contemplan disposiciones específicas en diferentes materias.

Los estatutos pueden ser clasificados por el ámbito en: estatutos de actividad (por ejemplo, construcción), de profesión (por ejemplo, médicos), de especialidad (por ejemplo, viajantes), de arte u oficio (por ejemplo, radiotelegrafistas, peluqueros), de acuerdo con la empresa (Ley de PyMEs).

[1] En este capítulo se brinda un panorama de los estatutos especiales y se efectúa una reseña de los principales, destacando sus características más trascendentes. El abordaje más detallado del tema excede el objetivo de esta obra.

Los *estatutos especiales* vigentes, por orden cronológico, son los siguientes:

1) Trabajo a domicilio. Ley 12.713 (BO del 12/11/1941).

2) Profesionales en medicina y ciencias afines.

Médicos, odontólogos y farmacéuticos en relación de dependencia. Dec.-ley 22.212/1945 y ley 14.459 (BO del 13/10/1945).

Enfermeros. Ley 24.004 (BO del 28/10/1991).

Médicos de obras sociales. Dec.-ley 20.084/1973 (BO del 12/1/1973).

3) Empleados administrativos de empresas periodísticas. Dec.-ley 13.839/1946 (BO del 22/5/1946), ley 15.535 (BO del 9/11/1960).

4) Operadores radiotelegráficos y afines. Dec. 14.954/1946 (BO del 10/6/1946).

5) Aeronavegantes de la aviación civil. Dec.-ley 16.130/1946 (BO del 27/6/1946).

6) Conductores particulares. Ley 12.867 (BO del 26/10/1946).

7) Periodistas profesionales. Ley 12.908 (BO del 3/2/1947), Ley 15.532 (BO del 4/11/1960).

8) Encargados y ayudantes de casas de renta. Ley 12.981 (BO del 20/5/1947).

9) Docentes de establecimientos privados. Ley 13.047 (BO del 22/10/1947).

10) Servicio doméstico. Dec.-ley 326/1956 (BO del 20/1/1956).

11) Viajantes de comercio y de la industria. Ley 14.546 (BO del 27/10/1958).

12) Ejecutantes musicales. Ley 14.597 (BO del 29/10/1958).

13) Trabajadores a bordo de buques de bandera nacional. Ley 17.371 (BO del 9/8/1967).

14) Jugadores de fútbol profesionales. Ley 20.160 (BO del 23/2/1973).

15) Trabajo portuario. Ley 21.429 (BO del 12/10/1976).

16) Trabajadores de la industria de la construcción. Ley 22.250 (BO del 17/7/1980).

17) Trabajo agrario. Ley 22.248 (BO del 18/7/1980), ley 25.195 (BO del 30/11/1999) y dec. 453/2001 (BO del 25/4/2001).

18) Contratistas de viñas y frutales. Ley 20.589 (BO del 14/2/1974) modificada por ley 23.154 (BO del 1°/11/1984).

19) Peluqueros. Ley 23.947 (BO del 28/6/1991).

## II. TRABAJADORES DE LA CONSTRUCCIÓN. LEY 22.250

La actividad de los trabajadores de la construcción se rige por la ley 22.250 y sus reglamentaciones.

Dicha ley, de orden nacional no sólo por el órgano del poder público del que emana sino porque también así está previsto en la misma norma [2], instituye un régimen autónomo cuyas "disposiciones son de orden público y excluyen las contenidas en la LCT".

El art. 1° determina el *ámbito de aplicación personal* de la norma, estableciendo que comprende al "empleador de la industria de la construcción que ejecute obras de ingeniería o arquitectura" (excavaciones, construcciones nuevas o modificaciones, reparación, conservación o demolición de las existentes, montaje o instalación de partes ya fabricadas, vías y obras).

Y también a "aquel 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" (inc. a]).

Asimismo, están comprendidos los empleadores "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" indicados precedentemente (inc. b]).

[2] Ley 22.250, arts. 3° y 5°.

Los trabajadores dependientes de aquellos empleadores que realicen las actividades enumeradas anteriormente, que se desempeñen en las obras o lugares de trabajo mencionados o en los "talleres, depósitos o parques destinados a la conservación, reparación, almacenaje o guarda de los elementos de trabajo" utilizados en dichos lugares ("cualquiera fuere la modalidad o denominación que se acuerde a su contratación o a la forma de su remuneración"), están alcanzados por la normativa específica (inc. c]).

Las personas excluidas expresamente por la norma son: el personal de dirección, el administrativo, el técnico, el profesional, el jerárquico y el de supervisión; el propietario del inmueble y los trabajadores de la Administración Pública (art. 2°).

La norma dispone que *tanto los trabajadores como los empleadores de la actividad deben inscribirse en el Registro Nacional de la Industria de la Construcción*, que es el órgano de aplicación de la ley y funciona como "ente autárquico en jurisdicción del Ministerio de Trabajo, y con competencia en todo el país".

La inscripción del inicio de actividades es responsabilidad del empleador. El plazo para realizarla es de quince días hábiles desde su inicio. Asimismo, dentro de igual plazo debe inscribir a los trabajadores a su cargo, contado desde la fecha de ingreso de éstos (art. 3°).

En el caso de que el trabajador estuviese inscripto a nombre de otro empleador para quien haya prestado tareas con anterioridad, igualmente corresponde al nuevo empleador inscribirlo. No obstante, ambas inscripciones deben ser renovadas anualmente (art. 6°, inc. e]).

Al trabajador se le otorga una *libreta de aportes* expedida por el registro. Dicho documento, que debe contener "los datos y demás constancias que determine la reglamentación" (art. 13, párr. 1°), es el instrumento, de carácter obligatorio, mediante el cual se controla la aplicación de la norma.

Al comienzo de la relación laboral, el empleador debe solicitarle al trabajador la presentación de la libreta, que éste tiene obligación de entregar en el término de cinco días hábiles desde su fecha de ingreso. Si no la tiene, dentro del mismo plazo debe suministrar a su empleador los datos necesarios para su inscripción, renovación o confección de un duplicado.

Si el trabajador no cumple en término, el empleador puede rescindir la relación laboral —previa intimación por un plazo de cuarenta y ocho horas y dentro de los diez días hábiles desde el ingreso del dependiente— sin consecuencias indemnizatorias, abonando solamente las remuneraciones devengadas (art. 14).

Mensualmente, y desde el comienzo de la relación laboral, *el empleador debe efectuar el aporte obligatorio que integra el fondo de cese laboral (ex fondo de desempleo)*, mediante un depósito en una cuenta bancaria a nombre del trabajador, debiendo entregarle constancia fehaciente.

Durante el primer año, dicho aporte es del 12%, y del 8% los siguientes. No puede ser modificado por los CCT y se calcula sobre la remuneración mensual —en dinero— del trabajador, percibida "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" (art. 15).

*No se puede disponer de estos fondos durante la vigencia del contrato de trabajo*, pudiendo ser embargados solamente por deudas de "cuota alimentaria y una vez producido el desempleo".

Constituye "un patrimonio inalienable e irrenunciable del trabajador", que lo percibe cuando cesa la relación laboral, porque "reemplaza al régimen de preaviso y despido contemplados por la LCT", pero no excluye el pago de las indemnizaciones y beneficios establecidos en el régimen específico.

*La ley prohíbe que el empleador pague el aporte directamente al trabajador*, excepto aquel cuyo plazo para el depósito aún no haya vencido al producirse el cese de la relación laboral.

*Una vez extinguido el vínculo, el trabajador puede disponer del fondo de cese laboral; el empleador tiene el deber de entregarle, en el plazo de cuarenta y ocho horas de producido el distracto, la libreta de aportes con la acreditación de los correspondientes depósitos.*

Si se produce el fallecimiento o concurso del empleador, los sujetos obligados a su cumplimiento son los sucesores o el síndico o liquidador; la ley otorga un plazo máximo de treinta días, que por las circunstancias del caso la autoridad administrativa o judicial puede ampliar a noventa días.

*Si el empleador no cumple con su obligación de entregar la libreta en los plazos estipulados por la norma, incurre en mora automática*, lo cual habilita al trabajador a iniciar la acción judicial a fin de que se le haga entrega de la libreta, se le depositen los aportes correspondientes o se le efectúe el pago directo cuando así corresponda.

Independientemente del derecho antes conferido, el trabajador debe intimar al empleador, por dos días hábiles, constituyéndolo en mora, y ante su incumplimiento a dicho emplazamiento, el dependiente se hace acreedor de una indemnización que estipule el juez, teniendo en consideración las particulares circunstancias de cada caso; su monto no será inferior al equivalente a treinta días del salario real del trabajador, excluyendo el fondo de cese laboral, ni superior a noventa días de dicha retribución.

Dicha reparación se incrementa con un importe extra equivalente a treinta días de retribución en el supuesto de que el trabajador, además, no hubiera sido inscripto en el registro.

*Puede suceder que el trabajador no concurra a retirar la libreta de aportes. Ante tal situación, el empleador 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".

En caso de que el trabajador, o sus derechohabientes o beneficiarios, no se presenten ante tal emplazamiento, el empleador hará entrega del instrumento en cuestión al registro. Cumplido el plazo de veinticuatro meses desde que se efectuó la intimación, el fondo de cese laboral respectivo será destinado al patrimonio del Consejo Nacional de Educación Técnica.

Si se produce la *extinción por muerte del trabajador*, su cónyuge, sucesores o beneficiarios tienen derecho a una *indemnización equivalente a doscientas horas de salario*, que el empleador debe abonar dentro de los diez días desde que se acredita fehacientemente el hecho; no tiene ningún requisito respecto de la antigüedad.

El fondo de cese laboral se entrega al cónyuge sobreviviente, a los descendientes o ascendientes en el orden y proporción establecidos en el Código Civil, sin trámite judicial alguno. Ante la inexistencia de éstos, se aplica respecto de la persona beneficiaria lo determinado en el art. 248, LCT, y es entregado en las condiciones que establezca la reglamentación.

Si éstos no se presentaran en el término de sesenta días hábiles desde el fallecimiento del trabajador, el empleador debe entregar la libreta al registro.

En caso de *extinción del vínculo por concurso del empleador*, para poder cobrar el fondo de cese laboral, los beneficiarios deben presentar directamente ante la institución bancaria prueba que acredite dichas circunstancias. Es suficiente la constancia que expida el síndico o liquidador.

La *remuneración* es establecida por el convenio colectivo de la Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina (UOCRA) y las cámaras empresarias de la construcción, disponiendo expresamente la norma que "en ningún caso el empleador puede 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". Existen numerosos convenios colectivos por obra.

Asimismo, dispone que cuando el empleador se atrasa en el pago del salario o abona en forma insuficiente, el trabajador debe intimarlo de modo fehaciente, dentro de los diez días hábiles desde que debió efectuarlo.

Esto le da derecho a reclamar, además de las remuneraciones o diferencias debidas, una *reparación equivalente al doble de la suma que se le adeuda*, salvo que el empleador cumplimente la intimación dentro de los tres días hábiles de efectuada. Esta sanción es procedente opere o no la rescisión del contrato.

Atento a las particulares características de esta rama de actividad, toda vez que pueden configurarse relaciones laborales excesivamente cortas debido al tipo de obra, se permite en determinados casos el pago en efectivo de la remuneración, cuando la relación laboral se encuentre dentro de los plazos establecidos para el ingreso del depósito del fondo de cese laboral en las entidades bancarias habilitadas al respecto.

El empleador tiene la *facultad de suspender al trabajador sin goce de remuneraciones*, por el plazo de hasta veinte días en el año, contados a partir de la primera suspensión. La notificación debe efectuarse en forma fehaciente y contener plazo fijo. No obstante, durante ese período subsiste la obligación de aportar al fondo de cese laboral.

En cuanto a la *licencia por enfermedad o accidente inculpable*, el trabajador tiene derecho a tres o seis meses de licencia con goce de remuneración según su antigüedad sea menor o mayor de cinco años, tenga o no cargas de familia. En todo lo demás el régimen es similar al que contempla la LCT.

El empleador debe seguir aportando al fondo de cese laboral durante los períodos de licencia paga, y si rescinde el contrato en dichos plazos, "deberá abonar las remuneraciones y hacer efectivos los aportes con destino al fondo de cese laboral correspondientes a todo el tiempo que faltare para el vencimiento de dichos períodos"; esto es aplicable aunque se produzca la rescisión por finalización de la obra.

En caso de *incapacidad del trabajador* —absoluta o parcial— que implique la extinción del vínculo, la jurisprudencia mayoritaria ha determinado que no es de aplicación lo dispuesto por el art. 212, LCT, ya que es incompatible con el marco jurídico que delimita el estatuto para la actividad.

Cuando por la naturaleza, magnitud o características de la obra, o los trabajos, se deba prestar tareas en sábado después de las 13, domingo o feriado nacional, el Ministerio de Trabajo puede autorizar que se trabaje en esos días, sin pago de recargo en el salario respecto de los días sábado y domingo. Por ende, atento al silencio de la norma respecto del pago del salario de los días feriados, debe liquidarse conforme lo establece la LCT.

En dichos supuestos, al trabajador le corresponde un descanso compensatorio continuado equivalente a media jornada por cada día sábado trabajado después de las 13, y una jornada completa por cada día domingo o feriado trabajado. El otorgamiento de estos descansos no puede diferirse más allá de los veintiún días corridos de trabajo, contados desde el último día de descanso gozado.

Ante la omisión del empleador de otorgar dicho descanso, el trabajador tiene siete días corridos desde que venció el plazo para gozarlo, para ejercitar ese derecho. Para ello debe notificar al empleador, en forma fehaciente y con veinticuatro horas de anticipación; en esa situación, el salario habitual que corresponde por cada día de descanso se incrementará con un 100% de recargo.

*El órgano de aplicación y de contralor de la actividad es el registro nacional de la construcción*, en el cual se deben inscribir todos los empleadores de la industria de la construcción y debe tramitarse la libreta de fondo de cese laboral. Funciona por medio de agentes zonales con sede en las distintas delegaciones y subdelegaciones nacionales del Ministerio de Trabajo.

Además de las funciones ya mencionadas, debe verificar el cumplimiento de la norma en cuestión, controlando y exigiendo a todos los empleadores que lleven los libros y demás documentación requerida por esta ley y por la legislación laboral aplicable a la actividad.

Cuando se constate que el empleador o los trabajadores no se hallan inscriptos en el registro, o que aquél no rescinde el contrato en los términos del art. 14 o no entrega al trabajador la constancia del depósito de los aportes al fondo de cese laboral, debe ser sancionado con las multas que para cada circunstancia fija la norma (art. 33).

Éstas se duplican en caso de reincidencia y ante la falta de inscripción; además, corresponde el pago del arancel respectivo. Los importes deben calcularse sobre la base del salario básico establecido para la categoría de oficial albañil.

En las otras formas de extinción de la relación —por causas económicas (fuerza mayor o falta o disminución de trabajo) o por jubilación ordinaria del trabajador— no son aplicables las disposiciones de la LCT por no resultar compatibles con la naturaleza y modalidad de la actividad.

La ley 25.371 (BO del 2/1/2001) creó, en todo el ámbito del territorio nacional, un sistema integrado de prestaciones por desempleo para los trabajadores comprendidos en el Régimen Nacional de la Industria de la Construcción estatuido por la ley 22.250.

Este tema se desarrolla en el capítulo "Desempleo. Seguros de desempleo".

La ley 25.345 (BO del 17/11/2000) de prevención de la evasión fiscal, estableció —en el cap. IV (ver arts. 15 a 31)— un régimen especial para la determinación y percepción de los aportes y contribuciones que por su personal en relación de dependencia y con destino al SUSS efectúen las pequeñas y medianas empresas constructoras (con facturación anual inferior a la suma que determine la reglamentación).

Se refiere a las empresas que cuenten con personal en relación de dependencia comprendido en el ámbito personal de aplicación de la ley 22.250 para la realización de las obras indicadas en el art. 16, ley 25.545, y conforme a los requisitos, plazos y condiciones que la propia ley indica.

En cuanto al *régimen de solidaridad de terceros*, cabe recordar que el art. 17, ley 25.013, sustituyó el párr. 2°, art. 30, LCT, y estableció que los cedentes, contratistas o subcontratistas deben exigir a sus cesionarios o subcontratistas el número del CUIL de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pagos mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo; los comprobantes y las constancias deben exhibirse a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa.

Esta responsabilidad no se puede delegar en terceros; el incumplimiento de alguno de los requisitos hace responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación laboral. Esto también es aplicable al régimen de solidaridad establecido en el art. 32, ley 22.250.

El párrafo incorporado por la ley 25.013 establece recaudos concretos —deberes de control— que los empresarios que cedan, contraten o subcontraten parte de la actividad específica de una explotación deben requerir a sus contratantes para liberarse de la responsabilidad solidaria. De esta forma se pretende garantizar al trabajador y al sistema de seguridad social el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

El punto de partida de la discusión es la noción de la actividad normal y específica propia del establecimiento.

La omisión de inscripción en el Registro de la Construcción sólo produce la extensión de la responsabilidad a los propietarios (respecto de las obligaciones de los contratistas o subcontratistas con el personal que ocupen en la obra) cuando ellos se desempeñen como constructores de obra (sala 3ª, 18/6/2004, "Caballero Pintos, Walter I. v. Ser Metal SRL y otro").

Para conceptualizarlo coexisten dos posturas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

El tema se desarrolla en el capítulo "Fraude. Solidaridad".

## III. SERVICIO DOMÉSTICO. DEC.-LEY 326/1956

El dec.-ley 326/1956 —reglamentado por el dec. 7979/1956— rige en todo el territorio de la Nación y se aplica a aquellas personas de ambos sexos que realicen tareas domésticas que no impliquen para el empleador lucro o beneficio económico, que cuenten con más de un mes de antigüedad y presten tareas un tiempo mínimo de cuatro horas diarias y cuatro días por semana a las órdenes de un mismo empleador.

La *modalidad de la contratación* puede ser con o sin retiro, según los trabajadores se alojen o no en la casa del empleador.

Es requisito la obtención de la libreta de trabajo —aunque en la práctica esto no se cumple—, la cual es otorgada en forma gratuita por el Ministerio de Trabajo, previa presentación del trabajador del documento de identidad y de los certificados de buena conducta y de buena salud, que deberán ser renovados anualmente.

Queda *prohibida* la contratación de menores de 14 años, excluyendo aquellos que estén emparentados con el dueño de la casa o que exclusivamente se ocupen de cuidar enfermos o conducir vehículos.

*Cuando se contrata conjuntamente a un matrimonio o a padres con sus hijos*, las remuneraciones deben ser pactadas y abonadas en forma individual. Si se toma al servicio trabajadores con hijos menores de 14 años que vivan con ellos en el domicilio del dueño de casa, éstos no son considerados empleados, como tampoco las personas que acompañen en el alojamiento al empleado y no presten servicio para el empleador.

En lo que hace a los *requisitos formales*, no es necesario efectuar el alta temprana del trabajador y, como se trata de empleados excluidos del régimen de la LCT, no se aplican las disposiciones referidas a las formalidades del recibo de sueldo [3].

Sin embargo, resulta conveniente emitir un recibo en el que figuren los datos del empleador (nombre completo, domicilio, número de documento, y de CUIT o CUIL), y los correspondientes al trabajador doméstico (nombre completo, número de CUIL), y la fecha de inicio de la relación laboral, cantidad de horas trabajadas, remuneraciones, retenciones, y firma de las partes.

En cambio, en el caso de los trabajadores con retiro es suficiente un recibo por cada día en que se efectúen pagos, donde conste el monto percibido y, al final de período mensual, otro con las características apuntadas en primer término.

Respecto de la *remuneración*, el salario mínimo lo fija el Poder Ejecutivo, por medio del Ministerio de Trabajo, estableciéndolo por categorías; sin embargo, los valores del mercado son superiores.

Asimismo, el personal que desempeña sus tareas sin retiro percibe en especie la alimentación, que debe ser sana y suficiente, y vivienda consistente en habitación amueblada e higiénica.

El trabajador tiene derecho a percibir el *sueldo anual complementario* en los términos establecidos por la LCT, ya que el estatuto hace referencia a los arts. 45 y 46, dec.-ley 33.302/1945, que fueron reemplazados por los arts. 121 a 123, LCT.

En cuanto a las *jornadas de trabajo y a los descansos*, debe tener nueve horas de descanso nocturno como mínimo y tres horas de descanso diario entre las tareas de la mañana y las de la tarde. Esto implica una jornada de doce horas de trabajo, con derecho a una hora por semana para asistir a los servicios de su culto.

[3] Se requiere que el trabajador emita un recibo, que entrega al empleador. El Ministerio de Trabajo ha establecido que serán considerados recibos de sueldo, los formularios de declaración jurada del SUSS, firmados en su reverso por el empleado doméstico en relación de dependencia.

El descanso semanal es de veinticuatro horas corridas o dos medios días, que en este caso comienzan a partir de las 3 de la tarde, dependiendo de "las necesidades del empleado y del empleador".

Se establece un régimen particular de *vacaciones* según la antigüedad. El trabajador tiene derecho a gozar de diez días hábiles cuando tenga una antigüedad mayor de un año y menor de cinco, de quince días hábiles cuando supere cinco años y no exceda de diez, y de veinte días hábiles a partir del décimo año de servicio.

El período de otorgamiento lo dispone el empleador, debiendo notificar al trabajador con veinte días de anticipación, y debe comenzar un día lunes o el siguiente al del descanso compensatorio (art. 2°, ley 18.457).

Cuando el empleador tiene a su cargo las prestaciones de habitación y manutención, salvo acuerdo de partes, pueden sustituir ambas o una de ellas por su equivalente en dinero durante el período de vacaciones.

En caso de *enfermedad*, le corresponde licencia paga de hasta treinta días en el año, contados desde su fecha de ingreso; el empleador tiene la obligación de cuidar que el trabajador reciba la atención médica indispensable, la que está a su cargo.

Si vencido dicho plazo el trabajador no puede reincorporarse o se enferma nuevamente, el empleador tiene la facultad de disolver el contrato sin consecuencias indemnizatorias.

El estatuto no establece otras licencias especiales; esto ha merecido críticas en doctrina, que destacan la urgente necesidad de modernizar la normativa que rige la actividad, para acercarlo a las necesidades actuales [4]. Sin perjuicio de ello, las partes pueden pactar otras suspensiones de la relación de empleo, con o sin goce de sueldo.

Respecto del régimen de *accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, el dec. 491/1997 incorporó al servicio doméstico entre las personas comprendidas por la LRT.

*El empleador está facultado para despedirlo sin obligación de indemnización alguna ante el incumplimiento del dependiente de las obligaciones a su cargo.*

Pueden citarse como ejemplo las siguientes causas: no comportarse leal y respetuosamente con el empleador, su familia y con aquellos que concurran a la casa, desobedecer las instrucciones de servicios, descuidar las cosas confiadas a su vigilancia, no guardar reserva sobre los asuntos de la casa, incurrir en injurias contra la seguridad e intereses del empleador y su familia, o en inconducta referida a vida deshonesta, desaseo personal o transgresiones graves o reiteradas a las prestaciones pactadas.

Asimismo, si recibe malos tratos o injurias del empleador, sus familiares o convivientes, o aquél incumpliera el contrato, el trabajador puede considerarse despedido y tiene derecho al pago de las indemnizaciones dispuestas por la norma.

El *período de prueba* es de noventa días; cuando el trabajador cuente con una antigüedad mayor a ese plazo, ninguna de las partes puede disolver el contrato sin previo aviso.

El *preaviso* debe ser otorgado con cinco días de anticipación si la antigüedad del dependiente es menor de dos años y de diez días si la supera. Durante esos plazos, el trabajador dispone diariamente de dos horas hábiles a fin de buscar nuevo trabajo.

Si el empleador omite el otorgamiento del preaviso, debe abonar la indemnización sustitutiva, que consiste en la remuneración correspondiente a esos días, en cuyo caso el trabajador sin retiro debe desocupar y entregar en perfectas condiciones de higiene la habitación, los muebles y los elementos que se le hayan facilitado, en el término de cuarenta y ocho horas.

[4] SIRENA, José Luis, *Régimen del servicio doméstico*, Errepar, Buenos Aires, 2001.

Si se produce la ruptura del vínculo por *despido incausado*, el empleador debe abonar la correspondiente *indemnización* cuando el trabajador tenga una antigüedad mayor a un año de servicios continuados.

Equivale a medio mes del sueldo por cada año de servicio o fracción superior a tres meses. La remuneración es la que resulta del promedio de lo percibido por el trabajador en dinero en los últimos dos años; esto implica que no se incluye lo que recibe en especie, como la vivienda y alimentos.

El Tribunal del Servicio Doméstico (ex consejo de trabajo doméstico), dependiente del Ministerio de Trabajo, es el órgano competente a nivel nacional para entender en los conflictos individuales en los cuales sean parte los trabajadores del servicio doméstico. En las provincias, las delegaciones ministeriales son las que están facultadas a actuar como tal.

El dec. 7979/1956 establece el procedimiento a seguir; sus resoluciones pueden ser revisadas por los jueces nacionales de primera instancia del trabajo, cuando el monto del conflicto superare una determinada suma.

Como ya se adelantara, el régimen del servicio doméstico necesita un urgente *aggiornamiento*, dado que prácticamente no ha tenido modificaciones sustanciales en sus cincuenta años de vida. Actualmente existen varios proyectos de reforma del régimen del empleo doméstico, en diversos aspectos. En primer lugar, se pretende la modificación del sistema de aportes por cobertura médica, para pasar a vincular el aporte debido con el ingreso mensual real del empleado, tal y como sucede con los trabajadores en relación de dependencia.

Por otro lado, también existen proyectos para un impulsar la creación de un registro único previsional para el personal doméstico [5], pudiendo el empleador descontar los aportes y sueldos efectuados del pago anual del impuesto a las ganancias. Vale recordar que el monto de los aportes varían según una escala, que depende de la cantidad de horas de trabajo por semana.

Estos proyectos de reforma se inscriben dentro de un plan de regularización de los trabajadores del servicio doméstico, cuya cantidad se estima en casi un millón en todo el país, pero de los cuales menos del 10% figuran registrados.

## IV. DOCENTES PARTICULARES. LEY 13.047

El tít. V de la ley 24.195, Ley Federal de Educación, está dedicado a la educación de gestión privada, y sus disposiciones se complementan con las relativas al estatuto de docentes particulares.

Sin perjuicio de ello, debe tenerse en cuenta que los docentes que se desempeñan en universidades privadas, ya sea en carreras de grado o posgrado (educación cuaternaria), están fuera de las previsiones de la ley 13.047, debido a que 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 otra parte, resultan aplicables, según las distintas jurisdicciones, diferentes normas, como el Estatuto del Docente (ordenanza 40.593 y sus normas complementarias en la ciudad de Buenos Aires), Estatuto del Docente (ley 10.579 y Ley de Educación 11.612 y sus normas complementarias en la provincia de Buenos Aires) y Ley de Enseñanza Privada de las provincias de Córdoba y Santa Fe (leyes 5326 y 6427, respectivamente).

[5] Actualmente, coexisten dos registros: uno para el personal en relación de dependencia y otro para los trabajos por horas.

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, además, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 9°, ley 12.867, se dictó el dec. 1013/2002, que adecuó el régimen general para la Administración Pública a las particularidades propias del trabajo docente.

En lo atinente a la ley 13.047, el *personal comprendido* son los directivos, docentes, auxiliares docentes, administrativos y de servicio en establecimientos de enseñanza privada.

El Poder Ejecutivo debe llevar un registro de los establecimientos de enseñanza privada y del personal que se desempeña en ellos.

Se clasifican en:

*a)* adscriptos a la enseñanza: se hallan incorporados a la enseñanza oficial y son supervisados por la autoridad administrativa;

*b)* libres: son aquellos que siguen los planes y programas oficiales, pero no están comprendidos en la clasificación anterior en cuanto a la fiscalización de la autoridad respectiva;

*c)* privados de enseñanza en general (directa o por correspondencia): son los no incluidos en los incs. a) y b).

En los establecimientos adscriptos a la enseñanza oficial, para ser designado en cargos directivos o docentes es requisito tener título habilitante. Tienen los mismos deberes, derechos e incompatibilidades que los del personal de los establecimientos oficiales.

Las escuelas privadas pueden adoptar diversas formas jurídicas, entre ellas, las personas físicas o de existencia visible que acrediten antecedentes relacionados con la educación; asociaciones civiles y fundaciones con personería jurídica cuyos fines incluyan la promoción de actividades culturales o educacionales; sociedades comerciales con fines educativos y culturales; la Iglesia católica como persona jurídica pública, y las órdenes y congregaciones religiosas [6]; las asociaciones profesionales con personería gremial; los municipios; y las cooperativas inscriptas en el Instituto Nacional de Acción Cooperativa cuyo fin sea la promoción de actividades culturales, educativas o científicas.

Los trabajadores comprendidos tienen derecho a la *inamovilidad en la localidad*: pueden cambiar de establecimiento pero dentro del ámbito geográfico de la localidad, salvo expresa conformidad.

Cobran su *remuneración* durante todo el año con prescindencia del cierre del establecimiento, asuetos o vacaciones. Se les reconoce el cobro de bonificación por antigüedad y de una asignación mínima que será establecida por el Consejo Gremial de Enseñanza Privada.

El personal docente, directivo y docente auxiliar de los establecimientos adscriptos gozará de una remuneración mensual similar a la que perciba el personal de los establecimientos oficiales de las mismas categorías (art. 174, ley 14.473).

Un error común consiste en asimilar el receso escolar a las vacaciones; sin embargo, el docente sólo cuenta con el período de descanso anual correspondiente, estando el tiempo restante del receso a disposición del empleador, que puede convocarlo según las necesidades del servicio.

Son *causales de despido*: la inconducta, el mal desempeño de sus deberes o la incapacidad física o mental. Obviamente, este último supuesto ha perdido vigencia, siendo aplicable en dicho caso lo dispuesto por los arts. 212 y 254, LCT.

[6] Al respecto, la jurisprudencia tiene dicho que las parroquias pertenecientes a la Iglesia católica "tienen suficiente personería jurídica para ser titular de derechos y obligaciones, e inclusive estar en juicio" (C. Fed. San Martín, sala 2ª, 6/7/1993, "Anses v. Parroquia Niño Jesús de Praga s/ejecución fiscal").

Se exige la sustanciación de un sumario previo por parte de la autoridad oficial competente, cuya decisión puede ser revisada judicialmente. Este requisito es aplicable únicamente para el personal de los establecimientos adscriptos a la enseñanza oficial (aunque la norma expresamente no lo mencione), ya que sólo para éstos se requiere la aprobación de la autoridad administrativa para designarlos en los cargos.

El *órgano de contralor* es el Consejo Gremial de Enseñanza Privada, dependiente del Ministerio de Educación, cuyas funciones son fiscalizar y controlar los contratos de empleo de la enseñanza privada y la verificación de la aplicación de la norma. Además, establece las remuneraciones y resuelve las cuestiones atinentes al sueldo, estabilidad, inamovilidad y condiciones de trabajo.

Ante el incumplimiento de las disposiciones de la norma, la autoridad administrativa puede instruir sumarios, garantizando el derecho de defensa en juicio, a fin de aplicar multas, suspensión o clausura del establecimiento. Estas resoluciones pueden ser revisadas ante el Poder Ejecutivo.

## V. AERONAVEGANTES. DEC.-LEY 16.130/1946

*La norma alcanza* al personal que preste servicios a bordo de aeronaves civiles de matrícula argentina, destinadas al transporte de pasajeros y/o cargas, turismo o instrucción con fines de lucro.

Están *exceptuados* aquellos que practican la aeronavegación en aviones propios o ajenos, con fines deportivos, que no perciban remuneración de ninguna especie, y el personal que preste servicios relacionados con la aeronavegación pero permanezca en tierra.

Es requisito tener patente de capacidad y licencia para el ejercicio de la profesión para todos aquellos que realicen maniobras de las aeronaves, así como someterse periódicamente a exámenes médicos que declaren su aptitud.

El *piloto comandante* tiene a su cargo el manejo y conducción de la aeronave. Tiene autoridad sobre los pasajeros que estén a bordo y el poder de disciplina sobre la tripulación. Es el responsable de velar por la seguridad del viaje, siendo su obligación tomar los recaudos necesarios antes de la partida.

El *copiloto* tiene la jerarquía de segundo comandante o primer oficial, y es su función asistir al piloto comandante durante el vuelo en todo lo referente a la conducción de la aeronave.

Con la jerarquía de segundo oficial, están el *radiotelegrafista*, cuyas funciones están establecidas por las leyes y decretos pertinentes, y el *mecánico navegante*, que es el encargado de la conservación y buen funcionamiento de la aeronave.

El *comisario de a bordo* tiene a su cargo la atención de los pasajeros, y llevar toda la documentación de la aeronave referente a éstos y a la carga. Su jerarquía es la de tercer oficial.

Conforme disponen los arts. 6° y 17, las aeronaves susceptibles de transportar doce personas por lo menos, deben contar con piloto, y los demás integrantes de la tripulación no pueden realizar más de una función específica.

La *remuneración* está compuesta por retribuciones que se dividen en fijas y variables, que deben ser uniformes para cada una de las jerarquías.

Corresponde abonar al trabajador una retribución variable por hora de vuelo cuando deba realizar vuelos luego de la puesta del sol, o previamente a su salida, o si cumple más de ocho horas de vuelo en un período de veinticuatro, o de cien horas mensuales, o de mil anuales.

Si sobrepasa el tope de las mil horas de vuelo y hasta un máximo de diez mil horas prestando servicios para un mismo empleador, tendrá derecho a un aumento periódico de su sueldo.

Para los *accidentes de trabajo*, el sector tenía un sistema especial parecido al que establecía la ley 9688, cuyo tope indemnizatorio alcanzaba veinte veces el sueldo fijo. Sin embargo, desde la sanción de la ley 24.557, éste es el sistema aplicable al quedar derogado cualquier régimen opuesto a la LRT.

Respecto de la *extinción del contrato*, atento a que el estatuto no prevé una regulación específica, es aplicable el régimen de la LCT, con excepción de aquellas disposiciones que resulten contrarias a la naturaleza y modalidad de la actividad.

## VI. MÉDICOS, DENTISTAS Y FARMACÉUTICOS. DEC.-LEY 22.212/1945

Se hallan *comprendidos* los profesionales médicos, odontólogos y farmacéuticos habilitados que presten servicio en forma permanente, y bajo la dependencia de instituciones tales como hospitales, sanatorios, clínicas o cualquier otro establecimiento asistencial de carácter público o privado.

El *período de prueba* es de tres meses, a partir del cual el profesional es considerado personal permanente a los efectos de la aplicación del estatuto.

Para poder ejercer la actividad es indispensable estar autorizado e inscripto en los organismos pertinentes, debiendo acreditar buena conducta profesional. Asimismo, para ingresar en los establecimientos asistenciales de carácter público, además, es requisito ser ciudadano argentino y rendir un examen de competencia en concurso abierto.

El profesional cumple una *jornada* de cuatro horas diarias continuas como máximo, en un solo turno, en el mismo servicio.

La *remuneración* se fija por categoría de acuerdo con el establecimiento donde preste servicios el profesional.

Las *vacaciones* se cuentan por días hábiles: al personal con más de veinte años le corresponden treinta días hábiles.

Los trabajadores pueden faltar por causas justificadas y con goce de sueldo por un plazo de hasta quince días en el año.

El contrato sólo se puede *suspender* por causa justificada. De lo contrario, el afectado puede recurrir ante la asociación profesional, que es la encargada de investigar los hechos y decidir sobre la procedencia de la suspensión; en caso de declararla injusta, el trabajador tiene derecho al cobro de las remuneraciones correspondientes de los días de suspensión.

Los profesionales del arte de curar gozan de *estabilidad en sus cargos*, y para ser removidos se exige un sumario previo.

Sin embargo, la jurisprudencia ha entendido que ello no implica el reconocimiento de un régimen de estabilidad absoluta o relativa propia, sino que la falta de tal requisito implica automáticamente calificar de arbitraria la medida rescisoria, vedando la posibilidad al empleador de alegar en un proceso judicial posterior una justa causa de despido. Por lo tanto, el trabajador sólo puede reclamar las indemnizaciones previstas en la LCT.

Incluye también a aquel personal que se desempeñe en establecimientos dedicados a los rubros de *atelier*, saunas, baños turcos, fábricas de pelucas y prótesis, y también a trabajadores de la profesión que se desempeñen en clubes, sindicatos, bares, hoteles, mutuales, etcétera.

Sus disposiciones contienen previsiones relativas a la forma de retribuir el trabajo, al descanso semanal, al contralor de las tareas realizadas efectivamente, facturación, y al asentamiento de dichas circunstancias en los libros especiales. En consecuencia, la normativa no regula en su totalidad la actividad, sino sólo algunos de sus aspectos y determinadas contribuciones.

## VII. TRABAJO A DOMICILIO. LEY 12.713

El *personal comprendido* es aquel que realiza "trabajo a domicilio", que es el que se lleva a cabo en la vivienda del obrero, o en un lugar elegido por él, o en la vivienda o local de un tallerista, para un patrono intermediario o tallerista.

Estos trabajadores no están amparados por las normas generales del trabajo, excepto que prueben la existencia de relación de dependencia (plenario 34, C. Nac. Trab.).

La norma establece distintas *categorías*:

*a)* el patrono: elabora o vende mercaderías (persiga o no fines de lucro), y encomienda trabajo a un obrero, tallerista o intermediario;

*b)* el intermediario: hace elaborar las mercaderías a los talleristas u obreros a domicilio;

*c)* el tallerista: recibe la mercadería de un patrono o intermediario y la hace elaborar por los obreros a su cargo, con quienes sí existe relación de trabajo en los términos de la LCT, pudiendo participar o no en dicha tarea (puede ser que también actúe como intermediario);

*d)* el "obrero a domicilio": efectúa, bajo su propia dirección, en un lugar elegido por él, la elaboración de mercaderías por encargo de un patrono o intermediario.

Puede contar con la ayuda de miembros de su familia y/o un aprendiz, de entre 14 y 18 años, o un ayudante.

La norma dispone que "los intermediarios y talleristas son considerados como obreros a domicilio con relación a los dadores de trabajo y como patronos sujetos a las obligaciones que les impone la ley" a quienes encarguen la ejecución del trabajo.

Define el "artículo elaborado a domicilio" como "todo aquel que ha sido materia de trabajo a domicilio".

Es obligatorio para los obreros a domicilio tener una *libreta de trabajo*, que es otorgada gratuitamente por la autoridad de aplicación.

Los empresarios, intermediarios y talleristas que otorguen trabajo a domicilio deben obtener la habilitación correspondiente y llevar un libro donde se registre todo lo atinente al trabajo a domicilio encargado.

El pago de la *remuneración* está a cargo del principal, es decir, del dador de trabajo. Existe responsabilidad solidaria entre los empresarios, intermediarios y talleristas que contraten trabajo a domicilio.

Sin embargo, cuando el patrono contrata el trabajo por medio de un intermediario o tallerista, sólo responde por dos meses de remuneración.

El pago del salario se debe hacer en forma directa en días, horas y lugares preestablecidos por la autoridad de aplicación.

El salario mínimo es fijado por las comisiones de salarios conformadas por las asociaciones profesionales respectivas, presididas por un representante designado por la autoridad administrativa. Tiene una vigencia de dos años y no puede ser modificado por acuerdo de partes.

La autoridad administrativa tiene la facultad de controlar y verificar locales, vigilar medidas de higiene y seguridad, controlar talleres y la facturación o pagos de salarios. Las comisiones de salarios también pueden efectuar dichas inspecciones.

Si el empleador reduce, suspende o suprime la dación de trabajo al obrero a domicilio sin causa justificada puede ser penado con multa pecuniaria en favor del damnificado.

El empleador responde por *accidentes de trabajo* ocurridos en el taller, excepto cuando el trabajo se lleve a cabo o el accidente ocurra en el domicilio privado del obrero.

En cuanto a la *extinción de la relación laboral*, a estos trabajadores les resulta aplicable el régimen establecido en la LCT, si la relación del obrero con quien encarga el trabajo a domicilio se desarrolló en forma subordinada.

## VIII. PERIODISTAS PROFESIONALES. LEY 12.908

Integran la categoría de periodistas profesionales, a los fines del estatuto, aquellos que realizan en forma regular actividad periodística en publicaciones diarias o periódicas y agencias noticiosas y en empresas radiotelefónicas, cinematográficas o de televisión.

La ley 12.908 dispone que "no se consideran periodistas profesionales los que intervengan en la redacción de diarios, periódicos o revistas con fines de propaganda ideológica, política o gremial, sin percibir sueldos".

El Ministerio de Trabajo tiene a su cargo la *matrícula nacional de periodistas*, donde éstos deben inscribirse obligatoriamente, y se les otorga el carné profesional, que es renovable cada dos años. Éstos son requisitos indispensables para ejercer la profesión.

El retiro o la cancelación de la matrícula es causal de despido, pero ello no puede efectuarse como consecuencia de las opiniones vertidas por el periodista.

Al ingresar, por decisión del empleador, el trabajador puede ser sometido a un *período de prueba* que no puede exceder de treinta días. Esta situación debe ser comunicada al trabajador por escrito.

Sin embargo, a diferencia del régimen general, durante este período el empleador sólo puede invocar como causal para despedir sin obligación de indemnizar ni preavisar, incapacidad del periodista para desempeñar los deberes y obligaciones a su cargo.

La norma establece dos *categorías* profesionales: la de *aspirante*, que son aquellos que se inician en las tareas periodísticas, y la de *periodista profesional*, que son los mayores de 20 años que tengan veinticuatro meses de desempeño en la profesión, etcétera.

De acuerdo con las tareas realizadas, se efectúa la calificación del personal para ingresar a las empresas periodísticas, editoriales, etc. Asimismo, a los efectos de delimitar las condiciones de admisibilidad del personal, como para estipular el régimen de remuneraciones, se crean tres categorías de empleadores, cuya clasificación a cargo del Poder Ejecutivo depende de su capacidad económica de pago.

La *remuneración* mensual se debe hacer efectiva entre el 1 y el 5 de cada mes, la quincenal entre esos días y del 15 al 20, y la semanal los sábados. A aquellos a quienes se remunere por crónica o comentario, el pago debe cancelárseles dentro de las veinticuatro horas de presentado el trabajo.

La comisión paritaria es la que fija los salarios y la que resuelve las cuestiones no previstas en el estatuto; tiene funciones normativas.

El trabajador debe cumplir una *jornada semanal* de treinta y seis horas. En caso de que se prolongue por causa de fuerza mayor o alguna situación comprendida en la profesión, se le otorga el descanso compensatorio en la jornada inmediata o dentro de la semana.

Caso contrario, se le pagan las horas trabajadas en exceso —que en ningún caso pueden exceder de veinte semanales—, con un recargo del 100%.

Las *vacaciones* se computan en días hábiles.

Las *causales especiales de despido* que no otorgan al trabajador derechos indemnizatorios están enumeradas expresamente. Entre ellas se menciona la inhabilidad física o mental y la enfermedad contagiosa crónica que constituya un peligro para el personal.

Obviamente, en caso de enfermedad inculpable y ante una incapacidad resultante de ella, esta norma es inaplicable, debiendo ser reemplazada por lo dispuesto en los arts. 208 a 212, LCT.

Ante la *extinción sin causa* del vínculo, el empleador está obligado a otorgar preaviso por escrito, que es de un mes si la antigüedad es menor de tres años, y de dos meses si es mayor. En caso de omisión de otorgamiento, se duplica el monto de la correspondiente indemnización sustitutiva de preaviso.

En relación con la *indemnización por despido injustificado*, corresponde un mes de sueldo —sin tope alguno— por cada año o fracción mayor de tres meses de antigüedad en el servicio. Esta indemnización nunca puede ser inferior a dos meses de sueldo.

Además debe abonarle una *indemnización especial*, haya otorgado o no preaviso, equivalente a seis meses de sueldo.

La base a tomar en cuenta para el pago de las indemnizaciones es la que resulte del promedio de todos los ingresos percibidos por el dependiente en los últimos seis meses, o durante todo el tiempo de prestación de servicios si éste fuera inferior, computándose a tal efecto horas extras, comisiones, provisión de alimentos, etcétera.

Respecto de los *accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, los trabajadores están amparados por el régimen de la ley 24.557.

En caso de *renuncia del trabajador*, si cuenta con una antigüedad mayor de cinco años y otorgó preaviso a su empleador, tiene derecho a percibir una bonificación de medio mes de sueldo, hasta un máximo de tres meses, por cada año que supere los cinco.

Si se produce la *extinción por fallecimiento del trabajador*, la indemnización que corresponde al cónyuge, los descendientes y los ascendientes en el orden y la proporción que establece el Código Civil es la que dispone el estatuto como indemnización por antigüedad.

## IX. ENCARGADOS DE CASAS DE RENTA. LEY 12.981

Están dentro del personal comprendido los empleados y obreros ocupados por cualquier persona o empresa que realicen en forma habitual y continua tareas de cuidado, vigilancia y demás servicios accesorios en edificios destinados a producir renta.

También comprende a aquellos que trabajan en iguales tareas en inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal. Incluye a los ayudantes, ascensoristas y peones.

Las actividades comprendidas se encuentran reguladas tanto por el estatuto, como por los convenios colectivos celebrados por los representantes sindicales con la parte empleadora, y la ley general, en una interrelación no siempre pacífica.

En cuanto a su ámbito, lo que determina la aplicación, tanto de la ley 12.981 como del convenio colectivo, es la actividad de la demandada y no la profesionalidad del trabajador (sala 3ª, 25/6/2004, "Godoy Fernández, Wilfrida v. Consorcio de Propietarios J. B. Justo 6591 y otro").

Es requisito para el trabajador contar con la *libreta de trabajo* que expide gratuitamente el Registro Nacional de Colocaciones.

En ella debe constar la fecha de ingreso del trabajador, la remuneración estipulada y su pago, época de otorgamiento de las vacaciones y, a solicitud del trabajador, el tiempo que estuvo al servicio del empleador. La libreta le es requerida al ingresar y dicho ingreso debe ser comunicado al Registro Nacional de Colocaciones.

El encargado de casa de rentas es la persona que trabaja en forma habitual y exclusiva desempeñando tareas de vigilancia, cuidado y servicios accesorios, por cuenta del propietario o usufructuario de un inmueble, e incluye tanto a los encargados, como a los ayudantes de casas de renta, ascensoristas y peones que presten sus servicios en forma permanente, y a las personas que no trabajan exclusivamente para un empleador cuando sean complementados en sus tareas por familiares que habiten en el inmueble.

Los trabajadores tienen un *período de prueba* de sesenta días desde el ingreso. Una vez vencido este plazo tienen derecho a la estabilidad en el empleo que les brinda la norma.

El 10/9/2008, la Cámara Nacional del Trabajo, resolvió por mayoría en el fallo plenario 320, en autos "Iurleo, Diana Laura v. Consorcio de Propietarios del Edificio Luis Sáenz Peña 1195 s/despido", que "el recargo previsto en el art. 2°, ley 25.323, no se aplica, en las relaciones regi-

## X. VIAJANTES DE COMERCIO. LEY 14.546

Están comprendidos en la norma aquellos cuya actividad habitual es actuar en representación de uno o más comerciantes y/o industriales, concertando negocios relativos al comercio o industria de quienes representan, mediante una remuneración.

Incluye tanto al viajante como a otros trabajadores que realizan tareas similares, como los productores de publicidad, de seguros, de ahorro y préstamo, de propaganda médica, de venta de computación y de planes de ahorro para fines determinados.

Respecto de los promotores, la jurisprudencia entiende que si bien un viajante es en cierto sentido un "promotor", es decir, una persona encargada de exhibir algún producto para mostrar su calidad e inducir a su adquisición para comercializarlo, no todo promotor llega a ser un viajante de comercio en los términos y alcance del estatuto consecuente, pues éste, superando esa actuación, ha de ofrecer el producto de un lugar a otro del mercado, y tiene como objeto principal procurar, fuera de la sede del principal, concertar operaciones mercantiles por cuenta de su principal (sala 2ª, 28/6/2002, "Narváez, María del Carmen v. IHSA SA"). Y también dispone que la categoría de "vendedor" no puede asimilarse automáticamente a la de "viajante de comercio". Los promotores de tarjetas de crédito cuya tarea consistía en atraer clientes para venderles tales servicios no pueden quedar enmarcados dentro del estatuto del viajante de comercio. Esto es así porque no tenían zonas asignadas, ni listas de clientes, no concertaban negocios y una vez que vendían el producto no visitaban periódicamente a quienes se suscribían, su actividad primordial consistía en intermediar entre la oferta y la demanda realizando sólo los actos preparatorios para la adhesión a las tarjetas que promovían (sala 5ª, 9/6/2003, "Sanzio, Gabriel y otro v. American Express Argentina SA y otro").

Con relación a los trabajadores que intermedian servicios, si bien el estatuto se refiere a "venta de mercaderías", el art. 2º, CCT 308/1975, determinó que tienen el carácter de viajante de comercio; y un sector de la jurisprudencia sostiene que una interpretación razonable y discreta de lo establecido en el art. 1º, ley 14.546, conduce a sostener que se encuentran comprendidos en él aquellos trabajadores que comercializan lo que genéricamente podrían denominarse como "servicios". Desde el punto de vista de la citada ley, no existe obstáculo para encuadrar dentro de la categoría de viajante de comercio a quien vende servicios, en el caso, planes de medicina prepaga (sala 10ª, 24/6/2002, "Simian, Patricia Laura v. Docthos SA"; 13/11/2003, "Sonderegger, Fabián A. v. American Express Argentina SA y otro").

Sin embargo, otra jurisprudencia establece que la inclusión de la "venta de servicios" en el marco del CCT 308/1975, en nada modifica la doctrina legal sentada en relación con el régimen estatutario de la ley 14.546, la que conserva su vigencia con relación a todas aquellas actividades y empleadores que no se hubieren visto representados en el marco negocial de la mencionada normativa. El CCT 308/1975 no amplía el ámbito de aplicación personal del estatuto específico ni tampoco lo convierte en un estatuto genérico para todos aquellos empleados, gestores, vendedores, promotores o asesores dedicados a concertar negocios lucrativos, sino que se encuentra destinado a regular un determinado sector de esos empleados, esto es, aquellos comprendidos en la representación de las partes colectivas contratantes (sala 2ª, 26/8/2002, "Ferreyra, Cantante Amalia v. Publicom SA").

El estatuto dispone que para que exista *relación de dependencia* con su o sus empleadores, el viajante debe acreditar que realizó sus tareas conforme a algunos o varios de los siguientes *requisitos:*

a) que realizó las ventas a nombre o por cuenta de quien representaba;

b) que vendía de acuerdo con los precios y bajo las condiciones establecidas por su representado;

c) que percibía como retribución sueldo, viático, comisión o cualquier otro tipo de remuneración;

d) que la actividad de viajante la desempeñaba en forma habitual y personal;

e) que la prestación de servicios la realizaba dentro de una zona o radio determinado o determinable;

f) que el riesgo de las operaciones estaba a cargo del empleador.

Salvo disposición en contrario, pactada expresamente entre el viajante y su empleador, no se le exige exclusividad con un solo empleador, siempre y cuando las mercaderías no sean de idéntica calidad y características.

No obstante, jurisprudencialmente se ha entendido que aunque se compruebe el cumplimiento de estos requisitos no es suficiente si no se demuestra la existencia de las notas tipificantes de la relación de trabajo.

Por ejemplo, el agente de comercio —figura no tipificada en nuestra legislación— y el viajante de comercio cumplen funciones similares pero con base contractual distinta, lo que determina que ambas figuras presenten elementos comunes. Al respecto, la jurisprudencia estableció que la distinción entre el viajante de comercio y el agente o representante debe buscarse —entre otras notas— en el desempeño personal y habitual de la actividad del primero, mientras que el otro es un comerciante empresario que tiene su propio sistema de ventas —ajeno al principal—, coordinando su labor y los medios aptos para promover y concertar negocios en nombre y por cuenta de su mandante, asumiendo riesgos de su propia organización comercial empresarial, estando ausente el carácter personal de la actividad como prestación laboral (Sup. Corte Bs. As., 18/2/2004, "La Pietra, Alberto E. M. v. Forestadora Tapebicuá SA"). Así, para configurar al agente de comercio y para diferenciarlo del viajante, debe centrarse el estudio en la nota de independencia que le es propia. El agente se desempeña en forma autónoma y crea su propia organización de ventas ajena a la del principal. Ello implica que no está sujeto a control ni vigilancia en el cumplimiento de sus funciones, de las que debe rendir cuentas en los términos en que lo debe hacer un mandatario y, por lo común, asumirá el carácter de empresario mercantil. Si el compromiso de representación asumido lo fue a nombre de la sociedad y no a título personal, se evidencia la existencia de la organización de ventas que caracteriza al agente autónomo. La existencia de algunas notas comunes como la venta a nombre y por cuenta de la demandada, a los precios y condiciones de venta fijados por el principal y el hecho de que haya existido una prestación personal por parte del actor, no bastan para considerarlo como viajante de comercio, en tanto surge la existencia de una organización de ventas propia, con cierta autonomía de gestión (sala 1ª, 20/12/2002, "Masuco, Mario Alfredo v. Silvana Icfsa").

Los empleadores tienen la obligación de llevar un *libro especial* registrado y rubricado, en las mismas condiciones que se exigen para los libros de comercio, donde se debe registrar:

a) el nombre, apellido y fecha de ingreso del viajante;

b) el sueldo, viático y porcentaje que perciba en concepto de comisión, y toda otra remuneración;

c) la zona asignada al viajante;

d) las notas de venta entregadas o remitidas, por orden cronológico, estableciendo el monto de la comisión devengada, así como también las que correspondan por comisiones indirectas;

e) la naturaleza de la mercadería a vender.

Además, deben conservar las notas de venta remitidas y elevadas por los viajantes por el plazo de prescripción, que es de cinco años.

Respecto de la *remuneración* y de las comisiones que percibe el viajante de comercio, el tema es desarrollado en el capítulo "Remuneración" ("Comisión").

INVENTARIO 29/29
TOPOGRAFIA

El régimen de *licencias y vacaciones* aplicable es el que establece la LCT. Sin embargo, cuando el trabajador deba viajar por cuestiones laborales, tendrá derecho al finalizar la gira a un día y medio de descanso por cada semana de viaje realizado.

Asimismo, el convenio colectivo 308/1975 establece licencias especiales para la atención de cónyuge, padres e hijos enfermos (hasta treinta días sin goce de sueldo), por mudanza (un día), fallecimiento de abuelos, padres políticos, hijos políticos o hermanos del cónyuge (un día), donación de sangre (un día) y para el personal femenino (un día al mes).

También concede licencia de diez días al año para seguir cursos de capacitación, aunque el CCT 308/1975 establece que no puede ser concedida a más de un trabajador simultáneamente por establecimiento.

En caso de *despido* —con o sin causa—, al viajante que tiene una antigüedad superior a un año le corresponde la percepción de una indemnización por clientela, cuyo monto es el 25% de la indemnización por antigüedad. Obviamente, ésta no excluye a las que tenga derecho por las leyes generales del trabajo.

La indemnización por clientela regulada por el art. 14, ley 14.546, está conformada por un monto equivalente al 25% de lo que le hubiera correspondido al viajante en caso de despido intempestivo e injustificado; vale decir que dicho porcentaje está referido a las indemnizaciones por antigüedad y —si se diere el caso— sustitutiva de preaviso y los haberes de integración (Sup. Corte Bs. As., 18/11/1997, "Reyes, Ángel v. Stagnaro, Juan", DT 1998-B-1865).

## XI. JUGADORES DE FÚTBOL. LEYES 20.160 Y 24.622

La ley 20.160 regula las relaciones jurídicas que vinculan las entidades deportivas con quienes practican fútbol profesionalmente, sin perjuicio del contrato que éstos suscriban. Dispone que se aplica subsidiariamente la legislación laboral vigente en la medida en que resulte compatible con las características de la actividad deportiva.

Desde el punto de vista previsional —a los efectos de la cotización al SIJyP—, la ley 24.622 considera autónomos a los que practican fútbol profesional, técnicos, médicos y a jurados y árbitros.

El contrato celebrado entre las partes es válido a los fines del estatuto, cuando una de ellas se obligue a jugar al fútbol en el equipo de una entidad a cambio de una remuneración y por un plazo indeterminado.

Respecto de los *requisitos*, los contratos deben ser realizados por escrito, en cinco ejemplares, en los formularios que provee la asociación de fútbol a la cual está afiliada la entidad deportiva, con la aprobación del Ministerio de Trabajo.

Para que el jugador esté habilitado para integrar el equipo del club contratante, se requiere la inscripción del contrato en la asociación, en el plazo que ésta señale. También debe ser inscripto ante el Ministerio de Trabajo, no pudiendo las partes celebrar cualquier contrato o convención que modifique, altere o desvirtúe el contenido del contrato registrado.

En caso de haber sido registrado por error algún contrato que no se ajuste a las disposiciones del estatuto, es considerado nulo a todos los efectos.

La *duración del contrato* no puede ser inferior a un año ni mayor a cuatro, y se computa desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre. La norma establece las modalidades de contratación de los jugadores (art. 12).

Atento a la modalidad de la actividad, vencido el plazo máximo de contratación, las partes quedan habilitadas a celebrar un nuevo contrato. Se admite la transferencia del contrato en forma temporaria o definitiva, por el plazo máximo de un año y con la conformidad expresa del jugador.

Los *derechos y deberes de las partes* están concretamente delimitados (arts. 18 y 19). Ante el incumplimiento del jugador, el club —que no esté en mora en el pago de la remuneración— puede aplicar las siguientes *sanciones disciplinarias*: amonestaciones, multas, suspensiones sin goce de sueldo por un período que no podrá exceder de sesenta días en una misma temporada, pero continuando con el entrenamiento, o la resolución del contrato.

Al jugador le corresponde *descanso semanal* de un día y treinta días corridos de *vacaciones*, aunque se puede pactar su fraccionamiento.

La *remuneración* del jugador debe ser consignada en el contrato, precisándose los montos que percibirá en concepto de sueldo mensual y de premios, reajustándose en los términos que dispone la norma. No se pueden abonar otras remuneraciones que las autorizadas por el estatuto y las fijadas en el contrato.

El *plazo de pago* de la remuneración, que incluye el sueldo y los premios, es de diez días corridos después de vencido el mes que corresponda. El club está obligado a rendir informe detallado a la asociación de fútbol de las remuneraciones abonadas a los jugadores.

Asimismo, le corresponde el cobro de SAC, que se calcula sobre la base del sueldo mensual, con exclusión de los premios.

El incumplimiento del pago de la remuneración vencido el plazo habilita al jugador, previa intimación por dos días que puede efectuar en forma directa sin intervención de la Asociación del Fútbol Argentino —AFA— (art. 15, CCT 430/1975), a *rescindir el contrato*.

Ante esa situación se le debe pagar, además de los salarios adeudados, los meses que falten hasta que finalice el año y las indemnizaciones sustitutiva de preaviso y por antigüedad contempladas en la LCT (arts. 15 y 17, CCT 430/1975).

Entre otras, las *causas de extinción del contrato* pueden ser el vencimiento del plazo contractual, el mutuo consentimiento de las partes y el incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

En caso de que sea por culpa del club, el jugador queda libre, y la entidad debe indemnizarlo con una suma igual a las retribuciones que le restan percibir hasta que termine el año en que se produce la rescisión del contrato, más las indemnizaciones por despido fijadas en la LCT (art. 17, CCT 30/1975).

Si es por falta grave del jugador, queda inhabilitado para jugar hasta el 31 de diciembre del año siguiente de la fecha en que se produjo la falta.

Esta disposición, que surge tanto del estatuto como del CCT 430/1975, es de dudosa validez constitucional, ya que implica que, por decisión unilateral del empleador, el futbolista no pueda ejercer su actividad en ningún club afiliado por el plazo que fija la norma, lo cual viola el derecho constitucional a trabajar.

## XII. TRABAJO PORTUARIO. LEY 21.429

El régimen de trabajo portuario estatuido por la ley 21.429 es de aplicación en todos los puertos de jurisdicción nacional. Comprende al personal que realiza carga y descarga de buques, tales como capataces estibadores, estibadores, encargados y apuntadores, y también incluye la actividad de las empresas de estibaje y armadores privados o estatales que están directamente vinculados a las operaciones de carga y descarga.

La *autoridad de aplicación y de interpretación* del estatuto es la Capitanía General de Puertos. Asimismo, el Ministerio de Trabajo actúa como fiscalizador "a los efectos de asegurar el adecuado cumplimiento del régimen laboral portuario".

La Prefectura Naval argentina otorga la habilitación necesaria para ejercer algunas de las actividades comprendidas en la ley, y lleva un registro donde deben inscribirse las personas incluidas en el estatuto.

Se les otorga un documento habilitante, inscripto en el Registro Nacional que lleva dicha institución, el cual debe ser entregado por los estibadores al capataz al iniciar la tarea, debiendo serle restituido cuando ésta termina.

Además de la habilitación permanente, en aquellos casos en los que las tareas no pueden ser realizadas en forma normal por el personal registrado, se otorgan autorizaciones temporales para la contratación de trabajadores eventuales, disponiendo la Capitanía General de Puertos la cantidad máxima de trabajadores para cada puerto en función de las necesidades para su normal desenvolvimiento.

La *contratación* se efectúa de la siguiente manera: el capataz o representante de la empresa contrata a los estibadores en los lugares habilitados a tal fin. La contratación no se puede hacer por un término menor al equivalente a la mitad de uno de los turnos.

Se le debe indicar al trabajador el lugar donde debe desarrollar sus tareas; los lugares se clasifican en "tierra" o "a bordo de buques y lanchas".

Se establecen equipos mínimos de trabajo denominados "manos", cuyo número está fijado por la reglamentación, que pueden ser reforzados y no pueden reducirse.

Las *tareas de carga y descarga* sólo pueden ser ejecutadas por estibadores, con las excepciones que dispone la norma (art. 16).

Atento a las características del trabajo, y a fin de preservar la integridad del trabajador, se establece la forma en que se lo debe efectuar, dependiendo de la modalidad de la tarea: el peso que levantará el estibador al hombro, la distancia máxima para transportar sobre él, el preparado del trabajo de cubierta, bodegas y corredores, etcétera.

Respecto de los *derechos y obligaciones*, se reconoce al trabajador portuario el "derecho de bordada"; ello significa que no puede ser reemplazado por otro trabajador hasta que no finalicen las tareas que motivaron su contratación. Ello si el buque mantiene continuidad en las operaciones en el lugar de trabajo, y el trabajador se desempeña con diligencia y colaboración.

En caso de ser suplantado sin ajustarse a las prescripciones del estatuto, debe abonársele la remuneración como si hubiese trabajado. El trabajador tiene la obligación de no interrumpir la prestación de servicios, salvo casos de peligro inminente para su integridad física o de fuerza mayor dispuestos por la norma (art. 6°).

Sin embargo, los trabajadores pueden retirarse antes de finalizar la operación completa si avisan previamente al empleador al iniciarse el último turno de trabajo que deban desempeñar.

Cuando trabajan con cargas que la autoridad de aplicación, a pedido de parte o de oficio, declare de carácter tóxico, nocivo, inflamable o peligroso, tienen derecho a que se les pague un adicional.

Se establece concretamente cuáles son las obligaciones a cargo de cada una de las personas comprendidas por la ley.

La *jornada de trabajo* ordinaria máxima es de seis horas y se desarrolla en cuatro turnos. La hora de inicio de los turnos diurnos es a las 7 y a las 13, y de los nocturnos, a las 19 y a la 1.

Cuando se opera con mercaderías congeladas o en la carga y descarga de cereales y mercaderías a granel, los turnos son de seis horas, pero se dividen en dos períodos de tres horas, con tres horas de descanso en el medio. Si el trabajador efectúa tareas en ambientes insalubres o en las denominadas "especiales" por la autoridad de aplicación, el turno es de tres horas, dividido en dos períodos de una hora y media cada uno, con cuatro horas y media de descanso entre uno y otro.

La *remuneración* que percibe es un jornal básico por la realización de los turnos de seis horas o de tres horas, según el caso. Si trabaja jornadas parciales, le corresponde un salario mínimo.

Asimismo, se liquidan *adicionales* por la prestación de tareas en turnos nocturnos y en turnos diurnos o nocturnos en días sábados, domingos o feriados, además de los adicionales especiales que prevé la norma por operaciones con fruta, cargas tóxicas, nocivas, peligrosas o inflamables, por peso, de buques o lanchas fuera de puerto, etcétera.

El *momento del pago* es dentro de los quince minutos siguientes al término del turno o período para el cual haya sido contratado el estibador. La empresa debe entregar una constancia de pago y efectuar los aportes que correspondan conforme a la normativa pertinente.

Existen puertos o zonas donde se puede disponer un jornal garantizado que debe ser de hasta "quince jornales básicos mensuales, en las condiciones que fijen las normas respectivas".

Se fijan *penalidades* por las infracciones a las disposiciones del estatuto que cometan tanto el trabajador como el empleador. Los trabajadores pueden ser sancionados con apercibimiento, suspensión de hasta seis meses o eliminación del registro respectivo, mientras que las empresas pueden ser pasibles de las mismas sanciones, además de multas o inhabilitación definitiva para realizar actividades. La facultad sancionatoria le corresponde a la Capitanía General de Puertos.

Respecto de la *extinción del contrato*, no resulta aplicable un régimen indemnizatorio. Ello en virtud de la modalidad de la prestación de la tarea de los trabajadores portuarios, caracterizada por su eventualidad, ya que la relación laboral del estibador finaliza con el cumplimiento de la tarea para la cual fue contratado.

Sin embargo, si se genera con el trabajador un vínculo con vocación de permanencia, como en el caso de capataces, encargados, etc., o aquellos estibadores con los cuales se establece una continuidad en la relación atento las sucesivas contrataciones, la extinción del contrato otorga derechos al trabajador a reclamar con fundamento en las disposiciones de la LCT.

## XIII. TRABAJO AGRARIO. LEYES 22.248 Y 25.191 Y DEC. 453/2001

La ley 22.248 dispone que los trabajadores agrarios están excluidos de la aplicación de la LCT. El Régimen Nacional del Trabajo Agrario *comprende* los trabajadores que realizan tareas agrarias, de cualquier especialidad, tales como agrícola, pecuaria, forestal, avícola o apícola, fuera del ámbito urbano.

Asimismo, incluye, aun cuando se efectúen en zonas urbanas, las tareas de manipulación y almacenamiento de cereales, oleaginosas, legumbres, hortalizas, semillas u otros frutos o productos agrarios, salvo que se lleven a cabo en establecimientos industriales.

También, las que se desarrollan en ferias y remates de hacienda, y el empaque de frutos y productos agrarios propios o de otros productores, en la medida en que el empaque de la propia producción supere la cantidad total de las que provengan de los demás productores.

*El régimen no se aplica*, entre otros, al personal afectado exclusivamente a actividades industriales o comerciales que se desarrollen en el medio rural, al trabajador no permanente que fuera contratado para realizar tareas extraordinarias ajenas a la actividad agraria, al personal administrativo de los establecimientos, etc. (art. 6°).

El *período de prueba* es de noventa días. Transcurrido ese plazo, el trabajador agrario adquiere estabilidad, y la antigüedad se computa, a todos los efectos, desde su fecha de ingreso.

Respecto del *régimen de jornada de trabajo*, si bien es facultad exclusiva del empleador fijar la hora de comienzo y finalización de las tareas, teniendo en cuenta las necesidades o mo-

dalidades de la actividad, la duración de la jornada se adapta a los usos y costumbres propios de cada región y a la naturaleza de la explotación.

Sin embargo, se deben observar pausas para comida y descanso de entre dos y cuatro horas y media, dependiendo de la época del año y de la ubicación geográfica del establecimiento, y una pausa entre jornadas de diez horas ininterrumpidas.

Existe prohibición de trabajar los domingos, salvo supuestos excepcionales. En esos casos, se debe conceder un día de descanso compensatorio por cada domingo trabajado, dentro de los quince días.

Pero si la naturaleza de la tarea obliga a que el trabajador también la realice en esos días, se le debe otorgar *descanso compensatorio* de un día en el término de la semana siguiente. Si el empleador no concede los descansos obligatorios, debe abonar medio jornal por cada jornada en que no se observaron las pausas correspondientes y un jornal por cada domingo trabajado, además de otorgar los descansos.

Los plazos del *descanso anual* remunerado son los siguientes: diez días cuando el trabajador tenga una antigüedad inferior a cinco años, quince días si supera ésta pero no excede de diez, veinte días cuando la antigüedad es mayor de diez pero menor de quince y treinta días cuando supere los quince años.

Para gozar de las vacaciones completas el año de ingreso, es requisito haber trabajado las tres cuartas partes de los días hábiles del año. En lo demás, el criterio aplicable es el de la LCT. Cuando no totalice el tiempo mínimo de trabajo requerido, al trabajador le corresponden los días proporcionales de acuerdo con la antigüedad que tenga (art. 20).

El período de otorgamiento lo decide el empleador, procurando rotar al personal. También puede, con conformidad del trabajador, fraccionar las vacaciones en dos períodos cuando le correspondan veinte días o más.

La *remuneración* está compuesta, además del salario mínimo —que es fijado por la Comisión Nacional de Trabajo Agrario—, por una bonificación especial por capacitación y una bonificación por antigüedad del 1% sobre la remuneración básica por año de servicio. También se puede suministrar la vivienda y alimentación en las condiciones que establece la norma.

Estas prestaciones se descontarán del salario, al igual que el valor de las mercaderías que el empleador le venda al trabajador (quien no está obligado a adquirirlas), en el porcentaje que autorice la autoridad de aplicación.

El pago debe realizarse dentro de los cuatro días hábiles posteriores a la finalización del período correspondiente.

El *régimen de enfermedades inculpables* es semejante al de la LCT, con excepción del plazo de licencia remunerada, que es de tres meses si la antigüedad es menor de cinco años, y de seis meses si es mayor.

Si el empleador contrata un trabajador suplente, y transcurre el período de prueba, en caso de despedirlo sin justa causa le corresponde el pago de indemnización. Sin embargo, si se extingue su contrato por reincorporación del trabajador suplantado antes del plazo del año de espera, no tiene derecho a indemnización alguna.

En cuanto a la *extinción sin causa del contrato*, no rige la obligación de preavisar o, en su defecto, el pago de indemnización sustitutiva alguna.

La *indemnización por antigüedad* es de un mes de sueldo por cada año o fracción mayor de tres meses, más un incremento que consiste en un porcentaje del 20%, 15% o 10% de ésta, según que el trabajador tenga una antigüedad menor de diez años, de entre diez y veinte años, o mayor de veinte años, respectivamente.

No corresponde computar como parte integrante del salario el adicional por vivienda y comida, ya que se trata de una prestación que no es obligatoria y el estatuto permite expresamente su deducción.

El personal agrario no permanente, cuyas contrataciones tienen carácter temporario —porque se deben a necesidades estacionales de la explotación o procesos temporales propios de la actividad—, está excluido de la aplicación de las normas que rigen a los trabajadores agrarios permanentes.

Con la sanción de la ley 25.191 (BO del 30/11/1999), reglamentada por el dec. 453/2001 (BO del 25/4/2001), se creó el *Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores (Renatre)* y se instituyó el uso obligatorio de la *libreta del trabajador rural* en todo el territorio de la Nación, tanto para los trabajadores permanentes como para los temporarios o transitorios que cumplan tareas en la actividad rural y afines en cualquiera de sus modalidades.

La ley 25.191 establece que dicho instrumento tiene el carácter de documento personal, intransferible y probatorio de la relación laboral. Además, es válido como certificación de servicios y remuneraciones, inicio y cese de la relación laboral, y como prueba de la afiliación del trabajador al sindicato.

Asimismo, sirve como principio de prueba por escrito para acreditar:

a) la inscripción del trabajador en el sistema de previsión social, los aportes y contribuciones efectuados y los años trabajados;

b) las personas a su cargo que generen derecho a cobrar asignaciones familiares y prestaciones de salud;

c) el importe de los haberes y demás conceptos por los cuales el empleador debe documentar su pago.

Previo al inicio de la relación laboral, el empleador tiene la obligación de requerir al trabajador rural la libreta de trabajo. Si no la tiene, porque la ha extraviado o se trata de su primer empleo, debe gestionarla dentro del plazo de cinco días corridos de iniciada la relación laboral; este trámite puede efectuarlo el trabajador personalmente o la asociación gremial, sin cargo alguno.

La libreta permanece en poder del empleador, en el lugar de prestación de servicios, y en ella debe consignar, desde la fecha de ingreso, todos los datos personales, laborales y de la seguridad social, y devolverla al trabajador dentro de las cuarenta y ocho horas de extinguida la relación laboral.

El empleador tiene la carga de informar al Renatre cada nueva contratación, dentro del plazo de treinta días de haberse efectuado, y remitir en forma trimestral las declaraciones juradas mensuales que presenta a la AFIP con destino al SUSS.

También está obligado a aportar una contribución mensual al Renatre del 1,5% del total de la remuneración pagada a cada trabajador. El 90% de dicha contribución es destinado al Sistema Integral de Prestaciones por Desempleo creado por la norma.

El incumplimiento de las obligaciones del empleador acarrea la aplicación de multas pecuniarias, cuyo monto depende de la gravedad de la falta y su reincidencia, hasta la clausura del establecimiento por un máximo de diez días. El Renatre es el órgano de control del cumplimiento de las obligaciones impuestas a los trabajadores y empleadores.

## XIV. TRABAJO MARÍTIMO. TRABAJADORES A BORDO DE BUQUES DE BANDERA ARGENTINA. LEYES 17.371 Y 20.094. DEC. 1010/2004

*El dec. 1010/2004 (BO del 9/8/2004)* deroga el régimen denominado como "banderas de conveniencia", establecido por los decs. 1772/1991, 2094/1993 y 2733/1993, estableciendo el plazo a los propietarios armadores que hayan optado por el régimen establecido por dichos decretos para reintegrar a la matrícula nacional los buques o artefactos navales que hubieren cesado en forma provisoria, gozando hasta su reincorporación únicamente del beneficio de operar en el cabotaje nacional. Los contratos celebrados para tripularlos se regirán por la legislación argentina vigente y quedarán bajo jurisdicción administrativa y judicial argentina.

El *personal comprendido* es el que, cualquiera sea su nacionalidad, clase de ocupación o funciones que tenga a cargo, esté enrolado en buques de matrícula argentina y artefactos nava-

les nacionales, se trate de navegación de ultramar, cabotaje marítimo y fluvial, portuaria y de vías interiores, con excepción de la navegación deportiva.

El personal embarcado o navegante debe estar habilitado por la autoridad marítima e inscripto en el registro pertinente.

El contrato que une a las partes se denomina "contrato de ajuste". Se celebra individualmente entre el armador y cada tripulante, y consiste en la prestación de servicios por uno o más viajes, por un tiempo determinado o indeterminado, mediante un salario y bonificaciones.

La contratación de la tripulación del buque es atribución exclusiva del armador. Sin embargo, el art. 143, ley 20.094, al cual el dec. 1010/2004 restituyó su vigencia, exige que el 75% del personal de maestranza y de marinería del buque debe estar constituido por argentinos y, en lo posible, habiendo tripulantes argentinos en disponibilidad, debe ser completado con ellos.

El *buque* debe contar con una "dotación de seguridad", que es delimitada por la Prefectura Naval argentina, de acuerdo con las normas técnicas en la materia que rijan a nivel internacional y comprende a la mínima necesaria para operar o navegar sin peligro, y con una "dotación de explotación", que es la necesaria para desarrollar la actividad a la cual está destinado el buque, cuya conformación es dispuesta por el *armador*. También es facultad privativa de éste dictar las normas del servicio de a bordo, de acuerdo con las necesidades de operación y explotación del buque, pero respetando las disposiciones sobre seguridad en la navegación y las jerarquías del personal embarcado.

Estas facultades son ejercitadas por intermedio del *capitán*, que es la persona encargada de la dirección y gobierno del buque. Contrata al personal en representación del armador y es responsable de que se cumplan las directivas impartidas por éste.

Dentro de sus atribuciones están las de distribuir las funciones y responsabilidades, fijar el horario de trabajo para cada servicio y, cuando sea necesario, para cada tripulante, etc. En él se halla delegada la autoridad pública. Es su obligación velar por la seguridad del buque, los pasajeros, los tripulantes y la carga.

El *embarco o enrolamiento del tripulante* tiene que ser registrado en el *libro de rol*, que debe tener necesariamente todo buque. Las constancias de este libro son importantes, ya que constituyen la prueba de las condiciones del contrato de ajuste cuando las partes no lo han efectuado por escrito.

El embarco o "enrolamiento" es el acto por el cual el tripulante queda inscripto en el libro de rol del buque en que presta servicios y el desembarco es el acto por el cual se da de baja de dicho libro; son actos administrativos que se cumplen con intervención exclusiva de la autoridad marítima, por lo cual no son otra cosa que formalidades tendientes a hacer viable la prestación efectiva de los servicios a bordo durante el curso del viaje, pero no reinician ni extinguen el vínculo de trabajo.

Por ello, si un tripulante ha sido desembarcado sin haber renunciado o sin haber sido despedido en forma expresa, debe ser reembarcado oportunamente, en su defecto queda configurado el despido y el armador queda obligado al pago de las indemnizaciones correspondientes (sala 10ª, 28/10/1999, "Franchino, Luis v. Scan SA").

En cuanto a la *duración*, las partes pueden celebrar contrato por tiempo indeterminado, estableciendo las condiciones de su finalización, con el requisito de la previa notificación por cuarenta y ocho horas. Sin perjuicio de ello, se lo puede rescindir, sin notificación previa, al terminar la descarga en el puerto de enrolamiento, ya sea después del primer viaje o de cualquier otro posterior.

También pueden pactar que éste sea por uno o varios viajes, o por tiempo determinado. En estos casos se debe hacer por escrito, quedando las partes desvinculadas a su vencimiento sin necesidad de notificación.

El art. 92 bis, LCT, no es aplicable al incumplimiento del contrato de ajuste por viaje, a cuyo respecto, en el caso, rige —por virtud del art. 2°, LCT—, el párr. 3°, art. 993, CCom. (sala 9ª,

18/10/2000, "Bagur, Carlos A. v. Explotación Pesquera de la Patagonia SA Pespasa", TySS 2000-1092).

*La alimentación y el alojamiento* deben ser suministrados por el armador en forma adecuada. La limpieza de los camarotes es obligación de los trabajadores. Esta tarea debe ser cumplida fuera del horario de servicio y no es remunerada.

La *jornada normal de trabajo* es de ocho horas diarias. El trabajo es continuado y no se interrumpe domingos ni feriados. Cada seis jornadas completas de *trabajo efectivo* corresponde otorgar un día y medio de descanso compensatorio, y por cada feriado nacional, un día.

Estos descansos deben ser otorgados lo antes posible; no se permite su compensación en dinero, salvo en los casos de francos compensatorios no gozados al momento de la extinción del vínculo.

Se considera *trabajo efectivo* el que realmente se ejecute en virtud de una orden de un superior al servicio del buque.

Respecto del tiempo trabajado en exceso de las ocho horas, la ley 17.371 dispuso que debe considerarse *tiempo suplementario*, debiendo incrementarse su retribución en un 50% sobre el salario básico en días hábiles, y en un 100% en domingos o feriados. Sin embargo, la jurisprudencia estableció que teniendo en cuenta las especiales características de la actividad de navegación y pesca, la jornada máxima reglada por la ley 11.544 le resulta incompatible, de conformidad con la directriz contenida en el art. 2°, LCT, rigiendo en consecuencia el art. 13, CCT 175/1975, que dispone que el lapso que va entre las ocho y las doce horas es jornada normal de trabajo no teniendo derecho a recargo (sala 2ª, 2/10/2003, "Stiegler, José A. v. Asc. South America").

La jornada en los ambientes declarados insalubres por la autoridad competente es de seis horas y sólo se autoriza la realización de trabajo en horas suplementarias cuando el capitán lo disponga en casos de emergencia para la seguridad del buque, de la carga o de las personas a bordo; o de aquellos exigidos en carácter de auxilio a otro buque, o para el salvamento de vidas humanas.

En los servicios que no pueden ser interrumpidos se trabaja por *equipos* o *guardias*. La cantidad de horas máximas trabajadas sin franco puede ser de ciento cuarenta y cuatro.

Una vez cumplidas, corresponde el otorgamiento de un día de descanso. Pero, obligatoriamente, debe concedérsele diariamente al trabajador un descanso no menor de doce horas entre jornada y jornada.

El capitán y los oficiales son considerados en servicio permanente; por ello, no corresponde que se les abonen horas extraordinarias; sin embargo, gozan de los descansos descriptos anteriormente.

Las *vacaciones* deben ser otorgadas en el puerto de enrolamiento, salvo pacto en contrario, al finalizar el viaje y, a más tardar, dentro del año siguiente.

Los trabajadores tienen derecho a doce días corridos, o dieciocho cuando hayan celebrado contratos de ajuste sucesivos con el mismo armador durante un período no menor de cinco años. No se pueden fraccionar y, cualquiera sea el tiempo trabajado, corresponde su goce proporcional, siempre que el cómputo dé como resultado un día entero.

La prestación efectiva de tareas por ciento ochenta y un días está prevista como requisito para el goce de la licencia anual ordinaria pero no para su indemnización en caso de ruptura del vínculo, rigiendo al respecto el art. 156, LCT, y ello con expresa remisión del art. 43, CCT 175/1975 (sala 2ª, 31/10/1997, "Mendoza, Fabián v. Empesur SA").

El pago de la *remuneración* puede ser convenido por una suma global, por mes o por viaje. Asimismo, se puede pactar una suma fija o una participación en el flete, el producido o la ganancia, o una combinación de éstas.

No forman parte de la remuneración las prestaciones de alimento y alojamiento.

El plazo para efectuar el *pago* es de tres días una vez vencido el período pactado. El lugar de pago es en puerto y se debe pagar en moneda nacional, pudiendo pactarse el pago en otra moneda en caso de ser efectuado en un puerto extranjero.

Respecto del SAC, el régimen es similar al que establece la LCT.

Las *causas especiales de despido* que dispone la norma son: la injuria que cometa el trabajador contra la seguridad, el honor o los intereses del armador, la perpetración de cualquier delito o hecho que altere el orden en el buque, la falta de disciplina, el incumplimiento o ignorancia del servicio para el cual fue contratado, embriaguez habitual, cualquier ocurrencia que lo inhabilite para el cumplimiento de sus obligaciones, falta de puntualidad, ausencias injustificadas del buque por un período mayor de veinticuatro horas, tener a bordo mercadería ilegal.

Si la extinción del contrato no tiene fundamento en alguna de estas causas, o las de fuerza mayor que dispone la norma (art. 1000, CCom.), al trabajador se le debe aplicar, de acuerdo con lo que surge de los convenios colectivos que rigen actualmente la materia, el régimen indemnizatorio común. Deben ser computados como un año los períodos trabajados que excedan los ciento veinte días.

A partir de la modificación de los montos indemnizatorios de la ley 11.729, la *indemnización por despido* correspondiente a los trabajadores marítimos no debe calcularse en función de la remuneración mejor, normal y habitual sino de aquella que resulte *equivalente a un mes de sueldo establecido en la respectiva convención colectiva de trabajo por cada año de servicio*, ello en virtud de lo previsto en el art. 9°, CCT 370/1971.

Tanto el tope indemnizatorio previsto en el art. 245, LCT, como la multa establecida en el art. 2°, ley 25.323, son inaplicables a las indemnizaciones por despido reconocidas a favor de los trabajadores marítimos, porque no se encuentran previstas en la LCT (sala 3ª, 9/9/2003, "Torres, Pablo M. v. Empresa Pesquera de la Patagonia y Antártida SA").

En cuanto a la *antigüedad mínima* para tener derecho a dicha indemnización, en los casos de *navegación de ultramar* debe haber celebrado contrato de ajuste por un plazo no menor de *ciento cincuenta días*, y en la *navegación fluvial, portuaria y lacustre*, por un plazo no menor de *ciento veinte días*.

Se considera tiempo de servicio el efectivamente cumplido a bordo, así como los períodos correspondientes a las licencias a que tiene derecho el tripulante (licencia anual, francos compensatorios, francos por navegación intensiva, licencias por enfermedad, etc.). Se entiende que el tripulante posee carácter de efectivo cuando haya prestado servicios a las órdenes de un armador por un período no menor de ciento cincuenta días dentro del año aniversario y ciento veinte días para los que presten servicios en embarcaciones destinadas a navegación fluvial (sala 1ª, 16/7/1999, "Benítez, Vicente v. Ferry Líneas Argentinas SA").

Los rubros *integración mes del despido* e *indemnización sustitutiva de preaviso* son *incompatibles con la actividad marítima* y, además, el segundo es sustituido por el "adicional por rescisión".

A los efectos de calcular el *monto del adicional por rescisión del contrato* previsto en el convenio colectivo aplicable a los trabajadores marítimos —en el caso, CCT 370/1971— no corresponde incluir la parte proporcional del SAC ni determinar qué salario debe ser considerado, pues la mencionada norma fija un módulo tarifado igual a *un mes de sueldo establecido convencionalmente cuando la antigüedad es inferior a cinco años; y a dos meses cuando es mayor* (sala 3ª, 9/9/2003, "Torres, Pablo M. v. Empresa Pesquera de la Patagonia y Antártida SA").

Para fijar el adicional por rescisión del punto 12, CCT 370/1971, al que remite el CCT 155/1991, tratándose de un tripulante que desempeñaba una tarea con la característica de que, aun cuando no estuviere embarcado devengaba salarios, ya fuera en concepto de "francos", "a órdenes" o en "guardia", por lo cual sus remuneraciones a lo largo de un período no guardan semejanza, corresponde determinar la base sumando los últimos doce montos y dividirlos por doce. No correspondiendo el cómputo del SAC sobre dicho rubro (sala 7ª, 14/9/2001, "Valle, Pedro R. v. Hansung Ar. SA", TySS 2001-1074).

En caso de *despido por falta de flete*, la indemnización es equivalente al 50% de la prevista en el art. 245, LCT.

Como consecuencia de lo dispuesto en el dec. 1772/1991, que permitió la cancelación provisoria de la matrícula de los buques argentinos —a excepción de los afectados a la pesca—, y la posibilidad de optar por un pabellón extranjero, los trabajadores marítimos, en su mayoría, se encontraban regidos por la ley de la bandera de conveniencia adoptada por sus empleadores. Esto los excluía de la legislación nacional, obviamente en desmedro de los derechos y garantías reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico, ya que el vínculo que los unía con sus empleadores se basaba en convenios especiales, en cuya celebración tenía intervención el sindicato pero no alcanzaban el carácter de CCT, que regulan los distintos aspectos de la relación (jornada de trabajo, remuneración, indemnizaciones, etcétera).

Atento que el régimen establecido por el dec. 1772/1991 lo único que obtuvo fue la disminución de mano de obra argentina en los buques cesados provisoriamente y el tratamiento de extranjeros a las tripulaciones de dichos buques, el Poder Ejecutivo —como quedara dicho— dictó el dec. 1010/2004 sobre régimen de "banderas de conveniencia", por el cual dispone la derogación de los decs. 1772/1991, 2094/993 y 2733/1993 y otorga un plazo de dos años a todos aquellos propietarios y/o armadores que hayan optado por el régimen establecido por dichos decretos para reintegrar a la matrícula nacional los buques o artefactos navales que hubieren cesado en forma provisoria, gozando hasta su reincorporación únicamente del beneficio de poder operar en el cabotaje nacional. Asimismo, todos los contratos que se celebren con el objeto de tripularlos se regirán por la legislación argentina vigente y quedarán bajo jurisdicción administrativa y judicial argentina.

## Actividad pesquera

*El personal afectado a la actividad pesquera reviste características muy especiales*. En principio, cabe aclarar que la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad de los decs. 2104/1993, 433/1994 y 1262/1994 que encuadraron en la categoría de autónomos a los trabajadores embarcados a la pesca al solo efecto de lograr una mejor distribución y recaudación de los recursos fiscales y previsionales, siento tal tipificación contraria a la ley laboral (Corte Sup., 19/8/1999, "Trueba v. Dirección General Impositiva").

Estos trabajadores se ajustan "por marea", su desempeño se ciñe generalmente a las distintas mareas cumplidas, comprende distintos contratos de ajuste suscriptos en períodos que no siempre corresponden a mes calendario (distintas épocas de veda de cada especie) y también perciben salario aun desembarcados (salario "a órdenes" o en "guardia"). Finalizada una contratación, los tripulantes de los buques pesqueros están legitimados para discutir las condiciones de un nuevo contrato, en ejercicio de la libertad de contratar que garantiza el art. 14, CN. Si no consideran adecuadas las condiciones ofrecidas, pueden expresar una contraoferta, en su caso, o, de lo contrario, el empleador deberá contratar tripulantes en su reemplazo. Pero no puede despedir argumentando tal motivo como justa causa, en el marco del art. 991, CCom. —ley 17.391— (sala 8ª, 10/11/1998, "Chávez, Rito y otros v. Pescasur SA").

A fin de calcular la indemnización correspondiente al art. 245, LCT, de estos trabajadores, entiende la jurisprudencia que es prudente estar al promedio mensual resultante de dividir la sumatoria de los importes liquidados en el último año por los doce meses en él comprendidos (sala 2ª, 14/10/1998, "Benítez, Mario v. Conapersa Continental Armadores de Pesca SA").

CAPÍTULO XXI

# ASOCIACIONES SINDICALES DE TRABAJADORES

## I. DERECHO COLECTIVO

### 1. Concepto

Es la parte del derecho del trabajo relativa a la organización sindical, a la negociación colectiva —convenios colectivos— y a los conflictos colectivos de trabajo. Es el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones que surgen entre los siguientes *sujetos*:

1) las asociaciones sindicales (sindicatos) entre sí;

2) las asociaciones sindicales con los representantes de los empleadores —cámaras empresariales—;

3) las asociaciones sindicales con los trabajadores y con el Estado.

Del concepto expuesto precedentemente surge que el derecho colectivo del trabajo *regula las relaciones entre sujetos colectivos*: por un lado, *la asociación sindical* (exigiéndose para las principales cuestiones la personería gremial) y, por otro lado, *un grupo de empleadores o una entidad representativa* (cámara empresarial). El Estado asume el papel de control como autoridad administrativa (Ministerio de Trabajo) y, en algunos casos, el de empleador.

### 2. Contenido

El derecho colectivo del trabajo *se ocupa* esencialmente de:

*a) los conflictos colectivos y las medidas de acción directa*, entre ellas la huelga, cuya normativa vigente —art. 24, ley 25.877 (BO del 19/3/2004), y dec. 272/2006 (BO del 13/3/2006)— se refiere a los servicios esenciales. El art. 44 de dicho plexo normativo mantuvo la vigencia transitoria del dec. 843/2000 hasta la sanción del dec. 272/23006. Continúan los procedimientos de solución fijados en el marco de la ley 14.786 (conciliación obligatoria y arbitraje voluntario), pero se crean nuevas vías alternativas de solución de conflictos en casos de diferendos en el curso de las negociaciones colectivas, donde las partes pueden recurrir a la intervención de un servicio de mediación y arbitraje, que funciona en el Ministerio de Trabajo; no es persona de derecho público, pero tiene autonomía;

*b) las asociaciones sindicales de trabajadores* —sindicatos— (ley 23.551 y dec. 467/1988);

*c) la negociación y los CCT* (leyes 14.250 y 23.546, modificadas por la ley 25.877).

### 3. Principios

Los principios esenciales del derecho colectivo del trabajo *surgen de distintos convenios de la OIT y del art. 14 bis, CN*, que busca paliar las desigualdades sociales al establecer garantías mínimas para el trabajo, fundadas en principios de solidaridad, cooperación y justicia.

Si bien el tema fue tratado en el capítulo "Fuentes del derecho del trabajo", a modo de síntesis se puede destacar lo siguiente: el art. 14 bis establece el derecho de los gremios a concertar

CCT, a recurrir a la conciliación, al arbitraje y a la huelga; una protección especial a los representantes gremiales para el ejercicio de su gestión (estabilidad en su trabajo) y el derecho a la organización sindical libre y democrática, bastando la simple inscripción en un registro especial.

El derecho a constituir entidades gremiales, garantizado por el art. 14 bis —como otros derechos consagrados en la Carta Magna—, no es absoluto: está sujeto a la reglamentación de las leyes que a tal efecto se dicten (ley 23.551), las cuales pueden fijar requisitos (razonables) para obtener la personería gremial y, en su caso, determinar los motivos que justifiquen su pérdida.

Cabe destacar, entre otros, cuatro *principios esenciales* del derecho colectivo del trabajo: *subsidiariedad, libertad sindical, democracia sindical* y *autonomía colectiva*.

### *3.1. Subsidiariedad*

Es uno de los principios esenciales del derecho colectivo del trabajo y fue introducido fundamentalmente por las encíclicas papales. Se refiere a la necesidad de que determinadas cuestiones sean manejadas por las comunidades inferiores, mientras que el Estado y las comunidades superiores deben colaborar en esa función e intervenir en caso de que exceda la capacidad o competencia de la comunidad inferior.

Este principio —y el de libertad sindical— se relaciona con el avance constante del derecho colectivo y el progreso económico: tiene por finalidad alcanzar el bienestar general. En el cumplimiento de este objetivo adquieren un papel preponderante los convenios colectivos.

### *3.2. Libertad sindical*

Tiene sustento en el art. 14 bis, CN, en el convenio 87 de la OIT (ratificado por ley 14.455 —convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación—) y en la ley 23.551.

Justo López —partiendo de la distinción efectuada por Santi Romano entre "derechos restringidos" y "poderes"— definió la libertad sindical como "el conjunto de poderes individuales y colectivos, positivos y negativos, que aseguran la independencia de sus respectivos titulares en orden a la fundación, organización, administración y gobierno y actividad externa (actividad sindical) de las asociaciones profesionales de trabajadores".

Etala, atendiendo a nuestro ordenamiento jurídico, la define como "el conjunto de derechos, potestades, privilegios e inmunidades otorgadas por las normas constitucionales, internacionales y legales a los trabajadores y las organizaciones voluntariamente constituidas por ellos, para garantizar el desarrollo de las acciones lícitas destinadas a la defensa de sus intereses y al mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo" [1].

La libertad sindical está constituida por un conjunto de derechos y garantías que actúan tanto en el plano individual como en el colectivo; como principio constitucional y legal, son sus funciones:

— *orientadora para el legislador*, quien —al reglamentar las relaciones colectivas del trabajo— no debe transgredir ni restringir las garantías que, como consecuencia del principio, protegen a los trabajadores y a sus organizaciones;

— *interpretadora*, ya que ofrece pautas para desentrañar correctamente el contenido de las normas y el sentido en que deben ser aplicadas al caso concreto;

— *integradora*, toda vez que opera como norma regulatoria y sirve para resolver los casos y supuestos no previstos.

El principio de libertad sindical *abarca tanto el aspecto individual como el colectivo*:

[1] ETALA, Carlos, *Derecho colectivo del trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2002.

*a) La libertad individual*: consiste en la posibilidad del trabajador de afiliarse a un sindicato o de no hacerlo, o de desafiliarse. De ahí que pueda hablarse de una libertad individual positiva y negativa.

La libertad sindical individual positiva contempla, entre otros supuestos, la facultad del trabajador de realizar actividad sindical, fundar o constituir organizaciones sindicales, afiliarse a una organización sindical elegida libremente, participar en el gobierno y/o administración de la entidad sindical, representarla, etc., así como también el no ejercer tales facultades.

El sistema regulado por la ley es de *sindicalismo abierto*, cuya característica principal es la amplia libertad de admisión, siempre que se cumplan las condiciones objetivas de sindicación y —especialmente— la *exigencia de profesionalidad* (pertenecer el trabajador a la profesión, actividad, categoría o empresa correspondiente al sindicato, según su tipología).

Sin embargo, existen causales taxativamente enumeradas de rechazo del pedido de afiliación, de expulsión y de cancelación de la afiliación (arts. 2° y 9°, dec. reg. 467/1988, respectivamente), lo que se justifica atento la particularidad de las situaciones contempladas.

La *afiliación* de un trabajador sólo *puede ser rechazada* por uno de los siguientes motivos: a) incumplimiento de los requisitos de forma exigidos por los estatutos; b) no desempeñarse en la actividad, profesión, oficio, categoría o empresa que representa el sindicato; c) haber sido objeto de expulsión por un sindicato sin que haya transcurrido un año desde la fecha de tal medida; d) estar procesado o haber sido condenado judicialmente por la comisión de un delito en perjuicio de una asociación sindical de trabajadores si no hubiese transcurrido un lapso igual al plazo de prescripción de la pena contado desde que la sanción hubiera terminado de cumplirse.

La *solicitud de afiliación* debe ser resuelta por el órgano directivo dentro de los treinta días de su presentación; transcurrido ese plazo sin que hubiera decisión sobre este punto se considera aceptada. Esta aceptación puede ser revisada cuando, después de dispuesta expresamente u operada por el transcurso del tiempo, lleguen a conocimiento de las autoridades de la asociación algunos de los hechos mencionados en los puntos b), c) o d).

Si el órgano directivo resuelve el rechazo de la solicitud de afiliación, debe elevar todos los antecedentes con los fundamentos de su decisión a la primera asamblea o congreso, para ser considerado por dicho cuerpo deliberativo. De ser confirmada esta decisión, se puede accionar por vía judicial para obtener su revocación.

En cambio, para *desafiliarse*, el trabajador sólo debe presentar su renuncia ante la asociación sindical por escrito, pudiendo el órgano directivo rechazarla dentro del plazo de treinta días de recibida si existiere un motivo legítimo para expulsar al afiliado renunciante.

Si no se resuelve sobre la renuncia en ese término, o si se resuelve su rechazo en violación a lo dispuesto anteriormente, se considera automáticamente aceptada, y el trabajador puede comunicar esta circunstancia al empleador para que no se le practiquen retenciones de sus haberes en beneficio de la asociación sindical. En caso de reticencia del empleador, el trabajador puede denunciar tal actitud al Ministerio de Trabajo.

No obstante, resultaría adecuado que el trabajador intime a la asociación sindical frente al silencio, una vez vencido el plazo de los treinta días, no sólo para tener elementos frente al empleador, quien como reviste el carácter de agente de retención conforme lo instituye la ley 23.551, debe tenerse cautela frente a dichos extremos.

Sin embargo, de nada serviría que se extremaran las exigencias para el rechazo de la afiliación si, una vez aceptada, el empleador pudiera expulsar al afiliado. Por ello la ley condiciona notoriamente los motivos que justifican su expulsión, facultando sólo a la asamblea o congreso extraordinario el dictado de tal medida excepcional. El órgano directivo sólo puede suspenderlo en forma preventiva cuando llegue a su conocimiento una causal de expulsión, pudiendo re-

comendarla a la asamblea o congreso, en cuyo caso debe elevar sus antecedentes. Esta suspensión dispuesta por el órgano directivo nunca puede exceder de noventa días, ni ser dispuesta sin previa vista al afiliado de los cargos en que se funda, ni sin otorgar oportunidades suficientes para efectuar ofrecimientos de prueba y descargo.

La suspensión no priva al afiliado del derecho a votar ni a ser candidato a cargos electivos, salvo que hubiera sido condenado por la comisión de un delito en perjuicio de la asociación sindical y, en ese caso, dura el tiempo que lleve el proceso o el plazo de prescripción de la pena si hubiera condena.

El afiliado suspendido puede recurrir la medida disciplinaria ante la primera asamblea o congreso convocado por la asociación sindical, y tiene derecho a participar en la sesión del cuerpo respectivo con voz y voto. También puede participar en las deliberaciones con voz y voto cuando se trate su expulsión.

Sólo se consideran *causales de expulsión* las siguientes: a) haber cometido violaciones estatutarias graves o incumplido decisiones de los cuerpos directivos o resoluciones de las asambleas, cuya importancia justifique la medida; b) colaborar con los empleados en actos que importen prácticas desleales declaradas judicialmente; c) recibir subvenciones directas o indirectas de los empleadores con motivo del ejercicio de cargos sindicales; d) haber sido condenado por la comisión de delito en perjuicio de una asociación sindical; e) haber incurrido en actos susceptibles de acarrear graves perjuicios a la asociación sindical o haber provocado desórdenes graves en su seno.

La decisión que imponga la expulsión puede ser revisada por vía judicial.

Las únicas *causales de cancelación* son las siguientes: a) cesar en el desempeño de actividad, oficio, profesión o empresa, previstos en el agrupamiento, exceptuando supuestos contemplados en el art. 14, ley 23.551 (jubilación, accidente, enfermedad, invalidez, desocupación o servicio militar) y en el art. 6°, dec. 467/1988 (trabajadores desocupados hasta seis meses después de la ruptura de la relación laboral); b) mora en el pago de cuotas y contribuciones, sin regularizar esta situación en el plazo razonable en que la asociación sindical intime a hacerlo.

Como bien afirma Guillermo López, las características del derecho disciplinario asociacional pueden sintetizarse de la siguiente forma: 1) es, en principio, un derecho discrecional y, por lo tanto, la asociación determina, sin más límites que las garantías y los principios constitucionales (salvo que exista legislación expresa sobre el tema), los hechos susceptibles de merecer sanción y su escala; 2) es un derecho potestativo, y, por lo tanto, puede ser o no utilizado por su titular, o sea que las transgresiones pueden no ser sancionadas, sin que puede externamente imponerse su aplicación; 3) es un derecho propio pero relativo. Es decir que puede ser ejercido directamente por la asociación sin necesidad de intervención previa de los tribunales, pero admitiéndoles en todos los casos el contralor judicial de legalidad.

En lo que respecta a la libertad sindical individual negativa, a diferencia de la anterior, no fue prevista en el convenio 87 de la OIT, y esta omisión no fue involuntaria sino producto de una ardua discusión, ya que la inclusión del derecho de no afiliarse no se compadecía con la existencia de las cláusulas sindicales, las cuales eran comunes en los distintos países.

Entre las *cláusulas sindicales*, también llamadas cláusulas de consolidación sindicales, se encuentran las siguientes: a) *taller cerrado* (*closed shop*): por esa cláusula los empleadores se obligaban a contratar sólo a trabajadores afiliados al sindicato que suscribió el convenio colectivo aplicable; b) *taller sindical* (*union shop*): se permite al empleador contratar trabajadores no afiliados al sindicato, pero éstos deben afiliarse dentro de cierto plazo bajo apercibimiento de ser despedidos; c) *permanencia en la afiliación*: los trabajadores deben continuar afiliados al sindicato si desean conservar el empleo; la desafiliación importa el automático despido del trabajador por parte del empleador; d) *preferencia sindical*: por medio de esta cláusula los traba-

jadores afiliados al sindicato obtienen ciertos beneficios especiales en comparación con los no afiliados; e) *bolsa de trabajo*: por esta cláusula el empleador se compromete a contratar trabajadores que están en la nómina proporcionada por el servicio de empleo del sindicato que suscribió el convenio colectivo.

El art. 4°, inc. b), ley 23.551, dispuso expresamente que los trabajadores gozan del derecho sindical de no afiliarse o desafiliarse.

*b) El aspecto colectivo*: se refleja en la facultad de la asociación sindical de regir su funcionamiento en forma autónoma e independiente de la intervención del Estado y de los empleadores.

Comprende, entre otras, la facultad de organizar autónomamente la entidad sindical, redactar sus estatutos y reglamentos según las pautas legales de aplicación, administrarse y gobernarse autónomamente, constituir organizaciones de grado superior, adherir a organizaciones sindicales internacionales, representar al sector de los trabajadores en los organismos públicos de planificación, y el derecho a que el Estado, los empleadores y las organizaciones políticas no interfieran ni obstaculicen su gobierno, administración y/o procesos electorales.

El art. 2° del convenio 87 de la OIT reconoce el derecho de los trabajadores a sindicalizarse "sin ninguna distinción", y el convenio 111 excluye "cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o en la ocupación".

Por aplicación del precepto sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según el cual no se viola el principio de igualdad al darse distinto trato en situaciones disímiles que lo justifiquen, se han aceptado limitaciones en razón de la edad (arts. 18, inc. a], y 41, inc. b]), de la situación laboral (art. 14) y de la nacionalidad (art. 18, último párr.).

El art. 13 establece que "las personas mayores de 14 años, sin necesidad de autorización, podrán afiliarse".

Los menores adultos, que tienen capacidad para obligarse por medio de un contrato de trabajo, tienen derecho a afiliarse a la asociación sindical respectiva, a participar con voz y voto en sus asambleas y a elegir a sus representantes.

### *3.3. Autonomía colectiva o autarquía sindical*

Es el derecho de la entidad sindical de constituirse y regir sus destinos autónomamente por medio del dictado de sus estatutos, estableciendo su propio régimen disciplinario y de administración.

Este principio se observa también en la facultad de discutir y pactar, con las entidades de empleadores, CCT y promover acciones directas como el ejercicio del derecho de huelga.

La autonomía de la voluntad colectiva tiene *raigambre constitucional*, ya que el *art. 14 bis* ampara el derecho de crear organizaciones, darse sus propias autoridades, promover el ejercicio del derecho de huelga, participar de negociaciones colectivas y pactar CCT.

El *convenio 87 de la OIT* dispone que los trabajadores y los empleadores tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como de afiliarse a ellas. Es uno de los pilares de la libertad sindical y de la autonomía colectiva, ya que implica el derecho de determinar la estructura y la composición de los sindicatos, el de crear una o varias organizaciones por empresa, profesión o rama de actividad y el de constituir las federaciones y confederaciones a su elección.

La garantía protege tanto de la injerencia del Estado y los poderes públicos, como de la de los empresarios y sus organizaciones, y de cualquier otra persona física o jurídica (partidos políticos, entidades gremiales de grado superior, etcétera).

También trata de evitar la vinculación de los sindicatos con los partidos políticos, prohibiendo —por ejemplo— que éstos les proporcionen ayuda económica (art. 9°), aunque nada dice la ley sobre la posibilidad de que sea el sindicato el que contribuya económicamente con un partido político. En otros países es tradicional la vinculación entre sindicatos y partidos políticos, existiendo incluso distintas centrales obreras adherentes a uno u otro (Italia).

La intervención de un sindicato, como la de cualquier otro tipo de asociación, sólo puede ser dispuesta judicialmente en caso de emergencia institucional grave que ponga en peligro la subsistencia misma de la organización.

*3.4. Democracia sindical*

El art. 8°, ley 23.551, establece que "las asociaciones sindicales garantizarán la efectiva democracia interna. Sus estatutos deberán garantizar:

"*a)* una fluida comunicación entre los órganos internos de la asociación y sus afiliados;

"*b)* que los delegados a los órganos deliberativos obren con mandato de sus representados y les informen luego de su gestión;

"*c)* la efectiva participación de los afiliados en la vida de la asociación, garantizando la elección directa de los cuerpos directivos en los sindicatos locales y seccionales;

"*d)* la representación de las minorías en los cuerpos deliberativos".

El art. 14 bis, CN, establece que las leyes deben garantizar a los trabajadores "organización sindical libre y democrática".

Los parámetros de lo que el legislador ha entendido como elementos esenciales de una organización sindical democrática están comprendidos en los incisos de este artículo.

— Inc. *a)*: la comunicación debe ser regular, amplia y constante, y debe comprender lo atinente a la gestión económica, a los procesos electorales y a la faz disciplinaria; no debe haber información reservada a la cual no puedan acceder los afiliados. Esta comunicación debe ir en ambos sentidos, esto es, desde la conducción a la base y viceversa.

— Inc. *b)*: apunta a la legitimidad de la actuación de los delegados y a la publicidad de lo actuado en ejercicio de la representación conferida. Este sistema legal no prevé el mandato expreso y vinculante (sistema francés) y —contrariamente— parece acoger la posibilidad de apartamiento del mandato recibido, al hacer mención a la información posterior a la gestión.

— Inc. *c)*: se debe garantizar a los trabajadores los derechos electorales activos y pasivos en todos los grados de la asociación, incluidas las seccionales. La elección directa queda limitada a los órganos directivos de los sindicatos locales y seccionales y a los órganos de fiscalización (art. 12, dec. reg. 467/1988), mientras que en las federaciones, confederaciones y asociaciones de primer grado con ámbito de actuación en todo el territorio nacional se permite la elección indirecta.

— Inc. *d)*: esta disposición es continuamente criticada por considerarse que se introduce al ámbito sindical un instituto propio del régimen político.

Sin embargo, lo normado en estos incisos no agota lo que se pueden considerar notas tipificantes de la democracia, pudiendo agregarse, entre otras:

— la instauración del voto secreto (art. 17);

— la periodicidad de los mandatos (art. 17);

— la no discriminación en la afiliación ni en el ejercicio de los derechos (art. 7°);

— la posibilidad de revisión y fiscalización de las memorias y balances (art. 16, inc. f]).

## II. ASOCIACIONES SINDICALES DE TRABAJADORES

### 1. Concepto

El primero de los poderes con que cuentan los trabajadores es el poder constituyente, es decir, la facultad de constituir organizaciones sindicales sin necesidad de solicitar autorización previa, y con la única exigencia de inscribirse ante la autoridad de aplicación para obtener la personería jurídica.

Una asociación sindical es una agrupación permanente de trabajadores que ejerce una actividad profesional o económica para la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores y para lograr mejores condiciones de vida. Son organizaciones permanentes, constituidas por una pluralidad de personas que ejercen una actividad profesional similar.

Para Deveali, en términos que comprenden tanto a las asociaciones de trabajadores como de empleadores, una asociación profesional es una entidad permanente de trabajadores o de empleadores que realizan una determinada actividad en una zona, más o menos extensa, que se constituye por la libre voluntad de sus integrantes, cuyo propósito principal es defender los respectivos intereses profesionales, previstos en sus estatutos, reconocida como persona jurídica dotada de capacidad para adquirir derechos y obligaciones y representar a sus miembros en el ámbito de la negociación colectiva, con legitimación para actuar ante las autoridades.

Se puede diferenciar el gremio del sindicato. El gremio es un conjunto de personas que tienen el mismo oficio, profesión, categoría o estado social. En cambio, el sindicato es la organización del gremio, es el gremio jurídicamente organizado.

Para Palomeque López, el sindicato es una organización permanente de trabajadores asalariados para la representación y defensa de sus intereses económicos y sociales, frente a los de los empleadores y sus organizaciones, y eventualmente, frente a los de cualquier otro sujeto privado o público [2].

Estas asociaciones presentan los siguientes *caracteres*:

— son *permanentes*: ya que tienen vocación de continuidad en el tiempo, consolidando su desarrollo;

— son *voluntarias*: ya que su existencia depende de la voluntad de sus integrantes;

— *no tienen fin de lucro*: no persiguen la obtención de utilidades para repartir entre sus integrantes;

— *no son paritarias en su organización*: están estructuradas de acuerdo con jerarquías internas, con órganos de conducción y resolución que ejercen la autoridad y el poder disciplinario;

— son *independientes*: son creadas, gobernadas y administradas sin injerencia del Estado ni de los empleadores; no obsta a ello la fiscalización estatal respecto de la legitimidad de su funcionamiento, ya que están sujetas al régimen jurídico del país.

La *definición* que surge *de la ley 23.551* es *más restringida*, ya que no se refiere a cualquier asociación, sino que *el concepto se circunscribe a la entidad más representativa, que es la única a la que se otorga personería gremial.*

De lo dispuesto en los arts. 2°, 3° y 5° puede colegirse que la *ley 23.551* conceptualiza las asociaciones sindicales como *aquellas entidades que tienen por objeto la defensa de los intereses de los trabajadores*, es decir, de todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo. La acción sindical debe contribuir a remover los obstáculos que dificultan la realización plena del trabajador.

[2] PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C., *Derecho sindical español*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1991.

Se especifica lo atinente al objeto de las asociaciones sindicales de trabajadores, dando un concepto amplio — que sigue los lineamientos del convenio 87 de la OIT--- de lo que entiende la ley por "intereses de los trabajadores".

La fórmula adoptada permite la libre expansión de la actividad sindical, adecuándose a la cambiante realidad socioeconómica.

Para ello, goza de los siguientes *derechos*: determinar su nombre, su objeto, ámbito de representación personal y de actuación territorial, adoptar el tipo de organización que estime apropiado, formular su programa de acción y realizar todas las actividades lícitas en defensa del interés de los trabajadores y, especialmente, ejercer el derecho de negociar colectivamente, el de participar, el de huelga y el de adoptar medidas legítimas de acción sindical.

La constitución de un sindicato debe estar regida por los siguientes principios: *pureza* (no se admiten sindicatos que no sean de trabajadores, ni injerencia estatal, política o patronal); *autonomía* (ver arts. 6° y 9°); *especialidad* (no puede defender la totalidad de los intereses sino sólo los intereses profesionales); *no discriminación* (no se pueden establecer diferencias por razones de sexo, raza, religión, ideología, etcétera).

El tipo de organización que adopte la asociación sindical (inc. c]) tiene que ser uno de los previstos en los arts. 10 y 11.

El programa de acción (inc. d]) debe tener como objetivo necesario el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, así como también la remoción de los obstáculos que dificulten su plena realización (art. 3°).

Las medidas de acción sindical deben ser adoptadas siguiendo los procedimientos estatutarios respectivos (art. 16, inc. i]).

En cuanto a su *naturaleza jurídica*, se trata de una entidad asociativa de derecho privado con fines distintos a los del Estado, ya que su objeto es la defensa de los intereses de los trabajadores.

## 2. Afiliación

El art. 4°, inc. b), ley 23.551, garantiza a los trabajadores el derecho de afiliación a las organizaciones sindicales ya constituidas, así como también el de no afiliación o de desafiliación.

Son consecuencias del derecho de afiliación, el de ser admitido en la asociación y el de permanecer en ella.

Respecto del derecho de afiliación, el art. 12 dispone el principio general de libre afiliación conforme a las pautas legales y estatutarias, las que se aplican tanto en la relación entre los trabajadores y la asociación sindical, como en los distintos niveles de asociaciones (primero, segundo o tercer grado).

Este artículo está reglamentado por el art. 5°, dec. 467/1988, que establece que las federaciones no pueden rechazar los pedidos de afiliación de las asociaciones de primer grado que representen a los trabajadores de la actividad, profesión, oficios o categorías, previstos en el estatuto de aquélla. Del mismo modo, las confederaciones no pueden rechazar a las federaciones, sindicatos o uniones que reúnan las características contempladas en los estatutos de la respectiva confederación.

La cancelación de las asociaciones de grado inferior sólo se efectúa por resolución adoptada por el voto directo y secreto del 75% de los delegados, emitido en congreso extraordinario convocado a ese efecto. Asimismo, las asociaciones sindicales pueden desafiliarse de las de grado superior a las que estuvieren adheridas, sin limitación alguna.

En lo que se refiere a los trabajadores, el derecho de afiliación comienza a partir de los 14 años (art. 12). El artículo siguiente agrega que, en caso de jubilación, accidente, enfermedad,

invalidez, desocupación o servicio militar, los afiliados no pierden, por estas circunstancias, el derecho de pertenecer a la asociación respectiva, pero gozan de los derechos y están sujetos a las obligaciones que el estatuto establezca.

El trabajador que deje de pertenecer a una asociación sindical no tiene derecho al reintegro de las cuotas o aportes abonados, lo que también es aplicable a las relaciones entre asociaciones de diverso grado (art. 15).

El régimen de suspensión, expulsión y cancelación de la afiliación se encuentra regulado en el art. 9°, dec. 467/1988.

Hasta la reforma de la ley 26.390 (25/6/2008), las personas mayores de 14 años podían afiliarse. La ley 26.390 modificó el art. 13, ley 23.551, el cual quedó redactado en los siguientes términos: "Las personas mayores de 16 años, sin necesidad de autorización, podrán afiliarse". Sin embargo, el art. 23, ley 26.390, dispuso, como cláusula transitoria, que la edad mínima establecida se reputará como de 15 años hasta el 25/5/2010, en que comenzará a regir la edad mínima establecida en los 16 años, y al objeto de regularización de los contratos vigentes. Es decir, que hasta mayo de 2010, la edad para afiliarse a una asociación sindical se establece en los 15 años y, a partir de esa fecha, en los 16.

El art. 14, ley 23.551, agrega que en caso de jubilación, accidente, enfermedad, invalidez, desocupación o servicio militar, los afiliados no pierden por estas circunstancias el derecho de pertenecer a la asociación respectiva, pero gozan de los derechos y están sujetos a las obligaciones que el estatuto establezca.

## 3. Clasificación

Doctrinariamente se han efectuado distintas clasificaciones. Las más trascendentes se hacen en virtud del grado de las asociaciones y en función de los trabajadores que cada una agrupa.

1) Respecto de la *clasificación en función del grado* (art. 11), existen asociaciones sindicales:

— *de primer grado*, que son los llamados sindicatos, uniones o asociaciones;

— *de segundo grado*, que son las que reúnen asociaciones de primer grado y se denominan federaciones;

— *de tercer grado*, que son las confederaciones que agrupan a las asociaciones de primero y segundo grado (CGT).

El art. 5°, convenio 87 de la OIT, dispone que las organizaciones de trabajadores "tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores".

El propósito de estas uniones es la concentración de los instrumentos de defensa para aumentar la eficacia de su poder de presión y negociación.

Se da así una estructura de organización piramidal, en la cual la base está dada por sindicatos o uniones (asociaciones de primer grado), que tienen por afiliados a los trabajadores individualmente considerados; la parte media, por federaciones (asociaciones de segundo grado), cuyos afiliados son sindicatos, y la parte superior, por confederaciones (asociaciones de tercer grado), cuyos afiliados son las federaciones y uniones.

Las confederaciones pueden ser sectoriales (Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina) o centrales sindicales (que agrupan a todas las entidades sindicales de todos los sectores profesionales y en todo el territorio del país).

Las uniones son asociaciones de primer grado con ámbito de actuación en todo el territorio nacional (Unión Obrera Metalúrgica, Unión Obrera de la Construcción, etc.); es habitual

que también adopten como denominación la de "asociación" (Asociación Obrera Textil —AOT—, Asociación de Trabajadores del Estado —ATE—, etcétera).

2) En cuanto a la *clasificación que se basa en los trabajadores que agrupan* (art. 10), se pueden diferenciar los siguientes sindicatos:

— *Horizontales*, que son los que agrupan a los trabajadores de un mismo oficio, arte o profesión, aunque se desempeñen en actividades distintas.

La agremiación se basa en la comunidad de oficio, profesión o categoría laboral de sus miembros, con prescindencia de la actividad a la cual se dedica la empresa o empleador en favor de la cual se desempeñan. La ventaja de este tipo de organización es la homogeneidad de los intereses que representa, y su mayor desventaja, la atomización de la representación, que disminuye la eficacia de su accionar por pérdida del poder de presión.

— *Verticales*, que agrupan a los trabajadores de una misma actividad (industria o servicio) o actividades afines.

Los llamados *sindicatos de industria* o *de actividad* tienen como base el sector de la producción o actividad económica al cual pertenecen las empresas o empleadores que ocupan a sus afiliados, sin tomar en consideración la calificación profesional o el tipo de prestación que llevan a cabo.

Este tipo de organización, que es el predominante en el sindicalismo actual, presenta como ventajas su amplia base de representación, la cuantía de los ingresos en concepto de cuotas que ello genera y la consolidación de la unidad sindical que aumenta la eficacia de su accionar. Sus desventajas son la monopolización del accionar sindical, y la falta de atención específica de los problemas de sectores minoritarios (como los jerárquicos o los especializados).

— *De empresa*: son una subespecie de sindicato vertical, y su ámbito de representación comprende únicamente el personal que presta servicios en una misma unidad productiva, sin importar las tareas o funciones que cumplen.

Salvo que se trate de un sindicato de una empresa de grandes dimensiones, estas organizaciones tienen pocos afiliados, escasos medios materiales y reducida capacidad de presión y negociación. Nuestro ordenamiento legal desalienta la creación de sindicatos de empresa al limitar los supuestos en que puede otorgárseles personería (art. 29).

También existen los *sistemas mixtos*, que son *aquellos que combinan los horizontales y los verticales*.

## 4. Estatutos

El *estatuto* de la asociación sindical es el conjunto de normas fundamentales establecidas por el órgano deliberativo, a las que deben sujetarse las acciones y decisiones que exija la vida asociacional.

Los estatutos son la ley interna de la asociación sindical. Constituyen una fuente formal (no estatal) del derecho colectivo del trabajo que emana de la voluntad de los afiliados y se manifiesta a través de los cuerpos orgánicos competentes para dictarlos.

Sus *caracteres* básicos son los siguientes:

— Son *normas abstractas y generales*: están dirigidas a los afiliados presentes y futuros.

— Son *normas permanentes modificables por mayoría*: no se requieren para su modificación la unanimidad.

— Son *reglamentarios*: regulan las relaciones entre la asociación y sus afiliados, y entre aquélla y los terceros (al disponer acerca de qué órgano y con qué alcance la representa).

— Son *imperativos*: ningún afiliado puede excusarse de someterse a sus disposiciones, sin que sea necesaria su aceptación expresa.

La facultad estatal de fijar contenidos mínimos a los estatutos de las asociaciones sindicales está reconocida en el convenio 87 de la OIT (art. 3°) y por el Comité de Libertad Sindical de esa organización.

Los estatutos deben garantizar los cuatro aspectos básicos de la libertad sindical (ver art. 8°), un régimen electoral con democracia interna y representación de las minorías, y el derecho de defensa en el procedimiento de afiliación y expulsión.

El art. 16, ley 23.551, hace referencia al *contenido de los estatutos*. Dispone que deben ajustarse a lo establecido en el art. 8° y contener:

*a) Denominación, domicilio, objeto y zona de actuación*: el nombre puede ser libremente determinado por la asociación sindical, pero no puede utilizar los ya adoptados, ni aquellos que pudieran inducir a error o confusión. El domicilio legal que consigne reviste singular importancia, ya que es el lugar que la ley presume, sin admitir prueba en contrario de que la persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

El *objeto* genérico que persigue toda asociación sindical es la defensa de los intereses de los trabajadores, que para el art. 3°, ley 23.551, es todo lo que se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo. Agrega que la acción sindical contribuirá a remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador.

La *zona de actuación* es el ámbito territorial donde la asociación sindical ejerce su acción. Su determinación resulta fundamental, porque es uno de los puntos que se debe tener en cuenta tanto al otorgar personería gremial (ya que no debe existir otra en dicha zona) como al celebrar convenios colectivos (ya que no se puede extender el convenio colectivo, salvo casos de excepción, más allá de la zona de actuación de la asociación sindical).

*b) Actividad, oficio, profesión o categoría de los trabajadores que represente*: determina el ámbito de representación personal de la asociación sindical. El decreto reglamentario prevé que el objeto, la zona de actuación y la actividad, oficio, profesión o categoría de trabajadores cuya representación se proponga la asociación sindical, deben ser individualizados de modo que permitan una concreta delimitación entre los ámbitos personales y territoriales de las distintas asociaciones sindicales, a cuyo efecto el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social puede establecer una clasificación uniforme que facilite la identificación de los referidos ámbitos respetando la voluntad de los constituyentes o afiliados a la asociación.

*c) Derechos y obligaciones de los afiliados*, requisitos para su admisión y procedimiento para su separación, que garanticen el derecho de defensa: la ley impone numerosas limitaciones a la asociación sindical tendientes a impedir que por vía estatutaria se vulneren los derechos de afiliación y permanencia de sus afiliados; el dec. 467/1988 regula las causales, los procedimientos y órganos encargados de disponer la suspensión, expulsión y cancelación del afiliado, lo cual fue analizado anteriormente.

*d) Determinación de las autoridades y especificación de sus funciones con indicación de las que ejerzan su representación legal, duración de los mandatos, recaudos para su revocación y procedimientos para la designación y reemplazos de los directivos e integrantes de los congresos*: el decreto reglamentario dispone que las sanciones a los miembros de los cuerpos directivos de la asociación sindical y de la federación deben ser adoptadas en asambleas o congresos extraordinarios y por las causales que determine, taxativamente, el estatuto, con citación a participar en ellas al afectado, con voz y voto si le correspondiere. El cuerpo directivo sólo puede adoptar la medida de suspensión contra sus miembros, la que no puede exceder del plazo de cuarenta y cinco días. Asimismo, el cuerpo directivo es responsable de que, dentro de ese plazo, se realice la asamblea o el congreso extraordinario, para decidir en definitiva.

*e) Modo de constitución, administración y control del patrimonio social y su destino en caso de disolución, y régimen de cotizaciones de sus afiliados y contribuciones*: la asamblea o

el congreso son los órganos facultados para fijar el monto de las cotizaciones ordinarias y extraordinarias de los afiliados.

*f) Época y forma de presentación, aprobación y publicación de memorias y balances; órganos para su revisión y fiscalización*: el decreto reglamentario prevé que el Ministerio de Trabajo debe establecer las registraciones de sus actos y cuentas que deben llevar las asociaciones sindicales, en qué libros u otros soportes materiales deben asentarlos y con qué formalidades efectuarlo. Los ejercicios no debe superar el término de un año, y el Ministerio de Trabajo debe establecer las características que deben reunir los planes de cuenta. La fiscalización interna de la gestión y el control de la administración del patrimonio social están a cargo de un órgano con composición adecuada y facultades a ese efecto.

*g) Régimen electoral que asegure la democracia interna de acuerdo con los principios de la presente ley, no pudiendo contener como exigencia para presentar listas de candidatos a órganos asociacionales, avales que superen el 3% de sus afiliados*: éste es uno de los pocos artículos donde se menciona el régimen electoral de las asociaciones sindicales, que se encuentra específicamente detallado en los arts. 12 y 15 del decreto reglamentario.

*h) Régimen de convocatoria y funcionamiento de asambleas y congresos:* la asamblea y el congreso constituyen los máximos órganos deliberativos de la asociación sindical y son los que poseen el poder de decisión en la organización.

*i) Procedimiento para disponer medidas legítimas de acción sindical*: el decreto reglamentario dispone que las medidas de acción directa deben estar previstas dentro de aquellas que permitan las leyes y las convenciones colectivas aplicables. Se debe establecer cuáles son los órganos de la asociación sindical facultados para disponerla y el procedimiento para adoptar la decisión.

*j) Procedimiento para la modificación de los estatutos y disolución de la asociación*: el estatuto debe contener los pasos que se deben seguir para modificar sus disposiciones, y cuando se disponga la disolución de la asociación sindical.

## 5. Asociaciones simplemente inscriptas y asociaciones con personería gremial

*En la Argentina, las asociaciones profesionales (sindicatos) que aglutinan los derechos sindicales son solamente aquellas que obtienen la personería gremial.* Esto lleva a que deban distinguirse las asociaciones simplemente inscriptas de las que tienen personería gremial.

Las *asociaciones simplemente inscriptas* carecen del ejercicio de los derechos gremiales y de las facultades fundamentales respecto de la defensa de los derechos colectivos de los trabajadores. En cambio, las *asociaciones con personería gremial* poseen la exclusividad del ejercicio de dichas facultades.

El art. 21, ley 23.551, establece los *requisitos de la inscripción* (deben ser presentados ante la autoridad administrativa del trabajo):

*a)* nombre, domicilio, patrimonio y antecedentes de su fundación;

*b)* lista de afiliados;

*c)* nómina de nacionalidad de los integrantes de su organismo directivo;

*d)* estatutos.

El acto constitutivo de una asociación sindical es complejo, ya que se configura con la concurrencia de voluntades individuales coincidentes en la obtención de un fin común.

El nombre (inc. a]) no debe coincidir con el de ninguna asociación sindical ya existente. Si bien no se requiere un número mínimo de afiliados, éste no puede ser inferior a cinco (art. 17, párr. 1°); en tal caso, el 75% deben ser argentinos (art. 18, último párrafo).

Los estatutos (inc. d]) deben cumplir los requisitos mínimos del art. 16.

El registro en el cual se requiere la inscripción es el aludido en el art. 14 bis, CN, al garantizar el derecho a la organización sindical libre y democrática.

La autoridad administrativa a la cual se hace mención es el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (art. 56, inc. 1°), que debe efectuar el control de legalidad de la constitución de la asociación sindical verificando que se cumplan los requisitos del art. 21.

La denegatoria de la inscripción no puede depender del arbitrio de la autoridad de aplicación, por lo cual sólo puede disponerse ante la ausencia de alguno de los requisitos antes aludidos.

La denegatoria expresa es pasible de revisión judicial: agotada la vía administrativa, se puede recurrir ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (art. 62, inc. b]).

Transcurrido el plazo de noventa días sin que la autoridad administrativa de aplicación se expida, se configura la denegatoria tácita: se debe recurrir ante el mismo tribunal dentro de los ciento veinte días subsiguientes (art. 62, inc. d] y penúltimo párrafo).

La inscripción confiere personería jurídica a la asociación sindical y los derechos enumerados en el art. 23.

Las asociaciones simplemente inscriptas se pueden transformar en asociaciones con personería gremial si logran constituirse en las más representativas de la actividad, oficio o profesión.

*La personería gremial es una calificación legal que el Ministerio de Trabajo concede a la asociación sindical* que resulte *más representativa* dentro de una actividad, oficio o profesión. El art. 25, ley 23.551, establece los *requisitos* que debe cumplimentar la asociación para acceder a dicho otorgamiento:

*a) que esté inscripta* de acuerdo con lo prescripto en esta ley *y haya actuado durante un período no menor de seis meses*;

*b) que afilie a más del 20% de los trabajadores que intente representar.*

*La calificación de más representativa se atribuye a la asociación que cuente con mayor número promedio de afiliados cotizantes sobre la cantidad promedio de trabajadores que intente representar.* Dichos promedios se determinan sobre los seis meses anteriores a la solicitud.

La resolución que otorga la personería tiene carácter constitutivo y le confiere a la asociación sindical una capacidad especial para ejercer la representatividad profesional y territorial. Una vez firme dicha resolución, se inscribe la asociación sindical en el registro indicado por el art. 56, inc. 1°, y se publican en el *Boletín Oficial* la resolución administrativa y los estatutos de la asociación.

En caso de denegatoria expresa se debe interponer el recurso del modo y conforme el procedimiento indicado en el art. 62 *in fine*, el cual será sustanciado —de corresponder— y resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (art. 62, inc. b]).

La denegatoria tácita tiene lugar cuando transcurre el plazo de noventa días sin que recaiga resolución. En tal supuesto resulta competente el mismo tribunal, y el recurso debe ser interpuesto dentro del plazo indicado en el párr. 3°, art. 62, y sustanciarse según las normas del proceso sumario del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Al reconocer personería gremial, la autoridad administrativa del trabajo o judicial debe precisar el ámbito de representación personal y territorial, que no puede exceder del establecido en los estatutos; en cambio, se puede reducir si existiera superposición con otra asociación sindical.

El art. 29 dispone que "sólo podrá otorgarse personería a un sindicato de empresa, cuando no obrare en la zona de actuación y en la actividad o en la categoría una asociación sindical de primer grado o unión".

En los sindicatos horizontales, la agremiación se basa en la comunidad de oficio, profesión o categoría laboral de sus miembros, con prescindencia de la actividad a la cual se dedica la empresa o empleador en favor del cual se desempeñan.

Ciertos sectores critican esos sindicatos por atomizar la representación, lo cual disminuye la eficacia de su accionar por pérdida del poder de presión.

Para otorgar personería gremial a una asociación sindical de estas características, habiendo una unión, asociación o sindicato de actividad con personería gremial que comprenda dicho ámbito, se requiere —además del cumplimiento de los requisitos del art. 25— que exista un interés suficientemente diferenciado.

Para establecer la mayor representatividad no se toma en consideración la cantidad de asociaciones de primer grado o uniones que integren las federaciones, ni las de segundo grado que hagan lo propio con las confederaciones, sino la cantidad de trabajadores cotizantes que reúnan. En consecuencia, resulta de trascendental importancia para las federaciones y confederaciones incorporar a su seno a asociaciones con gran cantidad de afiliados.

Las asociaciones simplemente inscriptas pueden adherir a federaciones o confederaciones, pero los trabajadores que las integran no son contabilizados a los fines previstos en este artículo, ya que la norma sólo considera los afiliados a "entidades con personería gremial".

Cuando los ámbitos pretendidos se superponen con los de otra asociación sindical con personería gremial no se puede reconocer a la peticionante la amplitud de representación sin antes dar intervención a la asociación afectada y proceder al cotejo necesario para determinar cuál es la más representativa. La omisión de los recaudos indicados determina la nulidad del acto administrativo o judicial.

El art. 28 establece el procedimiento que se debe seguir para que una asociación sindical simplemente inscripta desplace a la que goza de personería gremial en la misma zona y actividad o categoría. Para ello resulta insuficiente una simple superioridad numérica de afiliados, ya que ésta debe ser —al menos— de un 10% por encima de los que tenga aquella a la cual se quiere desplazar.

La asociación sindical desplazada conforme este procedimiento pierde la personería gremial que detentaba.

En las zonas o actividades en que no existe entidad sindical alguna o sólo actúa una simplemente inscripta, las asociaciones de grado superior extienden los beneficios de la personería gremial de la cual gozan los trabajadores de dicho ámbito (art. 35).

## 6. Derechos y obligaciones de las asociaciones sindicales

El art. 23 establece que "la asociación, a partir de su inscripción, adquirirá personería jurídica y tendrá los siguientes derechos:

"*a)* peticionar y representar, a solicitud de parte, los intereses individuales de sus afiliados;

"*b)* representar los intereses colectivos, cuando no hubiere en la misma actividad o categoría asociación con personería gremial;

"*c)* promover: 1) la formación de sociedades cooperativas y mutuales; 2) el perfeccionamiento de la legislación laboral, previsional y de seguridad social; 3) la educación general y la formación profesional de los trabajadores;

"*d)* imponer cotizaciones a sus afiliados;

"*e)* realizar reuniones o asambleas sin necesidad de autorización previa".

La inscripción de la asociación sindical en el registro especial le confiere, automáticamente, los derechos enumerados en este artículo.

El dec. 757/2001 (BO del 13/6/2001) reglamenta el art. 23, inc. a), ley 23.551, que faculta a las asociaciones sindicales simplemente inscriptas a peticionar y representar, a solicitud de parte, los intereses individuales de sus afiliados.

Este artículo le otorga a la asociación simplemente inscripta poderes de representación de los intereses individuales de los trabajadores ante el Estado y los empleadores, pero únicamente de sus afiliados, y a pedido de parte; de conformidad con lo dispuesto por el art. 1°, dec. 757/2001, debe efectuarse con los mismos requisitos establecidos por el art. 22, dec. 467/1988. Es decir que para representar los intereses individuales de los trabajadores se debe acreditar el consentimiento por escrito por parte de los interesados del ejercicio de dicha tutela.

Si bien pueden "imponer cotizaciones a sus afiliados" (inc. d]), su cobro debe ser realizado en forma personal y sólo por retención del empleador en caso de expreso acuerdo para ello, ya que la obligación únicamente rige con relación a las cuotas correspondientes a asociaciones con personería gremial (art. 38).

Mediante la resolución conjunta de la Subsecretaría de Relaciones Laborales 103/2001 y AFIP res. gral. 1027/2001 se estableció que "los actos y bienes de las asociaciones sindicales con inscripción gremial destinados al ejercicio de los derechos derivados de los arts. 5° y 23, ley 23.551, gozan del mismo tratamiento tributario que las entidades sin fines de lucro, con los alcances consignados en las distintas leyes tributarias". Asimismo, el art. 2° prescribe que "la Administración Federal de Ingresos Públicos y la Subsecretaría de Relaciones Laborales dictarán, en el marco de sus respectivas competencias, las normas complementarias que sean necesarias para implementar lo dispuesto en la presente resolución conjunta".

El art. 24 dispone que "las asociaciones sindicales están obligadas a remitir o comunicar a la autoridad administrativa del trabajo:

"*a)* los estatutos y sus modificaciones a los efectos del control de la legalidad;

"*b)* la integración de los órganos directivos y sus modificaciones;

"*c)* dentro de los ciento veinte días de cerrado el ejercicio, copia autenticada de la memoria, balance y nómina de afiliados;

"*d)* la convocatoria a elecciones para la renovación de sus órganos en los plazos estatutarios;

"*e)* los libros de contabilidad y registros de afiliados a efectos de su rubricación".

## 7. Unidad y pluralidad sindical

En el derecho comparado existen dos sistemas de modelos sindicales: el de unidad o unicidad sindical —al que adhiere la Argentina— y el de pluralidad sindical.

El sistema de la *unidad sindical* se presenta en los casos en que *la ley impone o reconoce un solo sindicato por actividad, oficio o profesión*, o cuando, *existiendo varios, sólo uno* (generalmente el más representativo) *tiene funciones sindicales*.

La *pluralidad sindical* se presenta cuando es posible constituir varias asociaciones (más de una) por actividad, oficio o profesión, es decir que *existen distintas asociaciones representativas de los trabajadores de una misma actividad u oficio*. En este sistema hay tantas entidades de una misma actividad, oficio o profesión con iguales derechos sindicales como lo decidan los propios trabajadores.

Doctrinariamente hay dos posturas diferenciadas —a favor y en contra— respecto de la unidad y la pluralidad sindical.

*Los que apoyan la unidad sindical* sostienen que favorece la existencia de sindicatos fuertes y unidos, lo que se traduce en una representación más sólida de los trabajadores, ya que siempre es una sola asociación sindical la que representa a los trabajadores tanto al momento de negociar y suscribir un CCT como al momento de promover una medida de acción directa (huelga).

*Critican la pluralidad sindical* porque entienden que promueve sindicatos debilitados y atomizados y provoca —en consecuencia— inconvenientes a la hora de negociar y discutir

convenios atento a la diversidad de gremios que podrían llegar a representar, por ejemplo, al personal de una misma empresa.

Al contrario, *los que defienden las bondades del sistema de la pluralidad sindical* se basan en el art. 14 bis, CN, en los convenios de la OIT y en el derecho comparado, entendiendo que es la que mejor se adapta al sistema democrático; consideran que con la pluralidad sindical todos los trabajadores tienen su representación, lo que no ocurre con el sistema de unidad sindical, en el cual parte de los trabajadores puede no estar identificado con el sindicato único que defiende sus intereses.

*Critican la unidad sindical* justamente por considerar que con ese sistema existen trabajadores que no están debidamente representados por la entidad gremial y por entender que resulta contrario al sistema democrático.

El sistema adoptado por nuestra legislación es el de *unidad promocionada* o *unidad inducida*, por el cual sólo se le otorga personería gremial a la organización sindical más representativa y que —además— hubiere actuado durante un período no inferior a seis meses como asociación simplemente inscripta (arts. 21 y 22).

*Esto significa que de todas las asociaciones registradas sólo una —la más representativa— tiene la representación gremial de la actividad* (art. 25, ley 23.551), *es decir, la personería gremial.* Las otras asociaciones registradas tienen funciones no esenciales desde el punto de vista de los derechos sindicales, ya que carecen de personería gremial.

Si bien el art. 14 bis, CN, hace referencia al derecho de los trabajadores de constituir una asociación libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial, las leyes de asociaciones profesionales que rigieron a lo largo de la historia —la ley 14.455, la 20.615, la 22.105 y la 23.551, actualmente vigente— siempre adoptaron el sistema de la unidad sindical, haciendo recaer la personería gremial solamente en el sindicato más representativo y careciendo de derechos sindicales las entidades simplemente inscriptas.

En síntesis, en nuestro sistema normativo coexisten dos tipos de sindicatos: los simplemente inscriptos, que carecen —como quedó dicho— de derechos sindicales propiamente dichos, y aquellos a los cuales la autoridad de aplicación les otorga personería gremial (el sindicato más representativo) que reúne todos los derechos sindicales.

## 8. El nuevo escenario jurisprudencial en materia de libertad sindical

### *8.1. Fallo de la Corte Suprema, 11/11/2009, "ATE", sobre libertad sindical*

El 11/11/2009, la Corte Suprema se pronunció sobre los alcances de la libertad sindical en la causa "ATE v. Ministerio de Trabajo de la Nación", relativa a las formas de organización sindical de los trabajadores en particular y a la regulación del conjunto de las relaciones sociolaborales en general.

*La Corte defendió la libertad de agremiación de los trabajadores y declaró la inconstitucionalidad de la norma según la cual, para ser delegado de personal, se requería estar afiliado a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegido en comicios convocados por ésta.*

*El Máximo Tribunal, por unanimidad, ponderó el principio de libertad sindical y reconoció el derecho de la ATE a convocar comicios y elegir representantes de los trabajadores en las empresas.*

La causa que llegó a la máxima instancia judicial se suscitó cuando la Unión de Personal Civil de las Fuerzas Armadas (Pecifa) se opuso a una convocatoria a elecciones de ATE. La entidad había llamado a comicios para elegir delegados del personal en el ámbito del Estado Mayor General del Ejército y el Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, pero Pecifa de-

claró la invalidez de la convocatoria, lo que fue corroborado luego por el Ministerio de Trabajo de la Nación. Más tarde, con el mismo argumento, "falta de personería gremial", la sala 4ª de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la decisión del Ministerio de Trabajo.

El art. 41, inc. a), ley 23.551 de Asociaciones Sindicales, establece que para ser delegado del personal se requería "estar afiliado a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegido en comicios convocados por ésta".

*La Corte evaluó la incorporación a la legislación local de las normas internacionales que consagran la libertad sindical, en especial el convenio 87 de la OIT que obliga a los Estados miembros a poner en práctica las disposiciones que la garanticen.*

*En el fallo también cita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la cual la libertad sindical radica "básicamente" en la facultad tanto de constituir organizaciones sindicales como de "poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho".*

La Corte entendió que la libertad sindical es un principio arquitectónico que sostiene e impone la Constitución Nacional a través del art. 14 bis y los tratados internacionales de rango constitucional (art. 75, inc. 22), incluido el convenio 87 de la OIT.

Los distintos actores sociales le adjudican diversos alcances al pronunciamiento, lo que seguramente redundará en un positivo debate acerca de cómo debe renovarse el modelo sindical argentino.

De todos modos, no parece acertado concluir que, a partir de la declaración de inconstitucionalidad decidida en el fallo, pueda haber perdido legalidad toda la ley 23.551, o que la autoridad de aplicación y órgano competente para resolver las cuestiones de encuadramiento sindical no siga siendo el Ministerio de Trabajo de la Nación (que debe seguir aplicando la ley 23.551, so pena de violentar el principio de legalidad). Ello sin perjuicio de que existe una evidente necesidad de adecuar la legislación interna a la nueva doctrina de la Corte.

En el fallo, la Corte resolvió la inconstitucionalidad del art. 41, inc. a), Ley de Asociaciones Sindicales 23.551, que establece como requisito para ser designado como delegado del personal estar afiliado a la asociación sindical con personería gremial y ser elegido en comicios organizados por ella.

Si bien en nuestro sistema jurídico la declaración de inconstitucionalidad de la Corte Suprema no implica derogación de la norma tachada de inconstitucionalidad, lo cierto es que nuestro Máximo Tribunal fija postura en un tema controvertido, en un contexto social de gran polarización y conflicto sindical entre las dos grandes confederaciones de trabajadores (CGT y CTA).

Es importante la aplicación que hace la Corte Suprema del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, cuando expresa que "todo el *corpus iuris* de los derechos humanos pone de resalto el contenido del derecho de asociación sindical y las dos inseparables dimensiones de éste: individual y social. Según lo juzgó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los términos del art. 16.1 de la Convención Americana establecen 'literalmente' que 'quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho, lo que representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo', sino que, 'además, gozan del derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad' (caso 'Huilca Tecse v. Perú', cit., párr. 69 y su cita)" (Corte Sup., consid. 6°).

De ello se deriva que, para la Corte, el derecho de asociación sindical goza de la protección de normas constitucionales del derecho interno y del derecho internacional, y del carácter progresivo de su desarrollo.

Sostuvo que "el desarrollo progresivo del que ha sido objeto la regulación del derecho de asociación, ya previsto en la Constitución Nacional de 1853-1860 (art. 14), puso de manifiesto el doble orden de notas esenciales contenidas en aquél, las cuales, en pareja medida, resultan decisivas para esclarecer el *sub lite*. Por un lado, reveló las dos inescindibles dimensiones que encerraba ese derecho: individual y social. Por el otro, advirtió la especificidad de la asociación en el campo de los sindicatos, dando lugar a la profundización de la llamada libertad sindical. De todo ello, da cuenta una sucesión ininterrumpida de numerosos instrumentos internacionales que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (art. 75.22, párr. 2°, CN). Así, para abril de 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre previó que '[t]oda persona tiene el derecho de asociarse... para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden... sindical' (art. XXIII), al tiempo que, pocos meses después, la Declaración Universal de Derechos Humanos sumó a la norma general de su art. 20: libertad de 'asociación' (pacífica) y prohibición de pertenencia obligatoria a una asociación, la del art. 23.4: '[t]oda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses'. Siguieron a estos antecedentes los dos pactos internacionales de 1966. El relativo a Derechos Civiles y Políticos, según el cual '[t]oda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses' (art. 22.1); y el concerniente a Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, de manera estrechamente vinculada con la temática *sub discussio*, reconoció 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' (art. 8.1.a). La Convención Americana sobre Derechos Humanos, a su hora (1969), estableció que todas las personas 'tienen derecho a asociarse libremente con fines... laborales...' (art. 16.1). Por cierto, se emplaza en medio de este decurso el art. 14 bis de la Constitución Nacional, introducido en 1957, que prevé la 'organización sindical libre y democrática'" (consid. 3°).

Se funda en los principios y derechos fundamentales del trabajo en el marco de la OIT, al destacar la integración del convenio 87 al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que tiene jerarquía constitucional y debe ser aplicada no sólo por los jueces, sino también por los demás poderes del Estado.

## 9. Derechos exclusivos de las asociaciones sindicales con personería gremial

El otorgamiento de personería gremial a una asociación sindical le otorga una capacidad especial, de la cual no gozan las asociaciones simplemente inscriptas, para ejercer determinadas prerrogativas y atribuciones indispensables para cumplir su fin.

Entre los principales derechos exclusivos de los sindicatos con personería gremial (art. 31) se destaca el de *representar a los trabajadores defendiendo no sólo sus intereses colectivos, sino también los individuales* ante distintos organismos, incluso estatales.

La asociación sindical tiene también la *representación de los intereses individuales de los trabajadores*. Esta *facultad* es más *restringida*, ya que el sindicato *debe contar* necesariamente *con una autorización expresa del trabajador*.

Esto se observa en la práctica, por ejemplo, en la Ciudad de Buenos Aires, en el SeCLO —instancia previa y obligatoria a la iniciación de un juicio laboral en ese ámbito, que comenzó a funcionar en septiembre de 1997—, en el cual el sindicato puede representar al trabajador con su expresa autorización.

En cambio, esta autorización no es necesaria cuando el sindicato actúa en *representación de los intereses colectivos* de los trabajadores, es decir, cuando defiende los intereses comunes de la categoría de los trabajadores representados por la asociación, ya que en este caso *existe un mandato tácito de origen legal.*

La asociación sindical con personería gremial también posee la *facultad de declarar y promover medidas de acción directa* —por ejemplo, la huelga—, siendo la única que *puede ejercerla.* Justamente, en principio, que la medida de acción directa sea declarada por un sindicato con personería gremial constituye un requisito de validez y legalidad de la medida dispuesta, como surge de la ley 23.551 y de la jurisprudencia mayoritaria en la materia.

Otros derechos importantes con que cuenta la asociación sindical con personería gremial son el de participar en instituciones de planificación y control de conformidad con lo que dispongan las normas respectivas, vigilar el cumplimiento de la normativa laboral y de la seguridad social y colaborar con el Estado en el estudio y la solución de los problemas de los trabajadores.

También pueden constituir patrimonios de afectación que tendrán los mismos derechos que las cooperativas y mutualidades. Se advierte una notoria diferencia con las asociaciones simplemente inscriptas, las que deben constituir cooperativas o mutuales para gozar de estos beneficios.

Las asociaciones sindicales con personería gremial son las únicas que pueden intervenir y suscribir el CCT, mientras que las simplemente inscriptas sólo pueden hacerlo cuando no existe en el ámbito personal ni territorial ninguna asociación sindical con personería gremial.

Tienen la facultad de administrar sus propias obras sociales y, según el caso, participar en la administración de las creadas por ley o por convenciones colectivas de trabajo.

Los empleadores están obligados a actuar como agentes de retención de los importes que, en concepto de afiliación u otros aportes, deban tributar los trabajadores a la asociación sindical con personería gremial. Las asociaciones simplemente inscriptas no tienen este derecho y los afiliados deben abonar la cuota sindical en forma personal o a través de algún cobrador. Obviamente, no es lo mismo que el descuento se produzca directamente mediante recibo, que apersonarse en el domicilio de la asociación sindical para abonar la cuota.

Los representantes sindicales de la asociación gremial con personería gremial gozan de personería gremial, beneficio con el que no cuentan los representantes de las asociaciones simplemente inscriptas.

Las federaciones con personería gremial pueden ejercer los siguientes derechos:

— *respecto de los empleadores y del Estado*: todos los enunciados precedentemente, dentro de los límites de sus estatutos y de los de los sindicatos que las integren;

— *respecto de las asociaciones adheridas*: representarlas en cuestiones administrativas —como, por ejemplo, cuestiones de superposición o desplazamiento de personería—, interponer recursos tendientes a defender sus derechos y ejercer el derecho de intervención. Tales facultades pueden ser ejercidas por las confederaciones respecto de las asociaciones sindicales de grado inferior que las integran.

Las entidades sindicales que se integran a asociaciones de grado superior lo hacen aceptando sus estatutos y las facultades disciplinarias y poderes de organización allí establecidos.

Sin embargo, sólo se admite la intervención de las asociaciones de grado inferior, cuando los estatutos de la superior consagren esta facultad, y por las causales que éstos determinen, debiéndose garantizar en todos los casos el debido proceso, es decir, el derecho de defensa de la asociación afectada. Asimismo, se exige que tal medida sea dispuesta solamente por el congreso (máximo órgano deliberativo) de la asociación de grado superior.

La resolución que decide la intervención puede ser recurrida en forma directa ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

## 10. Organización y funcionamiento

Una asociación sindical de trabajadores nace como consecuencia de la reunión de un grupo de trabajadores de una misma actividad u oficio, que debe cumplimentar necesariamente los requisitos establecidos en la ley 23.551 para constituirse, primero, en una asociación profesional simplemente inscripta y, luego —en el supuesto de acreditar ser la más representativa del sector—, obtener la personería gremial.

Los organismos esenciales, sin los cuales una asociación sindical no puede existir, son:

— *órganos de dirección y administración*: ejercen las funciones administrativas y ejecutivas, adoptando las decisiones menos trascendentes;

— *órganos de deliberación y resolución*: son las asambleas y congresos, que disponen en las cuestiones de mayor trascendencia: sus decisiones deben ser acatadas por los organismos directivos, constituyen la expresión de la voluntad de sus afiliados, de manera directa (asamblea) e indirecta a través de los delegados congresales (congresos).

Las comisiones internas y los delegados de personal cumplen una doble función: representan a la asociación sindical ante la patronal y ante los trabajadores; y a los trabajadores ante el empleador, ante la autoridad administrativa del trabajo —cuando ésta actúe de oficio en la sede de la empresa o establecimiento— y ante la asociación sindical.

Para los órganos de dirección y administración se establece la modalidad colegiada, disponiéndose una composición integrada por un mínimo de cinco miembros, que puede ser aumentado por cada estatuto particular pero no reducida. En la práctica es habitual que se lo llame consejo directivo o comisión directiva.

Se establece que sus integrantes deben ser elegidos mediante el voto directo y secreto de los afiliados o congresales, el cual será voluntario, de modo que no se puede disponer su obligatoriedad.

En concordancia con lo reiteradamente resuelto por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, se dispone la posibilidad de reelección ilimitada, lo cual ha merecido múltiples críticas por facilitar la denominada *burocratización sindical*.

Sus *órganos de gobierno* están *compuestos por un consejo directivo y una asamblea*. El *consejo directivo* está formado por cinco miembros que deben ser mayores de edad (21 años), poseer una antigüedad en la actividad y en la afiliación de dos años como mínimo, no pudiendo tener inhibiciones. Este órgano es dirigido por un director o secretario general.

Los miembros del consejo directivo —órgano ejecutivo— son elegidos por votación secreta y directa de los afiliados o de los delegados que los representan en un congreso celebrado a tal efecto. La duración del mandato es de cuatro años con posibilidad de reelección y actúa como órgano de aplicación el Ministerio de Trabajo a fin de preservar los derechos de los afiliados y la transparencia de la elección.

En lo que respecta al régimen electoral, indica Guillermo López que la ley 23.551 se limita a establecer sólo tres disposiciones, pero el decreto reglamentario, por el contrario, trae minuciosas normas al respecto.

Las disposiciones de la ley son las siguientes: a) la que establece la obligatoriedad de la representación de las minorías en los cuerpos deliberativos (art. 8°, inc. d]); b) la que dispone que en los estatutos no se puede contener como exigencia para presentar listas de candidatos avales que superen el 3% de sus afiliados (art. 16, inc. g]); c) finalmente, por el art. 56, ap. 4°, se faculta al Ministerio de Trabajo para disponer la convocatoria a elecciones, pudiendo nombrar

las personas para ocuparse de ellas, pero todo ello cuando el órgano de la asociación facultado para ejecutarlo, después que hubiese sido intimado para que lo hiciere dentro de un lapso determinado, incumpliera el requerimiento.

Por su parte, el art. 12, dec. 467/1988, que reglamenta el art. 16, inc. g), de la ley dispone que el régimen electoral deberá estar contenido en un capítulo especial, que deberá asegurar: a) que en aquellos congresos u otros cuerpos deliberativos creados por el estatuto, cuyos integrantes fueren elegidos por votación directa de los afiliados, la representación, por cada sección electoral, adopte algún sistema de proporcionalidad u otorgue a la primera minoría un número de cargos no inferior al 20%. Agrega que se podrá exigir a esta minoría, para obtener representación, un número de votos no inferior al 20% de los votos válidos emitidos; b) que en los sindicatos locales y seccionales, la elección de todos los integrantes de cuerpos directivos y órganos de fiscalización sea hecha por medio de voto directo y secreto de los afiliados.

El art. 15 del decreto reglamentario regula el régimen electoral, al establecer que cuando la elección se efectúe mediante el voto directo y secreto de los afiliados, la fecha del comicio deberá fijarse con una anticipación no menor de noventa días de la fecha de terminación de los mandatos de los directivos que deban ser reemplazados. La convocatoria a elecciones deberá ser resuelta y publicada con una anticipación no menor de cuarenta y cinco días a la fecha del comicio.

En la convocatoria deberán ser establecidos los lugares y horarios en que se efectuará el acto eleccionario, los que no podrán ser alterados, y si la asociación sindical no efectuare la convocatoria en los términos correspondientes, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social deberá intimar a la entidad a hacerlo dentro del plazo que fije, transcurrido el cual, sin que la intimación haya sido correctamente cumplida, designará uno o más delegados electorales al solo efecto de realizar la convocatoria y ejecutar los demás actos que hubiere menester para llevar adelante la elección, sustituyendo en ello a las autoridades sindicales (art. 56, inc. 4°).

Se deberá confeccionar un padrón por orden alfabético y otro por establecimientos, con datos suficientes para individualizar a los afiliados y denominación y domicilio del establecimiento, donde trabajan o donde hayan trabajado por última vez durante el transcurso del año inmediato anterior.

Los padrones electorales y las listas oficializadas deberán encontrarse a disposición de los afiliados en el local o sede sindical con no menos de treinta días de anticipación a la fecha de la elección. La oficialización de listas se regirá por las siguientes reglas: a) el pedido deberá ser presentado ante la autoridad electoral dentro del plazo de diez días a partir de aquel en que se diera a publicidad la convocatoria; b) la solicitud debe ser acompañada con los avales exigidos por el estatuto, la conformidad de los candidatos expresada con su firma y la designación de uno o más apoderados; c) la autoridad electoral deberá entregar recibo de la solicitud de oficialización; d) la autoridad electoral deberá pronunciarse, mediante resolución fundada, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas de efectuada la solicitud.

Como apunta Guillermo López, el decreto reglamentario incurre en un evidente error de redacción. En efecto, se dispone que los padrones electorales y las listas oficializadas deberán encontrarse a disposición de los afiliados en la sede sindical con no menos de treinta días de anticipación a la fecha de la elección (o sea quince días después de efectuada la convocatoria). Y a continuación establece que el pedido de oficialización de lista deberá ser efectuado ante la autoridad electoral dentro del plazo de diez días a partir de la convocatoria. Como podrá apreciarse, el plazo para oficializar las listas vence antes que el establecido para la exhibición de los padrones, lo cual resulta un absurdo, porque sin éstos la junta electoral no está en condiciones de expedirse sobre la oficialización de las listas. Agrega que la contracción resulta insalvable por vía interpretativa, por lo que las entidades sindicales deberán resolverlas apelando al sentido

común y organizando las cosas de tal manera que los padrones estén listos antes del plazo fijado para la oficialización de las listas.

El afiliado, en el acto de emitir su voto, deberá acreditar su identidad y suscribir una planilla como constancia.

Cuando las disposiciones estatutarias o la costumbre determinen que las listas de candidatos se distinguen por colores, números u otras denominaciones, su adjudicación se efectuará teniendo en cuenta la agrupación que los hubiera utilizado anteriormente.

La elección se efectuará en una sola jornada, que deberá ser distinta a la designada para la celebración de una asamblea de la entidad, salvo que modalidades especiales de trabajo justifiquen extenderla o establecer el voto por correspondencia, supuesto éste en que deberán fijarse los recaudos necesarios para la identificación del votante, preservando el carácter secreto del voto.

Los apoderados de las listas oficializadas podrán designar uno o más fiscales para que asistan al acto de la elección desde su apertura hasta su cierre.

Deberá efectuarse un escrutinio provisorio que se hará en la misma mesa electoral, inmediatamente después de clausurado el comicio general, labrándose acta que será suscripta por las autoridades de la mesa electoral designadas por la autoridad electoral y los fiscales, quienes, además, podrán dejar constancia de sus observaciones.

Si se produjera una impugnación contra cualquiera de los actos del proceso electoral deberá expedirse la autoridad electoral. Si omitiera hacerlo en un plazo prudencial o su decisión fuera cuestionada, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social podrá, si se advirtiera la verosimilitud de la impugnación y la posibilidad de frustración de derechos frente a la demora, suspender el proceso electoral o la puesta en posesión de los cargos de las nuevas autoridades hasta que se resuelva definitivamente la impugnación.

Cuando la elección deba producirse en un congreso de delegados deberán respetarse las reglas establecidas para su funcionamiento en este decreto.

*La ley 25.674 (BO del 28/11/2002) establece la participación proporcional femenina*, al disponer que cada una de las unidades de negociación colectiva de las condiciones laborales debe contar con la participación proporcional de mujeres delegadas en función de la cantidad de trabajadores de dicha rama o actividad. De lo contrario, los acuerdos celebrados sin la representación proporcional de mujeres no son oponibles a las trabajadoras, salvo cuando fijen condiciones más beneficiosas.

*El dec. 514/2003 (BO del 10/3/2003) reglamenta la citada ley*, estableciendo que previo a la constitución de las comisiones negociadoras, las asociaciones sindicales de cualquier grado deben, juntamente con la designación de sus representantes, denunciar con carácter de declaración jurada, la cantidad porcentual de mujeres, sobre el total de los trabajadores que se desempeñan en el ámbito de negociación correspondiente, a fin de que la autoridad de aplicación verifique que se ha cumplido con la participación proporcional de mujeres.

En caso de incumplimiento de esa disposición, o de que la cantidad de mujeres denunciadas fuera inferior a la cantidad porcentual de ellas que se desempeñan realmente en el ámbito de negociación correspondiente, la autoridad de aplicación debe intimar a la organización sindical para que en el plazo de cinco días subsane la deficiencia, bajo apercibimiento de no constituir la comisión negociadora.

Asimismo, la ley 25.674 modifica el art. 18, ley 23.551, que establece los recaudos para integrar los órganos directivos, exigiendo que la representación femenina en los cargos electivos y representativos de las asociaciones sindicales sea de un mínimo del 30%, cuando el número de mujeres alcance o supere ese porcentaje sobre el total de los trabajadores.

Cuando la cantidad de trabajadoras no alcanza el 30% del total de trabajadores, el cupo para cubrir la participación femenina en las listas de candidatos y su representación en los car-

gos electivos y representativos de la asociación sindical es proporcional a su número. Las listas que se presenten deben incluir mujeres en esos porcentuales mínimos y en lugares que posibiliten su elección. La inobservancia de estos requisitos es sancionada con la imposibilidad de oficializar la lista.

El dec. reg. 514/2003 prevé que la junta electoral o el órgano que cumpla dicha función en las asociaciones sindicales de cualquier grado debe tener por cumplidos los porcentajes mínimos, cuando hayan sido verificados tanto sobre el total de los candidatos de la lista respectiva como sobre el total de cargos a cubrir en la elección de que se trate.

Debe comprobar la exactitud de dichos porcentajes sobre el total de afiliados registrados en el pertinente padrón de la jurisdicción correspondiente. Si el porcentaje mínimo arroja un número con fracción decimal, el concepto de cantidad mínima es igual al número entero inmediato superior. En todas las listas de candidatos se debe cumplir con los porcentajes mínimos exigidos respecto del total general de cargos a cubrir.

En el caso de cargos en órganos ejecutivos se debe cumplir el porcentaje mínimo, respecto de los totales parciales de cargos a cubrir para secretarías y para vocalías titulares y suplentes. En el caso de cargos en órganos deliberativos se debe cumplir el porcentaje mínimo también respecto de los totales parciales de cargos titulares y suplentes.

Si no se cumplieran los requisitos antes señalados no se pueden oficializar las listas, y las oficializadas que contravienen los extremos requeridos pueden ser impugnadas.

Consigna que las asociaciones sindicales de cualquier grado deben adecuar sus estatutos a las disposiciones de la ley, dentro del plazo de ciento ochenta días contados a partir del día hábil siguiente al de la publicación del decreto. De lo contrario, prevalecen las disposiciones de la ley por sobre lo establecido en el estatuto de que se trate. Las previsiones del art. 18, ley 23.551, modificado por el art. 3°, ley 25.674, y las de su decreto reglamentario se deben aplicar en la primera elección posterior a la adecuación estatutaria o al vencimiento del plazo fijado para su cumplimiento.

El *órgano deliberativo* que ostenta la máxima autoridad de las asociaciones sindicales es la *asamblea de afiliados*. En su ámbito, anualmente se eligen autoridades y, entre otros temas, se aprueban balances, modificaciones en el estatuto y se tratan proyectos de convenios colectivos. El orden del día de las asambleas —sean ordinarias o extraordinarias— se debe comunicar al Ministerio de Trabajo. Se requiere un mínimo del 15% de los afiliados o del 33% de los delegados congresales para que el consejo directivo pueda convocar una asamblea extraordinaria.

Las asambleas o congresos ordinarios deben ser convocados con no menos de treinta días de anticipación ni más de sesenta; los extraordinarios con no menos de cinco días. En ambos casos debe existir una publicidad inmediata y adecuada de la convocatoria que asegure el conocimiento de los representantes sindicales, incluyendo publicidad en la empresa, salvo que por razones de tiempo sea imposible, e incluya para las asambleas, la exhibición, en los lugares de trabajo, de folletos o carteles que mencionen el orden del día, el lugar de reunión de la asamblea y los requisitos para participar en ella y, para los congresos, comunicación a los delegados a dicho congreso u otro medio razonable de difusión previsto en el estatuto, con idénticas menciones a las previstas para las asambleas.

El congreso de las federaciones se integran con delegados elegidos por voto directo y secreto de los afiliados a los sindicatos adheridos en proporción al número de los afiliados cotizantes. El número de delegados de un sindicato al congreso de la federación no puede exceder del 20% del total de los delegados, cuando la federación esté integrada por más de cuatro sindicatos adheridos. Con esto se intenta que participen la totalidad de sindicatos que integran la federación, aunque no cuenten con un número significativo de afiliados cotizantes.

La realización del temario de las asambleas y congresos ordinarios deben ser comunicados a la autoridad de aplicación con una anticipación no menor de diez días de la fecha de su celebración. En cambio, cuando se trata de asambleas o congresos extraordinarios, la comunicación debe efectuarse inmediatamente después de su convocatoria y con una anticipación no menor de tres días de la fecha de su celebración.

El art. 20 enumera las facultades indelegables de las asambleas o congresos, que pueden clasificarse en:

— *normativas*: establecer el programa de acción que debe llevar adelante la asociación sindical para el cumplimiento de sus fines (inc. a]), ejercer las llamadas facultades constituyente y legislativa: aprobar y modificar el estatuto (inc. c]), los anteproyectos de convenciones colectivas de trabajo (inc. b]) y dar mandato con las instrucciones pertinentes a los delegados a congresos de asociaciones de grado superior (inc. d]);

— *federativas*: una asociación sindical puede fusionarse con otra, adherirse a una federación, o éstas adherirse a confederaciones; todo ello debe ser discutido y resuelto por las asambleas o congresos (inc. c]), con las limitaciones dispuestas por el art. 18, dec. reg. 467/1988;

— *patrimoniales*: ejercen las facultades de contralor económico-financiero (inc. c]), y fijar el monto de las cotizaciones ordinarias y extraordinarias que deberán abonar los afiliados, ya sean personas físicas en las asociaciones de primer grado o asociaciones de ese tipo o de segundo grado en el caso de federaciones o confederaciones (inc. e]).

## 11. Patrimonio de las asociaciones sindicales

Está *constituido por las prestaciones en dinero que recibe la asociación para su funcionamiento*. El *principal ingreso* son las cotizaciones, también llamadas *cuotas sindicales*, que son las sumas de dinero que los afiliados deben aportar en forma obligatoria por estar afiliados al gremio; dicha obligación —y su cuantía— surge del CCT aplicable o bien de lo dispuesto en la asamblea de la asociación.

*La cotización ordinaria se descuenta mensualmente al trabajador y el empleador actúa como agente de retención de la asociación sindical*, por lo cual debe depositar la suma retenida en una cuenta a nombre del sindicato.

A fin de evitar onerosos sistemas de recaudación y la eventualidad de evasión por parte de los trabajadores respecto de la obligación de integrar las cotizaciones (afiliados) y contribuciones de solidaridad (no afiliados), se establece que dichos aportes son descontados directamente de sus remuneraciones por los empleadores, que actúan como agentes de retención.

Tales retenciones deben ser autorizadas por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, a solicitud de la entidad sindical interesada. Contrariamente al principio imperante en materia de procedimientos administrativos, el silencio de la autoridad administrativa por el plazo que tiene para expedirse (treinta días) no es considerado como denegatoria, sino como tácita autorización. El propósito de la disposición es evitar que —por vía de omisión— la autoridad administrativa pueda tomar injerencia en la autonomía financiera de la asociación sindical, obstruyendo la integración de su patrimonio.

Con una antelación no inferior a diez días del primer pago al cual resulte aplicable la retención, la asociación sindical debe comunicar al empleador —mediante la entrega de una copia autenticada— la resolución del Ministerio de Trabajo.

El empleador debe requerir a sus dependientes que denuncien si están o no afiliados y comunicar al sindicato la nómina de afiliados, sus remuneraciones y los importes correspondientes a cada trabajador, así como depositar a la orden de la asociación sindical los montos retenidos dentro de los quince días subsiguientes al mes en que se devengaron los haberes objeto de

la retención: si no la realiza se convierte en deudor directo de la asociación sindical por el monto correspondiente; en tal caso la mora sobreviene en forma automática.

El plazo de prescripción de la acción para el cobro de aportes es de cinco años. En caso de incumplimiento, el cobro judicial se efectúa por vía de apremio o de ejecución fiscal.

La *cotización extraordinaria*, en cambio, consiste en un pago especial motivado por una circunstancia distinta a las habituales.

Las *contribuciones de solidaridad* son aportes extraordinarios obligatorios que la entidad sindical tiene derecho a exigir a los trabajadores no afiliados; en general, se establecen con motivo de la negociación y firma de un nuevo CCT, y con relación a los incrementos salariales obtenidos.

Son admitidas por la legislación vigente y por el Comité de Libertad Sindical de la OIT; sin embargo, su exigibilidad divide a la doctrina:

— Quienes la admiten argumentan que toda representación autoriza al mandatario a recuperar los gastos generados por ella, y que el sindicato, al celebrar un CCT lo hace representando a todos los trabajadores de su ámbito; algunos, incluso, encuadran la cuestión dentro de la figura de la "gestión de negocios", en virtud de la cual el gestor puede reclamar al beneficiado los gastos generados por la gestión útil.

— Los que la rechazan sostienen que resulta violatoria de la faz negativa de la libertad sindical (derecho a no afiliarse) y que lesiona la intangibilidad de la remuneración, por cuanto genera descuentos no consentidos.

Si bien las cotizaciones —ordinarias y extraordinarias— son la fuente de ingreso fundamental de la asociación profesional, existen otras que son de carácter *complementario*: por un lado, están las *rentas de las cotizaciones*, que surgen de la diferencia entre ingresos y egresos, invirtiéndose el saldo positivo y obteniendo ganancias por los intereses que genera; y, por otro lado, las *donaciones o herencias* a favor de la asociación sindical, motivadas por la simple decisión del benefactor o causante.

El párr. 1°, art. 39, establece que "los actos y bienes de las asociaciones sindicales con personería gremial destinados al ejercicio específico de las funciones propias previstas en los arts. 5° y 23, estarán exentos de toda clase de gravamen, contribución o impuesto. La exención es automática y por la sola obtención de dicha personería gremial".

La exención sólo rige para las asociaciones sindicales con personería gremial y alcanza los inmuebles en que funcionan locales sindicales, los muebles que en ellos se hallen, cualquier patrimonio de afectación que constituyan para cumplir sus fines (farmacias, prestaciones médico-asistenciales, de recreación, escuelas, etcétera).

El dec. 760/2001 (BO del 13/6/2001) reglamentó el párr. 2°, art. 39, ley 23.551, que dispone que "el Poder Ejecutivo nacional gestionará con los gobiernos provinciales y por su intermedio de las municipalidades, que recepten en su régimen fiscal, el principio admitido en este artículo". Este decreto faculta al Ministerio de Trabajo para que gestione ante las jurisdicciones provinciales y municipales la incorporación en sus regímenes fiscales del principio de exención a favor de la asociaciones sindicales admitidas por la normativa nacional.

El art. 9° dispone que "las asociaciones sindicales no podrán recibir ayuda económica de empleadores, ni de organismos políticos nacionales o extranjeros. Esta prohibición no alcanza a los aportes que los empleadores efectúen en virtud de normas legales o convencionales".

Esta prohibición implica un reconocimiento del principio de pureza, en virtud del cual se preserva la autonomía de las asociaciones sindicales respecto de cualquier injerencia externa.

La excepción, contenida en el párr. 2°, contempla los aportes patronales cuya obligatoriedad emana de disposiciones legales o convencionales.

Estos aportes se destinan a fines previamente determinados, como la financiación de obras de carácter asistencial, previsional o cultural. La fuente de la cual emana la exigibilidad de esos aportes —que determina su monto y periodicidad— y el destino específico asignado excluye la posibilidad de injerencia en la autonomía sindical.

Las cuotas que abonan los afiliados se integran al patrimonio de la asociación sindical y se afectan al cumplimiento de sus fines sociales; por lo tanto, no pueden ser recuperadas en caso de renuncia a la afiliación o expulsión.

## 12. Representación sindical en la empresa. Delegados del personal

### *12.1. Derechos de los trabajadores*

El art. 4° establece que los trabajadores tienen los siguientes *derechos*:

*a) Constituir libremente y sin necesidad de autorización previa una asociación sindical.* El art. 2°, convenio 87 de la OIT, dispone que los trabajadores son titulares del derecho de crear los sindicatos que estimen convenientes, y ese derecho no puede ser limitado por el Estado (del cual no se necesita un permiso previo, no pudiendo imponer requisitos reglamentarios abusivamente restrictivos) ni por los empleadores (que no deben obstaculizar el ejercicio de esa facultad).

*b) Afiliarse a las ya constituidas, no afiliarse o desafiliarse.* Esta facultad tiene un aspecto positivo (derecho a afiliarse y permanecer) y otro negativo (derecho a no afiliarse o a desafiliarse); el derecho a no afiliarse comprende tanto el de no hacerlo a una organización sindical determinada como a ninguna de las organizaciones existentes.

Las causas de rechazo de una solicitud de afiliación están taxativamente enumeradas en el art. 2°, dec. reg. 467/1988: no cumplir con los requisitos estatutarios de forma; no ser trabajador de la actividad, profesión, oficio, categoría o empresa representada por el sindicato; no haber transcurrido un año desde la expulsión del mismo sindicato; estar procesado o haber sido condenado por delito en perjuicio de la asociación sindical, sin que hubiere transcurrido un plazo igual al de la prescripción de la pena desde la finalización de su cumplimiento.

*c) Reunirse y desarrollar actividad sindical.* Los trabajadores tienen derecho a reunirse en el lugar de trabajo con los delegados o la comisión interna: para celebrar asambleas, para recibir informaciones, con motivo de procesos electorales, etc. Este derecho debe ser ejercido previo aviso al empleador, y en tiempo y lugar en que causen el menor perjuicio posible. La obstrucción a este derecho o la sanción a quienes lo ejerzan configura práctica desleal (art. 53, inc. e]).

*d) Peticionar ante autoridades y empleadores.* Los trabajadores tienen derecho a peticionar a los representantes gremiales en el lugar de trabajo, a los organismos internos de la asociación (para solicitar convocatoria a asamblea extraordinaria —art. 19, inc. b]— o revocar el mandato de un delegado —art. 42—, etc.), y ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, ante incumplimientos del empleador o irregularidades en la asociación.

*e) Participar en la vida interna de las asociaciones sindicales.* La participación de los trabajadores en la vida interna de la asociación es un requisito de la democracia sindical, y su expresión básica está contenida en el art. 8°. Los derechos electorales tienen un aspecto activo y uno pasivo, esto es, comprenden la facultad de participar en los comicios integrando una lista o presentándola, de elegir mediante el sufragio, de integrar organismos de control e impugnar los comicios en caso de irregularidades.

*f) Elegir representantes, ser elegidos y postular candidatos. Los delegados del personal y los integrantes de las comisiones internas son la representación en el lugar de trabajo de los trabajadores* ante el empleador, la asociación sindical y la autoridad administrativa del trabajo

(cuando ésta actúa de oficio en el sitio mencionado, efectuando inspecciones); también representa a la asociación sindical ante el trabajador y el empleador (art. 40).

La representación sindical de base, esto es, que opera en el lugar de trabajo (delegado de personal, comisión interna, etc.), constituye el estamento antiburocrático por excelencia de la organización gremial. Es elegida por voto directo y secreto de todos los trabajadores del sector representado (afiliados y no afiliados), y tiene una función múltiple o compleja, ya que representa:

— a los trabajadores, ante el empleador;

— a los trabajadores, ante el sindicato;

— a los trabajadores, ante la autoridad administrativa del trabajo que actúe de oficio en el lugar de prestación;

— al sindicato, ante los trabajadores;

— al sindicato, ante el empleador.

*12.2. Requisitos*

*Para poder ser electo delegado de personal*, el trabajador debe:

— estar afiliado a la asociación sindical con personería gremial y ser elegido en comicios convocados por ésta por voto directo y secreto de los trabajadores que representará;

— contar con una antigüedad mínima de un año en la afiliación;

— tener 18 años como mínimo;

— revistar al servicio de la empresa durante todo el año aniversario anterior a la elección (art. 41).

Los delegados de personal y miembros de comisiones internas son elegidos por el voto directo y secreto de todos los trabajadores (afiliados y no afiliados al sindicato) del sector al que pretenden representar.

La ley no establece la obligatoriedad del voto, pero no existe impedimento para que el estatuto de alguna asociación gremial (de hecho así ocurre) la disponga; obviamente la obligatoriedad nunca puede alcanzar a los no afiliados, a quienes no se les aplican las normas estatutarias.

El requisito de contar con una antigüedad mínima en el empleo de un año reconoce excepciones, que están relacionadas con la índole de la actividad (aquellas con gran movilidad de la mano de obra, como la construcción) y con la modalidad contractual (trabajadores de temporada, por ejemplo, en los cuales el período de actividad es siempre inferior a un año).

La *duración del mandato* es de *dos años*, pudiendo ser revocado por asamblea convocada por el órgano directivo a petición del 10% del total de los representados (art. 42).

Si bien la finalización normal del mandato sobreviene al extinguirse el período para el cual fue electo, existen otras causales de cese (renuncia, muerte, etc.). La que aquí se regula está estrechamente relacionada con la subsistencia de la legitimidad del mandato —por un lado— y con la índole múltiple o compleja de la representación —por el otro—.

La remoción o revocación del mandato implica el retiro de la confianza, y puede ser dispuesta:

— *por los mismos trabajadores que lo eligieron*, en una asamblea convocada por el órgano directivo de la entidad sindical por decisión propia o a requerimiento del 10% del total (afiliados y no afiliados) de los representados;

— *por decisión de la asociación sindical*, en determinación votada por dos tercios de su máximo organismo deliberativo (asamblea o congreso).

De lo expuesto se puede concluir, con López, que el sistema implementado afianza la democracia sindical, por cuanto el mandato del delegado no puede ser revocado por las autorida-

des administrativas de la entidad sindical sino por su asamblea o congreso o por la asamblea de los trabajadores que eligieron al delegado.

*12.3. Condiciones de elegibilidad*

La asociación sindical debe comunicar al empleador el nombre de los postulantes y también pueden hacerlo los candidatos. La asociación sindical debe comunicar tal circunstancia a cada empleador cuyos dependientes estén postulados indicando: 1) los datos personales, 2) el cargo al cual aspiran, 3) la fecha de recepción. Debe, asimismo, emitir para cada candidato que lo solicite un certificado en el cual consten dichas circunstancias. Este certificado debe ser exhibido al empleador por el candidato que comunique por sí su postulación.

Comparto la doctrina de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que sostiene que la comunicación al empleador de la postulación o designación, en su caso, en un cargo de representación gremial, es constitutiva del derecho a la estabilidad que el ordenamiento sindical garantiza en el art. 50, ley 23.551. Esta formalidad, que no puede ser suplida por la sospecha ni aun por la certeza de que el principal dispone de información suficiente en orden a las candidaturas propuestas en el seno de su empresa, ya que aun en esta hipótesis el recaudo del legislador no fue cumplido.

Se ha resuelto que la comunicación al empleador se probará mediante telegrama o carta documento u otra forma escrita (Sup. Corte Bs. As., 16/8/1994, "Varra, José S. v. Expreso Gral. Sarmiento SA"). Por imperio legal, para que surta efecto la garantía establecida en el art. 48 del ordenamiento citado deben observarse los recaudos previstos en el art. 49 del mismo cuerpo legal, regulándose específicamente que la comunicación al empleador se probará mediante el telegrama, carta documento u otra forma escrita" (Sup. Corte Bs. As., 9/5/1995, "Arteaga José Luis v. Manduci, Salvador"; 28/12/1995, "Tagua, Juan y otros v. Industrias Magromer Cueros y Pieles SA").

La doctrina de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, a partir de la sanción de la ley 23.551, exige el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 49, inc. b), del mencionado estatuto legal, partiendo de la base de que la comunicación es constitutiva y que no puede suplirse por la sospecha ni aun por la certeza de que el principal dispone de la información suficiente en orden a la candidatura o designación en el seno de su empresa (Sup. Corte Bs. As., 25/4/2001, "Mattera, Carlos Alberto v. YPF SA s/acción de reinstalación", L. 76788).

Para impugnar un nombramiento de delegado no basta con la simple oposición verbal del empleador, ni tampoco con la negativa de hecho a reconocerle esa calidad, impidiéndole que desempeñe sus funciones como tal o desconociéndole las demás prerrogativas del cargo. La impugnación patronal debe ser un acto formal, efectuado por el empresario ante la autoridad de la organización sindical, en el que se expresarán las causas en que se funda el impugnante, cuya prueba correrá por cargo de aquél. La impugnación debe ser contemporánea —o sea inmediata— a la recepción de la comunicación que notifica el nombramiento del delegado. El empleador pierde la oportunidad de impugnar la designación de los delegados, si no ha ejercido ese derecho de oposición en el momento indicado. La doctrina señala que una cosa es la impugnación al acto eleccionario, y otra cosa distinta es la impugnación al nombramiento en sí mismo que puede formular el empleador una vez que formalmente ha sido notificado de la designación del delegado gremial, la que puede fundarse en que la designación ha sido hecha violando los requisitos exigidos por la ley, los estatutos o las prácticas sindicales usuales del gremio, e inclusive lo contemplado en el CCT (por ejemplo, si el delegado electo carece de las condiciones que fija el estatuto, si está afectado por alguna inhabilidad, si no ha sido elegido por la mayoría de los trabajadores del establecimiento, si el número de delegados elegidos supera el que estable-

cen los estatutos, si el voto no ha sido directo ni secreto) (Juzg. Lab. Corrientes, n. 2, 12/9/1998, "Fernández, Juan Ramón v. Gatic SA").

### *12.4. Funciones del delegado*

Como bien señala Guillermo López, en doctrina se ha planteado el interrogante de determinar la naturaleza del delegado, es decir, si constituye o no una autoridad sindical. Se ha distinguido entre dos posibles situaciones opuestas: el delegado de personal, como representante del plantel de trabajadores de la empresa, electo sin injerencia del sindicato, y el delegado sindical elegido por el sindicato entre los trabajadores de la empresa pero sin intervención del personal. En la Argentina, la realidad ha producido una síntesis entre ambas posibilidades: el delegado es electo por todo el personal de la empresa, afiliado o no, pero con la intervención del sindicado al que deben estar afiliados los electos.

Las principales son las siguientes:

— verificar la aplicación de las normas legales o convencionales y participar de las inspecciones que disponga la autoridad administrativa;

— reunirse con el empleador periódicamente;

— presentar ante los empleadores o sus representantes los reclamos de los trabajadores en cuyo nombre actúan, previa autorización de la asociación sindical (art. 43).

La norma enumera tres tipos de atribuciones que tienen los delegados de personal, comisiones internas y similares: *derecho de verificación o contralor, derecho de reunirse periódicamente con la representación empresaria* y *derecho a presentar reclamos o quejas ante los empleadores o sus representantes*.

Sin embargo, tal enumeración no es taxativa, sino meramente enunciativa, ya que los estatutos y la costumbre generalmente ponen en cabeza de dichos representantes las funciones de *dar publicidad a las comunicaciones sindicales* (en forma oral, mediante carteleras, reparto de volantes, etc.), de *asesorar y dar información a la dirigencia sindical* (llevar las inquietudes, necesidades y reclamos de la base hacia los estamentos superiores de la organización), y de *convocar a asambleas de personal del establecimiento* (previa comunicación al empleador y en tiempo y lugar que causen el menor perjuicio posible a su actividad), entre otras.

### *12.5. Obligaciones del empleador*

Sin perjuicio de lo acordado en el convenio colectivo, el empleador debe:

— facilitar un lugar para el desarrollo de las tareas de los delegados del personal;

— concretar las reuniones periódicas con los delegados;

— conceder a cada delegado del personal para el ejercicio de sus funciones un crédito en horas mensualmente retribuidas según el convenio colectivo (art. 44).

El "crédito de horas mensuales retribuidas" sustituye los *permisos* o *franquicias* que tradicionalmente los usos de empresa otorgaban a los delegados de personal o miembros de comisión interna para faltar a sus tareas o retirarse del establecimiento en horas de labor, con el fin de realizar trámites ante la autoridad administrativa del trabajo, organismos asistenciales, previsionales, o para concurrir al local sindical, ya que no gozan de licencia gremial.

Ello implica el otorgamiento de una cantidad de horas convencionalmente establecida. Si se constatara el uso indebido de tales horas (con fines particulares o ajenos a esas causas), el empleador podría aplicar sanciones disciplinarias. Varía según las actividades, las necesidades de

producción, el no entorpecimiento de ésta y el necesario consenso sobre este punto para evitar perturbaciones funcionales en la comunidad laboral.

En cuanto al lugar para el desarrollo de la actividad sindical, interesa señalar un fallo del Tribunal de Trabajo de San Isidro n. 2 (19/10/1993, "Productos Mayco SA"), que dispone que previendo la convención colectiva de trabajo la necesidad de facilitar a los trabajadores gremialistas un lugar adecuado para la defensa de los intereses de los trabajadores y para el legítimo ejercicio de su representación, ello no implica que se debe contar con un lugar "exclusivo" y de disponibilidad permanente, cumpliendo su obligación la empresa demandada si para dichas reuniones pone a disposición de aquéllos el comedor de la empresa sin límite de tiempo.

### *12.6. Cantidad de delegados*

Salvo disposiciones del convenio colectivo, el número de delegados varía según la cantidad de trabajadores que preste servicios en una empresa:

— de diez a cincuenta trabajadores corresponde un delegado;

— de cincuenta y un trabajadores a cien es de dos delegados;

— a partir de ciento un trabajadores corresponde un representante más cada cien (art. 45).

Es una norma supletoria, que fija una representación mínima que puede ser mayor en las disposiciones contenidas en los CCT, y que se aplica también en el improbable caso de que la cuestión no hubiere sido expresamente regulada convencionalmente.

En los establecimientos que tienen más de un turno de trabajo debe haber, como mínimo, un delegado por turno (art. 46).

No obstante, un CCT puede fijar otros extremos, que al beneficiar la norma de orden público resulta prevalente, como, por ejemplo, el CCT 419/2005 (14/10/2005) de la Unión Obreros y Empleados de la Industria Plástica.

Conforme el acta acuerdo vigente entre las partes representativas del sector, el art. 32, inc. e), establece: "1. De diez a treinta trabajadores: un delegado; 2. De treinta y uno a sesenta trabajadores: dos delegados; 3. De sesenta y uno a cien trabajadores: tres delegados; 4. Más de cien trabajadores y hasta trescientos: un delegado cada cincuenta que exceda la cantidad de cien; 5. Más de trescientos trabajadores, un delegado adicional por cada cien trabajadores que excedan de dicho límite máximo. Cuando corresponda elegir un delegado conforme la ocupación de diez a treinta trabajadores, se elegirá también un subdelegado, quien en caso de existir más de un turno de trabajo deberá estar ocupado en distinto turno que el titular".

### *12.7. Reserva de puesto*

Los trabajadores que ocupen cargos electivos o representativos, o cargos políticos en los poderes públicos, tienen derecho a una licencia automática sin goce de haberes; se trata de la reserva del puesto por todo el tiempo que dure su mandato, más treinta días a partir de su finalización. La licencia se considera tiempo de trabajo a los efectos de la antigüedad.

El tema se desarrolla en el capítulo "Suspensión del contrato de trabajo".

### *12.8. Estabilidad gremial*

El delegado continúa trabajando y no puede ser suspendido, modificada su condición de trabajo, ni despedido durante su mandato y un año posterior a su cese (salvo justa causa). A partir de la postulación a un cargo de representación sindical, no puede ser despedido ni modifica-

da su condición de trabajo por seis meses. La estabilidad especial desaparece en caso de cesación de las actividades del establecimiento o de suspensión general de tareas.

### *12.9. Prescripción*

El curso de la prescripción respecto de las acciones por cobro de indemnización y de los salarios caídos se interrumpe con la promoción de las acciones por reinstalación o por restablecimiento de las condiciones de trabajo. Dicha interrupción se prolonga durante todo el tiempo que demande la tramitación del proceso correspondiente, de modo que el curso de la prescripción comienza una vez que recaiga pronunciamiento firme en cualquiera de los supuestos.

### *12.10. Controladores laborales*

Se trata de representantes del sindicato, habilitados para fiscalizar —por medio de la "policía sindical"— el efectivo cumplimiento del registro de los trabajadores por parte de los empleadores.

Tienen como fuente el dec. 1183/1996 y la res. 1029/1996 MT, que establecen, entre otros puntos, que los controladores laborales pueden detectar trabajadores no registrados (sólo pueden pedir el libro del art. 52, LCT) y solicitar la colaboración de la policía laboral local (si existen irregularidades los empleadores pueden denunciar tal circunstancia al Ministerio de Trabajo).

El sindicato con personería gremial debe suscribir un convenio y presentar postulantes, el Ministerio de Trabajo los habilita (la habilitación dura un año) e inscribe en un registro, extendiéndoles una credencial (se habilita un controlador laboral por provincia y uno por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

### *12.11. Ratificación del convenio 135 de la OIT (ley 25.801)*

El 9/4/2008 fue publicada la decisión presidencial de ratificación del convenio 135 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores en la empresa (1971), que fuera oportunamente aprobado por la ley 25.801 (BO del 2/12/2003).

Con esta ratificación se incorpora a nuestro derecho positivo la protección y facilidades de los representantes de los trabajadores en la empresa —garantías de los derechos de los delegados y miembros de comisiones internas de los establecimientos donde prestan tareas los trabajadores—, sin perjuicio de destacar que nuestra legislación contempla los derechos mínimos inderogables a los que hace referencia el convenio (Constitución Nacional y ley 23.551).

El convenio 135 de la OIT se refiere a las garantías relativas a la estabilidad laboral y las formas del ejercicio de la función representativa, haciendo más efectiva la protección que garantice el correcto ejercicio de la representación sindical en la empresa, ya que refuerza las garantías que surgen del art. 14 bis, CN, y del diseño de la ley 23.551.

Se trata de un instrumento que eleva el nivel protectorio de los representantes de los trabajadores en la empresa a la categoría de supralegal, que se refiere no sólo a la estabilidad del representante sino también a aspectos vinculados a la libertad sindical.

Tutela la estabilidad en el empleo, garantizando que no podrá ser despedido por su condición de representante ni por el ejercicio de la función representativa, y garantiza que no podrá ser cesanteado por motivo de su afiliación al sindicato, ratificando el derecho a la libre sindicalización que para todos los trabajadores se establecen por los convenios 87 y 98 de la OIT.

También protege la forma del ejercicio de la tarea del representante, para que pueda desarrollarla sin obstáculos, lo cual apunta fundamentalmente a la conducta del empleador frente a la actividad de los representantes de los trabajadores, por ejemplo, permitiendo la libre comunicación entre el representante y sus representados. Todo ello en un marco de razonabilidad, de modo que los derechos de los representantes del personal se ejerzan efectivamente pero sin perjudicar el funcionamiento de la empresa

## 13. Prácticas desleales

Se trata de *prácticas contrarias a la ética de las relaciones profesionales de los empleadores o asociaciones profesionales*. La práctica desleal es una conducta típica —debe estar prevista legalmente— del empleador o de las asociaciones profesionales que los agrupan, que en forma directa o indirecta, por acción u omisión, tiene como propósito obstruir o dificultar el normal desarrollo de las actividades de las asociaciones sindicales.

La ley 23.551 enumera, en el art. 53, distintos casos de prácticas desleales de los empleadores hacia los trabajadores.

La enumeración es taxativa, de modo que no pueden considerarse prácticas desleales otras conductas análogas aun cuando pudieran encuadrar en ese concepto. Ello obedece a que las sanciones a las cuales pueden dar lugar (multas administrativas) son de carácter cuasipenal, rigiendo —por ende— el principio de improcedencia de aplicación de pena sin ley previa.

En caso de advertirse la existencia de una práctica desleal, la asociación sindical debe efectuar la denuncia ante el Ministerio de Trabajo y éste —en caso de constatarla— puede sancionar a la empresa con una multa. Dicha sanción es apelable ante la justicia del trabajo en cuyo ámbito territorial se produjo la práctica desleal.

Están legitimados para promover la denominada *querella* por práctica desleal tanto la asociación sindical (simplemente inscripta o con personería gremial) como el trabajador individualmente, pudiendo iniciarla ambos en forma conjunta.

Resulta competente para entender en dicha querella (que es un proceso de conocimiento) el juez o tribunal del trabajo de la jurisdicción que corresponda (conf. art. 63, inc. 1°).

El art. 53 enumera las siguientes *prácticas desleales*:

*a)* subvencionar en forma directa o indirecta una asociación sindical de trabajadores;

*b)* intervenir o interferir en la constitución, funcionamiento o administración de un ente de este tipo;

*c)* obstruir, dificultar o impedir la afiliación de los trabajadores a una de las asociaciones reguladas por esta ley;

*d)* promover o auspiciar la afiliación de los trabajadores a determinada asociación sindical;

*e)* adoptar represalias contra los trabajadores en razón de su participación en medidas legítimas de acción sindical o en otras actividades sindicales o de haber acusado, testimoniado o intervenido en los procedimientos vinculados a juzgamiento de las prácticas desleales;

*f)* rehusarse a negociar colectivamente con la asociación sindical capacitada para hacerlo o provocar dilaciones que tiendan a obstruir el proceso de negociación;

*g)* despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de su personal, con el fin de impedir o dificultar el ejercicio de los derechos a que se refiere esta ley;

*h)* negarse a reservar el empleo o no permitir que el trabajador reanude la prestación de los servicios cuando hubiese terminado de estar en uso de la licencia por desempeño de funciones gremiales;

*i)* despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de los representantes sindicales que gocen de estabilidad de acuerdo con los términos establecidos por este régimen, cuan-

do las causas del despido, suspensión o modificación no sean de aplicación general o simultánea a todo el personal;

*j)* practicar trato discriminatorio, cualquiera sea su forma, en razón del ejercicio de los derechos sindicales tutelados por este régimen;

*k)* negarse a suministrar la nómina del personal a los efectos de la elección de los delegados de la entidad gremial en los lugares de trabajo.

El art. 55 dispone que las prácticas desleales se sancionarán con multas que serán fijadas de acuerdo con los arts. 4° y ss., ley 18.694, de infracciones a las leyes de trabajo. La ley 18.694 fue derogada por el art. 15, inc. 1°, del anexo II de la ley 25.212 (BO del 6/1/2000); el Régimen General de Sanciones por Infracciones Laborales está regulado en dicho anexo II. Por ello, la remisión a los arts. 4° y 5°, ley 18.694, que realiza el inc. 1° del artículo en análisis debe entenderse referenciada a la nueva regulación legal (arts. 5°, puntos 2, 3 y 4, y 8°, punto 1, del anexo II, ley 25.212), que prevé multas desde un mínimo de $ 250 hasta un máximo de $ 5000 por cada trabajador afectado en caso de pluralidad de damnificados; dicho máximo puede agravarse en caso de reincidencia adicionándole "una suma que no supere el 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".

Sin embargo, las partes están obligadas a negociar de buena fe en el marco de la negociación colectiva; la vulneración de este presupuesto constituye una conducta que la ley 25.877 en su art. 20, inc. e), sustitutivo del art. 4°, ley 23.546, expresamente dispone: "Cuando alguna de las partes, se rehusare injustificadamente a negociar colectivamente vulnerando el principio de buena fe, en los términos del inc. a), la parte afectada por el incumplimiento podrá promover una acción judicial ante el tribunal laboral competente, mediante el proceso sumarísimo establecido en el art. 498, CPCCN, o equivalente de los Códigos Procesales Civiles provinciales. El tribunal 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 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 10% por cada cinco días de mora en acatar la decisión judicial. En el supuesto de reincidencia el máximo previsto podrá elevarse hasta el equivalente al 100% de esos montos. Sin perjuicio de ello, el juez, a petición de parte, podrá también aplicar lo dispuesto por el art. 666 bis, CCiv. Cuando cesaren los actos que dieron origen a la acción entablada, dentro del plazo que establezca la decisión judicial, el monto de la sanción podrá ser reducido por el juez hasta el 50%. Todos los importes que así se devenguen tendrán como exclusivo destino programas de inspección del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social".

Se trata de una acción tendiente a sancionar la conducta que en el marco de la ley 25.877 amplía en relación con la tipificada en el art. 53, ley 23.551, cuando se refiere en su inc. f) a rehusarse a negociar colectivamente con la asociación sindical capacitada para hacerlo o provocar dilaciones que tiendan a obstruir el proceso de negociación; puede colegirse este agravamiento en el marco de la ley 25.877.

En caso de que la práctica desleal sea cometida por una asociación profesional representativa de empleadores, el inc. 2° otorga facultad al juez competente para fijar el monto de la multa.

Para establecer su cuantía, el juez toma en consideración la gravedad de la falta, la cantidad de trabajadores perjudicados, la existencia o no de antecedentes y su eventual reiteración, la repercusión social producida y el caudal económico de la entidad sancionada, ya que la multa no puede superar el 20% de sus ingresos provenientes *de las cuotas que debían pagar los afi-*

*liados* (no de las efectivamente ingresadas, que pueden ser inferiores por mora de los deudores) en el mes en que se cometió la infracción.

La referencia a la *actualización* de las multas debe entenderse derogada por el art. 10, ley 23.928 (de Convertibilidad), no obstante lo cual podría aplicarse a su respecto un interés compensatorio en los términos del acta 2155 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (del 24% anual desde el 1/4/1991 hasta el 31/3/1992, del 15% anual desde el 1/4/1992 hasta el 31/3/1993, y del 12% anual a partir del 1/4/1993), y del acta 2357 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (del 7/5/2002) —modificada por res. 8 (del 30/5/2002)— a partir del 1/1/2002 (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).

Como el propósito de la norma no es sólo sancionatorio sino también reparador, se dispone que en caso de condenarse a cesar en la práctica desleal (si no fuese de comisión instantánea sino continuada en el tiempo) y mantenerse la reticencia del infractor, el importe originario de la multa se incremente a razón de 10% por cada cinco días de mora en el cumplimiento de la orden judicial. Al contrario, el cumplimiento en tiempo y forma de la condena puede (es facultad del juez así disponerlo) beneficiar al infractor, ya que en tal supuesto se halla en condiciones de solicitar una reducción de la multa de hasta el 50% (inc. 4°).

La destinataria del importe de las multas es la autoridad administrativa del trabajo (inc. 3°), que debe aplicarlo a mejorar el servicio de inspección del trabajo.

Sin perjuicio de lo establecido en el inc. 3°, se faculta a los perjudicados por las prácticas desleales para requerir la imposición de *astreintes* (condenaciones conminatorias de carácter pecuniario) al empleador o la asociación infractora, a fin de hacer cesar la práctica desleal. El propósito de tal disposición, dado que el importe de las multas tiene como destinatario el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, es incentivar al damnificado por la infracción a denunciarla, ya que el monto de las *astreintes* se establece en su favor (inc. 2° *in fine*).

Contrariamente a lo dispuesto en anteriores ordenamientos legales, no se ha fijado plazo de caducidad alguno, por lo cual corresponde entender que únicamente opera el plazo de prescripción regulado en el art. 256, LCT. Ello lo corrobora el art. 11, anexo II, ley 25.212, que fija en dos años el plazo de prescripción "de las acciones emergentes de las infracciones previstas en esta ley", así como también de las sanciones impuestas, en cuyo caso se computa desde el momento en que quedan firmes.

## 14. Facultades de la autoridad de aplicación

Las facultades de la autoridad de aplicación están reguladas en el art. 56, ley 23.551. Entre las facultades con que cuenta la autoridad de aplicación —ya analizadas— se encuentran las de inscribir asociaciones, otorgarles personería gremial y llevar los registros respectivos.

El esquema dispuesto por la ley 23.551, con apego a los principios de libertad y autonomía sindical consagrados en el art. 14 bis, CN, y en los convenios 87 y 98 de la OIT, eliminó facultades excesivas y violatorias de esos principios que la ley *de facto* 22.105 confería a la autoridad administrativa del trabajo; por ejemplo, intervenir asociaciones sindicales sin participación de la justicia, suspender o cancelar su personería gremial en igual forma, etcétera.

Con excepción de los supuestos extraordinarios que se analizarán con relación al inc. 4°, art. 56, ley 23.551, la normativa veda a la autoridad administrativa de aplicación la posibilidad de intervenir *per se* a una asociación sindical o de disponer la cancelación de su personería gremial.

Tales medidas pueden ser peticionadas por la autoridad administrativa del trabajo en sede judicial, resultando competente la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (art. 62, inc. a]).

Para que ello ocurra, el sindicato debe haber incurrido en violaciones a sus disposiciones estatutarias o a las legales (inc. 2°, a]) o incumplido disposiciones dictadas por el Ministerio de Trabajo en ejercicio de sus funciones (inc. 2°, b]), persistiendo en tales conductas no obstante la intimación cursada para que las dejara sin efecto. También si se comprueba que incurrió en graves irregularidades administrativas (inc. 3°, b]): en este caso, la asociación sindical que se pretende intervenir o cuya personería gremial se propone cancelar debe ser parte en el proceso, a fin de garantizar en debida forma su derecho de defensa en juicio.

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, en el aspecto institucional orgánico, debe fiscalizar el cumplimiento de todas las normas (tanto legales como estatutarias), como la realización periódica de asambleas o congresos ordinarios y su convocatoria en tiempo y forma, y la renovación en los plazos pertinentes de las autoridades de la asociación sindical (inc. 4°).

En caso de que omita realizar dicha convocatoria, no obstante la intimación cursada por la autoridad administrativa, puede suplir el incumplimiento designando delegados con el único propósito de realizar la convocatoria y ejecutar los actos necesarios para la realización de la elección y asunción de las autoridades triunfantes.

Si se diera el supuesto de acefalía no subsanable estatutariamente, la autoridad administrativa está facultada para designar un funcionario con el fin de regularizar la situación.

Si la irregularidad consiste en la omisión de convocar a asamblea o congreso en tiempo y forma, la autoridad administrativa cuenta con facultades para intimar a la asociación sindical a que la subsane; no acatada la intimación, puede convocarla, fijando el temario pertinente.

Al igual que en anteriores ordenamientos legales, se adopta la postura ampliamente mayoritaria en la doctrina, habitualmente llamada *centralista* (por oposición a la *federalista*), para la cual la regulación y fiscalización de las organizaciones sindicales —teniendo en cuenta la estructura del *modelo sindical argentino*, en el cual la acción sindical traspasa los límites jurisdiccionales provinciales— debe estar dada por un régimen uniforme para todo el país.

## 15. Conflictos sindicales

Se pueden diferenciar *dos tipos de conflictos en las asociaciones sindicales*: los intrasindicales y los intersindicales.

*Los conflictos intrasindicales se revelan en aquellas controversias que se plantean dentro de una misma asociación sindical.*

*Los conflictos intersindicales son los que se presentan entre dos o más entidades gremiales.*

En la práctica, resulta habitual que la cuestión litigiosa se circunscriba a lo que se conoce como "encuadramiento", es decir, cuando cada una de las distintas asociaciones profesionales de trabajadores entiende que le corresponde la representación de los trabajadores pertenecientes a una actividad o un establecimiento.

Guillermo López lo define como un conflicto intersindical de derecho, por el que dos asociaciones profesionales de primer grado, con personería gremial, pretenden poseer la representación gremial del personal de una o varias empresas.

Se debe distinguir el *encuadramiento sindical* del *encuadramiento convencional*: en este último, la cuestión por determinar es si un grupo de trabajadores está comprendido en el ámbito personal o profesional de aplicación de un CCT, conforme la representatividad de las partes que lo han celebrado.

Se trata de un acto jurisdiccional, ya que pretende establecer cuál es el convenio colectivo que rige para un sector productivo o un trabajador, es decir, ante una duda razonable y objetiva

intenta determinar la normativa aplicable. Por lo general, involucra dos o más sindicatos, pero si una entidad gremial suscribió los dos convenios puede referirse sólo a ese sindicato. A los efectos de encontrar una solución resulta trascendente la actividad principal de la empresa.

Siguiendo a Etala, entre las causas que dan origen a este tipo de controversia se encuentran las siguientes:

a) *Las resoluciones de otorgamiento de personería gremial*, que están redactadas por palabras que adolecen de ambigüedades y vaguedades. Principalmente, esta vaguedad que suele rodear a las palabras que integran una resolución de otorgamiento de personería gremial es la primera fuente de conflicto en la materia de encuadramiento sindical, especialmente si en ellas se utilizan vocablos deliberadamente vagos como, por ejemplo, "y anexos", o "y afines" o "conexos".

*b) La aparición de nuevas materias primas, nuevas tecnologías, nuevos procesos de producción, productos o servicios*, crean en la realidad zonas de incertidumbre que no pudieron ser previstas en los estatutos sociales ni en las respectivas resoluciones de personería gremial, y generan habitualmente la consecuente disputa entre dos o más asociaciones sindicales con personería gremial para abarcar, dentro de su ámbito de actuación personal, a los trabajadores que se desempeñan en las nuevas tareas o en los nuevos sectores de actividad.

c) *Ciertas resoluciones de otorgamiento de personería gremial que combinan criterios de afiliación horizontales (por oficio) y verticales (por actividad)*, pueden generar espacios, de indeterminación en la confrontación de distintas personerías.

*d) La existencia de empresas que realizan más de una actividad laboral.*

*e) El intento de algunos sectores patronales de desconocer a un determinado sindicato y el deseo de una asociación sindical de extender su ámbito de actuación hacia áreas no comprendidas originariamente dentro del acta de nacimiento.*

Para resolver las cuestiones atinentes al *encuadramiento sindical* es necesario *agotar previamente la vía asociativa*, recurriendo a la entidad sindical de grado superior; en caso de tratarse de asociaciones de primer grado (uniones o sindicatos), se debe recurrir a la de segunda (federaciones), y si se trata de una asociación de segundo grado, a la entidad de tercer grado, resolviendo, en ese caso, el comité de encuadramiento que funciona en la CGT (confederación).

Se puede seguir dos vías:

— *la asociacional o autónoma*: es la más adecuada, ya que las partes en conflicto buscan la autocomposición de sus derechos; esto se materializa por medio de la organización de grado superior a la cual en común estén adheridas (en caso de tratarse de asociaciones de primer grado —uniones o sindicatos— se debe recurrir a la de segundo —federaciones— y, si se trata de asociaciones de segundo grado, a la entidad de tercer grado —confederación—). El art. 58, Estatuto de la CGT, crea un organismo a esos fines llamado Comisión Arbitral. Esta vía es la *principal* a seguir, ya que —según el esquema de la norma en análisis— debe ser agotada por las asociaciones sindicales entre las cuales se suscite el diferendo. La resolución que se dicte es apelable ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (art. 59, párr. 3°);

— *la administrativa o heterónoma*: tiene carácter *subsidiario*, y se debe acudir a ella si —transcurridos sesenta días hábiles— no se hubiera podido resolver el conflicto por la vía asociacional. En tal caso, cualquiera de las partes del diferendo puede someterlo a conocimiento y resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (autoridad de aplicación), que tiene un plazo de sesenta días para dirimirlo. La resolución administrativa es apelable ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (art. 62, inc. b], rigiendo los plazos de interposición y fundamentación previstos en el último párrafo del mismo artículo). También resulta competente aquel tribunal si se venciera el plazo de sesenta días sin que hubiera recaído resolución administrativa.

El dec. 1040/2001 (BO del 28/8/2001) reglamentó la aplicación del procedimiento para dirimir las cuestiones del encuadramiento sindical establecido en el art. 59, ley 23.551. Faculta al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social para entender en conflictos intersindicales de representación de una categoría, sector o empresa, mediando instancia de parte, cuando se produjera la situación prevista en el art. 59, párr. 2°, ley 23.551, y cuando las entidades sindicales en conflicto no estén afiliadas a otra entidad de grado superior o que, encontrándose, no convergieran en una única entidad de grado superior.

Si la autoridad de aplicación de la ley 23.551 toma intervención en un conflicto intersindical de representación, debe correr traslado por diez días hábiles a la contraparte sindical denunciada y a la parte empleadora, para que ésta manifieste cuanto estime corresponder en su descargo.

Los empleadores pueden promover el procedimiento de encuadramiento sindical ante la autoridad de aplicación de la ley 23.551 para que determine la asociación con aptitud representativa, en los siguientes supuestos: a) cuando en la empresa se produzcan conflictos de representación sindical múltiple; b) cuando los conflictos de representación sindical pudieran causar en la empresa una alteración de los regímenes salariales o de retenciones de aportes; c) cuando acrediten que, a través del procedimiento de encuadramiento sindical, pueden corregirse eventuales asimetrías laborales de orden convencional.

Presentada la petición del empleador, se da traslado por diez días hábiles a las entidades en conflicto. Vencido dicho plazo, si la autoridad de aplicación estima admisible la solicitud, conoce en la contienda de representatividad. Las entidades sindicales que inicien la tramitación del encuadramiento sindical en la vía asociacional, deben ponerlo en conocimiento de la autoridad de aplicación en un plazo de diez días hábiles. La entidad de grado superior ante la que se efectúe la solicitud de encuadramiento debe cumplir, en igual plazo, idéntica comunicación.

## 16. Asociaciones profesionales de empleadores

Si bien el dec. 2668 de 1943 reglamentó la constitución, organización y funcionamiento de las asociaciones profesionales de empleadores y trabajadores, recién con la sanción de la ley 14.295 (1953) se estableció un sistema de grados, reglamentándose en forma concreta los requisitos para su inscripción, y otorgamiento de personería jurídica y gremial; se crearon la Confederación General Económica y la Confederación de Comercio, de la Industria y de la Producción.

Las asociaciones profesionales de empleadores, a diferencia de aquellas conformadas por trabajadores, tienen como finalidad no sólo representar los intereses de sus asociados en el ámbito del derecho del trabajo, sino también en otros aspectos de la actividad económica, tales como asesorías técnicas, representatividad ante el Estado, solución de problemas coyunturales, etcétera [3].

Estas entidades representan los intereses de sus afiliados, pero no sólo en cuestiones laborales, dado que sus fines son más amplios, ya que se ocupan de distintos aspectos de la actividad económica, como el análisis de mercado o el asesoramiento técnico.

En cuanto a su actuación en el plano laboral, resultan una *contrapartida de las asociaciones sindicales de trabajadores, y su finalidad esencial radica en negociar con ellas las condiciones de trabajo y empleo.*

[3] VAZQUEZ VIALARD, Antonio, *Tratado de derecho del trabajo y la seguridad social*, t. II, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 623.

**Derecho colectivo**

⇩ Carácter subsidiario

PRINCIPIOS { Libertad sindical
Autonomía colectiva o autarquía sindical
Democracia sindical

| | |
|---|---|
| CLASIFICACIÓN | – En función del grado { De primer grado; De segundo grado; De tercer grado }<br>– En función de los trabajadores que agrupan { Horizontales; Verticales; Empresas } |
| MODELOS SINDICALES | – Unidad { Un solo sindicato por actividad, oficio o profesión; Argentina: se otorga personería gremial a un solo sindicato por actividad, oficio o profesión }<br>– Pluralidad: distintas asociaciones representativas de los trabajadores de una misma actividad u oficio |
| FUNCIONES DE LAS ASOCIACIONES CON PERSONERÍA GREMIAL | – Representar a los trabajadores<br>– Negociar y firmar convenios colectivos de trabajo<br>– Ejercer medidas de acción directa<br>– Crear mutuales<br>– Administrar obras sociales |
| ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO | Órgano de gobierno { Consejo directivo; Asamblea } |
| PATRIMONIO | Cuotas sindicales (cotizaciones ordinarias y extraordinarias) |

## 17. Protección de los representantes sindicales

### *17.1. Tutela sindical*

Por *tutela sindical* se debe entender *la protección especial que otorga la Ley de Asociaciones Sindicales 23.551 a quienes ocupan cargos electivos o representativos en las entidades gremiales a fin de evitar modificaciones en las condiciones de trabajo, suspensiones, despidos o abusos (acciones antisindicales) de los empleadores.*

Tiene *sustento en el art. 14 bis, CN*, que garantiza a los representantes gremiales el cumplimiento de su gestión sindical y la estabilidad en su empleo.

*El art. 47, ley 23.551, establece una acción especial para evitar prácticas antisindicales que impidan el ejercicio de los derechos sindicales.* La norma dispone que todo trabajador o asociación sindical que sea impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical, garantizados por la ley 23.551, puede *recurrir ante la justicia* —mediante el *procedimiento sumarísimo*— a fin de que disponga el inmediato cese del comportamiento antisindical.

La ley establece lo que la doctrina mayoritaria ha llamado *amparo sindical*, un mecanismo protectorio de la libertad sindical que tutela tanto los derechos individuales como los colectivos.

El objeto del instituto es impedir que se concreten ataques a los derechos sindicales, hacer cesar los ya iniciados o restablecer el pleno goce del derecho cercenado.

Este amparo es autónomo respecto del que estaba regulado en la ley 16.986 y del incorporado en el art. 43, CN, después de la reforma de 1994.

Son sujetos legitimados para ejercitar esta acción todos los trabajadores, aun cuando no estén contemplados dentro de los supuestos de estabilidad sindical (arts. 40, 48 y 50), y cual-

quier asociación sindical, ya sea de primero, segundo o tercer grado, sea simplemente inscripta o que goce de personería gremial.

Con relación al sujeto pasivo, la acción puede ser iniciada contra el Estado, los empleadores —en cuanto sus actos afecten la libertad sindical (individual o colectiva)—, y aun contra los propios sindicatos si incurren en actos violatorios de dicha libertad.

El procedimiento a seguir es el regulado en el art. 498, CPCCN, o similar, contemplado en una ley procesal provincial.

La licencia gremial, que implica la suspensión de los principales efectos del contrato de trabajo (deber de poner la fuerza de trabajo a disposición del empleador, deber de pagar la remuneración), tiene sustento en el art. 14 bis, CN, que garantiza a los representantes gremiales el cumplimiento de su gestión sindical y la estabilidad en su empleo.

El trabajador que goza de dicha licencia deja de percibir remuneración del empleador, pero esa obligación se traslada a la asociación sindical en la cual habrá de cumplir funciones —no con naturaleza remuneratoria, sino de compensación económica—, la cual también debe realizar los aportes asistenciales y de seguridad social correspondientes.

El tiempo de la licencia se considera como tiempo de servicio: genera antigüedad a favor del trabajador computable a todos los fines relacionados con ella.

El empleador debe conservar el puesto de trabajo durante todo el período de ejercicio de la representación, y hasta treinta días después de concluida. Vencido este plazo, el trabajador se reincorpora con la misma categoría que tenía antes de gozar de la licencia; si el empleador despide al trabajador o se niega a otorgarle tareas, tiene acción para requerir su reincorporación o —a su elección— que se le abone —además de la indemnización por despido injustificado— la agravada dispuesta en el art. 52, ley 23.551.

El vencimiento del plazo de treinta días posteriores a la finalización del ejercicio de las funciones para las cuales fue elegido o designado el trabajador, sin que las partes hubieren realizado gestiones activas tendientes a reanudar la prestación, configura un comportamiento concluyente, recíproco e inequívoco del abandono de la relación (art. 241, párr. 3°, LCT), que la extingue sin derecho a indemnización alguna.

Los delegados de personal y miembros de comisión interna, que no gozan de licencia gremial porque cumplen sus funciones en la empresa, también están protegidos por las garantías establecidas en el último párrafo del art. 52.

Para que el trabajador pueda gozar de la tutela sindical deben ser cumplimentados los requisitos enumerados en este artículo.

Por ello, los miembros de un órgano de dirección y administración de la asociación sindical deben ser elegidos por medio del voto directo y secreto de los afiliados o delegados congresales (según se trate de asociaciones de primer, segundo o tercer grado), sus mandatos no deben exceder el plazo máximo legal y deben cumplir con todos los requisitos del art. 18; los delegados de personal o miembros de comisión interna deben satisfacer los exigidos por el art. 41.

La designación debe haber sido comunicada al empleador por medio de telegrama, carta documento o cualquier otra forma escrita. Este requisito ha sido considerado por la jurisprudencia mayoritaria como *ad probationem*: su ausencia no invalida la protección si se prueba que el empleador conocía la designación y no la impugnó, o si consintió que el trabajador ejerciera las funciones de representación.

A fin de evitar comportamientos antisindicales del empleador, como el de tomar injerencia en la vida interna de las asociaciones despidiendo candidatos con el propósito de alterar los resultados de los comicios, se establece que a partir de su postulación para cualquier cargo de representación sindical el trabajador no puede ser despedido, suspendido sin justa causa ni modificada su condición de trabajo por seis meses.

La protección rige desde la "postulación para el cargo", situación que —art. 29, dec. reg. 467/1988— se materializa con la recepción de la lista en la que esté incluido el trabajador como candidato por parte de la junta electoral o el organismo de la asociación que ejerza sus funciones, siempre que cumpla —*prima facie*— los recaudos legales y estatutarios pertinentes.

La comunicación al empleador de tal presentación la puede efectuar el sindicato o el propio trabajador, quien para ello exhibe un certificado extendido por la asociación en el cual constará aquella circunstancia.

La tutela cesa en los siguientes casos:

— si la postulación del trabajador no es oficializada;

— *si la lista del candidato perdidoso no obtiene al menos el 5% de los votos válidos emitidos* (art. 29, dec. reg. 467/1988). Si bien esta disposición ha sido cuestionada por considerársela un exceso reglamentario, su propósito es disuadir a los trabajadores que se postulan sin el aval suficiente y con el solo fin de conseguir la protección de la tutela;

— *a los seis meses de iniciada*. El plazo comienza a correr desde la recepción de la lista en la que esté incluido el trabajador como candidato por parte de la junta electoral o el organismo de la asociación que ejerza sus funciones.

Algunos autores sostienen que si por motivos sobrevinientes a la postulación se posterga el acto eleccionario más allá de los seis meses de estabilidad, la protección se postergaría automáticamente hasta el día de finalización del acto electoral. Etala entiende que esta solución no parece admisible dentro de la economía de la ley. Indica que si bien la protección dispensada al candidato está obviamente vinculada al comicio, la ley ha elegido como punto de referencia, no la realización de los comicios, sino la postulación para el cargo, fecha a partir de la cual comienza a correr el plazo de tutela, que tiene una extensión determinada de seis meses, y no fue prevista por la ley ninguna prórroga. Cualquier solución que se aparte del texto de la ley puede generar incertidumbre e inseguridad jurídica. Esto no excluye la posibilidad de que, señalada una nueva fecha de los comicios, se produzca una nueva postulación del candidato que dé lugar a una nueva protección.

La tutela sindical ampara al representante gremial en el caso en que se proceda a despedir o suspender personal por razones económicas (falta o disminución de trabajo) o fuerza mayor (arts. 219, 221 y 247, LCT), quedando al margen del orden de antigüedad que legalmente se establece para disponer tales medidas.

Sin embargo, si los despidos o suspensiones tienen carácter general, es decir, si alcanzan a la totalidad de los trabajadores del establecimiento, la protección deja de tener sentido, por que el representante gremial no tiene ya a quién representar. La norma establece, para tales supuestos, la inoponibilidad de la tutela sindical, por lo cual el representante gremial puede ser despedido o suspendido.

En caso de despido de la totalidad del personal por cesación de las actividades del establecimiento, habiendo o no mediado razones de falta o disminución de trabajo o de fuerza mayor, no le corresponde al representante sindical la indemnización especial contemplada en el art. 52, párr. 4°, sino únicamente la de los arts. 245 o 247, LCT.

En cambio, no cede la tutela sindical si el cierre del establecimiento es dispuesto por el empleador en violación al deber de buena fe (art. 63, LCT), y con el solo fin de eludir la protección especial del representante gremial.

Un caso particular se verifica en la actividad de la construcción, en la que resulta habitual el cese de una obra. En principio, los trabajadores que ejercen la representación sindical de una empresa, prestando servicios en una obra determinada, no pierden el derecho a la garantía de estabilidad al cesar los trabajos en esa obra, si la empresa continúa en actividad y tiene a su cargo la realización de otras obras.

El fallo plenario 166 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ("Vázquez, Francisco v. Pampurro", del 11/10/1971) estableció que el trabajador del plantel permanente de una empresa constructora, que cumplía funciones como delegado, tiene derecho a la estabilidad pese a la conclusión de la obra donde presta servicios.

El empleador debe procurar la continuidad de tareas a los delegados gremiales amparados con estabilidad, ofreciéndoles la prestación de tareas en otras obras si las hubiere, dentro de un criterio de razonabilidad, funcionalidad y buena fe.

Asimismo, es preciso diferenciar si se trata de un trabajador que desempeña funciones en la comisión directiva o de un delegado de personal, que por el traslado puede perder el cargo pero no la estabilidad, porque su función está relacionada con el establecimiento que cesa.

Jurisprudencialmente se decidió que el delegado gremial de uno de los establecimientos de la empleadora, que fue trasladado a otro a causa del cese de actividades de aquel en que se desempeñaba, cese en sus funciones como representante sindical si no hay una decisión expresa de la autoridad administrativa previo pedido de la entidad sindical, pero no pierde el derecho a estabilidad por el año posterior a la finalización de su mandato.

### *17.2. Acciones por reinstalación o por restablecimiento de las condiciones de trabajo*

El *art. 52, ley 23.551*, otorga una *protección especial a los delegados y dirigentes gremiales*; la ley fija expresamente el alcance de esta tutela, haciéndola extensiva:

1) a quienes efectivamente ocupen cargos electivos o representativos en las asociaciones sindicales (art. 48);

2) a aquellos que se postulen para un cargo de representación sindical (art. 50);

3) a los representantes sindicales en la empresa —delegados del personal, comisiones internas y organismos similares— (art. 40).

*La protección legal especial consiste en determinar que no pueden ser despedidos, suspendidos, ni se pueden modificar sus condiciones de trabajo, si no mediare resolución judicial previa que los excluya de la garantía*, de acuerdo con el procedimiento sumarísimo del art. 498, CPCCN, establecido en el art. 47, ley 23.551.

En los casos 1 y 3, la duración de la tutela se extiende durante un año a partir de la cesación de sus mandatos, salvo justa causa de despido. En el caso 2, por el término de seis meses a partir de su postulación.

Por lo tanto, *el empleador que pretenda modificar las condiciones de trabajo, suspender o despedir, fundado en justa causa, a quienes estén amparados por la tutela sindical, debe interponer una acción de exclusión de tutela por vía sumarísima a fin de que el juez lo autorice a tomar esas medidas (despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo).*

La omisión de este requisito trae aparejada indefectiblemente la nulidad del acto, razón por la cual, si no inició el juicio de exclusión de tutela y procedió a suspender o despedir al trabajador y éste inicia el juicio de reinstalación, el empleador no puede discutir ni intentar acreditar en él las causas invocadas por más justificadas que fueran.

Según lo dispuesto en el art. 52, mientras se desarrolla el proceso, el empleador puede peticionar como *medida cautelar* la *suspensión de la prestación laboral* cuando la permanencia del cuestionado en su puesto, o el mantenimiento de sus condiciones de trabajo, pudiera ocasionar peligro para la seguridad de las personas o bienes de la empresa; el juez tiene un plazo de cinco días para resolver.

El dec. reg. 467/1988 (art. 30) amplía esta facultad del empleador a los casos en que el peligro potencial generado por la presencia del tutelado en el lugar de trabajo alcance a terceros no pertenecientes a la empresa, o a su eficaz funcionamiento.

Dispone que en ese caso el empleador puede incumplir —*per se*, sin previa autorización judicial— su deber de dar ocupación, suspendiendo al representante gremial; sin embargo, el empleador debe cumplir con todos los demás deberes que le imponen las leyes y convenciones colectivas de trabajo, y permitirle al representante sindical el desarrollo de su gestión gremial en los términos de los arts. 40, 43 y 44.

Adoptada tal determinación, el empleador debe comunicarla al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social dentro de las cuarenta y ocho horas hábiles, e iniciar —dentro de los quince días— una acción declarativa para probar el extremo habilitante de suspensión previsto en el art. 78, LCT ("motivos fundados que impidan la satisfacción" del deber de dar ocupación), o requerir la exclusión de la tutela.

Lo resuelto en el juicio sumarísimo no es revisable en un juicio ordinario posterior —tiene efecto de cosa juzgada—, lo que produce como consecuencia que si el empleador, a pesar de una resolución adversa en sede judicial, despide a un delegado gremial, el trabajador no debe demostrar la ilegitimidad de la medida.

La violación del empleador de las garantías establecidas en los artículos citados otorga derecho al afectado a demandar judicialmente —por vía sumarísima— la reinstalación en su puesto, con más los salarios caídos durante la tramitación judicial o el restablecimiento de las condiciones de trabajo.

Es decir que *si el empleador no inicia la acción de exclusión de tutela, la modificación de las condiciones de trabajo, la suspensión o el despido resultan ilegítimos —por no haber dado cumplimiento a un requisito formal— y constituyen injuria con entidad suficiente para justificar el despido indirecto, que produce, como consecuencia, el derecho del trabajador al cobro de las indemnizaciones agravadas.*

Por lo tanto, en caso de que el empleador despida, suspenda o modifique las condiciones de trabajo de un dependiente amparado por la tutela sindical, sin dar cumplimiento al procedimiento de exclusión de tutela descripto, el trabajador puede interponer una *acción de reinstalación por vía sumarísima*.

La reinstalación es una obligación de hacer del empleador que debe ser ordenada judicialmente. Como sanción conminatoria —en caso de incumplimiento de la reinstalación judicial— el juez puede aplicar *astreintes* de acuerdo con las disposiciones del art. 666 bis, CCiv.

El trabajador —salvo que se trate de un candidato no electo— puede optar por considerar extinguido el vínculo laboral en virtud de la decisión del empleador, colocándose en situación de despido indirecto; en ese caso tiene derecho a percibir, además de las indemnizaciones por despido sin justa causa, una suma equivalente al importe de las remuneraciones que le hubieran correspondido durante el tiempo faltante del mandato y el año de estabilidad posterior.

Si el trabajador fuese un *candidato no electo*, tiene derecho a percibir, además de las indemnizaciones por despido sin justa causa y de las remuneraciones imputables al período de estabilidad no agotado, el importe de un año más de remuneraciones.

La promoción de las acciones por reinstalación o por restablecimiento de las condiciones de trabajo interrumpen la prescripción de las acciones por cobro de indemnización y salarios caídos. El curso de la prescripción comienza una vez que se quede firme un pronunciamiento en cualquiera de los supuestos.

El trabajador puede optar por interponer una acción ordinaria por despido indirecto contra el empleador y reclamar las indemnizaciones derivadas del despido sin justa causa, agravadas por la violación de la garantía de la estabilidad especial en el cargo.

Esta acción puede ejercerla luego de obtener un fallo favorable en la acción de reinstalación o con posterioridad a la resolución que desestima la exclusión de tutela o bien durante la tramitación de la acción de exclusión de tutela iniciada por el empleador. En los dos primeros

casos no necesita probar la ilegitimidad de la medida adoptada por el empleador ya que los fallos dictados hacen cosa juzgada; en el último caso, sí.

En síntesis, si un representante sindical es despedido sin justa causa, o sin que el empleador dé cumplimiento a las formalidades legalmente establecidas respecto de la previa exclusión de la tutela sindical, y opta por considerar extinguido el vínculo, en lugar de accionar por la reinstalación, tiene derecho a percibir como indemnización, además de las sumas que correspondan por el despido incausado, las remuneraciones que faltan hasta la finalización del mandato más un año de remuneraciones.

Si se trata de candidatos no electos, además de las indemnizaciones por despido sin justa causa, les corresponden las remuneraciones del período de estabilidad no agotado (seis meses) y un año de remuneraciones.

En caso de miembros de la comisión revisora respecto de la intimación para jubilarse, es necesario tramitar la exclusión de tutela. La intimación prevista en el art. 252, LCT, sólo pudo realizarse válidamente previa exclusión de tutela decretada en sede judicial, porque la intimación en los términos del citado art. 252, LCT, implica poner un plazo para la terminación del vínculo, por lo que mal puede afirmarse, como pretendió la empresa, que ello no constituyera una modificación de las condiciones contractuales. El empleador que desee 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 en el art. 252, LCT (C. Nac. Trab., sala 3ª, 9/9/2009, "Melidoni, Carlos A y otro v. Empresa Ferrocarril General Belgrano SA").

## 18. Fallo "Rossi" sobre tutela sindical (Corte Sup., 9/12/2009)

En el caso "Rossi, Adriana María v. Estado nacional" (9/12/2009), la actora promovió un juicio sumarísimo dirigido a que se dejara sin efecto la sanción disciplinaria —y el posterior traslado— que le aplicó la dirección del Hospital Naval Buenos Aires Cirujano Mayor Doctor Pedro Mallo. Anotó en la demanda que es presidenta de la Asociación de Profesionales de la Salud del Hospital Naval (Prosana) —y que, siendo elegida por resolución de afiliados, integra como miembro titular el Consejo Federal de la Federación Médica Gremial de la Capital (Femeca), sindicato de segundo grado con personería gremial—. Expresó que la aludida elección fue notificada a la empleadora y que su mandato se encontraba vigente al tiempo en que fue sancionada, razón por la cual estimó su situación encuadrada en los arts. 48 y 52, Ley de Asociaciones Sindicales.

La sala 2ª de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al confirmar lo resuelto en primera instancia, rechazó la demanda. Para ello, en coincidencia con el dictamen del fiscal general, sostuvo la imposibilidad de darle operatividad a la tutela sindical del art. 52, ley 23.551 de Asociaciones Profesionales, en el marco de una entidad que se ve desplazada en la representación del personal por otra que posee la personería gremial. Por tanto, se concluyó que la preexistencia de un sindicato con personería gremial de primer grado en el ámbito laboral donde se desempeñan los trabajadores de la actividad que Femeca también representa no puede constituir un motivo válido en términos constitucionales para privar de la protección especial establecida en el art. 52, ley 23.551, a una de sus dirigentes.

La Corte Suprema se abocó a elucidar qué grado de tutela le corresponde a los delegados de entidades simplemente inscriptas, decidiendo la inconstitucionalidad del art. 52, Ley de Asociaciones Sindicales 23.551, por considerar que "resulta contrario al principio de libertad sindical sostener que los gremios que no tienen personería gremial no pueden actuar en el ámbito de la personería gremial de otro sindicato", y que sólo gozan de protección quienes sean delegados de la entidad con personería gremial.

En el caso, la trabajadora —presidenta de una asociación gremial de primer grado simplemente inscripta de profesionales de la salud del Hospital Naval (Prosana), que integraba el consejo federal de otra entidad gremial (Femeca) de segundo grado a la que la primera estaba adherida, y que sí contaba con personería gremial— fue objeto de una sanción disciplinaria y un cambio de tareas, decisiones que cuestionó por considerar que éstas sólo podían tomarse previa autorización judicial hecha por el empleador.

La Corte Suprema avaló esa tesitura, y para hacerlo partió de dos premisas básicas: 1) el argumento que ya había plasmado en el fallo "ATE", en cuanto a que la libertad sindical es un principio arquitectónico que sostiene e impone la Constitución Nacional a través del art. 14 bis y los tratados internacionales de rango constitucional (art. 75, inc. 22), incluido el convenio 87 de la OIT; 2) la necesaria protección a los delegados —sean de la entidad sindical que fueren—, de la que debe estar munidos indefectiblemente, dado que de otro modo sería imposible garantizar el libre ejercicio de la actividad gremial sin temor a represalias.

Resulta discutible si la interpretación que hace la Corte podría hacerse extensiva a los "activistas" (personas sin cargo electivo en la entidad sindical, pero con participación activa en la vida del ente). También debe destacarse la paradoja que genera la doctrina sentada por la Corte, dado que un candidato que pierde una elección en un sindicato con personería gremial está menos protegido por el ordenamiento que aquel delegado de una entidad simplemente inscripta con escasos integrantes.

## III. BALANCE SOCIAL

### 1. Antecedentes

El balance social, regulado en el cap. IV de la ley 25.877 (BO del 19/3/2004), es otro de los institutos que, tomado de la ley 25.250, se relaciona directamente con el derecho a la información.

Aunque la OIT no trata en ninguno de sus convenios o recomendaciones el balance social, se refirió a otros temas directamente vinculados a él, entre ellos, las comunicaciones, consultas e información dentro del ámbito de la empresa en las recomendaciones 94 (junio de 1952) y 129 (junio de 1967); éstas fueron mencionadas como antecedentes en los considerandos del dec. 1171/2000, que reglamentó el tít. V, ley 25.250, derogada por el art. 1°, ley 25.877 (BO del 19/3/2004).

Si bien en los países desarrollados es común encontrar normas que establezcan derecho a la información, fue Francia el primero que incluyó entre las obligaciones legales de la empresa practicar un balance social (ley de 1977, que se incorporó al Código de Trabajo). Se trata de una obligación para las empresas que tienen comités de empresas, conforme a la legislación pertinente, y que superen los trescientos trabajadores (art. 138-1) [4].

En nuestro país, como bien señala Ferreirós, en agosto de 1986, el Poder Ejecutivo envió al Parlamento un conjunto de cuatro leyes que tenía por objeto establecer un nuevo sistema de relaciones colectivas de trabajo.

En 1994, el Acuerdo Marco para el Empleo, la Producción y la Equidad Social también se refirió al deber de información por parte de la empresa. Se establecía que el trabajador tenía derecho a recibir de su empleador, a través de la asociación sindical con personería gremial que lo representa, información sobre la evolución de la empresa y de las innovaciones tecnológicas y organizativas que guarden relación con los contratos de trabajo.

[4] MARTÍNEZ VIVOT, Julio J., "El compromiso de información por parte del empresario en la ley 25.250, con particular referencia al balance social", TySS 2002-1/28.

Posteriormente, los arts. 4° y 5° introducidos por la ley 24.576 (BO del 13/11/1995), que todavía permanecen sin numerar en la LCT, dispusieron que "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" y "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".

La ley 25.250 reguló por primera vez el balance social, siendo reglamentado por el dec. 1171/2000. El interés que el balance social despertaba en los redactores del decreto se aprecia en sus considerandos, en los que, luego de memorar las recomendaciones 94/1952 y 129/1967 de la OIT y resaltar la importancia de la empresa como sistema de interacciones sociales internas y externas, donde se desarrollan relaciones entre seres humanos, proclama la necesidad de contar con ese instrumento de información como una técnica de evaluación periódica y sistemática de los recursos humanos de la empresa y de la proyección de ésta en la comunidad.

## 2. Regulación del balance social en la ley 25.877

La Ley de Ordenamiento Laboral 25.877 regula el balance social en los arts. 25 a 27, receptando no sólo las disposiciones del art. 18, ley 25.250, sino especialmente la reglamentación realizada por el dec. 1171/2000 y la aclaración realizada por la res. 23/2001 MT (BO del 30/1/2001).

Dispone que las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores deben elaborar anualmente un balance social que recoja información sistematizada relativa a condiciones de trabajo y empleo, costo laboral y prestaciones sociales a cargo de la empresa. De esta forma, se aumenta el número de empresas con relación a la obligación instrumentada por la ley 25.250, ya que ésta lo requería a las empresas de más de quinientos trabajadores, mientras que la ley 25.877 —del mismo modo que en el derecho francés— lo impone a las empresas que ocupen a más de trescientos trabajadores.

El art. 26 enumera en forma enunciativa la información que debe contener el balance social, sin perjuicio de que pueda ser ampliada por la reglamentación, teniendo en cuenta la actividad realizada por la empresa. Entre los temas que se mencionan se encuentran:

— Balance general anual, cuenta de ganancias y pérdidas, notas complementarias, cuadros anexos y memoria del ejercicio.
— Estado y evolución económica y financiera de la empresa y del mercado en que se actúa.
— Incidencia del costo laboral.
— Evolución de la masa salarial promedio. Su distribución según niveles y categorías.
— Evolución de la dotación del personal y distribución del tiempo de trabajo.
— Rotación del personal por edad y sexo.
— Capacitación.
— Personal efectivizado.
— Régimen de pasantías y prácticas rentadas.
— Estadísticas sobre accidentes de trabajo y enfermedades inculpables.
— Tercerizaciones y subcontrataciones efectuadas.
— Programas de innovación tecnológica y organizacional que impacten sobre la plantilla de personal o puedan involucrar modificación de condiciones de trabajo.

Del detalle referido se advierte que sólo se exige a las empresas brindar información relacionada con su situación económica y financiera y con cuestiones que inciden directamente so-

bre los trabajadores y pueden afectarlos. Algunos de los requerimientos se deben incluir en los informes bancarios y bursátiles de la empresa y no importan un secreto para ella. En cambio, no se incluye información relacionada con la estrategia ni con los emprendimientos a realizar por la empresa, ni con aquellas cuestiones que el empleador tiene derecho de mantener en reserva.

El balance social debe ser girado por la empresa al sindicato con personería gremial, signatario de la convención colectiva de trabajo que le sea aplicable, dentro de los treinta días de elaborado. Además, debe remitir copia al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, considerándose dicha información como confidencial.

Por lo tanto, en la ley 25.877 queda claro a quien debe ser remitido el balance social: al sindicato con personería gremial que suscribió el CCT aplicable en la empresa, el que puede utilizarlo para fijar su política de acción respecto de la empresa y resultar una herramienta útil en el momento de la negociación colectiva. Esto no había sido previsto en la ley 25.250, que se refería a la representación sindical de sus trabajadores, y que fue corregido por el art. 1°, dec. 1171/2000.

En cuanto al *deber de confidencialidad*, obviamente la información contenida en el balance social no sólo se restringe al Ministerio de Trabajo sino que se extiende al sindicato, que no debe divulgar la información inserta en ese documento. Como bien apunta Ferreirós, la entidad sindical, receptora del documento de información, debe en todo momento salvaguardar el derecho a la intimidad de las personas, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, a la imagen, así como preservar los intereses de la empresa y atender al sigilo profesional y a la prudencia del caso. De otra manera, una conducta impropia o comprometida, en este sentido, también podrá hacer nacer el derecho de reclamo de la empresa que proporcionó los datos, por el acaecimiento de daños [5].

Las empresas que emplean trabajadores distribuidos en varios establecimientos deben elaborar un balance social único, si el convenio colectivo aplicable es de actividad o se aplica un único convenio colectivo de empresa. Si la misma empresa es suscriptora de más de un CCT, debe elaborar un balance social en cada caso, cualquiera sea el número de trabajadores comprendidos.

El art. 27, ley 25.877, señala que el primer balance social de cada empresa o establecimiento corresponde al año siguiente al que se registre la cantidad mínima de trabajadores legalmente exigida.

No puede desconocerse que el balance social es una herramienta útil que le permite a la representación de los trabajadores determinar la política de acción respecto de determinada empresa de acuerdo con su situación, así como también reviste fundamental importancia a la hora de establecer las materias que serán objeto de la negociación colectiva.

Cabe tener presente las observaciones que Camerlinck y Lyon Cahen le formularon al sistema francés. La primera, no existe disposición alguna que sancione el incumplimiento del empleador a su deber de confeccionar y entregar el balance social. Y aun cuando éste se entregue, no tiene ninguna garantía de sinceridad y pueden asentarse datos que no son correctos, sin que se sancione esta circunstancia, lo que lejos de ser un factor de convergencia, puede convertirse en una causa de divergencia y conflicto.

[5] FERREIRÓS, Estela M., "Aproximación al tema del balance social contemplado por la ley 25.250 y su decreto reglamentario", *Revista de Derecho Laboral*, número extraordinario, "La reforma laboral II, Leyes 25.323, 25.344 y 25.345 y decreto reglamentario", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, ps. 159/173.

CAPÍTULO XXII

# NEGOCIACIÓN COLECTIVA. CONVENIOS COLECTIVOS

## I. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

### 1. Breviario histórico

En las misiones jesuíticas se negociaba colectivamente la organización de la siembra y de la cosecha, así como la distribución del resultado obtenido.

El primer acuerdo colectivo escrito se formaliza en el año 1901 en la actividad marmolera.

En 1903 se negocia el trabajo en uno de los principales puertos de la pampa húmeda, el de Colastiné, provincia de Santa Fe. Los representantes de los trabajadores gozaban no sólo de estabilidad en el empleo sino de crédito horario para cumplir sus funciones.

Una etapa de crisis en el año 1906 se presenta con el conflicto de la actividad gráfica, con la paralización de la actividad de los más importantes periódicos de la época. Con el acuerdo de condiciones de trabajo protectorias como la prohibición de trabajar de los menores, entre otras normas, se pone fin al conflicto.

Los trabajadores de Porto Alegre logran un acuerdo similar, argumentando que la no discriminación no conoce fronteras estatales.

A partir del año 1943 se acelera el procedimiento de negociación.

En el año 1946 se utiliza el mecanismo legal de los estatutos profesionales con el propósito de extender los efectos de la negociación a todos los trabajadores y empleadores.

### 2. Aspectos generales

La premisa de la que parte el derecho individual del trabajo es que el trabajador es la parte más débil y está en un plano de desigualdad —inferioridad— respecto del empleador. En cambio, en el derecho colectivo del trabajo, ambos sujetos —la entidad gremial y la representación empresarial— están equilibrados en cuanto a su poder de negociación. La autoridad administrativa —Ministerio de Trabajo— opera como control de legalidad.

La negociación colectiva *tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad colectiva y se ve plasmada en el dictado de los convenios colectivos de trabajo, fuente autónoma del derecho del trabajo.*

La negociación sectorial ha sido reconocida como derecho humano en los siguientes documentos:

— Declaración Universal de Derechos Humanos: art. 23;
— Pacto de Derechos Civiles y Políticos: art. 22;
— Pacto de Derechos Económicos, sociales y culturales: art. 8°;
— Pacto de San José de Costa Rica: art. 26;
— Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA): art. 43.

La importancia práctica de su reconocimiento habilita que frente a un menoscabo de éste pueda ser denunciado ante los organismos de las Naciones Unidas ante la Comisión o ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El convenio 154 de la OIT define la negociación colectiva expresando que "comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez".

Los principios fundamentales de la OIT en materia de negociación colectiva son los siguientes:.

— Reconocimiento del derecho de negociación tanto en el sector privado como en el público.

— Los acuerdos o convenios deben fijar condiciones de trabajo más favorables que las establecidas en la ley, respetando las condiciones más favorables de un contrato individual.

— El proceso de negociación se debe formalizar sin ingerencia del poder público.

— Son admisibles la mediación y la conciliación en casos de conflictos y el arbitraje voluntario.

*Los CCT regidos por la ley 14.250 son obligatorios no sólo para quienes lo pactan, sino también para todos aquellos trabajadores —afiliados al sindicato o no— que conforman la actividad (efecto* erga omnes); esto significa que alcanza todas las personas incluidas en su ámbito de aplicación.

En los convenios colectivos se pactan condiciones de trabajo y empleo que hacen a las especiales características de la prestación de determinada actividad u oficio, o a aspectos no tratados en la LCT por su carácter general.

Se pueden fijar condiciones que resulten más o menos beneficiosas para los trabajadores respecto de un convenio colectivo anterior, pero no pueden afectar condiciones pactadas previamente y en forma individual entre un empleador y el trabajador, ni cercenar los derechos que surgen de una ley.

En materia de convenios colectivos, la teoría dominante sostiene que un convenio posterior puede válidamente modificar *in peius* las condiciones de trabajo pactadas, siempre que respeten los mínimos legales inderogables. A la luz del sentido prospectivo de la directiva constitucional del art. 14 bis, CN, ningún nivel alcanzado por los trabajadores puede ser enervado por norma posterior, sea legal, convencional, individual (C. Nac. Trab., sala 6ª, 13/12/1999, "Guntin Haydee v. Anses").

La ley 25.877 derogó el art. 92, ley 24.467 (Ley de PyMES), por el cual algunas normas de la LCT podían ser modificadas *in pejus* por el convenio colectivo de trabajo referido a las pequeñas y medianas empresas, en el marco de lo que se denominaba "disponibilidad colectiva". Existe un mínimo inderogable que el convenio colectivo no puede afectar y está dado por el orden público laboral (del cual forma parte), excluyéndose de esa forma el orden público de excepción que se generaba con la vigencia de aquella norma.

No obstante, cabe tener presente las cuestiones inherentes al contrato de trabajo parcial —art. 92 ter, LCT— con las reformas que le introdujo la ley 26.474 (BO del 12/1/2009), donde el excedente del tiempo trabajado más allá de la jornada máxima prevista por la norma, acarrea la consecuencia para el empleador de tener que abonar la cuantía equivalente al valor de una jornada completa.

### 3. Procedimiento de la negociación colectiva

En primer lugar debe existir la voluntad de las partes —de los representantes de los trabajadores y de los empleadores— de concertar, es decir, de negociar un convenio colectivo.

A eso se dedican las *comisiones negociadoras*, a las cuales no hay que confundir con las *comisiones paritarias* que se constituyen cuando el convenio ya está vigente (homologado por el Ministerio de Trabajo, registrado y publicado) y tienen como función esencial interpretar el convenio.

Las *comisiones negociadoras* son aquellas que tienen por objeto discutir y acordar el convenio colectivo: se constituyen para pactar y lograr la firma del convenio. Están integradas por un número igual de representantes del sindicato (con personería gremial) y de los empleadores. El Ministerio de Trabajo, como autoridad de aplicación, fiscaliza la negociación y homologa el convenio colectivo, es decir, el acuerdo al que llegaron las partes contratantes.

El procedimiento de la negociación colectiva está regulado en la ley 23.546, reformada por la Ley de Ordenamiento Laboral 25.877, cuyo texto fue ordenado por el dec. 1135/2004 (BO del 3/9/2004). Establece los siguientes pasos:

1) La parte que promueve la negociación —representación de los trabajadores o empleadores— notifica a la otra por escrito, con copia a la autoridad administrativa del trabajo, indicándole la representación que inviste, la materia a negociar y el alcance personal y territorial del convenio pretendido.

2) Dentro del quinto día hábil administrativo de remitida o recibida la comunicación, las partes deben acompañar al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social los instrumentos idóneos que acrediten la representación invocada, y nominar a quienes las representarán en la comisión negociadora (art. 3°, dec. reg. 200/1988).

3) La parte que recibe la notificación está obligada a responder y designar representantes; ambas partes están obligadas a negociar de buena fe.

4) En el plazo de quince días de recibida la contestación se constituye la comisión negociadora con representantes de los empleadores y del sindicato.

5) El art. 4°, ley 23.546, establece que dentro de los quince días de recibida la comunicación de propuesta de negociación colectiva, la autoridad de aplicación debe citar a las partes a una audiencia, con el propósito de integrar la comisión negociadora. En dicha audiencia las partes presentan el texto del proyecto de acuerdo con el que esperan arribar, y resuelven si llevarán a cabo las negociaciones en forma directa o bajo la coordinación de un funcionario designado a tal efecto por la autoridad de aplicación (art. 4°, dec. reg. 200/1988).

6) Se tipifica como violación al deber de negociar de buena fe la inasistencia a las reuniones fijadas de común acuerdo o convocadas por la autoridad de aplicación, la designación de negociadores con mandato insuficiente, el incumplimiento de la carga de intercambio de información y la falta de realización de esfuerzos "conducentes" a lograr acuerdos.

7) El inc. b) detalla la información que —en el marco de la negociación colectiva— deben brindar a la representación gremial las empresas, mientras que el inc. c) contiene la directiva de subsistencia del deber de negociar de buena fe aun en los casos de procedimientos preventivos de crisis (arts. 98 a 105, ley 24.013) y concursales (negociación de convenio colectivo de crisis, art. 20, ley 24.522), imponiendo cargas de información a la empresa respecto de la representación sindical.

8) De lo ocurrido en el transcurso de la negociación se debe labrar un acta resumen.

9) Los acuerdos se adoptan con el consentimiento de los sectores representados. Cuando en el seno de una de las partes no hay unanimidad, prevalece la posición de la mayoría de los integrantes.

10) Las convenciones colectivas son homologadas por el Ministerio de Trabajo dentro de un plazo no mayor de treinta días de recibida la solicitud, siempre que reúna todos los requisitos legales. Transcurrido dicho plazo se la considera tácitamente homologada.

| | Ley 25.250 | Ley 25.877 |
|---|---|---|
| *Procedimiento de la negociación colectiva* | a) Deber de negociar de buena fe;<br>b) derecho a la información;<br>c) creación de nuevas vías alternativas de solución de conflictos:<br>c.1. requerir la intervención de mediadores públicos o privados;<br>c.2. suscribir un compromiso arbitral;<br>c.3. someterse a la intervención del Servicio Federal de Mediación y Arbitraje. | a) Deber de negociar de buena fe;<br>b) derecho a la información;<br>c) solución de conflictos a través de lo dispuesto por la ley 14.786 o de un servicio de mediación, conciliación y arbitraje dentro del Ministerio de Trabajo, aunque preservando su autonomía. |

## 4. Las modificaciones introducidas por la ley 25.877

### *4.1. Aspectos generales de la reforma*

La Ley de Ordenamiento Laboral 25.877 (BO del 19/3/2004) elimina los dos párrafos que la ley 25.250 había incorporado al art. 3°, ley 23.546 (párrs. 2° y 3°).

En el primero se establecía la facultad de las partes para acordar, en ejercicio de su autonomía colectiva y dentro de su capacidad representativa, la preservación del ámbito funcional o territorial del convenio anterior, o su modificación.

En el segundo se disponía que, en caso de conflicto relativo a la determinación del ámbito funcional o territorial de la unidad de negociación, las partes, en el ejercicio de su autonomía colectiva, podían requerir la intervención de mediadores públicos o privados, suscribir un compromiso arbitral o someterse a la intervención del Servicio Federal de Mediación y Arbitraje (art. 19, ley 25.877).

Estos problemas que generalmente se suscitan en el seno de la negociación colectiva y que antes eran resueltos por las partes, a partir de la reforma introducida por la ley 25.877 están regulados por los arts. 18 y 19 (ex arts. 23 y 24), ley 14.250 (art. 18, ley 25.877, y dec. 1135/2004).

También se suprimió del art. 3°, ley 23.546, la expresión que disponía que ambas partes estaban obligadas a negociar de buena fe, aunque fue incorporada en el artículo siguiente.

Otra eliminación importante es la del art. 3° bis, ley 23.546, que había instituido el Servicio Federal de Mediación, como persona de derecho público no estatal, con autonomía funcional y autarquía financiera, y cuya función era intervenir en los conflictos colectivos que se plantearan en el marco de la negociación colectiva, si fuera requerido de común acuerdo por las partes.

Este órgano, que nunca llegó a funcionar, no es tenido en cuenta por la Ley de Ordenamiento Laboral; la ley 25.877, al sustituir el art. 7°, ley 23.546, determinó que en los diferendos que se susciten en el curso de las negociaciones se debe aplicar la ley 14.786, aunque las partes pueden, de común acuerdo, someterse a la intervención de un servicio de mediación, conciliación y arbitraje que funcionará en el ámbito del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

En el art. 5°, ley 23.546, la ley 25.877 suprime la última parte que preveía que la posición de la mayoría en el seno de una parte que prevalecía en caso de no haber unanimidad se haría de conformidad con su aptitud representativa y de acuerdo con lo establecido en el art. 2°, ley 14.250 (art. 21, ley 25.877).

Esto se debe a que la ley 25.877 reformó la forma en que se debe constituir la unidad de negociación del sector empleador, que ahora es determinada por la autoridad de aplicación.

La ley 25.877 sustituye el art. 6°, ley 23.546 (art. 22, ley 25.877), y prevé que las convenciones colectivas de trabajo son homologadas por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Debe producirse dentro de un plazo no mayor de treinta días de recibida la solicitud, siempre que la convención reúna todos los requisitos establecidos a tal efecto; transcurrido dicho plazo se la considera tácitamente homologada.

La modificación trascendental de la ley 25.877 está en el párr. 1° del art. 45, que dispone que los convenios colectivos deben ser homologados por el Ministerio de Trabajo. En el régimen anterior se hacía una distinción entre los convenios que habían sido celebrados por las partes y aquellos que se realizaban en el propio Ministerio de Trabajo. Los primeros debían necesariamente someterse al control de legalidad y oportunidad, además de los requisitos formales que exigía la ley 14.250, mientras que los convenios realizados en el Ministerio de Trabajo se consideraban homologados por ese solo hecho.

Con la ley 25.877, la obligación de someterse a la homologación del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social rige para todos los convenios, hayan sido celebrados sólo por las partes o en el propio Ministerio con intervención de un funcionario público.

### *4.2. Deber de negociar de buena fe*

La obligación de negociar de buena fe constituye un imperativo de conducta al cual deben sujetarse las partes. Es un estándar jurídico, que engloba tanto la buena fe objetiva como la subjetiva, lo que importa el deber de comportarse con lealtad (objetiva), pero con la creencia de que se está actuando en miras de arribar a un fin social y jurídicamente útil [1].

La OIT ha entendido que el deber de negociar de buena fe constituye una condición indispensable, definiéndolo en sentido de que "...cada parte debe estar dispuesta a oír los argumentos de la otra y a tomarlos en consideración", advirtiendo asimismo que "en algunos países, en particular en Canadá y los Estados Unidos, el concepto de la negociación de buena fe figura en la legislación nacional y ha sido definido con frecuencia en decisiones de organismos oficiales competentes en materia de relaciones de trabajo, los cuales han estimado por lo común que existe una obligación de negociar y de evitar todo recurso a las prácticas laborales desleales" [2].

La ley 25.877 regula el deber de negociar de buena fe en su art. 20, que sustituye los incs. a) y e) del art. 4°, ley 23.546.

Cabe recordar que este deber no fue introducido por la ley 25.877, sino que ya se había incorporado por la ley 25.013 y por la ley 25.250, que lo regulaban en forma similar.

El inc. a), art. 4°, ley 23.546, según la redacción del art. 20, ley 25.877, luego de disponer que las partes están obligadas a negociar de buena fe, agrega que ello implica:

I) Concurrir a las reuniones acordadas o fijadas por la autoridad de aplicación.

II) Designar negociadores con mandato suficiente.

III) Intercambiar la información necesaria a los fines del examen de las cuestiones en debate, para obtener una discusión fundada y lograr un acuerdo. Dicho intercambio debe obligatoriamente incluir la información relativa a la distribución de los beneficios de la productividad, la situación actual del empleo y las previsiones sobre su futura evolución. La ley considera que el deber de brindar información integra la obligación de negociar de buena fe.

[1] Conf. PODETTI, Humberto, "Negociación colectiva", *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. VI, Buenos Aires, 1992, apéndice, p. 321.

[2] OIT, *Las negociaciones colectivas. Manual de educación obrera*, Ginebra, 1986, p. 4, cit. por SIMÓN, Julio C., *Negociación colectiva. Derecho colectivo del trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 451.

IV) Realizar esfuerzos conducentes a lograr acuerdos. Esto implica que las partes deben extremar las medidas con el fin de arribar al acuerdo y no simplemente sentarse a la mesa de negociación.

El inc. e), art. 4°, ley 23.546, según la redacción del art. 20, ley 25.877, prevé la posibilidad de que una parte inicie acciones legales en caso de que la otra se rehúse a negociar colectivamente vulnerando el principio de buena fe. Sobre este punto es conveniente hacer dos aclaraciones.

La primera, que el incumplimiento que habilita la acción judicial es el deber de negociar; expresamente se aclara que el negarse a negociar importa una violación del principio de buena fe. La "obligación de negociar" no deber ser confundida con la obligación de negociar de buena fe que pertenece a la etapa siguiente del proceso, ni con la "obligación de contratar" que supone necesariamente llegar al acuerdo luego de la negociación.

La segunda aclaración es que, a diferencia de lo que sucedía en las leyes 25.013 y 25.250, el incumplimiento de negociar por parte de la asociación sindical no es considerada una práctica desleal, aunque da derecho a la otra parte a iniciar una acción muy similar a la establecida en la ley 23.551 en materia de prácticas desleales [3].

### *4.3. El derecho a la información*

El derecho a la información es otro de los temas que, introducido oportunamente por la ley 25.250, es tratado también por la ley 25.877.

Este derecho, que se ha incorporado recientemente en la legislación de nuestro país, es común en la regulación de las relaciones laborales de los países desarrollados.

Constituye una herramienta trascendente a la hora de negociar colectivamente, ya que el conocimiento de la evolución de la empresa, innovaciones tecnológicas y organizativas, su situación económico-financiera y todo otro dato de interés es importante cuando la asociación sindical formule peticiones.

Sin embargo, se aprecian todavía resistencias del sector empleador para brindar esta información.

Como quedara dicho, este derecho a la libre información de los trabajadores en el marco de la negociación colectiva fue reconocido y desarrollado en algunos países industrializados, especialmente en los Estados Unidos, Italia, Reino Unido y Suecia.

En nuestro país, el primer intento de regular este derecho se encuentra en los proyectos de leyes que en 1986 el Poder Ejecutivo envió al Congreso, por las cuales se imponía a las empresas la obligación de informar sobre su situación económica, proyectos, planes de producción, etc., a la asociación sindical. En 1994, el Acuerdo Marco para el Empleo, la Producción y la Equidad Social también se refirió al deber de información por parte de la empresa. Posteriormente, los arts. 4° y 5° incorporados a la LCT por la ley 24.576, regulan por primera vez el derecho a la información en el ámbito del derecho individual.

La ley 25.250 también contenía disposiciones sobre este tema.

El deber de información, que para la ley es una consecuencia del deber de negociar de buena fe, se encuentra regulado en los incs. a), apart. III, b), c) y d), art. 4°, ley 23.546 (texto según art. 20, ley 25.877).

El inc. a), como se vio en el punto anterior, regula el deber genérico que tienen las partes de intercambiar la información necesaria para arribar a un acuerdo. Este intercambio debe in-

[3] La consideración de una práctica desleal por parte de la asociación sindical de trabajadores fue introducida en la etapa democrática por la ley 25.013, no encontrándose ningún antecedente desde la derogación de la ley 22.105.

cluir obligatoriamente la información relativa a la distribución de los beneficios de la productividad, la situación actual del empleo y las previsiones sobre su futura evolución.

El inc. b) prevé la información que se debe suministrar cuando se negocie a nivel de empresa. Aquí se advierte una diferencia con relación a la ley 25.250, ya que en ésta la información era requerida cuando la empresa tenía una dotación superior a los cuarenta trabajadores. En cambio, en la ley 25.877 no se efectúa aclaración alguna, por lo que se aplica a la negociación del convenio de empresa, cualquiera sea la cantidad de trabajadores que tenga.

En estos casos, además de la información obligatoria general, se deben brindar datos relativos a los siguientes temas: I) situación económica de la empresa, del sector y del entorno en el que aquélla se desenvuelve; II) costo laboral unitario; III) causales e indicadores de ausentismo; IV) innovaciones tecnológicas y organizacionales previstas; V) organización, duración y distribución del tiempo de trabajo; VI) siniestralidad laboral y medidas de prevención; y VII) planes y acciones en materia de formación profesional.

El inc. c) establece el supuesto de las empresas que han iniciado el procedimiento de crisis o que están concursadas. Se trata de empresas que están en una situación particular que puede afectar directamente la relación con los trabajadores bajo su dependencia, por lo cual resulta razonable que deban comunicarle a la representación sindical las causas y circunstancias que las llevaron a iniciar el procedimiento de crisis o la presentación en concurso.

En el caso de procedimiento de crisis, la empresa deberá informar sobre las siguientes materias: I) mantenimiento del empleo; II) movilidad funcional, horaria o salarial; III) innovación tecnológica y cambio organizacional; IV) recalificación y formación profesional de los trabajadores; V) reubicación interna o externa de los trabajadores y programas de reinserción laboral; VI) aportes al SIJyP; y VII) programas de apoyo a la generación de microemprendimientos para los trabajadores.

En este punto se puede apreciar una diferencia con la ley 25.250: la eliminación en el apart. III) de toda referencia relacionada con la obligación de los empleadores de brindar información relacionada con inversiones y reconversión productiva.

Parece razonable que si el empleador se encuentra tramitando el procedimiento preventivo de crisis, y desea realizar alguna inversión que pueda comprometer aún más la situación de los trabajadores, deba al menos comunicársela a la asociación sindical, para que la evalúe durante el desarrollo de dicho procedimiento.

En el supuesto de las empresas concursadas, mantiene las directivas dispuestas en la ley 25.250 y obliga a las empresas a informar sobre las siguientes materias: I) causas de la crisis y sus repercusiones sobre el empleo; II) situación económico-financiera de la empresa y del entorno en que se desenvuelve; III) propuesta de acuerdo con los acreedores; IV) rehabilitación de la actividad productiva; y v) Situación de los créditos laborales.

El inc. d) impone guardar secreto a quienes reciban información calificada como confidencial por la empresa, lo que es consecuencia del cumplimiento de los deberes de información. Como contrapartida del derecho de recibir información está el deber de guardar el secreto en caso de que tenga carácter confidencial, siendo pasible la organización sindical respectiva o aquellas personas que la divulguen o la suministren a competidores, de las sanciones penales y de la acción de daños y perjuicios que pudieran corresponder.

## II. CONVENIOS COLECTIVOS

### 1. Definición

El convenio colectivo puede definirse como todo *acuerdo escrito relativo* a las *condiciones de trabajo y de empleo* —y a las remuneraciones— *celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una asociación profesional de empleadores y una asociación sindical de*

*trabajadores con personería gremial* (art. 1°, ley 14.250), que *debe ser homologado por el Ministerio de Trabajo* para tener efecto *erga omnes*, es decir, respecto de todos los que incluye en su ámbito de aplicación.

La *definición de la OIT* (reunión 34, 1951) es más amplia respecto de las partes signatarias; en cuanto a los trabajadores, hace referencia a una o varias organizaciones que los representan o, en ausencia de tales organizaciones, representantes debidamente elegidos y autorizados de acuerdo con la legislación nacional.

La recomendación 91 de la OIT señala que "la expresión contrato colectivo comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional".

## 2. Regulación

Los CCT tienen raigambre constitucional, ya que el art. 14 bis establece que concertar convenios colectivos es un derecho exclusivo de los gremios, por tratarse de un derecho programático fue necesario dictar una ley.

La ley vigente es la 14.250, que data de 1953, y cuyo texto fue ordenado por el dec. 108/1988, con las modificaciones de la ley 23.545; fue reglamentada por los decs. 183/1988, 199/1988 y 200/1988.

La ley 25.250 modificó la ley 14.250 e introdujo profundos cambios en materia de convenio colectivo, siendo reglamentada por los decs. 1172/2000 (BO del 14/12/2000) y 1174/2000 (BO del 14/12/2000). El dec. 1172/2000 modificó dos artículos del dec. 199/1988 e incorporó dos nuevos, mientras que el dec. 1174/2000 reglamentó los arts. 24 y 28, ley 14.250 (texto según ley 25.250).

La ley 23.546, que fija el procedimiento para la negociación colectiva, también fue modificada por la ley 25.250.

Sin embargo, la ley 25.877 (BO del 19/3/2004) derogó la ley 25.250, introduciendo importantes cambios con relación al régimen anterior y modificó la ley 14.250, como se detallará en este capítulo. El dec. 1135/2004 derogó el dec. 108/1988 y ordenó las leyes 14.250 y 23.546 con las modificaciones introducidas por ley 25.877.

Asimismo, cabe señalar que la Ley Nacional de Empleo (ley 24.013) regula en numerosas disposiciones la función de los convenios colectivos en la realización de medidas e incentivos para la generación de empleo (tít. III, cap. I, art. 24), la organización de las nuevas modalidades de contratación (cap. II, arts. 30 y 33) y la reestructuración productiva (cap. V, arts. 95 y 96).

## 3. Naturaleza jurídica

Se puede decir que actúa como una ley en sentido material de origen privado. Pero, en realidad, *es un contrato de derecho público: nace como contrato y actúa como una ley.*

Por la forma de celebración, aparece como un contrato (acuerdo de voluntades), pero en virtud de la homologación de la autoridad administrativa, extiende su alcance obligatorio a terceros y adquiere carácter de ley en sentido material.

Sin embargo, la homologación administrativa no altera la esencia de su naturaleza jurídica, ya que, a pesar de su fuerza obligatoria, no tiene categoría jurídica de ley.

Por su especial naturaleza jurídica, *no es necesaria su prueba en juicio* (art. 8°, LCT) *y su alcance se extiende a terceros* —a quienes no lo firmaron— *por la homologación de la autoridad de aplicación* (art. 4°, ley 14.250). De todos modos, como no es una ley en sentido formal, *no se puede aplicar analógicamente para resolver casos similares* (art. 16, LCT).

El convenio colectivo es una fuente autónoma de derecho del trabajo.

*Es obligatorio para quienes lo suscribieron* —sindicato con personería y representación empresaria— *y también para los trabajadores y empleadores comprendidos en su ámbito de aplicación.*

El convenio colectivo se ubica en un rango jerárquico inmediatamente inferior a la ley; si bien tiene el carácter de generalidad que caracteriza a la ley, se circunscribe —en cuanto a su alcance y aplicación— a un ámbito menor.

## 4. Objeto

El principal objeto del convenio colectivo es *fijar normas* —cláusulas normativas y obligacionales— *para regir las relaciones de trabajo y*, esencialmente, las *condiciones de trabajo* —obligaciones de las partes— *de una determinada categoría profesional.*

El objeto de los CCT es institucionalizar y regular relaciones individuales de trabajo subordinado, fijadas en forma colectiva entre prestadores y dadores de trabajo.

Traducen, en general, el alcance de las normas legales vigentes en cada país, y por ello, cada una responde a las características del lugar de aplicación.

## 5. Modalidades

Las partes pueden desarrollar sus negociaciones en forma directa entre ellas o bajo la coordinación del funcionario que la autoridad de aplicación designe (art. 4°, dec. 200/1988). Ante todo, debe existir la voluntad de las partes —tanto de los representantes de los trabajadores como de los empleadores— de concertar, es decir, de negociar un convenio colectivo.

Sin embargo, una novedad que introduce la ley 25.877 sobre este tema es que los convenios celebrados en el Ministerio de Trabajo con la presencia de un funcionario público también deben ser sujetos a homologación, ya que no se consideran directamente homologados por ese solo hecho (conf. art. 22, ley 25.877).

El art. 3°, ley 14.250 (texto según art. 10, ley 25.877), enumera los requisitos de forma y contenido al disponer que "las convenciones colectivas deberán celebrarse por escrito y consignarán: a) lugar y fecha de su celebración; b) el nombre de los intervinientes y acreditación de su personería; c) las actividades y las categorías de trabajadores a que se refieren; d) la zona de aplicación; e) el período de vigencia; f) las materias objeto de la negociación".

Este último inciso, que obliga a consignar las materias que fueron negociadas por las partes, no se encontraba en la ley 25.250 y fue incorporado por la Ley de Ordenamiento Laboral 25.877.

## 6. Ámbito de aplicación

El art. 8°, ley 25.877, sustituyó el art. 1°, ley 14.250, y dispuso que esta ley se aplica a las convenciones colectivas de trabajo que se celebren entre una asociación profesional de empleadores, un empleador o un grupo de empleadores y una asociación sindical de trabajadores con personería gremial.

En este aspecto, no se advierte diferencia con la redacción anterior.

En el derecho argentino, la representación de las partes que lo pueden celebrar es amplia, respecto de la representación de los empleadores, pero es limitada respecto de la de los trabaja-

dores, ya que solamente la asociación más representativa de la categoría o actividad de que se trate obtiene personería gremial y, con ella, el derecho exclusivo a intervenir en negociaciones colectivas y firmar convenios colectivos de trabajo según la ley 14.250.

Los convenios o acuerdos que no cumplen los requisitos de la ley en cuanto a la naturaleza de las partes (sujetos que la suscriben) no se rigen por la ley 14.250, sino por el derecho común. Por ejemplo, el suscripto entre el personal de una empresa —sin intervención del sindicato con personería gremial— y la dirección de ella relativo al pago de primas o premios a la mayor productividad.

Si bien la representación de los trabajadores en los convenios de empresa está a cargo del sindicato cuya personería gremial los comprenda, el art. 22, ley 14.250 (texto según el art. 18, ley 25.877), prevé, en estos casos, que la representación se debe integrar con delegados de personal, en un número que no exceda la representación establecida en el art. 45, ley 23.551, hasta un máximo de cuatro, cualquiera sea el número de trabajadores comprendidos en el CCT.

Es decir que si el establecimiento cuenta entre diez y cincuenta trabajadores, la comisión negociadora debe integrarla un delegado; entre cincuenta y cien, dos delegados; entre cien y doscientos, tres delegados; y a partir de doscientos, cuatro delegados, con independencia de la cantidad de trabajadores a los que se aplique el convenio.

En el marco de la ley 24.467 —Ley de PyMEs—, la organización sindical de grado superior puede delegar en entidades de grado inferior la negociación de convenios colectivos.

En la actualidad, tanto la entidad de grado superior como la inferior pueden libremente suscribir —dentro del ámbito de su representación personal— convenios colectivos de distinto nivel, siempre que se respeten las pautas de articulación y prelación previstas en los arts. 18 y 19 (ex arts. 23 y 24), ley 14.250 (texto según art. 18, ley 25.877, y dec. 1135/2004).

Están excluidos de la ley 14.250 los trabajadores comprendidos en las leyes 23.929 y 24.185, en tanto dichas normas regulan sus propios regímenes convencionales. Es decir que se encuentran excluidos los trabajadores del sector público nacional, provincial o municipal y los docentes comprendidos en la ley 23.929. En cambio, al igual que en la ley 25.250, se omitió la exclusión del personal de las universidades nacionales, pese a que ellos se encuentran regidos por la ley 24.447 y el dec. 1007/1995.

## 7. Representación del sector empleador

Las modificaciones introducidas por la ley 25.877 en este punto es uno de los temas que más polémica generará.

Cabe recordar que hasta la sanción de ley 25.877, el art. 2°, ley 14.250, reformado por la ley 25.250, disponía que sería la autoridad de aplicación quien se encargaría de establecer la aptitud representativa del sector empleador cuando la unidad de negociación excediera el ámbito de una o varias empresas. Asimismo, delegaba en la reglamentación las pautas y criterios que la autoridad de aplicación debía tener en cuenta para establecer la aptitud representativa del sector de los empleadores —cuando no se hayan puesto de acuerdo— y la participación de sus integrantes en la formación de la voluntad del sector —para el caso de que no la establecieren de común acuerdo—. Finalmente, preveía que cuando se constituyera una unidad de negociación que incluyera más de un empleador, entre los cuales hubiera pequeñas empresas, debía acreditarse, en el convenio que se celebrara, que contuviera un capítulo específico que las comprendiera y, además, que había sido negociado por sus propios representantes.

El dec. 1172/2000 había reglamentado detalladamente el art. 2°, ley 14.250, modificando los arts. 2° y 7°, dec. 199/1988, incorporando los arts. 2° bis y 2° ter, dec. 199/1988, y estableciendo el mecanismo de asignación de la aptitud representativa de ambos sectores, con el fin de determinar el alcance del convenio colectivo (tanto funcional como territorial) cuando se pre-

tendiera constituir una unidad de negociación que excedía el ámbito de una o varias empresas determinadas.

El art. 9°, ley 25.877, sustituyó el art. 2°, ley 14.250, estableciendo una disposición bastante similar a la redacción original. Prescribe que en caso de que deje de existir la o las asociaciones de empleadores que acordaron la anterior convención colectiva o que la existente no pueda ser calificada de suficientemente representativa o que no haya ninguna, la autoridad de aplicación debe atribuir, siguiendo las pautas determinadas por la reglamentación, la representación del sector empleador a un grupo de aquéllos, con relación a los cuales debe operar la convención o tener como representantes de todos ellos a quien o quienes puedan ser considerados parte de las negociaciones.

Es decir, la representación del sector empleador recae sobre los que suscribieron el convenio colectivo anterior. Pero si se dan los supuestos contemplados en el art. 2°, ley 14.250 (texto según art. 9°, ley 25.877), y la asociación de empleadores, por ejemplo, desaparece o pierde representatividad, es el Ministerio de Trabajo (autoridad de aplicación) el que atribuye —de oficio o a petición de parte con interés legítimo— la representación del sector empresarial al grupo de empleadores más representativo de la actividad.

La ley 25.877 delega en la autoridad de aplicación las pautas para determinar la representación del sector empleador.

## 8. Homologación

La homologación es un acto administrativo por el cual el Estado —por medio del Ministerio de Trabajo— aprueba o presta conformidad al CCT. Esto lo torna obligatorio para terceros no firmantes —empleadores y trabajadores— aunque comprendidos en su ámbito de aplicación: efecto *erga omnes*.

Hasta la reforma introducida por la ley 25.877, la homologación suponía la verificación del Estado de la legalidad (observar que el convenio no viole normas de orden público o garantías constitucionales), oportunidad y conveniencia del convenio (apunta a evitar que afecte el bien común).

De todos modos, la homologación no puede subsanar vicios de representación.

El control de legalidad consiste en observar que el convenio no viole normas de orden público o garantías constitucionales, mientras que el control de oportunidad y conveniencia apunta a evitar que el convenio afecte el bien común. Ambos controles son efectuados por el Ministerio de Trabajo.

Justamente a esto se refería el último párrafo del art. 4°, cuando mencionaba dos presupuestos necesarios para que el convenio accediera a la homologación:

1) que no contuviera cláusulas violatorias de normas de orden público o dictadas en protección del interés general;

2) que no afectara la situación económica general o de determinados sectores, ni la de los consumidores en general.

La ley 25.877 suprimió el control de oportunidad o conveniencia como presupuesto necesario para la homologación, dejando sólo el de legalidad.

En su actual redacción, el art. 4°, ley 14.250 —según el art. 11, ley 25.877—, prevé que es presupuesto esencial para acceder a la homologación que la convención no contenga cláusulas violatorias de normas de orden público o que afecten el interés general. Sin embargo, la expresión *interés general* es lo suficientemente ambigua y elástica como para que pueda ejercerse el control de oportunidad por parte de la autoridad de aplicación.

Si el Ministerio de Trabajo deniega la homologación, el titular de un derecho subjetivo o quien detente un interés legítimo puede solicitar la revisión de ese acto. En sede judicial se puede atacar el acto basado en razones de legitimidad.

La homologación tiene carácter constitutivo: si no está homologado, el acuerdo de las partes no tiene valor de CCT, ni siquiera de contrato de derecho privado, que obliga a quienes lo han suscripto —excepto convenio de empresa—, ya que los empleadores no actúan en nombre de sus propias empresas sino del interés de la categoría. Si esto se aceptara, se produciría una conversión del negocio jurídico, carente de validez por ausencia del requisito esencial del consentimiento válido.

## 9. Procedimiento de la homologación

Los CCT son homologados por el Ministerio de Trabajo en su carácter de autoridad de aplicación (art. 6°, ley 23.546, texto según art. 22, ley 25.877).

Hasta la reforma introducida por la ley 25.877, los convenios que se celebraban ante la autoridad de aplicación se consideraban, por ese solo hecho, homologados. Éstos eran los convenios que en su trámite, desarrollo y firma habían comparecido y refrendado los funcionarios del Ministerio de Trabajo. En cambio, ahora se exige la homologación en todos los supuestos, salvo que se trate de un convenio de empresa.

La exigencia de la homologación en los convenios de empresa fue criticada no sólo por la doctrina, sino también por la Comisión de Expertos de la OIT.

Por ese motivo, el art. 11, ley 25.877, sustituyó el art. 4°, ley 14.250, y estableció que tanto los CCT de empresa como los de grupo de empresas deben observar el control de legalidad y deben ser presentados ante la autoridad de aplicación para su registro, publicación y depósito.

Es decir que no se exige el requisito de la homologación salvo que las partes la requieran expresamente (art. 4° *in fine*, ley 14.250, texto según art. 11, ley 25.877).

Otra modificación trascendente introducida por la ley 25.877 es que ahora el órgano competente para dictar la homologación se debe pronunciar en un plazo no mayor de treinta días hábiles de recibida la solicitud, y no de cuarenta y cinco días como en el régimen anterior (ley 25.250).

También modificó el art. 12 (ex 13), ley 14.250 (art. 14, ley 25.877 y dec. 1135/2004), que dispone que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social es la autoridad de aplicación de la ley y debe vigilar el cumplimiento de las convenciones colectivas.

De esta forma se elimina la posibilidad de toda intervención de las provincias en la celebración de los convenios colectivos. Cabe recordar que hasta la reforma de la ley 25.877, si bien el Ministerio de Trabajo se reservaba los dos pasos más importantes de la negociación —la resolución constitutiva de la comisión negociador y la homologación—, se preveía la posibilidad de delegar a los gobiernos provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la negociación en el seno de las distintas unidades.

En cambio, con la ley 25.877, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social recupera en exclusividad todas las atribuciones en la materia.

## 10. Registro y publicación

El convenio homologado debe ser registrado por el Ministerio de Trabajo, que lleva un registro en el cual debe inscribirlo mediante un número (arts. 4° y 5°, dec. 199/1988, y art. 5°, ley 14.250, texto según art. 12, ley 25.877).

Se le asigna el número de convenio coincidente con el número de orden de registro, seguido del año de la homologación (p. ej., CCT 130/1975). Si se trata de un convenio de empresa se le adiciona la letra E.

El texto de los convenios colectivos debe ser publicado por el Ministerio de Trabajo dentro de los diez días de registrados u homologados, según los casos. Vencido este término, la publicación efectuada por cualquiera de las partes, en la forma que fije la reglamentación, surte los mismos efectos que la publicación oficial (art. 5°, párr. 2°, ley 14.250, texto según art. 12, ley 25.877).

La publicación no puede ser sustituida por la mera difusión del contenido del convenio colectivo que se pudo haber dado en el momento de su celebración, sin cumplir los requisitos de la reglamentación.

Sin embargo, no parece que la falta de publicación o incluso de registro impida que el convenio produzca efectos, porque ahora éstos comienzan a regir a partir de la fecha en que se dictó el acto administrativo que resuelve la homologación o el registro (art. 5°, ley 14.250, texto según art. 12, ley 25.877).

## 11. Alcance, efectos y contenido

El párr. 1°, art. 4°, ley 14.250 —según la redacción de la ley 25.877—, define el ámbito de aplicación personal de los CCT, al establecer que las normas originadas en las convenciones colectivas que sean homologadas por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, en su carácter de autoridad de aplicación, rigen respecto de todos los trabajadores de la actividad o de la categoría dentro del ámbito a que estas convenciones se refieran.

Si el acuerdo está destinado a ser aplicado a más de un empleador, alcanza a todos los comprendidos en sus particulares ámbitos. Todo ello sin perjuicio de que los trabajadores y los empleadores invistan o no el carácter de afiliados a las respectivas asociaciones signatarias.

Es decir que alcanza a todos los trabajadores y empresas —industriales o comerciantes del ramo— dentro del radio de aplicación del convenio y de la actividad u oficio comprendido, los hayan firmado o no, hayan intervenido o no en la negociación, estén o no adheridos a las entidades firmantes (en el caso de las empresas), sean o no afiliados al sindicato que los suscribió (en el caso de los trabajadores).

A este efecto se lo denomina *erga omnes* y la obligatoriedad alcanza a los trabajadores —permanentes y transitorios— y a los empleadores incluidos en su ámbito de aplicación.

El *ámbito de aplicación personal* de un convenio colectivo, respecto de una determinada actividad, depende de la representatividad que posean las entidades pactantes. Se debe verificar la representación de los trabajadores y de los empleadores; su obligatoriedad no puede ir más allá de la actividad que representan profesionalmente las entidades firmantes.

Es decir que si la entidad gremial tiene capacidad para representar a todos los trabajadores de una determinada actividad, debe negociar con un grupo representativo de los empleadores que también represente a toda la actividad. De esto surgen diversas conclusiones:

1) si la representación empresarial es menor, por ejemplo, la de una rama, sólo tiene efectos obligatorios para ésta, pero no puede extenderse a toda la actividad;

2) si una empresa no estuvo representada mediante el sector empresarial correspondiente, no puede ser obligada por el convenio colectivo;

3) el Ministerio de Trabajo no puede extender la obligatoriedad de un CCT a actividades no representadas.

El trabajador contratado por medio de una empresa de servicios eventuales se rige por el CCT de la actividad o categoría en la cual efectivamente presta servicios en la empresa usuaria.

En lo que respecta al *contenido*, es el conjunto de disposiciones que las partes entienden que deben ser incluidas en el convenio colectivo; las principales son las siguientes:

1) las *cláusulas normativas*, que se refieren a las condiciones de trabajo (son la mayoría), por ejemplo, categorías profesionales, vacaciones, jornada, salarios, etcétera;

2) las *cláusulas obligacionales*, que establecen obligaciones recíprocas sólo para los firmantes.

3) las *cláusulas que establecen contribuciones extraordinarias* a cargo de los trabajadores y/o empleadores a favor de la asociación sindical.

En cuanto a su *validez territorial*, el convenio rige en la zona o región en donde el sindicato esté autorizado a operar, según lo dispuesto por la autoridad de aplicación. El art. 10, ley 14.250, establece que el Ministerio de Trabajo, por pedido de cualquiera de las partes, puede extender la obligatoriedad del CCT a zonas no comprendidas en su ámbito.

El art. 6°, dec. 199/1988, reglamenta este aspecto al fijar dos condiciones: que en la zona en que se aplique el CCT no exista asociación sindical de trabajadores con personería gremial y que el CCT resulte adecuado para regular las relaciones de trabajo en la zona.

Si hay dos convenios colectivos —uno de origen local y otro nacional— que se superponen, en cuanto a su zona de aplicación, tiene prevalencia el de orden local. El convenio colectivo aplicable es el del lugar del cumplimiento de las tareas y no el de la celebración del contrato de trabajo.

## 12. Ámbito de negociación colectiva

Éste es el primero de los cuatro capítulos que el art. 18, ley 25.877, introduce a la ley 14.250: cap. III: "Ámbitos de la negociación colectiva"; cap. IV: "Articulación de los convenios colectivos"; cap. V: "Convenios de empresas en crisis"; cap. VI: "Fomento de la negociación colectiva".

El art. 16 (ex 21), ley 14.250 —modificado por la ley 25.877—, hace referencia, en forma meramente enunciativa —es decir que no agota las posibilidades de otras no incluidas—, a los distintos ámbitos funcionales y territoriales dentro de los cuales se pueden llevar a cabo negociaciones colectivas.

Asimismo establece que los convenios colectivos tienen los siguientes ámbitos personales y territoriales conforme a lo que las partes acuerden dentro de su capacidad representativa: a) convenio nacional, regional o de otro ámbito territorial; b) convenio intersectorial o marco; c) convenio de actividad; d) convenio de profesión, oficio o categoría; e) convenio de empresa o grupo de empresas.

Se advierte, al igual que sucedía en la ley 25.250, que no se incluye el convenio de rama de actividad, que es el que tradicionalmente se utilizaba en nuestro país.

Existen diversas clases de convenios y para clasificarlos se pueden adoptar distintos criterios.

1) *Según las personas a las cuales se aplican se dividen en*: convenios colectivos de empresa; convenios colectivos horizontales o de profesión, oficio o categoría; convenios colectivos verticales o de actividad; intersectoriales o convenio marco y convenios colectivos para PyMEs.

*a) Convenio colectivo de empresa*: es un acuerdo entre el sindicato con personería gremial y una empresa. Su alcance queda reducido al ámbito de la empresa pactante. No necesitan ser homologados, sino sólo registrados, publicados y depositados, salvo que la partes solicitaren su homologación.

Los convenios colectivos de empresa, regulados en la ley 14.250, como se ha dicho, son firmados —en representación de los trabajadores— por la entidad gremial con personería gremial y homologados por el Ministerio de Trabajo.

Cabe reiterar que el art. 17 (ex 22), ley 14.250, dispone que en la negociación del convenio colectivo de empresa, la representación de los trabajadores se integra también con delega-

dos de personal, en un número que no exceda la representación establecida en el art. 45, ley 23.551, hasta un máximo de cuatro, cualquiera sea el número de trabajadores comprendidos en el CCT de que se trate.

No se deben confundir con los llamados *convenios de empresa*, que son contratos celebrados por la empresa con un grupo de trabajadores.

Se trata de un acuerdo de voluntad entre la dirección de una empresa —por un lado— y un conjunto de trabajadores de ésta, en su nombre, o un grupo representativo de todos los trabajadores del establecimiento (delegados o comisiones internas) —por el otro—, que negocian directamente con la empresa.

Estos convenios tienen por objeto regular aspectos particulares de la relación de trabajo. Mientras el convenio colectivo de empresa, regulado por la ley 14.250, debe ser suscripto por el sindicato con personería gremial, los convenios de empresas son suscriptos por un grupo de trabajadores de la empresa.

También puede celebrarse un *convenio colectivo de grupo de empresas (por sectores o regiones)*.

*b) Convenio colectivo horizontal o de profesión, oficio o actividad*: comprende a una especialidad determinada (por ejemplo, viajante de comercio e industria, encargados de casa de renta, choferes).

c) *Convenio colectivo de actividad*: abarca toda la actividad, es decir, todos los trabajadores y empresas de la misma actividad. Durante la mayor parte de nuestra historia fue el más utilizado en la Argentina. Extiende su obligatoriedad a todos los trabajadores y empleadores comprendidos en el ámbito de representación de la entidad gremial y en el grupo representativo de los empleadores.

*d) Convenio intersectorial (convenio marco)*: se trata de un convenio que se celebra para fijar condiciones o principios aplicables a determinadas actividades u oficios respecto de los cuales deberán ajustarse los convenios colectivos que se suscriban. Por ejemplo, se da cuando se suscribe un convenio marco entre la CGT y distintas cámaras o federaciones empresarias, con el fin de que los convenios colectivos (horizontales, verticales o de empresa) adecuen sus cláusulas a las pautas establecidas en ese convenio intersectorial.

Etala sostiene que estos convenios tienen por objeto establecer la estructura de la negociación colectiva y fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito y los principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación, fijándose siempre en este último supuesto las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores. Se trata de los llamados "acuerdos" o "convenios para convenir", ya que establecen los lineamientos (el "marco") que han de ajustarse obligatoriamente los convenios que se celebren en los ámbitos inferiores.

*e) Convenios colectivos para pequeñas empresas*: la ley 24.467 —Ley de PyMEs—, al ocuparse de las relaciones de trabajo (tít. III) en las pequeñas empresas (aquellas con personal inferior a cuarenta trabajadores y determinada facturación anual), prevé particularidades en la negociación colectiva y en los convenios colectivos (arts. 99 a 103).

Los convenios que firmen las PyMEs pueden ser de actividad o de empresa, y la organización sindical puede delegar su celebración en entidades de grado inferior y establecer libremente su fecha de vencimiento. Si no existe estipulación convencional, se extinguen de pleno derecho, salvo pacto en contrario, a los tres meses de su vencimiento (art. 99). Durante su vigencia, los convenios colectivos no pueden ser afectados por convenios de otro ámbito (art. 103).

2) *Según el ámbito territorial en el cual rigen pueden clasificarse en: municipales, provinciales, nacionales, regionales.*

3) *Según la finalidad que persiguen se clasifican en*:

*a) constitutivos*: son los que crean condiciones de trabajo y remuneraciones para toda una categoría en una zona determinada;

*b) interpretativos*: son los que declaran el alcance de las cláusulas oscuras de una convención anterior;

*c) declaratorios*: son los que enuncian propósitos de las partes contratantes de realizar una acción común.

**CCT**

| | |
|---|---|
| **CONCEPTO** | — Acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y empleo celebrado entre un empleador o grupo de empleadores y una asociación sindical de trabajadores con personería gremial. Debe ser homologado por el Ministerio de Trabajo. |
| **HOMOLOGACIÓN** | — Acto administrativo por el cual el Estado verifica la legalidad del convenio.<br>— Efecto *erga omnes*: obligatorio para terceros no firmantes. |
| **VIGENCIA** | — Rige a partir del acto administrativo de homologación o registro.<br>— Rige hasta su vencimiento. |
| **CONTENIDO** | — Cláusulas normativas<br>— Cláusulas obligacionales { Compromisorias; De reincorporación; Penales } |
| **CARACTERÍSTICAS** | — Nacionales<br>— De actividad<br>— Obligatorios<br>— Normativos<br>— Automátiucos<br>— Formales |
| **CLASIFICACIÓN** | — Según las personas a las cuales se aplica:<br>– Convenio colectivo de empresa<br>– Convenio colectivo de actividad<br>– Convenio colectivo para pequeñas empresas<br>– Convenio colectivo intersectorial (marco)<br>— Según el ámbito territorial { Municipales; Provinciales; Nacionales }<br>— Según la finalidad que persiguen { Constitutivos; Interpretativos; Declaratorios } |

## 13. Vigencia del convenio colectivo

### *13.1. Entrada en vigencia y extinción del convenio colectivo*

Otra de las modificaciones trascendentes introducidas por la ley 25.877 es la fecha de entrada en vigencia del convenio colectivo. En efecto, cabe recordar que siempre se dispuso que el convenio colectivo homologado regiría a partir del día siguiente al de su publicación.

En cambio, el art. 12, ley 25.877, sustituyó el art. 5º, ley 14.250, y estableció que las convenciones colectivas regirán a partir de la fecha en que se dictó el acto administrativo que resuelve la homologación o el registro, según el caso.

La ley distingue entre acto administrativo homologatorio y acto que ordena el registro; esto es así, ya que existen convenciones colectivas de trabajo que no requieren homologación, como el caso de los convenios colectivos de empresa.

Respecto de la *extinción del convenio colectivo*, existen distintos *modos* que han sido receptados por nuestra legislación y aceptados por la jurisprudencia.

Uno es el del *vencimiento del plazo*. Nuestra legislación establecía que, al vencimiento del plazo, determinadas cláusulas de la convención colectiva (que variaron según la ley aplicable) seguirían vigentes hasta que se dictara una nueva convención colectiva, en tanto en la convención colectiva cuyo término estuviere vencido no se hubiere acordado lo contrario.

Es decir que, en principio, al vencimiento del plazo algunas cláusulas se extinguían automáticamente, mientras que otras permanecían vigentes —ultraactividad—, salvo que las partes hubieren acordado otra posibilidad. En este supuesto, resulta irrelevante que las partes hayan pactado una fecha de terminación de todo el convenio, o distintas fechas de extinción para diferentes cláusulas.

Un segundo modo de terminación del convenio es la *denuncia efectuada por alguna de las partes*. Cabe señalar que este modo fue el adoptado por la ley 25.250, que previó como principio general que los convenios permanecerían vigentes hasta el plazo de dos años contados a partir de la fecha en que una de las partes lo hubiere denunciado formalmente.

También existen formas excepcionales de terminación del convenio; como apunta Mariano Recalde, son el mutuo acuerdo de las partes, homologado por la autoridad de aplicación y la derogación por una ley posterior. Con respecto de este último, si bien no es pacífica la doctrina nacional en relación con esa posibilidad, nuestro más Alto Tribunal la ha convalidado, aunque sólo en situaciones de excepción con una interpretación restrictiva [4].

Otro modo de extinción del convenio colectivo es la *sustitución del nuevo convenio*, que es el que adopta la ley 25.877 al instaurar nuevamente el principio de ultraactividad.

### *13.2. Ultraactividad*

La *ultraactividad* importa el mantenimiento o sobrevivencia de las cláusulas insertas en los convenios colectivos, aun después de su caducidad o extinción, cualquiera fuera la causa.

Como refiere Vazquez Vialard, "elementales razones de seguridad jurídica, justifican que el acuerdo surta efecto más allá del plazo originariamente fijado, a fin de evitar que se presente una situación que, en ciertas circunstancias, puede asimilarse a la de un caos: que no haya norma que regule la relación, o la misma resulta absurda".

Agrega que "de esa manera, se trata de evitar la posible situación de caos, que se produciría con motivo de la falta de reglas de aplicación concreta, que precisen el derecho de cada una de las partes. De lo contrario, se daría una situación de inseguridad, que puede llevar hasta la adopción de medidas de acción directa a fin de ejercer presión sobre la otra parte, para que admita la pretensión que se ha formulado al efecto" [5].

***Antecedentes***: Von Potobsky indica que la ultraactividad de los convenios contenida en la ley 14.250 es la que más favorece su continuidad, si se la compara con las demás legislaciones [6].

En nuestra legislación, el art. 5°, ley 14.250, disponía que luego del vencimiento del plazo de vigencia del convenio colectivo sólo continuaban aplicándose las cláusulas referidas a las

[4] RECALDE, Mariano, "La vigencia de los convenios colectivos de trabajo y el principio de negociación colectiva libre y voluntaria en la ley 25.250", DLE 186, t. XV, Errepar, Buenos Aires, febrero 2001, ps. 140/153.

[5] VAZQUEZ VIALARD, Antonio, "La ultraactividad en los convenios colectivos de trabajo según el régimen de la ley 25.250", TySS 2000-849/860.

[6] VON POTOBSKY, Geraldo, "Contrato de trabajo y negociación colectiva en la reforma laboral", *Revista de Derecho Laboral*, número extraordinario, "La reforma laboral. Ley 25.250", ps. 67/86.

condiciones de trabajo —las normativas—, caducando la exigibilidad de las obligacionales con la vigencia de la convención colectiva de trabajo.

Sin embargo, ya en esa época su interpretación generó decisiones jurisprudenciales encontradas, en especial relacionadas con aquellas cláusulas que, aunque en principio podían ser consideradas obligacionales, tenían incidencia sobre el contrato individual (contribuciones patronales destinadas al fomento de la vivienda, turismo, etcétera).

La ley 23.545 (BO del 15/1/1998) modificó el art. 5°, ley 14.250 —que al ser ordenado por el dec. 108/1988 quedó como art. 6°—, que sostenía que "vencido el término de vigencia de una convención colectiva, se mantendrán subsistentes las condiciones de trabajo resultantes de la misma, a la par que las normas relativas a contribuciones y demás obligaciones asumidas —por los empleadores—. Todo ello hasta que entre en vigencia una nueva convención, y en tanto en la convención colectiva cuyo término estuviere vencido no se haya acordado lo contrario".

Es decir que al vencimiento de la convención, y con la única excepción de que las partes hubieran acordado lo contrario, continuaban vigentes tanto las cláusulas normativas como las obligacionales a cargo del empleador (contribuciones patronales, etc.), caducando solamente las obligaciones contraídas por la asociación sindical con personería gremial que suscribiera el convenio (por ejemplo: abstenerse de efectuar medidas legítimas de acción directa durante la vigencia de la convención).

El art. 12, ley 25.013 (BO del 24/9/1998), pretendió limitar los alcances de la ultraactividad, al incorporar un párr. 2° al art. 6°, ley 14.250, por el cual se establecía la caducidad (salvo pacto en contrario) en el plazo de dos años contados a partir de la solicitud que en tal sentido formulara alguna de las partes signatarias de aquellos convenios colectivos celebrados con anterioridad a la promulgación de la ley 23.545 y que con posterioridad al 1/1/1988 no hubieran sido objeto de modificaciones por la vía de la celebración de acuerdos colectivos, *cualquiera que sea su naturaleza y alcance.*

Esta última expresión tornó prácticamente inoperante esta cláusula, ya que casi todas las convenciones colectivas comprendidas habían sufrido modificaciones después del 1/1/1988, aunque sólo fuera para readecuar las escalas salariales.

La reforma introducida por la ley 25.250 (BO del 2/6/2000) terminó con el principio de ultraactividad al establecer la pérdida de vigencia de las cláusulas contenidas en los convenios colectivos en un plazo de dos años contados a partir de la fecha en la cual una de las partes lo hubiere denunciado formalmente, siempre que las partes no hubiesen ejercido la facultad de establecer distintas fechas de vencimiento para las cláusulas del convenio, no le hubiesen otorgado ultraactividad ni hubiera comenzado a regir un nuevo convenio.

Por lo tanto, con la ley 25.250, la fecha de finalización de las cláusulas del convenio dependía de la opción que hubieran elegido las partes entre las siguientes posibilidades: a) acordar la fecha de vencimiento de las distintas cláusulas: en este supuesto, las cláusulas perdían vigencia en la fecha indicada y sólo seguían aplicándose aquellas cláusulas del convenio en las que se hubiera dispuesto su ultraactividad, o establecido una fecha de vencimiento posterior; b) otorgarles ultraactividad: las cláusulas continuaban vigentes hasta que se celebrara un nuevo convenio colectivo; c) celebrar un nuevo convenio colectivo: se aplicaba este último convenio sin importar lo convenido por las partes respecto del vencimiento de las cláusulas de la convención anterior que se reemplazaba; d) que las partes no hubieran ejercido las facultades previstas en a) y en b), y no hubiera comenzado a regir un nuevo convenio: las cláusulas perdían vigencia a los dos años contados a partir de la fecha en la cual una de la partes hubiera denunciado formalmente el convenio.

***Régimen actual***: el art. 13, ley 25.877, sustituyó el art. 6°, ley 23.546, y estableció que una convención de trabajo, cuyo término estuviere vencido, mantiene la plena vigencia de todas sus

cláusulas hasta que una nueva convención colectiva la sustituya, salvo que en la convención colectiva vencida se haya acordado lo contrario.

Es decir que reinstala la ultraactividad como principio, al disponer que el convenio permanece vigente hasta que se dicte un nuevo convenio colectivo. La ley 25.877 mantiene la vigencia de todas sus cláusulas, no efectuando distinción alguna entre normativas y obligacionales, y, en este último caso, a cargo de los trabajadores o del sector empleador.

Sin embargo, deja librado a las partes establecer en la convención colectiva la determinación de formas distintas de terminación del propio convenio. Así, en el convenio se puede pactar la fecha de terminación de cada una de sus cláusulas, o pactar la extinción de alguna y la vigencia de otras por ultraactividad, o incluso establecer que el convenio permanezca vigente hasta que algunas de las partes lo denuncie; etcétera.

En los últimos años se renovaron varios convenios colectivos de actividad que se encontraban en estado de ultraactividad. Por ejemplo, el CCT de obreros mosaístas (CCT 452/2006), tres convenios de la actividad de pasteleros que renuevan los del año 1988 y el convenio de panaderos CCT 478/2006 que renueva el CCT 62/1975.

También resultan de interés y merecen atención algunas renovaciones de cláusulas. Por ejemplo, en el caso del CCT de los obreros mosaístas se fija una jornada de cuarenta y cuatro horas semanales.

### *13.3. Fomento de la negociación colectiva*

Desde la sanción de la ley 25.013 se intentó sin éxito la caída de los convenios colectivos celebrados en la década del 70 (más precisamente, los celebrados entre 1971 y 1975).

La ley 25.250, mediante los arts. 28 y 29, intentó hacer perder vigencia a aquellos convenios que estaban vigentes por ultraactividad, distinguiendo los celebrados antes de 1988 (1971-1975), que pertenecían a la primera ronda de negociaciones, y los pactados con posterioridad a esa fecha (especialmente los de la segunda ronda).

Los primeros perderían vigencia a los dos años contados a partir de la fecha de la resolución de la autoridad de aplicación que convocara a la unidad de negociación de igual nivel y ámbito tendiente a su sustitución y declarara iniciado el curso de dicho plazo.

La res. 309/2001 MT (BO del 11/6/2001) ordenó a la Dirección Nacional de Negociación Colectiva el dictado del cronograma de las convocatorias, hasta que finalmente la res. 344/2002 del mismo Ministerio, ante la imposibilidad de reunir a las partes signatarias del convenio que se iba a reemplazar, debió suspender el curso de ese plazo de dos años cuando habiendo sido convocadas las partes para la renovación, no se hubieran constituido a la fecha las respectivas unidades de negociación. Los segundos, en cambio, perderían vigencia a los dos años de denunciados.

La ley 25.877 introdujo un último capítulo (VI) a la ley 14.250, que consta de sólo un artículo (26), el cual prevé que, con relación a los convenios que se encontraban vigentes por ultraactividad, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social establecerá un mecanismo voluntario de mediación, conciliación y arbitraje, destinado a superar la falta de acuerdo entre las partes para la renovación de dichos convenios.

Con el ordenamiento efectuado por el dec. 1135/2004, el art. 26 es el 21 de la ley 14.250.

## 14. Articulación y sucesión de convenios

El cap. IV de la ley 14.250, introducido por el art. 18, ley 25.877, regula los supuestos de articulación, concurrencia y sucesión de convenios.

Existen diferentes posibilidades en materia de *concurrencia de convenios*, a saber:

a) que se otorgue preferencia al convenio de mayor nivel, el que constituye la plataforma de derechos que puede ser ampliada por los convenios de ámbito menor;

b) que se privilegie el convenio de ámbito menor, como lo estableció la ley 25.250, sin que se encuentren antecedentes legislativos en el derecho comparado;

c) que se dé preferencia al convenio más favorable, como sucede en la legislación francesa;

d) que se otorgue prevalencia según la posterioridad y especialidad: mecanismo de uso prácticamente excluyente entre normas públicas;

e) la regla de no afectación: que está regulada en el art. 84, Estatuto de los Trabajadores españoles, al disponer que "un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por convenios de ámbito distintos...". Éste es el criterio elegido por la ley argentina para los convenios para pequeñas empresas, que durante su vigencia no pueden ser alterados por convenios de otro ámbito, por más que en este supuesto el criterio de no afectación puramente temporal, se mezcla con el de los niveles de negociación y hasta con el de especialidad (art. 103, ley 24.467) [7].

El art. 24, ley 14.250 —texto según ley 25.250—, establecía la primacía del convenio colectivo de ámbito menor respecto del posterior convenio de ámbito mayor, salvo que las partes negociadoras del primero lo hubieran abandonado expresamente adhiriendo al segundo o integrando de igual modo su comisión negociadora. Por su parte, el art. 25 complementaba el artículo anterior, al disponer que el convenio posterior de ámbito menor prevalecía sobre el anterior de ámbito mayor.

El art. 18, ley 25.877, introdujo el cap. IV a la ley 14.250 (arts. 18 y 19 [ex arts. 23 y 24]). El art. 18 (ex 23), ley 14.250, prevé que los convenios colectivos de ámbito mayor pueden establecer formas de articulación entre unidades de negociación de ámbitos diferentes, ajustándose las partes a sus respectivas facultades de representación: es el convenio de ámbito mayor el que puede establecer mecanismos de articulación entre los distintos niveles de negociación.

Dichos convenios pueden determinar sus materias propias y hacer remisión expresa de las materias a negociar en los convenios de ámbito menor.

Los convenios de ámbito menor, en caso de existir un convenio de ámbito mayor que los comprenda, pueden considerar distintas materias.

a) materias delegadas por el convenio de ámbito mayor: el convenio de ámbito mayor puede fijar cuáles serán los temas que por sus características y especificidad serán tratados por la convención de ámbito menor;

b) materias no tratadas por el de ámbito mayor: se trata de temas que no fueron considerados por el convenio de ámbito mayor, por no ser generales o presentarse sólo en determinados establecimientos o regiones;

c) materias propias de la organización de la empresa: establece la posibilidad de que sea en el convenio de ámbito menor donde se discutan y regulen las materias que particularmente se presentan en determinadas empresas, y que por esa circunstancia no son tratados en el convenio de ámbito mayor.

La ley, en este inciso, parece confundir convenio de ámbito menor con convenio de empresa. Es cierto que el de empresa es un convenio de ámbito menor, pero no que un convenio de ámbito menor sea necesariamente de empresa; por ejemplo, puede ser de ámbito menor un convenio regional respecto del convenio nacional de actividad;

[7] RAMÍREZ BOSCO, Juan, "Las normas sobre concurrencia de convenios colectivos", TySS 2000-951/963.

d) condiciones más favorables: a diferencia de lo que sucedía en la ley 25.250, en la cual el convenio de ámbito menor prevalecía aunque contuviera condiciones menos beneficiosas, en la ley 25.877 sólo se aplican sus disposiciones en la medida en que sean más favorables.

El art. 19 (ex 24), ley 14.250, prevé los supuestos de sucesión y prelación de normas.

En cuanto a la *sucesión de CCT*, el inc. a) prevé que el convenio posterior puede modificar un convenio anterior de igual ámbito.

En este punto sigue el principio general de que el convenio posterior deroga al convenio anterior aunque contenga disposiciones menos favorables que este último.

En lo que respecta a la *prelación de normas*, establece que un convenio de ámbito distinto, mayor o menor, modifica el convenio anterior en tanto establezca condiciones más favorable para el trabajador. A tal fin, la comparación de ambos convenios debe ser efectuada por instituciones.

De los distintos sistemas existentes en el derecho comparado, la ley 25.877 optó por otorgar prevalencia al convenio más favorable o, más precisamente, la institución del convenio más favorable.

Asimismo, cabe advertir que se presentarán puntualmente algunos conflictos relativos a concurrencia o sucesión de convenios suscriptos bajo el amparo de la ley anterior (25.250), que deberán ser resueltos en cada caso en particular.

## 15. Contenido de los convenios colectivos

Es el conjunto de disposiciones que las partes entienden que deben ser incluidas en el convenio colectivo; las principales son las siguientes:

1) *las cláusulas normativas*, que se refieren a las condiciones de trabajo (son la mayoría), por ejemplo, categorías profesionales, vacaciones, jornada, salarios, etc.;

2) *las cláusulas obligacionales*, que establecen obligaciones recíprocas sólo para los firmantes;

3) *las cláusulas que establecen contribuciones extraordinarias* a cargo de los trabajadores y/o empleadores a favor de la asociación sindical.

*Las disposiciones legales imperativas no se pueden dejar sin efecto o ser restringidas por los convenios colectivos*. El principio de la primacía juega separadamente para cada una de las cláusulas del convenio, y no es aplicable, al respecto, la indivisibilidad establecida por el art. 834, CCiv.: son válidas las cláusulas que resultan más favorables para los trabajadores y sustituyen las que no lo son.

Las condiciones más favorables estipuladas en los contratos individuales pueden resultar de un acuerdo de empresa, en cuyo caso las condiciones más favorables no se derogan por un convenio colectivo posterior que instaura un sistema distinto.

Teniendo en cuenta su contenido, *las cláusulas de los convenios colectivos pueden clasificarse en*:

— *Cláusulas normativas*: Constituyen el núcleo de los convenios y no sólo tienen efecto sobre las partes contratantes, sino también a quienes éstos representan, es decir, a los trabajadores y empleadores comprendidos en su ámbito: efecto *erga omnes*. Por ejemplo, las cláusulas sobre salarios y condiciones de trabajo y empleo.

— *Cláusulas obligacionales*: Son aquellas que generan derechos y obligaciones exclusivamente a los sujetos pactantes, es decir, a los que firmaron el convenio: la entidad sindical con personería gremial y la representación de los empleadores. Por ejemplo, las cláusulas que se ocupan de la creación de comisiones internas.

Las cláusulas obligacionales más difundidas son:

*a) Cláusulas compromisorias*: las partes se obligan a dirimir por medio de árbitros las cuestiones divergentes;

*b) Cláusulas de reincorporación*: establecen la obligación de los empleadores de retomar a los trabajadores que hayan participado en medidas de fuerza;

*c) Cláusulas penales*: sanciona el incumplimiento de las disposiciones establecidas.

Por lo tanto, dentro de un CCT coexisten distintos tipos de cláusulas referidas a:

— las condiciones de trabajo: por ejemplo, el régimen de jornada y descansos;

— las categorías y su retribución salarial: fijación de escalas salariales por categorías;

— las relaciones sindicales: cuestiones sobre delegados dentro de la empresa;

— las obligaciones de los empleadores respecto de los aportes y contribuciones;

— las cláusulas especiales o de prevención de conflictos ("de paz"), que tienden a evitar que se adopten medidas de fuerza.

## 16. Características de los convenios colectivos en la Argentina

Los convenios colectivos en la Argentina presentan características distintivas:

*a) Son nacionales*: rigen en la mayoría de los casos en todo el país, existiendo pocos convenios locales.

*b) Son de actividad*: comprenden a todas las empresas de una determinada actividad; sin embargo, en la última década fueron suscriptos muchos convenios de empresa.

*c) Son obligatorios*: rigen para todos los empleadores o trabajadores de la actividad, aunque los empleadores no formen parte de la asociación patronal que firmó el convenio ni los trabajadores estén afiliados al sindicato firmante: efecto *erga omnes*.

*d) Son normativos*: establecen normas generales sobre condiciones de trabajo y remuneraciones que se aplican a todos los alcanzados por su aplicación.

*e) Son formales*: tienen que cumplir ciertas formalidades en su redacción y celebración. Deben ser escritos y homologados, registrados y publicados para que entren en vigencia, interviniendo en estos últimos actos el Ministerio de Trabajo como autoridad de aplicación.

## 17. Flexibilización en los convenios colectivos

Históricamente, la mayoría de los CCT suscriptos en la Argentina eran por actividad (textiles, metalúrgicos, etc.) o por rama específica (siderurgia, concesionarios de autos, etcétera).

Sin embargo, en la última década del siglo XX —particularmente entre 1994 y 1997—, la mayoría de los convenios colectivos que se firmaron fueron de empresa, homologados por el Ministerio de Trabajo.

*Los convenios colectivos de empresa suscriptos en esa época presentan características comunes al incluir cláusulas de flexibilidad laboral*: cambios en la jornada de trabajo con nuevos módulos de organización —aumento de horas—, fragmentación de las vacaciones en el año, simplificación de categorías, polifuncionalidad (realización de tareas al margen de la categoría), sistemas remuneratorios basados en el rendimiento, habilitación de contratos temporales y formas de autocomposición para evitar conflictos.

Apuntan a la adecuación del régimen laboral y a la organización de la producción, adaptando la estructura y contenido del trabajo a la realidad de cada empresa. Es decir que imponen una organización flexible del trabajo —polivalencia o multiplicidad funcional— en una jornada adecuada a los ritmos de producción y con remuneraciones variables que tiene en cuenta el esfuerzo personal del trabajador.

El sindicato que firmó más convenios por empresa es el Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor (SMATA), ya que casi todas las terminales automotrices tienen con-

venios propios, y también el sector de las autopartistas. Los convenios de empresa abarcan más del 4% (alrededor de doscientos cincuenta mil dependientes) de los trabajadores en relación de dependencia registrados en el país, que rondan los cinco millones, sin tener en cuenta, obviamente, el trabajo no registrado ("en negro"), que supera el 35%.

### 18. Convenios de empresas en crisis

El art. 18, ley 25.877, incorporó el cap. V a la ley 14.250 (art. 25) referido al convenio de empresas en crisis, en el cual modifica sustancialmente el sistema instrumentado por la ley 25.250. Prevé que la exclusión de una empresa en crisis del convenio colectivo que le fuera aplicable sólo puede realizarse mediante acuerdo entre el empleador y las partes signatarias del convenio colectivo, en el marco del procedimiento preventivo de crisis previsto en el tít. III, cap. VI, ley 24.013.

Sólo puede aplicarse la cláusula de descuelgue cuando la empresa haya iniciado el procedimiento preventivo de crisis previsto en los arts. 98 a 104, ley 24.013. Es decir que no basta que la empresa esté atravesando una situación deficitaria, sino que se requiere que ésta (sea por fuerza mayor o por causas económicas o tecnológicas) se vea obligada a despedir o suspender parte de los trabajadores.

Además, se exige el acuerdo no sólo del empleador y la asociación sindical de trabajadores, sino también de quien hubiera suscripto el convenio colectivo aplicable a la empresa por parte del sector empleador. Ello es así por cuanto la no aplicación del convenio puede favorecer competitivamente a la empresa en detrimento de las restantes empresas del sector.

No se limita al aspecto salarial, sino que, al no hacerse distinción, incluye condiciones de trabajo y demás cláusulas insertas en el convenio, pudiendo en circunstancias extremas dejarse de aplicar en su totalidad.

El convenio de crisis debe instrumentarse por un lapso temporal determinado.

## III. COMISIONES PARITARIAS

Hasta la sanción de la ley 25.877, las comisiones paritarias estaban reguladas en los arts. 14 a 17, ley 14.250. Sin embargo, la ley 25.877 introdujo profundas modificaciones con relación a este tema, ya que derogó el art. 17, ley 14.250 (art. 41, ley 25.877), y sustituyó los tres restantes.

Actualmente está regulado en el cap. II de la ley 14.250 —arts. 13 a 15—, texto según ley 25.877, ordenado por el dec. 1135/2004 (BO del 3/9/2004).

Las comisiones paritarias, según la ley 25.877, son un conjunto de personas constituidas con un número igual de representantes de empleadores y de trabajadores, cuyo funcionamiento y atribuciones son establecidos en el respectivo convenio, sin perjuicio de las funciones particulares que le asigna la Ley de Ordenamiento Laboral.

La diferencia con el régimen anterior es que ahora la ley exige que para su constitución deben estar previstas en el convenio colectivo y ya no están presididas por un funcionario público, sino que su regulación queda librada a la autonomía colectiva. Tampoco su constitución es obligatoria si no fue prevista por el convenio aplicable.

Sólo se exceptúa el supuesto en que se deba interpretar un convenio colectivo con alcance general y, en ese caso, si el convenio no prevé el funcionamiento de las comisiones paritarias, cualquiera de las partes puede solicitar la constitución de éstas, a ese sólo efecto. En este caso, la comisión es presidida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y debe estar integrada por un número igual de representantes de trabajadores y empleadores (art. 13 [ex 16], ley 14.250, texto según art. 17, ley 25.877).

La doctrina, si bien ha elogiado que se deje librada a la autonomía colectiva la constitución y funcionamiento de las comisiones paritarias, ha criticado la intervención obligatoria de la autoridad de aplicación cuando se deba interpretar un convenio con alcance general.

El 53% de lo acordado correspondió a la categoría salarial, el 23% a condiciones de trabajo (jornada, categorías profesionales, capacitación, etc.), el 20% a cláusulas que regulan las relaciones laborales en la empresa (delegados, comisiones mixtas de negociación, etc.) y un 3% a disposiciones vinculadas a las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo.

La industria manufacturera, transporte, almacenamiento y comunicaciones y suministros de electricidad, gas y agua concentraron el 52% de los acuerdos; en la industria manufacturera, la mayoría fue suscripto por la rama alimenticia y por el sector fabricante de metales, maquinarias y vehículos automotores.

Según un informe del Ministerio de Trabajo, en el año 2008 se firmaron 1231 y en el año 2009 se homologaron 1331 convenios (lo que marca un incremento respecto del año 2008, que había sido récord por la cantidad de convenios). Los acuerdos de empresa fueron 935 (el 70%) y 396 por actividad (30%). En el primer semestre de 2010 se habían firmado 905 convenios y acuerdos de carácter colectivo.

## Cuadro comparativo

| | Ley 25.250 | Ley 25.877 |
|---|---|---|
| *CCT* | a) Se tiene en cuenta la aptitud representativa del sindicato y del grupo o asociaciones de empleadores para determinar el alcance de la convención colectiva.<br>b) Para homologar se requiere control de legalidad y oportunidad.<br>c) Se exige homologación del convenio de empresa<br><br>d) Vigencia: dos años a partir de la fecha en que alguna de las partes lo denuncia, salvo que se hubieran establecido distintas fechas de vencimiento de las cláusulas, se hubiera pactado la ultraactividad o entrara a regir un nuevo convenio.<br>e) Comisiones paritarias: integradas por representantes de empleadores y trabajadores y presididas por un funcionario designado por el Ministerio de Trabajo. Facultades:<br>1) Interpretar con alcance general la convención colectiva.<br>2) Proceder a la calificación del personal y a determinar la categoría del establecimiento.<br><br>3) Intervenir en las controversias individuales originadas en la aplicación del convenio colectivo.<br><br><br><br><br>f) Necesidad de integrar la representación de los trabajadores para celebrar un convenio de empresa con delegados del personal.<br>g) Convenio de ámbito menor prevalece sobre el de ámbito mayor aunque contenga cláusulas menos favorables. Universalidad de materias a tratar por el convenio de ámbito menor.<br><br><br><br><br>h) Privilegia la negociación colectiva con el sindicato inferior. | a) Deja librado a la autoridad de aplicación la determinación de la representación del sector empleador.<br>b) Para homologar sólo se requiere el control de legalidad.<br>c) No se exige homologación del convenio de empresa, salvo pedido de parte.<br>d) Vigencia: hasta que una nueva convención la sustituya (ultraactividad), salvo que las partes acordaran lo contrario o establecieran diferentes plazos de vigencia de las cláusulas convencionales.<br><br>e) Comisiones paritarias: integradas por representantes de trabajadores y empleadores en los términos del convenio, salvo petición de parte y sólo para interpretar el convenio. Facultades:<br>1) Interpretar con alcance general la convención colectiva.<br>2) Intervenir en las controversias o conflictos de carácter individual o pluriindividual, por la aplicación de las normas convencionales.<br>3) Intervenir al suscitarse un conflicto colectivo de intereses cuando lo acuerden ambas partes. Clasificar las nuevas tareas que se creen y reclasificar las que experimenten modificaciones por efecto de las innovaciones tecnológicas o nuevas formas de organización de la empresa.<br>f) Necesidad de integrar la representación de los trabajadores para celebrar un convenio de empresa con delegados de su personal.<br>g) Convenio menor sólo prevalece sobre el convenio de ámbito mayor si contiene cláusulas más favorables. El convenio de ámbito menor podrá considerar:<br>1) materias delegadas por el convenio de ámbito mayor;<br>2) materias no tratadas por el de ámbito mayor;<br>3) materias propias de la organización de la empresa;<br>4) condiciones más favorables al trabajador.<br><br>h) Privilegia la negociación colectiva con el sindicato de grado superior. |

CAPÍTULO XXIII

# CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO. MEDIDAS DE ACCIÓN DIRECTA

## I. CONFLICTOS COLECTIVOS

### 1. Concepto

En sentido amplio, un conflicto es una controversia o confrontación entre dos partes o sectores que se materializa por medio de acciones que buscan lograr los objetivos que cada una de ellas pretende.

Concretamente —circunscribiendo el concepto al conflicto colectivo de trabajo—, se puede establecer que se trata de la *confrontación de intereses entre los distintos sujetos del derecho colectivo de trabajo*, es decir, entre las asociaciones sindicales (sindicatos) y los representantes de los empleadores (grupo de empleadores, cámaras empresarias).

Es importante destacar que las partes deben ser representantes legítimas tanto de los trabajadores como de los empleadores.

*Los conflictos colectivos de trabajo son un correlato de los conflictos sociales*, y tienen por objeto defender determinados derechos, condiciones de trabajo y empleo, e incluso oponerse o apoyar cambios legislativos que puedan afectar o beneficiar sus intereses.

Cabe aclarar que si bien la huelga es un conflicto colectivo, la participación del trabajador es una decisión de cada individuo, que debe ser ejercida libremente: un trabajador no puede ser obligado a plegarse a ella.

### 2. Clasificación

Los conflictos se pueden clasificar en *individuales, pluriindividuales y colectivos*, y estos últimos en conflictos de derecho y de intereses.

Los *conflictos individuales* afectan a un trabajador determinado que, por ejemplo, intenta el cobro de una indemnización por un despido injustificado.

Los *pluriindividuales* afectan a varios trabajadores que pretenden, por ejemplo, el cobro de un crédito laboral emergente de una diferencia salarial. Se trata de un grupo de personas determinadas e individualizadas.

Los *conflictos colectivos* involucran el interés abstracto de una determinada categoría profesional. A diferencia de los pluriindividuales, se ocupan de un grupo no determinado de personas que pertenecen o pertenecerán a esa categoría.

Se puede diferenciar *dos tipos de conflictos colectivos de trabajo*: los de derecho y los de intereses (también se aplica a los conflictos individuales).

*Los conflictos colectivos de derecho* fijan pautas respecto del cumplimiento de una disposición legal o de la interpretación de una norma. En cambio, *los conflictos colectivos de intereses* pretenden la sanción de una nueva disposición en determinada materia, o la reforma de una norma vigente.

## II. HUELGA Y OTRAS MEDIDAS DE ACCIÓN DIRECTA

### 1. Antecedentes

*Al igual que el sindicato, la huelga, que es su manifestación colectiva más típica, ha pasado por tres períodos históricos: la represión, la tolerancia y la protección.*

Con respecto al *primer período*, la huelga estuvo *prohibida* hasta fines del siglo XIX, porque se la consideraba, del mismo modo que a la coalición, contraria a la libertad de trabajo.

Si se tiene en cuenta que la huelga es un fenómeno que deriva de la Revolución industrial, es fácil establecer las razones que llevaron a su prohibición. Es que el pensamiento individualista y liberal que imperaba en ese momento, plasmado tanto en las Constituciones decimonónicas como en los distintos cuerpos normativos, no consentía la intervención de fuerzas humanas organizadas en los problemas de la producción, ya que la única fuerza que debía actuar era el *capital*.

El *segundo período* se inicia en las postrimerías del siglo XIX, cuando son suprimidos de los códigos penales los artículos que reprimían la huelga, y deja de ser considerada un delito, aunque no se la reconoce como derecho. Por ende, no se la encuadra como institución jurídica, sino como una situación de hecho que producía consecuencias jurídicas en contra de los trabajadores.

En la *última etapa*, que se inicia a principios del siglo XX, se comienza a reconocer el derecho de huelga, protegiendo su ejercicio, primero legislativamente y después al ser incluida en las Constituciones sociales; la Constitución mexicana de 1917 fue la primera que la incorporó como un derecho esencial, en su art. 123.

En la Argentina, la primera huelga fue realizada por los obreros tipógrafos el 2/9/1878. A partir de allí, también puede advertirse —aunque en forma imprecisa, según la realidad concreta— el tránsito por las tres etapas, ya que el ordenamiento jurídico ha considerado la huelga como "delito", "libertad" y finalmente "derecho".

En 1902 se dictó la ley 4144, denominada "Ley de Residencia", como respuesta a la creación de la Federación Obrera Regional Argentina (FORA) y la Unión General de Trabajadores, y a las huelgas promovidas por ellas. Mediante esa ley eran reprimidas las agitaciones violentas y peligrosas. En 1945, el dec. 536 incluyó la huelga en ciertos ámbitos entre los delitos contra el Estado y la seguridad nacional. Esta disposición fue derogada recién diez años después.

La Constitución Nacional de 1853 no reguló el derecho de huelga. Esto no tiene nada de extraño, ya que —como sostiene Linares Quintana— en la época en que fue elaborada el derecho del trabajo prácticamente no existía. Tampoco lo hizo expresamente la Constitución de 1949, que al regular los derechos de los trabajadores, y más especialmente la defensa de los intereses profesionales, omitió cualquier consideración al respecto.

Las razones que motivaron esta omisión fueron justificadas por el propio Arturo E. Sampay, miembro informante de la Convención Reformadora, quien señaló que el derecho de huelga es un derecho natural del hombre en el campo del trabajo, como lo es el de la resistencia a la opresión en el campo político; pero si bien existe un derecho natural de huelga, no puede haber un derecho positivo de huelga, ya que es evidente que ello implica un rompimiento con el orden establecido, que como tal tiene la pretensión de ser un orden justo, y la exclusión del recurso a la fuerza es el fin de toda organización social. Por lo tanto, el derecho absoluto de huelga no puede ser consagrado en una Constitución.

En el año 1957, al ser derogada la Constitución de 1949 y reestablecida la de 1853-1860, se incorporó como artículo nuevo el 14 bis, que en su segunda parte garantizaba a los gremios —además de concertar CCT y recurrir a la conciliación y al arbitraje— el derecho de huelga.

Tal garantía colectiva no fue obstáculo para que, con posterioridad a la reforma constitucional, tanto los gobiernos *de facto* como los *de iure* restringieran, suspendieran, limitaran o condenaran el ejercicio de ese derecho.

## 2. Concepto de huelga

*La huelga es un derecho que la Constitución concede a los gremios, y consiste en la abstención colectiva y concertada de la prestación laboral, con carácter temporal y con abandono del lugar de tareas, como forma de presión sobre la voluntad del empleador, con el propósito de conseguir un beneficio mediante la sanción de una nueva disposición o la reforma de una vigente, o bien el cumplimiento de una norma en vigor.*

*Es un derecho de raigambre constitucional que está especialmente garantizado en el art. 14 bis* (el tema se desarrolla en el capítulo "Fuentes"). *Es un derecho operativo* (no es programático), es decir, puede ser invocado y ejercido aunque no haya ley reglamentaria a su respecto. En esta materia no existe una ley de fondo, sino que la normativa vigente apunta a reglamentar los servicios esenciales y a fijar procedimientos de solución de conflictos.

Es obvio que en esta definición subyace la idea de producir un perjuicio al sujeto pasivo de la huelga, que es el empleador, por lo cual cabría preguntarse cuál es la medida o extensión del daño permitido.

Con relación a este punto coincido con Álvarez, quien, luego de descartar la teoría de la conmutatividad de los sacrificios y del daño injusto acogida por la jurisprudencia italiana, postula que los trabajadores tienen el poder jurídico de ocasionar todo el daño que produzca su no hacer, independientemente de su coyuntural cuantía y de si "en determinados casos" excede, por las circunstancias fácticas, del perjuicio habitual de la abstención.

Es decir, todo el daño producido por la abdicación de la prestación laboral debe ser soportado por el empleador, y no habría que confundir los efectos de la huelga con las consecuencias dañosas que provienen de otras conductas que implican un hacer que perjudicó y que excede del marco del conflicto, porque estos daños caerían dentro del espectro de responsabilidad aquiliana (por ejemplo, daños producidos por los trabajadores a las máquinas y demás bienes del empleador).

Para Etala, la huelga supone la suspensión colectiva de la prestación laboral, aunque no se exige que sea precedida de una deliberación previa ni que sea concertada, ya que no existe norma alguna que así lo requiera, aunque lo habitual es que se presenta esta concertación o deliberación anterior. Pero incluirla como elemento constitutivo del concepto jurídico de huelga implicaría agregar un componente no exigido por la ley que podría sugerir la necesidad de acreditar un hecho —la concertación o deliberación previa— que ninguna norma impone como requisito indispensable para la existencia —o licitud— de la huelga.

## 3. Titularidad del derecho de huelga

El art. 14 bis de la Constitución argentina garantiza el derecho de huelga *a los gremios*. El vocablo "gremio" no debe asimilarse a "asociación sindical con personería gremial". Al respecto, cabe recordar el interesante debate entablado en el seno de la Convención Constituyente de 1957, en el cual Alfredo Palacios, para oponerse al concepto de "sindicato" como sujeto activo de la huelga, recordó que la primera huelga fue llevada a cabo por los propios trabajadores, y no por la organización obrera, razón por la cual accedió a conceder ese derecho a "los trabajadores y a los gremios".

Resulta trascendente memorar que este texto fue abandonado por el primitivo, que sólo se lo garantizaba a los gremios, ya que se entendía que los vocablos "trabajadores" y "gremios" eran redundantes, dado que sustantivizan el derecho de los trabajadores, y no del organismo gremial, a declarar la huelga.

El miembro informante de la Comisión Redactora dejó claramente establecido que "gremio" es la palabra con que se designa el conjunto de personas que tienen un mismo oficio, ejer-

cicio, profesión o estado social, mientras que "sindicato" es la organización del gremio, y es necesario afiliarse para pertenecer a él. Se señaló, asimismo, que el sindicato puede ser una especie dentro del gremio.

Sin embargo, distintos factores llevaron a la doctrina mayoritaria a otorgar ese derecho sólo al sindicato con personería gremial. Entre otros, cabe citar las sucesivas leyes de asociaciones sindicales de trabajadores dictadas a partir de 1958 (14.455, 20.615, 22.105 y la actual 23.551), que otorgaron, entre los derechos concedidos al sindicato, el de "huelga"; instituyeron la obligatoriedad de recurrir al procedimiento de conciliación obligatoria como paso previo al dictado de cualquier medida de acción sindical, en cuyo caso la asociación sindical con personería gremial es la única habilitada para transitar por esa vía, y determinaron que el sindicato con personería gremial es el único legitimado por la legislación para suscribir un convenio colectivo, al cual, comúnmente, la huelga aparece referida.

En este mismo sentido se ha inclinado la jurisprudencia, que sólo excepcionalmente se ha apartado de esa línea. Se puede citar como ejemplo la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en la sentencia "Leiva, Horacio y otro v. Swiff Armour SA" (6/7/1984), en la cual se convalidó la huelga declarada por un grupo de trabajadores, aunque en el mismo fallo el tribunal aclaró que esto era así porque estaba vedada la actividad sindical.

## 4. Finalidad y consecuencias de la huelga

La huelga se caracteriza por el *fin* esencialmente profesional que la determina. Entre los fines profesionales que debe perseguir se encuentran los que tienden a lograr una mejora en las condiciones de trabajo, la aceptación por el empleador de reclamaciones profesionales, el reconocimiento de un nuevo derecho o que se evite el desconocimiento de uno existente.

Sin embargo, la OIT ha señalado que los intereses defendidos por los trabajadores no sólo incluyen los anteriormente mencionados, sino que también engloban la búsqueda de soluciones para las cuestiones de política económico-social y los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores.

En cuanto a sus *consecuencias*, la huelga tiene el efecto principal de suspender las condiciones básicas del contrato de trabajo, que están dadas por la prestación de servicios y la remuneración. Ello implica que si bien el trabajador tiene derecho a no cumplir sus prestaciones sin ser pasible de sanción alguna, el empleador no está obligado a pagar la remuneración por el tiempo no trabajado, ya que debe soportar la huelga y no subsidiarla indirectamente.

En síntesis, las *principales consecuencias que genera la huelga* son las siguientes:

1) Provoca la suspensión del deber de trabajar, lo cual produce como efecto un daño concreto al empleador, al suspender la actividad productiva de la empresa, con la consiguiente pérdida económica que ello significa.

2) El principio general es que durante el período de huelga el trabajador no percibe remuneración; es decir, no tiene derecho a los salarios caídos, salvo en el caso excepcional de que la huelga haya sido provocada por dolo u otra actitud similar del empleador, o en caso de que se configure un incumplimiento grave del empleador respecto de una obligación esencial contemplada en la LCT (por ejemplo, no pagar las remuneraciones durante un largo período).

Se discute la naturaleza jurídica de la prestación debida por el empleador, porque mientras unos la consideran remuneratoria, otros sostienen que tiene carácter indemnizatorio, ya que no sería debido por la contraprestación del trabajo, o por haberse puesto el trabajador a disposición del empleador.

En cualquier supuesto, el plazo por el cual se extienda la huelga debe ser computado como tiempo de servicios a los efectos de todos aquellos derechos que derivan de la antigüedad,

ya que no se trata de un incumplimiento contractual, sino del ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido; además, sólo se suspenden las prestaciones básicas.

El derecho de huelga no convierte en lícita cualquier medida de acción directa ni impide sancionar los hechos que exceden del ejercicio razonable de ese derecho, sean delictivos o no. La jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación ha establecido claramente que el ejercicio del derecho de huelga no justifica la comisión de delitos comunes en el curso del movimiento de fuerza.

## 5. Ilegalidad de la huelga

La huelga *puede ser calificada de ilegal por el Ministerio de Trabajo o por la justicia del trabajo*; generalmente ésta es la que evalúa si la declaración y ejercicio de la huelga ha respetado lo dispuesto en el art. 14 bis, CN, y las condiciones de legalidad necesarias.

*Se puede declarar ilegal una huelga si*:

— no se agotaron los procedimientos de autocomposición establecidos en las leyes vigentes (conciliación) o en los convenios colectivos de aplicación;

— su objeto no responde a una causa de carácter laboral;

— no ha sido decidida por una asociación sindical con personería gremial;

— en su ejercicio se ha producido la toma del establecimiento o acciones de violencia sobre los bienes de la empresa.

La *consecuencia* esencial que produce la declaración de ilegalidad es *que cada trabajador que participe de la huelga puede ser puesto en mora e intimado por el empleador a dejar sin efecto la medida y retornar al trabajo bajo apercibimiento* —en caso de persistir en esa tesitura— *de considerar su actitud grave injuria y despedirlo con justa causa.*

La notificación al trabajador debe ser fehaciente y personal; el empleador debe otorgarle un plazo razonable (puede ser de cuarenta y ocho horas) y establecer en forma clara y precisa las consecuencias de no dar cumplimiento a la intimación. Estos recaudos deben ser adoptados en virtud del principio de buena fe y de conducta recíproca de las partes, que debe primar en el contrato de trabajo tanto en el inicio, como durante el desarrollo, y en el momento de la extinción del vínculo.

El empleador que cumplimentó acabadamente los requisitos expuestos precedentemente tiene derecho de despedir al trabajador con justa causa sin abonar indemnización alguna.

Podría despedir a todos los huelguistas o sólo a algunos sin que se pueda argumentar discriminación en forma válida, ya que no configura un trato irrazonable, porque si tiene "derecho" a rescindir los contratos de todos, puede elegir a quiénes despide y a quiénes no.

*Si bien los trabajadores tienen el derecho de huelga, el empleador no pierde durante la medida* —aun tratándose de una huelga legal— *su facultad de rescindir el vínculo laboral.*

En el caso de declaración ilegal de la huelga, la asociación sindical que la promovió puede ser pasible de sanciones por el Ministerio de Trabajo (órgano de aplicación). Esa sanción puede consistir en una suspensión de la personería gremial e incluso de su cancelación.

## 6. Huelga en los servicios esenciales

### *6.1. Consideraciones preliminares*

La ley 25.877 regula en el cap. III del tít. II, y bajo el epígrafe "Conflictos colectivos de trabajo", un tema controvertido: la huelga en los servicios esenciales. La regulación del punto importa restricciones a un derecho que tiene raigambre constitucional, ya que el art. 14 bis, CN, garantiza a los gremios el ejercicio del derecho de huelga.

Su trascendencia no es menor, ya que desde el reconocimiento mismo de la huelga como derecho se intentó limitar sus alcances en aquellas actividades que por sus características particulares son consideradas esenciales para una sociedad determinada.

Nuestro país no ha sido ajeno a establecer limitaciones al derecho de huelga en los servicios esenciales, desoyendo muchas veces los lineamientos marcados por la OIT.

Cabe destacar, sin embargo, que la Constitución Nacional, a diferencia de la Constitución española, no contiene en su texto una disposición específica sobre la huelga en los servicios esenciales.

El tema de la huelga en los servicios esenciales es uno de los más álgidos, ya que confluyen dos intereses jurídicos que tutelan cualquier comunidad civilizada. Por un lado, la necesidad de no interrumpir ciertas actividades consideradas indispensables por la sociedad y, por otro lado, el respeto de un derecho fundamental como el de huelga. De lo que se trata, como dice Pankert, es de establecer un equilibrio entre el interés general y los derechos de las partes en conflicto [1].

Lo que es preciso diferenciar es sector público de servicio esencial y derecho de huelga de sector privado. Ello es así, en primer lugar, porque ya no se discute la posibilidad de los servidores públicos de ejercer el derecho de huelga, con excepción de los funcionarios públicos, en los que existe una identificación con el órgano de poder público. En segundo lugar, ya que debido al desprendimiento de ciertas actividades que antes pertenecían al Estado, hoy es factible que gran cantidad de servicios esenciales sean prestados por empresas privadas.

Siguiendo a Ermida Uriarte, se puede afirmar que la determinación de la huelga en los servicios esenciales implica analizar tres temas fundamentales: la fuente de la reglamentación, el tipo o forma de definición y la regulación específica.

La fuente puede ser legal, como sucede en nuestro país, Brasil y Uruguay, donde existen disposiciones específicas sobre los servicios esenciales, o bien puede estar regulado en los convenios o en directrices de los sindicatos, como sucede en Suecia y Alemania, respectivamente. Formas similares de autorregulación se registran en algunos de los pactos sociales españoles y en Italia [2].

Más compleja es la *definición conceptual*, ya que la doctrina identifica tres técnicas para determinar qué actividades deben ser consideradas como servicios esenciales: 1) definir en términos generales lo que debe entenderse por servicios esenciales; 2) enumerar las actividades incluidas; y 3) delegar en un órgano estatal la facultad de determinación de lo que debe entenderse por servicio esencial.

Estas técnicas no son excluyentes, y las legislaciones pueden utilizar una, dos o hasta las tres, como sucedió en nuestro país con el dec. 2184/1990.

En cuanto a la *definición* de "servicio esencial", resulta adecuada la restringida que dio la OIT, al considerar exclusivamente aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, seguridad o salud de las personas, en todo o en parte de la población; a ellas también parece razonable agregar, en la esfera de la limitación y en coherencia con el organismo internacional, aquellas huelgas cuya extensión y duración pudieran provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población pudieran estar en peligro.

En lo que se refiere a la *enumeración*, se puede destacar que el Comité de Libertad Sindical ha dado ciertas pautas de las actividades que pueden o no ser consideradas servicios esenciales. Entre las primeras se encuentran: los servicios sanitarios y hospitalarios; la producción

[1] PANKERT, Alfred, "Solución de conflictos de trabajo en los servicios esenciales", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 100, nro. 1, Ginebra, 1981, p. 56, cit. por ERMIDA URIARTE, Oscar, "La huelga en los servicios esenciales", DT 2003-B-968/983.

[2] ERMIDA URIARTE, Oscar, "La huelga...", cit., ps. 968/982.

y distribución de agua potable y energía eléctrica; los servicios telefónicos; y el control de tráfico aéreo.

Entre las actividades que no han sido consideradas servicios esenciales se encuentran: la radio-televisión; los sectores del petróleo y de los puertos; los servicios bancarios; los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos; los grandes almacenes y los parques de atracciones; la actividad metalúrgica y el conjunto del sector minero; los transportes en general; las empresas frigoríficas; los servicios de hotelería; la construcción; la fabricación de automóviles; la reparación de aeronaves, las actividades agrícolas, el abastecimiento y la distribución de productos alimentarios; la Casa de la Moneda, la Agencia Gráfica del Estado y los monopolios estatales de alcohol, de sal y del tabaco; el sector de la educación; los transportes metropolitanos y los servicios de correos.

Cabe destacar que la *delegación* genérica hacia un órgano estatal, sin establecer ningún tipo de restricciones, puede crear abusos a la hora de definir qué actividades deben ser consideradas esenciales, pudiendo provocar un cercenamiento del derecho de huelga.

Según la Comisión de Expertos de la OIT, los servicios mínimos deberían satisfacer al menos dos condiciones:

1) deberían tratarse real y exclusivamente de un servicio mínimo, es decir, un servicio limitado a las actividades estrictamente necesarias para cubrir los requerimientos básicos de la población o satisfacer las exigencias mínimas del servicio, sin menoscabar la eficacia de los medios de presión;

2) ya que este sistema limita uno de los medios de presión esenciales de que disponen los trabajadores para defender sus intereses económicos y sociales, sus organizaciones deberían poder participar en la definición de este servicio, de igual modo que los empleadores y las autoridades públicas.

En lo que respecta a la *autoridad legitimada para establecer los servicios mínimos*, el Comité de Libertad Sindical —en varios casos, entre ellos la Argentina— expresó que referido "al alegato relativo a la exigencia legal de un servicio mínimo cuando se trata de una huelga en los servicios públicos esenciales, y cuya divergencia en cuanto al número y ocupación es resuelta por la autoridad del trabajo, en opinión del Comité, la legislación debería prever que dicha divergencia fuese resuelta por un órgano independiente y no por el Ministerio de Trabajo o el Ministerio o empresa pública concernida" [3].

La necesidad de un órgano independiente se impone para evitar que, bajo la necesidad de no interrumpir el servicio, se obligue a prestar servicios al 90% o al 100% de los trabajadores, como ya ha pasado en nuestro país.

Otro tema importante es establecer quién será el *encargado de designar cuáles serán los trabajadores que deberán prestar servicios*, ya que de hacerlo el empleador, como lo establecía el dec. 2184/1990, era factible que obligara a trabajar a aquellos trabajadores dispuestos a sumarse a la medida y, en cambio, no requiriera la presencia del personal que no se adhiriera a la huelga, o directamente designara a los delegados de personal. Por ello es necesario que la determinación sea tomada por los propios trabajadores, por la asociación sindical o por el consenso entre los trabajadores y la empresa.

Es necesario también el otorgamiento de *garantías compensatorias* cuando se limita este derecho. En este sentido ha indicado la OIT reiteradamente que "cuando el derecho de huelga ha sido limitado o suprimido en empresas o servicios considerados esenciales, los trabajadores deben gozar de una protección adecuada, de suerte que se les compensen las restricciones impuestas a su libertad de acción durante los conflictos que puedan surgir en dichas empresas o servicios".

[3] RECALDE, Héctor - RECALDE, Mariano, "La regulación de la huelga en los servicios esenciales", DT 2000-B-1532/1543.

También ha sostenido que "en cuanto a la índole de las garantías apropiadas, la limitación de la huelga debe ir acompañada por procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos en que los interesados puedan participar en todas las etapas, y en los que los laudos dictados deberían ser aplicados por completo y rápidamente" o de otras garantías tales como "la negativa del derecho de cierre patronal". Esto se encuentra plasmado en los considerandos del dec. 272/2006, donde siguiendo los lineamientos marcados por el Comité de Libertad Sindical, establece que "la restricción de la huelga en estas circunstancias debería acompañarse de las garantías apropiadas, es decir, de procedimientos de conciliación y arbitrajes adecuados, imparciales y rápidos en los cuales los interesados puedan participar en todas las etapas".

A su vez, el Comité de Libertad Sindical también ha afirmado que "en caso de mediación y arbitraje en conflictos colectivos, lo esencial es que todos los miembros de los órganos encargados de esas funciones no sólo sean estrictamente imparciales, sino que también lo parezcan, tanto a los empleadores como a los trabajadores interesados, para obtener y conservar la confianza de ambas partes, de lo cual depende realmente el funcionamiento eficaz del arbitraje, aun cuando sea obligatorio".

### *6.2. La regulación legal en la Argentina*

#### *6.2.1. Antecedentes*

En 1990 se dictó el dec. 2184/1990, que para el caso de que la huelga afectara servicios esenciales fijó un sistema de guardias mínimas a fin de que los servicios cuya interrupción (total o parcial) pudiera poner en peligro la salud, la libertad o la seguridad de las personas siguieran operando a pesar de la medida de acción directa dispuesta.

El decreto detallaba qué servicios esenciales consideraba amparados: sanitarios y hospitalarios; transporte; producción y distribución de agua potable, energía eléctrica, gas y otros combustibles; telecomunicaciones; educación primaria, secundaria, terciaria y universitaria; administración de justicia, a requerimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; y, en general, todos aquellos en los cuales la extensión, duración u oportunidad de la interrupción del servicio o actividad que pudiera poner en peligro la vida, la salud, la libertad o la seguridad de toda la comunidad o de parte de ella, lo cual sería calificado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

#### *6.2.2. La derogada ley 25.250*

La ley 25.250 (BO del 2/6/2000) derogó el dec. 2184/1990 y dispuso, en su art. 33, que en los casos en que las partes, en razón de un conflicto de trabajo, decidan la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deben garantizar la prestación de servicios mínimos que impidan su interrupción.

El art. 33, ley 25.250, reemplazó las disposiciones del dec. 2184/1990, que regulaba la huelga en los servicios esenciales y cuya constitucionalidad había sido cuestionada, tanto por su origen como por las amplias facultades que el art. 1°, inc. g), le otorgaba al Ministerio de Trabajo para calificar una actividad o un servicio como esencial.

Sin embargo, el 2184/1990 al menos definía los servicios que debían ser considerados esenciales, lo que no sucedía con el art. 33, ley 25.250, ya que el legislador omitió todo tipo de consideraciones respecto de aquellos servicios que se debían reputar esenciales, exacerbando de este modo las facultades de la autoridad de aplicación para definirlos. Sin embargo, la última parte del artículo disponía expresamente que las facultades del Ministerio de Trabajo debían ejercerse conforme a las normas y resoluciones de la OIT.

Cabe reiterar que esas facultades debían ser ejercidas con extrema prudencia y razonabilidad y en forma restrictiva, teniendo presente que se trataba, justamente, de limitar un derecho que la Constitución Nacional puso en cabeza de los gremios.

*6.2.3. El derogado decreto 843/2000*

El dec. 843/2000 (BO del 4/10/2000), que reglamentó en un principio la ley 25.250, continuó vigente en forma transitoria con la sanción de la ley 25.877, hasta que fue finalmente derogado y suplantado por el dec. 272/2006 (BO del 13/3/2006).

El dec. 843/2000 reglamentó el art. 33, ley 25.250. Dispone que se consideran servicios esenciales en sentido estricto, únicamente las siguientes actividades: a) los servicios sanitarios y hospitalarios; b) la producción y distribución de agua potable y energía eléctrica; c) los servicios telefónicos; y d) el control de tráfico aéreo.

Asimismo, facultaba al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social a calificar como servicio esencial, mediante resolución fundada, una actividad no incluida en la enumeración precedente, cuando se configure alguna de las siguientes circunstancias: a) la extensión y duración de la interrupción de la actividad de que se tratare pudiere poner en peligro la vida, la salud o la seguridad de las personas, en todo o en parte de la comunidad; b) la actividad afectada constituyere un servicio público de importancia trascendental o de utilidad pública; y c) la interrupción o suspensión del servicio público pudiere provocar una situación de crisis nacional aguda que hiciere peligrar las condiciones normales de existencia de la población.

El dec. 843/2000 establecía que a partir del vencimiento del plazo de quince días previstos en el art. 11, ley 14.786, la parte que propusiere ejercer medidas de acción directa lo debía comunicar a la contraparte y a la autoridad de aplicación con cuarenta y ocho horas de anticipación a su efectivización. Dentro de las veinticuatro horas de recibido el aviso, las partes deben ponerse de acuerdo sobre los servicios mínimos que se mantienen durante el conflicto, las modalidades de su ejecución y el personal que se asigne a su prestación. A falta de acuerdo, la determinación de las materias enumeradas era efectivizada en el término de veinticuatro horas por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, el cual debe ajustarse a criterios de razonabilidad en función de las circunstancias particulares de cada situación.

En lo atinente a las prestaciones mínimas, el decreto expresamente aclara que en ningún caso se podía imponer a las partes una cobertura mayor al 50% de la prestación normal del servicio de que se trate. Si las prestaciones mínimas se hubieran establecido mediante convenio colectivo u otro tipo de acuerdo, las partes, dentro de las veinticuatro horas de recibida la comunicación, debían convenir por escrito las modalidades de su ejecución, señalando concreta y detalladamente la forma en que se debían ejecutar tales prestaciones, incluyendo la designación del personal involucrado, pautas horarias, asignación de funciones y equipos.

La empresa u organismo del servicio debía poner en conocimiento de los usuarios las modalidades que debe revestir la prestación durante el conflicto, detallando el tiempo de iniciación y la duración de las medidas, la forma de distribución de los servicios mínimos garantizados y la reactivación de las prestaciones veinticuatro horas antes del inicio previsto de la medida de conflicto, así como arbitrar los medios tendientes a la normalización de la actividad una vez finalizadas las medidas de conflicto.

Luego de establecer las consecuencias de la inobservancia por alguna de las partes de los procedimientos o disposiciones dictadas (leyes 23.551 y 25.212), el dec. 843/2000 prevé que la falta de cumplimiento del deber de trabajar por las personas obligadas a la ejecución de los servicios mínimos da lugar a las responsabilidades previstas en las disposiciones legales, estatutarias o convencionales que les resulten aplicables.

Cabe señalar que, en uso de las facultades conferidas por los incs. b) y c), art. 2°, dec. 843/2000, el Ministerio de Trabajo dictó la res. 480/2001 (BO del 3/9/2001) —que entró

en vigencia a partir del 4/9/2001 (art. 5°)— calificando como servicio esencial a la educación en el período de la escolaridad obligatoria —último año de la Educación Inicial y la Educación General Básica— en virtud de su importancia y trascendencia. Por ende, dispuso encuadrar las medidas de fuerza que se pudieren llevar a cabo en dicho ámbito en las normas del dec. 843/2000 y demás normativas vigentes, a los cuales las partes deben ajustarse.

*6.2.4. Los servicios esenciales en la ley 25.877. El dec. 272/2006 (BO del 13/3/2006)*

*Caracterización.* La primera observación que cabe efectuar a la ley 25.877 de Ordenamiento Laboral es elogiar que haya ratificado la derogación de los decs. 16.936 (arbitraje obligatorio) y 2184/1990 (huelga en los servicios esenciales), que luego de ser severamente criticados por la doctrina, había dejado sin efecto la ley 25.250. Sin embargo, la ley 25.877 también deroga la ley 17.183, que fue la primera en prorrogar la Ley de Arbitraje Obligatorio, y que por omisión no había derogado la ley 25.250.

El art. 24, ley 25.877, prevé que cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decida la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan considerarse servicios esenciales, debe garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción. Considera esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo.

También puede ser calificada excepcionalmente de esencial por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación y previa apertura del procedimiento de conciliación, una actividad en los siguientes supuestos:

a) cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad la ejecución de la medida pudiera poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población;

b) cuando se trate de un servicio público de importancia trascendental, conforme a los criterios de los organismos de control de la OIT. Prevé que el PEN, con la intervención del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y previa consulta de empleadores y de trabajadores, dicte la reglamentación de este artículo dentro del plazo de noventa días, conforme los principios de la OIT.

El 13/3/2006 fue publicado en el Boletín Oficial el dec. 272/2006, que reglamenta los conflictos colectivos de trabajo que dan lugar a la interrupción total o parcial de servicios esenciales o calificados como tales, a la vez que crea la Comisión de Garantía y deroga el dec. 843/2000.

De los considerandos del dec. 272/2006 surge que uno de sus fines es "evitar daños irreversibles y que no guarden proporción con los intereses profesionales de las partes en el conflicto, así como de no causar daños a terceros, es decir, los usuarios o los consumidores que sufren las consecuencias de los conflictos colectivos". Y agrega que es por ello que "resulta razonable instrumentar mecanismos que mantengan el equilibrio en el goce de las libertades involucradas, todas igualmente reconocidas por el constituyente, y en tal sentido garantizar un régimen de prestaciones mínimas en los servicios esenciales" y en las actividades asimilables a éstos.

El art. 24, ley 25.877, es una fuente de origen legal que utiliza dos técnicas diferentes para determinar qué actividades deben ser consideradas servicios esenciales: primero enumera y luego delega. En los considerandos del dec. 272/2006 se aprecia esta particularidad al destacarse que "la norma mencionada define (enumera) en forma taxativa los servicios que se consideran esenciales, receptando la doctrina emanada del Comité de Libertad Sindical de la OIT y brinda las pautas para la calificación excepcional de un servicio como esencial, previendo a esos fines la creación de una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación vigente".

Enumera, cuando establece qué actividades van a ser consideradas servicios esenciales. En esto se atiene sólo parcialmente a las establecidas por la OIT, ya que incluye la producción

y distribución de gas y, en cambio, excluye los servicios telefónicos. Si bien el primero está incluido en el art. 10, ley 7783 brasileña (del 28/6/1989), parece exceder los servicios esenciales admitidos como tales por el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. En cuanto a los servicios telefónicos, es posible que la diversificación del servicio de telefonía móvil, donde existen varias compañías que compiten en el mercado y la cantidad de celulares en uso, hayan convencido a los redactores de la ley de que, en la actualidad, los servicios telefónicos dejaron de ser una actividad que por sí misma deba ser considerada esencial.

Delega, porque remite a una comisión independiente la calificación en forma excepcional de una actividad no considerada como servicio esencial. Esta norma es innovadora, incluso excede las recomendaciones efectuadas por los organismos de la OIT a nuestro país, ya que la designación de una comisión independiente la habían requerido para determinar los servicios mínimos y no para calificar una actividad como esencial.

El dec. 272/2006 crea la Comisión de Garantías, que estará integrada por cinco miembros, cuya elección deberá recaer en personas de reconocida solvencia técnica, profesional o académica en materia de relaciones de trabajo, del derecho laboral o del derecho constitucional y destacada trayectoria (conf. art. 3°). Sus integrantes se desempeñarán ad hónorem y deberán cumplir con los requisitos de independencia. Por ello no podrán integrarla legisladores nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, quienes ocupen cargos públicos electivos y aquellas personas que ejerzan cargos de dirección o conducción en partidos políticos, en asociaciones sindicales o en organizaciones de empleadores (art. 4°).

Los integrantes de la Comisión de Garantía serán designados por el Poder Ejecutivo a propuesta de las organizaciones de empleadores y trabajadores más representativas, de la Federación Argentina de Colegios de Abogados y del Consejo Interuniversitario nacional. Cada una de esas organizaciones nominará tres candidatos, designando el Poder Ejecutivo un integrante titular y un alterno de cada una de las ternas de candidatos propuestos, eligiendo directamente al restante miembro titular y el suplente. Éstos durarán tres años en sus funciones, pudiendo ser reelectos por una sola vez.

En virtud del dec. 362/2010 (BO del 18/3/2010), se constituye la Comisión de Garantías prevista por el art. 24, ley 25.877, y reglamentada por el dec. 272 (BO del 13/3/2006) y se designa, a partir del dictado de la norma, las personas que integrarán la citada Comisión de Garantías en carácter de titulares y alternos, conforme el detalle que como anexo forma parte integrante del mencionado decreto.

Pero la delegación efectuada por la ley no es genérica, sino restringida a dos supuestos especiales:

a) cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población. Se trata de un supuesto que debe ser aplicado en forma excepcional y para cada caso particular; no es un servicio que en sí es esencial, sino que se convierte en tal por su duración y extensión; esta situación ha sido admitida por el Comité de Libertad Sindical y por la Comisión de Expertos;

b) cuando se trata de un servicio público de importancia trascendental, conforme a los criterios de los organismos de control de la OIT. Este supuesto se diferencia del anterior porque no dependen de su duración o extensión, sino de su trascendencia; se trata de un servicio que, no considerado *per se* esencial, lo fuera para un país o para una determinada región, dada sus características particulares; si bien este caso es admitido por los organismos de la OIT, ha merecido fuertes críticas.

El art. 2°, dec. 272/2006, establece las facultades de la Comisión de Garantías, entre las que se encuentran: 1) calificar excepcionalmente como servicio esencial una actividad no enumerada en el art. 24, ley 25.877; 2) asesorar a la autoridad de aplicación para la fijación de los servicios necesarios, cuando las partes no lo hubieren así acordado o cuando los acuerdos fueren insuficientes para compatibilizar el ejercicio del derecho de huelga con los demás derechos reconocidos en la Constitución Nacional, conforme el procedimiento establecido en el decreto; 3) pronunciarse, a solicitud de la autoridad de aplicación, sobre cuestiones vinculadas con el ejercicio de las medidas de acción directa; 4) expedirse, a solicitud de la autoridad de aplicación, cuando de común acuerdo las partes involucradas en una medida de acción directa, requieran su opinión; 5) consultar y requerir informes a los entes reguladores de los servicios involucrados, a las asociaciones cuyo objeto es la protección del interés de los usuarios y a personas o instituciones nacionales o extranjeras, expertas en las disciplinas involucradas, siempre que se garantice su imparcialidad.

Esta Comisión puede ser convocada por el Ministerio de Trabajo de oficio o a petición de las partes intervinientes en el conflicto colectivo.

Otra modificación que en su momento destacamos era el sujeto legitimado para determinar cuáles son los servicios mínimos que deben brindarse. En el párr. 1°, art. 24, la ley determina que es la parte que decidiera la adopción de una medida legítima de acción directa la que debe garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción.

Sin embargo, el dec. 272/2006, con un excesivo reglamentarismo, le otorga amplias facultades a la autoridad de aplicación para fijar los servicios mínimos indispensables para la prestación del servicio, si lo considerase insuficiente, y para ello, sólo debe consultar a la Comisión de Garantías, sin que su dictamen sea vinculante. En este aspecto, el derogado dec. 843/2000 resultaba más limitativo, ya que la prestación mínima que estaba facultada para fijar en ningún caso podía ser mayor al 50% de la prestación normal del servicio de que se trate. El silencio guardado por el decreto reglamentario podría llevar a que se obligue a prestar servicios al 90% o al 100% de los trabajadores, como ya ha sucedido en nuestro país.

*Procedimiento*. De acuerdo con el art. 7°, dec. 272/2006, antes de recurrir a una medida de acción directa, las partes deben transitar el procedimiento de conciliación obligatoria previsto en la ley 14.786. Es decir, ante un conflicto colectivo, cualquiera de las partes, antes de recurrir a una medida de acción directa, deben comunicarlo a la autoridad administrativa para formalizar los trámites de la instancia obligatoria de conciliación. El Ministerio puede actuar de oficio, si lo considera necesario en virtud de la dimensión del conflicto, convocando e imponiendo a las partes el procedimiento de conciliación obligatoria, obligándolas a retrotraer la situación al día anterior a la iniciación del conflicto.

Vencido el plazo de quince días, prorrogables por otros diez que dura el procedimiento de conciliación obligatoria, sin que las partes hayan llegado a un acuerdo, aquella que propusiere ejercer medidas de acción directa que involucren a los servicios esenciales, deberá preavisar a la otra parte y a la autoridad de aplicación en forma fehaciente, y con cinco días de anticipación a la fecha en que realizará la medida (art. 7°, dec. 272/2006).

Dentro del día siguiente a efectuar la comunicación, las partes deben acordar frente a la autoridad de aplicación los servicios mínimos que se mantendrán durante el conflicto, las modalidades de su ejecución y el personal que asignará a la prestación de éstos. Es decir, se indicará la cantidad o el porcentaje de trabajadores que deberá prestar servicios, así como también la forma en que éste se desarrollará.

Puede suceder, y de hecho es conveniente que así acontezca, que las prestaciones mínimas estuvieran determinadas en el convenio colectivo o en otro tipo de acuerdo y, en ese caso,

las partes deberán, dentro del día siguiente al del preaviso de la medida, comunicar por escrito a la autoridad de aplicación las modalidades de la ejecución de aquéllas, señalando concreta y detalladamente la forma en que se ejecutarán las prestaciones, incluyendo la designación del personal involucrado, pautas horarias, asignación de funciones y equipos. Esto, aunque la norma no lo indica, debería regir también para los casos en que las prestaciones mínimas no estuvieran establecidas en la convención colectiva o en algún otro acuerdo.

El incumplimiento de los recaudos antes señalados o la insuficiencia de los servicios mínimos acordados, como ya se expresó anteriormente, faculta a la autoridad de aplicación, en consulta con la Comisión de Garantías, a fijar los servicios mínimos indispensables para asegurar la prestación del servicio, cantidad de trabajadores que se asignará a su ejecución, pautas horarias, asignación de funciones y equipos, procurando resguardar tanto el derecho de huelga como los derechos de los usuarios afectados. Esta decisión se debe notificar a las partes involucradas y, en caso de incumplimiento, se aplicarán las sanciones que correspondan.

Cuando la actividad de que se trate no sea considerada esencial, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social convocará, de oficio o a petición de parte, a la Comisión de Garantía para que evalúe si se verifican los supuestos excepcionales que justifiquen considerar la actividad como esencial (duración y extensión territorial, e importancia trascendental) y, en su caso, califique como tal el servicio en cuestión.

La empresa o el organismo que presta el servicio esencial debe garantizar la ejecución de los servicios mínimos, así como también poner en conocimiento de los usuarios, por medios de difusión masiva, las modalidades de la prestación durante el conflicto. Esa comunicación debe realizarse dentro del plazo de cuarenta y ocho horas antes de iniciada la medida de acción directa, debiendo detallarse el tiempo de iniciación y la duración de las medidas, la forma de distribución de los servicios garantizados y la reactivación de las prestaciones. Asimismo, debe arbitrar los medios tendientes a la normalización de la actividad una vez finalizada la ejecución de dichas medidas (art. 12, dec. 272/2006).

La reglamentación también se aplicará cuando la medida de acción directa consistiera en un paro nacional de actividades o cualquier otra ejercida por centrales sindicales u organizaciones empresariales con representatividad sectorial múltiple.

*Régimen sancionatorio*. El art. 14, dec. 272/2006, prevé que la inobservancia por alguna de las partes de los procedimientos conciliatorios establecidos en la legislación vigente y el presente decreto, o el incumplimiento de las resoluciones dictadas por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social o por la Comisión de Garantías, dará lugar a la aplicación de las sanciones establecidas por las leyes 14.786, 23.551 y 25.212. Asimismo, la falta de cumplimiento del deber de trabajar por las personas obligadas a la ejecución de los servicios mínimos dará lugar a las responsabilidades previstas en las disposiciones legales, estatutarias o convencionales que les resultaren aplicables.

La norma prevé distintas sanciones según se trate de la asociación sindical, las empresas u organismos prestadores de los servicios o las personas obligadas a la ejecución de los servicios.

— Asociaciones sindicales: se remite a la ley 23.551, cuyo art. 56, incs. 2° y 3°, faculta a la autoridad administrativa de aplicación a: requerir a las asociaciones sindicales que dejen sin efecto medidas que importen violación de las disposiciones legales o estatutarias o incumplimiento de disposiciones dictadas por la autoridad competente en el ejercicio de facultades legales; peticionar, en sede judicial, la suspensión o cancelación de la personería gremial o la intervención de la asociación sindical, en caso de incumplimiento de las intimaciones antes referidas, o cuando haya comprobado que en las asociaciones se ha incurrido en graves irregularidades administrativas. También pueden ser pasibles de las sanciones previstas en la ley 25.212.

— Empresas u organismos prestadores de los servicios esenciales: en caso de que éstos incurrieren en incumplimientos, resulta aplicable la ley 25.212, que en su anexo II incluye el régimen general de sanciones por infracciones laborales, calificando de muy graves (ver art. 4°, inc. f]) la violación por cualquiera de las partes de las resoluciones dictadas con motivo de los procedimientos de conciliación obligatoria y arbitraje en los conflictos colectivos. Las infracciones muy graves son sancionadas con multa de $ 1000 a $ 5000, por cada trabajador afectado por la infracción (art. 5°, inc. 3°, régimen general). En casos de reincidencia, el régimen de sanciones prevé: a) la clausura del establecimiento hasta un máximo de diez días, manteniéndose el derecho de los trabajadores; y b) la inhabilitación por un año para acceder a la licitación pública y la suspensión de los registros de proveedores o aseguradores de los Estados nacional, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 5°, inc. 5°, régimen general). Asimismo, la ley 14.786, a la que también remite la norma, sanciona al empleador con el pago de la remuneración que le habría correspondido a los trabajadores de no haberse adoptado la medida.

— Personas obligadas a la ejecución de los servicios mínimos: para estos casos, y en idénticos términos a lo que disponía el art. 8°, párr. 2°, dec. 843/2000, el reglamento prevé que la falta de cumplimento del deber de trabajar dará lugar a las responsabilidades previstas en las disposiciones legales, estatutarias o convencionales que resultaren aplicables.

Etala, con referencia al dec. 843/2000, señalaba que el decreto mencionaba a las personas obligadas, lo que abría la posibilidad de que las personas sancionadas fueran no sólo los trabajadores dependientes, sino también trabajadores autónomos e, incluso, directivos de la empresa u organismo prestador del servicio [4]. Atento la identidad de los términos utilizados por el dec. 272/2006, las expresiones allí vertidas se aplican perfectamente a la regulación actual. Por último, la ley 14.786 sanciona a los trabajadores con la pérdida del derecho a percibir las remuneraciones correspondientes al período de cesación o reducción del trabajo si no cesaren después de la intimación de la autoridad de aplicación.

### *6.3.* Lockout

El cierre patronal o *lockout* es una medida de acción directa dispuesta por el empleador, que consiste en el cierre temporal del establecimiento a fin de impedir el ingreso a los trabajadores.

La expresión viene del inglés *to lock out*, que significa "cerrar la puerta"; esta actitud, aplicada a la conducta patronal de parar el trabajo, equivale a "cerrar la puerta de su establecimiento" a los trabajadores.

Su objeto también puede ser: imponer determinadas condiciones de trabajo (cierre patronal ofensivo); responder a huelgas u otros medios de presión (cierre patronal defensivo); razones de solidaridad (cierre patronal de solidaridad); o circunstancias políticas (cierre patronal político).

En la Argentina no hay norma constitucional ni legal que regule tal derecho. Tampoco en los convenios de la OIT sobre libertad sindical está reconocido expresamente el "cierre patronal" o *lockout*.

## 7. Medidas irregulares de acción directa

Además de la huelga existen otras *medidas de acción directa*, que se pueden calificar de *irregulares*. Estas medidas llevan a la paralización total de la prestación laboral y presentan

[4] ETALA, Carlos A., *Derecho colectivo del trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2001, ps. 363/364.

algunas características que las distinguen de la huelga. Cabe citar, como ejemplos de estas medidas, los denominados *piquete, paro, sabotaje, listas negras, trabajo a reglamento* y *trabajo a desgano*.

El *piquete*, practicado lícitamente, es el *apostamiento*, en forma pacífica, de los trabajadores que llevan adelante una huelga en el exterior de los accesos o en las salidas del establecimiento.

Su objetivo es poner en conocimiento de los trabajadores que no participan la medida de fuerza decidida e intentar persuadirlos para lograr su adhesión. Por lo general, se presenta como una medida complementaria de la huelga, aunque puede actuar como acto de fuerza autónomo que se agota con su realización.

Cuando el "piquete" se ejerce por medio de la restricción a la libre circulación o ingreso de trabajadores, clientes, proveedores, etc., y se verifica violencia sobre bienes de la empresa, se convierte en una acción ilícita, que transforma la huelga en reprochable penalmente.

El *paro* (o *huelga de brazos caídos*) se distingue de la huelga propiamente dicha en varios aspectos.

Mientras la huelga configura una interrupción por tiempo indefinido —hasta que se solucione el conflicto—, el paro es una interrupción por determinado tiempo (horas o días). En la huelga existe abstención de tareas sin permanencia en el lugar de trabajo, mientras que en el paro los trabajadores que no llevan adelante la prestación permanecen en el lugar de trabajo.

La permanencia de los dependientes en el establecimiento no constituye una forma ilícita de exteriorización de la medida mientras no exista una orden de desalojar a los trabajadores; en cambio, se convierte en ilícita cuando hay una intimación, porque produce un conculcamiento a los derechos del empleador.

La situación se agrava cuando existen actos de violencia (por ejemplo, la toma del establecimiento). De todos modos, el hecho de que algunos trabajadores en forma aislada incurran en excesos o incluso en actos violentos no convierte la huelga en ilícita, sino que cabe analizar individualmente la conducta de quienes adoptaron tales actitudes.

El *sabotaje* es un acto o actos de destrucción o depredación de los instrumentos de trabajo, materia prima o elaborada, maquinarias o edificios que forman parte de la infraestructura de la empresa. La medida tiende a impedir el cumplimiento de la prestación laboral. Los hechos de esta naturaleza constituyen un ilícito grave que configura un delito de carácter penal.

Las llamadas *listas negras* (también denominadas *boicot*) constituyen un medio de presión, ya que en ellas se alistan empleadores con los cuales no se deben efectuar relaciones contractuales (laborales o comerciales).

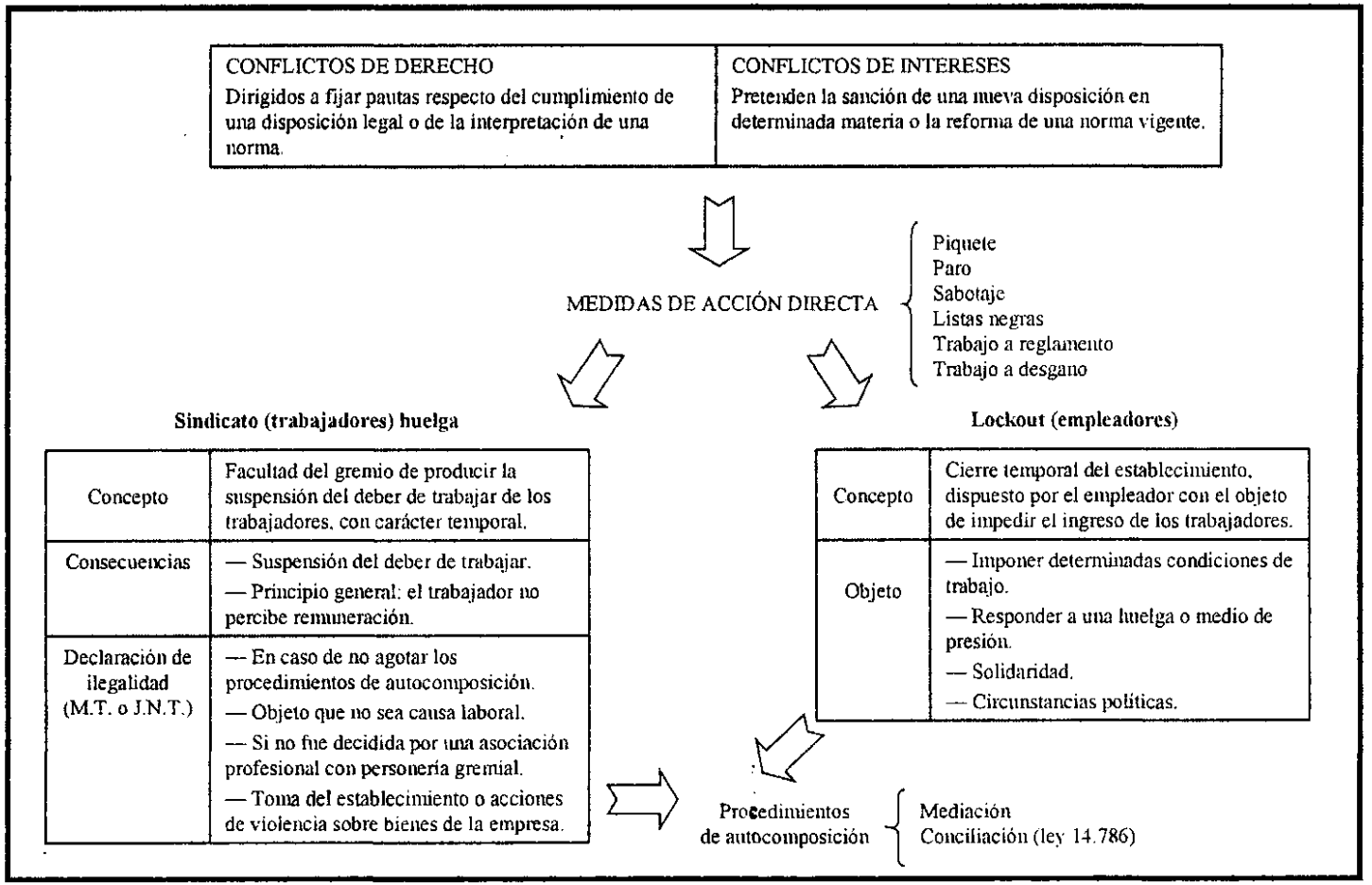
Es una medida ilícita, que produce una violación al deber de lealtad; el hecho resulta difícilmente acreditable, ya que estas listas se difunden en forma clandestina. No se trata de una medida directa porque va dirigida a terceros a fin de que no realicen actos comerciales con las personas señaladas.

También pueden existir listas preparadas por empleadores, en las que identifican determinados trabajadores que han tenido algún conflicto laboral con ellos para que no se los contrate en otras empresas por sus antecedentes. Obviamente, se trata de una medida ilícita.

En el *trabajo a reglamento* se disminuye el ritmo normal de la tarea bajo la apariencia de un cumplimiento estricto de las exigencias que establece el reglamento de trabajo.

Del mismo modo que en el *trabajo a desgano*, no se produce una interrupción de las prestaciones, sino que el trabajador disminuye la colaboración y se limita a realizar el mínimo posible para evitar que se le impute abandono de servicios. En esta medida se verifica una violación al deber de actuar como un "buen trabajador" (art. 63, LCT).

## Conflictos colectivos



## III. CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE EN CONFLICTOS LABORALES. LEYES 14.786 Y 25.877

Hasta la sanción de la derogada ley 25.250, en nuestro derecho positivo coexistían distintos *métodos de solución de conflictos colectivos:* la *mediación*, el *arbitraje* —voluntario y obligatorio— (ley 16.936) y la *conciliación* (ley 14.786). La ley 25.250 derogó la ley 16.936 de Arbitraje, derogación que fue ratificada por la ley 25.877.

No se debe confundir la conciliación obligatoria prevista para los conflictos individuales con la mediación como procedimiento para la resolución pacífica de conflictos colectivos de interés (y, en algunos casos, de derecho).

La actividad conciliatoria en el plano de las relaciones colectivas consiste en la función de un tercero (mediador o conciliador) que lleva a las partes a encontrar una solución. Esta acción conciliatoria puede originarse en un acuerdo preexistente (a requerimiento de cualquiera de las partes) o en una norma estatal que imponga el procedimiento conciliatorio.

*La ley 14.786 establece una instancia obligatoria de conciliación*; la obligatoriedad está referida a que las partes, ante un conflicto, antes de recurrir a medidas de acción directa "deben" comunicarlo a la autoridad de aplicación para que ésta formalice los trámites de la instancia.

*La ley dispone que las partes tienen la carga de denunciar el conflicto* e impone al trámite conciliatorio una duración de hasta quince días, prorrogables hasta veinte de existir posibilidades conciliatorias. En caso de no llegar a ningún acuerdo conciliatorio, ni haber suscripto un compromiso arbitral, las partes están habilitadas para recurrir a las medidas oportunas de acción directa.

Por lo tanto, *la ley 14.786 establece un procedimiento de carácter obligatorio, que tiene por objeto la solución de un conflicto colectivo de intereses* existente entre las partes *a fin de evitar la adopción de medidas de acción directa*. Se trata de una instancia de conciliación obligatoria desarrollada en el ámbito del Ministerio de Trabajo.

*El procedimiento de conciliación obligatoria* para conflictos colectivos, establecido *en la ley 14.786*, consta de los siguientes pasos:

1) Ante un conflicto colectivo, cualquiera de las partes, antes de recurrir a una medida de acción directa, debe comunicarlo a la autoridad administrativa para formalizar los trámites de la instancia obligatoria de conciliación. El Ministerio puede actuar de oficio, si lo considera necesario en virtud de la dimensión del conflicto, convocando e imponiendo a las partes el procedimiento de conciliación obligatoria, obligándolas a retrotraer la situación al día anterior a la iniciación del conflicto (art. 2°).

2) La autoridad de aplicación puede disponer la realización de las audiencias que considere necesarias para lograr un acuerdo.

En caso de fracasar el avenimiento de las partes, propone una fórmula conciliatoria y está autorizada para realizar investigaciones, recabar asesoramiento de las reparticiones públicas o instituciones privadas y ordenar cualquier medida para ampliar el campo de conocimiento de la cuestión planteada (art. 3°).

3) Si la fórmula conciliatoria propuesta o las sugerencias expresadas en su reemplazo no fueran admitidas, el conciliador invita a las partes a someter la cuestión al arbitraje. Si este ofrecimiento no es aceptado, se debe publicar un informe que contenga las causas del conflicto, resumen de las negociaciones, la fórmula de conciliación propuesta y la parte que la propuso, la aceptó o la rechazó (art. 4°).

El objeto de esta comunicación es dar a conocer a la opinión pública —además de rendir cuenta de la gestión realizada— de futuros padecimientos derivados de la acción directa que puedan sobrevenir ante el fracaso de la conciliación.

4) En caso de que las partes acepten el ofrecimiento conciliatorio, deben suscribir un compromiso que indique: el nombre del árbitro, los puntos de discusión, la manifestación de si

INVENTARIO 29129

ofrecieron o no pruebas y, en caso afirmativo, el término de su producción y plazo en el cual se deberá expedir el árbitro (art. 5°).

5) La sentencia arbitral se debe dictar en el término de diez días hábiles prorrogables, y tiene un plazo mínimo de vigencia de seis meses; contra ella sólo se admite el recurso de nulidad (art. 6°).

6) Durante todo el período de conciliación no se pueden realizar medidas de acción directa. La huelga o disminución voluntaria y premeditada de la producción, por debajo de los límites normales, trae aparejado, para los trabajadores, la pérdida de la remuneración correspondiente al período de cesación del trabajo si mantienen su actitud luego de recibida la intimación de la autoridad de aplicación.

El *arbitraje* es un método de resolución de los conflictos colectivos en el cual actúa un árbitro designado que evalúa las posiciones de las partes y las pruebas ofrecidas. El fallo arbitral da por terminado el conflicto y es recurrible ante la justicia en determinados casos (arbitrariedad manifiesta o error esencial).

El *arbitraje voluntario se basa en el compromiso previo de las partes para someterse a la decisión arbitral.* Es importante que el árbitro o cuerpo arbitral actúe a título de simple particular, firmando un compromiso previo ("cláusula arbitral"). También es voluntario cuando las partes aceptan el ajuste de las diferencias bajo una metodología arbitral determinada previamente en la norma estatal.

El pacto por el cual las partes voluntariamente se avienen a dicha forma de solución se denomina "compromiso arbitral". En este pacto se debe precisar: la materia sobre la que versa el pronunciamiento, la indicación del árbitro o la delegación de su designación en un instituto privado o público, el procedimiento al que se ajustará su actuación y la revisibilidad del pronunciamiento. *El laudo dirimente del conflicto adquiere los efectos de un convenio colectivo.*

*El arbitraje obligatorio surge de la obligación legal de las partes de someterse a este método de solución.*

Sobre el Servicio Federal de Mediación y Arbitraje, establecido en el art. 23, ley 25.877, siguiendo a Viviana L. Díaz, cabe efectuar las siguientes consideraciones:

— La mediación y el arbitraje constituyen perfiles distintos de facilitadores.

— En ambos casos, una adecuada resolución de conflictos demanda la implementación de acciones de capacitación permanente, previstas en la reglamentación de la ley.

— Los mediadores deben acreditar conocimientos y experiencia práctica en la solución de conflictos, como también en la negociación colectiva y en las relaciones laborales que involucran trabajadores y empleadores. Además, deben poseer probadas habilidades en materia de comunicación, dando lugar a opiniones encontradas en cuanto al ámbito de sus incumbencias.

— Los árbitros necesariamente deben poseer formación en derecho, atento su carácter cuasijudicial, amén de acreditar experiencia y antecedentes en negociación colectiva y relaciones laborales.

CAPÍTULO XXIV

# DERECHO ADMINISTRATIVO Y PROCESAL DEL TRABAJO

## I. DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

### 1. El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social

Con el fin de velar por el cumplimiento de las normas laborales, en el plano del derecho individual y colectivo del trabajo y en ejercicio del poder de policía, el Poder Ejecutivo, por intermedio de la autoridad de aplicación —Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social—, cumple distintas funciones.

Entre ellas se puede destacar la mediación en los conflictos individuales y colectivos, complementando las funciones del Poder Judicial, ya que los actos administrativos pueden ser revisados judicialmente. Las provincias ejercen ese poder de policía por medio de las secretarías, subsecretarías o direcciones de trabajo.

El art. 22, Ley de Ministerios (texto según la ley 25.233), dispone que compete al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social asistir al presidente de la Nación en todo lo inherente a las relaciones y condiciones de trabajo, al fomento del empleo, a la seguridad social y al régimen legal de las asociaciones profesionales de trabajadores y de empleadores.

### 2. Funciones del Ministerio de Trabajo

Las funciones del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social pueden ser *clasificadas* tomando en cuenta el derecho individual del trabajo y el derecho colectivo del trabajo.

#### *2.1. En el derecho individual del trabajo*

— *Funciones de verificación y control*: el Servicio de Inspección tiene funciones preventivas, educativas y sancionatorias o represivas. Se materializa por medio de inspectores que ingresan al establecimiento en cualquier día y hora.

En caso de impedírseles el acceso pueden solicitar el auxilio de la fuerza pública e ingresar sin orden de allanamiento. Están facultados para solicitar documentación al empleador y efectuar intimaciones a los fines de completar la faltante y controlar si se cumplen las condiciones de higiene y seguridad.

Cabe recordar que el libro especial del art. 52, LCT, debe estar rubricado por la autoridad de aplicación para que su contenido sea válido, careciendo de eficacia probatoria todo lo registrado con anterioridad a la rubricación. El trabajo no registrado es tarea de verificación de los controladores laborales, que son representantes sindicales asignados a tal fin.

Respecto del *cumplimiento de las normas de seguridad e higiene*, la autoridad de aplicación concede al empleador un plazo determinado, con el fin de que pueda cumplir con las condiciones de salubridad que la ley exige (art. 200, LCT). Si esto no se cumple, se declara la insa-

lubridad en las condiciones de trabajo y se dispone la reducción de la jornada a seis horas y treinta y seis semanales.

*También ejerce el control en las situaciones que configuran excepciones a la normativa de fondo*, como, por ejemplo, las excepciones permanentes y transitorias en la Ley de Jornada (ley 11.544), la ampliación de los días de pago de la remuneración, en virtud de la naturaleza de la relación laboral (art. 129, párr. 4°, LCT) y la extensión del horario de trabajo de los menores de 16 a 18 años (art. 190, párr. 2°, LCT).

— *Funciones sancionatorias*: se pueden verificar *infracciones por la omisión de llevar adecuadamente los elementos de control*, como los libros de sueldos y jornales (rubricados), planillas de avisos horarios, etcétera.

Son *infracciones formales* a disposiciones de la LCT, o al convenio colectivo aplicable, y que generan una sanción (previa intimación para que en un plazo razonable modifique su situación). El inspector debe labrar un acta describiéndolas y se inicia un procedimiento en el cual el empleador tiene oportunidad de ejercer el derecho de defensa.

En caso de que se verifique el incumplimiento de normas laborales que perjudican al trabajador, la autoridad de aplicación debe procurar la rectificación de dicha conducta y, en caso negativo, puede aplicar multas por cada una de las infracciones (por ejemplo, no otorgamiento en tiempo de las vacaciones, omisión de notificación oportuna, etcétera).

— *Funciones conciliatorias*: la autoridad de aplicación actúa como órgano de conciliación en los conflictos individuales propiciando el avenimiento de las partes para llegar a un acuerdo. En caso de producirse la solución, y en virtud de lo dispuesto en el art. 15, LCT, el acuerdo se homologa siempre que exista una justa composición de los derechos e intereses de las partes. Dicho *acuerdo homologado adquiere autoridad de cosa juzgada* (administrativa).

El 1/9/1997 entró en vigencia la ley 24.635 (y el dec. 1169/1996), que creó el SeCLO, instancia administrativa previa a la vía judicial, que funciona en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. El SeCLO —dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social— tiene la función de homologar los acuerdos conciliatorios a los cuales llegan el trabajador y su empleador luego de la gestión realizada por el conciliador (elegido por sorteo de una lista designada por el Ministerio de Justicia).

### *2.2. En el derecho colectivo del trabajo*

— *Funciones de habilitación y control*: en las relaciones colectivas, dos de las funciones esenciales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social son las de habilitación y control: *otorga personería gremial a los sindicatos* —al determinar cuál es la entidad más representativa—, *controla su funcionamiento y actúa en los conflictos de encuadramiento*. También tiene facultades para suspender y cancelar la personería y nombrar interventores sindicales.

— *Funciones de concertación y homologación*: el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social *aprueba, controla y homologa los CCT, participa en todo el proceso de negociación, ejerce previamente el control de legalidad y oportunidad* y, finalmente, los homologa y publica a fin de otorgarles efecto *erga omnes*.

— *Funciones de conciliación, arbitraje y mediación*: por medio de los *procedimientos de arbitraje y conciliación obligatoria y voluntaria* procura que las partes en conflicto —por ejemplo, al ser ejercidas medidas de acción directa— lleguen a un acuerdo, actuando como mediador, conciliador o árbitro.

El análisis de las leyes 14.786 y 25.877 ha sido desarrollado en el capítulo "Conflictos colectivos de trabajo".

FUNCIONES DEL MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL
- En el derecho individual del trabajo
  - Verificación y control
  - Sancionatoria
  - Conciliatoria (SeCLO)
- En el derecho colectivo del trabajo
  - Habilitación y control
  - Concertación y homologación
  - Conciliación, mediación

## 3. Procedimiento administrativo

La autoridad de aplicación —que actúa de oficio— detenta el poder de policía y tiene a su cargo la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones de la seguridad social, que está a cargo de los organismos recaudadores (AFIP, obras sociales y entidades privadas con poder al efecto); el incumplimiento produce determinaciones de deuda con fuerza ejecutiva, que pueden ser recurridas ante la justicia federal de la seguridad social.

En cuanto al poder de policía, si bien formalmente la Ley Nacional de Ministerios atribuye su ejercicio al Ministerio de Trabajo (resulta una antigua controversia si la competencia es nacional o provincial), en la práctica en cada provincia funciona una dirección, secretaría o subsecretaría de trabajo que se ocupa de controlar el cumplimiento de las leyes de fondo y nacionales.

Por lo general, las dependencias del Ministerio de Trabajo en el interior de la Argentina están abocadas principalmente a cuestiones de derecho colectivo, ya que los sindicatos tienen alcance en todo el territorio nacional.

En caso de incumplimiento de las normas laborales se labran sumarios administrativos que pueden llevar a aplicar las sanciones estipuladas en la ley 25.212. El procedimiento está vigente en cada jurisdicción; en la jurisdicción nacional —Ciudad Autónoma de Buenos Aires— se rige por la ley 18.695.

El trámite administrativo no tiene las formalidades del judicial. La intervención del organismo laboral puede ser a pedido de parte, por ejemplo, si un trabajador efectúa un reclamo administrativo sin recurrir a la justicia, solicitando la citación del empleador, que está obligado a concurrir bajo apercibimiento de considerase su negativa como una obstrucción al procedimiento administrativo (se le aplica la sanción prevista en la ley 25.212).

Las audiencias apuntan a intentar conciliar el reclamo y a homologar el acuerdo, ya que el funcionario no tiene competencia para resolver el conflicto.

En la *provincia de Buenos Aires* rige la ley 10.149 (modificada por la ley 11.201 y el dec. 6409) que regula el procedimiento ante la Subsecretaría de Trabajo.

El procedimiento es voluntario pero la concurrencia a las audiencias y la contestación de emplazamientos es obligatoria, bajo apercibimiento de multa (el monto mínimo es de un salario de la categoría 4 del personal administrativo del régimen de la ley 10.430 y el máximo es ese monto multiplicado por la cantidad de personal en relación de dependencia), ello sin perjuicio de la aplicación de las sanciones establecidas en la ley 25.212.

La Subsecretaría de Trabajo debe ofrecer al trabajador el patrocinio letrado gratuito para recurrir ante los tribunales del Trabajo si el empleador no comparece a la instancia administrativa.

## 4. Administración del trabajo. Ley 25.877

El tít. III de la Ley de Ordenamiento Laboral 25.877, titulado "Administración del trabajo", consta de tres capítulos, que regulan, respectivamente, el sistema de inspección del trabajo, la simplificación registral y las cooperativas del trabajo.

En los considerandos del Mensaje de Elevación 171/2004 del 11/2/2004, el Poder Ejecutivo destacaba el tratamiento especial y pormenorizado que mereció la inspección del trabajo,

privilegiando como objetivo fundamental la actuación del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, juntamente con las administraciones provinciales y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para garantizar el cumplimiento de la normativa laboral y de la seguridad social y así avanzar en el logro de un trabajo de calidad, como uno de los ejes centrales de las políticas laborales en curso.

También señaló el compromiso asumido para erradicar el trabajo no registrado y toda forma de fraude laboral; esto se observa en la regulación de las cooperativas de trabajo y la sanción que genera desvirtuar esta figura, cuando se la utiliza para la intermediación en la provisión de mano de obra, cumpliendo funciones de empresas de provisión de servicios eventuales, de temporada o como agencias de colocación de personal.

El cumplimiento de las normas del trabajo y de la seguridad social y la eliminación del trabajo no registrado es uno de los principales objetivos que propone este título. Cabe recordar que en los últimos años el trabajo no registrado se ha incrementado considerablemente. A comienzos de la década del 80 era del 18% y al sancionarse la ley 25.877 era superior al 45%.

Más allá de las facultades que le competen a las provincias en materia de policía del trabajo, lo cierto es que las funciones que la ley le asigna al Ministerio de Trabajo se encuentran dentro de las previstas en la Ley de Ministerios.

### *4.1. SSIDITySS*

El cap. I del tít. III de la Ley de Ordenamiento Laboral 25.877 se refiere a la inspección del trabajo, el cual fue definida por Krotoschin como el conjunto de las instituciones, órganos y medidas previstos por el Estado para procurar la aplicación de la legislación del trabajo [1].

El tema de la fiscalización de la registración y cumplimiento de las normas laborales es uno de los más complejos y presenta diversas aristas.

Giordano y Torres señalan que hay dos rasgos que definen las características del esquema de control sobre la registración laboral en la Argentina. Por un lado, la gran inestabilidad institucional que ha prevalecido a través del tiempo. Por el otro, la gran cantidad de organismos que de manera superpuesta y desarticulada desarrollan actividades vinculadas con la supervisión.

A los inconvenientes apuntados hay que sumar la inconclusa discusión sobre quién tiene competencia para entender en materia de inspección del trabajo, la cual, lejos de diluirse, se aviva con la nueva ley, que le asigna importantes prerrogativas al Ministerio de Trabajo.

Los que entienden que debe respetarse la competencia provincial sostienen que el poder de policía laboral forma parte de las materias no delegadas por las provincias a la Nación, en virtud de lo dispuesto por los arts. 121 a 124, CN.

Expresan que si bien es cierto que hay provincias que no ejercen el control de policía de trabajo, esto no habilita al Estado nacional para que se arrogue esa facultad de intervenir, porque se altera el espíritu federal que deben tener las disposiciones legales.

En cambio, los que justifican la atribución de facultades relativas a la inspección de trabajo en la órbita del Estado nacional, y más especialmente en manos del Ministerio de Trabajo, invocan los convenios 81 y 129 de la OIT, que requieren la presencia de una autoridad central que asegure la inexistencia de asimetrías en la tarea inspectiva.

El art. 28, ley 25.877, crea el SIDITySS, con la finalidad de controlar y fiscalizar el cumplimiento de las normas del trabajo y de la seguridad social, "garantizar los derechos de los trabajadores previstos en el art. 14 bis, CN, y en los convenios internacionales ratificados por la Argentina, eliminar el empleo no registrado y demás distorsiones que el incumplimiento de la normativa laboral y de la seguridad social provoquen".

[1] KROTOSCHIN, Ernesto, *Instituciones de derecho del trabajo*, Depalma, Buenos Aires, 1968, p. 598.

El antecedente de este artículo es el art. 19, ley 25.250, que establecía una disposición similar. Dispone que los servicios que integren el sistema serán prestados por la autoridad administrativa del trabajo y la seguridad social nacional y provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que actuarán bajo los principios de corresponsabilidad, coparticipación, cooperación y coordinación, para garantizar su funcionamiento eficaz y homogéneo en todo el territorio nacional.

El art. 29, ley 25.877, establece que "el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad la Nación será la autoridad de aplicación del Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social en todo el territorio nacional, y en tal carácter...".

El art. 30, ley 25.877, establece que cuando un servicio local de inspección del trabajo no cumpla con las exigencias dispuestas en los convenios antes citados o con las que se deriven de la ley, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, previa intervención del Consejo Federal del Trabajo, ejercerá, coordinadamente con éste y con las jurisdicciones provinciales, las correspondientes facultades.

Los inspectores deben actuar de oficio o por denuncia y deben recoger en actas el resultado de sus actuaciones y, en su caso, iniciar el procedimiento para la aplicación de sanciones.

En todos los casos, los inspectores deben levantar acta circunstanciada del procedimiento, que firman junto a el o los sujetos responsables, quienes están obligados a colaborar con él, así como a facilitarle la información y documentación necesaria para el desarrollo de sus competencias. Asimismo, en caso de requerirlo sus funciones, podrán solicitar el auxilio de la fuerza pública.

Comprobada la infracción a las normas laborales que impliquen en alguna forma una evasión tributaria o de la seguridad social, el hecho debe ser denunciado formalmente y a sus efectos a la AFIP y/o a los organismos de control fiscal.

Ello sin perjuicio de la notificación fehaciente a las autoridades de control migratorio en caso de haberse constatado la utilización de extranjeros indocumentados y/o no registrados, a los fines de la aplicación de las sanciones penales previstas en la normativa vigente sobre esta materia.

A diferencia de lo que prescribía la ley 25.250, la Ley de Ordenamiento Laboral 25.877 no establece normas relacionadas con el régimen jurídico de los inspectores, ni tampoco respecto de las garantías e incompatibilidades.

El art. 34, ley 25.877, dispone que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social debe destinar la totalidad de los recursos obtenidos por la aplicación de sanciones pecuniarias a la infracción de la normativa laboral —sea por imperio de la ley 25.212 o por el régimen sancionatorio que aplica la AFIP— al fortalecimiento del servicio de la inspección del trabajo.

El régimen general de sanciones por infracciones laborales fue aprobado por el anexo II del Pacto Federal del Trabajo. El cap. 2 de la ley 25.212 establece las infracciones y sanciones —acciones u omisiones violatorias de las cláusulas normativas de los CCT—, y distingue entre infracciones leves (art. 2°), graves (art. 3°) y muy graves (art. 4°), efectuando una enumeración detallada de las diferentes conductas sancionadas en cada caso.

Entre ellas, considera falta muy grave (y asigna un monto de multa de $ 1000 a $ 5000 por cada trabajador afectado por la infracción) la omisión de inscripción del trabajador en los libros de registro, salvo que se haya denunciado su alta a todos los organismos de la seguridad social, incluidas las obras sociales. Asimismo, la res. 900/2000 AFIP (BO del 2/10/2000) duplica las multas aplicables por la falta de denuncia de trabajadores en relación de dependencia.

La ley 25.877 prevé que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, sin perjuicio de las facultades propias en materia de inspección del trabajo de los gobiernos provinciales y de la ciudad de Buenos Aires, realizará en todo el territorio nacional acciones de fiscalización sobre el trabajo infantil; las actuaciones que labre dicho organismo, donde se verifiquen incumplimientos, serán remitidas a las administraciones locales respectivas, las que continuarán con el procedimiento para la aplicación de las sanciones correspondientes.

Asimismo, el Ministerio de Trabajo —sin perjuicio de las facultades concurrentes de la AFIP— debe verificar y fiscalizar en todo el territorio nacional el cumplimiento de los empleadores de la obligación de declarar e ingresar los aportes y contribuciones sobre la nómina salarial, que integra el SUSS, a cargo de la Anses, conforme a las normas reglamentarias vigentes en la materia. Cuando se verifiquen infracciones de los empleadores a las obligaciones de la seguridad social, el Ministerio de Trabajo debe aplicar las penalidades correspondientes.

En este caso no se aplica el régimen de la ley 25.212, sino la tipificación, procedimiento y régimen sancionatorio que aplica la AFIP. Luego de aplicar la sanción, debe remitir las actuaciones a la AFIP para la determinación, notificación, percepción y, en su caso, ejecución de la deuda.

### *4.2. Simplificación y unificación de inscripción registral*

Ver capítulo "Registración del contrato".

### *4.3. Cooperativas de trabajo*

El cap. III del tít. III de la Ley de Ordenamiento Laboral 25.877, referido a las cooperativas de trabajo, tiene como antecedente inmediato el art. 4°, ley 25.250.

El art. 40, ley 25.877, va más allá de esta regulación, ya que no se detiene sólo a analizar la relación entre la cooperativa y los socios, sino entre éstos y las empresas usuarias, lo cual nos lleva a efectuar algunas reflexiones sobre las cooperativas de trabajo.

Fernández Madrid, siguiendo a Cracogna, señala que la cooperativa de trabajo es la reunión de un grupo de personas (trabajadores de cualquier profesión o especialidad) para producir determinado bien o servicio mediante su trabajo personal organizado en común. De allí que, por definición, no pueda hablarse de empleados en la cooperativa de trabajo, ya que no los hay, y si los hubiera, no habría entonces cooperativa [2].

En sentido contrario, Justo López sostuvo que la cooperativa de trabajo es una empresa laboral y que la participación en la gestión y la dirección de la empresa no es incompatible con la condición de trabajo subordinado [3].

Candal y Pereira indican que "la diferencia entre el 'acto cooperativo' y el 'trabajo dependiente' no debe buscársela en el terreno fáctico, sino en la causa de las respectivas obligaciones, que son bien diferentes: mientras el trabajador cooperativo no es ajeno a la sociedad para la que trabaja, el trabajador subordinado se caracteriza, ineludiblemente, por la ajenidad en el resultado. Para descartar la existencia de ajenidad no basta el hecho de que el trabajador dependiente pudiera percibir una remuneración 'por resultado', ya que en tal caso este dato sería menos intenso, pero nunca desaparecería" [4].

En esa inteligencia debe ser interpretado el párr. 1°, art. 40, ley 25.877, cuando faculta a los servicios de inspección del trabajo para ejercer el control 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 y con los socios de ella que se desempeñaren en fraude a la ley laboral.

En este último caso se está refiriendo a las cooperativas impuras, las que bajo el manto de la acción cooperativa y de la gestión democrática ("un hombre, un voto", sin perjuicio de la cantidad de partes sociales suscriptas), encubren una relación laboral con cada uno de sus asociados.

[2] FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Tratado práctico de derecho del trabajo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 1989, p. 908.

[3] LÓPEZ, Justo, cit. por CANDAL, Pablo - PEREIRA, Graciela, "Cooperativas de trabajo: opción legal legítima o instrumento de fraude", DT 2000-B-2315/2320.

[4] CANDAL, Pablo - PEREIRA, Graciela, "Cooperativas...", cit., ps. 2315/2320.

Además, los términos en que fuera redactado el párr. 1° del artículo permite inferir la posibilidad de que la cooperativa contrate trabajadores dependientes, controversia que ya se había suscitado en doctrina y jurisprudencia y que había sido resuelta por la Corte Suprema en el sentido de admitir esta contratación [5].

La fiscalización que deben realizar los servicios de inspección varía según si la cooperativa hubiera admitido la existencia de un contrato de trabajo o lo hubiera encubierto bajo la figura asociativa.

En el primer caso, se limita al cumplimiento de la normativa laboral y de la seguridad social que, aceptada, no es observada por la cooperativa. En el segundo supuesto es más complejo, ya que implica una profunda indagación de los libros y demás elementos que se le provean, para determinar si los retornos se distribuyen correctamente, y también si existe una participación democrática de todos los asociados en las asambleas que se realizan a fin de tomar decisiones.

El párr. 2° establece que los socios que se desempeñen en fraude a la ley laboral serán considerados dependientes de la empresa usuaria para la cual presten servicios, a los efectos de la aplicación de la legislación laboral y de la seguridad social. Este párrafo se relaciona con el último, que veda a las cooperativas actuar como empresas de provisión de servicios eventuales y de temporada, ni brindar —de cualquier otro modo— servicios propios de las agencias de colocación.

Ello es así porque la presencia de una empresa usuaria importa necesariamente la existencia de una relación triangular entre ésta, la dadora de trabajo y el personal contratado por ésta.

El párr. 3°, art. 40, ley 25.877, dispone que si durante esas inspecciones se comprueba 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, denunciarán esa circunstancia a la autoridad específica de fiscalización pública a los efectos de los arts. 101 y concs., ley 20.337 (apercibimientos, multas e incluso retiro de la autorización para seguir funcionando); ello sin perjuicio del ejercicio de su facultad de constar las infracciones a las normas laborales y proceder a su juzgamiento y sanción.

Es decir que la obligación de denunciar no se genera sólo cuando se desnaturaliza la figura cooperativa —lo que se produce cuando se encubre un trabajador bajo el manto del asociado—, sino también cuando es parcial, esto es, cuando sólo se registra defectuosamente la relación laboral con los trabajadores reconocidos (sea porque se consignó una categoría distinta, una fecha de ingreso posterior una remuneración menor).

## 5. Régimen de pago voluntario para infracciones a la normativa de la seguridad social: res. 1539/2008 (BO del 20/12/2008)

El art. 37, ley 25.877, establece que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, cuando verifique infracciones de los empleadores a las obligaciones de la seguridad social, aplicará las penalidades correspondientes, utilizando la tipificación, procedimiento y régimen sancionatorio que, a tal efecto, aplica la AFIP.

La res. gral. de la AFIP 1779 (res. gral. 1566 texto sustituido en 2004, de fecha 1/12/2004) regula la aplicación de las sanciones por las infracciones relativas a los recursos de la seguridad social establecidas por las leyes 17.250 y sus modificaciones y 22.161, y por el artículo sin número a continuación del art. 40, ley 11.683, texto ordenado en 1998 y sus modificatorias.

El dec. 801 del 7/7/2005 asignó al titular de esta autoridad laboral, en forma concurrente con el titular de la AFIP, las atribuciones previstas en el art. 9°, inc. 1°, ap. b), dec. 618/1997, de fecha 10/7/1997, a los fines de la aplicación de las sanciones que indica el art. 37, ley 25.877.

[5] Corte Sup., 5/11/1969, "Pablo, Carlos H. v. Cooperativa de Trabajo 12 de Enero Ltda.", LT XVIII-A-135.

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, mediante res. 655/2005 del 19/8/2005 y su modif., estableció el procedimiento aplicable en el ámbito de su competencia para la comprobación y juzgamiento de las infracciones a las obligaciones de la seguridad social.

La res. 1539/2008 (BO del 20/12/2008) aprueba el régimen de pago voluntario para infracciones a la normativa de la seguridad social y el formulario de solicitud de pago voluntario F.1-004 para el acogimiento al régimen de pago voluntario para infracciones a la normativa de la seguridad social. El art. 11 dispone que comenzó a regir a los sesenta días desde su publicación.

Establece un régimen de pago voluntario que tiene como condición necesaria la regularización del ilícito formal constatado, resguardando así la finalidad preventiva y correctiva del Plan Nacional de Regularización del Trabajo.

Se trata de un sistema que intenta reducir los costos operativos y las cargas para los administrados, sostenido en los principios de celeridad, economía y eficacia procesal.

Podrán acogerse al presente régimen de pago voluntario, las personas físicas y jurídicas a las que se les imputen infracciones al artículo agregado sin número a continuación del art. 40, ley 11.683.

Los imputados dispondrán de un plazo de cinco días hábiles a partir de la notificación del acta de comprobación y citación a la audiencia prevista por el art. 5° de la res. 655/2005, MTEySs, de fecha 19/8/2005, para manifestar su voluntad de acogerse al presente régimen.

A los fines de acogerse al régimen de pago voluntario, los imputados deberán presentar ante la Dirección de Inspección Federal o la Delegación Regional interviniente, según corresponda, el "formulario de solicitud de pago voluntario" (PNRT-F.1-004), que se agrega como anexo y que forma parte integrante de la presente. Asimismo, deberá acreditar, en ese mismo acto, la regularización de los incumplimientos normativos constatados y el pago del mínimo previsto por el art. 19, res. gral. 1566, a través del correspondiente comprobante de pago.

La aceptación del régimen de pago voluntario implica, para el imputado, el expreso reconocimiento de la infracción constatada y la renuncia al derecho de interponer acciones administrativas y/o judiciales en referencia a aquélla. Asimismo, dentro de los diez días de efectuada la presentación a la que se refiere el art. 5°, deberá concurrir a la Dirección de Inspección Federal o a la Delegación Regional interviniente, según corresponda, a los efectos de notificarse de la decisión adoptada.

Recibida la presentación establecida en el art. 5° de la presente, la autoridad de aplicación la remitirá, en un plazo de veinticuatro horas, a la Dirección de Resolución de la Fiscalización, la cual, previo dictamen del Departamento de Ejecución y Apelación de la Seguridad Social, se expedirá sobre la admisibilidad de lo peticionado.

Verificado el cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 5°, el director de Resolución de la Fiscalización, en su carácter de juez administrativo en virtud de la res. 925/2006, MTEySs, de fecha 15/9/2006, tendrá por extinguida la acción, notificando al interesado en la forma establecida en el art. 6°.

De no acreditarse la correcta regularización de los trabajadores afectados por la infracción o el pago del mínimo previsto por el art. 19, res. gral. 1566, texto ordenado en 2004, de la AFIP y sus modificatorias, el director de Resolución de la Fiscalización, en su carácter de juez administrativo, girará las actuaciones a la autoridad de trámite dando cuenta de ello. La Dirección de Inspección Federal o la Delegación Regional interviniente, según corresponda, notificará lo resuelto al interesado de acuerdo con lo establecido en el art. 6°, continuando con la sustanciación de las actuaciones según su estado. De haberse verificado la efectivización del pago referido, el infractor podrá requerir su reintegro. En su defecto, se tomará lo abonado a cuenta de la multa que, de corresponder, se imponga.

## 6. Régimen de sanciones por infracciones laborales

El régimen general de sanciones por infracciones laborales fue aprobado por el anexo II del Pacto Federal del Trabajo puesto en vigencia por la ley 25.212.

El cap. 2 de la ley 25.212 establece las infracciones y sanciones emergentes de las acciones u omisiones violatorias de las cláusulas normativas de los CCT, de las leyes y reglamentos de condiciones, salud, higiene y seguridad en el trabajo.

Distingue entre infracciones leves (art. 2°), graves (art. 3°) y muy graves (art. 4°) —además de las de obstrucción (art. 8°)—, efectuando una enumeración detallada de las diferentes conductas sancionadas en cada caso.

Entre las *leves* —incumplimientos formales o documentales— sanciona con apercibimiento y multas de $ 80 a $ 250, los atrasos en el pago de sueldos (más de cuatro días en los mensualizados y de dos días en los quincenales), no exhibir en los lugares de trabajo la planilla de horario, no cumplir u omitir las normas de higiene y seguridad. Si es la primera infracción, la autoridad de aplicación puede aplicar sólo un apercibimiento.

Entre las *graves*, sanciona con multas de $ 250 a $ 1000 por trabajador afectado por la infracción (en caso de reincidencia, la multa puede llegar hasta el 10% del total de las remuneraciones del establecimiento del mes anterior) la falta de algún dato esencial en los libros (como fecha de ingreso y remuneración), no entregar al cese el certificado de servicios y remuneraciones ni durante la relación laboral copia del recibo de sueldo, no dar cumplimiento a las normas atinentes a la protección del pago de la remuneración, vacaciones, licencia, feriados y días no laborables y duración del trabajo.

Entre las *muy graves*, sanciona con multas de $ 1000 a $ 5000 por cada trabajador afectado por la infracción, cualquier forma de discriminación, los actos del empleador que ofendan la dignidad e intimidad de los trabajadores, violación de las normas de trabajo de menores, el incumplimiento a las resoluciones sobre conciliación obligatoria y laudos en conflictos colectivos, acciones u omisiones relativas a salud, seguridad e higiene en el trabajo que deriven en riesgo grave e inminente para la salud de los trabajadores.

También se considera muy grave tener trabajadores no registrados, es decir, la omisión de inscripción del trabajador en los libros de registro, salvo que se haya denunciado su alta a todos los organismos de la seguridad social, incluidas las obras sociales. Asimismo, la res. 900/2000 AFIP (BO del 2/10/2000) duplica las multas aplicables por la falta de denuncia de trabajadores en relación de dependencia.

En caso de reincidencia, se puede clausurar el establecimiento, hasta diez días, sin pérdida del derecho de los trabajadores a percibir sus remuneraciones y la inhabilitación del empleador para acceder a licitaciones públicas y suspensión en los registros de proveedores o aseguradores del Estado.

El art. 8° hace referencia a obstrucción en la actuación de las autoridades administrativas del trabajo que impida, perturbe o retrase su labor, sancionándola con multas de $ 200 a $ 5000, y si hay contumacia y gravedad especial la multa puede llegar hasta el 10% del total de las remuneraciones del establecimiento del mes anterior a la constatación de la infracción.

La autoridad de aplicación debe graduar las sanciones teniendo en cuenta la importancia económica del infractor, su condición de reincidente, el número de trabajadores afectados, el perjuicio causado, etcétera.

La inspección se rige, como quedara explicitado en los puntos precedentes, por lo normado en la ley 25.877 que creó el Sistema Integral de Inspección de Trabajo que tiene como objetivo principal vigilar el cumplimiento de las normas de trabajo y seguridad social.

Las acciones prescriben a los dos años contados desde la medianoche de la notificación de la sanción y queda interrumpida por la realización de actos tendientes a su cobro en sede administrativa o judicial.

La ley 24.769 tipifica incumplimientos con la seguridad social que pueden constituir delitos penales y, si se trata de personas jurídicas, al no poder ser sancionadas penalmente, la responsabilidad se traslada a sus directores, síndicos y representantes, y las multas deben ser soportadas solidariamente por éstos y la persona jurídica. Si la conducta es la evasión ($ 20.000 por período) la pena es de dos a seis años de prisión; si la evasión es de $ 100.000 u ocultamiento ($ 40.000), la pena es de tres a nueve años y, en caso de retención (diez días de mora), la pena es de dos a seis años de prisión.

Asimismo, resulta de importancia la res. general AFIP 2766/2010. El texto que se aprueba por medio de esta resolución general se denominará "resolución general 1566, texto sustituido en 2010: 'Siendo de aplicación a las infracciones a partir del 1/3/2010, que involucra una serie de capítulos básicamente orientados a multas por infracciones al empleo no registrado, con un procedimiento que prevé apelaciones administrativas hasta la revisión en su caso en la competencia de la Cámara de la Seguridad Social'".

## 7. Derecho penal del trabajo

A contrario de lo que ocurre en las legislaciones extranjeras, la doctrina no se ha abocado al tratamiento del derecho penal del trabajo lo suficiente. Ferreirós es una de las pocas doctrinarias que con meridiana claridad ha abordado el tema [6].

En sus orígenes, se solía tratar la cuestión bajo el nombre de derecho penal social, para referirse al conjunto de normas jurídico-penales —de carácter represivo— destinadas a defender el orden jurídico laboral público contra determinadas actividades individuales susceptibles de alterar dicho orden en forma arbitraria (huelga, *lockout,* obstruccionismo, ocupación de fábricas, trabajo a desgano, sabotaje).

Con la evolución del pensamiento el concepto ha ido cambiando, y el derecho penal del trabajo actualmente es aquel que se ocupa de las conductas criminales que, sin dejar de afectar en ciertos casos a bienes jurídicos colectivos, tienen más acotado el campo de perjudicados directos.

La diferencia entre una concepción y otra es fundamental, ya que, en el último caso, el autor no tiene enfrente a víctimas que sean sus iguales, sino que, sea de un modo o de otro, están respecto de él, en situación de subordinación, que puede tener su razón de ser en una situación estructural de naturaleza económica, o dentro del microcosmos de la empresa.

Ferreirós acertadamente entiende que resulta oportuno modificar el contenido del derecho penal del trabajo, toda vez que el estudio de la especificidad se comprende en razón de que el dador de trabajo está en una situación de inevitable superioridad objetiva, y porque además forma parte de una estructura empresarial que responde a leyes propias, de cuya consideración no se puede prescindir.

Así, siguiendo a Terradillos Basoco, resalta que es pacíficamente admitido que, en lo atinente a los aspectos penales, la existencia de determinados comportamientos ilegales dentro del seno de la empresa se deben no sólo a la eventual predisposición personal de cada individuo, sino también y fundamentalmente, a factores estructurales, como la división del trabajo, la trama de interrelaciones jerárquicas y el sistema normativo interno.

Desde este punto de vista, la distribución fragmentaria de tareas y objetivos, reforzada en el contexto general de la organización a través de premios y castigos, del estímulo económico, de la promoción o remoción, y actualmente también, la descentralización del proceso de toma de decisiones que provoca una aminoración de la responsabilidad individual en los resultados finales, van creando las condiciones objetivas que favorecen el desprecio por la norma.

[6] FERREIRÓS, Estela M., "El derecho penal del trabajo", DEL 216, t. XVII, agosto 1993.

Influye también en ello el derecho del trabajo mismo, ya que por ser un ámbito normativo de tipo protectorio, no faltan ocasiones en las que los empleadores intentan huir de aquél, no siempre por las vías acordes con los comportamientos legales exigidos por el orden jurídico en su totalidad.

Más cercanas a la antigua concepción del derecho penal social son las actuales disposiciones de nuestro Código Penal, en el capítulo "Delitos contra la libertad de trabajo y asociación", que tipifican la compulsión física a la huelga o al boicot, la compulsión al *lockout*, la competencia desleal y la compulsión a asociarse, o a abandonar una sociedad obrera o patronal.

En este sentido, si el sistema jurídico de un país debe ser acorde con la Constitución Nacional, las disposiciones de los arts. 158 y concs., CPen., resultan insuficientes y de una antigüedad manifiesta, a la luz de las disposiciones del art. 14 bis, CN, y deberían modernizarse atento a los nuevos problemas planteados.

Ferreirós pone como modelo a seguir el Código Penal español, que dedica un título específico a los "Delitos contra los derechos de los trabajadores", donde la imposición de penas privativas de la libertad junto a otras inhabilitaciones profesionales ha tenido efecto disuasorio allí donde no lo han tenido las sanciones meramente pecuniarias.

Ello, como bien aclara, no implica llevar el derecho penal a una expansión que trascienda su función específica y tradicional de los bienes jurídicos, pero sí a un punto donde llegue a tutelar el derecho a la igualdad, a la dignidad del trabajador, a la salud y a la libertad, toda vez que la tutela es la *conditio sine qua non* del derecho del trabajo.

El derecho penal del trabajo ha surgido como consecuencia de una concepción que consideraba la fuerza de trabajo un bien jurídico autónomo a tutelar, pero con la democratización del derecho ha pasado a tutelar las facultades que integran la autonomía colectiva como derechos públicos subjetivos, como también la protección de los derechos de los trabajadores, y generando reglas de juego comunes entre empleadores y trabajadores.

## 8. SeCLO

La ley 24.635 (BO del 3/5/1996), en sus primeros treinta y dos artículos establece el Servicio de Conciliación Laboral Obligatorio (SeCLO), un régimen de conciliación obligatoria previo a la instancia judicial para conflictos individuales de trabajo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Quedan exceptuados del carácter obligatorio y previo de esta instancia:

1. La interposición de acciones de amparo y medidas cautelares.
2. Las diligencias preliminares y prueba anticipada.
3. Cuando el reclamo individual o pluriindividual haya sido objeto de las acciones previstas en los procedimientos de reestructuración productiva, preventivo de crisis, o de conciliación obligatoria previstos en las leyes 24.013 y 14.786.
4. Las demandas contra empleadores concursados o quebrados.
5. Las demandas contra el Estado nacional, provincial y municipal.
6. Las acciones promovidas por menores que requieran la intervención del Ministerio Público.

Esta ley y el dec. 1196/1996 (16/10/1996) entraron en vigencia el 1/9/1997, según lo dispuso la res. conjunta 444/1997 y 51/1997 (BO del 22/7/1997) dictada por el entonces Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social y el Ministerio de Justicia.

Se crea el SeCLO, dependiente del Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social y un Registro Nacional de Conciliadores Laborales, dependiente del Ministerio de Justicia, formado por abogados con antecedentes en el derecho del trabajo, que perciben por su labor un honorario fijo.

La res. conjunta 898/2006 MTEySS y 1390/2006 MJyDH (BO del 19/9/2006) actualizó los honorarios y aranceles previstos en el dec. 1169/1996 (BO del 16/10/1996) y sus modificatorios y complementarios.

— Para la pauta arancelaria prevista en el art. 4°, en un arancel de $ 70, por cada trabajador que fuera parte de aquél.

— Honorario básico previsto en el párr. 1°, art. 22, cap. I, anexo I, en la suma de $ 50.

— Honorario previsto en el párr. 2°, art. 22, cap. I, anexo I, en la suma de $ 450.

Esto significa que aquel trabajador que intente reclamar a su empleador —en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— un crédito de naturaleza laboral emergente de un contrato de trabajo —despido, diferencias salariales, enfermedad inculpable, etc.—, *antes de iniciar una demanda judicial debe, con carácter obligatorio, presentar su reclamo en el SeCLO*. Si en esa instancia no se llega a un acuerdo conciliatorio, estará habilitado para recurrir a la justicia nacional del Trabajo y presentar la demanda judicial.

El *procedimiento ante el SeCLO* es gratuito para el trabajador; éste —por sí o apoderado o representante sindical— debe formalizar su reclamo en un formulario tipo en el cual consigna, en forma sintética, su petición. El SeCLO designa por sorteo público un conciliador (a cuya designación adjunta dicho formulario) y cita a las partes a una audiencia que se debe celebrar dentro de los diez días de la designación.

A esa audiencia deben comparecer las partes asistidas por sus letrados, los cuales pueden celebrar con sus patrocinados un pacto de *cuotalitis* que no exceda del 10% de la suma conciliada; de todo lo actuado se debe labrar acta circunstanciada. El conciliador tiene un plazo de veinte días hábiles a partir de la celebración de la audiencia para cumplir su cometido, aunque las partes, de común acuerdo, pueden solicitar una prórroga de hasta quince días, cuya concesión o denegatoria será irrecurrible.

Dentro de estos plazos, el conciliador puede convocar a las partes a las audiencias que considere oportunas, estableciéndose multas para los casos de incomparecencia injustificada, las cuales serán equivalentes al 100% del valor del arancel que perciba el conciliador por su gestión.

En caso de llegar a un acuerdo conciliatorio, se debe instrumentar en forma clara, en un acta especial, y someterse a la homologación del SeCLO —dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social—, que hace lugar a la homologación si están reunidos los presupuestos contemplados en el art. 15 *in fine*, LCT. En el caso de denegarse la homologación, el SeCLO otorga una certificación de dicha circunstancia a los efectos de dejar expedita la vía judicial ordinaria (requerimiento del art. 65, inc. 7°, ley 18.345).

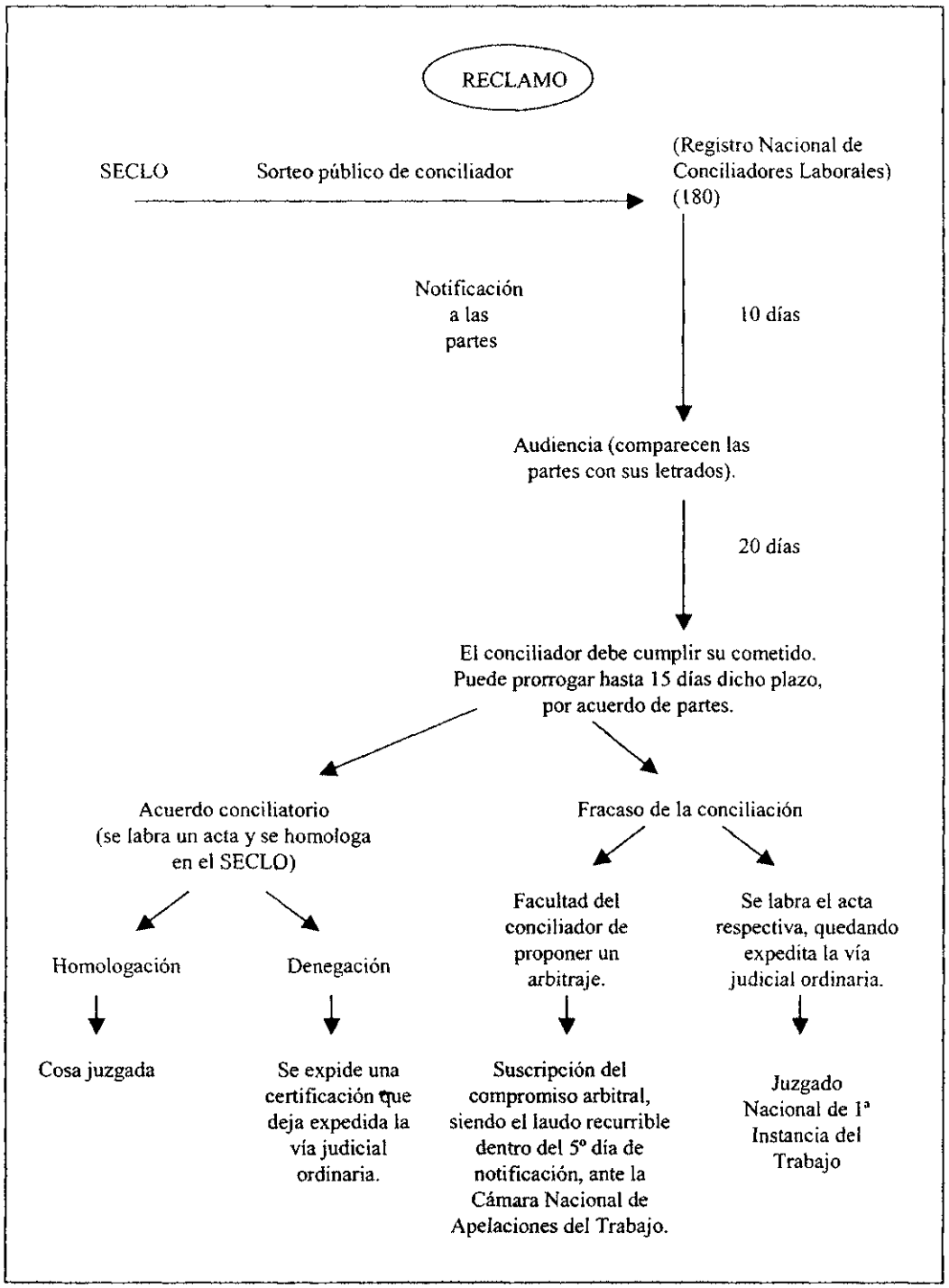
Si el empleador no da cumplimiento al acuerdo conciliatorio, debidamente homologado por el SeCLO, es ejecutable ante los juzgados nacionales de primera instancia del trabajo por el procedimiento de ejecución de sentencia (arts. 132 a 136, ley 18.345). En este supuesto, el juez —valorando la conducta del empleador— puede imponer una multa en favor del trabajador de hasta el 30% del monto conciliado.

Si fracasa la instancia de conciliación, tiene la facultad de proponer a las partes que se sometan a un arbitraje, el cual requiere la aceptación de éstas, ya que se trata de un arbitraje voluntario. En caso afirmativo, se suscribe el respectivo compromiso arbitral; el laudo es recurrible dentro del quinto día de notificado ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. En lo demás, el instituto se rige por los arts. 736 y ss., CPCCN.

Si no se llega a un acuerdo conciliatorio, se labra el acta respectiva y queda expedita la vía judicial ordinaria (ver cuadro). La iniciación del trámite ante el SeCLO suspende por seis meses el curso de la prescripción, de acuerdo con lo resuelto en el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, 6/6/2006, "Martínez, Alberto v. YPF SA" [7].

[7] Este tema es tratado con mayor profundidad en GRISOLIA, Julio A. - PERUGINI, Alejandro H. - MORANDO, Juan M., *Procedimiento laboral (parte general)*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, y en GRISOLIA,

## Servicio de conciliación obligatoria para conflictos individuales de trabajo




---

Julio A. - ALFIE, Miguel - BERNASCONI, Ana M. - CANCELA, Diego, *Práctica profesional del abogado*, 4ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011.

## II. PROCEDIMIENTO JUDICIAL

### 1. Procedimiento judicial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Como se dijo, *si no se llega a un acuerdo conciliatorio en el SeCLO, el trabajador queda habilitado para iniciar la demanda ante la justicia nacional del Trabajo.*

El llamado "fuero laboral" de la ciudad de Buenos Aires está formado por una Cámara Nacional de Apelaciones integrada por diez salas —cada una de ellas compuesta por tres jueces— y por ochenta juzgados de primera instancia unipersonales, con una secretaría cada uno.

El Ministerio Público está integrado por un fiscal general del trabajo y ocho fiscalías.

La *ley de procedimiento* que rige en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es la *18.345 reformada por la ley 24.635.*

El procedimiento es de oficio desde el ingreso de la causa hasta el momento de practicar la liquidación de los créditos, es decir que el juez impulsa la tramitación de la causa y el juzgado confecciona la totalidad de las cédulas.

Los distintos *actos constitutivos del proceso* son los que se reseñan a continuación.

La demanda debe ser presentada en la Secretaría General de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que sortea un juzgado de primera instancia para que entienda en la causa.

Una vez ingresado el expediente al juzgado, el primer acto procesal es determinar la competencia y luego efectuar la "revisación" de los requisitos de admisibilidad de la demanda (arts. 65 y 67, ley 18.345).

El trabajador debe adjuntar a la demanda el certificado, emitido por el SeCLO, que acredite haber pasado por esa instancia; si no lo acompaña, el juez lo debe intimar en su domicilio constituido para que lo presente dentro de los tres días, bajo apercibimiento de archivar la causa.

Posteriormente, se corre el traslado de la demanda al empleador accionado por diez días, quien no sólo debe contestar la demanda sino también ofrecer la prueba de la cual intente valerse; ese acto procesal también es oportuno para oponer excepciones, citar a terceros, reconvenir y ofrecer la prueba de la reconvención; si la actora presentó documentos, junto con la demanda también debe reconocerlos o desconocerlos.

Cuando el empleador accionado contesta la demanda y ofrece la prueba, el juzgado notifica por cédula a la parte actora (en el domicilio constituido) corriéndole traslado por tres días de la contestación de la demanda y de la documentación.

En ese plazo, la actora debe ofrecer la prueba y reconocer o desconocer los documentos agregados por la demandada como, asimismo, contestar las excepciones y expedirse sobre el pedido de citación de tercero, si lo hubiere.

Si la demandada hubiese reconvenido, en lugar de tres días el plazo se extiende a diez días para todos estos actos procesales y para contestar la reconvención y ofrecer prueba sobre ella.

Concluidos estos actos, el juez tiene un plazo de cinco días para abrir la causa a prueba, resolución que debe notificar por cédula y con copia a las partes. En dicho proveído (auto de apertura a prueba) se expide sobre la totalidad de las pruebas ofrecidas, ordenando producir las procedentes y conducentes y desestimando las innecesarias para dilucidar la causa.

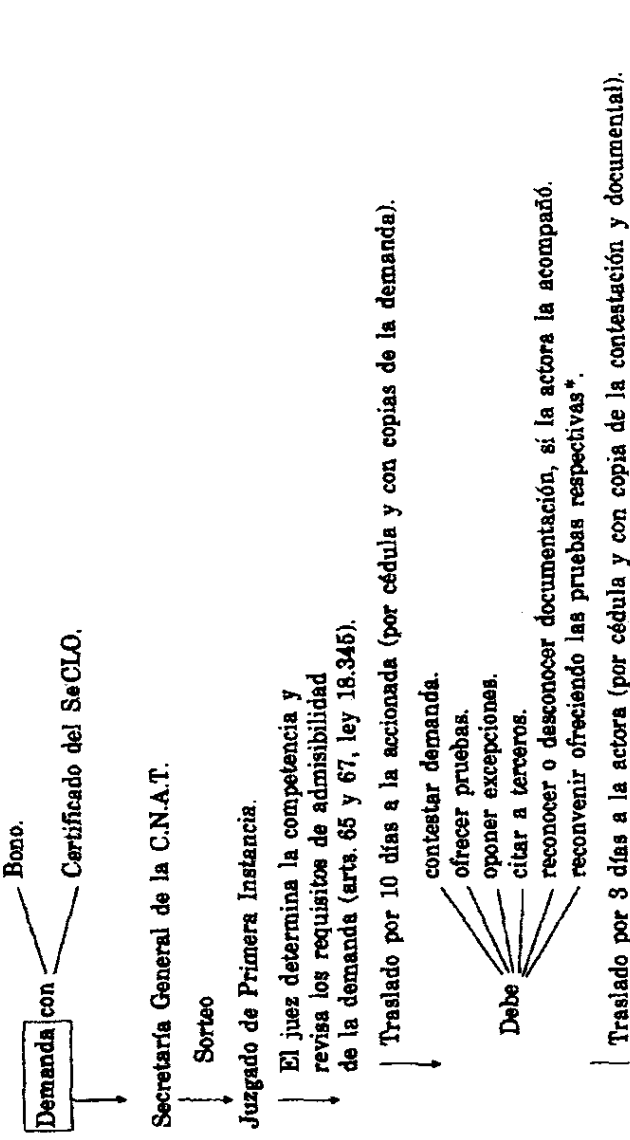
También fija la audiencia confesional y la de testigos en forma sucesiva y notifica a las partes y a los testigos. Asimismo, se intima a la parte demandada para que dentro de los tres días reconozca o desconozca la documentación agregada por la parte actora. En cambio, los oficios deben ser confeccionados y diligenciados por las partes en un plazo de sesenta días bajo apercibimiento de caducidad.

Finalizada la etapa probatoria, el juez hace saber a las partes —mediante cédula enviada al domicilio constituido— que los autos se encuentran en secretaría para alegar, otorgándoles un plazo de diez días para presentar una memoria escrita.

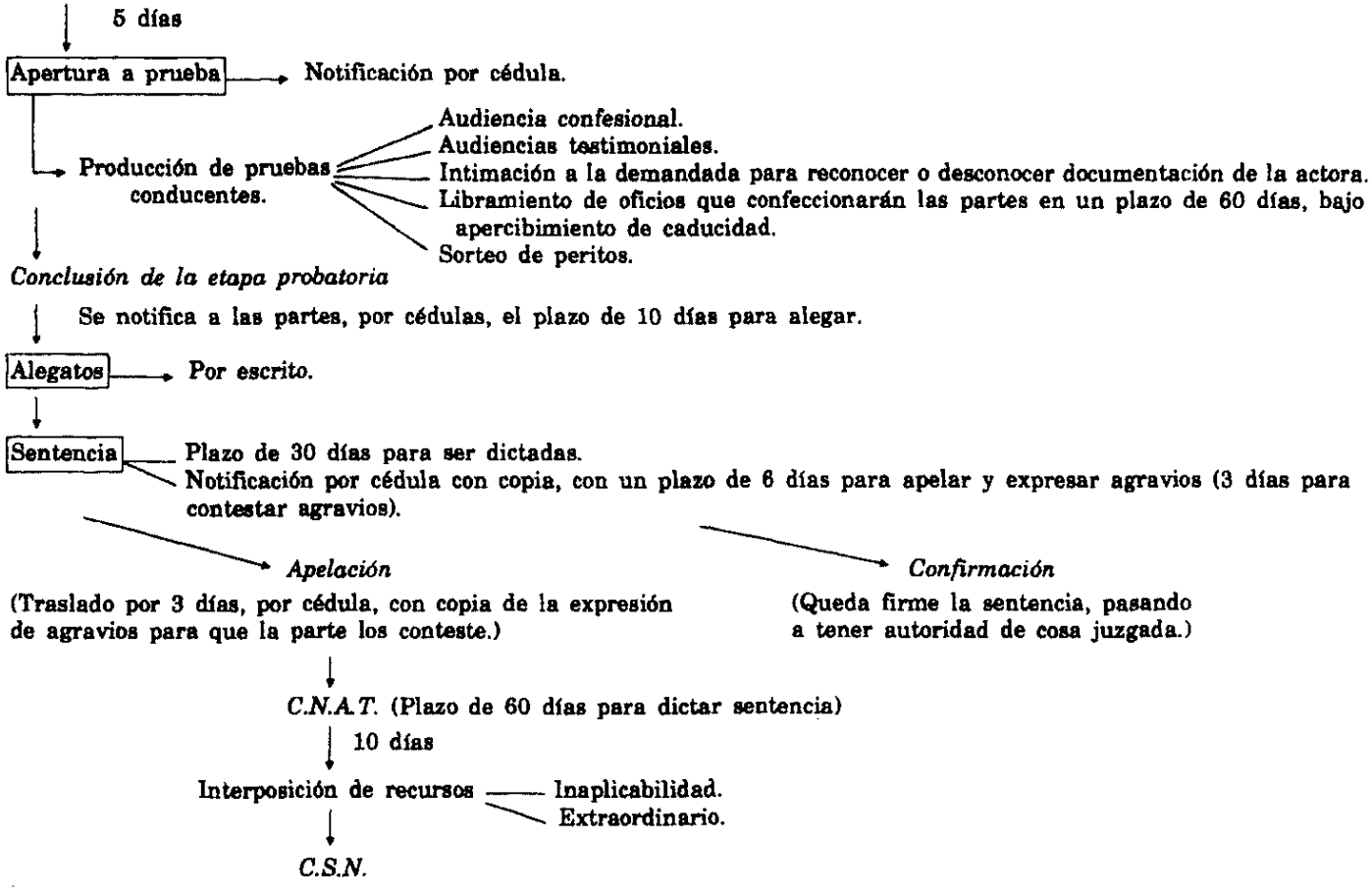
Vencido dicho plazo, ingresa la causa a despacho para dictar sentencia; el plazo para su dictado es de treinta días y el juzgado notifica a las partes por cédula y con copia.

El plazo para apelar la sentencia y expresar agravios es de seis días; una vez apelada, se corre traslado personalmente o por cédula (ley 25.999, BO del 11/1/2005) por tres días a la otra parte para que conteste los agravios. Luego, el expediente se eleva a la Cámara de Apelaciones del Trabajo; en esa instancia se sortea sala y posteriormente el orden de votación de los vocales ("camaristas").

La sala tiene un plazo de sesenta días para dictar la sentencia definitiva. Excepcionalmente, contra ese pronunciamiento se puede interponer recurso de inaplicabilidad y recurso extraordinario —dentro de los diez días— para que se expida la Corte Suprema de Justicia de la Nación. [8].




[8] Este tema es tratado con mayor profundidad en GRISOLIA, Julio A. - ALFIE, Miguel - BERNASCONI, Ana M. - CANCELA, Diego, *Práctica profesional...*, cit.


5 días
Apertura a prueba
Notificación por cédula.
Producción de pruebas conducentes.
Audiencia confesional.
Audiencias testimoniales.
Intimación a la demandada para reconocer o desconocer documentación de la actora.
Libramiento de oficios que confeccionarán las partes en un plazo de 60 días, bajo apercibimiento de caducidad.
Sorteo de peritos.
Conclusión de la etapa probatoria
Se notifica a las partes, por cédulas, el plazo de 10 días para alegar.
Alegatos
Por escrito.
Sentencia
Plazo de 30 días para ser dictadas.
Notificación por cédula con copia, con un plazo de 6 días para apelar y expresar agravios (3 días para contestar agravios).
Apelación
(Traslado por 3 días, por cédula, con copia de la expresión de agravios para que la parte los conteste.)
Confirmación
(Queda firme la sentencia, pasando a tener autoridad de cosa juzgada.)
C.N.A.T. (Plazo de 60 días para dictar sentencia)
10 días
Interposición de recursos
Inaplicabilidad.
Extraordinario.
C.S.N.

## 2. Procedimiento judicial en la provincia de Buenos Aires

La Ley de Procedimiento Laboral que rige actualmente en la provincia de Buenos Aires es la 11.653, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires el 16/8/1995 reformada por ley 13.829 (BO del 10/7/2008).

La ley 13.829 incorpora un procedimiento para el cobro ejecutivo de los salarios como mecanismo de tutela de los créditos alimentarios.

A diferencia del procedimiento de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se caracteriza por tener una *instancia única con un tribunal colegiado integrado por tres jueces; sus sentencias deben ser recurridas directamente ante la Suprema Corte provincial y, las de ésta, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.*

La demanda debe ser interpuesta por escrito, con los requisitos de forma que la ley exige, y junto con ese escrito debe ser ofrecida la totalidad de las pruebas; de esta presentación se le corre traslado al demandado por el término de diez días bajo apercibimiento de declararlo en rebeldía.

En dicho plazo debe contestar la demanda, ofrecer todas las pruebas que considere necesarias y oponer las excepciones, pudiendo también deducir reconvención.

El presidente del tribunal, dentro del plazo de diez días, debe proveer las pruebas ofrecidas, las cuales deben ser producidas en el plazo de sesenta días.

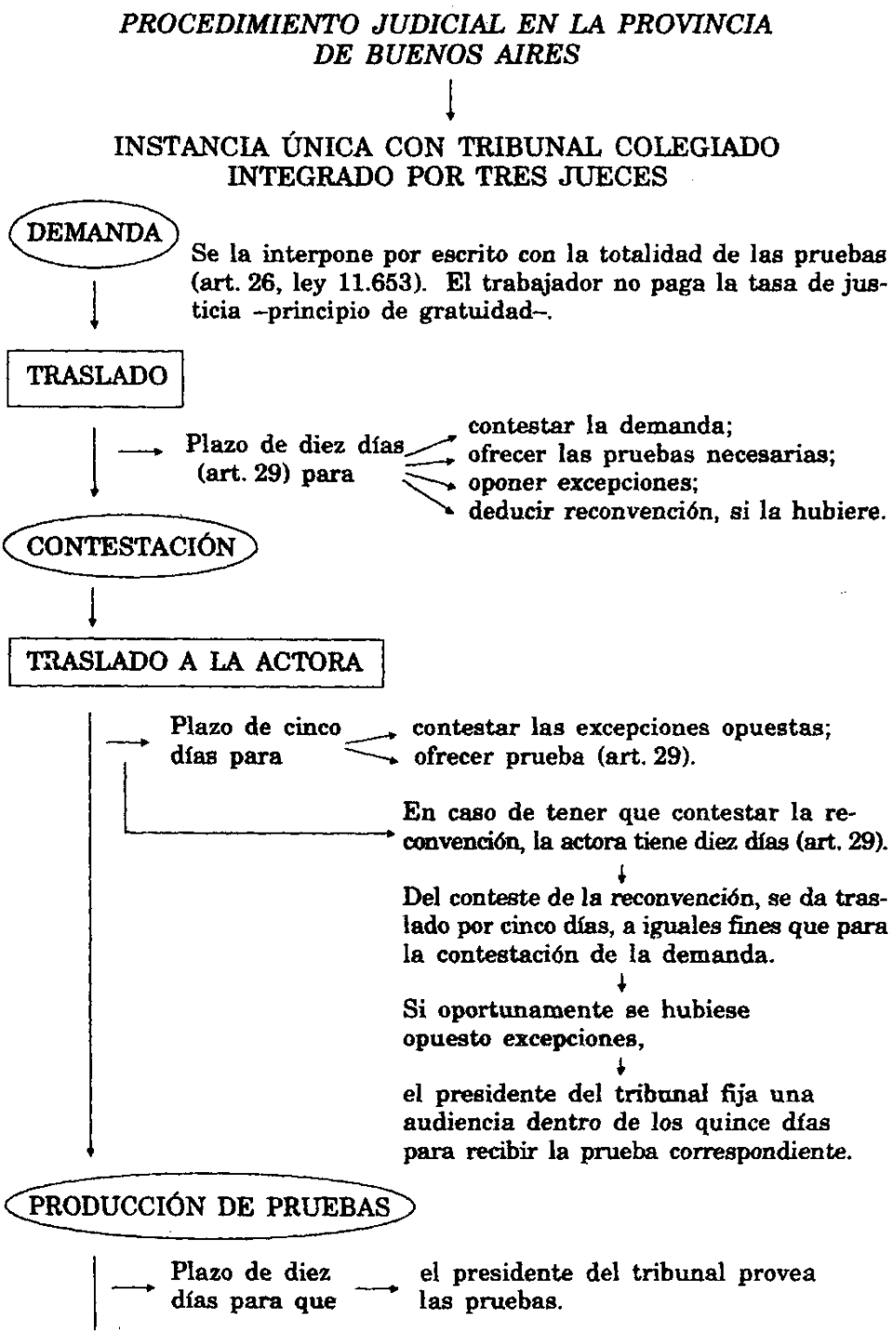
Si no hubiesen sido ofrecidas pruebas orales o por cualquier otro motivo no fuera procedente recibirlas, el presidente del tribunal, dentro de los diez días, otorga a las partes un plazo de cinco días para producir los alegatos y —vencido ese término o presentados— se dicta sentencia.

Producida la prueba ordenada, o vencido el plazo para hacerlo, el presidente del tribunal debe fijar, dentro de los diez días, una fecha para la audiencia de vista de causa, donde se concentra toda la prueba producida y se produce la prueba oral (confesional y testimonial). En caso de ser necesario, en ese acto se piden explicaciones a los peritos.

Después de dictar el veredicto y al evaluar la prueba producida (en el plazo de cinco días o en el acto de vista de causa), el tribunal debe dictar sentencia en un plazo de veinte días. Contra este pronunciamiento se pueden interponer sólo los recursos extraordinarios que prevé la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Es requisito para la interposición de estos recursos, el depósito previo del capital, los intereses y las costas, con excepción de los honorarios de la parte que recurre. Finalmente, contra el fallo dictado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se puede presentar un recurso extraordinario para que entienda la Corte Suprema de Justicia de la Nación y emita el pronunciamiento definitivo.

Este tema es tratado con mayor profundidad en GRISOLIA, Julio A. - ALFIE, Miguel - BERNASCONI, Ana M. - CANCELA, Diego, *Práctica profesional...*, cit.


PROCEDIMIENTO JUDICIAL EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES
INSTANCIA ÚNICA CON TRIBUNAL COLEGIADO INTEGRADO POR TRES JUECES
DEMANDA
Se la interpone por escrito con la totalidad de las pruebas (art. 26, ley 11.653). El trabajador no paga la tasa de justicia –principio de gratuidad–.
TRASLADO
Plazo de diez días (art. 29) para
contestar la demanda;
ofrecer las pruebas necesarias;
oponer excepciones;
deducir reconvención, si la hubiere.
CONTESTACIÓN
TRASLADO A LA ACTORA
Plazo de cinco días para
contestar las excepciones opuestas;
ofrecer prueba (art. 29).
En caso de tener que contestar la reconvención, la actora tiene diez días (art. 29).
Del conteste de la reconvención, se da traslado por cinco días, a iguales fines que para la contestación de la demanda.
Si oportunamente se hubiese opuesto excepciones,
el presidente del tribunal fija una audiencia dentro de los quince días para recibir la prueba correspondiente.
PRODUCCIÓN DE PRUEBAS
Plazo de diez días para que
el presidente del tribunal provea las pruebas.

→ Plazo de sesenta días para → producir las pruebas ordenadas.

→ El presidente del tribunal debe fijar, en el auto de apertura, la *audiencia de vista de causa*, salvo que por la complejidad de la prueba sea necesario fijarla posteriormente. En ésta se concentra toda la prueba producida y se efectúa la prueba oral (confesional y testimonial). Se puede solicitar aclaraciones a los peritos.

↓

Concluida la prueba y recibido el alegato,

↓

VEREDICTO

→ se dicta en un plazo de cinco días, después de la audiencia de vista de causa, o cuando se la termina de llevar a cabo.

↓

SENTENCIA

→ Plazo de veinte días para su dictado (art. 44).

Si se interponen los recursos extraordinarios previstos en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, es imprescindible el *depósito previo del capital, los intereses y las costas*, con excepción de los honorarios de la parte recurrente.

↓

Traslado por diez días (art. 284).

↓

S.C.B.A.

Si se presenta el recurso extraordinario. Notificada esta sentencia, quedan habilitados todos los recursos previstos ante la C.S.N. Si el fundamento es la arbitrariedad → *recurso de queja ante la Nación.*

↓

C.S.N.

al entrar la sentencia en autoridad de cosa juzgada.

↓

PROCESO DE EJECUCIÓN

CAPÍTULO XXV

# DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO

## I. LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

La progresiva internacionalización del derecho del trabajo es fruto de diversos procesos y factores, entre los que pueden mencionarse los siguientes: la acción internacional general para el mejoramiento de las condiciones de trabajo, la incorporación de los principios laborales a los grandes pactos internacionales de derechos humanos, el desarrollo emigratorio asociado al de libre circulación de trabajadores en ámbito supranacional, el desarrollo del derecho comunitario y los intentos de regulación internacional de los problemas laborales suscitados por las empresas multinacionales.

Su vertiente esencial la configura el llamado derecho migratorio, que reposa en el hecho y el derecho de trabajar en un país determinado de los trabajadores de un país distinto. Opera sobre la base del derecho a emigrar, es decir, el derecho a salir del propio país y a volver a entrar en él —presupuesto del ejercicio de todos los demás— y su no discriminación respecto del trabajador nacional.

La vasta difusión que en las últimas décadas han tenido las empresas multinacionales y supranacionales contrasta con la falta de normas internacionales para regular una negociación colectiva acorde, constituyéndose en un obstáculo a superar para alcanzar una negociación colectiva internacional efectiva. A esto se suman las diferencias de las políticas económicas nacionales y las condiciones de trabajo particulares de cada país.

Si bien las empresas multinacionales, esto es, aquellas propietarias o controlantes de la producción de bienes y/o la distribución de servicios fuera del país en que tienen su sede, pueden constituirse como empresas en sentido jurídico de la expresión, también pueden conformarse como un grupo de empresas asociadas entre sí, con lo cual se acrecienta la búsqueda de un régimen adecuado para este tipo de empresas, capaz de someterlas a las normas y prácticas nacionales de los países en que actúan.

Precisamente, la *Declaración Tripartita de la OIT de Principios sobre las Empresas Multinacionales* adoptada en 1977, y actualizada en 2006, busca estimular las buenas prácticas y orientar a las compañías multinacionales, a los gobiernos y a las organizaciones de empleadores y trabajadores en la adopción de políticas sociales, abordando el tema de la conducta idónea de las empresas frente a políticas laborales en los países donde operan o tienen influencia dicho tipo de empresas.

## II. LA INTEGRACIÓN REGIONAL EN AMÉRICA LATINA

Una primera etapa de integración en Latinoamérica, con un objetivo central en la reducción generalizada de los aranceles, aparece con la creación de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio o Alalc, luego sustituida por la Aladi, basado en la idea de darle flexibilidad y pluralismo a los procesos de integración.

En lo que respecta a América del Sur, Central y la zona del Caribe, el Acuerdo de Cartagena de 1969 —actualmente Comunidad Andina— comprende Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, contando con una zona de libre comercio y un arancel externo común que rige desde el 1/1/1995.

Este acuerdo produjo la apertura económica recíproca de sus mercados y en el plano social contiene referencias al mejoramiento en el nivel de vida de los habitantes de la subregión, a la armonización de políticas y aproximación de las legislaciones, al incremento del empleo, a la formación profesional y a la productividad; sin embargo, hasta la fecha, salvo la preocupación expresada por los trabajadores a través del Instituto Laboral Andino, el interés a nivel del Acuerdo de Cartagena se ha reducido en forma considerable.

El Tratado de Asunción, de 1991, da origen al Mercosur, que está integrado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, y comprende desde enero de 1995 una zona de libre comercio y una unión aduanera.

El 80% de los productos podrían inicialmente circular de manera libre por toda el área común. A partir de 1999 se consideraba que iba a tener un libre comercio total. Muestra una clara inspiración económica que ignora casi totalmente la faceta social y laboral. A pesar de esto se ha iniciado la construcción de aquella dimensión social.

## 1. El diálogo social en las relaciones laborales internacionales

El sistema de relaciones laborales está compuesto por tres actores principales: las organizaciones de trabajadores, los empleadores y sus organizaciones y el gobierno; todos ellos se relacionan entre sí por el conflicto y la negociación.

En sentido amplio, se puede definir la negociación como diálogo, y desde esta óptica, el diálogo social incluye todas las formas de relación entre los actores del sistema de relaciones de trabajo distintas del conflicto abierto, como la concertación social, consulta, información, participación y negociación colectiva.

Según las formas que adopte se puede *clasificar* el diálogo social en: 1) información y consulta, 2) negociación colectiva, 3) concertación social, 4) participación y 5) medios voluntarios y participativos de solución de conflictos.

— Según sus modalidades, en formal —si está institucionalizado a través de normas jurídicas— o en informal —si se vincula a iniciativas espontáneas y no reglamentadas—.

— Según las formas, en orgánicas e inorgánicas. Las orgánicas incluyen las interacciones que los actores llevan a cabo en el seno de órganos creados para ello, donde se encuentran representados. Las inorgánicas son aquellas que se desenvuelven espontáneamente, al margen de la existencia de un órgano especial.

— Según su dimensión temporal, puede ser permanente o continuo, o intermitente, accidental o esporádico.

— Según el nivel de diálogo, centralizado o de alto nivel —cuando se verifica a escala nacional o internacional—, de nivel medio o relativamente centralizado —cuando se desenvuelve por rama o por sector de actividad— y descentralizado —cuando se ubica en el nivel inferior (la empresa)—.

La OIT es el único organismo internacional con estructura constitucionalmente tripartita, por lo que se configura el principio básico que apunta a garantizar el diálogo social en el seno de la organización.

En el convenio internacional del trabajo 144 sobre consulta tripartita, adoptado en 1976, y en la recomendación 113, de 1960, sobre consulta nacional y el fomento de la negociación

colectiva, se fomenta el diálogo social, al que ha definido en los últimos años como uno de sus objetivos en el mundo.

En cuanto a la Unión Europea (UE), su programa de acción social se basa en la premisa de que la política social promueve el cambio y el progreso, siendo un factor configurativo de las políticas económicas.

Desarrolla el diálogo en sus aspectos político, civil y social, contribuyendo para ello la creación del Comité Económico y Social, órgano permanente de representación de los actores sociales de información y consulta, y los múltiples comités consultivos interprofesionales bipartitos y paritarios sectoriales que funcionan en paralelo.

Asimismo, el denominado Diálogo de Val-Duchesse, llevado a cabo entre la Confederación Europea de Sindicatos, la Unión de Industrias de la Comunidad Europea y el Centro Europeo de Empresas Públicas a partir del año 1985, instrumentó la celebración de contratos informales basados en el mutuo reconocimiento de las partes y no en la autoridad de la Comisión Europea; se conecta con el art. 12, Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de los Trabajadores del año 1989, respecto de la informalidad del diálogo.

El diálogo social fue constitucionalizado en 1986, con el Acta Única Europea, poniendo en cabeza de la Comisión Europea desarrollar el diálogo entre las partes sociales a nivel continental, diálogo plasmable en acuerdos.

Con el Tratado de Maastricht (1992) y el Tratado de Ámsterdam (1997) incorporaron estos contenidos al texto del tratado de la UE, criterio luego mantenido en los Tratados de Niza del año 2001 y Lisboa en 2007.

El diálogo social a nivel europeo puede ser fuente formal de derecho, ya sea dando lugar a convenios colectivos europeos o concurriendo con las directivas de la Comisión Europea a través de un procedimiento que integra autonomía y heteronomía.

En el Mercosur, la construcción del espacio social llegó en forma tardía, al ser incluido en la Declaración Sociolaboral del Mercosur del año 1998, que en su art. 13 se ocupó del diálogo social entre los derechos fundamentales, comprometiéndose los Estados partes a fomentarlo, garantizando condiciones favorables de crecimiento económico.

En competencia exclusivamente laboral, el Foro Consultivo Económico Social previsto en el Protocolo de Ouro Preto es un órgano que está en los tratados fundacionales y tiene rango constitucional y permanente.

Se integra con las centrales sindicales y las cámaras empresarias de los países miembros, como también los representantes de otros sectores, siendo un órgano meramente consultivo y constituyendo una instancia del diálogo social orgánico.

La Comisión Sociolaboral del Mercosur está prevista en la Declaración y tiene la finalidad de promover la aplicación de los derechos fundamentales proclamados en ella. Actúa como órgano de control, con composición tripartita, haciendo las veces de foro de diálogo social.

El subgrupo de trabajo 10 —órgano tripartito, con carácter consultivo y contingente— tiene por finalidad considerar los asuntos laborales de integración y formular propuestas, y se encuentra integrado por representantes de los ministerios de Trabajo, las cámaras empresarias y las centrales sindicales, siendo la más eficiente instancia de diálogo a nivel regional, del cual surgieron la Declaración Sociolaboral del Mercosur y el Convenio Multilateral de Seguridad Social del Mercosur.

## III. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL TRABAJO

### 1. Ámbito de aplicación del derecho del trabajo

El derecho del trabajo resulta aplicable dentro de determinados límites espaciales, temporales y personales.

Las fuentes del derecho internacional privado del trabajo no difieren de las del derecho internacional privado en general. El conflicto suele plantearse en los casos mixtos en los que existen elementos locales y de otro país.

Por lo tanto, *el derecho internacional privado del trabajo tiene por objeto las relaciones individuales de trabajo y el derecho colectivo, en cuanto no se rijan por normas de derecho público* (administrativo).

La relación de trabajo es el resultado de varios elementos que conforman la esencia del contrato, como la capacidad de las partes, la forma y el objeto lícito.

La capacidad de las partes y la forma del contrato se rigen por la ley del lugar de celebración, debiendo aplicarse en el país en que se ejecute el contrato, mientras no viole el orden público laboral.

*La capacidad para celebrar contratos es parte de la capacidad jurídica en general*: al derecho internacional privado le interesa lo dispuesto en los arts. 138 y 139, CCiv. —referidos a la capacidad por emancipación o mayoría de edad— (art. 35, LCT).

### 2. Límite personal

*En la Argentina —en principio— los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los ciudadanos nativos, lo que es también aplicable a los derechos laborales.* El fenómeno migratorio y el aumento de trabajadores de un país a otro provocó preocupación desde los primeros tiempos del derecho del trabajo.

Las *excepciones* a ese principio son dos:

a) *la igualdad de trato a los extranjeros que estén residiendo en el país legalmente* —se impide el trabajo en relación de dependencia a los extranjeros que permanezcan ilegalmente en el país—;

b) *la libertad de contratación está restringida a los extranjeros en ciertas actividades*, en las cuales se establecen cupos o porcentajes de extranjeros en relación con los ciudadanos argentinos y, en otros casos, depende del criterio selectivo de cada empresa.

En el Mercosur, el Tratado de Asunción establece que los Estados partes asumen el compromiso de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración (art. 1°).

### 3. Límite espacial

El límite espacial comprende, por ejemplo, la *colisión entre el convenio colectivo de un país y la ley de otro Estado*.

Asimismo, existe un derecho "interzonal" privado de trabajo, ya que un trabajador puede ser contratado en zonas diferentes, por lo cual resultan aplicables distintos convenios; en tal caso se debe establecer claramente cuál es el que rige.

*A los efectos de solucionar estos conflictos, se debe considerar tanto el derecho privado como el derecho público. El derecho público no deja lugar a la aplicación de derecho extranjero, ya que funciona de acuerdo con el principio de territorialidad* (art. 14, inc. 1°, CCiv.).

*El principio que prevalece es el de aplicabilidad del derecho del lugar de ejecución del contrato* (arts. 1209, 1210, CCiv., y 3°, LCT).

Los contratos de algunos trabajadores, que no tienen un lugar fijo de cumplimiento, se rigen por la ley del lugar de su celebración, sea en el extranjero o en nuestro país.

En los contratos ejecutados dentro del territorio argentino —aunque se hubiesen celebrado fuera del país— es aplicable la ley argentina. Esta solución resulta discutible cuando la ley del país de origen o la de celebración del contrato es más favorable para el trabajador.

Siempre se aplica el derecho público nacional; el derecho extranjero se aplica sólo dentro de los límites que prescribe el art. 14, CCiv., en tanto no conculque el orden público interno.

En consecuencia, *se excluyen las leyes extranjeras que se contrapongan a los principios de la legislación nacional*, prevaleciendo estos principios y las normas del derecho positivo en caso de lagunas del derecho internacional.

Cuando se plantean conflictos en cuanto a la aplicación de las leyes en el espacio, en la mayoría de los casos los derechos y las obligaciones derivadas del contrato de trabajo se rigen por la ley de ejecución (*lex loci executionis*). Ésta es la regla general que rige en la mayoría de las naciones.

Sin embargo, su aplicación irrestricta puede en ocasiones tornarse dificultosa o conducir a resultados no satisfactorios. Por ejemplo, en el caso de los trabajadores de entidades binacionales o de empresas de transporte internacional, donde el traslado permanente no permite elucidar con claridad el lugar de cumplimiento, provocando cambios continuos de regulación.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires estableció que la operatividad de la tesis de la oficiosidad en la aplicación del derecho extranjero establecida en los tratados de derecho internacional de Montevideo, aunque condicionada a la existencia de una norma indirecta que determine la aplicabilidad de la legislación foránea, es indiscutible (28/4/2004, "Soto, Javier v. Exxe SA").

Si el contrato, por la naturaleza de la actividad, se cumple sucesivamente en varios países pero con cierta permanencia en cada lugar, siguiendo a Krotoschin, se rigen por las leyes del lugar de su celebración.

Por el contrario, los conflictos colectivos se rigen por el lugar de producción de la disputa.

En relación con el *derecho colectivo, tanto las asociaciones profesionales de los trabajadores como las representaciones de los empleadores se rigen por las leyes nacionales*. Las relaciones internas entre la asociación y sus miembros sean o no nacionales —estén prestando servicios en nuestro territorio o en el extranjero—, se rigen también por el derecho del Estado al que pertenezca el sindicato [1].

*Deben excluirse las cláusulas del convenio colectivo extranjero si afectan el derecho público o el orden público del país.*

Respecto de los elementos de validez de las convenciones colectivas, rige el derecho internacional privado sobre contratos. Para que el convenio colectivo extranjero produzca efectos en el país, debería tener y cumplir todos los requisitos que la ley nacional exige.

*En los conflictos colectivos, el derecho aplicable al conflicto* —huelga, límites, medios de solución, etc.— *es de interés público y está regido por el principio de territorialidad. En cambio, los efectos que el conflicto produce en los contratos individuales de trabajo es materia del derecho privado.*

La solución surge de la jurisprudencia y la doctrina, ya que el derecho internacional privado no contiene reglas para la solución de estos casos.

[1] KROTOSCHIN, Ernesto, *Tratado práctico de derecho del trabajo*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 88.

En los *conflictos individuales de trabajo, la ley de procedimiento laboral* —como parte del derecho público— *es la que determina la jurisdicción* correspondiente, generando al actor (trabajador) la opción de elegir entre jueces del mismo país, igualmente competentes (por ejemplo, el art. 24, ley 18.345).

En general, es competente el juez del domicilio de ejecución del contrato (sin perjuicio del lugar de celebración o ejecución transitoria), independientemente de la nacionalidad del empleador o del trabajador.

## 4. Límite temporal

Las leyes del trabajo —del mismo modo que ocurre con el derecho común— pierden vigencia cuando son derogadas o, excepcionalmente, cuando vence el plazo de vigencia fijado.

*Las cláusulas de un convenio colectivo* pueden determinar normas más favorables para el trabajador y, en virtud del principio protectorio, son aplicables por encima de la ley, en un caso concreto, pero no le quita fuerza ni la deroga.

*En el derecho del trabajo* —igual que en el derecho común—, *el principio es el de irretroactividad de la ley* (art. 3°, CCiv.). *Prevalece la regla de la aplicación inmediata*: a partir de la entrada en vigencia de una ley, ésta se aplica aun a las consecuencias de relaciones y situaciones jurídicas ya existentes (art. 2°, LCT).

La nueva ley y el nuevo convenio colectivo reemplazan las condiciones de trabajo vigentes hasta ese momento, pero también pueden modificar el régimen de indemnizaciones y otras prestaciones del empleador.

Lo que no pueden afectar son los salarios ya pagados o adeudados en un tiempo anterior, ni despidos declarados, ni indemnizaciones liquidadas; en ese caso no se trataría de aplicación inmediata de la ley sino de retroactividad.

Si la ley establece expresamente efecto retroactivo, *nunca puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales* (art. 3°, CCiv.).

## 5. Inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros

Respecto de la *inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en la Argentina*, la Corte Suprema se expidió —modificando la doctrina sustentada hasta ese momento— en la causa "Manauta, Juan J. y otros v. Embajada de la Federación Rusa" (22/12/1994, DT 1995-A-643).

La Corte afirma que, de reconocer la inmunidad de jurisdicción, se llegaría a la injusticia de obligar al trabajador a recurrir ante la jurisdicción de un Estado extranjero, lo cual le ocasionaría gastos desmedidos y extraordinarios —así como también el requerimiento del auxilio diplomático argentino—, conduciéndolo a un grave peligro que el derecho internacional actual desea evitar y no inducir.

Además, sostiene que los derechos declarados en la Constitución Nacional necesitan de un ejercicio efectivo para que no terminen en simples declaraciones de deseos.

Por lo tanto, se debe conceder plena jurisdicción al Estado, máxime cuando se trata del cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales: la doctrina de absoluta inmunidad de jurisdicción de los Estados no tiene sustento en el derecho internacional, la aplicación de la teoría restrictiva no viola principios de derecho internacional público y, por ende, no conduce a nuestro país al aislamiento de la comunidad internacional.

La modificación del criterio sostenido hasta entonces se basó en el cambio de los usos y las costumbres de la comunidad internacional y en la situación de desamparo que creaba la in-

munidad de jurisdicción para los reclamantes, especialmente en el caso de trabajadores, ya que se trata de créditos alimentarios.

Adhirió al principio de inmunidad restringida, distinguiendo entre los actos *iure imperii* —los actos de gobierno realizados por el Estado extranjero en su calidad de soberano— y los actos *iure gestionis* —que no son estrictamente tales, manteniendo la inmunidad de jurisdicción respecto de los primeros—, y decidiendo para los segundos que las causas sean juzgadas en el Estado competente para dirimir la controversia.

La *inmunidad de ejecución* plantea una solución diferente. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en el caso "Blasson" [2], en el sentido de que las medidas ejecutorias contra un Estado extranjero que implican el empleo de la fuerza pública del Estado del foro, afectan gravemente la soberanía e independencia de aquél, por lo que no cabe, sin más, extender las soluciones sobre inmunidad de jurisdicción a los casos de inmunidad de ejecución.

Las organizaciones internacionales no gozan por su mera existencia del privilegio de la inmunidad de jurisdicción en el territorio de terceros países. Así lo decidió la Corte en la causa "Maruba SCA Empresa de Navegación Marítima v. Itaipú s/daños y perjuicios" (5/2/1998, Fallos 321:48). Ello encuentra fundamento en el hecho de que, a diferencia de los Estados, la limitación al juzgamiento compulsivo de estas organizaciones no tiene por fundamento el derecho de gentes, sino la voluntad común de los Estados que las han creado.

## IV. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO DEL TRABAJO

El derecho internacional público del trabajo *está constituido por los tratados internacionales celebrados entre distintos países* —tratados multinacionales— y esencialmente *por los convenios y recomendaciones de la OIT.*

El 10/12/1948, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, se aprobó la res. 217 A (III), en la cual se proclamó la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, proclamación básica de los derechos inalienables e inviolables de todos los miembros de la familia humana; enumera los diversos derechos que poseen las personas de todo el mundo: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

La Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos, en el año 1968, acordó que la Declaración constituía una obligación para los miembros de la comunidad internacional.

La Declaración Universal de Derechos Humanos constituye el primer segmento de la Carta Internacional de Derechos Humanos, que comprende el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptado por la Asamblea General en 1966), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y su Protocolo Facultativo (1966).

*La Convención Americana sobre Derechos Humanos* —llamada "Pacto de San José de Costa Rica"— fue firmada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22/11/1969 y aprobada en la Argentina por la ley 23.054 (1/3/1984). La ratificación significa la incorporación al derecho interno de las cláusulas operativas, mientras que las programáticas necesitan la sanción de una ley especial (Fallos 306:1904), lo cual también resulta aplicable a los convenios de la OIT.

[2] Corte Sup., 6/10/1999, "Blasson, Beatriz Lucrecia Graciela v. Embajada de la República Eslovaca", Fallos 322:2399.

Se deben distinguir dos tipos de tratados: los referidos a derechos humanos, que son considerados como la letra misma de la Constitución, y los demás tratados, que tienen jerarquía superior a las leyes nacionales pero inferior a la Constitución Nacional.

Las disposiciones de los pactos obligan a todos los Estados que los ratifican. Aquellas que versan sobre derechos humanos inalienables, y que en virtud de la reforma de 1994 tienen jerarquía constitucional, son los principios basados en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos inalienables de todos los miembros de la familia humana (libertad, justicia y paz).

*Los tratados con jerarquía constitucional* (art. 75, inc. 22, CN) *son los siguientes*:

— La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948).

— La Declaración Universal de Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1949).

— La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969 y ley 23.054, 1984).

— El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

— El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (Nueva York, 1966 y ley 23.313, 1986).

— La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Naciones Unidas, 1948).

— La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Naciones Unidas, 1965).

— La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Nueva York, 1967 y ley 23.179, 1985).

— La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Naciones Unidas, 1984 y ley 23.338, 1987).

— La Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas, 1989 y ley 23.849, 1990).

— La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Naciones Unidas, 1994 y ley 24.280).

Asimismo, la OIT —creada en 1919 como parte del Tratado de Versalles— dicta *convenios internacionales del trabajo*, que son instrumentos que pertenecen a la categoría de tratados pero que presentan caracteres propios.

Estos convenios *deben ser ratificados por los Estados miembros para que se incorporen al derecho interno*, ya que la OIT no es un organismo supranacional (como la Unión Europea) que puede conferir carácter imperativo a sus normas sin necesidad de ratificación.

La consecuencia principal en nuestro ordenamiento jurídico interno es que *un convenio ratificado deja sin efecto las disposiciones legales contrarias*, que podrían ser calificadas de inconstitucionales por oponerse a una norma jerárquicamente superior.

La ratificación de un convenio es un acto complejo en el cual intervienen los poderes Legislativo y Ejecutivo; solamente su denuncia exime al Estado de las obligaciones frente a la comunidad internacional.

La Corte Suprema resolvió que el Estado nacional está internacionalmente obligado a aplicar —mediante sus órganos administrativos y jurisdiccionales— la convención a los supuestos que ésta contempla; no se torna necesario el dictado de una ley que lo ratifique como la propia Corte sostuvo anteriormente. Esta interpretación extensiva de operatividad propia y sostenida por la Corte está fundamentada en la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## V. OIT

### 1. Origen y concepto

La OIT —asociada desde 1946 a la Organización de las Naciones Unidas como organismo especializado— fue fundada en 1919 según los lineamientos, objetivos y mecanismos propuestos en la Carta del Trabajo emanada de la Conferencia Interaliada de 1918; tiene su origen en el Tratado de Versalles.

Sus principales *antecedentes* son: el II Congreso de Legislación del Trabajo celebrado en París en 1900, tras el cual quedó constituida la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores con sede en Basilea, que celebró sesiones regulares hasta 1909; las declaraciones de la ex Federación Americana del Trabajo de 1914 y las conclusiones de los congresos de Leeds de 1916 y de Trabajadores de Londres de 1917.

La OIT *es una entidad internacional formada por los gobiernos y las centrales empresariales y sindicales de distintos países* (alrededor de ciento setenta), *con sede en Ginebra* y delegaciones regionales.

Sus expertos asesoran a los gobiernos y participan activamente en todos los foros internacionales, y sus recomendaciones son seguidas por la mayoría de las naciones; dicta, además, convenios que se incorporan al derecho interno de los distintos países.

### 2. Fines

De acuerdo con los principios expresados en el preámbulo de su constitución, la OIT tiene como fines esenciales *promover internacionalmente la justicia social y prestar asistencia técnica a los programas de desarrollo económico y social*, reuniendo y difundiendo toda la información relativa a los problemas del trabajo, estableciendo normas de validez internacional y controlando su aplicación y eficacia en todos los países.

Sus *principales fines* son:

*a)* establecer la justicia social, como única forma de lograr una paz universal y duradera;

*b)* mejorar las condiciones del trabajo en todos los países, ya que los niveles de pauperismo y marginación de los trabajadores conspiran contra la paz;

*c)* lograr la adopción de un régimen de trabajo uniforme a nivel internacional que proteja a los trabajadores, para que todos los países puedan mejorar la condición de sus obreros.

### 3. Principios

Para cumplir con estos fines, la OIT tiene establecidos una serie de *métodos y principios de aplicación* general para todos los países:

1) el trabajo no debe ser considerado simplemente como una mercancía o un artículo de comercio;

2) el derecho de asociación para todos los fines que no sean contrarios a las leyes, tanto para los obreros como para los patrones;

3) el pago a los trabajadores de un salario que les asegure un nivel de vida adecuado a las condiciones de existencia en sus respectivos países;

4) la adopción de la jornada de ocho horas o de la semana de cuarenta y ocho horas, y que se extienda a aquellos países en los que aún no se haya obtenido;

5) la adopción de un descanso semanal de veinticuatro horas, como mínimo, que debe comprender el domingo, siempre que sea posible;

6) la supresión del trabajo de los niños y la obligación de introducir en el de los jóvenes de ambos sexos las limitaciones necesarias para permitirles continuar su educación y asegurar su desarrollo físico;

7) el principio del salario igual, sin distinción de sexo, para un trabajo de igual valor;

8) las reglas que se dicten en cada país para las condiciones de trabajo, que deberán asegurar un trato económico y equitativo a todos los obreros que residan legalmente en dicho país;

9) cada país deberá organizar un servicio de inspección, en el cual participarán las mujeres, a fin de velar por la aplicación de las leyes y reglamentos para la protección de los trabajadores.

En la 86ª reunión, de junio de 1998, estableció los principios y derechos fundamentales en el trabajo:

1) la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;

2) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;

3) la abolición efectiva del trabajo infantil;

4) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Estos principios y derechos deben ser aplicados por todos los miembros de la OIT, sin perjuicio de que no hayan ratificado algunos convenios.

## 4. Organización y funcionamiento

La OIT *es una institución intergubernamental de constitución tripartita; está integrada por representantes de los gobiernos* —por ejemplo, *ministros de Trabajo*—, *de las organizaciones de empleadores y de las entidades de trabajadores*.

Esta modalidad tripartita de organización garantiza la participación de los Estados miembros y de las entidades representativas de trabajadores y empleadores de cada país en forma equilibrada e independiente.

En cuanto a su *funcionamiento*, la OIT cuenta, para su gobierno, administración y coordinación de programas, con los siguientes *organismos permanentes*:

***a) La Conferencia Internacional del Trabajo***: es el organismo supremo de la OIT; constituye una especie de *parlamento internacional* donde se discuten las problemáticas sociales y laborales, tanto internacionales como nacionales, de cada país representado en la organización.

***b) El Consejo de Administración***: es el *organismo consultivo* de la OIT y tiene funciones ejecutivas. Se reúne tres veces por año y se ocupa de que las conclusiones de la conferencia sean cumplidas.

***c) La Oficina Internacional del Trabajo***: es la *secretaría permanente* de la organización. Dirige y coordina las actividades de toda la OIT, reúne y estudia la documentación que recibe de todos los países del mundo y se encarga de editar numerosas publicaciones informativas y técnicas. Esta oficina destaca agencias y corresponsalías en numerosos países miembros.

Asimismo, la OIT *lleva a la práctica su accionar mediante* distintas comisiones y comités:

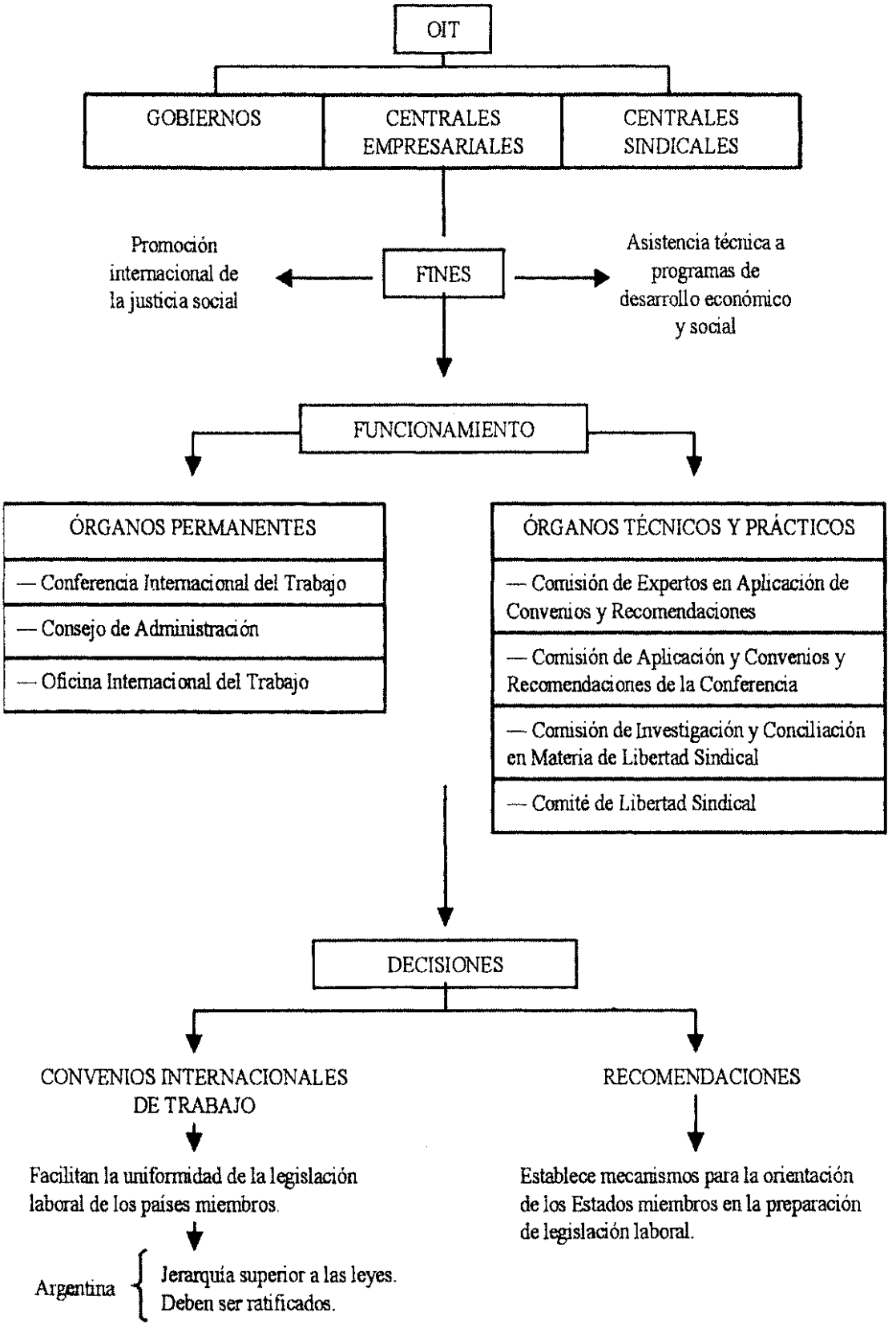
— *La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.*

— *La Comisión de Aplicación y Convenios y Recomendaciones de la Conferencia.*

— *La Comisión de Investigación y Conciliación en Materia de Libertad Sindical.*

— *El Comité de Libertad Sindical.*

# La Organización Internacional del Trabajo



## 5. Decisiones de la OIT. Convenios y recomendaciones

La OIT ha generado una prolífera legislación que se manifiesta en la sanción de convenios y recomendaciones; éstos no pretenden su concreta aplicación a ninguna relación laboral dentro de un ámbito geográfico nacional, sino fijar modelos para que se adapte la legislación de los países miembros, que asumen el compromiso de proponerla para su consideración al órgano político encargado de la sanción de las leyes.

Cualquier controversia sobre la interpretación de la constitución y los convenios emanados de la Organización debe ser resuelta por la Corte Internacional de Justicia con sede en la ciudad de La Haya (Países Bajos).

*Las medidas y normas de validez internacional que se adoptan en el seno de la Organización se formalizan en convenios y en recomendaciones.*

Los *convenios internacionales del trabajo* fijan directivas para facilitar la uniformidad de la legislación laboral de los países miembros.

En cambio, por medio de las *recomendaciones*, la OIT busca establecer mecanismos uniformes de validez internacional para llevar a cabo las medidas a ser adoptadas y orientar a los Estados miembros en la preparación de la legislación laboral.

De acuerdo con las prescripciones de la Organización, los Estados miembros están obligados a someter los convenios de la OIT a consideración de sus autoridades ejecutivas o legislativas para que se adopten las medidas o se redacten los proyectos de ley, dentro de los dieciocho meses posteriores a la clausura de las sesiones de cada conferencia.

Del mismo modo, los Estados miembros también están obligados a informar a la Organización de las medidas que fueran definitivamente adoptadas en virtud de los convenios suscriptos, y, en su caso, los motivos que impidieron su tratamiento en sede legislativa y las dificultades que existen para su aprobación.

En lo que respecta a la *aplicación de los convenios en el derecho interno de los países miembros de la OIT*, existen dos vías para que cobren operatividad normativa.

Algunos países incorporan los convenios a su derecho interno con su sola ratificación y simple registro, sin paso intermedio alguno. Ésta es la llamada teoría "monista", a la cual adhieren, por ejemplo, España y México.

Otros países requieren la ratificación del Congreso o Parlamento para que las directivas de los convenios sean incorporados al derecho interno. A esta teoría, que se denomina "dualista", adhieren —entre otros países— Canadá y Gran Bretaña.

*La Argentina*, luego de la reforma constitucional de 1994, adhirió a la teoría "monista", por lo cual los convenios, una vez ratificados, son aplicables en el derecho interno.

Nuestro ordenamiento jurídico considera algunos tratados internacionales (los que versan sobre derechos humanos inalienables) parte del texto constitucional, y otros —entre los que están los convenios de la OIT— aun en un plano superior al de las leyes.

CAPÍTULO XXVI

# ACCIDENTES DEL TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

## I. ACCIDENTES Y ENFERMEDADES DEL TRABAJO

### 1. Antecedentes históricos y legislativos

La cuestión laboral se instauró al final del siglo XVIII y principios del XIX con la industrialización y la inmigración ingresada con las leyes de la colonización. Se hizo necesaria una legislación que diera respuesta a los primeros reclamos sindicales y manifestaciones colectivas.

En 1904, Julio Argentino Roca propició el *Anteproyecto del Código de Trabajo*, donde se regulaban —dentro de la teoría del riesgo objetivo por industria peligrosa— los accidentes de trabajo, previéndose una indemnización tarifada y estableciendo optativamente un seguro.

Este Anteproyecto no tuvo sanción legislativa y recién en septiembre de 1915 se sancionó la ley 9688, de Accidentes de Trabajo, cuya vigencia se extendió —con modificaciones— hasta 1991.

La ley 9688 —que tenía como antecedente la ley de accidentes francesa de 1895— complementó el sistema de reparación integral del Código Civil de 1869 vigente en ese momento, al apartarse del sistema de responsabilidad subjetiva —dolo (intención de dañar) o culpa (negligencia en la conducta asumida)— del Código Civil de 1869 (que seguía la doctrina francesa), cuya aplicación producía que la mayoría de los daños causados en el trabajo quedaran sin reparación, ya que, sin considerar la negligencia, la mayoría de los accidentes de trabajo tiene su causa en el riesgo objetivo.

Se fundaba en los siguientes puntos principales:

— permitía que el empleador contratara facultativamente (no en forma obligatoria) una compañía aseguradora;

— creaba la Caja de Accidentes para cubrir el riesgo cuando existiese insolvencia patronal;

— permitía al trabajador demandar por la acción especial que contemplaba dicha ley o perseguir una reparación integral —daño emergente y lucro cesante, gastos, daño estético, etc.— en caso de darse un presupuesto de responsabilidad civil;

— estableció la responsabilidad del empleador por los accidentes ocurridos en el trabajo, salvo dolo o culpa grave de la víctima.

Se aplicaba la teoría de la responsabilidad objetiva, cuyo objetivo fue que no existiera daño sin reparación buscando al responsable más cercano —dueño de la cosa causante del daño, daño causado por quien cumple órdenes de un tercero—. También la teoría del riesgo creado o del riesgo de autoridad, que responsabiliza al empleador por los daños causados a las personas que están bajo sus órdenes.

Tanto la ley 9688 —posteriormente reformada, entre otras, por la ley 23.643— como la ley 24.028 (1991) reparaban las siguientes contingencias:

— muerte de la víctima y pago de subsidio por entierro;
— incapacidad absoluta;
— incapacidad parcial y permanente;
— incapacidad temporaria;
— gastos médicos, farmacéuticos, prótesis y su recambio.

Durante la vigencia de la ley 9688, jurisprudencialmente surgió la interpretación de las "enfermedades-accidentes", entendiéndose por tales aquellas enfermedades crónicas relacionadas etiológicamente con la historia personal del trabajador pero agravadas durante la relación laboral, hipoacusias y algunas caracterizadas como microtraumatismos sucesivamente encadenados (artrosis, lumbalgias). La jurisprudencia también instauró la *teoría de la indiferencia de la concausa*, por la cual, si una de las causas de la incapacidad padecida por el trabajador era el trabajo, el empleador debía indemnizarlo por el porcentaje de incapacidad total que padecía, aunque no hubiesen incidido también, en su aparición o agravamiento, factores extralaborales.

Ello implicaba que el empleador debía reparar íntegramente un accidente de trabajo o enfermedad aunque no hubiese sido generado por el trabajo, pero se agravaba a causa de él.

En el año 1968, mediante la reforma de la ley 17.711, que efectuó modificaciones al Código Civil, la teoría del riesgo objetivo comenzó a aplicarse también en materia de reparación integral, básicamente en relación con la responsabilidad extracontractual del art. 1113. Poco después, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmaría esta posibilidad, dictando el plenario 169, "Alegre, Cornelio v. Manufactura Algodonera Argentina" (14/10/1971), que dispuso que "en caso de haberse optado por la acción de derecho común a que se refiere el art. 17, ley 9688, es aplicable el art. 1113, CCiv., modificado por la ley 17.711".

Esto se aplicó a los accidentes y enfermedades reguladas por la Ley de Accidentes de Trabajo cuando el trabajador utilizaba la opción que consagraba el art. 17, ley 9688, o, posteriormente, el art. 16, ley 24.028.

La ley 9688 fue derogada por la *ley 24.028*, que trató de reducir los "excesivos costos laborales" al prever un mecanismo que evitaba los reclamos por enfermedad-accidentes, pero manteniendo el derecho de opción. Además, eliminó la teoría de la indiferencia de la concausa al exigir la discriminación entre afecciones producidas por el trabajo y las provenientes de otros factores (personales, congénitas).

Es decir que limitó la responsabilidad del empleador a la incidencia del trabajo en el reagravamiento de una enfermedad y el trabajador que padecía una enfermedad debía acreditar la incidencia del trabajo en el daño y el grado de participación. Asimismo, cuando el trabajador utilizaba la opción de la reparación integral, su reclamo se debía tramitar ante la justicia civil y no ante la justicia del trabajo.

Con esta última decisión, se pretendió obtener una reducción de los montos de condena en las acciones basadas en el derecho común, en el entendimiento de que los jueces civiles (no impregnados de los principios que rigen nuestra disciplina) establecerían condenas menores. El resultado, sin embargo, no fue el esperado por los gestores de la nueva norma, dado que si bien el juez civil no abrebava de los principios del derecho laboral, sí lo hacía desde aquellos que rigen la reparación integral del individuo dañado por su sola calidad de ser humano, con lo que los montos terminaron siendo esencialmente los mismos, cuando no mayores.

Tanto la ley 9688 como la ley 24.028 tenían un esquema similar; eran reparatorias o indemnizatorias, es decir, reparaban el daño producido mediante un pago único. Los trabajadores

podían recurrir a la vía civil (arts. 1108/1113, CCiv.) y los empleadores podían contratar un seguro de accidentes en una compañía de seguros.

En cuanto a la reparación tarifada de los eventos dañosos, la indemnización en la ley 9688 surgía de multiplicar mil salarios diarios del trabajador por el grado de incapacidad por el coeficiente de edad (cien dividido la edad del trabajador); tenía un tope de diez años de salario mínimo, vital y móvil (ciento treinta salarios).

Por ejemplo, un trabajador con un 20% de incapacidad, 50 años y un salario diario de $ 80, obtenía una indemnización de $ 32.000. La reforma de la ley 23.643 redujo el coeficiente de edad (pasó del número 100 a 65 dividido por la edad del trabajador) y duplicó el tope indemnizatorio (veinte años de salario mínimo, vital y móvil, es decir, doscientos sesenta salarios).

La ley 24.028 mantuvo el cálculo de las indemnizaciones de la ley 9688 reformada por la ley 23.643, pero incorporó un tope de $ 55.000 en caso de incapacidad del 100% y fallecimiento, y de $ 550 por grado de incapacidad.

Por ejemplo, una indemnización por el 10% de incapacidad no podía superar los $ 5500 ni por el 20% los $ 11.000.

## II. LRT (LEY 24.557)

### 1. Aspectos generales de la LRT

Como se dijo, la ley anterior que regía la materia era la ley 9688 (sancionada en 1915) y sus modificaciones, entre ellas, la de la ley 23.643 (1988). Posteriormente se dictó la ley 24.028, de 1991, que rigió hasta la sanción de la ley 24.557.

*La ley 24.557* (LRT) fue *sancionada el 13/9/1995*, promulgada el 3/10/1995 y publicada en el Boletín Oficial el 4 del mismo mes y año, comenzando a regir recién el 1/1/1996.

Posteriormente, fue modificada por el dec. 1278/2000 del 28/12/2000 (BO del 3/1/2001), por el dec. 410/2001 del 6/4/2001 (BO del 17/4/2001) y por el dec. 1694/2009 (BO del 6/11/2009), sumado a una importante cantidad de normas y resoluciones reglamentarias y complementarias.

La regulación de los accidentes y enfermedades derivados del trabajo fue modificada estructuralmente por la LRT. Significa un profundo y sustancial cambio del cuadro regulador de los accidentes laborales.

*Se fundamenta en un sistema de responsabilidad individual de los empleadores, a los cuales se impone un seguro obligatorio que deben contratar en entidades aseguradoras de derecho privado*, especializadas en riesgos del trabajo: *las llamadas "aseguradoras de riesgos del trabajo" (ART).*

La anterior legislación —la ley 9688 (en su redacción original y con sus distintas modificaciones, como la de la ley 23.643) y la ley 24.028— tenía como objetivo la reparación del infortunio y las enfermedades, es decir que se aplicaba cuando el evento dañoso sucedía; la prevención corría por carril separado y estaba en manos de la policía del trabajo.

En cambio, la ley 24.557 pretendió ser integral, siendo obligatoria para los empleadores y las ART: *su principal objetivo es disminuir la siniestralidad mediante la prevención del hecho*, y también se propuso *reducir los costos* que implicaban las leyes anteriores.

*En su diseño legal, se asemeja a un seguro social contributivo: es administrado por entidades privadas* —las ART— *que están supervisadas por un órgano de control —la Superintendencia de Riesgos del Trabajo* (SRT)— que se ocupa de verificar el normal funcionamiento del sistema y controlar tanto las ART como las empresas autoaseguradas.

Por su parte, *el Ministerio de Trabajo —como órgano de aplicación— controla la SRT.*

Se pretende lograr el objetivo de prevenir la siniestralidad con la disminución del riesgo —por medio de la adopción de medidas de higiene y seguridad industrial— y con prestaciones médicas integrales anteriores al hecho. Por distintos motivos —que se analizarán a lo largo de este capítulo— esto no sucedió.

Para cuando la prevención fracasa —esto es, si el evento dañoso se produce a pesar de la prevención—, el daño no se repara simplemente con el pago de una suma única (como en el caso de las leyes anteriores), sino que se apuntó también a la prestación médica integral del accidentado, a la rehabilitación y a su reinserción laboral.

Para determinadas incapacidades, se previó que, en lugar de pagar al trabajador una suma única y extraordinaria, se le otorgue un monto mensual (renta periódica), que en el caso de incapacidad absoluta se complementa con su jubilación por invalidez.

*Los principales cambios respecto de los regímenes anteriores son los siguientes*:

1) exclusión del empleador como sujeto pasivo directo;

2) creación del sistema de aseguramiento obligatorio por compañías de seguro especializadas —las ART— o por el régimen del autoseguro;

3) creación de un listado taxativo de enfermedades "profesionales" e indemnizables (aunque más tarde, en el año 2000, el dec. 1278/2000 otorgaría la posibilidad de indemnizar en casos puntuales determinadas enfermedades no listadas, de acreditarse su etiología laboral);

4) prestaciones dinerarias mensualizadas más una suma adicional de pago único con valor variable según el grado de incapacidad (agregadas por dec. 1278/2000 y elevadas por el dec. 1694/2009, BO del 6/11/2009; ver más adelante).

5) sustanciación y resolución de los conflictos fuera del ámbito del Poder Judicial con otorgamiento de facultades a las comisiones médicas (creadas por ley 24.241).

*La contratación es obligatoria para las empresas*: los empleadores tienen la obligación de asegurarse en una ART elegida libremente. Si bien la ley prevé la posibilidad del autoseguro, los requisitos para acceder a éste son de difícil cumplimiento para la mayoría de las empresas, ello sin perjuicio de destacar que aquellas que lo han implementado registran bajos índices de siniestralidad y litigiosidad.

*Pueden autoasegurarse:*

— las que acrediten solvencia económico-financiera para afrontar las prestaciones que establece la ley;

— las que puedan garantizar los servicios necesarios para brindar las prestaciones en especie (médicas, prótesis, ortopedia, rehabilitación, recalificación profesional y servicio funerario); sea a través de prestadores propios o contratados;

— el Estado nacional, las provincias y las municipalidades.

*El empleador fuera del sistema —no afiliado ni autoasegurado— debe responder directamente en caso de siniestro laboral.*

Si el empleador omite declarar la obligación de pago o la contratación del trabajador, las prestaciones deben ser otorgadas por la ART, pudiendo ésta repetir su costo contra el empleador, que debe depositar las cuotas omitidas en la cuenta del Fondo de Garantía de la LRT.

En caso de omisión —total o parcial— del pago de las cuotas, la ART otorga las prestaciones y puede ejecutar contra el empleador las cotizaciones adeudadas (art. 28).

Actualmente, en el sistema de riesgos del trabajo operan veinticuatro ART, que aseguran a alrededor de 7,5 millones de trabajadores que trabajan en relación de dependencia en seiscientas treinta mil empresas.

La cuota promedio que pagan los empleadores —varía según el riesgo de cada actividad— es del 2,7% de la masa salarial (por ejemplo, en agricultura y construcción supera el 7%, en la industria manufacturera el 3,5%, en el transporte es del 3,3%, en el comercio del 2,6% y en los servicios sociales del 1,22%).

En 2008 se notificaron casi setecientos mil accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (la mayor siniestralidad está en la construcción) que implicaron más de quince millones de jornadas de trabajo perdidas. Hubo cerca de mil muertes en accidentes de trabajo.

En 2007 fallecieron en accidentes laborales 1020 personas; en 2008 la cifra bajó a 952 y 2009 cerró con 808.

Las estadísticas correspondientes al año 2009 emanadas de la SRT indican que en el país mueren dos personas al día en accidentes de trabajo. La cifra, aunque preocupante, es positiva cuando se la compara con la de 2008, que marcaba tres muertes diarias en accidentes laborales. O sea, más allá de las falencias del sistema, los números se muestran positivos y con leve tendencia a la baja, habiendo influido para ello el aumento en el número de controles, que expuso la fragilidad de determinados ambientes laborales (como la construcción, el *delivery* o la metalurgia, que son los ámbitos donde más muertes se producen).

Aproximadamente el 5% de los accidentes y enfermedades dejan como secuela incapacidades mayores al 25% de incapacidad permanente definitiva, según estadísticas de la SRT.

## 2. Objetivos y personas comprendidas

*Los objetivos de la ley 24.557 —enumerados en el art. 1°— son los siguientes*:

— prevención de los riesgos derivados del trabajo;

— reparación de los daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales;

— promover la recalificación y la recolocación de los trabajadores afectados;

— promover la negociación colectiva laboral para la mejora de las medidas de prevención y de las prestaciones reparadoras.

*La LRT* intenta brindar —al decir de Livellara— *una respuesta integral* para los infortunios laborales, incluyendo en forma coordinada sus distintas facetas. Mientras en el sistema anterior había una *desintegración*, porque la prevención (ley 19.587 y dec. 351/1979) y la reparación (leyes 9688 y 24.028) funcionaban por carriles separados y la rehabilitación no se practicaba, la LRT asume como objetivos propios toda esta temática en forma *integral y coordinada*.

De todos modos, cabe consignar que el sistema de prevención dirigido al cumplimiento de los deberes empresarios de higiene y seguridad en el trabajo (art. 75, LCT) —cuyo control se puso a cargo de las ART— al que hace referencia la LRT y sus normas reglamentarias (especialmente el dec. 170/1996 y la res. 700/2000 SRT) —deberes de prevención, higiene y seguridad en el empleo que en muchos casos no se cumplieron— ya estaban reglamentados en la ley 19.587 y en los distintos decretos reglamentarios dictados en las provincias y a nivel nacional.

*Las personas comprendidas obligatoriamente son* (art. 2.1):

— trabajadores en relación de dependencia de la actividad privada;

— funcionarios y empleados de la Administración nacional, de las administraciones provinciales y de las municipalidades;

— personas obligadas a prestar un servicio de carga pública.

La ley establece que el PEN puede incluir otras personas.

En tal sentido, por medio del dec. 491/1997 (BO del 4/6/1997) fueron incorporados: los trabajadores domésticos que prestan servicios en relación de dependencia; los trabajadores autónomos y vinculados por relaciones no laborales; los incluidos en vínculos regulados por el sistema de pasantías, contrato de aprendizaje, prestaciones no laborales desarrolladas en cumplimiento de programas especiales de capacitación o empleo y las realizadas en virtud del cumplimiento de una beca.

El *trabajador* es el sujeto de la prevención y de la curación o resarcimiento como consecuencia de haber sufrido un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

El *empleador* es el sujeto obligado a contratar los servicios de una ART y debe contribuir mensualmente a su financiamiento mediante el pago de las contribuciones, y, por ello, es responsable directo de la prevención.

Las ART son las obligadas a otorgar las prestaciones en dinero y en especie a los trabajadores damnificados.

Las distintas *superintendencias* son entes de control que supervisan tanto a las ART como a las comisiones médicas.

La SRT es un órgano autónomo de control de las empresas autoaseguradas y de las ART: observa el cumplimiento de lo dispuesto en la LRT y se ocupa de administrar los fondos en caso de insolvencia de los empleadores o de una ART.

La *Superintendencia de Seguros de la Nación* (SSN) dicta disposiciones para el control de las ART.

La *Superintendencia de Administración de Fondos de Jubilaciones y Pensiones* se ocupa, entre otras funciones, de la unificación de las determinaciones de incapacidad y de las comisiones médicas.

El *Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social* reglamenta la LRT por medio de resoluciones y decretos.

### 3. ART

Son *entidades de derecho privado* (art. 26) *con fines de lucro*, previamente autorizadas para funcionar por la SRT y la SSN.

*Tienen que* reunir un requisito de solvencia económica: *contar con un capital de $ 3.000.000 que se debe integrar al momento de su constitución y tener capacidad de gestión.*

*Deben tener como único objeto el otorgamiento de las prestaciones de la LRT, tanto en dinero como en especie.* Se trata del órgano de gestión que tiene a su cargo las prestaciones y demás acciones previstas en la LRT.

El órgano de control es la SRT, que es un nuevo organismo, una entidad autárquica en jurisdicción del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

Los *deberes esenciales de las ART* son los siguientes (art. 31):

1) asegurar obligatoriamente a las empresas que requieran sus servicios;

2) otorgar obligatoriamente, bajo apercibimiento de sanción penal, las prestaciones de la ley, aunque el empleador hubiera omitido declarar su obligación de pago o la contratación de un trabajador, sin perjuicio del derecho de repetición: en el primer caso repite lo pagado y, en el segundo, sólo puede cobrar las cotizaciones adeudadas;

3) tomar al trabajador en el estado en que se halla al afiliarse, no pudiendo realizar discriminaciones ni exámenes de ingreso: es un riesgo inicial que debe asumir obligatoriamente;

4) llevar un registro de siniestralidad por establecimiento.

Es obligación de los empleadores denunciar el hecho (siniestro), porque a partir de allí empieza la obligación de la ART.

Las faltas cometidas por las ART son sancionadas con una multa que oscilaba entre veinte y dos mil Mopre (la ley 26.417 sustituyó todas las referencias al módulo previsional [Mopre] en la normativa vigente y las reemplazó por el concepto de haber mínimo garantizado).

### *3.1. Obligación legal de la ART de visitar a los asegurados*

Sin perjuicio del rol que le cabe a las aseguradoras dentro del sistema, y su eventual responsabilidad por daños a la luz de la normativa civil, lo cierto es que no existe resorte legal que obligue a las ART a visitar a cada una de las empresas aseguradas con una periodicidad determinada.

Por ello, el mayor o menor índice de "visitas" o inspecciones depende fundamentalmente de dos factores: 1) de la siniestralidad de la empresa (un índice de incidencia [1] alto impacta negativamente en los números de la aseguradora, por lo que las visitas se intensificarán en esos casos); y 2) cuestiones de tipo comercial (hacer actos de presencia con determinado tipo de clientes —por lo general de prestigio—, o en los que ocupan muchos trabajadores, para dar la sensación de panóptico).

## 4. SRT

Las *principales funciones de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) son* (art. 36):

— supervisar y fiscalizar el funcionamiento de las ART;

— imponer las sanciones previstas en la LRT;

— efectuar el control de las normas de higiene y seguridad en el trabajo, pudiendo dictar disposiciones complementarias que la ley o decretos reglamentarios le hayan otorgado;

— imponer las sanciones que prevé la LRT;

— requerir la información necesaria para el cumplimiento de sus competencias, y efectuar allanamientos mediante orden judicial y el auxilio de la fuerza pública;

— administrar el Fondo de Garantía creado por la LRT;

— llevar el Registro Nacional de Incapacidades Laborales, en el cual se registran los datos de los siniestros ocurridos y se elaboran los índices de siniestralidad;

— supervisar y fiscalizar a las empresas autoaseguradas por el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad en el trabajo.

— y el cumplimiento del Registro de Prestadores Médicos (dec. 1694/2009).

## 5. Financiamiento

El sistema *se financia* esencialmente *con las contribuciones que las empresas deben pagar mensualmente a la ART.* Consiste en una cuota mensual a cargo del empleador sobre un porcentaje determinado de su nómina salarial imponible, para cuya fijación se tiene en consideración el nivel de ingreso de la empresa, la calificación de su actividad y la siniestralidad pasada y futura.

[1] Índice de incidencia = trabajadores accidentados/número total de trabajadores x 1000.

En enero de 2008 se elevó el tope sobre el que se calcula el porcentaje de las contribuciones patronales de $ 4800 a $ 6750.

El art. 20, dec. 1278/2000 (BO del 3/1/2001), dispone —en razón de las mejoras prestacionales introducidas al régimen de la LRT— que las ART deben requerir a la SRT la aprobación de un nuevo régimen de alícuotas.

El dec. 1694/2009 instruye a la SSN y a la SRT para que las PyMEs no tengan un tratamiento diferenciado en la fijación de alícuotas.

Las empresas deben pagar las contribuciones juntamente con los aportes que integran el CUSS (contribución única de la seguridad social). Esto no es aplicable a las empresas que se autoaseguren.

Es decir que se trata de una nueva contribución patronal mensual, y los aportes al sistema de accidentes de trabajo se consideran en similar nivel que los aportes a las obras sociales y los previsionales. Corresponde a la ART verificar que se efectúe el pago y, de no cumplirse, demandar judicialmente a la empresa.

Existen también *dos fondos especiales*: el Fondo de Garantía y el Fondo de Reserva, que son administrados por la SRT.

*El Fondo de Garantía tiene por objeto ocuparse de las prestaciones del empleador que está en estado de insolvencia declarada judicialmente*; se financia con un aporte mensual de los empleadores.

*El Fondo de Reserva tiene por objeto cubrir las prestaciones de las ART que estén en estado de liquidación*; se financia con una cuota mensual que deben abonar las ART cuyo monto es fijado por el Poder Ejecutivo mensualmente.

## 6. Comisiones médicas

Las comisiones médicas tienen distintas *funciones (arts. 21 y 22); entre ellas, son las encargadas de dictaminar*:

1) el grado de incapacidad del trabajador;

2) el carácter de la incapacidad, es decir, la calificación médico-legal que determina si efectivamente se trata de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional amparados por la ley 24.557;

3) la naturaleza laboral del accidente o profesional de la enfermedad y el contenido y alcance de las prestaciones en especie.

Parte de la doctrina —y luego la jurisprudencia de la Corte Suprema— ha criticado el alcance de las facultades conferidas por el art. 21 a las comisiones médicas, por entender que estas tareas, especialmente el análisis de presupuestos fácticos y jurídicos para determinar si se trata de un accidente de trabajo o expedirse sobre la existencia de dolo del empleador, resultan de exclusiva competencia judicial.

Si el trabajador no estuviere de acuerdo con el alta otorgado por la ART o con el grado de incapacidad fijado por aquélla, podrá apelar dicha resolución en el plazo de diez días por ante la comisión médica interviniente en la zona del accidente, debiendo realizar denuncia ante ésta o comunicar ello a la ART mediante carta documento dentro del plazo referido.

La comisión médica someterá a evaluación médica al trabajador, a quien se recomienda concurrir a la audiencia que se fije al efecto, con estudios actualizados que justifiquen su reclamo.

*Las resoluciones de las comisiones médicas locales son recurribles* —por medio del recurso de apelación— *ante la comisión médica central o ante el juez federal con competencia en cada provincia.*

En caso de no estar de acuerdo el trabajador con el dictamen de la Comisión Médica local, tendrá diez días para apelar dicha resolución, ya sea por ante la justicia laboral del lugar o por ante la Comisión Médica central, debiendo notificar ello en forma fehaciente a la Comisión Médica local en dicho plazo a efectos que efectúe la remisión del expediente al órgano que deba resolver la apelación.

"La expresión de agravios" se debe formular ante la Comisión Médica central o ante el juez federal, a opción del trabajador. El término "expresión de agravios" presupone la necesidad de una dialéctica jurídica y la intervención de un abogado.

Contra la decisión de la Comisión Médica central, en caso de haber elegido ésta el trabajador para que resuelva su reclamo, se podrá efectuar una apelación por ante la justicia federal. El plazo para ello es de diez días y debe notificarse mediante carta documento a la Comisión Médica central a efectos que envíe las actuaciones al órgano judicial nacional.

*Las resoluciones que dicte el juez federal con competencia en cada provincia y las que dicte la Comisión Médica central son recurribles ante la Cámara Federal de la Seguridad Social.*

Las medidas de prueba producidas en cualquier instancia se tramitan en la jurisdicción y competencia donde tenga su domicilio el trabajador, para quien son gratuitas.

Para el ejercicio de la acción del art. 1072, CCiv., en la ciudad de Buenos Aires es competente la justicia nacional en lo Civil.

El art. 2°, dec. 1278/2000 (BO del 3/1/2001), modificó el ap. 2°, art. 6°, LRT, al consignar que cuando se invoca la existencia de una enfermedad profesional y la ART considera que no está prevista en el listado de enfermedades profesionales, debe sustanciarse el procedimiento ante la Comisión Médica jurisdiccional. Ésta debe resolver si la enfermedad encuadra en los presupuestos definidos en el inc. b), ap. 2° (enfermedades provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos a él). En caso de que la decisión sea favorable a las pretensiones del trabajador o de sus derechohabientes, se debe requerir la inmediata intervención de la Comisión Médica Central, para que, dentro del plazo de treinta días, convalide o rectifique dicha opinión.

Aunque no fue previsto ante qué órgano jurisdiccional no administrativo debe ser recurrida esta resolución, se debe entender que es ante la Cámara Federal de la Seguridad Social (art. 46, ap. 1°, LRT).

Si la Comisión Médica jurisdiccional opina que la enfermedad no encuadra en los presupuestos definidos en el art. 6°, ap. 2.b), el trabajador no cuenta con la opción que le concede el art. 46.

Esto es así, ya que el art. 6°, ap. 2.b), es categórico al disponer que serán consideradas enfermedades profesionales aquellas que, si bien no incluidas en el listado, la Comisión Médica central, en cada caso concreto, determine como provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo. Es decir que la Comisión Médica central es la única capaz de establecer qué enfermedades no incluidas en el listado deben ser consideradas profesionales para ese supuesto en particular.

Cabe dejar sentado que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 7/9/2004, en autos "Castillo, Ángel S. v. Cerámica Alberdi SA" (C.2605.XXXVIII) —que analizaré más adelante— declaró la inconstitucionalidad del art. 46, inc. 1°, LRT, en cuanto dispone la competencia federal y determinó que la justicia provincial debe entender en las apelaciones presentadas contra dictámenes de las comisiones médicas.

## Ley de Riesgos del Trabajo —24.557—

**OBJETIVOS**

- **Prevenir** — Riesgos derivados del trabajo.
- **Reparar** — Daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
- **Promover**
  - La recolocación y recalificación de los trabajadores afectados.
  - La negociación colectiva laboral para mejorar las medidas de prevención y prestaciones reparadoras.

**PERSONAS INCLUIDAS**

- Trabajadores en relación de dependencia de la actividad privada.
- Funcionarios y empleados de la Administración nacional, provincial y municipalidades.
- Personas obligadas a prestar un servicio de carga pública.

↓

**POR DECRETO 491/1997**

- Domésticos
- Autónomos
- Relaciones no laborales
  - Pasantías
  - Aprendizaje
  - Becas

**ÓRGANOS**

- **De carácter privado**
  - A.R.T.
  - Compañía de seguros de retiro
- **De carácter público**
  - Superintendencia de Riesgos del Trabajo
  - Superintendencia de Seguros de la Nación
  - Comité Consultivo Permanente
  - Comisiones médicas

**CONTINGENCIAS**

- **Excluidas**
  - Enfermedades profesionales no incluidas en el listado del PEN, salvo las incluidas por la Comisión Médica Central.
  - Accidentes y enfermedades profesionales con dolo del trabajador o fuerza mayor extraña al trabajo.
  - Enfermedades-accidentes.
  - Incapacidades preexistentes a la iniciación de la relación laboral.
- **Cubiertas**
  - Incapacidades provenientes de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de listado e incluidas por la Comisión Médica Central.
  - Accidentes *in itinere*.

## 7. Contingencias cubiertas

Según lo previsto en su art. 6°, la LRT cubre las incapacidades provenientes de accidentes de trabajo, accidentes *in itinere* y enfermedades profesionales.

### *7.1. Accidentes del trabajo*

La LRT entiende por accidente laboral todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo.

El art. 11, dec. 1278/2000 (BO del 3/1/2001), incorpora como ap. 5°, art. 21, LRT, la forma de proceder en aquellos casos en que se deba determinar la naturaleza laboral del accidente.

Establece que si al iniciarse el trámite queda planteada la divergencia respecto de si se trata o no de un accidente de trabajo, la comisión actuante —garantizando el debido proceso— debe requerir un dictamen jurídico previo para expedirse sobre dicha cuestión.

El art. 6°, dec. 410/2001 (BO del 17/4/2001), reglamenta el ap. 5°, art. 21, LRT, al prever que es la SRT la que determinará el órgano encargado de elaborar el dictamen jurídico previo, que debe ser emitido en el plazo de quince días, a contar desde que la autoridad dictaminante reciba el expediente remitido por la comisión médica jurisdiccional actuante, inmediatamente después de celebrada la audiencia prevista en el art. 13, dec. 717/1996.

### *7.2. Accidente* in itinere

Es el ocurrido en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo, o viceversa, siempre que el damnificado no hubiere interrumpido o alterado dicho trayecto por causas ajenas al trabajo.

El art. 6°, ap. 1°, agrega que el trabajador podrá declarar por escrito ante el empleador, y éste dentro de las setenta y dos horas ante el asegurador, que el recorrido —de su casa al trabajo o viceversa— se modifica por tres motivos:

— razones de estudio: cuando el empleado sale de trabajar para dirigirse a la universidad o a otra casa de estudios;

— concurrencia a otro empleo —pluriempleo—: el trabajador sale de su empleo y se dirige a otro;

— atención de familiar directo enfermo y no conviviente: ello no implica que no deba residir en el mismo domicilio del trabajador en circunstancias normales (por ejemplo, un trabajador que al salir del trabajo se dirige al nosocomio donde se encuentra internado su cónyuge tiene cobertura si sufre un accidente en el trayecto); debe presentar el certificado a solicitud del empleador dentro de los tres días hábiles de requerido.

En el caso del pluriempleo, la ART que debe hacerse cargo de otorgar las prestaciones dinerarias y en especie en caso de accidente *in itinere* es aquella que tenga contratada la empresa hacia la cual se dirigía el trabajador al momento del siniestro, sin perjuicio de las compensaciones que entre las ART corresponda reclamar para compartir el costo del caso (dec. 491/1997, art. 4°).

La redacción de la norma resulta ambigua, por cuanto no surge con claridad si la cobertura incluye también el trayecto comprendido entre los dos lugares de excepción (domicilio del familiar enfermo, casa de estudios) y el domicilio del trabajador.

Es decir, si se encuentra amparado el recorrido que realiza el trabajador entre su domicilio particular y el domicilio del familiar enfermo o la casa de estudios, y entre la casa de estudios o el domicilio del familiar enfermo y el domicilio del trabajador.

Teniendo en consideración los criterios interpretativos que rigen nuestra disciplina, existe consenso en cuanto a que el amparo debe contemplar, en todos los casos, el trayecto completo [2].

*7.3. Enfermedades profesionales*

Son las que se originan en el ambiente de trabajo y —en principio— están incluidas en el listado elaborado por el Poder Ejecutivo.

La LRT no modificó el concepto de "accidente de trabajo" y "accidente *in itinere*" respecto de la legislación anterior. En cambio, respecto de las enfermedades profesionales se produce un cambio significativo, ya que —en principio— sólo están cubiertas aquellas contempladas en el listado.

Hasta la sanción del dec. 1278/2000 (BO del 3/1/2001), las que no estaban incluidas no eran resarcibles por la LRT, lo que dio origen a la llamada "teoría de los daños extrasistémicos", receptada luego por la Corte en el fallo "Moreno". El decreto reformó parcialmente este aspecto. En sus considerandos indica que resulta prudente y razonable no limitar al cumplimiento de un plazo periódico determinado el ejercicio de la facultad que otorga la LRT al PEN de revisar "anualmente" el listado de enfermedades profesionales —previa intervención del Comité Consultivo permanente— con vistas a su eventual modificación.

Esta reforma facilita en alguna medida la inclusión de nuevas enfermedades al listado y garantiza que las posibles modificaciones en éste hallen, en cada caso, respaldo en la opinión técnica de la Comisión Médica central (creada por la ley 24.241), en su condición de máximo órgano jurisdiccional administrativo en dicha materia.

Consecuentemente, el art. 2°, dec. 1278/2000, sustituye el ap. 2°, art. 6°, ley 24.557, y su modificatoria, al determinar que se consideran enfermedades profesionales aquellas que se encuentran incluidas en el listado que elabora y revisa el Poder Ejecutivo, conforme al procedimiento del art. 40, ap. 3°, LRT. El listado debe identificar agente de riesgo, cuadros clínicos, exposición y actividades en capacidad de determinar la enfermedad profesional.

*Las enfermedades no incluidas en el listado, como sus consecuencias, no son consideradas resarcibles, con la única excepción de lo dispuesto en los aps. 2.b) y 2.c).*

Esta norma establece que *serán igualmente consideradas enfermedades profesionales aquellas otras que, en cada caso concreto, la Comisión Médica central determine como provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo.*

*A los efectos de la determinación de la existencia de estas contingencias, fija que deben cumplirse distintas condiciones.*

1) El trabajador o sus derechohabientes deben iniciar el trámite mediante una petición fundada, presentada ante la Comisión Médica jurisdiccional, orientada a demostrar la concurrencia de los agentes de riesgo, exposición, cuadros clínicos y actividades con eficiencia causal directa respecto de su dolencia.

[2] DE DIEGO, Julián, *Manual de riesgos del trabajo*, LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 129.

El art. 2°, aps. 2° y 3°, dec. 410/2001 (BO del 17/4/2001), dispuso que la petición fundada presentada a los efectos de determinar la existencia de una enfermedad profesional debe estar suscripta por un médico especialista en Medicina del Trabajo o Medicina Legal, y contener todos los elementos probatorios que permitan establecer que la patología denunciada es el resultado directo e inmediato de la exposición a los agentes de riesgo presentes en el trabajo respectivo.

Recibida la solicitud de intervención, la Comisión Médica jurisdiccional fija una audiencia dentro de los diez días siguientes, notificando fehacientemente al trabajador o sus derechohabientes, a la ART y al empleador, con tres días de antelación, el lugar, día y hora para su realización.

La resolución de la Comisión Médica debe ser notificada a las partes y al empleador dentro del plazo de cinco días de emitida (art. 2°, ap. 4°, dec. 410/2001).

2) Cuando se invoque la existencia de una enfermedad profesional y la ART considere que no está prevista en el listado de enfermedades profesionales, se debe sustanciar el procedimiento referido anteriormente.

Si la Comisión Médica jurisdiccional determina que la enfermedad encuadra en los presupuestos definidos en el ap. 2.b), art. 6°, LRT, debe comunicarlo a la ART, la cual, desde esa oportunidad y hasta tanto se resuelva en definitiva la situación del trabajador, está obligada a brindar todas las prestaciones contempladas en la ley. Dentro del plazo de setenta y dos horas de emitida la resolución (art. 2°, ap. 6°, dec. 410/2001), la Comisión Médica jurisdiccional debe requerir la intervención de la Comisión Médica central a fin de que ésta convalide o rectifique la resolución.

Si el pronunciamiento de la Comisión Médica central no convalida la opinión de la Comisión Médica jurisdiccional, la ART cesa en el otorgamiento de las prestaciones a su cargo.

Si la Comisión Médica central convalida el pronunciamiento, debe establecer simultáneamente el porcentaje de incapacidad del trabajador damnificado, a los efectos del pago de las prestaciones dinerarias que correspondan, siempre que considere que dicha incapacidad es de tipo permanente, en los términos del ap. 1°, art. 8°, LRT, o haya transcurrido un año desde la primera manifestación invalidante.

En caso de que la Comisión Médica central entienda que se trata de una incapacidad de tipo temporario, queda habilitado en el futuro el procedimiento regulado en los caps. II, III y IV del dec. 717/1996 (art. 2°, ap. 7°, dec. 410/2001).

La decisión tiene un alcance circunscripto al caso individual resuelto, y no importa la modificación del listado de enfermedades profesionales vigente.

La Comisión Médica central debe expedirse dentro de los treinta días de recibido el requerimiento de la Comisión Médica jurisdiccional. Una vez que se haya pronunciado la Comisión Médica central quedan expeditas las posibles acciones de repetición en favor de quienes hayan afrontado prestaciones de cualquier naturaleza, contra quienes resulten en definitiva responsables de haberlas asumido.

En caso de que la Comisión Médica jurisdiccional deniegue la petición fundada, el trabajador o sus derechohabientes puede interponer recurso de apelación por escrito, exclusivamente ante la Comisión Médica central, dentro del plazo de diez días siguientes al de la notificación respectiva. La Comisión Médica jurisdiccional debe elevar las actuaciones a la Comisión Médica central dentro de las setenta y dos horas, contadas desde el vencimiento del plazo para apelar.

El art. 6°, dec. 410/2001, reglamenta el ap. 5°, art. 21, LRT, al prever que es la SRT la que debe determinar el órgano encargado de emitir el dictamen jurídico previo, que debe ser elaborado en el plazo de quince días a contar desde el momento en que la autoridad dictaminante reciba el expediente remitido por la Comisión Médica jurisdiccional actuante, inmediatamente después de celebrada la audiencia prevista en el art. 13, dec. 717/1996.

Para hacer frente a las prestaciones que se derivan del dec. 1278/2000, se modifica la aplicación del Fondo para Fines Específicos creado por el dec. 590/1997, a los efectos de posibilitar que con sus recursos puedan ser pagados los costos de las prestaciones otorgadas por enfermedades no incluidas en el listado previsto en el art. 6°, ap. 2°, LRT, aunque reconocidas como de naturaleza profesional.

## 8. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso "Castillo" (7/9/2004)

En concordancia con los fundamentos vertidos por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en "Quiroga", con fecha 7/9/2004, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por unanimidad, declaró la inconstitucionalidad del art. 46, inc. 1°, LRT, en autos "Castillo, Ángel S. v. Cerámica Alberdi SA" (C.2605.XXXVIII), en cuanto dispone la competencia federal, determinando que la justicia provincial debe entender en las apelaciones presentadas contra dictámenes de las comisiones médicas.

En el caso, se confirmó un pronunciamiento de la sala 1ª de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, que mantuvo la resolución de primera instancia en cuanto había declarado la inconstitucionalidad del art. 46, inc. 1°, ley 24.557. Rechazó un recurso de queja de La Segunda ART SA, donde planteaba la arbitrariedad del resolutorio, al habérsele denegado el acceso a la jurisdicción federal, por haber interpuesto el trabajador su demanda indemnizatoria ante el Poder Judicial mendocino reclamando las prestaciones dinerarias establecidas en la LRT sin pasar por las comisiones médicas creadas por el sistema.

En la demanda se reclamaba la reparación de las consecuencias derivadas de un accidente laboral, por la suma de $ 20.787,20, planteándose la inconstitucionalidad de la ley 24.577 y de los decs. 170/1996 y 658/1996 por no incluir en las enfermedades accidentes, y por prever en su art. 46 que las resoluciones de las comisiones médicas provinciales son recurribles y que se sustancian ante el juez federal con competencia en cada provincia.

Corrido el traslado de demanda, la accionada solicitó la citación en garantía de La Segunda ART SA, quien interpuso el planteo de incompetencia respecto del tribunal de trabajo provincial, defendiendo la constitucionalidad del texto de los arts. 21 y 46, LRT.

Se hizo lugar al planteo formulado por el trabajador, declarándose la inconstitucionalidad del art. 46, ley 24.577, fundándose en que la LRT instauró un fuero personal conculcatorio del art. 16, CN, ya que las atribuciones jurisdiccionales de las comisiones médicas son violatorias de la garantía del debido proceso y chocan con las disposiciones del art. 18, CN, que aseguran un acceso irrestricto a la justicia.

Sobre la naturaleza jurídica y las funciones de las comisiones médicas —cuyas decisiones son recurribles ante los juzgados federales—, la Corte mendocina decidió que desempeñan una típica actividad jurisdiccional, y el art. 46, en este sentido, no asegura un legítimo acceso a la justicia, al encontrarse vulneradas las disposiciones contenidas en los arts. 18 y 75, inc. 12, CN, cuando se sustraen del ámbito de los tribunales provinciales el conocimiento y decisión de la materia laboral.

La citada en garantía dedujo contra esa decisión recurso de inconstitucionalidad, que fue rechazado por la sala 2ª de la Corte de Mendoza por falta de definitividad. En este sentido, se debe tener presente que el art. 151, CPC Mendoza, exige para su procedencia que se trate de resoluciones que pongan término la cuestión en forma irreversible en las instancias ordinarias, y sean —por ende— definitivas en cuanto al derecho que se dice violado.

La citada interpuso recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que hizo lugar a la queja, ordenando a la Corte provincial que se pronunciara sobre el tema de la competencia, pasando la causa a la sala 1ª de dicho tribunal, que rechazó el recurso de inconstitucionalidad planteado y confirmó la resolución de la Cámara que había declarado la inconstitucionalidad del art. 46, ley 24.557 (14/3/2002).

El pronunciamiento fue recurrido por la aseguradora por la vía del recurso extraordinario y resultó denegado, interponiéndose entonces la queja que da origen al pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El procurador general, en el dictamen previo, propició que se hiciese lugar a la queja, se declarara procedente la apelación y se revocase la sentencia. Ello en el entendimiento de no haber cuestionado los arts. 21 y 22, LRT, sino el art. 46.1, y haberse preterido sin suministrar razones constitucionales para ello, la instancia ante las comisiones médicas. Afirmó que tornaba "inoficioso el dictado de un pronunciamiento en orden a la validez constitucional del art. 46.1, LRT, desde que dicho dispositivo se encuentra condicionado en su aplicación a la ocurrencia previa del interesado a sede administrativa, no satisfecha, lo digo una vez más, ni justificada siquiera mínimamente, como es menester, en la presente causa".

Cabe recordar que las comisiones médicas son organismos administrativos de carácter nacional o federal, dependientes del gobierno nacional. En orden a ello aparecería como lógico que sus resoluciones, como actos administrativos, deban naturalmente cuestionarse ante la justicia federal, como lo establece el art. 46 en su apart. 1°. Desde esta perspectiva, la inconstitucionalidad estaría en el art. 21, LRT, ya que es esa norma la que sustrae la materia a la justicia ordinaria.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, de todos modos, considera oficioso pronunciarse sobre la constitucionalidad del art. 46.1 con fundamentos acertados: si bien el trabajador planteó su demanda sin haber previamente ocurrido ante dichos órganos, ello encuentra explicación en la propia sentencia del *a quo*, cuando sostiene que actuó así "para evitar que se considerara —mal o bien— que se había sometido voluntariamente a un régimen legal que lo lleva luego automáticamente por el camino de la justicia federal".

El pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación declara la inconstitucionalidad de la norma en cuestión, al establecer que la federalización de las cuestiones referidas a la ley 24.557 vulnera las autonomías provinciales, a la luz de lo normado en el art. 75, inc. 12, CN, por trasuntar conflictos eminentemente *inter privatos*, y no resultar por su naturaleza en razón de la materia ni de las personas, cuestión o agravio federal alguno. En este sentido, cita numerosos precedentes, como "Oberti" (Fallos 248:781), "Giménez" (Fallos 300:1159), y el clásico del derecho administrativo "Fernández Arias v. Poggio" (Fallos 247:646), donde la Corte había fijado el argumento de que la competencia federal resulta excepcional y debe justificarse en cada caso, y que la validez constitucional de los tribunales administrativos, para cumplir con el requisito del control judicial suficiente, deben posibilitar: a) reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios, y b) la negación a los tribunales administrativos de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y el derecho

controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial.

Al decir de la Corte en "Castillo", el art. 46, inc. 1°, LRT, "ha producido dos consecuencias incompatibles con la Constitución Nacional: impedir que la justicia provincial cumpla la misión que le es propia, y desnaturalizar la del juez federal al convertirlo en magistrado 'de fuero común' (Fallos 113:263, 269)".

La declaración de inconstitucionalidad del art. 46 implica también —y aunque la Corte no lo expresa manifiestamente— la pérdida de vigencia de sus normas reglamentarias, tal como es el dec. 717/1996, que regula y reglamenta el funcionamiento de las comisiones médicas, cuando ellas actúen como órganos administrativos en las provincias.

Se debe recordar que el art. 23 de dicha reglamentación establece que únicamente son recurribles las resoluciones de las comisiones médicas que declaren el carácter definitivo de la incapacidad, que en virtud del art. 9°, LRT, puede demorarse hasta cinco años en ser declarada. Asimismo, reglamenta el trámite de apelación de sus resoluciones, que es ante el juzgado federal o ante la Comisión Médica central, a opción del apelante (art. 27), salvo que se trate de una incapacidad laboral total permanente, en cuyo caso el trámite se sustancia indefectiblemente ante la Comisión Médica central, donde se producen las medidas de prueba denegadas en la instancia administrativa anterior, siempre que la Comisión Médica central lo considerase necesario y pertinente.

En la práctica, la doctrina de la Corte implica que las controversias individuales que tengan lugar entre trabajadores, empleadores y ART, fundadas en las disposiciones de la LRT, deben ventilarse por ante los tribunales laborales locales y regirse por los medios de prueba contemplados en la ley procesal local, sin necesidad de transitar por los organismos jurisdiccionales que determina la ley 24.557.

Poco después la Corte confirma esta postura al resolver que "La Ley de Riesgos del Trabajo no contiene disposición expresa alguna que declare federal el régimen de reparaciones y regula sustancialmente sólo relaciones entre particulares —las aseguradoras de riesgos del trabajo son 'entidades de derecho privado'—, por lo que de sus preceptos no aparece manifiesta la existencia de una específica finalidad federal" (Corte Sup., 10/5/2005, "Paccetti, Daniel Fernando v. Duvi SA", del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema [mayoría: Petracchi, Belluscio, Boggiano, Maqueda, Highton de Nolasco. Abstención: Fayt, Zaffaroni, Lorenzetti, Argibay]).

### 9. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Casos "Saldaño" (9/8/2005), "Venialgo" (13/3/2007) y "Marchetti" (4/12/2007)

Se trata de tres casos en los que la Corte Suprema al resolver conflictos negativos de competencia, fijó la competencia de la justicia laboral para entender en casos en los que los trabajadores habían transitado —total o parcialmente— el paso por ante las comisiones médicas. Esto fue luego reafirmado por la Suprema Corte de Provincia de Buenos Aires en el caso "Retamar, Silvio Ramón v. Provincia de Buenos Aires", del 12/3/2008, donde el tribunal afirmó que los arts. 21, 22 y 46, ley 24.557, son inconstitucionales por agraviar las autonomías provinciales al desvirtuar el sistema federal (vulneración de las facultades no delegadas).

Con estos casos, la Corte Suprema extiende —básicamente— los efectos del caso "Castillo".

En *"Saldaño"*, la Corte, adhiriendo al dictamen de la Procuración, declaró la competencia de la justicia laboral en desmedro de la federal.

En *"Venialgo"*, el trabajador había reclamado sistémicamente en razón de un accidente de trabajo y la comisión médica había negado la cobertura, ante lo cual se había apartado de la vía administrativa.

En *"Marchetti"*, luego de formular reclamo ante la Comisión Médica local y haber obtenido el rechazo, el trabajador se presentó ante la justicia del trabajo para reclamar las prestaciones dinerarias de la ley (previo pedido de inconstitucionalidad de los arts. 21 y 46).

## 10. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso "Galván" (30/10/2007)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 30/10/2007 en autos "Galván, Renée v. Electroquímica Argentina SA y otro", estableció que era arbitraria la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que había exonerado de responsabilidad a la ART por haber sostenido que se le habían entregado al trabajador elementos de seguridad, cuando del expediente surgía que no existía constancia alguna de ello.

La posición mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que para desestimar el planteo que, con fundamento en el art. 1074, CCiv., atribuía responsabilidad a la ART por la omisión de cumplir con los deberes legales que pesaban sobre ella en materia de prevención eficaz de los riesgos laborales, el *a quo* sostuvo: a) la demanda no indicaba "concretamente cuál habría sido la omisión de la ART que ocasionó el infortunio", de modo que su rebeldía en la prueba confesional resultaba indiferente "porque no existe... ningún hecho que pueda tenerse por cierto en relación a la conducta de la misma", y b) las pruebas daban cuenta de que la aseguradora elaboró un plan para mejorar la seguridad en la empresa empleadora, controló su ejecución; y denunció ante la autoridad de aplicación que no fue cumplido.

Sin embargo, el primer aserto se aparta palmariamente de las constancias de la causa. En el escrito inicial se argumentó que pese a que el art. 4°, ley 24.557 de Riesgos del Trabajo, le imponía a la ART el deber específico de controlar que la empleadora observara las disposiciones legales y reglamentarias en materia de seguridad e higiene, lo cierto era que aquélla nada había hecho frente al claro incumplimiento de dichas disposiciones en que incurría la empleadora al no suministrar elementos de protección (guantes y calzado) que permitieran realizar la tarea de limpieza sin que la piel entrara en contacto con las mencionadas sustancias; incumplimiento que, a la postre, motivó la lesión sufrida por el demandante.

Asimismo, tampoco da sustento a lo resuelto la otra consideración enunciada. La simple compulsa de los elementos de prueba a los que la Cámara aludió evidencia que el "plan de mejoras" elaborado por la ART con anterioridad al accidente no contenía referencia alguna a la manipulación de sustancias peligrosas o al suministro de elementos adecuados de protección personal; en tanto que el restante plan de mejoramiento acompañado y la denuncia ante la autoridad de aplicación son posteriores al infortunio.

El Dr. Lorenzetti votó en disidencia.

## 11. Contingencias excluidas

Las contingencias excluidas de la LRT son las siguientes (art. 6°):

1) las *enfermedades profesionales no incluidas en el listado*, salvo que las incluya la Comisión Médica central (dec. 1278/2000);

2) las llamadas "enfermedades-accidentes"; esta exclusión bajó notablemente los costos. Se denominaban así aquellas enfermedades que tenían un lento proceso de evolución y exteriorización, que producían incapacidades derivadas de factores de tipo personal del trabajador y de otros producidos por el trabajo (los movimientos realizados, el clima, el ambiente de trabajo, etc.); fueron incorporadas por la jurisprudencia a las legislaciones anteriores;

3) *los accidentes y enfermedades profesionales causados por dolo del trabajador o fuerza mayor extraña al trabajo*;

4) *las incapacidades del trabajador preexistentes a la iniciación de la relación laboral* acreditadas en el examen preocupacional efectuado según las pautas establecidas por la autoridad de aplicación.

## 12. Prestaciones médicas

El sistema de riesgos de trabajo está estructurado, en este aspecto, de modo similar al sistema de salud, contratando las aseguradoras y los autoasegurados a sus prestadores *por capitación o por prestación*. A ello se suma la posibilidad de contar con *centros propios*.

En el primero (*capitación*), el prestador médico cobra una determinada suma de dinero por paciente (en este caso, un trabajador). En este sistema, el centro de salud cobra más, cuantas más veces vaya el paciente a atenderse hasta su recuperación (por ejemplo, si el trabajador requiere ser atendido cinco veces, el nosocomio contratado factura a la aseguradora igual cantidad de veces). Es el más utilizado, por ser —en la práctica— el más económico.

En la segunda posibilidad (*prestación*), a diferencia de la primera, el pago es por paciente (un acto médico = un paciente), independientemente del número de veces que deba ser atendido ese trabajador hasta su curación. En otras palabras: cada enfermedad o accidente genera un solo pago, independientemente de la cantidad de veces que sea necesario atender al trabajador hasta su curación. Aquí, la clave de la rentabilidad está dada por la rapidez en alcanzar la curación del paciente o dar el alta médica (no siempre son conceptos coincidentes, al menos en la lógica de las prestadoras de salud).

Finalmente, los *centros propios* son una opción sólo para aquellas aseguradoras o empleadores autoasegurados que cuentan con una cantidad y concentración considerable de trabajadores, que presenta la doble ventaja de ser económicamente más conveniente que la contratación de un tercero, y permite controlar mejor el tratamiento y evolución de los trabajadores accidentados.

Por lo general, las ART que optan por contar con centros propios recurren a un *mix* (parte de los prestadores son propios y el resto, contratados), lo que responde principalmente a cuestiones de tipo económico, pero también de imagen, dado que se trata de variables que suelen ser tenidas en cuenta por determinado tipo de empleadores a la hora de seleccionar una aseguradora. Se trata de aquellas empresas que —sin olvidar las facultades y funciones de las ART— ven más allá de la simple obligación legal y del poder de policía con el que cuentan, e intentan aprovechar al máximo los beneficios que pueden obtenerse del seguro (exigir que los prestadores médicos sean determinados centros de salud que se consideran de mayor confianza, la presencia periódica de profesionales de la ART en el ámbito de la empresa para llevar adelante tareas de prevención conjuntas, *know-how*, etcétera).

En cualquier caso, deben estar inscriptos en el Registro de Prestadores Médicos (dec. 1694/2009).

*12.1. Exámenes médicos*

Más allá de los exámenes que deben llevarse a cabo para el diagnóstico, tratamiento y curación de una enfermedad o accidente laboral, existen otros exámenes médicos obligatorios a los trabajadores. Algunos de ellos se encuentran a cargo del empleador y otros de la ART.

De acuerdo con lo dispuesto por la res. 37/2010 de la SRT (BO del 20/1/2010) —que reemplazó la res. 43/1997 y derogó las res. 28/1998 y 54/1998—, los exámenes de salud que deben ser realizados a los trabajadores son los siguientes: 1) preocupacional o de ingreso; 2) periódicos; 3) previos a una transferencia de actividad; 4) posteriores a una ausencia prolongada; 5) previos a la terminación de la relación laboral o de egreso.

En cuanto a los *exámenes preocupacionales*, cabe resaltar que son obligatorios y de responsabilidad del empleador, sin perjuicio de la posibilidad de que se convenga con la ART su realización.

Su función es la de determinar la aptitud psicofísica del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo, aunque sin perder de vista que no deben ser utilizados como herramienta de discriminación en la selección de personal.

Además, son de suma utilidad para deslindar eventuales responsabilidades futuras, ya que permiten detectar patologías preexistentes al inicio de la relación laboral, para aquellos trabajos en los que eventualmente estuvieren presentes agentes de riesgo (dec. 658/1996). De darse este supuesto (que surjan enfermedades preexistentes), los exámenes preocupacionales deben ser visados o, en su caso, fiscalizados en organismos o entidades públicas, nacionales, provinciales o municipales que hayan sido autorizados a tales efectos por la SRT.

Por su parte, los *exámenes periódicos* tienen por función la detección temprana de las afecciones producidas por el trabajo o los agentes de riesgo a los cuales el trabajador pueda encontrarse expuesto con motivo de sus tareas, con la finalidad de evitar o acotar las consecuencias del desarrollo de enfermedades profesionales.

Son obligatorios en aquellas tareas en las que exista exposición a agentes de riesgo (estas circunstancias, la frecuencia y los contenidos de éstos surge de los anexos I y II de la normativa antes citada). Están a cargo de las ART cuando existe exposición a agentes de riesgo, y en cabeza del empleador cuando tal exposición no se verifique.

Emparentados con los exámenes de ingreso y egreso, se encuentran los *exámenes previos a la transferencia de actividad*, ya que sus objetivos son similares. Se trata de exámenes que deben llevarse a cabo antes de un cambio efectivo de tareas. Son obligatorios cuando los cambios impliquen el comienzo de una eventual exposición a uno o más agentes de riesgo, no relacionados con las tareas que anteriormente efectuaba el trabajador. En este caso, corresponde al empleador la responsabilidad de su realización.

La normativa también dispone, con carácter optativo para la ART, la posibilidad de efectuar *exámenes posteriores a una ausencia prolongada*, con el objetivo de detectar eventuales patologías sobrevenidas durante la ausencia del trabajador (por ejemplo, una licencia por embarazo o la excedencia). Solamente puede realizarse en forma previa al efectivo reinicio de las actividades del trabajador o trabajadora. La responsabilidad de efectuarlos o no está en cabeza de la aseguradora, sin perjuicio de la posibilidad de convenir con el empleador su realización. Los casos de ausencia prolongada deben ser notificados por los empleadores en los plazos y modalidades que cada ART establezca.

Los *exámenes de egreso* tienen la finalidad de comprobar el estado de salud del trabajador al momento de la desvinculación. Por un lado, permiten la detección y el tratamiento oportuno de las enfermedades profesionales y de secuelas incapacitantes. Por el otro, sirven al empleador y a la aseguradora para constatar el estado de salud al egreso y prevenirse —al menos en alguna

medida— de posibles responsabilidades. Los exámenes de egreso, tienen carácter optativo y deben realizarse entre los diez días anteriores y los treinta días posteriores a la terminación de la relación laboral. La realización de estos exámenes es responsabilidad de la ART, aunque cabe mencionar que nada obsta a que ésta pacte con el empleador su realización, siendo carga del dador de tareas notificar a su ART el cese de la relación laboral, en los plazos y modalidades que cada ART establezca.

Todos los exámenes médicos son obligatorios para el trabajador, el cual debe proporcionar, con carácter de declaración jurada, la información sobre sus antecedentes médicos y patologías que lo afecten y de los cuales tenga conocimiento, siempre con salvaguarda del derecho del interesado al resguardo en el ámbito de la intimidad de la información considerada sensible. Los exámenes deben siempre ser efectuados en centros habilitados por la autoridad sanitaria y bajo la responsabilidad de un médico del trabajo, debidamente habilitado ante la autoridad competente. Sin ello carecen de validez.

La nueva normativa requiere del trabajador una declaración en la que informe acerca de enfermedades o dolencias de su conocimiento. Asimismo, es oportuna la introducción de cuestionarios direccionados para agentes de riesgo específicos, ante la necesidad de recabar datos indispensables para arribar a una correcta evaluación.

Por su parte, la ley 26.281 ha prohibido realizar reacciones sexológicas para determinar la infección chagásica a los aspirantes a cualquier tipo de empleo o actividad.

Resultan de aplicación las res. 10 SRT del 13/2/1997 y 25 del 26/3/1997 y la ley 18.695, en los casos de incumplimiento a las obligaciones emergentes de la normativa vigente en materia de higiene y seguridad en el trabajo y de riesgos del trabajo.

## 13. Prestaciones en especie

Las prestaciones están contempladas en los caps. IV y V de la ley 24.557 (arts. 11 a 20). La ley cubre dos tipos de *prestaciones*: en *especie y dinerarias*.

*Las prestaciones en especie* (art. 20) *son servicios y beneficios para asistir al trabajador.* La ley establece los siguientes:

— *asistencia médica y farmacéutica*;

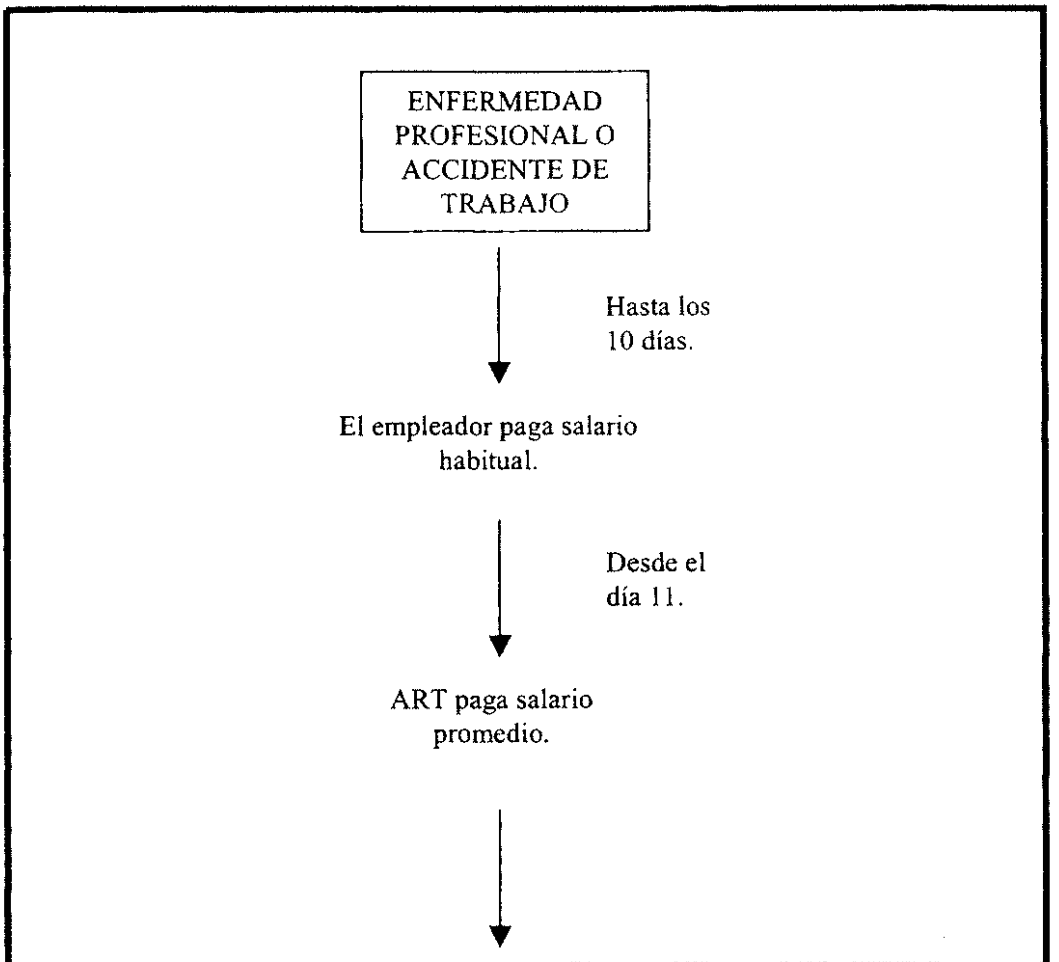
— *prótesis y ortopedia*;

— *rehabilitación*;

— *recalificación profesional y servicio funerario.*

Por lo tanto, las ART deben disponer, con carácter de servicio propio o contratado con terceros, de infraestructura para proveer estas prestaciones. Deben otorgarlas hasta su curación completa o mientras subsistan los síntomas incapacitantes.

## Funcionamiento del sistema




| | |
|---|---|
| Incapacidad laboral permanente (hasta del 50%) | — Suma fija (pago único): edad, salario y porcentaje de incapacidad: IBM x 53 x incap. x (65 ÷ edad).<br><br>Tope: Incapacidad x $ 180.000 (dec. 1278/2000; BO, 3/1/2001). |
| Incapacidad laboral superior al 50% e inferior al 66% | — Renta mensual hasta el fallecimiento: salario mensual multiplicado por el porcentaje de incapacidad.<br>Tope: $ 180.000.<br>— Suma fija (pago único): $ 30.000. |
| Incapacidad igual o mayor al 66% o muerte<br><br>Asistencia continua de otra persona | — Renta vitalicia mensual y jubilación (trabajador), pensión por invalidez (derechohabientes) en caso de fallecimiento.<br>Tope: $ 180.000.<br>— Suma fija (pago único): $ 40.000 (incapacidad del 66% o mayor y gran invalidez); $ 50.000 (muerte).<br>Gran invalidez: la ART debe pagar también una prestación mensual de 3 MOPRE ($ 240). |

## 14. Prestaciones dinerarias. Incapacidades

Las *prestaciones dinerarias* (arts. 11 a 19) *apuntan a cubrir la pérdida de los ingresos del trabajador por no poder concurrir a prestar tareas en virtud de su incapacidad.*

*Pueden consistir en una suma fija* —similar a la fijada en las leyes anteriores— *o en una renta periódica*, es decir, una suma que se abona en forma mensual (prestación mensual), *reforzada con sumas de pago único.*

Para establecer cuál de ellas corresponde es esencial tener en cuenta el porcentaje de incapacidad que padece el trabajador.

*Para determinar su cuantía es necesario determinar la incapacidad, el ingreso base diario y mensual, la edad del trabajador y las cargas de familia.* La percepción de las prestaciones dinerarias es compatible con el desempeño de actividades remuneradas.

El *ingreso base diario (IBD)* surge de dividir la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones con destino al SIPA, devengadas en los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante o al tiempo de prestación de servicio (si fuera menor de un año), por el número de días corridos comprendidos en el período considerado (art. 12, LRT, texto según dec. 1278/2000).

El *ingreso base mensual (IBM)* consiste en multiplicar la cantidad obtenida (ingreso base diario) por 30,4 (365 ÷ 12), que es el promedio de días corridos que tiene cada mes en un año (art. 12, LRT, texto según dec. 1278/2000).

Las prestaciones dinerarias *varían según el grado de incapacidad del trabajador* (parcial —leve o grave— y total) *y su carácter* (temporaria, provisoria o permanente). Pueden presentarse las siguientes situaciones:

I) Incapacidad laboral temporaria.

II) Incapacidad laboral permanente:

A) provisoria: parcial o total;

B) definitiva:

1) parcial: leve o grave;

2) total.

III) Gran invalidez.

IV) Fallecimiento.

A modo de síntesis se pueden establecer las siguientes pautas generales:

*Si un trabajador padece de una enfermedad profesional o sufre un accidente de trabajo que lo incapacita para prestar tareas, durante los diez primeros días percibe su salario habitual de su empleador. Desde el día décimo primero en adelante su remuneración es abonada por la ART.*

*El dec. 1278/2000 (BO del 3/1/2001) dispuso incrementos en el monto de las prestaciones dinerarias:* 1) mediante el aumento del multiplicador del valor mensual del ingreso base; 2) al tomar en consideración la totalidad de dicho ingreso.

En consecuencia, a los efectos de determinar la cuantía de las prestaciones dinerarias se considera *ingreso base* la cantidad que resulte de dividir la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones, con destino al SIPA, devengadas en los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante, o en el tiempo de prestación de servicio si fuera menor de un año, por el número de días corridos comprendidos en el período considerado (art. 4°).

Cuando se determina una *incapacidad laboral permanente menor del 50%*, la ART le abona al trabajador una indemnización que consiste en una *suma fija* que surge de tomar en cuenta la edad, el salario y el porcentaje de incapacidad.

El piso es igual al porcentaje de la incapacidad multiplicado por $ 180.000; por lo tanto, un trabajador que padezca un 10% de incapacidad, no puede cobrar menos de $ 18.000 y, si su incapacidad es del 20%, no menos de $ 36.000.

Por ejemplo, si un trabajador tiene 45 años y un salario de $ 3200 y se le determina una incapacidad del 15%, percibe una indemnización de $ 54.000 (piso), dado que la suma que surge de multiplicar 53 (cantidad de salarios que reconoce el sistema desde la reforma del dec. 1278/2000) x 3200 (salario mensual) x 15% (porcentaje de incapacidad) x 1,44 (coeficiente de edad que surge de 65 ÷ 45) daría $ 36.632 (menos que el piso).

Si un trabajador tiene 45 años, su remuneración es de $ 2000 y se le detecta una incapacidad laboral del 10%, la indemnización que le corresponde es de $ 18.000 (pues, según la formula de la ley, le hubiesen correspondido $ 15.264).

Si la *incapacidad* es *superior al 50% e inferior al 66%*, la ART paga al trabajador una *renta periódica mensual hasta su fallecimiento*. Esa renta es igual al valor mensual del ingreso base multiplicado por el porcentaje de incapacidad, con un piso de $ 180.000.

Mediante la reforma introducida por el dec. 1278/2000 (BO del 3/1/2001), en aquellos casos de incapacidades permanentes definitivas superiores al 50% y de muerte, se adicionó a las prestaciones dinerarias de pago periódico un importe de pago único complementario, con el fin de dar satisfacción a necesidades impostergables del trabajador o de sus derechohabientes. Esa suma se incrementó luego con el dec. 1694/2009 (6/11/2009).

Cuando la incapacidad es mayor al 50% e inferior al 66% —supuesto del art. 14, ap. 2.b), ley 24.557—, el monto era de $ 30.000 (art. 3°, dec. 1278/2000). Ahora es de $ 80.000.

Si la *incapacidad* es *igual o mayor del 66%* o se produce el *fallecimiento del trabajador*, éste o sus derechohabientes perciben una *renta vitalicia* con un piso de $ 180.000 y tienen derecho, además, a la jubilación o pensión por invalidez.

El monto de la renta vitalicia mensual varía en virtud de la expectativa de vida de quien lo cobra: cuanto menos edad tiene el beneficiario menor es el monto que percibe por mes.

El dec. 1278/2000 incorporó, además de la renta, un pago único, que en los casos de incapacidad absoluta (66% o más) —arts. 15, ap. 2°, y 17, ap. 1°, ley 24.557— era de $ 40.000 (ahora $ 100.000, dec. 1694/2009), y en caso de fallecimiento del trabajador —art. 18, ap. 1°, ley 24.557— era de $ 50.000 (art. 3°, dec. 1278/2000); ahora es de $ 120.000 (dec. 1694/2009).

El art. 3°, dec. 410/2001 (BO del 17/4/2001), faculta a la SRT para determinar los plazos y condiciones para el pago de las prestaciones dinerarias adicionales de pago único contempladas en el apart. 4° del art. 11, LRT, y modificatorias.

En caso de que el trabajador con una incapacidad igual o superior al 66% requiera la asistencia continua de otra persona, la ART estaba obligada a abonar una prestación mensual de tres Mopres ($ 240). Ahora, en virtud de lo normado en el dec. 1694/2009, esa prestación mensual alcanza los $ 2000 (art. 15).

*14.1. Incapacidad laboral temporaria (arts. 7° y 13)*

*Es la que inhabilita temporariamente al trabajador para prestar tareas.* Se trata de un impedimento transitorio que tiene una duración máxima de doce meses contados desde la producción del accidente o desde la primera manifestación invalidante de la enfermedad.

*En este período, el trabajador percibe una prestación de pago mensual equivalente al salario por enfermedad (art. 208, LCT; dec. 1694/2009) que tiene carácter remuneratorio.*

Por lo tanto, el trabajador ya no percibe menos de la remuneración que cobró el último mes, ya que el ingreso base prescripto por la ley era un promedio anual de los salarios percibidos.

*Durante los diez primeros días de la incapacidad laboral temporaria, el pago está a cargo del empleador*; en cambio, *a partir del día undécimo está a cargo de la ART, tanto la prestación dineraria* —pago mensual del salario por enfermedad— *como las prestaciones en especie.*

*La incapacidad laboral temporaria se extiende hasta* la presencia de cualquiera de las siguientes circunstancias que producen su cese:

1) *alta médica* producida antes de transcurrido un año contado desde su manifestación;

2) *declaración del estado de incapacidad permanente*;

3) *transcurso de un año desde la primera manifestación invalidante*;

4) *muerte del damnificado.*

*14.2. Incapacidad laboral permanente (arts. 8°, 9°, 14, 15 y 16)*

*Comienza con la finalización de la incapacidad temporaria.* Puede ser provisoria o definitiva.

*A) Incapacidad laboral permanente provisoria*: se extiende hasta los treinta y seis meses, lapso que se puede ampliar por un máximo de veinticuatro meses más. Vencidos los plazos indicados, si no hubiera recuperación del trabajador afectado, la incapacidad laboral permanente se considera definitiva.

*Mientras dura la provisionalidad, las ART abonan al trabajador las siguientes prestaciones mensuales:*

— Si la *incapacidad* es *parcial*, es decir, *menor del 66%* debe pagar una suma mensual equivalente al valor mensual del salario (art. 208, LCT) multiplicado por el porcentaje de incapacidad, más el salario familiar (salario x % incapacidad + salario familiar).

— Si la *incapacidad* es *total debe pagar una suma equivalente al 70% del valor mensual del salario, más las asignaciones familiares (70% x salario + salario familiar).*

*B) Incapacidad laboral permanente definitiva*: puede ser parcial o total. La percepción de las prestaciones dinerarias es compatible con el desempeño de actividades remuneradas.

*1) Incapacidad laboral permanente definitiva parcial*: puede ser leve o grave.

*a) Leve*: es aquella en que el grado de incapacidad es inferior o igual al 50%.

En estos supuestos, se abona como pago único al cesar la incapacidad temporaria, a cargo de la ART, una suma equivalente al valor resultante de multiplicar 53 veces el IB (IB x 53) por el porcentaje de incapacidad y por el coeficiente de edad que surge de dividir 65 por la edad del trabajador damnificado a la fecha de la invalidez (IB x 53 x % incapacidad x [65 ÷ edad]).

Para este pago único rige un *piso* que resulta de multiplicar $ 180.000 por el porcentaje de incapacidad (dec. 1694/2009).

*b) Grave*: es la de grado mayor del 50% y menor del 66%. En este caso, la ART debe pagar al trabajador una *renta periódica hasta su fallecimiento*, cuyo monto es igual al IB multiplicado por el porcentaje de incapacidad (IB x % incapacidad). El valor esperado de la renta periódica no puede ser menor de $ 180.000 (dec. 1694/2009).

El dec. 1278/2000 adicionó un importe de pago único complementario que fue elevado por el dec. 1694/2009. Esta suma, en los casos de incapacidades superiores al 50% e inferiores al 66%, es de $ 80.000 (art. 11, ap. 4°, LRT; antes era de $ 30.000).

*2) Incapacidad laboral permanente definitiva total*: es aquella cuyo grado de incapacidad es del 66% o más. En el período de provisionalidad de esta incapacidad, la ART paga una suma igual al 70% del salario del trabajador más las asignaciones familiares, por eso el trabajador no tiene derecho a las prestaciones del sistema previsional.

Al ser definitiva debe abonar una *renta periódica* que se determina actuarialmente sobre un capital equivalente al IB multiplicado por 53 y por el coeficiente de edad que surge de dividir 65 por la edad del trabajador afectado.

El *piso* de este beneficio dinerario es de $ 180.000 (dec. 1694/2009). Además, debe recibir las prestaciones que por retiro definitivo por invalidez establezca el régimen previsional al que estuviera afiliado (capital = IB x 53 x [65 ÷ edad]).

La renta está a cargo de la Administración Nacional de la Seguridad Social, en forma complementaria al SIPA, pero su capital será integrado por la ART.

El dec. 1278/2000 agregó a la renta periódica un pago único cuyo monto es de $ 40.000 (art. 11, ap. 4°, LRT), y el dec. 1694/2009 elevó el importe a $ 100.000.

### *14.3. Gran invalidez (arts. 10 y 17)*

Se trata de la incapacidad laboral permanente total, en la que el trabajador afectado necesita de la asistencia continua de otra persona.

Además de las prestaciones previstas para la incapacidad laboral permanente total, la ART debe pagar una prestación de pago mensual cuyo importe equivalía a tres Mopre que se extingue con la muerte ($ 240); y que ahora es de $ 2000 (art. 5°, dec. 1694/2009).

También en este supuesto el dec. 1278/2000 adicionó a las demás prestaciones un pago único de $ 40.000 (art. 11, ap. 4°, LRT), elevado por dec. 1694/2009 a $ 100.000.

### *14.4. Fallecimiento (art. 18)*

Las prestaciones son las mismas que en el caso de incapacidad laboral permanente definitiva total y corresponde que los derechohabientes perciban, además, la pensión por fallecimiento.

El pago de la renta periódica (art. 19) comienza en la fecha de declaración del carácter definitivo de la incapacidad permanente parcial y se extingue —según los casos— con la muerte del beneficiario o en la fecha en que esté en condiciones de acceder a los beneficios jubilatorios.

En este caso también el dec. 1278/2000 agregó a las restantes prestaciones un pago único a favor de los derechohabientes de $ 50.000 (art. 11, ap. 4°, LRT), que el dec. 1694/2009 elevó a $ 120.000.

*Derechohabientes*. En cuanto a los derechohabientes, el dec. 1278/2000 modificó el régimen establecido en la ley 24.557 (art. 18), incluyendo expresamente a los padres del trabaja-

dor, en ausencia de los derechohabientes enumerados en el art. 53, ley 24.241, y —en defecto de éstos— a los familiares a cargo del trabajador.

El art. 9° del decreto —modificatorio del art. 18, LRT— dispone que los derechohabientes del trabajador acceden a la pensión por fallecimiento prevista en el régimen previsional al que estuviera afiliado el damnificado y a las prestaciones establecidas en el párr. 2°, ap. 2°, art. 15, LRT, además de la prevista en su art. 11, ap. 4°.

Se considera derechohabientes a las personas enumeradas en el art. 53, ley 24.241, quienes concurren en el orden de prelación y condiciones allí señaladas.

El dec. 1278/2000 dispone que el límite de edad establecido en dicha disposición se extiende hasta los 21 años, elevándose hasta los 25 años en caso de tratarse de estudiantes a cargo exclusivo del trabajador fallecido.

Asimismo, establece que en ausencia de las personas enumeradas en el art. 53, ley 24.241, acceden los padres del trabajador en partes iguales; si hubiera fallecido uno de ellos, la prestación es percibida íntegramente por el otro.

En caso de fallecimiento de ambos padres, la prestación corresponde, en partes iguales, a aquellos familiares del trabajador fallecido que acrediten haber estado a su cargo.

Este último aspecto fue reglamentado por el art. 5°, dec. 410/2001 (BO del 17/4/2001), el cual dispuso que en caso de fallecimiento de los padres del trabajador siniestrado, los familiares a cargo de éste con derecho a obtener las prestaciones establecidas en el ap. 1°, art. 18, LRT son los siguientes:

*a)* los parientes por consanguinidad en línea descendente, sin límite de grado;

*b)* los parientes por consanguinidad ascendente, sin límite de grado;

*c)* los parientes por consanguinidad en primera línea colateral hasta el tercer grado.

En el primer y en el tercer caso, los parientes deberán ser solteros y menores de 21 años, límite que se eleva a 25 años cuando son estudiantes. Esta limitación no rige si esos derechohabientes están incapacitados para el trabajo a la fecha de fallecimiento del causante, o incapacitados a la fecha en que cumplan 21 años.

En todos los casos, los parientes deben acreditar haber estado a cargo del trabajador fallecido, acreditación que deben efectuar mediante un procedimiento sumarísimo (información sumaria) previsto para las acciones meramente declarativas, conforme al modo en que esté regulado en las distintas jurisdicciones donde se deba acreditar.

Para establecer qué se debe entender por "familiar a cargo" hay que seguir las pautas previstas en el art. 53, ley 24.241; es decir, debe concurrir en aquél un estado de necesidad revelado por la escasez o carencia de recursos personales, y la falta de contribución importa un desequilibro esencial en su economía particular.

También se aclara que por "estudiante a cargo del trabajador fallecido" se debe entender a quien esté cursando estudios regulares oficialmente reconocidos por la autoridad pertinente.

I) Incapacidad temporaria (arts. 7° y 13)

*Primeros 10 días* = salario (art. 208, LCT) (a cargo del empleador)

*Tiempo posterior* = salario (art. 208, LCT) (a cargo de la ART hasta 1 año).

A) *Provisoria* (hasta 36 meses) (arts. 9° y 14)

- *Parcial* (< 66%): prestación mensual a cargo de la ART: salario (art. 208, LCT) x incapac. + sal. familiar
- *Total* (= o >66%): prestación mensual a cargo de la ART: 70% salario (art. 208, LCT) + sal. familiar

II) Incapacidad permanente (arts. 8°, 9°, 14, 15 y 16)

B) *Definitiva* (desde 36 meses) (arts. 8° y 14/16)

1) *Parcial* (< 66%)

- *a) Leve* (= o ≤ 50%): pago único a cargo de la ART:
  IBM x 53 x % incapac. (65 ÷ edad)
  Piso: % incapac. x $ 180.000
- *b) Grave* (> 50% y < 66%):
  — Pago mensual por la ART hasta el fallecimiento:
  — IBM x % Incapac. Piso $ 180.000.
  — Pago único a cargo de la ART de $ 80.000

2) *Total* (= o ≥ 66%): Prestaciones de pago mensual actuarialmente fijado sobre un capital = IBM x 53 x (65 ÷ edad)
Piso: $ 180.000
(A cargo AFJP o Anses) + jubilación por invalidez.
— Pago único a cargo de la ART de $ 100.000

III) *Gran invalidez:* ídem incapacidad laboral permanente provisoria o definitiva total (según el caso) $ 2000 por mes (arts. 10 y 17).
— Pago único a cargo de la ART de $ 100.000.

IV) *Fallecimiento:* ídem incapacidad laboral permanente definitiva total (art. 18) + pensión por fallecimiento.
— Pago único a cargo de la ART de $ 120.000.

## 15. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso "Milone" (26/10/2004)

El 26/10/2004, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Milone v. Asociart ART", declaró la inconstitucionalidad del art. 14.2.b, LRT, en su redacción original (sin la re-

forma introducida por el dec. 1278/2000), ordenando el pago en una única vez —en lugar de usar la modalidad prevista por la norma de renta mensual— de la prestación dineraria por incapacidad en favor de un trabajador de profesión taxista, que quedara, como consecuencia del infortunio, imposibilitado de seguir trabajando. Para establecer la viabilidad del reclamo del demandante, los jueces tuvieron en cuenta su edad, el impedimento físico para seguir efectuando tareas y que la prestación que le correspondía era inferior a la mitad de su salario.

Señala que si bien no es cuestionable desde el punto de vista constitucional que "para determinadas incapacidades" la reparación se establezca en pagos periódicos, es reprochable que no haya excepciones a dicha regla, como la que encuadraría al trabajador de este caso en particular.

El Alto Tribunal no cuestionó el artículo en su integridad, sino que señaló que "aun cuando la LRT no resulta censurable desde el plano constitucional por establecer, como regla, para determinadas incapacidades que la reparación dineraria sea satisfecha mediante una renta periódica, sí es merecedora del aludido reproche... por no establecer excepción alguna para supuestos como el *sub examine*, en que el criterio legal no se adecua al objetivo reparador para cuya realización se procura" (consid. 9°).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación no se expidió sobre aquellos casos surgidos a partir de la entrada en vigencia del dec. 1278/2000. Entiendo que el pago en renta será constitucionalmente válido en tanto no restringa drásticamente el universo de opciones que le permitan al trabajador siniestrado reformular su proyecto de vida (ello ocurre, según entiende la Corte, si se impone el pago de la prestación dineraria *exclusivamente* bajo la forma de renta periódica); no contemple soluciones excepcionales para casos como el del fallo bajo análisis; y/o no se adecue al objetivo reparador cuya realización se procura.

## 16. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso "Suárez" (21/6/2008)

Complementando lo resuelto en el caso "Milone", la Corte tuvo oportunidad de señalar en la causa "Suárez Guimbard, Lourdes v. Siembra AFJP SA s/ indemn. por fallecimiento", del 21/6/2008, en relación con la validez de los pagos fraccionados en un siniestro acontecido durante la vigencia del dec. 1278/2000, que aun luego de la modificación del decreto, la norma, en cuanto a la forma de pago de las indemnizaciones, continúa siendo inconstitucional.

Al respecto, fijó doctrina señalando que "...esta Corte tuvo oportunidad de expresar, al examinar la constitucionalidad del originario art. 14.2.b, ley 24.557 M.3724.XXXVIII. 'Milone, Juan Antonio v. Asociart SA Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/accidente - ley 9688', de fecha 26/10/2004 (Fallos 327:4607) que, aun cuando la LRT no resulta censurable desde el plano constitucional por establecer como regla 'para determinados supuestos' que la reparación dineraria sea satisfecha mediante una renta periódica, sí es merecedora del aludido reproche por no establecer excepción alguna para supuestos en que el criterio legal no se adecua al objetivo reparador previsto en la norma aludida (art. 1.b) (consid. 8°).

"En otros términos, la indemnización de pago periódico para cumplir con las exigencias constitucionales debe consagrar una reparación equitativa, o sea, que resguarde el sentido reparador *in concreto* (ídem consid. 5°, último párrafo). De lo contrario, no se satisfacen los requerimientos de 'asegurar' una condición de labor 'equitativa' (art. 14 bis, CN), vale decir, justa, toda vez que por su rigor la norma cuestionada termina desinteresándose de la concreta realidad sobre la que debe obrar...

"...5°) Que en el *sub lite* se trata de un supuesto de muerte del damnificado, para el cual la LRT establece que los derechohabientes del trabajador 'accederán a la pensión por fallecimien-

to prevista en el régimen previsional al que estuviera afiliado el damnificado y a las prestaciones establecidas en el segundo párrafo del ap. 2° del art. 15 de esta ley, además de la prevista en su art. 11, ap. 4°' (art. 18). En lo pertinente, el citado art. 15 dispone que, sin perjuicio de la prestación prevista por el ap. 4° del art. 11, el damnificado percibirá, asimismo, en las condiciones que establezca la reglamentación, una prestación de pago mensual complementaria a la correspondiente al régimen previsional. Su monto se determinará actuarialmente en función del capital integrado por la ART. Ese capital equivaldrá a 53 veces el valor mensual del ingreso base, multiplicado por un coeficiente que resultará de dividir el número 65 por la edad del damnificado a la fecha de la primera manifestación invalidante y no podrá ser superior a $ 180.000. Con arreglo a esta fórmula legal, en la presente causa 'Berkley ART SA' depositó la suma de $ 106.097,27 en concepto de capital, a partir de la cual según el dictamen pericial (fs. 65 vta.) la renta periódica mensual ascendería a la suma de $ 397,45...

"...6°) Que, a juicio de la alzada, se configura en el caso un claro agravio constitucional, pues la aplicación de las normas cuestionadas lleva a un verdadero empobrecimiento de la víctima, ya que según los elementos de juicio obrantes en autos el trabajador fallecido aportaba a su hogar un ingreso mensual que oscilaba entre $ 928 y $ 1430, por lo que la percepción de la referida renta mensual colocaría a su viuda apenas por encima de la línea de pobreza, y no se demuestra idónea para satisfacer las necesidades actuales, presentes e inmediatas de la actora, originando una evidente desprotección y desnaturalización que conlleva a la desintegración del resarcimiento, al perder éste su significación económica (fs. 118)...

"...7°) Que esta Corte hace suya la conclusión del *a quo*, al tiempo que considera plenamente aplicables al *sub judice* las consideraciones vertidas en Fallos 327:4607, a las que antes se hizo referencia. En efecto, se encuentra efectivamente demostrado que, en el caso particular, el sistema de renta periódica a causa de la fórmula actuarial que determina su *quantum* conduce a un pago mensual que no da satisfacción al objetivo reparador que la norma predica, a la vez que impide a los derechohabientes que reclaman en un pago único el capital depositado el ejercicio de un ámbito de libertad constitucionalmente protegido, en el que se inserta la formulación de su proyecto de vida, ya modificado traumáticamente por la muerte del trabajador.

"...8°) Que no obsta a esta conclusión la circunstancia de que, a tenor de la reforma introducida por el dec. 1278/2000, junto con la prestación complementaria de renta periódica, los beneficiarios percibirán, además, una compensación dineraria adicional de pago único que, para el caso del art. 18, ap. 1°, será de $ 50.000. Si bien por esta modificación se pretendió dar satisfacción a necesidades impostergables del trabajador..., originadas en el infortunio laboral (BO 29.558, 1ª secc., 3/1/2001, p. 2) y traduce una mejora en la prestación originaria del sistema, el pago adicional en cuestión no alcanza a desvirtuar las conclusiones del considerando precedente, toda vez que su percepción no deja de conculcar el derecho del beneficiario a disponer libremente de la totalidad de su crédito, según sus necesidades".

## 17. Prescripción

El sistema de la LRT dispone una alteración sustancial del régimen de prescripción, porque los derechos de la víctima nacen con su reclamo o el de sus derechohabientes.

*El plazo de prescripción es de dos años: comienza en la fecha en que la prestación debió ser pagada o prestada y, en todo caso, desde el cese de la relación laboral* (arts. 43, ap. 1°, y 44, ap. 1°).

Resulta indiferente la fecha del accidente de trabajo o de la manifestación (sintomatología en las enfermedades profesionales) o el de consolidación de la enfermedad, que eran fechas de interés para las leyes anteriores.

Por otra parte, las acciones para el reclamo del pago de los créditos de las ART, la SRT y la SSN, prescriben a los diez años desde la fecha en que debió ser efectuado el pago. Es competente para el tratamiento de dichas acciones la justicia nacional, con competencia en lo laboral, civil o comercial en la ciudad de Buenos Aires, y en las provincias, la de competencia civil o comercial.

## 18. Reclamo por el derecho civil

*La ley 24.557 no otorga la opción de reclamar con fundamento en el derecho civil, salvo en caso de dolo del empleador* (art. 1072, CCiv.).

Por ende, *la ley 24.557 exime a los empleadores y a las ART de toda responsabilidad civil frente a los trabajadores y derechohabientes, salvo dolo (art. 39).*

*En las legislaciones anteriores* —ley 9688, la misma reformada por la ley 23.643 y la ley 24.028— *el trabajador o sus derechohabientes podían demandar la reparación integral de daños y perjuicios* (excepto el accidente *in itinere*) por culpa (art. 1109, CCiv.), dolo (arts. 506, 521, 1072, CCiv.), culpa presunta simple (art. 1113, párr. 2°, 1ª parte, CCiv.), culpa presunta agravada (art. 1113, párr. 2°, 2ª parte, CCiv.) y culpa presunta agravada calificada (arts. 47 y 48, ley 24.051 de Residuos Peligrosos).

La opción era excluyente: se accionaba con fundamento en la Ley de Accidentes de Trabajo o invocando el derecho común; en el primer caso, la causa tramitaba en la justicia del trabajo y en el segundo, en la justicia civil.

En cambio, *en la LRT, la responsabilidad civil del empleador* por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales *está limitada a la derivada del art. 1072, CCiv.* Esta norma dispone que "el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este Código delito".

El artículo define el delito doloso, y más precisamente el dolo agravado o "dolo malicia". En la práctica es altamente improbable que se verifique y es de muy difícil probanza; esto produce que mediante el art. 39 —sin que existan antecedentes y a pesar de lo que surge de la jurisprudencia y la doctrina— el trabajador no pueda reclamar por vía de la acción civil (salvo el supuesto del art. 1072, CCiv., en el que podría encuadrar —en algunos casos— una acción por *mobbing*).

El art. 39 es criticado desde distintos ángulos por la doctrina mayoritaria. Lo que pretende la ley es establecer un sistema cerrado, autosuficiente, es decir, omnicomprensivo de todas las situaciones, ya que al evitar cualquier fuga en el sistema hace previsible su costo.

Formalmente, la ley admite la acción conjunta, que otorga al trabajador la posibilidad de recibir todas las prestaciones de la LRT e —paralela o posteriormente— iniciar la acción civil con fundamento en el art. 1072, CCiv., para reclamar la indemnización cuando el daño se produjo por dolo del empleador. Del monto que surja de la sentencia civil deberían restarse las prestaciones otorgadas por la LRT, ya que aquella reparación es integral y no pueden existir dos indemnizaciones por el mismo hecho.

En cambio, cuando el daño es causado por terceros ajenos a la relación laboral, el trabajador o sus derechohabientes pueden reclamarlo ante el responsable de acuerdo con la norma del derecho civil, deduciendo el valor que haya percibido de las ART o del empleador autoasegurado.

Se advierte un trato desigual que lleva a una reparación diferente, según el daño lo cause el empleador o un tercero, aunque el damnificado sea la misma persona y el daño idéntico.

*La doctrina mayoritaria sostiene que el art. 39 viola el derecho de igualdad*, ya que el trabajador queda en peor condición que cualquier otro ciudadano. Para graficar dicha postura se puede recurrir a un ejemplo.

En caso de producirse un accidente en un establecimiento, la caída de un elemento de trabajo que golpea a dos personas, una de ellas trabajador dependiente de la empresa y la otra un proveedor que visitaba la fábrica, y ambos sufren fracturas y otras secuelas que los incapacitan laboralmente en la misma medida, el trabajador no puede accionar por la vía civil, mientras que el proveedor sí lo puede hacer.

Por lo tanto, el trabajador tiene limitado el derecho de recurrir ante la misma instancia que otro ciudadano y tendrá una indemnización mucho menor por el mismo hecho y la misma afección.

Los antecedentes en la legislación comparada se pueden encontrar en el derecho alemán, belga y austríaco, en los cuales, si bien se excluye la posibilidad de accionar por el derecho común, existe un derecho especial que cubre todas las contingencias, donde los accidentes laborales y las enfermedades profesionales son contenidos en un sistema de la seguridad social, que para el trabajador es más beneficioso que el derecho común.

## 19. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso "Gorosito" (1/2/2002)

El 1/2/2002, en los autos "Gorosito v. Riva SA y otro s/daños y perjuicios", la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó la constitucionalidad del art. 39, LRT, al revocar un fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén que declaró improcedente el recurso de casación interpuesto por la ART La Construcción SA Cía. Argentina de Seguros que había hecho lugar a la acción de inconstitucionalidad del art. 39, ley 24.557.

El Tribunal Superior de Neuquén consigna que implicaba una dispensa de la culpa, poniendo límites inadmisibles a la responsabilidad del empleador, dado que ello violenta la garantía constitucional de igualdad ante la ley. También sostuvo que la reducción de los supuestos de la resarcibilidad integral de los daños a supuestos aislados e infrecuentes (caso del art. 1072, CCiv.) configuraba discriminación, al instaurar una desigualdad en el trato respecto del ciudadano trabajador, todo ello avalado por la doctrina mayoritaria a la que se hiciera referencia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con voto dividido, se inclinó por la postura de la doctrina minoritaria en el tema, considerando que el legislador pudo crear válidamente un sistema específico para la reparación de los daños del trabajo y separarlo del régimen general de responsabilidad por daños establecido en el Código Civil, y decidió que no se encontraba acreditado en los autos que tales normas violentaran las garantías de igualdad ante la ley y de propiedad, como denunciara el trabajador.

Sobre la colisión del texto del art. 39, LRT, con el principio *alterum non laedere* (art. 19, CN), afirmó que si bien en el precedente de Fallos 308:1119 había sostenido que la consagración del principio general del art. 19, CN, prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, el Código Civil constituye sólo una de las reglamentaciones posibles del citado principio, y que si bien es cierto que la Constitución Nacional exige el respeto de los derechos adquiridos, no es lícito invocar los principios en ella consagrados para paralizar el ejercicio de la potestad normativa del Estado, más cuando recae sobre cuestiones de la naturaleza de la controvertida, con relevancia significativa tanto social como económica, o cuando se la efectúa para consagrar la inalterabilidad absoluta de las consecuencias jurídicas de un acto futuro.

Asimismo, sostuvo que el demandante sólo tenía la expectativa de invocar la opción establecida por el art. 17 de la derogada ley 24.028 que, a su vez, le generaba la expectativa de

obtener, eventualmente, alguna reparación con sustento en las normas del Código Civil mediante el proceso judicial respectivo, y que esa expectativa caducó al derogarse dicha norma y entrar en vigencia la LRT, reiterando que la impugnación de inconstitucionalidad no es pertinente cuando el fin con que se la persigue no es la inaplicabilidad del texto objetado, sino el restablecimiento de un régimen normativo derogado, lo cual es de incumbencia exclusiva del legislador.

Consideró también que la aplicación de la ley 24.557 no comportaba postergación o frustración alguna del derecho al resarcimiento por daños a la integridad psicofísica o a la rehabilitación, y que la limitación del acceso a la vía civil que establece el art. 39 no puede ser considerada de suyo discriminatoria, dado que atiende a situaciones y riesgos producidos en un ámbito específico y diferenciado de los restantes de la vida contemporánea —el del trabajo—, lo cual permite la previsión y el resarcimiento de las consecuencias dañosas derivadas específicamente de la situación laboral conforme a parámetros preestablecidos.

Desde el dictado del fallo "Gorosito" sostuve que lo resuelto en ese caso por la Corte Suprema de Justicia de la Nación no cerraba el debate, ya que el fallo recogía la opinión de la doctrina minoritaria y no rebatía los contundentes argumentos esgrimidos por la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias del país [3].

## 20. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso "Aquino" (21/9/2004)

La doctrina mayoritaria se había manifestado cuestionando la validez constitucional del art. 39.1, ley 24.557, porque conculcaba el derecho de los damnificados a una reparación integral del daño y vulneraba garantías constitucionales y tratados con garantía supralegal, lo que también se observó en la jurisprudencia, por lo cual su supervivencia al control judicial difícilmente pudiera garantizarse; asimismo, sostuvo que un subsistema de responsabilidad, por el solo hecho de serlo, no resultaba siempre constitucional.

Cabe recordar que, en el caso "Gorosito" (Fallos 325:11), la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que el tribunal inferior que había decidido la inconstitucionalidad del texto del art. 39, LRT, lo había hecho sobre la base de atribuir erróneamente a las normas civiles que reglamentan, en general, la reparación de los daños y, en especial, a las referentes a los daños causados por culpa, el carácter de "garantía constitucional", otorgándoles "impertérrita invariabilidad".

Defendió también la constitucionalidad del sistema, al establecer que no se había demostrado que la aplicación de la ley 24.557 comportara alguna postergación o la frustración del derecho al resarcimiento por daños a la integridad psicofísica o a la rehabilitación, y que no existía en él, ni consagraba el art. 39, la dispensa de la culpa del empleador al habérseles impuesto a los empleadores la carga de solventar un sistema destinado a reparar los daños que de manera objetiva puedan ser atribuidos al hecho u ocasión del trabajo (arts. 6.1, 6.2 y 23, LRT). Dejó sentada la posibilidad de cuestionar la adecuación del régimen especial al texto constitucional en casos de "comprobada existencia y realidad de un menoscabo sustancial a la garantía que invoca el interesado".

En el fallo "Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Industriales SA" del 21/9/2004, se confirma un pronunciamiento de la sala 6ª de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y sienta una nueva postura, declarando —con diferencias en la fundamentación según los votos— la in-

[3] Ver más adelante "Los cuestionamientos a la Ley de Riesgos del Trabajo, punto d) Responsabilidad civil (art. 39, inc. 1°)" e "Interpretación jurisprudencial de 'Gorosito' anterior a 'Aquino'".

constitucionalidad del art. 39.1, LRT. En el caso se hizo lugar a un reclamo indemnizatorio de un trabajador de 29 años que sufrió un accidente de trabajo al caer de un techo de chapa desde diez metros de altura cuando colocaba una membrana sin ningún tipo de mecanismo protectorio, lo que le produjo una incapacidad absoluta.

El voto mayoritario decide la inconstitucionalidad en abstracto de la norma mencionada. Lo hace al entender que la LRT, al excluir, sin reemplazarla con análogos alcances, la tutela de los arts. 1109 y 1113, CCiv., no se adecua a los lineamientos constitucionales, pese a haber proclamado que tiene entre sus objetivos "reparar los daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales" (art. 1°, inc. 2°.b), negando el principio *alterum non laedere*, al no considerar en forma plena de la persona humana y los imperativos de justicia de la reparación, seguidos por nuestra Constitución Nacional y, de consiguiente, por esta Corte, que no deben cubrirse sólo en apariencia (Fallos 299:125, 126, consid. 1° y sus citas, entre muchos otros).

La Corte sostiene que indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento, lo cual no se logra si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida; y es por ello que, en el ámbito del trabajo, corresponde indemnizar también la pérdida de "chance", cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera.

Considera un retroceso legislativo la exclusión de la vía reparadora del Código Civil para los accidentes y enfermedades laborales, que contraría el principio de progresividad plasmado en el art. 2.1, Pidesc, según el cual todo Estado parte se "compromete a adoptar medidas... para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos"; y entiende al art. 39, LRT, como "contrario a la dignidad humana...", al "reificar" al trabajador, por vía de considerarlo no más que un factor de la producción, un objeto del mercado de trabajo, al establecer que "los menoscabos a la integridad psíquica, física y moral del trabajador prohibidos por el principio *alterum non laedere* deban ser indemnizados sólo en los términos de la ley".

Al respecto, indica que "el régimen de la Ley de Riesgos del Trabajo cuestionado tampoco se encuentra en armonía con otro principio señero de nuestra Constitución Nacional y del derecho internacional de los derechos humanos: la justicia social, que cobra relevante aplicación en el ámbito del derecho laboral a poco que se advierta que fue inscripto, ya a principios del siglo pasado, en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, como un medio para establecer la paz universal, pero también como un fin propio... La exclusión y eximición impuestas por la ley 24.557, también terminan mortificando el fundamento definitivo de los derechos humanos, enunciado desde hace más de medio siglo por la Declaración Universal de Derechos Humanos: la dignidad del ser humano, que no deriva de un reconocimiento ni de una gracia de las autoridades o poderes, toda vez que resulta 'intrínseca' o 'inherente' a todas y cada una de las personas humanas y por el solo hecho de serlo (Preámbulo, párr. 1°, y art. 1°; asimismo, Pidesc, Preámbulo, párr. 1°; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ídem y art. 10.1, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, párr. 2° y arts. 5.2 y 11.1, entre otros instrumentos de jerarquía constitucional)".

Las restantes prestaciones de la LRT —las llamadas "en especie" (art. 20, incs. 1°, a], b] y c])— nada agregan a lo que el régimen civil hubiese exigido al empleador.

Resulta fuera de toda duda que el propósito perseguido por el legislador, mediante el art. 39, inc. 1°, LRT, no fue otro que consagrar un marco reparatorio de alcances menores que los del Código Civil.

El sistema de la LRT se aparta de la concepción reparadora integral, porque no admite indemnización por ningún otro daño que no sea la pérdida de la capacidad de ganancias del trabajador, la cual, a su vez, resulta conmensurable de manera restringida.

La LRT, mediante la prestación del art. 15, inc. 2°, párr. 2°, y la consiguiente eximición de responsabilidad del empleador de su art. 39, inc. 1°, sólo indemniza daños materiales y, dentro

de éstos, únicamente el lucro cesante: pérdida de ganancias que, asimismo, evalúa menguadamente.

El hecho de que los menoscabos a la integridad psíquica, física y moral del trabajador prohibidos por el principio *alterum non laedere* deban ser indemnizados sólo en los términos de la LRT, vuelve el art. 39, inc. 1°, LRT, contrario a la dignidad humana, ya que ello entraña una suerte de pretensión de reificar a la persona, por vía de considerarla no más que un factor de la producción, un objeto del mercado de trabajo.

Mediante la eximición de la responsabilidad civil del empleador frente al daño sufrido por el trabajador, la LRT no ha tendido a la realización de la justicia social, sino que ha marchado en sentido opuesto al agravar la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo y, en consecuencia, formular una "preferencia legal" inválida por contraria a la justicia social.

Si el régimen anterior a la LRT había demostrado su "fracaso para proveer una reparación integral y oportuna a quien sufre las consecuencias del siniestro", como lo asevera el Mensaje del Poder Ejecutivo, lo cierto es que su reemplazo, supuesto que hubiese logrado mejorar la reparación en términos de oportunidad, importó un franco retroceso del predicado carácter integral, por vía del art. 39, inc. 1°.

El voto del ministro Boggiano, que se mantiene en la postura que asumiera en oportunidad de fallar en "Gorosito", aplica la doctrina allí sentada, que establecía que para efectuar una consideración respecto de la constitucionalidad o no del texto del art. 39 debía demostrarse la falta de proporción entre el daño y lo exiguo de la compensación a cargo de la ART, o que la aplicación de la ley 24.557 comportara alguna postergación o la frustración del derecho al resarcimiento por daños a la integridad psicofísica o a la rehabilitación, comprobándose la existencia y realidad de un menoscabo sustancial a la garantía que invoca el interesado, con cita en Fallos 108:240, 139:20, 188:120 y 189:306, entre otros.

En similar sentido, el voto conjunto de los Dres. Maqueda y Belluscio, sin perjuicio de resaltar las iniquidades y ventajas del subsistema, también se aboca a determinar si se produjo en el caso un menoscabo sustancial a las garantías invocadas por el interesado.

Plantean dos advertencias: 1) que el desenlace de este litigio no implica la censura de todo el régimen legal limitativo de la reparación por daños, lo cual incluye el propio de la LRT, sosteniendo la sentencia que por más ancho que fuese el margen que consienta la Constitución Nacional en orden a dichas limitaciones, resulta poco menos que impensable que éstas puedan obrar válidamente para impedir que el trabajador pueda verse privado, en todos los casos, de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales; 2) que la solución alcanzada no acarrea frustración alguna de los elevados propósitos de la automaticidad y celeridad en el otorgamiento de las prestaciones perseguidos por la Ley de Riesgos del Trabajo, dado que el hecho de ser constitucionalmente inválido, en determinados supuestos, que la mentada prestación de la LRT origine la exención de responsabilidad civil del empleador, no obsta a que las ART deban satisfacer las obligaciones que han contraído en el marco de la citada ley.

En contraposición a estos fundamentos, los restantes votos resultan más categóricos, decidiéndose por la inconstitucionalidad en abstracto de la veda legal de reclamar los daños y perjuicios conforme a las disposiciones del derecho común, aunque con algunos matices entre los fundamentos de la mayoría antes analizado y el de la ministra Highton de Nolasco, que es más contundente respecto de la declaración de inconstitucionalidad en abstracto del texto del art. 39.1, LRT, al reafirmar la idea del llamado derecho a opción.

Así, luego de delimitar los alcances del principio constitucional del *alterum non laedere* y que su reglamentación debe hacerse siempre con arreglo al texto del art. 28, Ley Fundamen-

tal, resalta que "el art. 14 bis, CN, ha hecho del trabajador un sujeto de preferente tutela constitucional, al prescribir lo que dio en llamarse principio protectorio... Es un hecho notorio que la Ley de Riesgos del Trabajo, al haber excluido la vía reparatoria del Código Civil —con excepción de la derivada del art. 1072— eliminó, para los accidentes y enfermedades laborales, un instituto tan antiguo como este último (ver Fallos 123:379), que los cuerpos legales específicos no habían hecho más que mantener, como fue el caso de la ley 9688, sancionada en 1915. Tal exclusión resulta censurable en la medida en que traduce el abandono de los preceptos constitucionales de protección al trabajador, que se ve privado, por su sola condición de tal, de acceder a la justicia en procura del amparo de sus derechos que, paradójicamente, tienen expreso y especial reconocimiento en la Ley Fundamental, y en los pactos de igual jerarquía que le acceden...".

Entiende que "la ausencia de toda relación lógica y normativa entre la condición de trabajador y la denegación del acceso a la justicia para solicitar la aplicación del régimen general previsto en el Código Civil, que no encuentra compensación adecuada en un régimen sustitutivo, de indemnizaciones tarifadas, cuya adopción y la ponderación de sus eventuales ventajas comparativas, no es producto de la libre elección de la víctima, torna al régimen cuestionado en inconstitucional".

Agrega que la LRT, al vedar la promoción de toda acción judicial tendiente a poder demostrar la real existencia y dimensión de los daños sufridos por el trabajador y disponer, además, la exención de responsabilidad civil para el empleador, cercena de manera inconciliable con los principios constitucionales, el derecho a obtener una reparación íntegra, y que esta restricción conceptual importa la frustración de la finalidad esencial del resarcimiento por daños sufridos a la integridad psicofísica del trabajador, ya que la LRT no admite indemnización por otro daño que no sea la pérdida de la capacidad de ganancia del trabajador, la cual, a su vez, resulta mensurada de manera restringida.

El fallo de la Corte resulta de una enorme trascendencia, al poner fin a un debate de larga data, y habrá de repercutir en la resolución de las causas judiciales en trámite, ya que sin perjuicio de reiterar que la doctrina de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no resultan obligatorios para los tribunales inferiores, ya que no se trata de un tribunal de casación, la denominada "obligación moral de acatamiento" ha sido la regla, más aún en casos como éste, donde está en juego la oportuna y justa reparación de las enfermedades y accidentes del trabajo.

Por otra parte, implica el reencuentro de la doctrina de la Corte con una interpretación auténtica de los principios constitucionales, como en los precedentes "Santa Coloma", "Gunther" y "Luján" [4], en cuanto a que el derecho a la reparación del daño tiene jerarquía constitucional, con sustento en el art. 19, CN, y que los arts. 1109 y 1113, CCiv., reglamentan el principio *alterum non laedere* que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, y que se encuentra vinculado entrañablemente a la idea de la reparación. Esta reglamentación que efectúa el Código Civil no lo arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica.

La expresa mención que efectúa el voto mayoritario al llamado "principio de irregresividad" debe entenderse como una obligación para el legislador en cuanto a "no retroceder" en materia de derechos sociales e, incluso, de marchar gradual y decididamente en el sentido de una mayor protección. Este argumento resulta decisivo cuando se comparan los derechos que el trabajador tenía antes y después de la entrada en vigencia de la LRT.

Como se dejara expresado en los párrafos precedentes, el pronunciamiento no implica el fin del sistema, ya que las ART deben seguir otorgando las prestaciones que dispone el sistema

[4] Fallos 308:1160; 308:1118; y 308:1109, respectivamente.

especial y continuar con sus tareas de prevención y denuncia, sino el restablecimiento de dos tipos de cobertura: la tarifada a cargo de la ART o el empleador autoasegurado; y la integral a cargo del empleador, cuando correspondiese. En suma, se recurre a la figura del cúmulo, quedando obligada la ART a otorgar la cobertura contratada por la empresa, pero agregando además un adicional a cargo del empleador, consistente en la diferencia según la reparación calculada por aplicación de las normas del Código Civil.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "Donamaría, Eduardo O. v. Cargill SA y otro s/accidente" (15/6/2004), consideró descalificable la sentencia que confirmó el rechazo de la demanda sin tener en cuenta los argumentos sostenidos por el recurrente, en el sentido de que resultaba inaplicable al caso el precedente de la propia Corte "Gorosito" en que se fundó el fallo de la primera instancia, disponiendo el necesario análisis de la cuestión.

## 21. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso "Díaz" (7/3/2006) y "Ávila Juchami" (28/3/2006)

A la doctrina judicial sentada por la Corte sobre la inconstitucionalidad del art. 39, LRT (fallo "Aquino"), cabe agregar el voto de la ministra Carmen M. Argibay en la causa "Díaz, Timoteo Filiberto v. Vaspia SA" (Corte Sup., 7/3/2006), de sustancial analogía con los fundamentos de "Aquino".

En el caso, un trabajador había sufrido un accidente en una fábrica de válvulas y repuestos donde prestaba servicios, se había reclamado la reparación del daño padecido con fundamento en las normas del Código Civil, imputando el infortunio al riesgo o vicio de la cosa productora del daño, una máquina "readaptada" por el empleador que omitió la colocación de los elementos de seguridad necesarios.

La Dra. Argibay sostuvo que la veda expresamente establecida en el art. 39, que prohíbe la posibilidad de que los empleados demanden a su empleador por su responsabilidad civil salvo el caso de que éste hubiese actuado con dolo, vulnera los derechos constitucionales plasmados en los arts. 14 bis, 16, 18 y 19, CN, y es —consecuentemente— inconstitucional en abstracto.

Así, expresó que "a diferencia de lo postulado en el precedente 'Gorosito', considero que el art. 39.1, LRT, no puede ser presentado como una norma en principio constitucional, en la medida en que su letra desconoce la regla según la cual todas las personas tienen derecho a la protección de las leyes contra la interferencia arbitraria o ilegal de terceros en sus vidas o en el ejercicio de sus derechos (arts. 18 y 19, CN). Esta línea argumental está presente en el voto que lidera el fallo 'Aquino' y será la que seguiré para justificar mi adhesión a esa opinión".

Estableció la necesidad del llamado "derecho a opción", argumentando certeramente que "la ineficacia del sistema del Código Civil se debió a que los daños sufridos por el empleado no siempre eran el efecto de la acción ilícita, dolosa o culposa, del empleador. El sistema del derecho común se orienta a asegurar la libertad negativa o ausencia de interferencia en las acciones de las personas, por lo que, en principio, nadie puede ser sancionado por lo que está permitido. Por eso, hasta 1915, el régimen civil de responsabilidad, que se limitaba a la reparación de los daños causados por la acción antijurídica de las personas, dejaba completamente desamparados a quienes sufrían en su cuerpo los daños de una alta exposición al riesgo de actividades no sólo lícitas, sino socialmente promovidas y provechosas (por ejemplo, la industria)".

Con citas de Pozzo y Devealí, recordó que en una gran cantidad de casos, los accidentes laborales ocurren sin que exista culpa del empleador; antes bien, muchas veces se puede alegar el descuido o cierta imprudencia del trabajador, por lo que la aplicación irrestricta del principio de la responsabilidad generada en la culpa, consagrado por los códigos civiles, entre ellos el

nuestro en su art. 1109, implicaba cerrar las puertas a cualquier pretensión de la víctima a percibir una indemnización de su patrón.

Recordó que estas limitaciones fueron superadas a partir de la sanción de la ley 9688 en 1915, que le ofreció al trabajador una vía alternativa, aclarando que la reparación de los daños sufridos ilícitamente corresponde al derecho que las personas tienen a verse libres y, por ende, protegidas de toda interferencia arbitraria (o ilegal) en el ejercicio de sus derechos, sea que ésta provenga de particulares o del Estado.

Finalmente, asimiló la situación del empleador con la figura del *free rider* [5], puesto que el sistema le permite aprovecharse de la cobertura colectiva o previsional de tales riesgos para enjugar la responsabilidad que le cabe por sus acciones ilícitas.

El 28/3/2006, la Corte falló en el caso "Ávila Juchami, Nicolás Urbano v. Decsa SRL y otro", donde se terminó de alinear la posición de los integrantes del Máximo Tribunal: Petracchi, Zaffaroni, Highton y Argibay se volcaron por la postura inicial de inconstitucionalidad en abstracto del art. 39, LRT, mientras que Lorenzetti y Maqueda mantuvieron la tesitura que habían suscripto en "Aquino".

## 22. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Casos "Rivarola" (11/7/2006) y "Soria" (10/4/2007)

En el primero de los pronunciamientos, la Corte reafirmó la vigencia del principio objetivo que dimana del art. 1113, CCiv., señalando que "cuando el fallecido es un trabajador dependiente y el hecho que produjo el daño cuya indemnización se demanda ocurrió en ocasión y lugar del servicio laboral que aquél prestaba a su empleadora, no puede prescindirse, a los fines de la apreciación de la responsabilidad, del principio objetivo que emana del art. 1113, párr. 2°, CCiv., y en ese marco basta que el damnificado pruebe el daño y el contacto con la cosa dañosa para que quede a cargo de la demandada, como dueño o guardián del objeto riesgoso, demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder" (Corte Sup., 11/7/2006, "Rivarola, Mabel v. Neumáticos Goodyear SA", R 1738 XXXVIII)

En "Soria" (Corte Sup., 10/4/2007, "Soria, Jorge Luis v. Ra y Ces SA y otro", S 1458 XXXIX) resolvió sobre la posibilidad de condenar en los términos del art. 1074, CCiv., a la ART ante sus incumplimientos. Se trataba de un caso en el cual el juez de primera instancia había hecho lugar al reclamo del trabajador por los daños sufridos a consecuencia de un accidente laboral por el riesgo o vicio de la cosa y condenado a la empleadora en los términos del art. 1113, CCiv., y a la ART por no cumplir con las obligaciones impuestas por la ley 24.557 (art. 1074, CCiv.). Posteriormente, la sala 1ª revocaría la condena que pesaba sobre la aseguradora por falta de una causal adecuada o condición relevante del resultado dañoso. Contra tal pronunciamiento la actora interpuso recurso extraordinario, que fue admitido y culminó con la condena a la ART en los términos del art. 1074, con voto dividido.

La mayoría (ministros Highton de Nolasco, Zaffaroni, Maqueda y Petracchi) expresó —con criterio que comparto— que "toda vez que la absolución de la ART se basó exclusivamente en descartar la relación de causalidad entre el daño y la conducta de aquélla en la observancia de sus obligaciones, resulta evidente que este desenlace no pudo ser alcanzado, válidamente (art. 18, CN), sin el previo examen de las circunstancias de hecho propias de la causa. Atento el carácter eminentemente fáctico el punto en juego, mal puede entenderse que la señalada ausencia de motivación quede saneada por la remisión a dos pronunciamientos de la Cá-

[5] En inglés, el concepto hace referencia a la situación en la cual, frente a la provisión de un bien público —respecto del que no existe posibilidad de exclusión de terceros en su disfrute—, alguien goza de sus beneficios sin incurrir en sus costos, convirtiéndose, por ende, en un "colado".

mara, máxime cuando ésta concierne a otros litigios y no se indica, siquiera, el nexo que mediaría entre éstos y el presente".

También que "cabe precisar que, dados los términos en que se expidió en el *sub examine*, no podría interpretarse que el *a quo* ha sostenido, con alcance general, que cualquiera fuese el incumplimiento de la aseguradora de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos derivados del trabajo, ello nunca podría constituir la causalidad jurídica computable a los fines de su responsabilidad. Más aún, de entenderse lo contrario, debería admitirse que el sentenciante incurrió en un apartamiento palmario del derecho que juzgó aplicable, al consagrar, mediante tal enunciado, una suerte de exención de responsabilidad civil, absoluta y permanente, de las aludidas empresas en el marco obligacional indicado. Al respecto es insoslayable subrayar que uno de los 'objetivos' que caracteriza a la ley 24.557, es 'reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención' de los riesgos mencionados (art. 1.2.a), a lo que suma haber emplazado a los entes aseguradores, entre otros sujetos, como 'obligados a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente' dichos riesgos (art. 4.1; asimismo: art. 31.1). El decreto reglamentario de la ley, 170/1996, a su turno, es más elocuente en este terreno (vgr., arts. 18, 19, 20 y 21; asimismo: arts. 28 y 29)".

Por su parte, el voto en minoría (Lorenzetti y Fayt) se fundó en argumentar que la ley 24.557 establece que la ART está obligada a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos laborales, siendo ésta una finalidad prioritaria, "...tanto de la ley como del sistema en general, la prevención de los accidentes y la reducción de la siniestralidad (art. 1°, ítem 2°, ap. a], ley 24.557) y por ello se obliga a las aseguradoras de riesgos del trabajo a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo y se las habilita para que se incluya en el contrato respectivo los compromisos de cumplimiento de la normativa sobre higiene y seguridad pactados entre la aseguradora y el empleador (art. 4°, ítem 1°, párr. 1°)".

"El deber de prevención eficaz implica conductas específicas de asesoramiento (dec. 170/1996), de control de las medidas sugeridas, y de denuncia de los incumplimientos en que incurra el empleador por ante el ente de superintendencia. El incumplimiento al referido deber legal tiene consecuencias específicas dentro del aludido microsistema normativo, siendo legítimo que se carguen a la aseguradora los riesgos derivados de una previsión ineficaz, ya que su obligación está descripta con precisión y es congruente con el límite indemnizatorio, todo lo cual permite el aseguramiento. Pero cuando se ejercita la opción por la acción de derecho común, debe aplicarse el régimen indemnizatorio previsto en el Código Civil. Ello es así, porque un mismo hecho dañoso puede dar lugar a acciones diversas que el derecho pone a disposición de la víctima, de carácter penal, civil o laboral... Entre las pretensiones con finalidad resarcitoria del daño causado, debe distinguirse aquella que, fundada en el sistema de riesgos del trabajo tiene una lógica legislativa transaccional, puesto que facilita la acción al establecer presunciones de autoría y causalidad, pero limita la indemnización a los fines de facilitar la asegurabilidad".

"En cambio, la acción civil se basa en la exigencia de la prueba de los presupuestos de su procedencia y, como contrapartida, hay reparación plena. También en este último campo hay diferencias ostensibles entre una acción fundada en el ámbito contractual o extracontractual, o si se invocan daños causados al trabajador por una cosa, por el ambiente o por un producto elaborado. Frente a este amplio panorama, el derecho puede permitir la opción entre diferentes regímenes legales, o la acumulación, supuesto en el cual la víctima puede promover una acción y utilizar las reglas de otras si le resultan convenientes... Una vez que el actor selecciona la acción, el juez puede delimitar la pretensión calificándola, es decir, eligiendo la norma aplicable frente a los hechos expuestos, pero no puede sustituirlo en la decisión que el legislador dejó en el ámbito de su facultad. El juicio de calificación no puede afectar los derechos del debido proceso,

cambiando por vía pretoriana la pretensión que ya ha contestado la demandada, ni tampoco utilizar reglas pertenecientes a distintos ámbitos desarticulando la lógica de la ley".

"Esta Corte ha señalado con vigor que la protección del trabajador y la igualdad constitucional no pueden ser limitadas de modo que el derecho se frustre, y por esta razón es que se declaró la inconstitucionalidad del art. 30.1 de la Ley de Riesgos del Trabajo y se habilitó la acción civil (causa 'Aquino', registrada en Fallos 327:3753). Pero una vez que se opta por esa acción, debe aplicarse el régimen del Código Civil y no es admisible la acumulación de un sistema basado en la seguridad social con uno civil, en distintos aspectos y según convenga en el caso".

"El derecho vigente no permite esa vía y la misma tampoco es razonable al fracturar todo esquema de previsibilidad". Finalmente, señalaron que "aun cuando se afirme que el Estado ha delegado en las aseguradoras de riesgos del trabajo el control de policía, tampoco puede derivarse de ello la responsabilidad, ya que el Estado no responde por los accidentes de este tipo. No hay en el derecho vigente una responsabilidad civil del Estado por todos los accidentes en los cuales se verifique una omisión de control abstracta, sin que se acredite el nexo causal. Por otra parte, el Estado nacional no puede delegar un poder de policía estatal que recae sobre las provincias (art. 126, CN)".

## 23. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso "Busto" (17/4/2007)

En el pronunciamiento "Busto, Juan Alberto v. QBE Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA", el 17/4/2008, la Corte avaló la responsabilidad civil de las ART, mediante el silencio, al rechazar el recurso de queja presentado por la aseguradora y avalando el fallo de la sala 7ª de la Cámara Nacional del Trabajo que había responsabilizado civilmente a la aseguradora. Sólo el voto del ministro Lorenzetti fue disidente, con fundamento en cuestiones de previsibilidad sistémica.

En el caso, la sala 7ª de la Cámara Nacional del Trabajo había considerado civilmente responsable a QBE, previa declaración de inconstitucionalidad del régimen de riesgos del trabajo, atribuyéndole falta de control en seguridad e higiene de sus asegurados y en protección del trabajador; la decisión fue recurrida por la damnificada, entendiendo que el decisorio era arbitrario por mezclar dos tipos de sistemas de responsabilidad, creando el tribunal una norma inexistente en el derecho positivo.

El recurso fue desestimado por aplicación del art. 280, CPCCN.

En su disidencia, el Dr. Lorenzetti expuso que la sala 7ª había confundido dos tipos de presupuestos de la responsabilidad que se encuentran separados uno del otro y cuyas reglas son incompatibles. De todos modos, reafirmó la inconstitucionalidad del art. 39, LRT, pero aclarando que una vez elegida esa vía debe aplicarse en su totalidad dicho plexo normativo (el civil), que con una mayor amplitud reparatoria conlleva también una mayor exigencia probatoria. Así, al decir del ministro, amalgamar los distintos universos normativos es violatorio de "todo el esquema de previsibilidad".

## 24. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Casos "Llosco" (12/6/2007) y "Cachambí" (16/6/2007)

En el caso "Llosco, Raúl v. Irmi SA" (12/6/2007), y su análogo "Cachambí, Santos v. Ingenio Río Grande SA" (de igual temática y tribunal de origen), la Corte Suprema dejó sin efecto la sentencia del Superior Tribunal de Jujuy que, confirmando la de anterior instancia, había rechazado la demanda que pretendía obtener el cobro de la reparación integral por acciden-

te de trabajo. El tribunal había sentado su decisión básicamente en dos pilares: 1) que el trabajador ya había percibido previamente las reparaciones sistémicas de parte de la ART; y 2) la veda impuesta por el art. 39, LRT, que imposibita la acción civil salvo en el supuesto del art. 1072, CCiv. Así, sostuvo que aceptar las indemnizaciones tarifadas había implicado un típico acto de sometimiento voluntario al régimen de la LRT contra el que no podía luego volverse sin ponerse en contradicción con su conducta anterior (en una variante de la "teoría de los actos propios").

Se trata de pronunciamientos relevantes porque no sólo la Corte desestima la posibilidad de aplicar la teoría de los actos propios en lo referente al trabajador siniestrado, sino también porque establece el límite de la responsabilidad del empleador y de la aseguradora, que había quedado desdibujada como consecuencia de distinta doctrina y jurisprudencia en los últimos años (a partir del controvertido fallo "Gorosito").

La doctrina de "Llosco" y "Cachambí" parte del concepto que fuera señalado desde temprano por la doctrina a partir de la sanción misma de la ley 24.557 [6] en cuanto a que el sistema instaurado a partir de la vigencia de la LRT excede la intención de fijar una reparación tarifada, dirigiéndose principalmente a sustituir la figura del deudor en materia de accidentes de trabajo (cumplimentado el deber de afiliarse a una ART, el empleador se desliga del deber de reparación).

Por lo tanto, al haberse reafirmado en "Aquino" el derecho a la reparación integral y la responsabilidad del empleador (previa declaración de inconstitucionalidad del art. 39, LRT), aquí la Corte fija los límites de la responsabilidad de las aseguradoras.

Señala que la aseguradora debe hacerse cargo hasta el límite de la póliza (la propia ley define las prestaciones a cargo ante una contingencia cubierta), mientras que el empleador debe hacerse cargo de todas las consecuencias que el seguro no cubra. En igual sentido, si el trabajador invoca y prueba daños no resarcidos y/o cubiertos por el seguro por no estar contemplados en el subsistema, podrán ser demandados al empleador.

En suma, la víctima puede percibir las sumas que le corresponden en virtud de la ley 24.557 a cargo de la aseguradora, y al mismo tiempo accionar contra el empleador por la reparación integral (todo lo que la cobertura sistémica no hubiese cubierto), en una suerte de doble vía dirigida contra diferentes deudores, que la víctima puede transitar en forma simultánea (se percibe la reparación que corresponda según la LRT de parte de la ART y luego se acciona contra el empleador reclamando la diferencia entre lo percibido y lo que entienda le corresponde según el derecho común).

En materia procesal, surge el interrogante acerca de a quién le corresponde traer a autos a la ART en una acción civil; esto es, si debe codemandarla el trabajador o debe el demandado citarla en garantía o en calidad de tercero. Al respecto, cabe recordar que nada impide, desde el punto de vista jurídico, que el trabajador demande únicamente al empleador, por lo que si el demandado pretende que el seguro cubra la contingencia hasta los límites legales, será él quien habrá de peticionar su citación en calidad de tercero; desde el punto de vista estrictamente técnico-jurídico, no se trata de una "citación en garantía", más allá de que las ART suelen aceptar la citación hasta los límites de la LRT. También cabe la posibilidad de una posterior acción de repetición o de regreso.

Respecto de la aplicación de la teoría de los actos propios a la decisión del trabajador de percibir las reparaciones sistémicas, la Corte señaló que el tránsito previo del trabajador por el

[6] Ver el punto siguiente de este capítulo y el artículo de HIERREZUELO, Ricardo D. - AHUAD, Ernesto J., "Validez constitucional de la Ley sobre Riesgos del Trabajo. Proyectos de reforma", *Revista Laboral de la SADL*, nro. 4, 1998.

sistema (comisiones médicas y cobro de prestaciones) no supone un impedimento para reclamar luego la reparación civil al responsable del daño.

Al respecto, cabe recordar que atento el diseño legal de la LRT, no existe "opción" alguna por parte del trabajador, dado que "no media voluntario acatamiento a un régimen jurídico, que obste a su ulterior impugnación constitucional, cuando no existen opciones legales para no realizar los actos en cuestión... la situación real del trabajador incapacitado que habiendo perdido total o parcialmente la capacidad para continuar procurándose las prestaciones alimentarias, no parece que esté en posición de abstenerse de percibirlas en aras de preservar intacta su acción para demandar la intensa protección que la Constitución Nacional otorga a sus derechos" (voto de la Dra. Highton). Abonando lo anterior, agrega la Corte Suprema que la doctrina de los actos propios supone una identidad en la legitimación pasiva del reclamo que en este caso no se verifica.

### 25. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso "Silva" (18/7/2007)

En el caso "Silva, Facundo Jesús v. Unilever de Argentina", del 18/12/2007, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó un pronunciamiento de la sala 8ª de la Cámara Nacional del Trabajo, y consideró arbitrario ceñir la reparación de una enfermedad profesional a su presencia en el listado taxativo que prevé la reglamentación. Concretamente, en el caso, la patología diagnosticada en la que se basaba la demanda (un cuadro respiratorio crónico) no se encontraba enunciada en ese listado, por lo que la consecuencia jurídica era la falta de responsabilidad en su reparación.

El fallo de la Corte hizo hincapié en la existencia de prueba respecto del ambiente laboral —determinó que era viciado, ante la ausencia de sistemas de aspiración de polvos, humos u olores, y sin los niveles convenientes de renovación del aire respirado— y precisó que "la LRT es incompatible con el orden constitucional, puesto que ha negado todo tipo de reparación al trabajador víctima de una enfermedad que guarda relación de causalidad adecuada con el trabajo, por el solo hecho de no resultar calificada como enfermedad profesional en los términos de dicha norma".

También volvió el más Alto Tribunal a plantear la confrontación entre el régimen especial del derecho laboral y la vía del derecho civil, cuando fijó doctrina en cuanto a que "para la procedencia de la acción del derecho común debe probarse la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil. Por lo tanto, si se demuestra que una enfermedad está vinculada causalmente a un hecho antijurídico, la acción procede con independencia del listado que preveía la Ley de Riesgos del Trabajo, que obedece a un régimen especial, diferente del derecho común". Reafirma en este sentido y amplía la Corte la doctrina del fallo "Aquino", que había habilitado la vía civil para reclamar indemnizaciones superiores a las sistémicas previstas en la ley 24.557.

### 26. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso "Arostegui" (8/4/2008)

En el caso "Arostegui, Pablo Martín v. Omega ART SA y otro", del 8/4/2008, la Corte Suprema —revocando un pronunciamiento de la sala 8ª de la Cámara Nacional del Trabajo— decidió la improcedencia de aplicar fórmulas (en el caso, se había utilizado la fórmula "Vuoto") para calcular el monto de las reparaciones integrales del derecho común, al establecer que "tal criterio de evaluación, por lo reduccionista, resulta opuesto frontalmente al régimen jurídico que pretende aplicar, dada la comprensión plena del ser humano que informa a éste. Al respecto

la doctrina constitucional, esta Corte tiene dicho que 'el valor de la vida humana no resulta apreciable tan sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales, ya que no se trata de 'medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según la capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres' ('Aquino', votos de los jueces Petracchi y Zaffaroni, Maqueda y Belluscio, y Highton de Nolasco, Fallos 327:3753, 3765/3766, 3787/3788 y 3797/3798, y sus citas; y 'Díaz', voto de la jueza Argibay, Fallos 329:473, 479/480, y sus citas)".

En el caso, se había promovido demanda con el fin de obtener, en el marco de la legislación civil, la reparación de una minusvalía laboral, por la que el actor recibía una renta periódica según el sistema de la LRT. La sala 3ª había confirmado la sentencia de primera instancia que había rechazado la pretensión, al sostener la constitucionalidad del art. 39, ley 24.557, por no haberse acreditado que su aplicación comportara la frustración del resarcimiento de los daños a la integridad psicofísica del trabajador o su rehabilitación, conforme los lineamientos del precedente "Gorosito" (utilizando la doctrina de la comparación se había confrontado lo que al trabajador le correspondía dentro del sistema con el resultado que arrojaba la fórmula "Vuoto"). Contra ese pronunciamiento se dedujo el recurso extraordinario cuya denegación motivó la queja.

La Corte Suprema resolvió que "cabe dejar sin efecto el pronunciamiento que rechazó la demanda tendiente a obtener, con base en el Código Civil, una indemnización por los daños derivados de un accidente laboral, pues al multiplicar la renta mensual percibida por el trabajador desde el infortunio hasta la fecha de su jubilación, conforme el sistema tarifado de la LRT —a los efectos de su comparación con los montos que le corresponderían por el derecho común—, soslayó considerar el valor actual de esas rentas futuras". También consignó que "resulta absolutamente inválido —a los fines de apreciar los presupuestos fácticos que habilitan la declaración de inconstitucionalidad del art. 39.1, ley 24.457— el método de sumar, como si fueran valores actuales, cantidades monetarias que el trabajador habrá de percibir en diferentes períodos de tiempo, ya que las cantidades de dinero sólo pueden ser objeto de adición cuando ocurren en el mismo momento".

El Máximo Tribunal tachó de arbitraria la sentencia, señalando que "es arbitraria la sentencia que rechazó la demanda tendiente a obtener, con base en el Código Civil, una indemnización por los daños derivados de un accidente laboral, toda vez que, so color de *restitutio in integrum*, estimó el resarcimiento por el daño material del derecho civil también mediante una tarifa, distinta en apariencia de la prevista en la LRT, pero análoga en su esencia, ya que sólo atiende a la persona humana en su faz exclusivamente laboral, y tal criterio de evaluación, por lo reduccionista, resulta opuesto frontalmente al régimen jurídico que pretende aplicar, dada la comprensión plena del ser humano que informa a éste". En otras palabras, al utilizar la fórmula "Vuoto", se había reemplazado una fórmula por otra, por lo que el daño se seguía calculando sobre la base de una tarifa.

Finalmente, sostuvo que "corresponde descalificar la sentencia que rechazó la demanda tendiente a obtener, con base en el Código Civil, una indemnización por los daños derivados de un accidente laboral, si al limitar su examen a la comparación entre lo que le correspondía percibir por prestaciones dinerarias según el sistema tarifado previsto en el art. 14.2 b, LRT, y los montos concedidos usualmente para reclamos basados en el derecho común, dejó de atender el agravio relativo al carácter desmembrado de la renta periódica, pues dicha modalidad puede consagrar una solución incompatible con el principio protectorio y los requerimientos de con-

diciones equitativas de labor... el fallo contiene una ponderación de la realidad económica que satisface sólo en apariencia el principio de la reparación integral o no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las constancias de la causa u omite el examen de circunstancias relevantes del litigio".

### 27. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso "Torrillo" (31/3/2009)

En "Torrillo, Atilio Amadeo v. Gulf Oil Argentina SA" (31/3/2009) —se trataba de un reclamo de los progenitores de un trabajador fallecido en un incendio en las oficinas donde trabajaba—, la Corte sienta los parámetros que fijan los límites de la responsabilidad civil de las ART.

Estableció que las aseguradoras deben responder civilmente por los daños que sufriere el trabajador como consecuencia de una enfermedad o accidente laboral, siempre que se demuestre el nexo causal entre el daño y una conducta omisiva o deficiente en el cumplimiento por parte de la ART de los deberes legales a su cargo en materia de seguridad e higiene.

La sala 6ª de la Cámara Nacional del Trabajo tuvo por probado que el abrasamiento se produjo debido a que en las instalaciones no se contaba con matafuegos, sensores y alarmas de incendio, y condenó al empleador en los términos de los arts. 1109 y 1113, CCiv., y a la aseguradora sobre la base de lo dispuesto en el art. 1074 del mismo cuerpo legal.

Interpuesto contra ella el recurso extraordinario por la aseguradora La Caja ART SA, la Corte, por mayoría, determinó que el agravio era inadmisible por tratarse de temas relativos al examen de normas de derecho común, ajenas a la instancia federal, y que no existía arbitrariedad, explayándose en sus fundamentos (la minoría compuesta por las Dras. Highton y Argibay rechazó el recurso con invocación del art. 280, CPCCN).

Además, reafirmó la tesis de la responsabilidad civil amplia de las ART, quienes se encuentran legalmente obligadas a desarrollar un rol preventivo eficaz, así como también de control, supervisión y denuncia, ya que se trata de "sujetos coadyuvantes para la realización plena en materia de prevención de accidentes y enfermedades laborales, que es el objetivo principal de la ley".

La Corte Suprema rebatió el argumento muy utilizado por las aseguradoras de que sus deberes se ven limitados por carecer de facultades sancionatorias, al expresar que la responsabilidad de la ART no nace cuando el empleador ejecuta una conducta prohibida en concreto, sino que emerge ante la carencia en la prevención de los incumplimientos, como denunciar ante la SRT los incumplimientos de la asegurada.

El fallo es trascendente porque, a diferencia de los casos "Busto", "Galván" y "Soria", no utiliza la doctrina de la arbitrariedad ni establece tácitamente la responsabilidad civil de la ART, sino que analiza el tema en profundidad, explicando en qué caso es posible una condena en ese sentido, dado que no existe motivo para que una ART (una entidad privada con fines de lucro) quede eximida del régimen de responsabilidad previsto en el Código Civil.

### 28. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Casos "Berti" (23/3/2010) y "Ascua" (10/8/2010)

En el caso "Ascua, Luis Ricardo v. Somisa" (Corte Sup., 10/8/2010), la Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 8°, ley 9688 (texto ley 23.643), que había fijado como tope máximo de la indemnización tarifada por accidente o enfermedad del trabajo "...al importe equivalente que resulte de computar veinte (20) años de de salario mínimo vital y móvil vigente al tiempo de la determinación de la indemnización".

En el consid. 8° del fallo la Corte señala que "...la modalidad indemnizatoria que escoja el legislador para cumplir con la protección constitucional del empleado frente a los daños derivados de accidentes o enfermedades laborales bajo un régimen tarifado —al cual apuntan los textos transcriptos—, no puede válidamente dejar de satisfacer, al menos, la pérdida de ingresos o de capacidad de ganancia de la víctima. Luego, resulta evidente que si bien el art. 8°, ley 9688 (según ley 23.643) atendió, como principio, a la mentada pérdida por medio del cómputo de la reducción del salario de la víctima, impidió, a la postre, que esta finalidad fuese lograda en los supuestos en los cuales, como el de esta controversia, resultó aplicable el importe indemnizatorio máximo que preveía...".

La Corte reafirma la idea de que una adecuada reparación del daño producido al trabajador, para garantizar la protección constitucional de éste, debe contemplar la *pérdida de ingresos o de capacidad de ganancia de la víctima*; y que ese objetivo se alcanza —en el ámbito de la norma especial tarifada— sólo en la medida en que se respete la fórmula básica de la indemnización. Por lo tanto, cuando un cálculo que es de por sí limitado (la fórmula legal tarifada) se ve reducido aún más por imperio de un tope, se termina de alterar la finalidad protectoria y reparatoria de la norma, tornándose una simple cifra arbitraria, que es sólo en apariencia reparatoria.

En materia de topes sistémicos, la Corte Suprema ha resuelto en el caso "Berti" (23/3/2010) que "a los fines de la adecuada solución a la causa, no era suficiente determinar la naturaleza remuneratoria de los rubros en juego como hizo la alzada, ya que resultaba imprescindible elucidar el tema atinente al tope que la normativa —no tachada de inconstitucional— impone a la retribución que debe tomarse como base para el cálculo... se toma prematura la consideración de la validez constitucional del tope remuneratorio previsto por el art. 14, ap. 2°, párr. a, ley 24.557" (consids. 8° y 10), revocando así la declaración de inconstitucionalidad del tope de la sala 7ª de la Cámara Nacional del Trabajo porque no considera suficiente determinar la naturaleza remuneratoria de los ingresos del trabajador, porque rige el art. 12, LRT, el que no fuera tachado de inconstitucional por el reclamante ni por la Cámara; por lo tanto, hay que limitarse al cómputo de ese límite. Se trataba de un jugador de fútbol de primera división, portador de una incapacidad del 65% de la total obrera, con un salario mensual de $ 23.718,15 (incluidas primas y premios), cuyo tope estaba establecido en $ 110.000 (accidente del 20/11/1997; dec. 559/1997) (Corte Sup., 23/3/2010, "Berti, Alfredo Jesús v. Asociación Civil CA Boca Juniors").

## III. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS A LA LRT. DECS. 1278/2000, 410/2001 Y 1694/2009

### 1. Decs. 1278/2000 y 410/2001

Sin perjuicio de haber hecho referencia a los cambios introducidos por el dec. 1278/2000 al tratar los distintos aspectos de la LRT, por considerarlo metodológicamente conveniente, seguidamente se enumeran las principales modificaciones.

El PEN, mediante el dec. 1278/2000 del 28/12/2000 (BO del 3/1/2001) —de necesidad y urgencia— que entró en vigencia el 1/3/2001, modificó algunos institutos de la ley 24.557: el listado taxativo de enfermedades profesionales y el procedimiento establecido para su modificación, la cuantía de las prestaciones dinerarias y su modalidad de pago y los derechohabientes del trabajador.

De todos modos, se mantiene la imposibilidad del trabajador de acceder a una reparación por la vía civil y subsisten las facultades de las comisiones médicas para decidir cuestiones no médicas y la competencia de la justicia federal para entender en estos casos, resultando incom-

patible con un Estado de derecho el sistema procesal del dec. 717/1996, como la asignación de competencia a las comisiones médicas.

Además, sigue resultando un inconveniente lograr compatibilizar los fines de lucro de las ART con el cumplimiento de funciones típicamente estatales, como son las de policía del trabajo (inspección, control y verificación de infracciones a las normas de higiene y seguridad en el trabajo), y con el otorgamiento de prestaciones asistenciales y económicas que podrían afectar el objetivo económico de estas sociedades.

*Principales cambios*. Las *principales modificaciones* que introdujeron los decs. 1278/2000 y 410/2001 a la LRT fueron las siguientes:

1) Aumenta la base de cálculo del salario para determinar las indemnizaciones para las incapacidades de hasta el 50% (se toma el 100% del salario). El coeficiente que determina esas indemnizaciones se eleva de 43 a 53.

2) Para las incapacidades superiores al 50% y hasta el 65%, la renta mensual se calcula sobre el 100% del salario (en lugar del 70%) multiplicado por el porcentaje de incapacidad. Asimismo, se le debe pagar al trabajador al contado una suma de $ 30.000.

3) Para las incapacidades superiores al 65%, el pago al contado es de $ 40.000, y el coeficiente que determina la renta mensual se eleva de 43 a 53.

4) En caso de muerte, el pago al contado para los derechohabientes es de $ 50.000, y también se modifica el coeficiente de la renta mensual.

5) En los casos de muerte del trabajador soltero o sin hijos menores de 21 años, los padres cobran en partes iguales las prestaciones en dinero, y si hubiera fallecido uno de ellos es percibida íntegramente por el otro. En caso de fallecimiento de ambos padres, la prestación corresponde, en partes iguales, a aquellos familiares del trabajador fallecido que acrediten haber estado a cargo.

6) Por estos cambios, las ART pueden aprobar un nuevo régimen de tarifas, modificando las alícuotas vigentes, previa autorización de la Superintendencia. Una vez aprobado dicho régimen, se aplica a los contratos en vigencia.

El empleador afiliado no puede exigir a la ART el mantenimiento de la alícuota establecida en el contrato, pero tiene derecho a rescindir el contrato y traspasarse a otra ART. Esto provocó un aumento de las tarifas, las cuales se elevaron del 1,43% promedio de la masa salarial al 2%, aproximadamente.

Las modificaciones introducidas por el decreto, en términos generales, fueron acertadas y han corregido varias de las falencias que formularon, desde la sanción de la LRT, la doctrina y la jurisprudencia, especialmente en lo atinente a las prestaciones dinerarias y los derechohabientes; y parcialmente ha recogido las críticas al listado de enfermedades profesionales.

Sin embargo, otras de las objeciones al esquema de la ley 24.557 —por ejemplo, la opción por la vía civil, las facultades de las comisiones médicas— no han sido corregidas, por lo cual el sistema sigue siendo cuestionable.

Esto sin perjuicio de destacar que la vía del DNU para introducir las reformas resulta de dudosa procedencia, máxime si se toma en consideración que se trata de una ley que entró en vigencia el 1/7/1996 y que han sido presentados una gran cantidad de proyectos de reforma en el Congreso nacional.

Concretamente, los considerandos del decreto, luego de enumerar los que considera aciertos del régimen de la LRT, destaca la existencia de reclamos legítimos relativos a aspectos regulados por el sistema —que tuvieron favorable acogida por tribunales de diversas jurisdicciones del país, cuyas sentencias cuestionaron a la LRT en relación con las garantías constitucionales— que colocaron a los justiciables y a los trabajadores y empresarios en situación de incertidumbre sobre sus derechos. Considera que alguno de estos aspectos pueden ser atendidos mejorando las prestaciones que se otorgan a los trabajadores damnificados.

## 2. Dec. 1694/2009 (BO del 6/11/2009)

Mediante el dec. 1694/2009, emitido el 5/11/2009 y publicado en el Boletín Oficial el 6/11/2009, se introdujeron modificaciones parciales en el régimen de las prestaciones dinerarias: se incrementaron los montos de las prestaciones por incapacidad permanente parcial (IPP), se modificaron los métodos y la base de cálculo y se suprimieron los topes, reemplazándolos por pisos mínimos.

También se dispuso la creación de un Registro de Prestadores Médico Asistenciales, el pago de prestaciones a través de cuentas bancarias y medidas relativas a la gestión y cobertura de las prestaciones, y para la aprobación de líneas de seguro por responsabilidad civil por accidente de trabajo y enfermedades laborales. Otros puntos a destacar son la equivalencia del valor del módulo provisional, la actualización del monto del haber mínimo garantizado y la aplicación del art. 208, LCT, durante la situación de provisionalidad de las incapacidades.

De los considerandos del decreto se desprende sin hesitación que se trata de una norma coyuntural (como lo fue en su momento el dec. 1278/2000), que apunta a mejorar algunos de los aspectos más cuestionados de una normativa polémica, con miras a una ulterior reforma definitiva del régimen. Se hace referencia a que el sistema de la LRT "evidenció su imperfección estructural como instrumento de protección social"; también se invoca expresamente la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos "Aquino", "Castillo" y "Milone", lo que implica que los redactores de este nuevo decreto no olvidan la existencia de cuestionamientos constitucionales que —si bien no todos han sido receptados en la nueva normativa— deben ser solucionados en una futura Ley de Accidentes Laborales y de Seguridad e Higiene.

En lo que hace al incremento de los montos indemnizatorios, el cap. I, denominado "Incremento de los montos de las prestaciones dinerarias", consta de seis artículos. El art. 1° eleva las sumas de las compensaciones dinerarias adicionales de pago único del art. 11, inc. 4°, aps. a), b) y c), ley 24.557, y sus modificaciones, a $ 80.000, $ 100.000 y $ 120.000, respectivamente.

El art. 2° suprime los topes legales vigentes hasta ese momento (arts. 14, inc. 2°, aps. a] y b], y 15, inc. 2°, último párrafo) y los arts. 3° y 4° fijan pisos mínimos ($ 180.000 por el porcentaje de incapacidad) *para diversos supuestos previstos en los arts. 14*, inc. 2°, aps. a) y b) y 15, LRT (inc. 2°).

El art. 5° fija en la suma de $ 2000 la prestación adicional de pago mensual prevista en el art. 17, inc. 2°, ley 24.557. El art. 6° equipara el cálculo de las prestaciones dinerarias por incapacidad laboral temporaria (ILT) o permanente provisoria (ILPP) (art. 11, inc. 2°, LRT) con lo establecido en el art. 208, LCT.

En materia de prestadores médicos, establece su registro (cap. II) al disponer la creación, en el ámbito y bajo la administración de la SRT, del "Registro de Prestadores Médico Asistenciales de la Ley de Riesgos del Trabajo", en el que deberán inscribirse los prestadores y profesionales médico-asistenciales, incluyendo las obras sociales a que hace referencia el art. 26, inc. 7°, LRT.

También dispone que la SRT establecerá la información que deberá incluirse en el mencionado registro y relevará la estructura y la complejidad de los establecimientos de los prestadores y profesionales médico-asistenciales que brinden servicios para una ART o un empleador autoasegurado, con el fin de determinar si se encuentran en condiciones de otorgar las prestaciones previstas en la ley 24.557, con los estándares mínimos de calidad y especialidad requeridos en la materia, como condición de permanencia. Los distintos actores del sistema de riesgos del trabajo, por sí o por quienes legalmente los representan, se encuentran facultados para tener acceso a la nómina de prestadores y profesionales inscriptos en el registro. La inscripción no releva a los prestadores profesionales y obras sociales de contar con las matrículas y habilitaciones que la autoridad sanitaria y municipal que correspondan requieran.

La gestión y cobertura de las prestaciones del sistema están reglamentadas en el cap. IV, denominado "Medidas relativas a la gestión y cobertura de las prestaciones del sistema de riesgos del trabajo", donde se encomienda a la SSN y a la SRT el dictado de las disposiciones necesarias a tal fin.

*Prestaciones dinerarias. Aspectos complementarios.* Ellos están contenidos en los arts. 8° a 11, ubicados en el cap. III, dec. 1694/2009, denominado "Disposiciones sobre el pago de prestaciones dinerarias".

El art. 8° dispone textualmente: "Exclúyese del impuesto sobre los créditos y débitos en cuentas bancarias y otras operatorias establecido en la ley 25.413 y sus modifs., a los pagos que en concepto de prestaciones dinerarias de la ley 24.557 y sus modificaciones, perciban los damnificados como consecuencia de una contingencia laboral"; mientras que el art. 9° autoriza al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social "a establecer el pago de las prestaciones dinerarias que determina la ley 24.557 y sus modifs., en cuentas bancarias abiertas a nombre de cada damnificado, de conformidad con la reglamentación vigente en la materia y a regular las situaciones especiales que por el carácter de la prestación o su complejidad no permitan o dificulten la aplicación plena de este sistema".

El decreto dispone en el art. 15, a los efectos del art. 32, ley 24.557, y sus modifs., la equivalencia del valor Mopre en un 33% del monto del haber mínimo garantizado, conforme lo previsto en el art. 13, ley 26.417, y que la SRT deberá publicar el importe actualizado que surja de aplicar la equivalencia referida en el párrafo anterior, en cada oportunidad en que la Anses proceda a actualizar el monto del haber mínimo garantizado, de conformidad con lo previsto en el art. 8°, ley 26.417.

En cuanto al ámbito temporal de aplicación, el art. 16 establece que las disposiciones del dec. 1694/2009 entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial (ocurrida el 6/11/2009), y que se aplicarán a las contingencias previstas en la ley 24.557 y sus modifs., cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha.

*Dec. 1694/2009: ILT e ILPP con base en el art. 208, LCT.* El art. 6° dispone que "las prestaciones dinerarias por incapacidad laboral temporaria o permanente provisoria mencionada en el art. 11, inc. 2°, se calcularán, liquidarán y ajustarán de conformidad con lo establecido por el art. 208, LCT".

De lo transcripto surge que las prestaciones por ILT e IPP se reajustan con los mismos criterios del art. 208, LCT, no pudiendo ser inferiores a la que hubiese percibido el trabajador de no haberse producido el infortunio.

Para los pagos efectuados durante estos períodos han de tenerse en consideración todas las remuneraciones principales y accesorias, fijas y variables, incluidos los viáticos, premios, primas, horas extras, adicionales, bonificaciones, salario en especie, asignaciones de convenio, etcétera.

*Res. SRT 983/2010 (BO del 24/9/2010).* Complementando lo anterior, el art. 1° de la norma bajo análisis dispone que "las prestaciones dinerarias en concepto de incapacidad laboral temporaria (ILT) y permanente provisoria (ILPP), se calcularán, liquidarán y ajustarán, en ambos supuestos, conforme a las pautas dispuestas por el art. 208, Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias. Para determinar el monto de las aludidas prestaciones dinerarias, el término remuneración a que se refiere el precitado artículo, incluye la totalidad de los conceptos que debió percibir el damnificado al momento de la primera manifestación invalidante (PMI), sin tener en cuenta el tope máximo de remuneraciones sujetas a aportes que estipula la ley previsional".

La prestación dineraria que se devengue deberá incluir la parte proporcional del SAC (art. 2°), y el art. 3° dispone que "en los casos en que los damnificados en situación de incapacidad laboral temporaria o permanente provisoria hayan perdido el vínculo laboral con el em-

pleador por cualquier causa, los obligados al pago de las prestaciones dinerarias, respecto de los incrementos producidos en las remuneraciones que le hubieren correspondido al trabajador por cualquiera de las modalidades que refiere el art. 208, ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, deberán tener en cuenta lo que estipula el párr. 2°, art. 6°, dec. 1694, de fecha 5/11/2009 (SIPA)".

En el caso de la ILT, no existen dudas en cuanto a que la percepción de la prestación de pago mensual equivaldrá al valor total del ingreso base, que ahora se calcula y se ajusta de acuerdo con el art. 208, LCT, y no con el criterio de salario previsional originalmente previsto en el art. 12 de la ley.

Sin embargo, en relación con las incapacidades permanentes provisorias parciales superiores al 50% e inferiores al 66%, y las totales superiores al 66%, se presenta una duda interpretativa, pues el art. 14.1, LRT, dispone que mientras "dure la situación de provisionalidad de la incapacidad laboral permanente parcial, el damnificado percibirá una prestación de pago mensual cuya cuantía será igual al valor mensual del ingreso base multiplicado por el porcentaje de incapacidad", y el art. 15.1 dispone que, durante la provisionalidad, "el damnificado percibirá una prestación de pago mensual equivalente al 70% del valor del IBM".

Considero que aquí también se ha sustituido el criterio original por el de la movilidad del art. 208, LCT (art. 11, inc. 2°).

Lo mismo cabe afirmar respecto de la incapacidad permanente provisoria, ya que a partir de la entrada en vigencia del dec. 1694/2009, se ha modificado el sistema de cálculo de las prestaciones provisorias conforme al régimen de enfermedades inculpables.

El decreto sostiene que las prestaciones se calcularán, liquidarán y ajustarán de conformidad con lo establecido por el art. 208, LCT, lo que significa una modificación tácita de la LRT en la estimación originaria de las prestaciones provisorias.

*Extinción del contrato de afiliación. Requisitos formales*: el dec. 334/1996, en su art. 18, establece que la cesación del contrato de afiliación ocurre ante la falta de pago de pago de *dos* cuotas, siempre que medie intimación previa. Además, corresponde en estos casos comunicar la novedad a la SRT y a la asociación sindical respectiva.

Por lo tanto, si el empleador omitiese el pago de dos cuotas mensuales —pueden ser consecutivas o alternadas—, o cuando la acumulación de su deuda total equivaliese al valor de dos cuotas, la aseguradora queda facultada para extinguir el contrato de afiliación.

Para efectivizar la baja es necesario —como requisito previo a la extinción del contrato— intimar fehacientemente el pago de las sumas adeudadas en un plazo no inferior de quince días corridos. Una vez vencido el plazo otorgado (quince días o más), la aseguradora puede proceder a extinguir el contrato de aseguramiento, debiendo para ello efectuar una nueva comunicación anunciando la ruptura. Ésta se hará efectiva a partir de la primera hora del día hábil inmediato posterior a la recepción.

Sin perjuicio de lo antes apuntado, de todos modos la ART tiene el deber legal de continuar otorgando prestaciones en especie —con los alcances previstos en el cap. V de la ley 24.557— en relación con todas las contingencias acontecidas dentro de los dos meses posteriores a la extinción, siempre y cuando el trabajador involucrado hubiese denunciado la contingencia dentro de los diez días de vencido dicho plazo. La aseguradora podrá repetir el costo de estas prestaciones sistémicas del empleador.

Distintos pronunciamientos, siguiendo los lineamientos del derecho constitucional plasmado en la doctrina de la Corte Suprema, han decretado la inconstitucionalidad del dec. 334/1996, en cuanto se trata de una norma de reglamentación que acota la cobertura al otorgamiento de las prestaciones en especie, ya que sin motivo, causa o justificación, anula las prestaciones dinerarias previstas por la ley, todo lo cual, en definitiva, resulta perjudicial para el tra-

bajador damnificado. En otras palabras, introduce una separación donde la ley no disgrega y, por ende, torna inconstitucional por exceso reglamentario y alteración del orden de prelación de las normas de rango superior (arts. 31, 99, inc. 2°, CN) (sala, 14/7/2010, "Carrizo, Carlos Alberto v. Liberty ART").

*Los topes en la LRT*: si bien los topes han sido dejados de lado por la entrada en vigencia del dec. 1694/2009, lo cierto es que aún existe una importante cantidad de casos por resolverse, en los cuales —atento la fecha del siniestro, de toma de conocimiento o del alta— éste no se aplica (acontecidos durante la vigencia de los montos indemnizatorios según dec. 1278/2000).

Sobre el particular, parte de la doctrina sostiene que estos topes carecen de razonabilidad, al limitar indemnizaciones ya tarifadas, destinadas a reparar el daño en su aspecto estrictamente laborativo (recordemos que toman en consideración el salario, el tiempo de vida útil y el grado de incapacidad, por lo que es inverosímil que reparen otra cosa que no sea la incapacidad laborativa y/o el lucro cesante en relación con el trabajo).

Existe, en consecuencia, una extralimitación en la función tarifaria, ya que el tope se convierte en una traba que termina afectando el derecho constitucional de propiedad; ello, sin entrar a considerar que incluso esos topes (fijados en el año 2000) han quedado seriamente desconectados de la realidad, atento el profundo cambio en las condiciones económicas.

*Aplicación del dec. 1694/2009 a eventos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia*: se ha sostenido la posibilidad de reclamar la aplicación del decreto en cuestión a aquellos siniestros ocurridos con anterioridad, pero no cancelados a la fecha de entrada en vigencia de la norma, ya que ello no supondría la aplicación retroactiva de la ley (art. 3°, CCiv.) ni afectaría el derecho de propiedad de las empresas obligadas del sistema.

De hecho, en los mismos considerandos del decreto se admite que el régimen de prestaciones económicas de la LRT no resultaba suficiente, indicándose la necesidad de dictar aquellas "medidas que permitan proteger a las víctimas".

Autores como Livellara y Toselli han señalado que el art. 16 resulta intrínsecamente inconstitucional, por desatender la realidad que se pretende amparar, por lo que la norma difícilmente supere el test de razonabilidad a la luz de la jurisprudencia actual de la Corte Suprema.

Por mi parte, en la causa "Pérez Hoyos, Irene M. v. ART Interacción s/amparo", del 30/6/2010 (Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n. 66), decidí la aplicación analógica del dec. 1694/2009 a un accidente ocurrido con anterioridad a su entrada en vigencia, señalando que "la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir en modo alguno de la *ratio legis* y del espíritu de la norma. La hermenéutica de la ley debe integrarse a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de sus textos, conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, o arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o desemboque en consecuencias concretas notoriamente disvaliosas... La jurisprudencia tiene dicho que aplicar la ley en modo alguno puede devenir en una tarea mecánica, porque ello es incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos y otros no se compadece con la misión de administrar justicia... Lo resuelto (esto es aplicación analógica y por criterio de equidad de los parámetros del dec. 1694/2009 al caso que nos ocupa) torna abstracto expedirme sobre la constitucionalidad del tope del sistema ($ 180.000) al momento de los hechos". Resulta aplicable la doctrina sentada por la Corte en los fallos "Camusso" (21/5/2006), "Gómez de Vé-

lez" (28/5/1976), "Arcuri Rojas" (3/11/2009), donde el Máximo Tribunal aplicó —por diversos motivos— una norma posterior a hechos producidos con anterioridad a su vigencia.

*Ley 26.425. Intransferencia a la Anses de las rentas de la LRT. Vigencia de las compañías de seguro de retiro*: jurisprudencialmente se ha resuelto que "de la atenta lectura de las disposiciones de la ley 26.425 (Sistema Integrado Previsional Argentino, SIPA), cabe concluir que la transferencia de fondos de la Administración Nacional de la Seguridad Social debió ceñirse a los recursos que integraban las cuentas de capitalización individual de los afiliados y beneficiarios al régimen de capitalización del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones previsto en la ley 24.241 y sus modifs., puesto que ninguna disposición específica alude a los fondos provenientes de la remisión dispuesta en el particular diseño de la ley 24.557. Asimismo, la nueva normativa ha mantenido el régimen privado de renta vitalicia en el ámbito de las compañías de seguro de retiro" (sala 2ª, 27/10/2009, "Torrez Orondo Honorata v. Orígenes AFJP SA s/accidente-acción civil").

Cabe recordar que el art. 7°, ley 26.425, establece que la transferencia a la Administración Nacional de la Seguridad Social se ciñe a los recursos que integran las cuentas de capitalización individual de los afiliados y beneficiarios al régimen de capitalización del SIJyP y que se omite toda consideración acerca de los fondos que podrían provenir de la remisión que efectúa la ley 24.557. Esta observación puede considerarse extensiva a lo dispuesto en el art. 3°, dec. 2104/2008, y la interpretación de la anterior instancia, en alguna medida, es también coherente con lo dispuesto, más allá de diferencias puntuales, por el art. 5° del decreto mencionado, cuando mantiene el régimen privado de la renta vitalicia en el marco de las favorables al demandante ante la singularidad de este caso concreto.

El art. 7° dispone: "Transfiéranse en especie a la Administración Nacional de la Seguridad Social los recursos que integran las cuentas de capitalización individual de los afiliados y beneficiarios al régimen de capitalización del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones previsto en la ley 24.241 y sus modifs., con las limitaciones que surjan de lo dispuesto por el art. 6° de la presente ley". Por su parte, el art. 3°, dec. 2104/2008, señala que "la transferencia al Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino (FGS) de los recursos que integran las cuentas de capitalización individual de los afiliados y beneficiarios del Régimen de Capitalización del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones prevista en el art. 7°, ley 26.425, con las limitaciones previstas en el art. 6° de dicha ley, se producirá de pleno derecho, en idéntica especie que en la que se encuentran invertidos".

## 3. Seguro adicional de responsabilidad civil. Resolución SRT 35.550/2011 (BO del 7/2/2011)

La res. SRT 35.550/2011 (BO del 7/2/2011), del 28/1/2011, y originada en el expte. 54.838, establece un seguro de responsabilidad civil por accidentes del trabajo y enfermedades laborales, complementario al sistema de riesgos amparados por la ley 24.557 y sus normas complementarias y reglamentarias (es indispensable que el empleador se encuentre afiliado a una ART, y el seguro complementario no reemplaza las prestaciones que surgieran de la LRT).

Es consecuencia directa del dec. 1694/2009, que habilitó a la Superintendencia a autorizar este tipo de seguro (hasta el dictado del dec. 1694/2009, el seguro de responsabilidad civil estaba tácitamente prohibido por una resolución de la SSN).

Se trata de una cobertura de riesgos correspondientes a la responsabilidad civil, siempre que se trate de supuestos no amparados por la LRT ("...en exceso a riesgos amparados por la ley 24.557..."; art. 1°), que se rige por las condiciones y cláusulas adicionales obrantes como Anexo I de la resolución, o por los planes que se aprueben en el futuro, presentados por asegu-

radoras y/o asociaciones que las agrupan, los que, una vez aprobados por la Superintendencia de Seguros de la Nación, podrán ser utilizados por las entidades autorizadas a operar en dicha cobertura.

Consecuentemente con lo anterior, el art 2° establece que —para operar en las coberturas reseñadas— las entidades deben contar con la autorización para operar en el ramo responsabilidad civil, presentar copia certificada del acta del órgano de administración que resolvió solicitar la pertinente autorización en los términos del Anexo I acompañando, además, opinión actuarial y modelos de los formularios de solicitud del seguro y de denuncia de siniestros.

Además, se incorpora el requisito de capital mínimo para operar en el ramo, el que reviste carácter adicional al requerido para operar en el ramo de la responsabilidad civil. A tal fin, se agrega como pto. 30.1.1.A.14 del Reglamento General de la Actividad Aseguradora el siguiente texto: "14. Para operar en el seguro de responsabilidad civil por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, en exceso a riesgos amparados por la ley 24.557, se requerirá un capital mínimo de pesos tres millones ($ 3.000.000), que revestirá el carácter de adicional al requerido para operar en el ramo responsabilidad civil".

En virtud de la nueva normativa, las aseguradoras que cumplan los requisitos podrán ofrecer a sus clientes un seguro de responsabilidad civil —adicional al resguardo previsto en la ley 24.557 y decs. 1278/2000 y 1694/2009—. Éste servirá para cubrir hasta $ 1.000.000 de las eventuales indemnizaciones que pueda decidir la justicia ante reclamos de los trabajadores accidentados o sus familiares por encima de las indemnizaciones sistémicas.

Es un seguro voluntario (a diferencia del que brindan las ART, que es obligatorio y abarca a más de 800.000 empresas), que busca minimizar el impacto económico de la siniestralidad laboral sobre las empresas con sentencia firme en contra.

Obviamente, la resolución parte del deseo de dar solución parcial a una realidad concreta no contemplada en la normativa sistémica (recordemos que la ley 24.557 veda la posibilidad de recurrir a la justicia para reclamar civilmente, salvo el supuesto del art. 1072, CCiv., pero la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado la inconstitucionalidad de la prohibición).

El nuevo seguro cubre "el monto de las indemnizaciones que se acuerden o que resulten de las sentencias judiciales firmes", y la suma asegurada por trabajador será entre $ 250.000 y de $ 1.000.000.

Las aseguradoras que quieran brindar esta nueva póliza deben registrarse, y una vez habilitadas podrán promocionarlas. Se trata de una póliza voluntaria (el costo de esta nueva póliza se suma a la prima que hoy se abona a la ART), que no pretende desligar completamente al eventual responsable del daño por las consecuencias negativas del siniestro, sino simplemente elevar el monto asegurado.

Por lo tanto, las empresas tienen la opción de quedar mejor cubiertas respecto de eventuales reclamos que puedan realizar los trabajadores accidentados o sus familiares, pero la existencia de un tope evita un eventual relajamiento de la normativa prevencional, pues aunque en algunos casos el seguro adicional podría cubrir las indemnizaciones extratarifadas, en otros casos podría no hacerlo (se ha señalado desde la doctrina que el piso de $ 250.000 puede dejar sin cobertura el tramo comprendido entre el máximo de condena de la ley de riesgos, que puede ser inferior a esa suma, y el monto que tiene que afrontar el empleador). Por otra parte, el tope de $ 1.000.000 también es cuestionable, si consideramos que muchas veces las condenas civiles exceden dicho monto.

La norma, como se señaló, no trae una solución definitiva a los diversos conflictos que genera la ley 24.557 desde su misma entrada en vigencia, cuya solución última pasa por la reforma estructural a la Ley de Riesgos del Trabajo, resolviendo los aspectos cuestionados por la

Corte Suprema: doble vía (cobro de la ART y reclamo a la justicia), baremos, procedimiento, forma de pago de las prestaciones, etcétera.

De todos modos, esta póliza adicional mitigará el impacto económico de la judicialidad, al instaurar la incorporación de un modelo de póliza no obligatorio ni exclusivo ni excluyente, pudiendo cada empleador decidir si lo quiere contratar o no, y dando la chance a las aseguradoras de presentar diferentes planes de cobertura.

Otro de los temas que debe ser adecuadamente establecido en las condiciones particulares o generales de la póliza (dejándose constancia de su inclusión), para evitar futuros inconvenientes en caso de judicialización, es el relativo a las enfermedades laborales no listadas, supuestos cubiertos y no cubiertos, y los eventos sufridos por el personal de empresas de servicios eventuales y contratistas que se desempeñen en el establecimiento del asegurado.

## IV. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DESPUÉS DE "GOROSITO", ANTES DE "AQUINO"

Si bien el análisis de esta doctrina puede considerarse superada a partir del fallo "Aquino", recordar las distintas posturas e interpretaciones que generó este pronunciamiento resulta útil, ya que son frecuentes las referencias a él en los argumentos que plantean empleadores y aseguradoras demandados en sus contestaciones de demanda, donde suele omitirse referencia al dictado de "Aquino", centrándose las defensas en la constitucionalidad genérica del régimen de la ley 24.557, con base en el caso "Gorosito".

### 1. Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

El fallo de la Corte Suprema dictado en la causa "Gorosito" (1/2/2002) reabrió el debate en los tribunales inferiores en lo relativo a la constitucionalidad del texto del art. 39, LRT —finalmente declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el analizado fallo "Aquino"—, generando ópticas distintas de interpretación de los alcances y efectos del pronunciamiento.

Lo que no resultaba cuestionable es que "Gorosito" era un caso atípico —el actor no tenía incapacidad laborativa declarada, no se habían producido pruebas (la causa ni siquiera se había abierto a prueba) y se solicitaba la aplicación de la ley 24.028— y que la Corte descartó los cuestionamientos abstractos al art. 39, LRT, respecto de la limitación de accionar por la vía civil —sin entrar a valorar aspectos cuantitativos—, e hizo referencia a las "bondades" del sistema.

En términos generales, efectuando un relevamiento de los fallos dictados por las diez salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo durante la vigencia de "Gorosito", se advierte que la mayoría —siete salas— efectuó una interpretación casuística de "Gorosito", es decir, entendió que la controversia en torno al art. 39.1, LRT, no estaba cerrada y —una vez producidas las pruebas— viabilizaban los planteos de inconstitucionalidad de la norma en cada caso particular si se demostraba que su aplicación conculcaba el principio *alterum non laedere*.

Por el contrario, la minoría —tres salas— desestimaba con distintos fundamentos los planteos de inconstitucionalidad considerando cerrado el debate.

— El criterio mayoritario fue sostenido por las salas 1ª, 2ª, 3ª, 5ª, 6ª, 7ª y 9ª; sin embargo, presentaban matices que las diferenciaban en cuanto a sus fundamentos.

Por ejemplo, las salas 1ª, 2ª, 3ª, 6ª y 7ª coincidían, en principio, con los fundamentos plasmados en el dictamen del fiscal general en autos "Pires, María Sandra v. Dibujando SH y otros" (19/3/2002), aunque la sala 6ª también cuestionaba la validez en abstracto del art. 39.1, LRT. Por su parte, las salas 5ª y 9ª no adherían a dicho dictamen y viabilizaron los planteos de inconstitucionalidad con fundamentos propios.

A modo de síntesis podría afirmarse que la mayoría de las salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo hacía lugar a los planteos de inconstitucionalidad del art. 39.1, LRT, si de las pruebas producidas en cada caso singular surgía que las prestaciones dinerarias y en especie brindadas por la LRT, en comparación con las indemnizaciones que obtendría del derecho común, constituían una reparación que provocaba al trabajador menoscabo en sus derechos, implicando un trato diferenciado, desigualitario y discriminatorio a los trabajadores, violentando los arts. 16, 17 y 19, CN, y distintas normas de tratados internacionales (art. 75, inc. 22, CN).

De todos modos, aparecía un nuevo inconveniente a la hora de intentar la comparación de reparaciones entre las prestaciones que otorga la LRT y las indemnizaciones del derecho común, ya que el sistema de reparación integral del Código Civil no contempla una pauta normativa objetivable, quedando en la práctica sujeta a una suerte de "libre apreciación judicial".

Algunas salas en forma expresa —1ª y 3ª— o tangencial —2ª y 6ª— utilizaron como pauta de comparación una conocida creación jurisprudencial, la fórmula del fallo de la sala 3ª de la Cámara Nacional del Trabajo en "Vuoto v. AEGT Telefunken" (16/6/1978), mientras que otras salas —5ª y 7ª— no la aplicaron. Cabe consignar que la indemnización emergente de aplicar la fórmula del caso "Vuoto", si se trata de trabajadores con remuneraciones mensuales de hasta $ 1.500 e incapacidades permanentes parciales menores del 50%, superaba a las prestaciones dinerarias otorgadas por la LRT hasta en un 90%, en la mayoría de los casos.

— El criterio minoritario, que se inclinó por el rechazo de los planteos de inconstitucionalidad, fue sostenido por las salas 4ª, 8ª y 10ª, aunque entre ellas existieron diferencias en cuanto a los argumentos esgrimidos. Por ejemplo, la sala 8ª defendía el sistema, realizaba un control abstracto del art. 39.1, justificaba su existencia en nuestro ordenamiento y apelaba a fundamentos propios para desestimar los planteos de inconstitucionalidad, mientras que las salas 4ª y 10ª no realizaban un control de razonabilidad en concreto, sino que —con reserva de sus convicciones— rechazaban los planteos de inconstitucionalidad basándose en un deber de acatamiento y por economía procesal.

## 2. La interpretación de la doctrina de "Gorosito"

Debo aclarar que mi posición sobre la interpretación de la doctrina del fallo "Gorosito" ya ha quedado plasmada reiteradamente en diferentes conferencias [7] y en distintas publicaciones, a las que me remito en homenaje a la brevedad [8].

También me he expedido, entre otras, en la causa "García, José Isaac v. Disco SA s/accidente-acción civil" (sentencia 2774 del Juzgado del Trabajo n. 66, del 28/2/2002), en la que sostuviera, luego de analizar los elementos de prueba, que "a partir de los presupuestos fácticos analizados cobra operatividad concreta en el caso los cuestionamientos constitucionales planteados al art. 39.1, LRT, por la parte actora.

[7] Entre otras, en la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Internacionales que se dicta en la Universidad Nacional de Tres de Febrero —abril de 2003— y en la Jornada de Campana "Fallos recientes sobre la LRT", junto a la Dra. Estela Ferreirós —noviembre 2003—, organizada por la Sociedad Argentina de Derecho Laboral.

[8] Ver entre ellas, GRISOLIA, Julio A., *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, cap. XXV, en sus nueve ediciones 1998-2003, cap. XXV; "Aspectos cuestionables e inconstitucionalidades de la Ley de Riesgos del Trabajo", DT 2000-B-1355; "La Ley de Riesgos del Trabajo: objetivos, prevención y cuestiones constitucionales", *Revista Laboral, Sociedad Argentina de Derecho Laboral* 5-2000; "Interpretación doctrinaria y jurisprudencial del art. 39, LRT, después del fallo Gorosito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en FERREIRÓS, Estela, *Colección de Análisis Jurisprudencial*, cap. IV, "Ley de Riesgos del Trabajo: acción de derecho común y art. 39", La Ley, Buenos Aires, 2003, ps. 163/204.

Lo expuesto precedentemente no significa desconocer la postura sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación —que, cabe recordar, no opera como tribunal de casación— en los autos "Gorosito v. Riva SA y otro s/daños y perjuicios" (1/2/2002), ya que en el *sub lite* se ha demostrado concretamente que el daño producido no ha sido debidamente resarcido por las prestaciones de la LRT.

En ese caso, la limitación establecida por el art. 39, LRT, implica una dispensa de la culpa y pone límites inadmisibles a la responsabilidad del empleador, violentando la garantía constitucional de igualdad ante la ley, del mismo modo que configura discriminación la reducción de los supuestos de la resarcibilidad integral de los daños a un supuesto aislado e infrecuente como el contemplado en el art. 1072, CCiv., al instaurar una desigualdad en el trato respecto del ciudadano trabajador.

Sentado lo anterior, cabe recordar que, como quedara detallado en el punto 1, después del dictado del fallo "Gorosito", las salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y los tribunales inferiores habían tomado básicamente dos caminos.

Algunas salas de la Cámara Nacional del Trabajo —la minoría— consideraron que la Corte rechazó en general los planteos de inconstitucionalidad de la norma y desestimó sin más las acciones, y la mayoría interpretó la doctrina del caso "Gorosito", analizando los presupuestos que ameritarían en cada caso particular declarar la inconstitucionalidad: comparaba la reparación a la que se hubiese hecho acreedor el damnificado conforme la LRT y el derecho común, ello sin perjuicio de que muchos jueces entendían que el art. 39.1, LRT, es inconstitucional en abstracto.

La postura que desestimó los planteos de inconstitucionalidad con fundamento en la doctrina de "Gorosito" podía ser cuestionada desde dos ópticas.

— Por un lado, respecto del alcance y efectos que le endilgaban a los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En realidad, sus decisiones sólo obligan dentro del marco de las causas concretas en que conocen y, por lo tanto, no constituyen doctrina legal. Hay un deber moral y no una obligación de acatamiento a sus fallos. El Poder Judicial tiene una organización horizontal en el que cada juez actúa en ejercicio directo y originario del Poder Judicial y no está sujeto a un deber de obediencia (salvo, obviamente, a la ley).

Por ejemplo, en el ámbito de la justicia nacional del trabajo, las sentencias de la Corte no tienen fuerza de casación y, por ende, no obligan a las salas de la cámara ni a los juzgados de primera instancia.

En jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, los tribunales del trabajo tampoco están obligados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero sí deben aplicar obligatoriamente los criterios sentados por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, más allá de la posibilidad jurídica de dejar sentada su opinión personal (art. 161, inc. 3°, Constitución provincial, y el art. 55, ley 11.653 de Procedimiento Laboral).

Asimismo, es preciso tener presente que la declaración de inconstitucionalidad de una norma no importa su derogación, sino simplemente su inaplicabilidad al caso. Un cambio en las circunstancias objetivas, una nueva interpretación y/o el paso del tiempo, pueden tornar que una norma determinada, que a su hora no era constitucionalmente cuestionable, aplicada a un caso concreto, resulte violatoria de algún precepto constitucional.

De allí que la declaración de inconstitucionalidad no debe realizarse en abstracto, sino solamente en el caso concreto y sobre la base de las circunstancias acreditadas en la causa.

— También se podía cuestionar esta posición porque lo que en realidad afirmó la Corte es que no era posible predicar en abstracto que el art. 39, LRT, conduciese inevitablemente a la concesión de reparaciones reducidas con menoscabo de derechos de raigambre constitucional. Una dete-

nida lectura del fallo lleva a la conclusión de que no podía asignársele alcances generales, presentando diferentes límites que la propia Corte determinó en los consids. 9º, 11, 12 y 17.

La Corte fue clara al tomar posición respecto de la constitucionalidad en abstracto del texto del art. 39, LRT, pero también podía afirmarse que podría no serlo en aquellos casos en que se alegara y demostrase la falta de proporción entre el daño y la compensación a cargo de la ART, o una postergación o la frustración del derecho al resarcimiento por daños a la integridad psicofísica o a la rehabilitación, y cuando surjiese comprobada existencia y realidad de un menoscabo sustancial "a la garantía que invoque el interesado".

De allí que la postura interpretativa correcta de "Gorosito" era analizar en cada caso concreto si la limitación contenida en el art. 39.1 provocaba perjuicio relevante constitucionalmente al trabajador damnificado y si configuraba alguno de los casos que la propia doctrina de "Gorosito" entendía susceptible de tacha de inconstitucionalidad: era preciso que se hubieren producido pruebas de dicho extremo en el caso singular. La Corte, para emitir un juicio de valor y establecer si en el caso el art. 39, LRT, resultaba violatorio de principios constitucionales requería que se analice cada planteo, la procedencia de la acción civil y su reparación y la comparación del régimen resarcitorio del Código Civil y el de la LRT.

## V. CUESTIONAMIENTOS A LA LEY DE RIESGOS DEL TRABAJO

### 1. Prevención y litigiosidad. Estadísticas

Sin dudas, los cuatro objetivos que fijó la LRT son compartidos por todos. Sin embargo, habiendo pasado quince años de vigencia, la ley 24.557 estuvo lejos de cumplirlos, principalmente el de reducir la siniestralidad laboral por medio de la prevención de los riesgos del trabajo.

En cuanto a la situación de los accidentes laborales en la Argentina en los últimos años, en 2008 se produjeron casi setecientos mil accidentes y enfermedades profesionales, de las cuales alrededor de mil fueron mortales, cubriendo a más de 7.5 millones de trabajadores.

Según cifras oficiales, en 2008 se produjo una disminución de la mortalidad en el ámbito laboral de casi un 12% en promedio y, desde que se instaló el sistema, las muertes en el trabajo cayeron un 40%. En forma paralela, disminuyeron casi un 4,5% los accidentes de trabajo. Sin embargo, debe tenerse especialmente en cuenta que los datos no incluyen el empleo no registrado, que alcanza aproximadamente el 40%.

Influye en ello la disminución de las denuncias de los accidentes *in itinere*, debido —según datos oficiales— a mejores campañas de prevención vial que redujeron la cantidad de accidentes de tránsito y a mejoras en la faz preventiva y fiscalizadora por parte de las ART y la SRT. Durante 2008 se incrementó en un 1700% la cantidad de inspecciones en las provincias, y desde el año 2007 hasta fines de 2008, las provincias incrementaron un 70% su capacidad de inspección.

El 40% de los accidentes laborales está concentrado en alrededor del 2% de los empleadores y en el sector informal. Obviamente, la mayor inversión en seguridad y concientización deriva en menor siniestralidad y mayor productividad.

Según informa la SRT (Anuario Estadístico 2008), el sistema de riesgos del trabajo durante 2008 ha registrado 694.077 AT/EP notificados por las ART, con una cobertura promedio de 7.742.004 de trabajadores, lo que representa un aumento promedio anual del 1,9% y 6,8%, respectivamente.

El 81,5% de los casos notificados por las ART corresponde a accidentes en el ámbito del trabajo; el 14,4% fueron accidentes en el trayecto a la casa y al trabajo (*in itinere*); el 4,0%, rein-

gresos (casos dados de alta y que reingresan al sistema) y el 2,7%, la proporción de enfermedades profesionales.

La proporción de casos notificados entre los hombres sigue siendo marcadamente superior que entre las mujeres: el 78,7% de los trabajadores lesionados fueron hombres y el 20,7% mujeres. Sin embargo, si se considera el peso relativo que adquieren los accidentes *in itinere* en cada sexo, se observa que la proporción de mujeres duplica a la de los hombres. Por otro lado, se observa que el intervalo de edad dentro del cual se producen más siniestros entre los hombres y las mujeres es de 25 a 29 años.

El índice de letalidad, que hace referencia al número de trabajadores fallecidos cada cien mil accidentes de trabajo o enfermedades profesionales notificados en un año, fue de 101 casos mortales, registrando una caída del 6% respecto del año anterior. En este contexto, "electricidad, gas y agua" se destaca como una actividad económica con una elevada letalidad en 2008, alcanzando los 503 fallecimientos cada cien mil AT/EP notificados, seguida por "transporte, almacenamiento y comunicaciones" y "explotación de minas y canteras" (257 casos mortales cada 100 mil AT/EP).

Bajar el costo laboral trajo como consecuencia trasladarlo a los trabajadores y produjo el aumento del costo social, tanto por los accidentes y enfermedades del trabajo no prevenidos ni indemnizados por la LRT como por aquellos reparados con prestaciones dinerarias reducidas y en cuotas.

La concepción moderna del mundo del trabajo en el plano internacional es más preventiva que indemnizatoria: pone especial atención en las condiciones y medio ambiente de trabajo para proteger adecuadamente la salud (la vida) del trabajador, que es el bien jurídicamente tutelado. De allí que se deje de lado la postura tradicional indemnizatoria (*ex post*), que se ocupaba del accidente o de la enfermedad después de acaecidos. La concepción moderna apunta a evitar el daño; esto en la inteligencia de que los bienes afectados —la salud, la vida— no son reparables, aunque sean indemnizables mediante prestaciones en especie o dinerarias.

Si partimos de que la salud es un bien irreemplazable y un valor cuyo deterioro no puede ser compensado, el capital —trabajo humano acumulado— es el que se debe adaptar al hombre, que es la única causa eficiente del proceso productivo.

A pesar de sus objetivos, se trataba —en su redacción original— más de una ley reparatoria e indemnizatoria que de una ley preventiva, lo cual la enfrentaba a la mejor legislación internacional; tampoco incluía a los trabajadores en el control y mejoramiento de las condiciones de trabajo (ver, al respecto, convenios de la OIT).

Distintos proyectos de reforma han intentado corregir las principales objeciones que mereció la LRT —algunas subsanadas por los decs. 1278/2000 y 1694/2009— y que derivaron en múltiples planteos y declaraciones de inconstitucionalidad. Desde la Comisión de Actividades Académicas y Publicaciones (que presido) de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral cuestionamos distintas normas de la LRT.

Sin perjuicio de los cambios implementados por los decs. 1278/2000 y 1694/2009, una posterior reforma a la LRT debe corregir los demás cuestionamientos constitucionales y respetar acabadamente el art. 14 bis, CN, que tiene enunciados categóricos y abarca un conjunto de principios y reglas tuitivas, haciendo referencia a que las leyes asegurarán al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor, lo cual no se circunscribe al salario, sino a la dignidad humana, al lugar, condiciones y ambiente de trabajo, a la recreación, etc.; es decir, todas las facetas que se relacionan con el desarrollo del hombre.

La sociedad no es natural, es una construcción humana, y, como tal, puede modificarse. La búsqueda debe ser lograr una norma esencialmente justa, en la cual el bien jurídico protegi-

do sea la salud psicofísica del trabajador, que respete la dignidad del hombre, el derecho a la salud, a la vida. Una ley que esencialmente respete los derechos humanos.

La experiencia demostró que la SRT no controló ni fiscalizó eficazmente, tal vez por la falta de medios materiales y humanos para hacerlo.

En la Argentina hay pocos inspectores del trabajo. Mientras en los países europeos con menor siniestralidad hay un inspector cada cinco mil trabajadores (la media en Europa es uno cada once mil), en la provincia de Buenos Aires había un cada doscientos mil trabajadores. En España, que tiene una de las tasas de siniestralidad más alta de la Unión Europea y la mayor precariedad laboral (31% de los trabajadores no tiene contrato fijo contra el 11% del promedio de Europa), hay uno cada veintisiete mil.

## 2. Las cuestiones constitucionales

### *2.1. Prestaciones dinerarias (art. 11)*

Las críticas a la ley en su redacción original estaban referidas, por un lado, al exiguo monto que le correspondía al trabajador en los casos de indemnización de pago único y, en segundo término, al pago de los demás resarcimientos exclusivamente mediante una renta, que se cuestionaba por lo bajo de las prestaciones.

Los coeficientes que utilizaba la LRT tornaban insuficiente e irrazonable la cuantificación de las prestaciones, lo cual se verificaba tanto con el coeficiente multiplicador de cuarenta y tres salarios (art. 14, ap. 2.a]) como con el coeficiente reducido de 70% del valor mensual del ingreso base para la incapacidad laboral permanente (arts. 14 y 15).

El otro aspecto cuestionable era el pago del resarcimiento exclusivamente mediante una renta y no con la entrega del capital. Esa forma de pago resultaba violatoria de diversos preceptos constitucionales al crear una nueva categoría de incapaces de hecho, porque consideraba que los trabajadores no podían administrar un capital. Este temperamento era discriminatorio, y violaba el art. 16, CN, que dispone la igualdad ante la ley, ya que en el derecho común la reparación (que pretende volver las cosas al estado anterior y compensar las pérdidas padecidas por el perjudicado) se paga en forma de capital. El pago exclusivamente en forma de renta violaba también la intangibilidad de la propiedad amparada por los arts. 14 (uso y goce) y 17 (inviolabilidad).

El monto de la renta en la práctica resultaba intrínsecamente reprochable y violatorio de las garantías constitucionales consagradas en los arts. 14, 14 bis, 16 y 17, CN, ya que los montos —de por sí insuficientes— configuraban una desnaturalización del derecho a asegurar. Así, la Corte Suprema en el fallo "Villarreal, A. v. Roemmers SA" declaró que cuando el resarcimiento fuese absurdo o arbitrario, importando la desnaturalización del derecho que se pretende tutelar, podría producirse una violación al derecho consagrado en el art. 17, CN.

Por ejemplo: un trabajador con un 60% de incapacidad y un salario de $ 1000 obtenía una renta de $ 420 (70% del salario mensual x incapacidad).

Obviamente, como en este caso, cuando el monto no guarda proporcionalidad con la reparación del daño causado, conculca las garantías que surgen de los arts. 14, 14 bis y 17, CN, y de los tratados internacionales, en cuanto tutelan el derecho a la libre disposición de la propiedad, libertad de contratación y seguridad social integral.

Esta forma de pago, sin otra prestación de pago único y al contado, traía aparejados diversos perjuicios para el trabajador. A saber:

— *Lo privaba de la posibilidad de administrar libremente su patrimonio.*

Por ejemplo, la indemnización en caso de fallecimiento otorgada a una viuda con hijos mediante un pago único de $ 50.000 le permitía diversas inversiones de bajo riesgo, como la

compra de una propiedad modesta de la que podría obtener, alquilándola, una renta mensual aproximada de $ 400 (0,8% del valor de la propiedad) o bien invertir en un plazo fijo que le otorgaría un interés estimado de $ 300 (0,6% mensual).

Lo llamativo es que ambas inversiones resultaban más productivas —superiores en monto— que la percepción de la renta periódica otorgada por la LRT, ello —claro está— además de conservar la propiedad del inmueble o del capital en efectivo.

— *El riesgo de devaluación o deterioro del signo monetario*, ya que se trata de pagos que deben ser realizados durante muchos años.

— *Se extinguía con la muerte del trabajador incapacitado o de la viuda* (en caso de resarcirse el fallecimiento del trabajador). Por ejemplo, si el trabajador incapacitado fallece a poco de comenzar a percibir la renta, su esposa e hijos se quedan sin ningún beneficio.

Si fallece la viuda al poco tiempo de comenzar a percibir la renta por muerte de su esposo (trabajador), su hijo menor no acrecería la parte de la madre y tendría que mantenerse con la pensión derivada y una renta mínima de la LRT que sólo se le pagaría hasta cumplir los 18 años, lo cual resulta a todas luces, además de arbitrario, injusto.

— *El dinero que dejaban de percibir los beneficiarios lo ganaban las intermediarias del sistema*, es decir, las entidades autorizadas a administrar las sumas aportadas por las ART.

El tema de las prestaciones dinerarias fue correctamente modificado por los decs. 1278/2000 y 1694/2009. El primero elevó el tope indemnizatorio de los pagos periódicos de las incapacidades parciales, totales y muerte de $ 110.000 a $ 180.000 y, por otro, incrementó de 43 a 53 el coeficiente multiplicador de salarios y tomó en consideración la totalidad del salario del trabajador en lugar del 70% como disponía la LRT.

Asimismo, el decreto incorporó pagos adicionales al contado —complementarios al pago periódico vigente instrumentado como renta vitalicia— según la gravedad de la incapacidad. En caso de incapacidad parcial superior al 50% e inferior al 66% la suma es de $ 30.000; si la incapacidad es total —66% o más— o en caso de gran invalidez el monto es de $ 40.000, y en caso de muerte la suma es de $ 50.000.

El dec. 1694/2009 eliminó el tope de $ 180.000, convirtiéndolo en el piso de las indemnizaciones; y elevó los pagos adicionales a $ 80.000, $ 100.000 y $ 120.000, respectivamente.

### *2.2. Listado de enfermedades profesionales (arts. 6°, ap. 2°, y 40, ap. 2.b]). Prescripción (art. 44)*

Según la LRT, las enfermedades no incluidas en el listado o los hechos que no estén categorizados como súbitos y violentos (art. 6°) no son resarcidos.

Esto fue parcialmente corregido por las modificaciones al art. 6°, LRT, introducidas por el dec. 1278/2000. La LRT estableció un listado de enfermedades profesionales cerrado confeccionado por el Poder Ejecutivo; esto significaba que, aun demostrando acabadamente la vinculación causal entre la mecánica laborativa o el ambiente de trabajo y una afección incapacitante, si esa dolencia no estaba enumerada taxativamente en dicho listado, no era resarcible.

Para la LRT, una dolencia tenía carácter laboral, era incapacitante y resarcible sólo si estaba en el listado.

Sostuve desde la sanción de la LRT que este listado taxativo y cerrado colisionaba con el art. 19, CN, al violar el principio de no dañar, y lesionaba la justicia conmutativa, ya que quien persigue su propio interés y daña el derecho de otro debe indemnizarlo. El empleador, al organizar la empresa para la producción de bienes y servicios, crea una situación de riesgo para los trabajadores y terceros y, por ende, debe resarcir el daño que puede producirse aun cumpliendo con las normas de higiene y seguridad.

Resultaba menoscabado el art. 14 bis, CN, ya que la pretensión de que se cubra el daño causado al trabajador por una enfermedad vinculada causalmente con el trabajo, pero excluida del listado únicamente mediante los beneficios de obra social y seguridad social, como si se tratara de padecimientos ajenos al ámbito laboral, configuraba una deficiente comprensión del texto constitucional.

Violaba además los arts. 16 y 18, CN, que consagran el principio de igualdad jurídica —que todos los habitantes reciban igual trato en circunstancias y condiciones idénticas— y el de igualdad ante la justicia, y los principios (similares) consagrados en las disposiciones de los tratados internacionales incorporados con jerarquía constitucional por el art. 75, inc. 22, CN.

Por ende, por un lado, en el listado había enfermedades no incluidas, y, por otro, las que están incluidas no lo estaban en cualquier relación causal sino en una relación causal única y predeterminada (por ejemplo, no está contemplada la relación entre altas temperaturas y enfermedad renal).

Lo cierto es que en realidad quedaron fuera del listado muchas enfermedades de origen laboral que desde siempre tuvieron cobertura legal y jurisprudencial. Una importante proporción de las patologías reclamadas por los trabajadores y que se vinculan causalmente con el trabajo desarrollado no están consideradas en el listado cerrado de triple columna.

El dec. 1278/2000 (BO del 3/1/2001) mejoró relativamente el sistema, por lo cual cabe reiterar varias de las objeciones formuladas precedentemente a la LRT.

A pesar del decreto, subsiste el listado de enfermedades de triple columna y sigue siendo cerrado, ya que la facultad de las comisiones médicas de considerar enfermedades profesionales a otras no incluidas se ciñe a considerar en todo caso como enfermedad profesional una dolencia sólo en el caso concreto y sin que implique la modificación del listado de enfermedades.

### *2.3. Comisiones médicas (arts. 21 y 22, dec. 717/1996). Competencia (art. 46)*

Otro aspecto cuestionado doctrinariamente y en distintos pronunciamientos son las facultades jurisdiccionales administrativas otorgadas por la LRT a las comisiones médicas, transformándolas prácticamente en tribunales (arts. 5°, ap. 2°, 21, ap. 2°, y 46). Esto, además de conculcar el art. 109, CN al darles potestades jurisdiccionales a órganos administrativos excluyendo los jueces naturales, viola la garantía del debido proceso y el principio de acceso a la justicia (arts. 18 y 14, CN).

Por lo tanto, desde el punto de vista constitucional, resultan cuestionables, por un lado, la sustracción de facultades no delegadas al Estado nacional por las provincias, y en segundo término, la violación del derecho a la jurisdicción (acceso a la justicia y debido proceso).

### *2.4. Responsabilidad civil (art. 39, ap. 1°)*

Un aspecto severamente cuestionado de la LRT es la limitación al trabajador de accionar por la vía civil (art. 39, aps. 1° y 2°, LRT), que crea un territorio de exclusión de los trabajadores por su propia condición. El dolo del art. 1072, CCiv. —único reenvío previsto—, trasladado al empleador sería equivalente a una empresa montada para dañar; como se ha dicho reiteradamente, se trataría de un empleador "lombrosiano" que tenga la intención de dañar al trabajador.

De allí que se sostenga que este artículo es un callejón sin salida: no se le limita al trabajador la posibilidad de accionar por la responsabilidad objetiva o subjetiva del derecho común,

sino que directamente se la prohíbe. Al respecto, cabe destacar que el dec. 1278/2000 (BO del 3/11/2001) ni el dec. 1694/2009 (BO del 6/11/2009) hacen referencia alguna al art. 39, LRT.

Este artículo viola distintos preceptos constitucionales: la tutela del trabajador y el derecho a una reparación integral (art. 14 bis), el principio de igualdad ante la ley y no discriminación (art. 16), el derecho de propiedad y de disponer libremente de ella (art. 17), el derecho de defensa en juicio (art. 18), el principio de no dañar a otro (art. 19) y los derechos consagrados en los tratados con rango constitucional incorporados por el art. 75, inc. 22, CN.

No cuestiono que la LRT consagre un sistema autónomo de responsabilidad, ya que ello —por esa sola circunstancia— no es violatorio de la Constitución Nacional. Las leyes laborales pueden determinar un sistema de reparación distinto del previsto en el Código Civil, como lo establece, por ejemplo, la propia LCT. Lo que ocurre con la LRT es que dispone un acceso restringido —en realidad "inaccesible"— a la reparación integral, y con ello conculca los principios y fines del derecho del trabajo y garantías constitucionales, al impedir el derecho de los trabajadores damnificados a una reparación integral del daño aun en los supuestos de responsabilidad extracontractual por comportamientos ilícitos de sus empleadores.

Atilio Alterini, en su obra *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*, afirma que "si quien actúa con culpa supiere de antemano que su responsabilidad tiene un techo... se relajaría el cumplimiento de los deberes de diligencia, y tendría igual significado jurídico la conducta antisocial del sujeto negligente que la conducta adecuada —y socialmente deseable— del sujeto diligente. Por ello, la responsabilidad por culpa es radicalmente incompatible con cualquier instrumento normativo de limitación abstracta y prefijada de la entidad de los daños resarcibles".

A mi modo de ver, esta sola circunstancia basta para concluir que el art. 39, al no prever la responsabilidad ilimitada del responsable en los supuestos de culpa y/o culpa grave, estaría otorgando una "licencia para dañar", resultando lesivo del principio *alterum non laedere*, consagrado en el art. 19, CN.

### *2.5. Deber de seguridad (art. 49, disposición adicional 1ª)*

Mediante el art. 49, disposición adicional 1ª, la LRT intenta eliminar la responsabilidad contractual empresaria cuando el empleador incumple el deber de seguridad, pretendiendo dejar sin acción al trabajador para exigir su cumplimiento.

Sin embargo, si partimos de la idea de que el deber de seguridad preexiste en la relación jurídica del contrato de trabajo (sin perjuicio de la redacción circunstancial vigente del art. 75), se puede afirmar que produce efectos jurídicos en los términos del art. 1198, CCiv., y de los arts. 63 y 76, LCT, este último interpretado en sentido amplio, considerando entre los "bienes" la salud psicofísica del trabajador.

## 3. Proyectos de reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo

El dictado de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Castillo, Ángel Santos v. Cerámica Alberdi SA" (7/9/2004) —que declaró la inconstitucionalidad del art. 46, inc. 1°, LRT, en cuanto dispone la competencia federal, y determinó que la justicia provincial debe entender en las apelaciones presentadas contra dictámenes de las comisiones médicas— y "Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Industriales SA" (21/9/2004) —que declaró la inconstitucionalidad del art. 39.1, LRT— activó varios proyectos de reforma de la ley 24.557 que estaban demorados en el Congreso; el dictado de los fallos que los siguieron generó otros.

*Anteproyecto del Ministerio de Trabajo*: los puntos esenciales son: la suba de las indemnizaciones, la opción excluyente, la intervención de la justicia civil y la creación de comités mixtos de seguridad en las empresas.

— Se elevan las indemnizaciones y rentas contempladas por la LRT. Se prevé aplicar una tarifa similar a la fórmula que surge del fallo "Vuoto v. Telefunken" que aplican algunos tribunales del trabajo. Se elimina el tope de $ 180.000 para el cálculo de la renta mensual.

— La opción para cobrar a través de una renta mensual se calcula según la remuneración promedio de los últimos meses anteriores al accidente por el porcentaje de incapacidad.

— La indemnización de pago único sería equivalente al capital que, colocado al 6% anual hasta los 65 años, rinda un importe similar a la renta mensual del trabajador.

— La reparación emergente de un accidente *in intinere* tendría un tope.

— El trabajador debería optar entre la indemnización de la LRT o reclamar ante la justicia civil por los daños y perjuicios, descontándose, en caso de prosperar la acción, los pagos en concepto de ILT y prestaciones en especie, recibidas y a otorgar, que se toma como pago a cuenta. Con esto se pretende desalentar la acción civil.

— A diferencia de lo que sucede en España, Brasil y Francia, en donde el empleador, si no cumple, responde más allá de la tarifa, en la reforma las indemnizaciones son las mismas si la empresa cumple o no con las normas de seguridad.

— El empleador es el responsable por la seguridad laboral. El rol de las ART será asesorar a las empresas, y el de la Superintendencia, fiscalizar.

— El empleador tiene la opción de contratar un seguro de responsabilidad civil y habrá responsabilidad solidaria de la empresa con contratistas o subcontratistas.

— Se crean comités patronal-sindicales de seguridad laboral.

*Anteproyecto de la CGT*: los principales puntos que plantea la CGT son:

— La posibilidad del trabajador de accionar por la vía civil, descontándose lo percibido conforme el sistema de la LRT de lo que determine la justicia como reparación integral.

— La responsabilidad solidaria de la ART si los daños sufridos por el trabajador se produjeron por incumplimientos del empleador a las normas de seguridad laboral y la ART omitió comunicarlos a la autoridad.

— El agravamiento de multas y sanciones si el empleador no cumple con las normas de seguridad.

— El aumento de la indemnización, con un piso indemnizatorio, que se calculará incluyendo todos los ingresos que percibe el trabajador, teniendo en cuenta además el caso de pluriempleo.

— No admite una indemnización más baja en caso de accidente *in itinere*.

— Prevé la elaboración de un nuevo listado indicativo de enfermedades profesionales.

— Dispone un débito automático a favor de las obras sociales que atienden a trabajadores si luego se establece que se trataba de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

— El establecimiento de un delegado sindical permanente en prevención y seguridad.

— La inclusión de los padres como beneficiarios si el trabajador no tiene cónyuge o hijos.

— La extensión a cuatro años del plazo de prescripción del reclamo por parte del trabajador.

— Establece que si el trabajador que sufrió un accidente laboral es despedido dentro del año del alta médica se trata de un despido discriminatorio.

CAPÍTULO XXVII

# DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

## I. DEFINICIÓN Y SUJETOS

El derecho de la seguridad social *es el conjunto de normas jurídicas que regulan la protección de las denominadas contingencias sociales, como la salud, la vejez, la desocupación.* Se trata de casos de necesidad biológica y económica.

Se trata de una de las ramas más complejas del llamado derecho social, ya que comprende un enramado jurídico compuesto por variadas legislaciones, cada una de las cuales presenta características particulares bien determinadas.

Ampara al trabajador dependiente, al autónomo y también al desempleado de las contingencias de la vida que pueden disminuir la capacidad de ganancia del individuo. Se materializa mediante un conjunto de medidas y garantías adoptadas en favor de los hombres para protegerlos contra ciertos riesgos.

Si bien los fines de la seguridad social no son los mismos que los del derecho del trabajo, ambos se destacan por su carácter protector y por garantizar determinado nivel de subsistencia a las personas.

Por lo tanto, el derecho de la seguridad social *tiene un sujeto más amplio que el derecho del trabajo*, ya que no sólo abarca los trabajadores dependientes, sino que protege, además, a los autónomos y a los desempleados. Es decir que *los beneficiarios de la seguridad social son todos los hombres*, y su objeto es amparar las necesidades que dificultan su bienestar.

## II. DIFERENCIAS CON EL DERECHO DEL TRABAJO

Hay importantes diferencias entre el derecho del trabajo y el derecho de la seguridad social.

1) Mientras el *derecho del trabajo* se ocupa exclusivamente del trabajador en relación de dependencia, el sujeto del derecho de la *seguridad social* es el hombre. Para lograr sus objetivos utiliza métodos y técnicas jurídicas propios, que también lo diferencian del derecho del trabajo.

2) Los sujetos del *derecho del trabajo* son individualmente los trabajadores y empleadores, y colectivamente, las asociaciones sindicales y las cámaras empresariales; en cambio, los sujetos de la *seguridad social* son todas las personas que habitan una comunidad de un país determinado, aunque no trabajen nunca (por ejemplo, un inválido o un anciano).

3) El presupuesto sociológico del *derecho individual del trabajo* es el trabajo en relación de dependencia, y el del *derecho de la seguridad social* son las contingencias sociales que puedan ocurrir a toda la población y no sólo a las personas que trabajan en relación de dependencia.

4) El *derecho del trabajo* tiene por fin la protección del trabajador en relación de dependencia, mientras que el fin del *derecho de la seguridad social* es la seguridad bioeconómica de toda la población.

5) Si bien el trabajador autónomo tiene menor protección que el que está en relación de dependencia y está excluido del derecho del trabajo, para el derecho de la seguridad social el autónomo es un sujeto de derecho.

El autónomo también debe estar protegido de la vejez y la enfermedad; hay una tendencia que se materializa por medio de los consejos profesionales o colegios públicos de buscar protección para sus asociados. El autónomo quiere parecerse al trabajador dependiente para tener cubiertas las contingencias que le puedan ocurrir.

6) Si bien el derecho de la seguridad social comenzó siendo un derecho de la minoría, progresivamente se transformó en un derecho de todo el grupo social.

También se observan claras diferencias entre el seguro privado o individual y el seguro social.

En el seguro privado hay ánimo de lucro, lo cual no sucede en el seguro social, ya que el principio básico es la protección que se les debe a las personas que sufren contingencias. Asimismo, el seguro privado está regido por los principios del derecho privado; en cambio, el seguro social está regido por normas de derecho público, lo cual significa que se rige por la obligatoriedad y el servicio público.

## III. ENCUADRE JURÍDICO

El derecho de la seguridad social tiene raigambre constitucional. La Constitución Nacional, en el art. 14 bis, garantiza a los trabajadores los siguientes beneficios inherentes a la seguridad social: el seguro social obligatorio, las jubilaciones y las pensiones móviles y la protección integral de la familia.

El art. 14 bis expresa que "el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable". Por integral se debe interpretar que la cobertura de las necesidades debe ser amplia y total, no especificando las necesidades que tiende a amparar. El carácter irrenunciable apunta a la obligatoriedad: la incorporación al sistema no admite voluntad en contrario.

La norma constitucional dispone que la ley establecerá un seguro social obligatorio; la referencia al seguro social excluye el régimen de jubilaciones y pensiones, porque se trata de dos sistemas de cobertura distintos dirigidos a cubrir necesidades diferentes: en el régimen jubilatorio no está incluido el seguro social.

El seguro social obligatorio estará a cargo de entidades nacionales o provinciales. Esto significa que, en caso de falta de decisiones, no sería inconstitucional que los organismos federales se encargaran de ello.

Por su parte, el art. 75, inc. 12, CN, otorga al Congreso la facultad de dictar el Código del Trabajo y de la Seguridad Social, es decir, la normativa de fondo específica de la materia.

También los tratados internacionales contribuyen a la conformación del sistema argentino de la seguridad social. En el marco del Mercosur, la Argentina ha suscripto varios acuerdos bilaterales en materia previsional.

El art. 22, Declaración Universal de los Derechos Humanos, expresa que "toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad".

En similar sentido, el art. XVI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, afirma que "toda persona tiene derecho a la seguridad social que lo proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier

otra causa ajena a su voluntad, le imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia", y el art. 9°, Protocolo de San Salvador, manifiesta que la seguridad social debe contribuir a que los no capacitados obtengan los "medios para llevar una vida digna y decorosa". Agrega que "cuando se trate de personas que se encuentren trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad, antes y después del parto".

## IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El derecho de la seguridad social nace a fines de siglo XIX con la crisis de la Revolución industrial. Comienzan a producirse problemas con la aparición del proletariado —la población de operarios industriales—: surgen los accidentes de trabajo, temas familiares, etcétera.

En los países industrializados (países de Europa central, Inglaterra, Francia, España, Checoslovaquia y Alemania) aparece la necesidad de protección frente a los problemas del industrialismo. Con anterioridad, los países del norte de Europa (Dinamarca, Suecia, Noruega) ya tenían una legislación de beneficios sociales, pero curiosamente las personas que se anotaban para ser beneficiarias de ellos perdían sus derechos civiles y políticos, lo cual llevaba a que casi nadie se inscribiera en las listas de ayuda.

Deveali formula una evolución histórica de la seguridad social basada en la clasificación de la responsabilidad, es decir que enfrenta la responsabilidad a la contingencia y determina si se ocupa del tema.

— *Responsabilidad de los trabajadores que contratan seguros privados a costa de las asociaciones sindicales que luego son acompañados también por empleadores progresistas*: el contrato de trabajo empieza a generar problemas de enfermedad y accidentes de trabajo que quedan sin resolver, y el modo de solución es una lenta conciencia de responsabilidad patronal por medio del seguro privado. Por lo tanto, la protección no la daba el Estado o el patrono, sino un seguro que contrataban el patrono y los organismos sindicales.

— *Responsabilidad compartida*: comienza a haber una responsabilidad compartida entre empleadores y el Estado o la sociedad.

— *Responsabilidad basada en la solidaridad corporativa*: cada sector, cada actividad se ocupa de los problemas que genera el hecho con independencia del Estado y el resto de la sociedad.

— *Responsabilidad social*: rechaza el mecanismo del seguro privado y adopta una forma de seguro social, abriendo camino a la terminología que usa la materia, que es la basada en una responsabilidad social.

A partir de 1880-1890, los dos problemas principales que debían ser cubiertos eran —por un lado— el de la protección de las familias numerosas y los menores y mujeres que trabajaban jornadas agobiantes sin límite horario, y —por otro lado— los accidentes de trabajo, ya que aquellas personas que sufrían un accidente de trabajo quedaban marginadas (en la calle) para siempre.

Más tarde aparecen otras contingencias, como la desocupación, ya que la primera crisis de la Revolución industrial no está referida a ella (en esa época había plena ocupación, este tema no empieza a preocupar sino hasta después de 1910-1920), sino a las enfermedades y los accidentes de trabajo.

Los trabajadores que ya estaban organizados en asociaciones sindicales contrataban seguros privados o contaban con fondos de aseguramiento de contingencias (fondos para ayudar a las personas que tenían problemas).

En las primeras organizaciones sindicales en casi todo el mundo —inclusive en la Argentina— hay un fuerte sentido de mutualidad, de solidaridad para lo básico. Los sindicatos —esencialmente los ingleses y los alemanes— tenían fondos de enfermedad que interrelacionaban con un fondo privado; es la etapa que Deveali llamó de "responsabilidad patronal" y que empiezan posteriormente, cuando los trabajadores empiezan a darse cuenta de que debían tener alguna participación en la contratación de ese seguro privado, pero no hacerlo ellos directamente.

En la tercera etapa, principalmente el Estado alemán, que tiene un capitalismo muy especial, caracterizado por el interés por los temas sociales (que comienza con las leyes de Bismark de 1883 y 1889), crea lo que se puede llamar el primer sistema de seguridad social. Los alemanes habían aceptado el liberalismo capitalista pero con una alta concentración autoritaria y paternalista.

La famosa reforma de la seguridad social de Bismark comenzó en 1883: un sistema casi tan completo como en la actualidad. Ese año crea el seguro de enfermedad obligatorio para todos los trabajadores en relación de dependencia de la industria; obviamente, deja un importante sector sin cubrir, ya que no estaban comprendidos otros tipos de trabajadores.

En 1884 crea el seguro de accidente de trabajo y, en 1889, los de invalidez y despido, con la cual se constituye un sistema bastante completo.

La importancia y lo revolucionario de estos sistemas era que la inclusión se consideraba obligatoria. Todos los trabajadores estaban incluidos obligatoriamente, y deja de ser una responsabilidad del seguro privado para pasar a ser una responsabilidad del seguro social, con aportes de los empleadores y del Estado; el trabajador no aportaba.

Combinaba la responsabilidad de los empleadores, la estructura del seguro privado que da la base y la participación voluntaria de los trabajadores, es decir que si el trabajador quería participar por medio del sindicato en el seguro, podía aumentar las prestaciones mediante su ahorro personal. En 1911 Alemania sanciona un código de seguro social que engloba todos estos sistemas.

El sindicalismo alemán fue muy especial respecto de su representación, de su estructura de poder. En cambio, el sindicalismo francés, el inglés y el americano colocaban claramente el sindicato por un lado y la empresa por otro. En contrapartida, el sindicalismo alemán estaba muy acostumbrado a trabajar dentro de las empresas desde largo tiempo.

También Dinamarca crea, en los primeros años del siglo, un sistema de seguridad social que contempla las contingencias de vejez, invalidez y desempleo. Después, los demás países europeos continuaron el esquema de seguro social y fueron abandonando el seguro privado, en el cual la persona que podía ahorrar se compraba un seguro para cuando no pudiera trabajar y aquel que no podía hacerlo carecía de seguro (sistema liberal clásico). También Nueva Zelanda, en la década del 20, creó un sistema completo de seguro social.

En 1935 en los Estados Unidos, en pleno régimen de lo que se llamó el *New Deal* de Roosevelt, se sanciona la *Social Security Act*, Ley de la Seguridad Social, que todavía está vigente.

La expresión seguridad social se consolida en la "Carta del Atlántico", firmada en 1941 durante la Segunda Guerra Mundial, que es la base de la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y el antecedente inmediato del derecho de la seguridad social, así como lo es el Tratado de Versalles respecto del derecho del trabajo.

En 1942 en Inglaterra se desarrolla un programa de seguridad social llevado a cabo por el gobierno laborista —elaborado por *lord* Beveridge (pionero de la seguridad social)— que es uno de los pilares de la evolución de la seguridad social a nivel mundial.

En 1945, los países de América firman el Acta de Chapultepec; en 1948 se sanciona la Declaración Mundial de los Derechos del Hombre, en la cual se incluye el tema de la seguridad social y, en 1952, en el marco de la OIT, se suscribe el primer convenio sobre seguridad social, que se denomina "Normas mínimas de seguridad social".

Uno de los primeros países asiáticos que adoptó un sistema de seguridad social fue Japón entre fines de siglo XIX y principios del XX.

## V. FUENTES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Las principales fuentes del derecho de la seguridad social son: el art. 14 bis, CN, la ley, los decretos, los convenios de seguridad social y los convenios de corresponsabilidad.

### 1. Art. 14 bis, CN

Establece que "el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable", con lo cual aparecen dos de los principios de la seguridad social.

El seguro social obligatorio estará a cargo de entidades nacionales o provinciales, dentro de esta órbita estatal. Se está tratando de unificar los sistemas provinciales con los nacionales; las provincias intentan transferir todos los sistemas provinciales jubilatorios al Estado nacional. Además, hay cajas profesionales que son obligatorias; por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires, los abogados deben realizar aportes sobre los honorarios de los juicios a la caja jubilatoria.

### 2. La ley

Como fuente de la seguridad social, difiere para cada subsistema. El sistema jubilatorio (en la Argentina) tiene su origen en la ley 4349 de 1904 que creó la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones Civiles. Posteriormente se implantan prestaciones jubilatorias por convenios colectivos y se van dictando leyes de creación de entes administrativos denominados "cajas de jubilaciones" que protegían esta contingencia en distintas actividades.

Así, sucesivamente se van creando distintas cajas, con el fin de atender a las diferentes ramas de actividad: Caja Ferroviaria (ley 10.650); Caja de Servicios Públicos (ley 11.110, dec.-ley 10.315/1944 y ley 14.067); Caja de Bancarios y Seguros (ley 11.232, ley 11.575 y dec.-ley 23.682/1944); Caja de Periodistas y Gráficos (ley 12.581 y ley 14.588); Caja de la Marina Mercante (ley 12.612); Caja Navegación (dec.-ley 6395/1946); Caja de Comercio (dec.-ley 31.665/1945); Caja de Industria (dec.-ley 13.937/1946); Caja de Empresarios (ley 14.397); Caja de Independientes (ley 14.397); Caja de Profesionales (ley 14.397); Caja de Trabajadores Rurales (ley 14.399); Caja de Servicio Doméstico (dec.-ley 11.911/1956).

En el año 1954, mediante la ley 14.370, comienzan a unificarse los diferentes subsistemas, basándose para ello en un régimen de reparto. Más tarde, la ley 17.575 reduciría las cajas jubilatorias a sólo tres: Personal de la Industria, Comercio y Actividades Civiles, Personal del Estado y Servicios Públicos y Trabajadores Autónomos.

El régimen de trabajadores en relación de dependencia se crea en el año 1969, por ley 18.037, y por ley 18.038 se instituyó el régimen de trabajadores autónomos.

El Instituto de Previsión Social —ley 23.769 (1990)— reemplazó las antiguas cajas de jubilaciones, siendo su finalidad la administración del Sistema Nacional de Previsión Social (SNPS), y fue disuelto por el dec. 2284/1991 de desregulación económica, ratificado por la ley 24.307.

INVENTARIO 29129
TOPOGRAFIA

En su reemplazo, por medio del dec. 2741/1991 se pone en funcionamiento la Anses, a la que se le encomienda la administración de los subsistemas previsional, de asignaciones familiares y desempleo.

El SIJyP se instaura en el año 1993, con la sanción de la ley 24.241, que deroga las leyes 18.037 y 18.038 (y normas complementarias).

Era un sistema de carácter mixto, ya que coexisten un régimen público (régimen de reparto) administrado por el Estado a través de la Anses y un régimen de capitalización individual administrado por las AFJP, entidades privadas supervisadas por la Safjp; este organismo autárquico es la autoridad de control y de regulación del régimen de capitalización.

En agosto de 1993, el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, suscripto entre el PEN y varias provincias, establece la obligación del gobierno nacional de aceptar la transferencia al SNPS de las cajas de jubilaciones provinciales, con exclusión de las de profesionales y, en el caso de las provincias que adhirieran al nuevo régimen previsional nacional, de respetar los derechos adquiridos de los jubilados y pensionados provinciales. Estas transferencias se fueron instrumentando por medio de convenios particulares, suscriptos luego de la sanción de las leyes provinciales respectivas.

Es reemplazado en 2009 por el SIPA, según lo dispone la ley 26.425 (BO del 4/12/2008), que deroga el régimen de capitalización.

Otros *subsistemas* —por ejemplo, el de asignaciones familiares— tienen un origen legal más reciente (1956/1957), con la creación previa de las cajas compensadoras. Luego, a partir de 1964, el sistema se extiende a todas las demás actividades que regulaban las asignaciones sin cajas compensadoras. A partir del año 1968, se sanciona la ley 18.017, incorporando al régimen a los trabajadores estatales y unificando los regímenes dispersos de las ex cajas para empleados de comercio, industria y estiba. En el año 1996 se sanciona la ley 24.714 (BO del 18/10/1996) que deroga el régimen de la anterior ley 18.017.

En el caso del subsistema de salud, la fuente legal es la ley 18.610 de 1970. Posteriormente se dictan las leyes 23.660 y 23.661, a partir de octubre del año 1989, que a pesar de distintas reformas rigen aún en la actualidad.

La creación legal del Fondo de Desempleo también es reciente, ya que aparece con la ley 24.013, de 1991, sin perjuicio de regímenes especiales como el caso de los trabajadores de la construcción, mediante la ley 25.371, y los trabajadores rurales, que tienen su propio régimen de prestaciones por desempleo a través de la ley 25.191.

El subsistema de riesgo del trabajo —que a partir de la ley 24.557 pasa a depender de la seguridad social— tiene su origen en la ley 9688, de 1915, y las leyes posteriores (24.028 y 24.557).

Como quedara dicho, dentro del sistema general, la protección más antigua es contra la vejez, por medio del sistema jubilatorio; no se debería seguir llamándolo así porque no tiene el sentido de jubilación de algunos años atrás.

### 3. Decretos

Los decretos han tenido en la seguridad social, en distintas ocasiones, más trascendencia que la propia ley, ya que en algunos casos iniciaron los subsistemas; por ejemplo, los decs. 7913 y 7914/1957 instauraron los subsistemas de asignaciones familiares en el año 1957. Hasta ese momento, distintas actividades tenían en su convenio colectivo algún aporte para familiares menores o hijos de los afiliados.

### 4. Convenios de seguridad social

Son convenios entre la Nación y las provincias, las provincias y los municipios y entre la Nación y el gobierno de la ciudad de Buenos Aires. Los convenios de seguridad social fijaban regímenes de reciprocidad; esto significa que si una persona trabajaba diez años en un organismo provincial y veinte años en un organismo nacional se podía jubilar porque había reciprocidad. Estos convenios fueron habituales y permitieron que mucha gente accediera a beneficios de la seguridad social.

En los últimos años, los convenios entre la Nación y las provincias se fueron suprimiendo, es decir que personas que percibían más de una jubilación recibieron cartas en las cuales se les comunicó que sólo iban a percibir la jubilación nacional. El déficit de la seguridad social incide fuertemente en el presupuesto nacional y no alcanza para la cobertura total e igualitaria que propugna el sistema.

### 5. Convenios de corresponsabilidad

Estos convenios —que habitualmente están unidos a los de reciprocidad— se efectúan entre asociaciones sindicales y empresarios, tales como el de la Obra Social de los Trabajadores Agrarios, cuyos aportes y contribuciones surgen de cada venta que efectúan los productores de sus productos, ya sea de ganado o de granos. Tiene como objeto regular derechos y obligaciones de las partes, sobre todo en cuanto a aportes y contribuciones.

## VI. PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El derecho de la seguridad social se funda en la necesidad de la comunidad de alcanzar un pleno estado de justicia social, es decir que no tiene un origen contractual.

Debido a ello, los principios de la seguridad social son diferentes de los del derecho del trabajo. Sintéticamente, podemos enumerar los siguientes:

### 1. Solidaridad

La seguridad social debe ser entendida como una obligación de la cual toda la sociedad es responsable respecto de las contingencias que puede sufrir cualquiera de sus componentes. Quien está en mejores condiciones debe ayudar a quien tiene menos; se exige esa solidaridad porque hay desigualdad frente a las contingencias, ya que no es lo mismo la enfermedad para alguien que tiene protección que para quien no la tiene.

### 2. Subsidiariedad

Los sistemas de la seguridad social tienden a obligar al Estado a que no abandone su responsabilidad de cubrir las posibles contingencias que puede llegar a sufrir cualquiera de los individuos que conforman la comunidad que gobierna y ordena. No pretende reemplazar al hombre, sino que busca subsidiar, reforzar algún sector social frente a contingencias que lo desequilibran. Para la seguridad social esta obligación del Estado es indelegable, y éste debe brindarla en todo momento, tanto por sí como por medio de los organismos que lo componen.

### 3. Universalidad

La cobertura de servicios de la seguridad social se extiende a todos los individuos y grupos que integran un todo social sin ninguna excepción. Comienza protegiendo a un grupo y ter-

mina protegiendo a la mayor cantidad posible de la población, por solidaridad y filosofía, para paliar problemas sociales y económicos, y por interés, ya que cuando hay protección se puede alcanzar la paz social.

### 4. Integralidad (material y horizontal)

La seguridad social pretende neutralizar los efectos nocivos que producen las contingencias sociales. No solamente engloba a más personas, sino que hay un principio vertical. Se plantean distintas hipótesis: proteger más contingencias en un grupo determinado, no proteger a determinadas personas (por ejemplo, no otorgar determinadas asignaciones familiares a quienes perciban más de un monto determinado) o dejar de protegerlos de algunas contingencias, pero que esos beneficios alcancen a un número mayor de personas. Por ejemplo, si antes se las protegía contra la enfermedad, ahora se las protege contra la enfermedad, los accidentes, la desocupación, etcétera.

### 5. Igualdad

La seguridad social está obligada a brindar igual cobertura a todos los individuos, con la única condición de que estén en igualdad de circunstancias.

Se vincula con el principio de la dignidad del hombre y su libertad, ya que al hombre le preocupa la falta de dignidad frente a las contingencias: busca la seguridad que lo libere de la inseguridad frente a ellas.

### 6. Unidad de gestión

La seguridad social debe ser regulada por una legislación única y organizada, y ejecutada por medio de una estructura financiera y administrativa única. Sin embargo, actualmente han sido transferidas diversas prestaciones a manos privadas u organismos independientes de la estructura estatal, lo cual ha motivado que se esté gestando un nuevo principio: el de descentralización. Debería haber una administración central de cada subsistema.

### 7. Inmediación

El bien jurídico protegido es el hombre; por lo tanto, el objeto de la disciplina se dirige a protegerlo contra el desamparo. El beneficio se debe otorgar cuando existe la necesidad, debiendo prevalecer, incluso, por sobre la acreditación del derecho para acceder a él.

## VII. PRINCIPIOS DE LA OIT SOBRE SEGURIDAD SOCIAL

El preámbulo de la Constitución de la OIT expresa que "la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social".

En el marco de la OIT, en el año 1952, se firmó el primer convenio sobre seguridad social, denominado "Normas mínimas de seguridad social", convenio 102.

El convenio 102, cuya entrada en vigencia data del año 1955, establece las normas mínimas sobre seguridad social y contempla los siguientes derechos: asistencia médica preventiva o curativa, y prestaciones monetarias de enfermedad, por desempleo, de vejez, en caso de accidente de trabajo y de enfermedad profesional, prestaciones familiares, de maternidad, por invalidez y de sobrevivientes.

Otros convenios se refieren a estas prestaciones de modo más específico. Entre ellos, los convenios 3 y 103, de 1919 y 1952, respectivamente, sobre la protección a la maternidad, que establecen la prohibición de despedir a la trabajadora durante la etapa del descanso por parto, y que la mujer trabajadora no está autorizada a trabajar durante un período de seis semanas después del parto, que tiene derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare la fecha probable de parto en el término de seis semanas y que recibirá prestaciones suficientes para su manutención y la de su hijo, así como asistencia gratuita de un médico o comadrona, dos descansos de media hora por día para lactancia.

Asimismo, en el convenio 12/1921, sobre la indemnización por accidentes de trabajo en la agricultura, y en el convenio 17/1927, sobre indemnización por accidentes de trabajo, ambos revisados en 1964 por el convenio 121, se fijan las pautas para las prestaciones en casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En materia de indemnizaciones por enfermedades profesionales, el convenio 18/1925 entró en vigor en 1927, para ser luego revisado en el año 1934, con el convenio 42.

En 1925 fue adoptado el convenio 19 sobre igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo, que entró en vigor en 1926.

El convenio 24 relativo al seguro de enfermedad de los trabajadores de la industria, del comercio y del servicio doméstico, además del convenio 25 sobre seguro de enfermedad de los trabajadores del sector agrícola, entraron en vigor en 1928. Fueron revisados por el convenio 130, en 1969.

El seguro obligatorio de vejez está contemplado en el convenio 35, que entró en vigencia en 1937, estableciéndolo para los asalariados de las empresas industriales, en las profesiones liberales, en el trabajo a domicilio y en el servicio doméstico. Fue reemplazado por el convenio 128/1967, que trata las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes. En su art. 9° establece que la protección debe comprender a todos los asalariados, al 75% de la población económicamente activa o a todos los residentes, estableciendo además pagos periódicos para los trabajadores tipo del orden del 45% y 50% de las ganancias anteriores.

La OIT ha evidenciado una gran preocupación por los temas de la seguridad social, lo cual se observa en los principios elaborados en diversas recomendaciones y convenios.

El organismo internacional establece los siguientes *principios*:

1) Que haya una protección total y coordinada contra las contingencias que pueda sufrir un trabajador (sin culpa) que le puedan traer como consecuencia la pérdida temporal o permanente del salario, de la asistencia médica y de las asignaciones familiares.

2) La extensión de esta protección debe abarcar a todas las personas de la comunidad. Hay un desplazamiento de sectores: los que no trabajan en relación de dependencia buscan la protección como si lo hicieran. En la Argentina esto se observa en los consejos profesionales o colegios de cualquier profesión. Ésta es una forma de proteger a sus afiliados en forma conjunta (por ejemplo, para que no negocien cada uno con una prepaga) y de buscar protección, seguridad, mediante una entidad superior.

3) Seguridad de recibir prestaciones sobre la base de un derecho legal establecido; es decir que aunque sean mínimas sirvan para mantener un nivel de vida medianamente aceptable en la contingencia.

4) Protección del financiamiento: apunta a asegurar el financiamiento pero basado en un principio de solidaridad, es decir que participan todos los sectores.

## VIII. CONTINGENCIAS CUBIERTAS

Las contingencias son circunstancias de la vida que disminuyen en forma parcial o total el ingreso del hombre. Las contingencias cubiertas pueden ser clasificadas en biológicas, patológicas y sociales.

Los sistemas tradicionales de la seguridad social generaron diversas críticas: su baja cobertura, dado que alcanzan a una pequeña parte de la población; su escaso impacto en los sectores sociales más vulnerables; los diversos privilegios y distorsiones generados en parte de la población asegurada; su impacto sobre la nómina de salarios y los costos laborales; la influencia del aumento de la expectativa de vida en el descenso en la relación de activos y pasivos; la evasión y elusión de los pagos correspondientes por parte de los obligados a hacerlos; y su alto costo, sumado a un manejo financiero y actuarial deficiente.

Algunas de las observaciones al sistema tradicional se trasladan al sistema de la ley 24.241, del que también se critica su alta onerosidad, su baja cobertura, su falta de transparencia, su bajo o negativo retorno, y dudas razonables acerca de su viabilidad.

No obstante, cabe señalar que el art. 1°, ley 26.425 (BO del 9/12/2008), dispone la unificación del SIJyP en un único régimen previsional público que se denominará SIPA, financiado a través de un sistema solidario de reparto, garantizando a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización vigente hasta la fecha idéntica cobertura y tratamiento que la brindada por el régimen previsional público, en cumplimiento del mandato previsto por el art. 14 bis, CN. En consecuencia, elimínase el actual régimen de capitalización, que será absorbido y sustituido por el régimen de reparto, en las condiciones de la presente ley.

Las prestaciones otorgadas por la seguridad social para amparar cada una de las contingencias cubiertas son las siguientes:

### 1. Contingencias biológicas

1) *Maternidad*: asistencia médica, internación para el alumbramiento y atención del recién nacido.

2) *Vejez*: régimen jubilatorio: prestaciones por jubilación ordinaria y otros beneficios para el cuidado de la salud.

3) *Muerte*: pensión por fallecimiento del afiliado o beneficiario y asistencia médica para los derechohabientes.

### 2. Contingencias patológicas

1) *Enfermedades y accidentes inculpables*: salarios a cargo del empleador y obras sociales para la recuperación.

2) *Accidentes de trabajo y riesgos laborales*: cobertura completa, ingreso mensual asegurado y asistencia médica.

3) *Invalidez*: jubilación por invalidez y asistencia médica.

### 3. Contingencias sociales

1) *Cargas de familia*: asignaciones familiares, asistencia médica mediante las obras sociales.

2) *Desempleo*: prestaciones diferenciadas, asignaciones familiares, asistencia médica y sistemas de reconversión laboral.

## IX. TIPOS DE PRESTACIONES

Los tipos de prestaciones propios de la seguridad social son los siguientes: servicios, beneficios y prestaciones en dinero o especie.

*a) Servicios*: por ejemplo, atención médica para un accidentado, atención de un parto, etcétera.

*b) Beneficios*: son los que brindan una mejor cobertura y calidad de vida al trabajador y a su núcleo familiar; como la guardería para sus hijos, seguros de sepelio, etcétera.

*c) Prestaciones en dinero o especie*: las prestaciones en dinero son, entre otras, las asignaciones familiares que compensan en dinero al trabajador por sus cargas de familia. Las prestaciones en especie son, por ejemplo, los medicamentos que se entregan al trabajador.

En cuanto a su duración, las prestaciones pueden ser periódicas, de pago único y de pago ocasional.

Son periódicas cuando se liquidan en forma mensual; de pago único, cuando se las paga sólo en el momento de producirse la causa que las origina, y de pago ocasional cuando se lo hace al producirse la contingencia que motiva la prestación.

## X. CARGAS SOCIALES. APORTES Y CONTRIBUCIONES

Los aportes del trabajador y las contribuciones del empleador que sirven para solventar las contingencias cubiertas por la seguridad social se denominan cargas sociales.

*Los trabajadores deben pagar obligatoriamente los aportes y* resignar parte de su remuneración para protegerse frente a determinadas contingencias (opera como una especie de autoseguro); tiene carácter solidario, ya que también solventa necesidades ajenas.

*Los empleadores deben pagar obligatoriamente las contribuciones* (impuesto al trabajo), colaborando para la previsión de las contingencias futuras de los trabajadores; también tiene carácter solidario, ya que el régimen es sostenido para toda la comunidad empresaria (originalmente cada empleador debía contribuir para asegurar el bienestar de sus dependientes), lo que evita discriminaciones entre trabajadores.

El Estado controla el cumplimiento de las obligaciones de la seguridad social, que financia la cobertura de distintas contingencias y reglamenta el régimen sancionatorio por infracciones a las leyes 17.250 y 22.161, referidas a los aportes y las contribuciones de la seguridad social, sin perjuicio del régimen de graduación instituido en el marco de la res. gral. AFIP 2766/2010 (BO del 15/2/2010).

El total de aportes y contribuciones es aproximadamente del 49% sobre la remuneración bruta; los trabajadores aportan el 17% y los empleadores deben contribuir con el 32%. Para la jubilación, el total de aportes y contribuciones es del 27% (aporte del trabajador: 11%, contribución del empleador: 16%), para el ex INSSJP es del 5% (aporte del trabajador: 3%, contribución del empleador: 2%), para la obra social es del 9% (aporte del trabajador: 3%, contribución del empleador: 6%), para asignaciones familiares 7,5% y para el Fondo de Empleo 1,5%, correspondiendo ambas a la contribución del empleador, ya que en esos casos no hay aportes del trabajador.

En forma transitoria, el DNU 1387/2001 (BO del 2/11/2001) había reducido por el término de un año —contado desde el 2/11/2001— el aporte personal de los trabajadores del 11% —tal cual lo dispone el art. 11, ley 24.241— al 5%. Esa reducción rigió para todos los trabajadores en relación de dependencia, tanto para los aportantes al sistema de reparto como al régimen de capitalización. Sin embargo, posteriormente el DNU 1676/2001 (BO del 20/12/2001) aclaró que esa reducción rige sólo para quienes hubiesen optado u opten por el régimen de capitalización. Distintos decretos prorrogaron esa reducción hasta la sanción de la ley 26.222 (BO del 8/3/2007) que unificó el aporte a partir del 1/1/2008 en el 11%.

El dec. 491/2004 (BO del 22/4/2004) derogó el art. 5°, dec. 814/2001, sobre imputación al IVA del costo de las contribuciones patronales, y modificó el art. 9°, ley 24.241, sustituyendo la redacción de la ley 25.239 y efectúa cambios respecto de la base imponible: reestablece el piso mínimo sujeto a aportes en tres Mopre ($ 240) —ahora, haber mínimo garantizado, cfr. art. 13, ley 26.147—, independientemente de la remuneración real del trabajador, elimina el tope máximo de sesenta Mopre ($ 4800) —ahora, haber mínimo garantizado, cfr. art. 13, ley 26.147— para el cálculo de las contribuciones patronales con destino al SIJyP. De esta forma se mantiene la diferencia entre base imponible para el cálculo de las contribuciones de los empleadores y de los aportes personales de los trabajadores. El dec. 1346/2007 (BO del 5/10/2007) estableció un nuevo límite máximo de la base imponible elevándolo de 75 a 84,375 Mopre —ahora, haber mínimo garantizado, cfr. art. 13, ley 26.147—, para las remuneraciones devengadas a partir del 1/9/2007. Esto significa que el tope de remuneración sujeta a aportes se elevó de $ 6000 a $ 6750, desde el 1/3/2008 es de $ 7256 y a partir del 1/7/2008 fue de $ 7800 (cfr. dec. 279/2008, BO del 27/2/2008).

Desde el 1/3/2010, a raíz del incremento del 8,21% en los haberes previsionales, la Anses estableció que la nueva base imponible máxima prevista en el párr. 1°, art. 9°, ley 24.241, texto según la ley 26.222, era de $ 10.119 desde el mes de marzo de 2010; el haber máximo era de $ 6558,06 desde marzo de 2010. Desde el 1/3/2011, como consecuencia del 17,33% de aumento, la base imponible era de $ 13.879 y el haber máximo de $ 8995.

## 1. Régimen simplificado para pequeños contribuyentes (Monotributo)

La norma que rige el Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (Monotributo) es la ley 26.565 (BO del 21/12/2009). El art. 8°, ley 25.545 (BO del 2/12/2009), prorrogó hasta el 31/12/2013 la vigencia de este régimen, con efectos a partir del 1/1/2010.

El anexo fue sustituido por el art. 1°, ley 26.565 (BO del 21/12/2009), con vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y surte efecto, en virtud de lo dispuesto en el art. 1° de la medida de referencia, a partir del primer día del primer cuatrimestre calendario completo siguiente a la fecha de publicación.

Se establece un régimen tributario integrado y simplificado, relativo a los impuestos a las ganancias, al valor agregado y al sistema previsional, destinado a los pequeños contribuyentes.

A los fines de lo dispuesto en el régimen, se consideran pequeños contribuyentes las personas físicas que realicen venta de cosas muebles, locaciones y/o prestaciones de servicios, incluida la actividad primaria, las integrantes de cooperativas de trabajo, en los términos y condiciones que se indican en el tít. VI de la ley, y las sucesiones indivisas en su carácter de continuadoras de aquéllas.

Asimismo, se consideran también pequeños contribuyentes las sociedades de hecho y comerciales irregulares (cap. I, secc. IV, ley 19.550 de Sociedades Comerciales, t.o. 1984 y sus modifs.), en la medida en que tengan un máximo de hasta tres socios.

En forma concurrente, deberá verificarse en todos los casos que

a) Hayan obtenido en los doce meses calendario inmediatos, anteriores a la fecha de adhesión, ingresos brutos provenientes de las actividades a ser incluidas en el régimen de referencia inferiores o iguales a la suma de $ 200.000 o, si se trata de ventas de cosas muebles, que habiendo superado dicha suma y hasta la de $ 300.000, cumplan el requisito de cantidad mínima de personal previsto, para cada caso, en el párr. 3°, art. 8°.

b) No superen en el período indicado en el inc. a) los parámetros máximos de las magnitudes físicas y alquileres devengados que se establecen para su categorización a los efectos del pago del impuesto integrado que les correspondiera realizar.

c) El precio máximo unitario de venta, sólo en los casos de venta de cosas muebles, no supere el importe de $ 2500.

d) No hayan realizado importaciones de cosas muebles y/o de servicios durante los últimos doce meses del año calendario.

e) No realicen más de tres actividades simultáneas o no posean más de tres unidades de explotación.

Cuando se trate de sociedades comprendidas en este régimen, además de cumplir con los requisitos exigidos a las personas físicas, la totalidad de los integrantes —individualmente considerados— deberá reunir las condiciones para ingresar al Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (RS).

La norma dispone que los sujetos que realicen alguna o algunas de las actividades mencionadas en el párr. 1°, art. 2°, del régimen deberán categorizarse de acuerdo con la actividad principal (aquella por la que el contribuyente obtenga mayores ingresos brutos), teniendo en cuenta los parámetros establecidos en el art. 8° del anexo y sumando los ingresos brutos obtenidos por todas las actividades incluidas en el régimen (se considera ingresos brutos obtenidos en las actividades el producido de las ventas, locaciones o prestaciones correspondientes a operaciones realizadas por cuenta propia o ajena, excluidas aquellas que hubieran sido dejadas sin efecto y netas de descuentos efectuados de acuerdo con las costumbres de plaza).

Los sujetos que encuadren en la condición de pequeño contribuyente pueden optar por adherir al RS, debiendo tributar el impuesto integrado que, para cada caso, se establece en el art. 11.

En cuanto a los impuestos comprendidos en la normativa, el art. 6° dispone que los ingresos que deben efectuarse como consecuencia de la adhesión al RS sustituyen el pago de los impuestos a las ganancias y al valor agregado.

En el caso de las sociedades comprendidas en el régimen se sustituyen el impuesto a las ganancias de sus integrantes, originado por las actividades desarrolladas por la entidad sujeta al RS y el IVA de la sociedad. Las operaciones de los pequeños contribuyentes adheridos al RS se encuentran exentas del impuesto a las ganancias y del IVA, así como de aquellos impuestos que en el futuro los sustituyan.

En cuanto al impuesto mensual a ingresar según la categoría, dispone el art. 7° que los pequeños contribuyentes adheridos al RS deberán —desde su adhesión— ingresar mensualmente el impuesto integrado, sustitutivo de los impuestos mencionados precedentemente, que resultará de la categoría en la que queden encuadrados en función del tipo de actividad, los ingresos brutos, las magnitudes físicas y los alquileres devengados, asignados a ella.

Este impuesto deberá ser ingresado hasta el mes en que el contribuyente renuncie al régimen o, en su caso, hasta el cese definitivo de actividades en los plazos, términos y condiciones que a tal fin determina la AFIP, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. En este sentido, se faculta a la AFIP a regular la baja retroactiva del pequeño contribuyente adherido al RS.

El anexo establece las siguientes categorías de contribuyentes, de acuerdo con los ingresos brutos anuales —correspondientes a la o las actividades mencionadas en el párr. 1°, art. 2°—, las magnitudes físicas y el monto de los alquileres devengados anualmente, que se encuentran detalladas en el art. 8°.

Se establecen ocho categorías para oficios, profesiones y servicios, y el resto de las actividades. El ingreso bruto anual máximo es de $ 200.000 en el primer grupo y de $ 300.000 en el segundo grupo y contando, en su caso, hasta tres empleados.

Teniendo en cuenta lo dispuesto por la ley 26.565 que modificó el RSPC, establece los requisitos, formalidades y demás condiciones tendientes a la puesta en marcha de las distintas

modificaciones efectuadas y elabora un texto unificado y ordenado de las normas contenidas en las diversas resoluciones generales dictadas en relación con el RS.

En el régimen para todas las categorías se realiza un pago a cuenta de la cotización previsional de $ 110, en reemplazo del monto anterior de $ 35. Asimismo, se ha modificado el aporte con destino a la obra social, que en el marco del nuevo régimen es de $ 70 en relación con el monto anterior de $ 46,75. De manera adicional, la norma establece un requisito extra para las categorías más elevadas. Con la mira puesta en promover el empleo registrado, las empresas y particulares cuyos ingresos brutos anuales estén entre $ 200.000 y $ 300.000 podrán permanecer en el régimen, siempre y cuando cumplan con una cantidad mínima de personal en relación de dependencia:

— Hasta $ 235.000: un empleado; hasta $ 270.000: dos empleados; y hasta $ 300.000: tres empleados. Otra novedad refiere al nuevo régimen de *exclusión automática para monotributistas*. La herramienta permitirá que la AFIP —cuando constate la infracción— inscriba de oficio a los sujetos en el régimen general impositivo y previsional. Esto significa una importante suba en la carga fiscal, al tener que afrontar el pago del IVA y ganancias.

Se prevé asimismo el "monotributo social" para que aquellos contribuyentes alcanzados por esta excepción no paguen el componente impositivo del monotributo, integrando solamente el correspondiente a la seguridad social y a la obra social, lo que le permitirá el uso total de estas coberturas.

En otro orden, se mantiene la obligatoriedad de recategorización cuatrimestral, en los supuestos de exceso en los montos de facturación previsto en el nuevo régimen.

Las prestaciones de la seguridad social correspondientes a los pequeños contribuyentes adheridos al RS, por los períodos en que hubieran efectuado las cotizaciones de conformidad con lo dispuesto por el art. 39, serán las siguientes:

a) la prestación básica universal (PBU), prevista en el art. 17, ley 24.241, y sus modifs.;

b) el retiro por invalidez o pensión por fallecimiento, previstos en el art. 17, ley 24.241, y sus modifs., el que se calculará sobre la base de aplicar los porcentajes previstos en los incs. a) o b), según corresponda, del art. 97, sobre el importe de la PBU, prevista en el art. 17, ambos de la citada ley;

c) las prestaciones previstas en el SNSS, instituido por las leyes 23.660 y 23.661 y sus respectivas modificaciones, para el pequeño contribuyente y en el caso de que éste ejerciera la opción del inc. c), art. 39, para su grupo familiar primario. El pequeño contribuyente podrá elegir la obra social que le efectuará las prestaciones desde su adhesión al RS de acuerdo con lo previsto por el dec. 504 de fecha 12/5/1998 y sus modificaciones. El PEN dispondrá un número determinado de meses de los aportes indicados en el inc. b) y, en su caso, el inc. c), art. 39, que deberán haberse ingresado durante un período anterior a la fecha en que corresponda otorgar la cobertura, como requisito para el goce de las prestaciones previstas en este inciso. La obra social respectiva podrá ofrecer al afiliado la plena cobertura, durante el período de carencia que fije la reglamentación, mediante el cobro del pertinente coseguro.

Si no se cancelan los meses por los cuales debió tributar y no se abonan los meses sustitutivos correspondientes a los meses faltantes o fracción de mes faltante, los períodos sobre los que no se ingresen íntegramente los aportes no se consideran a ninguno de los efectos establecidos, en materia de prestaciones, por la ley 24.241.

Para acceder al retiro por invalidez y a la pensión por fallecimiento del afiliado es requisito la regularidad en los aportes.

## XI. RÉGIMEN DE INCLUSIÓN SOCIAL Y PROMOCIÓN DEL TRABAJO INDEPENDIENTE

Este régimen está establecido en el anexo en la redacción del art. 1°, ley 26.565 (BO del 21/12/2009), que introduce el concepto de "trabajador independiente promovido", y fija los requisitos de ingreso.

Así, dispone que el RS será de aplicación a los trabajadores independientes que necesiten una mayor promoción de su actividad para lograr su inserción en la economía formal y el acceso a la igualdad de oportunidades.

Para adherir y permanecer en el régimen deberán cumplirse, de manera conjunta, las siguientes condiciones:

a) Ser persona física mayor de 18 años.

b) Desarrollar exclusivamente una actividad independiente, que no sea de importación de cosas muebles y/o de servicios, y no poseer local o establecimiento estable. Esta última limitación no será aplicable si la actividad es efectuada en la casa habitación del trabajador independiente, siempre que no constituya un local.

c) Que la actividad sea la única fuente de ingresos, no pudiendo adherir quienes revistan el carácter de jubilados, pensionados, empleados en relación de dependencia o quienes obtengan o perciban otros ingresos de cualquier naturaleza, ya sean nacionales, provinciales o municipales, excepto los provenientes de planes sociales. El PEN se encuentra facultado para determinar las actividades que deben ser consideradas.

d) No poseer más de una unidad de explotación.

e) Cuando se trate de locación y/o prestación de servicios, no llevar a cabo en el año calendario más de seis operaciones con un mismo sujeto, y que en estos casos de recurrencia cada operación no supere la suma de $ 1000.

f) No revestir el carácter de empleador.

g) No ser contribuyente del impuesto sobre los bienes personales.

h) No haber obtenido en los doce meses calendario inmediatos anteriores al momento de la adhesión ingresos brutos superiores a $ 24.000. Cuando durante dicho lapso se perciban ingresos correspondientes a períodos anteriores, éstos también deberán ser computados a los efectos del referido límite.

i) La suma de los ingresos brutos obtenidos en los últimos doce meses inmediatos anteriores a la obtención de cada nuevo ingreso bruto —inclusive— debe ser inferior o igual al importe previsto en el inciso anterior. Cuando durante ese lapso se perciban ingresos correspondientes a períodos anteriores, éstos también deberán ser computados a los efectos del referido límite.

j) Si se trata de un sujeto graduado universitario, que no se hayan superado los dos años contados desde la fecha de expedición del respectivo título y que éste se haya obtenido sin la obligación de pago de matrículas o cuotas por los estudios cursados.

La norma prohíbe expresamente que las sucesiones indivisas, aun en carácter de continuadoras de un sujeto adherido al régimen que se analiza, puedan permanecer en él.

A los fines del límite al que se refieren los incs. h) e i) se admite, como excepción y por única vez, que los ingresos brutos a computar superen el tope previsto en dichos incisos en no más de $ 5000, cuando al efecto deban sumarse los ingresos percibidos correspondientes a períodos anteriores al considerado.

El régimen comprende:

a) El pago de una "cuota de inclusión social" que reemplaza la obligación mensual de ingresar la cotización previsional prevista en el inc. a), art. 39.

b) La opción de acceder a las prestaciones contempladas en el inc. c), art. 42, anexo, en las condiciones dispuestas para ellas.

c) La exención del pago del impuesto integrado establecido en el cap. II, tít. III, del anexo.

A todos los efectos, la adhesión al régimen implica una categorización como pequeño contribuyente.

La cuota de inclusión social consiste en un pago a cuenta de las cotizaciones previsionales dispuestas en el inc. a), art. 39, a cargo del pequeño contribuyente; el PEN está facultado para establecer el valor mínimo mensual que los sujetos que adhieran al régimen deberán ingresar en concepto de cuota de inclusión social (art. 34).

Las prestaciones correspondientes a los trabajadores independientes promovidos adheridos al RS, cuando se hubieran ingresado las cotizaciones de conformidad con lo dispuesto en el título bajo análisis —por la totalidad de los períodos necesarios—, están establecidas en el art. 35, que dispone que serán las previstas en los incs. a), b) y d), art. 42, del anexo.

## XII. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS RECURSOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL PARA PEQUEÑOS CONTRIBUYENTES

El empleador acogido al régimen de esta ley deberá ingresar, por sus trabajadores dependientes, los aportes, las contribuciones y las cuotas establecidos en los regímenes generales del SIPA, del ISSJyP, del régimen del SNSS, de Asignaciones Familiares y Fondo Nacional del Empleo y de la LRT, en los plazos y las formas establecidos por las normas de fondo y de procedimiento que regulan a cada uno de ellos.

El pequeño contribuyente adherido que desempeñe actividades comprendidas en el inc. b), art. 2°, ley 24.241, y sus modifs., queda encuadrado desde su adhesión en el SIPA y sustituye el aporte personal mensual previsto en el art. 11 por las siguientes cotizaciones previsionales fijas:

a) aporte de $ 110, con destino al SIPA;

b) aporte de $ 70, con destino al SNSS instituido por las leyes 23.660 y 23.661 y sus respectivas modificaciones, de los cuales un 10% se destinará al Fondo Solidario de Redistribución establecido por el art. 22, ley 23.661 y sus modifs.;

c) aporte adicional de $ 70, a opción del contribuyente, al Régimen Nacional de Obras Sociales instituido por la ley 23.660 y sus modificaciones, por la incorporación de cada integrante de su grupo familiar primario. Un 10% de dicho aporte adicional se destinará al Fondo Solidario de Redistribución establecido por el art. 22, ley 23.661, y sus modificaciones.

Cuando el pequeño contribuyente adherido al RS sea un sujeto inscripto en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social del Ministerio de Desarrollo Social, que quede encuadrado en la categoría B, estará exento de ingresar el aporte mensual establecido en el inc. a). Asimismo, ingresará los aportes de los incs. b) y c) con una disminución del 50%.

El art. 40 enumera a los eximidos de todos los aportes indicados precedentemente:

1) Los menores de 18 años, en virtud de lo normado por el art. 2°, ley 24.241, y sus modifs.

2) Los trabajadores autónomos a los que alude el párr. 1°, art. 13, ley 24.476, y su reglamentación.

3) Los profesionales universitarios que por esa actividad se encontraren obligatoriamente afiliados a uno o más regímenes provinciales para profesionales, de acuerdo con lo normado por el ap. 4°, inc. b), art. 3°, ley 24.241, y sus modifs.

4) Los sujetos que —simultáneamente con la actividad por la cual adhieran al RS— se encuentren realizando una actividad en relación de dependencia y aporten en tal carácter al régimen nacional o a algún régimen provincial previsional.

Los trabajadores autónomos a los que alude el párr. 2°, art. 13, ley 24.476, y su reglamentación que se encuentren adheridos al RS, sólo deberán ingresar —en su condición de trabajadores autónomos— la cotización prevista en el inc. a), art. 39, con destino al SIPA. Dicha cotización no traerá para el trabajador derecho a reajuste alguno en sus prestaciones previsionales.

En cuanto a las prestaciones de la seguridad social correspondientes a los pequeños contribuyentes adheridos al RS, por los períodos en que hubieran efectuado las cotizaciones de conformidad con lo dispuesto por el art. 39, aquéllas se encuentran enumeradas en el art. 42, y son las siguientes:

a) la PBU, prevista en el art. 17, ley 24.241, y sus modifs.;

b) el retiro por invalidez o pensión por fallecimiento, previstos en el art. 17, ley 24.241, y sus modifs., que se calculará aplicando los porcentajes previstos en los incs. a) o b), según corresponda, del art. 97, sobre el importe de la PBU prevista en el art. 17, ambos de la citada ley;

c) las prestaciones previstas en el SNSS, instituido por las leyes 23.660 y 23.661 y sus respectivas modificaciones, para el pequeño contribuyente y en el caso de que éste ejerciera la opción del inc. c), art. 39, para su grupo familiar primario. El pequeño contribuyente podrá elegir la obra social que le efectuará las prestaciones desde su adhesión al RS de acuerdo con lo previsto por el dec. 504 de fecha 12/5/1998 y sus modifs. El PEN dispondrá un número determinado de meses de los aportes indicados en el inc. b) y, en su caso, en el c), art. 39, que deberán haberse ingresado durante un período anterior a la fecha en que corresponda otorgar la cobertura como requisito para el goce de las prestaciones previstas en el inciso. La obra social respectiva podrá ofrecer al afiliado la plena cobertura, durante el período de carencia que fije la reglamentación, mediante el cobro del pertinente coseguro;

d) cobertura médico-asistencial por parte del Inssjp en los términos de la ley 19.032 y sus modifs., al adquirir la condición de jubilado o pensionado.

Para acceder a las prestaciones establecidas en el inc. c), el contribuyente deberá estar al día con los aportes al RS. El agente de seguro de salud podrá disponer la desafiliación del pequeño contribuyente ante la falta de pago de tres aportes mensuales consecutivos y/o de cinco alternados.

La adhesión al RS excluye los beneficios previsionales emergentes de los regímenes diferenciales por el ejercicio de actividades penosas o riesgosas de los contribuyentes, en su condición de trabajadores autónomos.

Para las situaciones no previstas, resultan aplicables en forma supletoria las disposiciones de las leyes 19.032, 23.660, 23.661, 24.241 y 24.714, sus respectivas modificaciones y normas complementarias, así como los decretos y resoluciones que las reglamenten, siempre que no se opongan ni sean incompatibles con el régimen.

Dentro de los asociados a las cooperativas de trabajo, podrán incorporarse al RS: 1) los sujetos cuyos ingresos brutos anuales no superen la suma de $ 24.000, quienes sólo estarán obligados a ingresar las cotizaciones previsionales previstas en el art. 39 y se encontrarán exentos de ingresar suma alguna por el impuesto integrado; 2) aquellos cuyos ingresos brutos anuales superen la suma indicada en el párrafo anterior, quienes deberán abonar —además de las cotizaciones previsionales— el impuesto integrado que corresponda, de acuerdo con la categoría en que deban encuadrarse, de conformidad con lo dispuesto por el art. 8°, teniendo solamente en cuenta los ingresos brutos anuales obtenidos; 3) los sujetos asociados a cooperativas de trabajo inscriptas en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social del Ministerio de Desarrollo Social cuyos ingresos brutos anuales no superen la suma de $ 24.000, quienes estarán exentos de ingresar el impuesto integrado y el aporte previsional mensual establecido en el inc. a), art. 39, del anexo. Asimismo, ingresarán los aportes indicados en los incs. b) y c) del referido artículo con una disminución del 50%.

La retención se practicará en cada oportunidad en que la cooperativa liquide pagos a sus asociados en concepto de adelanto del resultado anual. A tal efecto, el formulario de recibo que entregue la cooperativa deberá tener preestablecido el rubro correspondiente a la retención.

En concordancia con lo anterior, las cooperativas de trabajo que inicien su actividad, en la oportunidad de solicitar su inscripción ante la AFIP, deberán solicitar también la adhesión al RS de cada uno de sus asociados o, en su caso, en el Régimen de Inclusión Social y Promoción

del Trabajo Independiente establecido en el tít. IV del anexo, en los términos, plazos y condiciones que a tal fin disponga la AFIP.

El art. 8°, ley 25.545 (BO del 2/12/2009), prorrogó hasta el 31/12/2013 la vigencia del RSPC, con vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y efectos a partir del 1/1/2010.

## XIII. LOS NUEVOS DESAFÍOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En el siglo XXI la seguridad social plantea desafíos de tipo estratégico, cuyas proyecciones cabe analizar.

En primer lugar, deben integrarse las condiciones y el medio ambiente de trabajo a la seguridad y salud ocupacional, un concepto de tipo multidimensional que la misma OIT esbozara en 1976 en el Piact (Programa Internacional para el Mejoramiento de las Condiciones y el Medio Ambiente de Trabajo). Forman parte de ella la *duración de la jornada de trabajo*, la *organización* y el *contenido* y los *servicios de bienestar en el lugar de trabajo* y los *servicios sociales*. Para eso resulta fundamental analizar las condiciones de trabajo y sus consecuencias, a fin de poder plantear el desarrollo de sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo.

En segundo término, se requiere la necesaria incorporación de los conocimientos de la ergonomía al espectro de la seguridad en el trabajo, replanteando un análisis de la actividad humana, tendiente a crear las condiciones de trabajo necesarias para permitir el crecimiento y desarrollo del trabajador como persona.

Por ejemplo, Julio C. Neffa ha considerado la ergonomía como una disciplina autónoma, basada en resultados experimentales obtenidos a partir del estudio empírico y capaz de suministrar informaciones específicas para modificar las instalaciones, las maquinarias, equipos y herramientas, así como la tecnología, con el propósito de adaptar mejor el trabajo al hombre; y que se nutre de los aportes de la antropometría, la fisiología del trabajo, la psicología laboral, la ingeniería, la biomecánica, la toxicología y de otras disciplinas conexas [1]. Su finalidad es variada, sirviendo para reducir o eliminar los riesgos laborales promoviendo un trabajo seguro alejado de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; y mejorar las condiciones de trabajo pero también la eficacia de las actividades productivas.

Otro objetivo a alcanzar consiste en el fomento de una cooperación más activa entre las partes del contrato laboral, para establecer mejoras en materia de seguridad y salud ocupacional. Para ello resulta primordial la instauración de procesos de diálogo social al interior de las empresas, poniendo en funcionamiento mecanismos destinados a fomentar la información, la consulta y la negociación adecuada.

También debe incrementarse la calidad y alcance de los servicios públicos de inspección del trabajo, e imponer un sistema nacional de seguridad y salud en el trabajo, lo cual requiere un incremento en los presupuestos estatales destinados a tales fines, y que el Estado recupere parte del poder de policía que distintas legislaciones han ido delegando en el sector privado. Al respecto, en la Declaración de Cartagena de Indias, que fuera adoptada por los ministros de Trabajo de los cinco países andinos en mayo de 1999, se reconoce la importancia de disponer de servicios de inspección del trabajo eficientes.

[1] NEFFA, Julio C., "La ergonomía", en WISNER, Alain, *Ergonomía y condiciones de trabajo*, Humanitas, Buenos Aires, 1988.

CAPÍTULO XXVIII

# SISTEMA INTEGRADO PREVISIONAL ARGENTINO (SIPA)

## I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

### 1. Antecedentes

Este subsistema de la seguridad social tiene como objeto la protección de la vejez, la edad avanzada, la invalidez y las consecuencias de la muerte. Está muy unido a la estructura social argentina y es uno de los más antiguos.

A partir de diciembre de 2009, entró en vigencia la ley 26.425 (BO del 9/12/2008) que crea el *SIPA* y elimina el régimen de capitalización, absorbido y sustituido por el régimen de reparto. El nuevo sistema circunscribe el otorgamiento de las prestaciones al Estado y se financia con recursos provenientes del pago de aportes y contribuciones previsionales, además de impuestos recaudados a tal fin.

A través de esta herramienta legal el Estado garantiza así, a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización, la percepción de iguales o mejores prestaciones y beneficios que los que gozaban a la fecha de la entrada en vigencia de esta nueva normativa.

Los servicios prestados, ya sea bajo relación de dependencia o en calidad de trabajador autónomo, correspondientes a los períodos en que el trabajador se encontraba afiliado al régimen de capitalización, son considerados, a los efectos de la liquidación de los beneficios establecidos en el art. 17, ley 24.241, y sus modifs., como si hubiesen sido prestados al régimen previsional público.

Un antecedente remoto fue la Ley de Presupuesto de 1854, que estableció un régimen de pensiones para participantes de las guerras de la Independencia y de las libradas por los gobiernos patrios.

El primer antecedente del sistema argentino de seguridad social se remonta a *1904 con la ley 4349*, que estableció un *régimen previsional para los trabajadores dependientes de la Administración Pública nacional y puede ser considerada la primera ley jubilatoria de la Argentina.*

Esta ley estableció el beneficio de la jubilación para todas las personas que trabajaban en el Estado nacional; luego se fueron agregando bancos oficiales y otros organismos descentralizados. En la misma época comienza a regir un régimen similar para el personal del Poder Judicial, que ya tenía un antecedente en 1874 para miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

*Desde 1904 hasta 1944 cada actividad va generando su propia protección y son creados organismos administrativos, las llamadas "cajas de jubilaciones o de previsión social".* Así, cada actividad se manejaba de manera autónoma y pagaba una jubilación diferente. Las condiciones para jubilarse variaban, los aportes eran diferentes y también las prestaciones y resultados de cada caja: en la década del 40, algunos jubilados cobraban un haber adecuado mientras que el de otros era exiguo, dependiendo de la buena administración de cada caja, de lo que recaudaba en contribuciones, etcétera.

*En 1944, con el dec. 29.176/1944 y la creación del Instituto Nacional de Previsión Social (INPS) se organizó el sistema previsional* en forma similar a la conocida actualmente. El régimen previsional que cubría únicamente a los empleados públicos se fue extendiendo paulatinamente a todos los trabajadores en relación de dependencia —tanto en empresas de producción como de servicios— y a los trabajadores autónomos.

El instituto era un organismo centralizador de todas las cajas con el objeto de compensar y redistribuir los fondos: de esta forma, las cajas que funcionaban correctamente les prestaban fondos por medio del INPS a las que estaban mal. Este instituto fue derogado y puesto nuevamente en funcionamiento varias veces. Comienza así a existir un verdadero "sistema jubilatorio", ya que hasta ese momento cada actividad tenía un consejo de administración de la caja dependiente.

En cuanto al funcionamiento, se debe destacar que cuando el sistema tenía sobrante de fondos, habitualmente éstos eran requeridos a modo de préstamo por el Estado nacional. Se los respaldaba con letras garantizadas del Tesoro nacional que daban un interés inferior a la inflación, lo cual originó la pérdida de esos fondos.

En esa época, en cuanto a la protección y a la jubilación, en el ámbito cultural se consolida la idea de que todo el que trabaja se debe jubilar. Se produce la igualación de los beneficios, es decir que las cajas pasan a tener beneficios comunes.

*En la década del 50* la edad jubilatoria era baja —los hombres se jubilaban a los 55 años y las mujeres a los 50— y se requerían, generalmente, veinte años de servicios, aunque fueron establecidos otros requisitos en los regímenes especiales (docencia, trabajos especiales, insalubres).

## 2. Las leyes 18.037 y 18.038

En 1968 fue creada la Dirección Nacional de Recaudación Previsional y fueron sancionadas las leyes 18.037, que comprendían a todos los trabajadores en relación de dependencia tanto del ámbito público o privado, y 18.038, para los autónomos de cualquier actividad. Ambas leyes, que constituyeron una reforma profunda al régimen previsional, estuvieron vigentes hasta la sanción de la ley 24.241.

Estas leyes apuntaban a ordenar las cajas, englobándolas, y a generar nuevos fondos. *Los principales mecanismos para generar aportes eran los siguientes:*

— Se pasa a aportar desde los 16 años (no como hasta ese momento desde los 18).

— Los topes y edades jubilatorias eran de 60 años para los hombres y de 55 años para las mujeres, pero la ley 18.037 permitía obtener un monto mayor mensual si se esperaban cinco años más para jubilarse (esto es, 65 años para los hombres y 60 años para las mujeres).

— Para aquellas personas que se retiraban con la edad jubilatoria, el haber era el 70% del promedio de los tres mejores sueldos de los últimos diez años de vida laboral. Pero para aquellos que aguardaban cinco años más, el monto de la jubilación era del 82% del promedio de las tres mejores remuneraciones.

— El tiempo de servicio se elevó a treinta años, debiendo acreditarse sólo quince años de aportes (y, obviamente, treinta de servicios).

— Para los autónomos, las edades para jubilarse eran de 65 años para las mujeres y 70 para los hombres, con treinta años de servicio y quince de aportes.

Toda esta reforma estructural produjo un cambio muy importante: se eliminó el INPS, se creó una Comisión Nacional de Previsión Social de Apelación de las jubilaciones dudosas y se utilizó más dinero de las cajas, ya que había más aportes y contribuciones y menos egresos por jubilaciones.

Esto produjo un *ordenamiento de las cajas, que de las treinta existentes se redujeron a cuatro: autónomos; comercio, industria y actividades civiles; estiba; y Estado*. La división más importante era entre autónomos y relación de dependencia, que son las cajas troncales.

También se creó la llamada *jubilación por edad avanzada*, ya que se quiso contemplar la situación de aquellos que por distintas circunstancias no cumplían los requisitos legales.

### 3. Breve cronología de hechos históricos

A modo de síntesis, se destacan los *principales hechos que marcaron el origen y desarrollo de la previsión social en la Argentina*.

*Fines del siglo XIX*: las mutualidades y sindicatos comienzan a prestar asistencia a sus miembros, en casos de enfermedad o invalidez. También contribuían a la subsistencia de las familias de trabajadores fallecidos.

*1904*: se crea la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones Civiles, que brinda cobertura a los trabajadores de la Administración central. También se crea la Caja de Trabajadores Ferroviarios.

*1916/1930*: en 1921 se amplía el número de cajas de jubilaciones y pensiones, haciéndolas extensivas a los bancarios y a los trabajadores de empresas y servicios públicos. Comienza, en el sistema argentino, la llamada capitalización colectiva, por la cual los aportantes recibían al jubilarse haberes estables en sus montos y en estrecha relación con los aportes realizados.

*1940/1944*: se asiste a la expansión de la seguridad social. En 1944 se crea la Caja de Empleados de Comercio y se llega a 428.000 cotizantes a las seis cajas nacionales existentes (esa cantidad representaba apenas el 7% de la fuerza de trabajo).

*1946/1954*: en 1946 se instituye la Caja de Trabajadores de la Industria. Ya en 1948, 2.328.000 trabajadores habían accedido a la cobertura legal. Pero un año antes, para atender el déficit de las cajas, se creó un fondo estabilizador, con recaudación proveniente de un aumento del impuesto a las ventas.

*1958*: la ley 14.499 determinó que el haber de la jubilación sería el equivalente al 82% móvil de la remuneración mensual asignada al cargo, oficio o función del afiliado. Desde 1954 el haber se calculó independientemente de los aportes necesarios para financiarlo.

*1963/1966*: ante la gran cantidad de juicios entablados contra las cajas, se estableció por decreto la inembargabilidad de las cajas nacionales de prestación. Se determinó también una nueva manera de fijar el haber, que se reducía al 70% del promedio de las remuneraciones correspondientes a los tres años calendario más favorables.

*1970*: se crea el Inssjp para atender las necesidades médico-asistenciales. Se apela a nuevas formas de recaudación (por ejemplo, el ingreso de parte de lo devengado por la Lotería Nacional).

*1973/1975*: a partir de 1973 se extiende el beneficio a los trabajadores rurales.

*1976/1983*: se crea una brecha notoria entre los haberes percibidos por la clase activa y el sector pasivo de la sociedad. El impuesto inflacionario se transforma en confiscatorio para el salario real. Se recurre a la utilización de impuestos para evitar el colapso del sistema.

*1986*: las incorrectas liquidaciones provocan juicios que demandan al Estado, y el sistema previsional es declarado en emergencia. Un decreto suspende la ejecutoriedad de las sentencias e impide nuevos juicios contra el Estado hasta fines de 1988. Para el pago de ciertas deudas —con quitas considerables— se recurre a impuestos al consumo de nafta, gas y pulsos telefónicos.

*Septiembre de 1993*: se sanciona la ley 24.241, que pretende ser una reforma integral y crea dos regímenes: el de reparto y el de capitalización.

*Diciembre de 2008*: se dicta la ley 26.425 (BO del 4/12/2008) que crea el SIPA.

## II. RÉGIMEN DE LA LEY 24.241

### 1. Introducción

En la década del 90 se observan distintos problemas: bajos niveles de haberes para el sector pasivo, alto endeudamiento del sistema (con sus afiliados), inequidad en el tratamiento (una actividad tenía una buena jubilación y otra una baja) y crecimiento de la deuda previsional.

Se pueden destacar distintos *factores estructurales* que han provocado esas consecuencias.

— *Factor demográfico y de cobertura*: la población argentina ha sufrido un envejecimiento, y la curva de población se modificó debido al decrecimiento de los nacimientos y una mayor expectativa de vida. Esto provoca un crecimiento de la población pasiva, fenómeno que se verifica en casi todos los países del mundo.

— *Funcionamiento del mercado de trabajo*: una gran porción de trabajadores jubilados vuelve a la actividad y genera dificultad para el ingreso de trabajadores jóvenes que, además, cuando lo logran, ingresan con modalidades que no generan aportes o trabajan "en negro" o parcialmente registrados.

— *Todos los sistemas de previsión tienden a la universalidad*: abarcan cada vez mayor cantidad de personas, brindándoles diversos beneficios.

— *Déficit crónico del presupuesto*: éste se arrastra año tras año para atender los gastos que produce el sistema previsional, lo cual lleva a obtener créditos para cubrir las deudas, ya que no alcanza sólo con los impuestos.

*El régimen de las leyes 18.037 y 18.038 respondía a un concepto de "reparto"*, por el cual las nuevas generaciones aportaban con el fin de que los pasivos disfrutaran de un haber jubilatorio digno; la relación que llegó a ser de cuatro activos por un pasivo legitimaba el sistema.

*La ley 24.241 reformó el sistema desde el punto de vista del presupuesto nacional, pero no desde la seguridad social*; no era así en 1969 con las leyes 18.037 y 18.038.

### 2. Funcionamiento del derogado SIJyP

El art. 1°, ley 24.241 [1], instituyó el SIJyP con carácter nacional, que se integra al SUSS, destinado a cubrir las contingencias de vejez, invalidez y muerte de las personas que se desempeñaban como trabajadores dependientes y autónomos, así como también a sus derechohabientes.

Se integraba en el sistema un régimen previsional público, cuya piedra angular era el otorgamiento de prestaciones por parte del Estado, financiadas por medio de un sistema de reparto asistido, y en un régimen previsional basado en la capitalización individual.

El Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones se caracterizaba por ser un sistema mixto, en lo que se refiere a la naturaleza del sujeto administrador, dado que coexisten:

1) un régimen de reparto, administrado por el Estado a través de la Anses, que era además la autoridad de aplicación y control;

2) un régimen de capitalización administrado por gestores privados (AFJP), que eran fiscalizadas por un organismo de control, la Safjp.

Las prestaciones se financiaban en forma múltiple, por cuanto existían aportes personales obligatorios y voluntarios, contribuciones patronales, ingresos extraprevisionales tales como impuestos y aportes al Tesoro, y capitales complementarios.

Por su tipología, los aportes y beneficios, el sistema de reparto contaba con aportes definidos, prestaciones definidas y esquema solidario (PBU), mientras que el de capitalización, con aportes definidos obligatorios, aportes voluntarios y prestaciones definidas e indefinidas.

[1] La ley entró plenamente en vigencia a partir del 15/7/1994.

La extensión jurisdiccional de la cobertura era nacional y obligatoria para todos los trabajadores dependientes y autónomos con las excepciones establecidas en la propia ley, admitiendo determinadas afiliaciones voluntarias (por ejemplo, autónomos como dependientes).

Para incorporarse al régimen público (de reparto), el trabajador debía ejercer la opción, y su no ejercicio implicaba su permanencia en el régimen de capitalización privado.

La opción debía ejercerse dentro de un término no mayor de noventa días corridos contados a partir de su fecha de ingreso a su primer empleo o inicio de actividades, y ser comunicada a su empleador. Los trabajadores autónomos debían efectuarla en forma directa ante la Anses.

Los afiliados al régimen público podían incorporarse al régimen de capitalización, pero éstos no podían traspasarse al régimen público, ya que la ley 24.347 solamente autorizó este cambio hasta el 15/7/1996. Quienes no formalizaban la opción por el régimen público (de reparto) ni se afiliaban a una AFJP eran distribuidos entre estas últimas.

La elección de la AFJP era libre, ya que la efectuaba el trabajador, y única, porque podía afiliarse sólo a una AFJP, no podían éstas seleccionar su clientela ni efectuar discriminación alguna respecto de los trabajadores que querían.

Asimismo, el afiliado y el beneficiario que no estaban percibiendo retiro transitorio por invalidez, podían cambiar de administradora dos veces por año calendario, y el traspaso podía efectuarse, en el caso del afiliado, si había registrado al menos cuatro meses de aportes en la entidad que se abandonaba, o cuando registraba al menos cuatro cobros en la administradora que abandonaba, en el caso del beneficiario.

*El control del régimen de capitalización lo ejercía la Safjp*, dependiente de la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

*Para la administración del régimen de capitalización fue autorizado el funcionamiento de las AFJP*, que eran entidades privadas encargadas de recibir los aportes de los trabajadores y administrarlos hasta el momento de su efectiva percepción: al tiempo de terminar su vida laboral y jubilarse. Estas administradoras estaban obligadas a producir renta a donde se dirigen en forma de jubilaciones y pensiones los aportes recibidos, que eran controlados por la Superintendencia.

*Objeciones y críticas al SIJyP.* Este sistema instaurado por la ley 24.241 había merecido severas críticas, centradas en los altos costos de las comisiones, el descuido por parte de las administradoras de los ahorros de los futuros jubilados, un diseño defectuoso generador de mayor déficit fiscal, sospechas de fraude, demoras injustificadas en el trámite de beneficios, falta de pago de éstos, y defectos en las liquidaciones de haberes, que incidieron en un aumento de la litigiosidad.

Cabe destacar que la Safjp aplicó entre los años 2002 y 2003, seiscientas dos sanciones contra las AFJP por estos motivos, con multas que alcanzaban los $ 12.000.000 y que se abonaban con el dinero proveniente de su propio capital.

El régimen entró en una etapa de crisis. En efecto, la crisis política, económica y social del país, con su correlato de desempleo, tiene graves consecuencias en la protección social, la alta evasión y la elusión de aportes y contribuciones, la magnitud del trabajo informal, la pérdida de credibilidad del sistema y otros factores consecuencia de la salida de convertibilidad y la consiguiente devaluación instrumentada sumieron al sistema de una crisis económica y financiera. Por ello, la refundación de la seguridad social debe constituir una política de Estado, restituyendo la credibilidad y equidad al sistema.

El art. 14 bis, CN, establece "...jubilaciones y pensiones móviles...". Asimismo, hay numerosos tratados internacionales que promueven la salvaguarda de los derechos humanos; así, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la Convención Interamericana de Derechos Humanos constituyen una pauta en este sentido. La anterior composición de la Corte Suprema, en los autos "Chocobar, Sixto v. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado

y Servicios Públicos s/reajustes por movilidad", de diciembre de 1996, le reconoció movilidad de los haberes de las jubilaciones y pensiones por leyes anteriores a la 24.241, ordenando un incremento del 13,78% al tramo comprendido entre el 1/4/1991 y el 31/3/1995, en función del art. 53, ley 18.037, hoy derogada.

La actual composición de la Corte Suprema produjo un cambio en su criterio en "Sánchez, María del Carmen v. Anses s/reajustes varios", del 17/5/2005.

Con fecha 16/6/2005, la Cámara de la Seguridad Social, sala 1ª, en los autos "González, Elisa Lucinda v. Anses s/reajustes varios", dispuso que la movilidad para el reajuste en el haber previsional se calcule de la siguiente manera: entre el 1/4/1991 al 31/3/1995; la movilidad de haberes por el período 1/4/1991 al 31/3/1995, será procedente conforme lo dispuesto por la Corte Suprema en "Sánchez, María del Carmen v. Anses".

El criterio de esta sala, en cuanto a que la movilidad de las prestaciones en el marco de la ley 18.037 no se había visto afectada por la sanción de la ley 23.928 (arts. 7° y 10) (6/9/1992, "Echenique, J. A. v. Caja de industria", sent. 35.446), receptado por el voto de la minoría en "Chocobar", aparece ahora consagrado por el Máximo Tribunal en autos "Sánchez, María del Carmen v. Anses" (S. 2758. XXXVIII, del 17/5/2005) y, en consecuencia, el reajuste de haberes por movilidad durante el período 1/4/1991 al 31/3/1995, se deberá ajustar a lo dispuesto en el referido pronunciamiento.

El pronunciamiento de la Corte Suprema en la causa "Sánchez" obliga, por el énfasis y la contundencia de sus afirmaciones, a rechazar "...toda inteligencia restrictiva de la obligación que impone al Estado otorgar jubilaciones y pensiones móviles...", según el art. 14 bis, CN.

A partir de la sanción de la ley 24.463, excepción hecha de reajustes por decreto de haberes mínimos, no fueron objeto de movilidad algunas de las prestaciones previsionales. Esto es, durante más de diez años, el Congreso de la Nación no ejerció la atribución-obligación de establecer por la Ley de Presupuesto la movilidad de las prestaciones del sistema público nacional.

Desde de 1/4/1995 el tribunal entendió que "...hasta tanto el Parlamento cumpla con el mandato autoasignado en el art. 7°, pto. 2°, ley 24.463...", correspondía mantener un sistema de movilidad ("Pighin, Mario Héctor v. Anses", S.79195 del 1/4/1997); no obstante lo cual la Corte Suprema, en la causa "Heitt Rupp" (H. 74 XXXIV), del 16/9/1999, reafirmó: "...Las atribuciones que cuenta el Congreso de la Nación para reglamentar el art. 14 bis, CN, y, en particular, para establecer el modo de hacer efectivo ese derecho a partir de la vigencia de la ley 24.463, que remite a la Ley de Presupuesto...", y, en consecuencia, rechazó el planteo de invalidez del art. 7°, pto. 2°, en cuanto lo consideró "...basado en agravios conjeturales...".

En palabras de la Corte Suprema, "...la Constitución Nacional exige que las jubilaciones y pensiones sean móviles..." (fallo "Sánchez", consid. 4°), es deber de los magistrados, hasta tanto el Congreso de la Nación cumpla con el cometido autoimpuesto conforme la norma cuestionada y en consonancia con las previsiones del art. 14 bis, CN, hacer operativa la referida cláusula constitucional.

El PEN ha liberado el camino para la recomposición salarial de los distintos sectores activos de la vida laboral, tanto estatales como privados, teniendo en cuenta el espiral inflacionario iniciado a partir de la salida de la convertibilidad operada en enero de 2002.

Es así que los haberes de los activos se han incrementado sin que dichos aumentos se hayan visto reflejados en el haber de los pasivos, violentándose de tal modo la naturaleza sustitutiva que deben tener las prestaciones previsionales, es que a fin de corregir tal distorsión se hace necesario que el Congreso de la Nación asuma su competencia en la materia, para ello debe buscarse un camino adecuado que dentro de un marco racional y legal se pueda atender la situación de desigualdad e inequidad por la que actualmente atraviesa la mayoría de los pasivos de nuestro país.

En el caso concreto antes mencionado, la Corte Suprema estableció que "los haberes del reclamante deberán ser objeto de reajustes semestrales, en cuanto el incremento de salarios según el índice que se individualiza."

El principio de movilidad consagrado por el art. 14 bis, CN, es una institución supralegal, que ha tenido por objeto mantener en igual grado de dignidad a la persona a lo largo de toda su vida, y la ponderación de ello, en el tema previsional, es respetar la capacidad adquisitiva que se traduce con la consagración de la proporcionalidad entre el haber de actividad y el haber de pasividad.

Sostiene el Máximo Tribunal en el fallo citado: "Desde enero del año 2002 la movilidad de la prestación se practicará en función del incremento que surja del índice general de las remuneraciones confeccionado por el Indec. Este mecanismo de movilidad subsistirá en tanto, por quien corresponda, se haga operativo un sistema que se adecue a la manda constitucional emergente del art. 14 bis. Pagar en favor del reclamante las diferencias entre los haberes percibidos y los recalculados conforme las pautas precedentes, en lo que excedan del 15%".

Pero la grave situación de colapso que aflige al fuero federal de la seguridad social, como derivación del incumplimiento por parte de la Anses de la actualización de los haberes de los jubilados por el período 2002 a 2006, se vieron reflejadas en el ordenamiento por el Alto Tribunal de la Nación en la causa "Badaro, Adolfo Valentín v. Anses" (sent. del 26/11/2007; ver art. 75, inc. 23, CN) —sin incurrir en las graves inconductas que reprocha el art. 45, CPCCN— en su calidad de única parte demandada en todos los juicios previsionales [2]. La justicia a la que aspira el mandato preambular de la Constitución Nacional, por lo demás, no debe desamparar a quienes con su esfuerzo personal alcanzaron un estándar de vida superior al común, efectuaron mayores aportes al sistema previsional y de esta forma también han contribuido al desarrollo de la economía nacional. La Corte Suprema ha señalado en este sentido lo siguiente: "La política de otorgar incrementos sólo a los haberes más bajos trae como consecuencia el achatamiento de la escala de prestaciones y provoca que quienes contribuyan al sistema en forma proporcional a sus mayores ingresos se acerquen cada vez más al beneficio mínimo, poniendo en igualdad de condiciones a los que han efectuado aportes diferentes y quitándoles el derecho a cobrar de acuerdo con su esfuerzo contributivo..." (Corte Sup., 8/8/2006, "Badaro, Adolfo Valentín v. Anses s/reajustes varios", consid. 12). Resulta medular esta referencia, y más aún recientemente en el fallo "Márquez, Alfredo J. v. Anses" de la Cámara Federal de la Seguridad Social, sala 2ª, 4/8/2010, aplicando el precedente "Badaro".

Chile, que tiene un régimen privado, estableció una garantía de jubilación mínima, y un porcentaje de actualización de la jubilación mínima de acuerdo con la inflación; esto asegura a todos una jubilación mínima actualizada con la variación de dichos índices.

## III. SIPA

### 1. Régimen previsional público. Eliminación del régimen de capitalización. Unificación

Con la ley 26.425 (BO del 9/12/2008) se dispone la unificación del SIJyP en un único régimen previsional público que se denomina Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), financiado a través de un sistema solidario de reparto, garantizando a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización vigente hasta la fecha idéntica cobertura y tratamiento que la brindada por el régimen previsional público, en cumplimiento del mandato previsto por el

[2] Ver GÓMEZ, Claudio D., "Las medidas cautelares innovativas y la tutela judicial efectiva: a propósito del fallo 'Capa'", LL del 18/11/2009, p. 9.

art. 14 bis, CN. En consecuencia, se eliminó el régimen de capitalización imperante, cuya historia y análisis se ha efectuado, siendo absorbido y sustituido por el régimen de reparto.

Los servicios prestados bajo relación de dependencia o en calidad de trabajador autónomo correspondientes a los períodos en que el trabajador se encontraba afiliado al régimen de capitalización serán considerados a los efectos de la liquidación de los beneficios establecidos en el art. 17, ley 24.241, y sus modificatorias como si hubiesen sido prestados al régimen previsional público:

a) PBU;

b) prestación compensatoria;

c) retiro por invalidez;

d) pensión por fallecimiento;

e) prestación adicional por permanencia;

f) prestación por edad avanzada.

Los beneficios de la jubilación ordinaria, el retiro por invalidez y la pensión por fallecimiento que a la fecha de vigencia de la ley mencionada *ut supra* sean liquidados por las AFJP bajo las modalidades de retiro programado o retiro fraccionario serán pagados por el régimen previsional público. El importe de las prestaciones de los actuales beneficiarios de las prestaciones por invalidez, pensión y jubilación ordinaria del régimen de capitalización será valorizado conforme el valor cuota más alto vigente entre el 1/1/2008 y el 30/9/2008. Estas prestaciones en lo sucesivo tendrán la movilidad prevista en el art. 32, ley 24.241, y sus modifs.

Los beneficios del régimen de capitalización previstos en la ley 24.241 y sus modifs. que, a la fecha de vigencia de la ley 26.425, se liquiden bajo la modalidad de renta vitalicia previsional, continuarán abonándose a través de la correspondiente compañía de seguros de retiro.

Los afiliados al régimen de capitalización que hubieran ingresado importes en sus cuentas de capitalización individual bajo la figura de "imposiciones voluntarias" y/o "depósitos convenidos" y que aún no hubieran obtenido un beneficio previsional, podrán transferirlos a la Anses para mejorar su haber previsional, conforme lo determine la reglamentación, o a una AFJP, la que deberá reconvertirse, modificando su objeto social para tal finalidad.

Con fecha 4/12/2008 se pone en vigencia el dec. 2103/2008 que introduce modificaciones a su antecesor 897/2007. Señala lo siguiente: "Entiéndese que las citas efectuadas en el dec. 897/2007 del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto se refieren al Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino (FGS). Que teniendo en cuenta que el art. 12, ley 26.425, crea en el ámbito de Administración Nacional de la Seguridad Social (Anses) el Consejo del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino, cuyo objeto resulta similar al previsto en el art. 13, dec. 897/2007, para la Comisión de Seguimiento allí creada, resulta procedente adecuar las previsiones del citado decreto.

"Los recursos del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino (FGS) pertenecen en forma exclusiva y excluyente al Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) y son administrados por la Administración Nacional de Seguridad Social (Anses) como patrimonio de afectación específica".

El art. 12, ley 26.425, creó en el ámbito de la Anses el Consejo del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del SIPA, cuyo objeto sería la monitorización de los recursos del sistema; hoy *aggiornado* por el dec. 2103/2008.

Por su parte, el dec. 2104/2008 (BO del 4/12/2008), teniendo en cuenta que se ha eliminado el régimen de capitalización y que se ha dispuesto su absorción y sustitución por parte del régimen de reparto, señaló que tanto quienes se encontraban afiliados al régimen de capitalización como sus aportes futuros, sean derivados al SIPA.

Que por el mismo motivo correspondió establecer que los saldos de las cuentas de capitalización sean destinados al Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino (FGS).

Los aportes que se recauden y/o declaren en virtud de las remuneraciones abonadas a los trabajadores en relación de dependencia o a las rentas de los trabajadores autónomos y monotributistas y del Régimen del Servicio Doméstico, afiliados al régimen de capitalización, serán derivados a la Anses, a partir del 1/12/2008. Los beneficios de la jubilación ordinaria, retiro por invalidez y pensión por fallecimiento, liquidados por las AFJP bajo la modalidad de retiro programado y retiro fraccionario, correspondientes a las personas que se encontraban en el régimen de capitalización a la fecha de vigencia de la ley 26.425, estarán a cargo de la Anses a partir de los haberes devengados correspondientes a diciembre de 2008.

Los beneficios liquidados por las compañías de seguro de retiro (CSR) bajo la modalidad de renta vitalicia previsional de componente íntegramente privado continuarán abonándose por las CSR.

Si dichos beneficios poseen además componente estatal y/o derecho a percepción de las prestaciones de la ley 24.714 y sus modificatorias, serán abonados a través de la red de pago de la Anses, a cuyo efecto las CSR deberán informar las prestaciones y girar los fondos pertinentes a dicho organismo, de acuerdo con las normas que a tal efecto dicten conjuntamente la SSN y la Anses.

Por tratarse de un régimen previsional público, las prestaciones que otorga el SIPA son financiadas a través de un sistema solidario de reparto con recursos provenientes del pago de aportes y contribuciones previsionales, así como también de impuestos que se recauden para tal fin.

A partir de la vigencia de la ley 26.425, las personas que se encontraban incluidas en el SIJyP —afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización y del de reparto— quedan comprendidas en los alcances del SIPA.

*Ley 26.345 (BO del 9/12/2008)*: la ley 26.425 (BO del 9/12/2008) fue sancionada el 20/11/2008 y promulgada el 4/12/2008, y produjo una profunda reforma en el sistema de la seguridad social, al disponer la unificación del SIJyP en un único régimen (régimen previsional público).

En su art. 1° dispone la unificación del SIJyP en un único régimen previsional público denominado SIPA, financiado a través de un sistema solidario de reparto, garantizando a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización vigente hasta esa fecha idéntica cobertura y tratamiento que los brindados por el régimen previsional público, en cumplimiento del mandato previsto por el art. 14 bis, CN.

Elimina el régimen de capitalización, que queda absorbido y sustituido por el régimen de reparto, en las condiciones establecidas por la ley, garantizando el Estado nacional a todos los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización la percepción de iguales o mejores prestaciones y beneficios que los que gozaban a la fecha de la entrada en vigencia de la ley (art. 2°). La entrada en vigencia se dispuso a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial (art. 21).

Respecto de los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización, se señala que los servicios prestados bajo relación de dependencia o en calidad de trabajador autónomo correspondientes a los períodos en que el trabajador se encontraba afiliado al régimen de capitalización serán considerados a los efectos de la liquidación de los beneficios establecidos en el art. 17, ley 24.241, y sus modificatorias como si hubiesen sido prestados al régimen previsional público (art. 3°).

En cuanto a los beneficios de jubilación ordinaria, retiro por invalidez y pensión por fallecimiento que a la fecha de entrada en vigencia de la ley 26.425 estuviesen siendo liquidados por

las AFJP bajo las modalidades de retiro programado o retiro fraccionario, se dispone que serán pagados por el régimen previsional público. En cuanto a su valoración, el importe de las prestaciones de los beneficiarios por invalidez, pensión y jubilación ordinaria del régimen de capitalización será valorizado conforme al valor de cuota más alto vigente entre el 1/1/2008 y el 30/9/2008. En consonancia con lo anterior, se dispone que estas prestaciones —en lo sucesivo— tendrán la movilidad prevista en el art. 32, ley 24.241, y sus modifs. (art. 4°).

En cuanto a aquellos beneficios del régimen de capitalización previstos en la ley 24.241 y sus modifs. que, a la fecha de vigencia de la ley 26.425, se liquiden bajo la modalidad de renta vitalicia previsional, continuarán abonándose a través de la correspondiente compañía de seguros de retiro (art. 5°).

También se contempla el caso de aquellos afiliados al régimen de capitalización que hubieran ingresado importes en sus cuentas de capitalización individual bajo la figura de "imposiciones voluntarias" y/o "depósitos convenidos" y que aún no hubieran obtenido un beneficio previsional a la fecha de entrada en vigencia de la ley, dando la posibilidad de que las transfieran a la Anses para mejorar su haber previsional conforme lo determine la reglamentación o a una AFJP, que deberá reconvertirse modificando su objeto social para tal finalidad (art. 6°).

El SIPA obtiene sus recursos a través de la transferencia en especie a la Anses de los recursos que integraban las cuentas de capitalización individual de los afiliados y beneficiarios al régimen de capitalización del SIJyP previsto en la ley 24.241 y sus modifs., con las limitaciones ya analizadas (ver art. 6°). Dichos activos pasarán a integrar el "Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto", creado por el dec. 897/2007 (art. 7°).

En el art. 8°, la ley dispone que la totalidad de los recursos podrá ser utilizada únicamente para pagos de los beneficios del SIPA, y que —en los términos del art. 15, ley 26.222— el activo del fondo se invertirá "de acuerdo a criterios de seguridad y rentabilidad adecuados, contribuyendo al desarrollo sustentable de la economía real a efectos de garantizar el círculo virtuoso entre crecimiento económico y el incremento de los recursos de la seguridad social" (las inversiones permitidas serán las previstas en el art. 74, ley 24.241, rigiendo las prohibiciones del art. 75 de la citada ley y las limitaciones de su art. 76, quedando prohibidas las inversiones de fondos en el exterior del país).

En materia de comisiones, la Anses no percibe por la administración de los fondos comisión alguna de los aportantes al sistema, financiando la totalidad de los aportes correspondientes a los trabajadores autónomos, las prestaciones del régimen previsional público, modificándose, en tal sentido, el art. 18, inc. c), ley 24.241, y sus modifs. (arts. 9° y 10).

La supervisión de los recursos del sistema está sujeta a la Comisión Bicameral de Control de los Fondos de la Seguridad Social creada en el ámbito del Congreso nacional, sin perjuicio de la autonomía financiera y económica con la que cuenta la Anses.

Dicha comisión está integrada por seis senadores y seis diputados, elegidos por sus respectivos cuerpos, y tiene por misión constituir y ejercer la coordinación entre el Congreso nacional y el PEN, a los efectos del cumplimiento de la ley 26.425 y sus resultados, debiendo informar a los respectivos cuerpos legislativos sobre todo el proceso que se lleve adelante.

Para cumplir su cometido, la norma obliga a mantener comunicada a la citada comisión en forma permanente (o a su requerimiento) de toda circunstancia que se produzca en el desenvolvimiento de los temas relativos a la ley 26.425, remitiéndosele con la información la documentación correspondiente. También podrá la comisión requerir información, formular las observaciones, propuestas y recomendaciones que estime pertinentes y emitir dictamen en los asuntos a su cargo (a estos efectos la Comisión Bicameral queda facultada para dictarse su propio reglamento de funcionamiento).

La ley 26.425 crea también —en el ámbito de la Anses— el "Consejo del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino", cuyo objeto principal

es la monitorización de los recursos del sistema y cuyos miembros ejercen su función con carácter ad honórem y son designados por el PEN a propuesta de las entidades y los organismos respectivos.

El Consejo está conformado por: a) un representante de la Anses; b) un representante de la Jefatura de Gabinete de Ministros; c) dos integrantes del Órgano Consultivo de Jubilados y Pensionados que funciona en el ámbito de la Anses; d) tres representantes de las organizaciones de los trabajadores más representativas; e) dos representantes de las organizaciones empresariales más representativas; f) dos representantes de las entidades bancarias más representativas; g) dos representantes del Congreso de la Nación, uno por cada Cámara (art. 12).

Respecto de la situación de las AFJP, se dispone que en ningún caso las compensaciones que pudieran corresponderles podrán superar el valor máximo equivalente al capital social de las administradoras liquidadas de acuerdo con las condiciones que establezca la reglamentación de la ley. A esos fines, el Estado nacional, de corresponder, entregará a los accionistas de dichas entidades títulos públicos emitidos o a emitirse por la República Argentina, teniéndose en cuenta un cronograma mínimo de enajenación de dichos títulos para evitar afectaciones a su cotización, permitiendo, asimismo, que la Anses tenga derecho prioritario de recompra sobre dichos títulos.

En los supuestos de extinción de la relación laboral por despido directo dispuesto por la AFJP se realizarán, a través de las áreas competentes, todos los actos necesarios para garantizar el empleo de los dependientes no jerárquicos, quienes podrán optar por incorporarse al Estado nacional en cualquiera de las dependencias que éste fije a tal fin, con reconocimiento de la antigüedad a los efectos del goce de las licencias legales o convencionales.

La incorporación al Estado se efectuará en los términos del art. 230, LCT (ver reglamentación).

En cuanto al personal médico, técnico, auxiliar y administrativo que se desempeñaba ante las comisiones médicas y la Comisión Médica central creadas por el art. 51, ley 24.241, y sus modifs., se dispone su transferencia a la SRT, en la proporción y oportunidad necesarias para su funcionamiento, conforme lo determine el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (ver reglamentación).

A los efectos relativos a la antigüedad en el empleo del personal transferido, se considera como tiempo de servicio el efectivamente trabajado desde el comienzo de la vinculación con el organismo cedente. Asimismo, se transfieren los bienes inmuebles y muebles y el equipamiento técnico necesario para el adecuado funcionamiento de las comisiones médicas.

Los gastos que demanden las comisiones médicas y la Comisión Médica central son financiados por la Anses y las ART, en la forma y las proporciones establecidas en la reglamentación.

En materia del régimen general de prestaciones, la ley 26.425 establece que los afiliados del SIPA tienen derecho a la percepción de una prestación adicional por permanencia que se adicionará a las prestaciones establecidas en los incs. a) y b), art. 17, ley 24.241 (art. 16). El haber mensual de esta prestación se determina computando el 1,5% por cada año de servicios con aportes realizados al SIPA en igual forma y metodología que la establecida para la prestación compensatoria.

Para acceder a esta prestación, los afiliados deben acreditar los requisitos establecidos en los incs. a) y c), art. 23, de la citada ley.

A los efectos de aspectos tales como movilidad, prestación anual complementaria y otros inherentes a la prestación adicional por permanencia, se dispone que ésta es asimilable a las disposiciones que a tal efecto se establecen para la prestación compensatoria.

La norma deroga el inc. e), art. 81, de la Ley de Impuesto a las Ganancias, t.o. 1997 y sus modifs., y el art. 113, ley 24.241, y sus modifs. (art. 17); también establece expresamente que la

Anses se subroga en las obligaciones y los derechos que la ley 24.241 y sus modifs. les hubiera asignado a las AFJP.

Como disposiciones transitorias (tít. VI) se le impone a la Anses el deber de adoptar todas aquellas medidas necesarias para hacer operativa la normativa en lo relativo a la recepción de los aportes y el pago de los beneficios por jubilación ordinaria, retiro por invalidez y pensión por fallecimiento en el plazo de sesenta días a partir de la fecha de su entrada en vigencia. También se decide la derogación de cualquier disposición legal que se le oponga (arts. 19 y 20).

Luego de su entrada en vigencia, diversas normas modificaron y complementaron la ley 26.425:

— Dec. 2099/2008 (9/12/2008): promulgó la ley 26.425.

— Dec. 2103/2008 (9/12/2008): introdujo modificaciones al dec. 897/2007, para adaptarlo a la nueva realidad.

— Dec. 2104/2008 (9/12/2008), sobre las personas incluidas en el SIJyP.

— Dec. 2105/2008 (9/12/2008): modifica la estructura organizativa funcional de la Anses.

— Res. 1/2008 de la Subsecretaría de Gestión y Empleo Público (23/12/2008): fija las pautas y condiciones del SIPA.

— Dec. 2300/2008 (31/12/2008): estableció el pago, por única vez, de una prestación previsional fija de $ 200 para aquellos beneficiarios cuyos haberes mensuales no superen, en total, el haber máximo vigente a la fecha del decreto, tal como lo establece el art. 4°, dec. 279 del 19/2/2008.

— Res. Anses 1/2009 (13/1/2009): estableció la metodología de notificación de las aceptaciones de oferta de incorporación al Estado nacional.

— Res. Anses 5/2009 (14/1/2009): fijó el circuito para la incorporación de todos los CUIT/CUIL al nuevo régimen previsional (SIPA).

— Comunicación B 9434/2008 del Banco Central de la República Argentina (BCRA) (BO del 23/1/2009) sobre entidades financieras.

— Res. Anses 43/2009 (29/1/2009): crea el Informe periódico de aportes (IPA).

— Disp. AFIP 30/2009 (BO del 29/1/2009): aprueba el reglamento de personal.

— Res. conj. SSN 33.773/2009 y Anses 87/2009 (BO del 16/2/2009): establece y aprueba el procedimiento para el intercambio de información y rendición de las liquidaciones entre organismos.

— Disp. AFIP 77/2009 (BO del 24/2/2009): modifica algunos aspectos del reglamento de personal de la ley 26.425.

— Disp. AFIP 78/2009 (BO del 24/2/2009): establece el régimen de compensaciones.

— Res. SSS 6/2009 (BO del 3/3/2009): reglamenta diversos artículos de la ley 26.417.

— Res. 1/2009 de la Subsecretaría de Gestión y Empleo Público (BO del 10/3/2009): da a conocer las ofertas de empleo del personal no jerárquico de las AFJP.

— Res. SRT 308/2009 (BO del 3/4/2009): delimita el ejercicio de las competencias entre este organismo y el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

— Ley 26.494 (BO del 22/4/2009): establece un régimen previsional diferencial para los trabajadores de la industria de la construcción.

— Res. SSS 18/2009 (BO del 19/6/2009): fija las prestaciones previsionales de los trabajadores de la industria de la construcción.

— Res. Anses 353/2009 (BO del 20/7/2009): sobre documentación respaldatoria y reclamos.

— Res. Anses 134/2009 (BO del 17/9/2009): reglamenta y aprueba el Consejo del Fondo de Garantía de Sustentabilidad.

— Res. Anses 176/2009 (BO del 1/10/2009): procedimiento de jubilación automática en el SIPA.

— Res. Anses 290/2009 (BO del 29/10/2009): sobre procedimiento para imposiciones voluntarias y/o depósitos convenidos para jubilaciones y pensiones.

— Res. Anses 289/2009 (BO del 29/10/2009): incorporación de los beneficiarios del ex régimen de capitalización.

— Res. gral. AFIP 2702/2009 (BO del 10/11/2009): implementa el servicio "trabajo en blanco".

— Ley 26.546 (BO del 27/11/2009): aprueba el presupuesto general de gastos y recursos de la Administración nacional para el ejercicio 2010.

— Dec. 1879/2009 (BO del 3/12/2009): otorga un subsidio extraordinario al SIPA, para ser recibido por los jubilados y pensionados junto con los haberes jubilatorios y de pensión del mes de diciembre de 2009 y la segunda cuota del aguinaldo, cuyo monto implica un "bono" adicional de hasta $ 350 para los que cobran la jubilación o pensión mínima y en forma escalonada, de manera descendente, hasta los que perciben beneficios de $ 1500 mensuales.

## IV. RÉGIMEN DE LA LEY 24.241 CON LAS MODIFICACIONES DE LA LEY 26.425 (BO DEL 9/12/2008)

### 1. Sujetos comprendidos

Los sujetos comprendidos dentro del régimen establecido por la ley 24.241 son los siguientes:

— los trabajadores dependientes —transitorios y permanentes— de la Administración Pública nacional;

— los trabajadores de gobiernos provinciales, municipales y de organismos interprovinciales integrados al Estado nacional;

— los trabajadores de empresas del Estado y de entidades autárquicas;

— los trabajadores que prestan tareas en la actividad privada;

— los trabajadores autónomos en todas sus clases o categorías;

— los trabajadores del servicio de representaciones diplomáticas extranjeras, y aquellos que presten tareas en las oficinas de organismos internacionales;

— los profesionales liberales en cualquier actividad;

— los empresarios y directivos que desempeñan tareas de dirección o administración de empresas.

*No están incluidos obligatoriamente*: los socios de las sociedades civiles o sociedades comerciales irregulares; los socios de cualquier tipo de sociedad en donde exista parentesco entre cualquiera de sus miembros.

*Pueden incorporarse al régimen voluntariamente*: los directores de sociedades anónimas, los miembros de consejos de administración de cooperativas, los miembros del clero y de organizaciones religiosas y las amas de casa que quieran hacerlo (este intento fue un fracaso).

*Están exceptuados*: los profesionales técnicos e investigadores contratados en el extranjero y que presten servicios en la Argentina por un plazo no mayor de los dos años y que tengan en su país un sistema de protección. Pero si el trabajador o el empleador expresa su voluntad de afiliación, puede hacerlo.

*No exime de afiliarse obligatoriamente al sistema*: el desarrollo de actividades simultáneas (como autónomo y en relación de dependencia) o estar afiliado a otro régimen jubilatorio (nacional, provincial o municipal). Quien está afiliado al sistema tiene CUIT o CUIL; quien no lo tiene pasa a ser un trabajador marginal, por no estar registrado.

## 2. Contingencias cubiertas y prestaciones

El sistema de jubilaciones y pensiones *cubre distintas contingencias y otorga protección, por medio de prestaciones*, ante los siguientes supuestos de acuerdo con el régimen elegido:

— *Vejez*: a esta contingencia la cubre con el otorgamiento de la jubilación ordinaria. Este beneficio es concedido a aquellas personas que han llegado al final de su vida laboral útil. Nuestra legislación establece para los hombres la edad de 65 años y para las mujeres, la de 60. En cualquier caso, las mujeres pueden optar por seguir trabajando hasta los 65 años.

Para acceder al goce de este beneficio deben acreditar, en forma fehaciente, treinta años de servicios con realización de aportes, y se computan los aportes efectuados en cualquiera de los sistemas vigentes. También hay una serie de regímenes especiales que exigen otros requisitos de edad y de prestación de servicios para actividades profesionales determinadas.

— *Invalidez*: la prestación de la seguridad social que protege de esta contingencia es el retiro por invalidez. Este beneficio se otorga al trabajador cuando sufre una incapacidad permanente que le impide desarrollar normal y habitualmente sus tareas; se otorga en caso de que la incapacidad se haya producido antes de que el trabajador llegue a la edad final de su vida laboral útil.

El estado de invalidez debe ser acreditado en forma fehaciente ante autoridad médica oficial —que puede ser la comisión médica local o jurisdiccional, o central en caso de apelación— y con la presentación de los correspondientes antecedentes médicos. Una vez concluidos los estudios al trabajador, la autoridad médica oficial (una comisión de cinco facultativos) tiene un plazo de diez días para expedirse sobre la viabilidad del beneficio solicitado.

Si se determina que el trabajador está incapacitado en un porcentaje igual o superior al 66% se le confiere el retiro transitorio por invalidez y se le indica —de resultar posible— el tratamiento a seguir para su rehabilitación.

Para la determinación del monto de la prestación son tenidos en cuenta los años trabajados y los que restan por trabajar dentro de la vida útil normal, hasta alcanzar la jubilación ordinaria. El cálculo se efectúa tomando en consideración la PBU y la prestación adicional por permanencia (PAP), y al resultado se le adiciona la prestación compensatoria (PC), cuya cuenta es independiente. El pago lo realiza la Anses, organismo oficial que regula y administra el SUSS.

— *Muerte*: a esta contingencia se la cubre con el otorgamiento de pensiones. Este beneficio se otorga a aquellas personas que el trabajador tenía a su cargo al momento de su muerte. Por lo general, los beneficiarios más comunes de las pensiones son la viuda o viudo, los convivientes y los hijos e hijas solteros hasta los 18 años, si no gozan de otro beneficio previsional.

En el caso de los convivientes (concubinos), su derecho a la pensión se reconoce luego de vivir con el trabajador fallecido cinco años en aparente matrimonio. Este período se reduce a dos años si han nacido hijos como consecuencia de la convivencia alegada.

Para determinar el valor del monto de la pensión a percibir por un derechohabiente del trabajador fallecido, se tiene en cuenta la PBU hasta la fecha de la obtención de la jubilación ordinaria. Luego, a este monto se le suman la PC y la PAP. El valor que se obtiene después de este cálculo genera un derecho a la pensión por un 70% del total.

Asimismo, el fallecimiento del trabajador genera el derecho a percibir el reintegro de los gastos emergentes de su sepelio por un valor igual a tres salarios mínimos, vitales y móviles.

— *Edad avanzada*: es un caso especial amparado por el régimen público. A esta contingencia la cubre con la jubilación por edad avanzada. Este beneficio es concedido a aquellas personas, de ambos sexos, que superan la edad de 70 años, debiendo acreditar diez años de servicios con aportes; asimismo, de esos diez años de aportes deben ser acreditados por lo menos cinco dentro de los ocho anteriores al cese del trabajador.

### 3. Financiamiento

El sistema se financia por medio del pago de los aportes del trabajador y contribuciones del empleador que se realizan mensualmente a lo largo de la vida laboral útil de cada trabajador. La responsabilidad de liquidar y depositar los aportes recae sobre el empleador, quien efectúa su parte de contribución y retiene el porcentaje correspondiente al trabajador. El porcentaje de aportes del trabajador asciende al 11% y el del empleador al 16%.

El empleador está obligado a depositar su contribución y el porcentaje retenido al trabajador entre los días 9 y 11 de cada mes vencido. *Los aportes son integrados al fondo previsional general del Estado.*

*El valor de los aportes obrero-patronales se media en AMPO (aporte medio previsional obligatorio)*, previsto por el art. 21, ley 24.241, y era la resultante de dividir el promedio mensual de los aportes ingresados por los afiliados por la cantidad promedio mensual de dichos afiliados calculados en un semestre, ya que el cómputo se realizaba en los meses de marzo y septiembre de cada año.

Sin embargo, mediante el dec. 833/1997 (BO del 29/8/1997), reemplaza el AMPO *por el Mopre* en todas las menciones de las leyes 24.241, 24.347, 24.463 y 24.557, sus decretos reglamentarios y resoluciones conexas de los distintos organismos de la Administración Pública nacional.

El Mopre era una unidad de referencia para establecer la movilidad de las prestaciones del régimen de reparto y el valor de la renta presunta de los trabajadores autónomos. Su valor era fijado anualmente por la autoridad de aplicación de acuerdo con las posibilidades emergentes del presupuesto general de la Administración nacional para cada ejercicio (art. 1°, dec. 833/1997, que sustituyó el art. 21, ley 24.241, modificada por la ley 24.437). *Era un sistema sustentado en un módulo cuyo monto estaba sujeto a las posibilidades económicas y financieras del presupuesto nacional y dependía de una valoración subjetiva.*

La res. conjunta 124/1998 MEyOSS y 54/1998 MT (BO del 4/2/1998) había fijado el valor del Mopre correspondiente al ejercicio anual de 1998 en la suma de $ 80, cuyo valor hasta su derogación se mantuvo vigente.

La base imponible para el cálculo de los aportes y contribuciones en el caso de los trabajadores dependientes es la remuneración y, en el caso de los trabajadores autónomos, son las categorías fijadas de acuerdo con la actividad donde actúe por el dec. 433/1994 en función de una renta presunta imponible mensual.

El art. 9°, ley 24.241, antes de la reforma introducida por el dec. 491/2004, disponía que para el cálculo de los aportes y contribuciones, la remuneración computable no debe ser inferior a tres veces el valor del Mopre, y la base imponible máxima previsional tenía un equivalente a veinte veces ese valor mínino, o sea, sesenta Mopre.

La renta presunta atribuida a los trabajadores autónomos, que es la base imponible de los aportes personales de estos trabajadores, tiene los mismos límites mínimo y máximo. Teniendo en cuenta el valor del Mopre, el valor mínimo era de $ 240 y el máximo era de $ 4800.

Luego, la ley 26.417 (BO del 16/7/2008) sustituyó todas las referencias al Mopre en la normativa vigente, reemplazándolas por el concepto de "haber mínimo garantizado" (o una determinada porción de éste).

Si una persona percibe simultáneamente una remuneración como trabajador en relación de dependencia e ingresos de origen autónomo, los límites mínimos y máximos se calculan separadamente en relación con los ingresos de cada una de las actividades.

En el caso de los trabajadores independientes, la suma de ambos porcentajes (27%) se aplica sobre un ingreso de referencia, tratándose en consecuencia de un sistema tarifado. El 11% se dirige al sistema que eligieron y el 16% financia solidariamente el sistema.

## 4. Disposiciones generales comunes del régimen de reparto y del derogado régimen de capitalización

Son enumeradas seguidamente las principales disposiciones establecidas en el SIPA.

*— Los aportes y contribuciones obligatorias son las siguientes:*

Trabajadores en relación de dependencia: 11% de la remuneración (con las salvedades expuestas en el punto precedente); trabajadores autónomos: 27%; contribución patronal: 16%, habiendo existido algunas reducciones sobre contribuciones patronales que luego fueron dejadas sin efecto. Estos aportes van al Estado y la AFIP los distribuye. En el caso de los trabajadores autónomos, el 11% va al sistema que eligieron y el 16% se dirige a financiar el sistema.

Si alguien tiene tres o cuatro empleos en relación de dependencia, aporta en cada trabajo, es decir que no se suman: no se acumulan.

El dec. 491/2004 (BO del 22/4/2004) modifica el art. 9°, ley 24.241, y sustituye la redacción de la ley 25.239, eliminando el tope máximo de sesenta Mopre ($ 4800) para el cálculo de las contribuciones patronales con destino al SIJyP.

En cuanto a la *renta presunta*, la AFIP establece y publica escalas aplicables a todas las categorías de trabajadores autónomos en las cuales se encuentren incluidos profesionales, y que deberán depositar sus aportes de acuerdo con la categoría en que se encuentre ubicado.

La recaudación de los aportes —tanto de autónomos como de trabajadores en relación de dependencia— la efectúa la AFIP.

*En el caso de los autónomos existe una gran evasión; por ejemplo, a fines del año 2000 apenas uno de cada cuatro autónomos y monotributistas pagaba los aportes previsionales, es decir, sólo el 25%:* sobre tres millones de afiliados habían pagado sus aportes 776.519 personas (385.059 autónomos y 391.450 monotributistas).

Una de las causas era que el aporte mínimo de $ 100 era alto para los cuentapropistas, que tienen ingresos aleatorios (no regulares); asimismo, desalientan el pago de los aportes los bajos haberes jubilatorios. Esto produce, además, que haya más autónomos jubilados y pensionados (un millón) que aportantes.

*— La ley 24.241 establece que existen tres tipos de aportantes:*

*Aportante regular con derecho*: es el que paga los aportes en tiempo y tiene registrado como mínimo treinta meses de servicios con aportes fehacientes (tareas continuas) o diez meses (tareas discontinuas) en los últimos treinta y seis meses, siempre que las remuneraciones representen como mínimo treinta Mopre ($ 2400) en el período de diez meses. Los autónomos deben efectuar el pago dentro del mes calendario correspondiente a su vencimiento.

*Aportante irregular con derecho*: es el que acredita como mínimo dieciocho meses de servicios con aportes fehacientes (tareas continuas) o seis meses (tareas discontinuas) dentro de los últimos treinta y seis meses, siempre que se efectúen sobre remuneraciones que representen como mínimo dieciocho Mopre ($ 1440). Los autónomos deben efectuar el pago dentro del mes calendario correspondiente a su vencimiento.

*Aportante irregular sin derecho*: es el que tiene menos de dieciocho meses de aportes en los últimos tres años. No paga los aportes en tiempo, no tiene derecho a cobertura alguna y puede ser pasible de multas.

El tiempo que una persona cobra del fondo de desempleo se computa como tiempo de servicios y de aportes, aunque mientras percibe el aporte al fondo de desempleo es menor que aquel cuando estaba en actividad.

*— Los requisitos para acceder a la jubilación en cualquiera de los dos regímenes son los siguientes:*

Edad: 60/65 años; servicios: treinta años; aportes: treinta años (en 2005 son veintiocho años de acuerdo con la escala). Desde el comienzo del régimen en 1994 se fijó lo que se llamó una disposición transitoria de gradualismo de edad: se fija para los hombres y las mujeres en relación de dependencia una llegada gradual a los 65 años.

En 1998, 1999 y 2000 se podían jubilar los hombres con 64 años y las mujeres con 59 años. A partir del año 2001, la edad jubilatoria es la que corresponde (65 años los hombres y 60 las mujeres). En el caso de los autónomos no hubo gradualismo (65 años los hombres y 60 las mujeres). Las mujeres inscriptas en el régimen de capitalización pueden demorar su jubilación hasta los 65 años para efectuar una mayor capitalización.

Respecto de la declaración jurada de servicios, en el período 1998-1999 se podían declarar cinco años de servicios sin aportes, en el 2000-2001 cuatro años sin aportes, en el 2002-2003 tres años sin aportes, en el período 2004-2005 dos años sin aportes, en el 2006-2007 un año sin aportes, y a partir de 2008 ya se debían declarar los treinta años de aportes.

*Las prestaciones son las siguientes*: PBU; PC; retiro por invalidez; pensión por fallecimiento; prestación adicional por permanencia (PAP) y prestación por edad avanzada.

En los dos sistemas se percibe la llamada PBU —que paga el Estado—, que consiste en 2,5 veces el valor del Mopre. La PBU no es una jubilación mínima; la paga el Estado con los aportes de los empleadores y de los autónomos.

La PBU se paga cuando se llega a la edad jubilatoria (60/65 años) con treinta años de aportes y treinta años de servicios. Como quedara dicho, en el año 2005/2006 los aportes requeridos eran sólo veintiocho años certificados y dos por declaración jurada; hasta el año 2008, en que es necesario haber aportado los treinta años de servicios. En el caso de las personas que tuvieran más años de edad, se compensan dos años de edad con uno de servicio. Si hay personas que tienen más años de servicios (hasta un máximo de cuarenta y cinco años de servicios), cada año adicional vale el 1% de la PBU.

Cuando se sancionó la ley se estipuló que por encima de la PBU va a haber una prestación compensatoria del 1,5% del promedio de los últimos diez años de remuneración en los últimos ciento veinte meses inmediatamente anteriores al cese de la actividad: esta prestación compensa los aportes realizados hasta el 15/7/1994 en que comenzaron a regir los dos regímenes. Luego de dicha fecha se pagaría una prestación adicional por permanencia, que es equivalente al 0,85% anual del total del promedio de las remuneraciones percibidas de los últimos diez años, o sea, ciento veinte meses anteriores al cese.

— *Respecto del monto de las prestaciones cabe efectuar las siguientes consideraciones*:

*El art. 6°, ley 24.241, considera remuneración a los fines de esa ley prácticamente a todo ingreso que perciba el trabajador en relación de dependencia en pesos o en especie susceptible de apreciación pecuniaria* (salarios, honorarios, comisiones, propinas), así como los premios, estímulos y otros conceptos, como gratificaciones (las cajas de empleados o similares, por ejemplo, de los empleados del casino).

En cambio, *no son considerados remuneración*: las asignaciones familiares, indemnizaciones derivadas de extinción del contrato de trabajo, indemnización por vacaciones no gozadas, indemnizaciones por incapacidades de la LRT, las gratificaciones que se perciban al cese de la relación laboral, las asignaciones pagadas en concepto de becas y las prestaciones económicas de desempleo.

*La remuneración a los efectos previsionales tiene dos conceptos*. Uno es la llamada *remuneración tope previsional*, basada en el Mopre; por encima de este tope —que es de sesenta Mopre ($ 4800)— antes no se realizaban aportes. El dec. 491/2004 (BO del 22/4/2004) modifica el art. 9°, ley 24.241, sustituyendo la redacción de la ley 25.239 y elimina el tope máximo de sesenta Mopre para el cálculo de las contribuciones patronales con destino al SIJyP.

La ley 26.222 (BO del 8/3/2007) fijó que el aporte jubilatorio se aplique sobre las remuneraciones hasta un tope de $ 6000 mensuales (setenta y cinco Mopre), y el dec. 1346/2007 (BO del 5/10/2007) elevó dicho límite a $ 6750 (84,375 Mopre) para las remuneraciones devengadas a partir del 1/9/2007. El dec. 1448/2008 lo elevó a $ 7800 a partir del 1/11/2008. En cambio, se mantuvo el tope de $ 4800 para los aportes personales de PAMI y obra social.

A raíz del incremento del 7,34% en los haberes previsionales, la Anses estableció que las nuevas bases imponibles mínima y máxima previstas en el párr. 1°, art. 9°, ley 24.241, texto según la ley 26.222, serán de $ 287,74 y $ 9351,30, respectivamente, desde el mes devengado septiembre de 2009.

En cuanto a los autónomos, hay un cálculo de lo que se llama *renta presunta imponible*, que es el ordenamiento de las actividades de los autónomos en distintas categorías; se fija una renta imponible para cada una de ellas.

La categoría de autónomos en la cual se ubican los profesionales universitarios está dada por la cantidad de años de antigüedad en la matrícula.

*Los principales caracteres de las prestaciones son los siguientes*:

— *Personalísimas*, ya que son otorgadas a sus titulares, se adquieren *iure proprio* y no se pueden transmitir a otros por ninguna vía. No pueden ser enajenadas ni afectadas a terceros por derecho alguno, salvo la PBU y la PC.

— *Inembargables*, salvo cuotas por alimentos y litisexpensas. Las deducciones ordenadas judicialmente o por autoridad administrativa competente por créditos a favor del organismo administrativo de seguridad social o percepción indebida de haberes no pueden exceder el 20% del haber mensual de la prestación.

— *Se extinguen solamente por las causas establecidas en la ley*. Los haberes prescriben según lo dispuesto en el art. 82, ley 18.037.

## 5. Garantía estatal. Haber máximo. Movilidad

*El Estado otorga garantías respecto del haber mínimo y establece un haber máximo y un sistema de movilidad de las prestaciones*. El art. 17, ley 24.241, modificado por ley 24.463 (BO del 30/3/1995), dispone que ningún beneficiario tiene derecho a recibir prestaciones superiores del tope máximo legalmente determinado. La ley 24.463, en el art. 9°, inc. 2° —texto según ley 25.239 (BO del 31/12/1999)—, *establecía topes para los haberes previsionales, consignando que no podrán superar los $ 3100*.

Asimismo, *respecto de las prestaciones otorgadas anteriores a la ley 24.241, establecía una escala de deducciones*: de $ 3100 a $ 5000: 20% sobre el excedente de $ 3100; de $ 5001 a $ 7000: $ 380 más el 35% sobre el excedente de $ 5000; de $ 7000 a $ 9000: $ 1080 más el 50% del excedente de $ 7000; a partir de $ 9001: $ 2080 más el 70% del excedente de $ 9000.

El dec. 1346/2007 (BO del 5/10/2007) elevó el monto del haber máximo a cargo del Estado de la suma de $ 3888,33 a $ 4374,37 a partir del 1/9/2007. En marzo de 2008 fue de $ 4702,44 y en julio de 2008 de $ 5055,12 (cfr. dec. 279/2008, BO del 21/2/2008). En marzo de 2010 era de $ 6558,06.

El art. 32, ley 24.241, modificado por la ley 24.463, dispone que *las prestaciones de los sistemas públicos de previsión de carácter nacional tendrán la movilidad que anualmente determine la Ley de Presupuesto* conforme al cálculo de recursos respectivos. Dicha movilidad podrá ser distribuida en forma diferenciada a fin de incrementar las prestaciones mínimas.

El art. 7°, ley 24.463, establece que la *movilidad de las prestaciones de los sistemas públicos de previsión de carácter nacional* por períodos anteriores a la ley 23.928 (de Convertibilidad) —1/4/1991— se ajustan según el índice general de las remuneraciones. Por su parte,

las prestaciones correspondientes al período comprendido entre el 1/4/1991 y el 30/3/1995 —fecha de promulgación de la ley 24.463— se ajustan según las disposiciones oportunamente aprobadas por el Ministerio de Trabajo.

## 6. Fallos de la Corte Suprema "Chocobar", "Sánchez" y "Badaro"

*La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la invalidez constitucional del art. 7°, ley 24.463*, en la causa "Chocobar, Sixto Celestino" (27/12/1996), y a los efectos de preservar satisfactoriamente la garantía de orden superior vulnerada, ordenó que por este período se debía aplicar, por cada año, una movilidad del 3,28%, por ser ésta la variación de igual extensión cuantitativa que la experimentada por el AMPO hasta que comenzó a regir el nuevo régimen instituido por el art. 7°, ley 24.463. Por lo tanto, en este período, la movilidad acumulada fue del 10,17% que, sumado a la variación que experimentó el AMPO durante la vigencia de la ley 24.241, alcanzó al 13,78%.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "Sánchez, María del Carmen v. Anses" del 17/5/2005, cambió el criterio, estableciendo que corresponde mantener el ajuste por movilidad de los haberes previsionales hasta el 30/3/1995 según las variaciones registradas en el índice del nivel general de remuneraciones. Se debate nuevamente si la Ley de Convertibilidad derogó o no la movilidad de los haberes previsionales.

En los considerandos se señala que contra el pronunciamiento de la sala 2ª de la Cámara Federal de la Seguridad Social, que desestimó los planteos de inconstitucionalidad de la actora y confirmó las pautas establecidas por el fallo de primera instancia para la movilidad de los haberes, las partes dedujeron recursos de apelación que fueron concedidos conforme a lo dispuesto por el art. 19, ley 24.463. Los planteos se refieren básicamente a la entrada en vigencia de la ley 23.928 (Ley de Convertibilidad) en cuanto a su afectación de la movilidad establecida por la ley 18.037, produciendo circunstancias análogas a las examinadas en el precedente "Chocobar".

Se enerva el *thema decidendum* frente a la ley 18.037, la cual se hallaba vigente a la fecha de la sanción de la referida ley 23.928 y sólo fue derogada por el nuevo régimen instituido por la ley 24.241, de creación del SIJyP, con el límite fijado en su art. 160, que mantenía las fórmulas de movilidad de las prestaciones reguladas por leyes anteriores. La Corte sostiene que no surge ni expresa ni tácitamente del régimen de convertibilidad que haya tenido en miras modificar la reglamentación del art. 14 bis, CN, por lo que considera que una comprensión sistemática y dinámica del ordenamiento jurídico aplicable no admite otra solución que no sea el cabal cumplimiento del método específico de movilidad establecido por el legislador.

Por las razones expresadas en las disidencias oportunas en la causa "Chocobar", revoca la sentencia apelada y mantiene el ajuste por movilidad hasta el 30/3/1995 según las variaciones registradas en el índice del nivel general de remuneraciones a que remitía el art. 53, ley 18.037. Por ende, la sala 2ª de la Cámara Federal de la Seguridad Social, al confirmar el fallo de primera instancia, determinó que correspondía la aplicación al caso del criterio que dejara establecido la Corte en el citado precedente "Chocobar".

La Corte varió su postura al señalar que el argumento central en que se apoyó la sentencia "Chocobar" presenta falencias que hacen imposible mantenerlo, aun cuando reconoce que su abandono afecta la continuidad que deben tener las reglas afirmadas en los precedentes del tribunal. Agrega que el caso "Chocobar" descansa en la sola premisa de que la Ley de Convertibilidad derogó el art. 53, ley 18.037, y todo el resto de la argumentación estuvo dirigida a fundamentar que la derogación no afectaba derechos adquiridos de los jubilados y cómo se articulaba con leyes dictadas posteriormente.

Afirma que la ley 23.928 en ninguna de sus cláusulas dispuso que el art. 53, ley 18.037, era derogado. Lo que derogó la Ley de Convertibilidad de manera expresa fueron aquellas normas legales o reglamentarias que autorizaban la indexación de las deudas. Pero el art. 53, ley 18.037, no era una cláusula indexatoria, ya que no estaba limitada a compensar el efecto de la inflación, sino a regular los incrementos en el haber jubilatorio cualquiera fuese la razón que determinara el aumento de los salarios, responda a la inflación o no.

La ley 24.241 dictada durante la vigencia de la ley 23.928 estableció un criterio de movilidad para el régimen de reparto y, lo que es más importante aún para la solución del caso concreto, dispuso expresamente reconocer la movilidad otorgada por regímenes anteriores así como que los beneficios se liquidaran según las fórmulas que regían al tiempo de su entrada en vigencia (art. 160, último párr.). El principio de no aplicación retroactiva en materia de movilidad del que da cuenta el art. 160, ley 24.241, se mantuvo vigente hasta la sanción de la ley 24.463, que al disponer su derogación lo hizo para el futuro, sin asignarle efecto retroactivo. Por ello, el art. 7°, ley 24.463 (que previó el ajuste de las prestaciones correspondientes a períodos comprendidos entre el 11/4/1991 y la fecha de promulgación de esa ley), debe ser interpretado evitando producir una confrontación con lo reglado en los arts. 10, inc. 1°, y 11, inc. 1°, del mismo cuerpo legal y, con lo dispuesto por la ley 24.241. Un eventual conflicto constitucional provocaría forzar el criterio contradictorio de sostener una retroactividad vedada en el mismo cuerpo legal y por la aplicación de la supremacía del art. 31, CN.

Por ello, la Corte concluye sosteniendo que, para el período 1991/1995, el criterio de movilidad aplicable es el que surge de la ley 18.037; que no se produce conflicto con la ley 23.928 (Ley de Convertibilidad) ya que la aludida norma no contiene disposición alguna referida al sistema de movilidad previsional; que la actualización monetaria no se identifica con el principio de movilidad, ya que éste está estrechamente relacionado con el principio de dignidad del haber previsional.

Por lo tanto, el art. 53, ley 18.037, reconoció derechos que no pudieron resultar frustrados por la aplicación de una disposición posterior como el art. 7°, ley 24.463. La pauta prevista por el art. 53 mantuvo su vigencia hasta 1995. El régimen de movilidad por el período posterior a la vigencia de la ley 24.463 es el que determine la Ley de Presupuesto.

El Alto Tribunal también pondera la influencia del transcurso del tiempo y el cambio de circunstancias objetivas para atender la revisión del criterio aplicado en los precedentes de la doctrina de la Corte, manteniendo el ajuste por movilidad hasta marzo de 1995 según las variaciones registradas en el índice del nivel general de remuneraciones a que remitía el art. 53, ley 18.037, y que la Ley de Convertibilidad no es aplicable al caso.

El 26/11/2007, respecto de la movilidad del haber de las prestaciones, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "Badaro, Adolfo Valentín v. Anses", declaró la inconstitucionalidad del art. 7°, inc. 2°, ley 24.463.

Dispuso que la prestación del actor se ajuste, a partir del 11/1/2002 y hasta el 31/12/2006, según las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Indec (88,6%), y ordenó a la demandada que abone el nuevo haber y las retroactividades que surjan de la liquidación, en el plazo previsto por el art. 2°, ley 26.153; estas últimas con más los intereses a la tasa pasiva según el precedente "Spitale", autorizándose la deducción de las sumas que pudieran haberse abonado en cumplimiento de las disposiciones del dec. 764/2006.

Todo ello sin perjuicio de los aumentos otorgados en 2007 del 13% en marzo y 12,5% en septiembre; en 2008, del 7,5% en marzo y 7,5% en julio; en 2009, del 11,69 en marzo y 7,34% en septiembre; en 2010, de 8,21% en marzo, 16,9% en agosto; en 2011, del 17,33% en marzo.

## 7. Compatibilidades

El art. 34, ley 24.241, modificada por la ley 24.463, dispone que *los beneficiarios de prestaciones del régimen previsional público podrán reingresar a la actividad remunerada, tanto en relación de dependencia como en actividades de carácter autónomo.* El reingresado debe efectuar los aportes que correspondan, los cuales serán destinados al Fondo Nacional de Empleo; en tal sentido, el art. 5°, ley 24.347, agregó como ap. 5°, inc. a), art. 145, ley 24.013, un precepto que dispone ese destino para los mencionados aportes. Sin embargo, los nuevos aportes no dan derecho a reajustes o mejoras en las prestaciones originarias.

Cabe consignar que el art. 34 también dispone que *el retiro por invalidez es incompatible con el desempeño de cualquier actividad en relación de dependencia*, y el empleador debe denunciar el reingreso. Su omisión lo hace pasible de una multa equivalente a diez veces lo percibido por el beneficiario en concepto de haberes previsionales.

El art. 34 bis establece que *el goce de la prestación por edad avanzada es incompatible con la percepción de toda jubilación, pensión o retiro civil o militar, nacional o provincial o municipal*, sin perjuicio del derecho del beneficiario a optar por percibir únicamente la prestación mencionada en primer término.

Tal cual surge del dec. 525/1995, las contribuciones de los empleadores y los dieciséis puntos de los veintisiete correspondientes al aporte de los trabajadores autónomos en caso de reingreso son destinados al régimen previsional público.

## 8. Prestaciones del régimen de reparto

El régimen de reparto otorga las siguientes prestaciones (tít. II de la ley 24.241): PBU, PC, retiro por invalidez, pensión por fallecimiento, PAP y prestación por edad avanzada.

### *8.1. PBU*

A esta prestación, que rige tanto para el régimen público como para el de capitalización, tienen derecho todos los afiliados hombres que hubieren cumplido 65 años, y las afiliadas mujeres que hubieren cumplido 60 años y acrediten treinta años de servicios con aportes computables en uno o más regímenes comprendidos en el sistema de reciprocidad (art. 19).

En cuanto al *monto de la prestación*, el art. 20 establece que: para los beneficiarios que acrediten treinta años de servicios tiene un valor equivalente a $ 326 (art. sustituido por el art. 4°, ley 26.417); para los que acrediten más de treinta años y hasta un máximo de cuarenta y cinco años de servicios con aportes, se incrementa en 1% por año excedente. Es decir que su monto puede incrementarse hasta un 15% más (1% por año que supere los treinta y hasta los cuarenta y cinco). Para su cálculo son computables los servicios comprendidos en el SIJyP y también los prestados con anterioridad.

### *8.2. PC*

*Se trata del derecho que tienen los afiliados que han cumplido con los requisitos para acceder a la prestación básica universal a que se le reconozcan los años de aportes efectuados en el antiguo régimen de jubilaciones*, es decir que se compensan los años de servicios prestados con anterioridad a la implantación del sistema de la ley 24.241 (arts. 23 y 24).

Los *requisitos para acceder a esta prestación* son los mismos de la PBU, a los cuales se debe agregar: acreditar servicios con aportes comprendidos en el sistema de reciprocidad jubilatoria prestados hasta el 15/7/1994 (fecha de entrada en vigencia del libro I de la ley 24.241) y que los afiliados no estén percibiendo retiro por invalidez, cualquiera fuera el régimen otorgante.

El *monto de esta prestación* se calcula según la naturaleza de los servicios computados y es variable:

— Si todos los servicios computados son en relación de dependencia, se calcula el 1,5% por año de servicios con aportes o fracción mayor de seis meses, hasta un máximo de treinta y cinco años. Se toma en cuenta el promedio mensual de las remuneraciones de los últimos diez años inmediatamente anteriores al cese; no se computan los meses en los cuales el trabajador no estuvo activo y, por ende, no realizó aportes. El porcentaje acumulado se aplica sobre el promedio referido, y esto arroja como resultado el valor de la prestación compensatoria del trabajador.

— Para fijar el promedio de las remuneraciones no se toma en cuenta el SAC ni los montos que excedan el máximo fijado de sesenta Mopre ($ 4800, art. 9°, ley 24.241). El haber máximo de la PC es equivalente a un Mopre por cada año de servicios con aportes computados, esto es, $ 2800 (treinta y cinco años de servicios por $ 80).

— En caso de que todos los servicios sean autónomos, corresponde 1,5% por año de servicios con aportes hasta un máximo de treinta y cinco años calculado sobre el promedio mensual de los montos actualizados de las categorías en que revistó el afiliado, tomando las más favorables.

— Si se computan servicios sucesivos o simultáneos —en relación de dependencia y autónomos—, el haber se fija sumando el que resulte para los servicios en relación de dependencia y el correspondiente a los servicios autónomos, en forma proporcional al tiempo computado para cada clase de servicios.

### *8.3. PAP*

Es el derecho de aquellos afiliados que optaron por el régimen de reparto a partir del 15/7/1994, a que les sean reconocidos los años de aportes que van a realizar a él, en igual forma y metodología que lo establecido por la prestación compensatoria.

Las personas físicas comprendidas en el art. 2° podían optar por no quedar comprendidas en las disposiciones establecidas en el régimen de capitalización (art. 30, ley 24.241, decs. 56/1994 y 816/1994 y 1012/1994, art. 2°, ley 24.347).

Esa opción produce que los aportes de los trabajadores dependientes y parte del de los autónomos (11% del 27%) sean destinados al financiamiento del régimen público; que quienes así opten tengan derecho a la PAP, que las prestaciones de retiro por invalidez y pensión por fallecimiento sean financiadas por el régimen de reparto y que, para la movilidad, la prestación anual complementaria y otros inherentes a la PAP, se apliquen las disposiciones referidas a la PC.

El monto se calcula tomando el 0,85% por año de aportes realizados a partir del 15/7/1994. La base de cálculo es el promedio mensual de las remuneraciones con aportes de los últimos diez años de servicios inmediatamente anteriores al cese, y no se computan los meses sin aportes.

### *8.4. Retiro por invalidez*

Es el derecho que tiene el afiliado a obtener una renta mensual cuando ha perdido al menos el 66% de su capacidad física e intelectual (66% de incapacidad), siempre que no cumpla con los requisitos para obtener la jubilación ordinaria o no esté percibiendo la jubilación anticipada.

El art. 48, ley 24.241, dispone que *el afiliado tendrá derecho al retiro por invalidez en dos supuestos: 1) que se incapacite física e intelectualmente en forma total por cualquier causa:* se presume que la incapacidad es total cuando la invalidez produzca en su capacidad laborativa una disminución del 66% o más; se excluyen las invalideces sociales o de ganancias; *2) que no haya alcanzado la edad establecida para acceder a la jubilación ordinaria ni esté percibiendo*

*la jubilación en forma anticipada*: la invalidez da derecho a una prestación temporaria mientras dure la contingencia.

El art. 48 también establece que las *comisiones médicas y la Comisión Médica central* estarán integradas por tres médicos que serán designados por concurso público de oposición y antecedentes por la Safjp, a los cuales se agregan los dos médicos designados por la LRT (ley 24.557), y contarán con el personal profesional técnico y administrativo necesario.

El art. 49 fija el procedimiento relacionado con el dictamen transitorio de invalidez, actuación ante las comisiones médicas y la Comisión Médica central, procedimiento ante la Cámara Federal de la Seguridad Social, efecto de las apelaciones, creación del fondo para tratamientos de rehabilitación psicofísica y recapacitación laboral.

— La incapacidad es determinada por una comisión médica, la cual emitirá un informe, previo análisis de antecedentes y citación del afiliado a exámenes. Por tanto, dicha comisión cumple un rol de particular importancia, al establecer, mediante un dictamen técnicamente fundado, el grado de invalidez y la capacidad laborativa del afiliado. El dictamen de invalidez es emitido como consecuencia de una solicitud de calificación presentada por el afiliado y da origen a un retiro transitorio por invalidez.

— El retiro definitivo por invalidez se financiará sobre la base del saldo de la cuenta de capitalización individual del afiliado más el importe que le correspondiera en el régimen de reparto más el capital complementario. El capital complementario aportado por la compañía de seguros es la diferencia entre el capital necesario para otorgar las prestaciones que correspondan al causante y sus beneficiarios y el capital acumulado en la cuenta de capitalización individual del afiliado al momento de ser efectuado el dictamen definitivo de invalidez.

— Cuando la comisión médica efectúa la reevaluación del grado de incapacidad del afiliado y éste es declarado rehabilitado, se deposita en la cuenta de capitalización individual de éste el capital de recomposición, el cual representa los aportes que el afiliado hubiese acumulado en su cuenta durante el período que percibió el retiro transitorio por invalidez.

— El haber del retiro por invalidez se determinará con relación al ingreso base, que es el promedio actualizado de las remuneraciones y las rentas imponibles de los últimos cinco años, y a la prestación de referencia. Esta prestación de referencia será igual al 70% del ingreso base del afiliado que efectúe aportes de manera regular, y al 50% en caso de que efectúe aportes de manera irregular.

— *Solicitud*: la efectúa el afiliado ante la administradora en la cual está afiliado; debe acreditar identidad, denunciar el domicilio real, adjuntar estudios, diagnósticos y certificaciones médicas, documentación que acredite nivel de educación. La administradora debe verificar que el afiliado esté incorporado y, de ser así, debe remitir la solicitud dentro de las cuarenta y ocho horas a la comisión médica con jurisdicción en el domicilio real del afiliado. Asimismo, la administradora debe remitir copia de la solicitud a la Anses.

— *Actuación de las comisiones médicas*: la comisión médica revisa los antecedentes y cita fehacientemente al afiliado en su domicilio real *a revisación*, la cual deberá practicarse dentro de los quince días corridos de efectuada la solicitud. Si el afiliado no concurre, se debe esperar a que comparezca para continuar con las actuaciones. Si concurre a la cita, se le hará un psicodiagnóstico completo. La comisión médica podrá citar a médicos especialistas de la afección que padece el sujeto.

— Si a pesar de los antecedentes aportados y la revisación, los médicos no pueden dictaminar, la comisión médica deberá: *a)* determinar nuevos estudios; *b)* concertar citas con nuevos profesionales para estudios; *c)* extender las órdenes y entregarlas al afiliado con las medicaciones; *d)* fijar fecha para una segunda revisación. Los estudios médicos y los traslados son sin cargo para el afiliado y son a cargo de las comisiones médicas.

Si el afiliado no concurre a la segunda cita o no se hiciere los estudios, se fija nueva fecha de revisación dentro de los diez días siguientes. Si asiste, la comisión médica deberá emitir un dictamen dentro de los diez días siguientes. Este dictamen debe ser notificado fehacientemente dentro de los tres días corridos al afiliado, a la administradora y a la compañía de seguros.

— En el supuesto de verificarse los requisitos, se le otorgará *el retiro transitorio por invalidez*. El dictamen debe indicar tratamiento de rehabilitación psicofísica y de recapacitación laboral (gratuitos para el afiliado); si éste no lo cumpliera, recibirá el 70% del haber del retiro por invalidez que le hubiera correspondido.

— Si hubiera tratamientos curativos comprobables, la comisión médica los prescribirá. Si el afiliado se negare a realizarlos, se suspenderá la percepción del retiro transitorio por invalidez.

— Si la comisión médica no emite dictamen en el tiempo establecido, el afiliado tendrá derecho al retiro transitorio por invalidez hasta tanto se emita el dictamen. La comisión médica deberá informar toda actuación realizada a la Anses, a la compañía de seguros y a la administradora.

Los dictámenes de las comisiones médicas se pueden recurrir ante la Comisión Central por parte del afiliado, la administradora, la compañía de seguros de retiro y la Anses.

Se debe hacer una presentación dentro de los cinco días de recibido el dictamen, consignando el motivo por el cual se apela la resolución. Hay un plazo de cuarenta y ocho horas para que la comisión médica remita a la Comisión Médica central las actuaciones.

La resolución de la Comisión Médica central es recurrible ante la Cámara Federal de la Seguridad Social. Hay un plazo de cuarenta y ocho horas para que la Comisión Médica central remita las actuaciones a la Cámara, y ésta tiene un plazo para expedirse de cuarenta y cinco días luego de recibidas las actuaciones.

Una vez recibidas las actuaciones, da diez días para que el Cuerpo Médico Forense emita su opinión sobre el grado de invalidez del afiliado. En caso de ser necesario, se puede someter al sujeto a una nueva revisación médica y pedir estudios complementarios que deberán concluir en diez días. Se darán cinco días para que aleguen sobre las actuaciones y pruebas. Vencido el plazo, la Cámara dictará sentencia dentro de los diez días siguientes.

— El fondo para tratamiento de rehabilitación psicofísica y recapacitación laboral será determinado por el PEN, y por el 30% del retiro transitorio por invalidez que se le descuenta a los afiliados que no cumplan regularmente con los tratamientos. Dicho fondo será administrado por el Inssjp.

— *Dictamen definitivo*: pasados tres años del dictamen transitorio se procederá al retiro definitivo por invalidez o a dejar todo sin efecto. El plazo puede prorrogarse dos años más si la comisión médica considera que en ese plazo puede rehabilitarse.

### *8.5. Pensión por fallecimiento*

Otro de los beneficios que otorga el régimen público es la pensión por fallecimiento (art. 17, inc. d], ley 24.241, modif. por la ley 24.463). *Sus normas y procedimientos son comunes a todos los afiliados del SIJyP —del mismo modo que el retiro por invalidez—, y los haberes están a cargo del régimen previsional público.*

*La pensión por fallecimiento es la renta mensual que se paga a los derechohabientes del afiliado que cumplan los requisitos establecidos en la norma legal cuando éste fallece, ya sea como trabajador activo, beneficiario o jubilado. Es un derecho que se adquiere* iure proprio, *resultando suficiente acreditar el vínculo*; la acreditación de la convivencia fue reglamentada por el art. 1°, dec. 1290/1994.

El art. 53, ley 24.241, dispone que, en caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozarán de pensión los siguientes parientes del

causante: *a)* la viuda o viudo; *b)* el/la conviviente; *c)* los hijos e hijas solteros y las hijas viudas, siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión, todos ellos hasta los 18 años. Esta limitación de edad no rige si los derechohabientes se hallan incapacitados para el trabajo a la fecha del deceso del causante o a la fecha en que cumplieran los 18 años.

Se debe entender que el derechohabiente estuvo a cargo cuando tiene un estado de necesidad revelado por la escasez o carencia de recursos personales, y la falta de contribución importa un desequilibrio esencial en su economía particular.

En el caso de los convivientes, es preciso que el o la causante estuviese separado de hecho o legalmente, o, en caso de ser soltero, viudo o divorciado, hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia es de dos años si existen hijos reconocidos por ambos convivientes.

Si el cónyuge supérstite fuese declarado culpable de la separación personal o del divorcio, el o la conviviente lo excluye. Al contrario, la prestación se otorga al cónyuge y al conviviente por partes iguales, en caso de que el o la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos (o fueran demandados judicialmente), o si el o la causante hubiera dado causa a la separación personal o al divorcio.

El art. 98 dispone el *porcentaje del haber de la pensión:* 1) 70% para la viuda, viudo o conviviente, no habiendo hijos con derecho a pensión; 2) 50% para la viuda, viudo o conviviente, cuando haya hijos con derecho a pensión; 3) 20% para los hijos; 4) si no hubiere viuda, viudo o conviviente, el porcentaje del haber de la pensión del causante del o de los hijos acrecerá distribuyéndose por partes iguales el porcentaje fijado para aquellos. *El monto de las pensiones de todos los beneficiarios no puede exceder el 100% de la prestación del causante.* En caso de que así ocurriera, la pensión de cada uno de los beneficiarios debe recalcularse manteniendo las mismas proporciones que les correspondan de acuerdo con los porcentajes señalados.

*Para la determinación del haber de las pensiones por fallecimiento del beneficiario, los porcentajes se aplicarán sobre el importe de la prestación que se hallaba percibiendo el causante. En los casos de pensiones por fallecimiento del afiliado en actividad, la determinación del haber de los porcentajes se aplicará sobre la prestación de referencia del causante determinada en el art. 97 (ingreso base).*

Las prestaciones de retiro por invalidez y/o pensión por fallecimiento del afiliado en actividad se otorgan a los afiliados cuya edad no supere los 65 años. Si un afiliado mayor de 65 años se incapacita, tiene derecho a la prestación por edad avanzada. Si se produce el fallecimiento, el haber de pensión de los causahabientes es del 70% del que le hubiere correspondido percibir al causante.

### *8.6. Prestación por edad avanzada*

Si bien originalmente la ley 24.241 no reguló este beneficio —que ya estaba previsto en las leyes 17.310, 18.037 y 18.038—, fue introducido nuevamente en la legislación previsional por el art. 3°, ley 24.347. *Era aplicable tanto para el régimen de reparto asistido como para el de capitalización*; tangencialmente rige para este último, ya que al fijar el art. 34 bis, ap. 3°, ley 24.241, el haber mensual preveía que éste se adicionara a la jubilación ordinaria en tanto era una prestación del sistema de capitalización.

Se trata de un beneficio dirigido a amparar a quienes inician la actividad laboral a partir de los 35 o 40 años, sea por razones de salud, mujeres por razones de familia o por tratarse de inmigrantes. También abarca a quienes les resulta imposible la prueba de la totalidad de los servicios (trabajadores rurales o antiguos servicios en empresas que han desaparecido).

Para acceder a esta prestación, los *requisitos* son tener 70 años y diez años de servicios con aportes, con una prestación de por lo menos cinco años durante los ocho inmediatamente anteriores al cese de la actividad. Por su parte, los trabajadores autónomos deben acreditar, además, una antigüedad en la afiliación no inferior de cinco años.

El *monto del haber* es equivalente al 70% de la PBU, más la PC, más la PAP o, en caso de corresponder, la jubilación ordinaria establecida en el régimen de capitalización.

*8.7. Prestación por edad avanzada por invalidez*

Es el beneficio otorgado a los afiliados mayores de 65 años, con incapacidad invalidante, debiendo acreditar su condición de aportante regular o irregular con derecho, como asimismo la incapacidad física o intelectual total del 66% o más.

Esta prestación es incompatible con otra proveniente por jubilación o pensión, salvo renuncia.

*8.8. Prestación por edad avanzada para trabajadores rurales*

Es el beneficio otorgado a aquellos que acrediten prestación de servicios en el ámbito rural, en relación de dependencia temporaria o permanente, con productores, contratistas o subcontratistas. Se habilita un preotorgamiento dentro de los ciento veinte días corridos, vigente desde el 1/3/2002, con una edad requerida de al menos 67 años. Asimismo, deben acreditarse diez años de servicios en la relación de dependencia de trabajo rural. La prestación consiste en el haber mínimo vigente para el afiliado al régimen de reparto.

## V. SITUACIONES ESPECIALES

### 1. Prestación anticipada

La ley 25.994 (BO del 7/1/2005), que comenzó a regir el día 16/1/2005, creaba dentro del régimen público o de reparto del SIJyP la figura de la jubilación anticipada (JA), tal como fuera denominada originariamente, y que el dec. 2017/2004 —de promulgación— (BO del 7/1/2005) transformó en prestación anticipada (PA), para evitar confusiones con el beneficio del mismo nombre del derogado régimen de capitalización (art. 110, ley 24.241).

Otorga una prestación excepcional, con haberes restringidos, a los afiliados al SIJyP que, encontrándose desempleados sin haber alcanzado la edad mínima requerida por la ley 24.241 para obtener las prestaciones por vejez, acrediten el tiempo de servicios exigido por dicha norma.

Es transitoria, ya que establece un plazo de dos años a contar desde su vigencia, durante el cual los interesados pueden acogerse a ella. Dicho plazo puede ser prorrogado por el Poder Ejecutivo por dos años más (prorrogado hasta el 30/11/2007 por dec. 1451/2006, BO del 23/10/2006).

Los requisitos para obtenerla son: 60 años en los hombres y 55 en las mujeres, acreditar la cantidad de servicios con aportes requeridos para acceder a la PBU (puede utilizarse la declaración jurada del art. 38, ley 24.241), situación de desempleo desde el 30/11/2004 (prorrogado por res. 1054/2006 de la Anses, BO del 5/1/2007) e inexistencia de otra fuente de recursos. Además, existen incompatibilidades con la prestación de servicios en relación de dependencia o autónomos, con la percepción de otro beneficio (cualquier tipo de prestación previsional, o pensión graciable o no contributiva, retiro civil o militar o que estén incluidos en planes sociales, sean nacionales, provinciales o municipales).

Los beneficiarios de la PA perciben el 50% del monto correspondiente a las prestaciones a las que tendrá derecho al cumplir la edad requerida por el SIPA. Dicho monto no puede ser

inferior al haber mínimo vigente de las prestaciones del régimen de reparto. A la fecha de cumplir la edad requerida por la ley 24.241, dicho monto automáticamente se eleva al 100%, percibiendo los beneficiarios la totalidad de las prestaciones correspondientes.

Otro beneficio establecido en el art. 6°, ley 25.994, es un sistema especial para personas que teniendo la edad para jubilarse no tengan los treinta años de aportes. Los trabajadores autónomos que hayan cumplido la edad requerida para acceder la PBU durante el año 2004 podrán acogerse al plan de facilidades de pago establecido para autónomos y monotributistas en la ley 25.865, quedando habilitados, al igual que aquellos que oportunamente se hubieran inscripto en ella, y cumplan dicha edad a partir del 1/1/2004, a solicitar las prestaciones previsionales que les puedan corresponder. Es decir que, inscribiéndose en la moratoria de autónomos y monotributista y pagando las cuotas (hasta sesenta) pueden acceder al beneficio.

La ley 25.994 fue modificada y complementada por las siguientes normas: dec. 2017/2004 (BO del 7/1/2005), res. SSS 12/2005 (BO del 24/1/2005), res. Anses 73/2005 (BO del 24/1/2005), res. gral. AFIP 1823/2005 (1/2/2005), res. Anses 122/2005 (BO del 11/2/2005), res. Anses 331/2005 (BO del 20/4/2005), res. Anses 253/2006 (BO del 30/3/2006), res. Anses 319/2006 (BO del 25/4/2006), res. conj. Anses 579/2006 y AFIP 2091/2006 (BO del 12/7/2006), res. Anses 625/2006 (BO del 7/8/2006), dec. 1451/2006 (23/10/2006); res. Anses 884/2006 (BO del 25/10/2006), res. 62/2006 de la Gerencia de Normatización de Prestaciones y Servicios-Anses (BO del 8/11/2006), res. 68/2006 del mismo organismo (BO del 15/12/2006), res. 13/2006 de la Subsecretaría de Políticas de la Seguridad Social (BO del 3/1/2007), res. Anses 1054/2006 (BO del 5/1/2007), dec. 1346/2007 (BO del 5/10/2007), res. conj. AFIP 2481/2008 y Anses 675/2008 (BO del 29/8/2008).

### *1.1. Prestación anticipada por desempleo (cumpliendo requisito de años de aportes y servicios y faltando el requisito de edad)*

La tramitación y el pago están a cargo de la Anses, independientemente del régimen al que esté afiliado el peticionante (reparto o capitalización).

A los fines de la determinación preliminar del derecho, debe cumplimentarse el formulario específico determinado en la norma precitada, el cual incluso puede ser remitido por correo electrónico a la Unidad de Atención Integral (UDAI) (delegación del domicilio). Ello implica un análisis de dicho derecho, sobre la base de los datos consignados, generando por parte de la UDAI respectiva la notificación al interesado dentro de los cuarenta y cinco días hábiles desde la recepción del formulario, del resultado pertinente.

La solicitud de la prestación podía formularse hasta el 15/1/2007.

La edad mínima requerida para acceder a la prestación es, en el caso del hombre, 60 años para trabajadores en relación de dependencia y autónomos, y en el caso de la mujer, 55 años en ambos, respectivamente.

Deben acreditarse treinta años de servicios con aportes computables en uno o más regímenes comprendidos en el sistema de reciprocidad jubilatoria al 30/11/2004.

Para reunir los treinta años de servicios puede hacer uso de la declaración jurada por tareas en relación de dependencia o autónomas con anterioridad al 1/1/1969, con el cómputo referido anteriormente.

*Situación de desempleo*: debe acreditar encontrarse en situación de desempleo al 30/11/2004, y que se trate de actividades en relación de dependencia o por cuenta propia (autónomos/monotributistas); en este último caso debe acreditarse la efectiva baja en la actividad mencionada a dicha fecha. La condición de desempleado debe mantenerse hasta el cumplimiento de la edad requerida para acceder a la PBU —PC y de corresponder PAP—.

*Percepción de la prestación por desempleo*: al momento de la solicitud de la PA no debe encontrarse percibiendo una prestación por desempleo.

*Actividades riesgosas o insalubres determinantes de vejez o agotamiento prematuro*: de haber desempeñado tareas en este carácter, se tiene en cuenta únicamente a los fines de la acreditación de los años requeridos para acceder a la PA la antigüedad exigida por la ley o decreto en el que están incluidos. La edad que debe acreditarse es indefectiblemente 55 años para las mujeres y 60 años para los hombres.

*Incompatibilidades*: la percepción de la PA es incompatible con la realización de actividades en relación de dependencia o por cuenta propia, y con la percepción de cualquier tipo de planes sociales, pensiones graciables o no contributivas, jubilación, pensión o retiro civil o militar, ya sean nacionales, provinciales o municipales.

*Haber de la prestación*: el monto del haber de la PA por desempleo es el equivalente al 50% del correspondiente al de la PBU, PC, PAP, al que tendrá derecho al cumplir la edad requerida de acuerdo con la ley 24.241, no pudiendo en ningún caso resultar inferior al haber mínimo del régimen previsional público o de reparto.

### *1.2. PA por desempleo por adhesión a moratoria AFIP (cumpliendo requisitos de edad pero faltando requisitos de años de aportes y servicios)*

Los solicitantes que reúnan 60 años en el caso de las mujeres y 65 años en el caso de los hombres y estén adheridos a la moratoria AFIP que venció el 19/1/2005, pueden tramitar la PA por desempleo, acreditando que se encuentran regularizando deudas por aportes.

Asimismo, si no se adhirieron a la moratoria y conocen fehacientemente la cantidad de años de aportes y servicios efectuados con documentación respaldatoria, pueden adherirse a la moratoria AFIP ley 25.865. En caso de no conocer fehacientemente la cantidad de años de aportes y servicios efectuados, deben munirse de los elementos necesarios y adherirse a la moratoria.

Si ya se encontraban adheridos a la moratoria, deben cumplir los años a partir del 1/1/2004 y durante la vigencia de la ley (hasta el 15/1/2007).

Si no se adhirieron a la moratoria, deben cumplir con la edad requerida antes del 31/12/2004.

### *1.3. Prestación por edad avanzada especial*

La Anses instrumentó a partir del 1/5/2005 para los varones o mujeres mayores de 70 años, que tengan como mínimo cinco años de aportes regulares en relación de dependencia o como autónomo, la posibilidad de acceder a la prestación por edad avanzada. Es requisito anotarse a la moratoria de autónomos en las condiciones previstas en la res. gral. 1823/2005 AFIP y declarar los años faltantes hasta completar diez años de aportes.

Se establece que la persona tiene que tener diez años de aportes, con cinco como mínimo dentro de los últimos ocho años anteriores al momento de dejar de trabajar. Se debe completar con la moratoria los diez años exigidos antes del 15/1/2007 y estar al día con el plan de pagos.

## 2. Regímenes especiales

A pesar de lo dispuesto en el art. 157, ley 24.241, continúan vigentes las disposiciones de la ley 24.175 y las normas contenidas en el dec. 1021/1974.

Los trabajadores comprendidos en los regímenes especiales —actividades que implican riesgos para el trabajador o agotamiento prematuro de su capacidad laboral o configuran situa-

ciones especiales que merecen un tratamiento legislativo particular— 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 diez años a los requeridos para acceder a la jubilación ordinaria por el régimen general. En estos casos, los empleadores tendrán que efectuar un depósito adicional en la cuenta de capitalización del afiliado que puede llegar hasta un 5% de la remuneración.

## VI. APLICACIÓN DE LAS LEYES 18.037 Y 18.038 (LEY 24.241)

Respecto de la vigencia de la ley con relación al tiempo, cabe consignar que para las leyes de la seguridad social, salvo que éstas establezcan su plazo de entrada en vigencia, rige para todos sus efectos el art. 3°, CCiv.

El art. 168, ley 24.241, establece lo siguiente: "Derógase las leyes 18.037 y 18.038, sus complementarias y modificatorias con excepción del art. 82 y los arts. 80 y 81 que se sustituyen por el siguiente texto:

"*Arts. 80 y 81, ley 18.037.* Las cajas reconocedoras de servicios deberán transferir a la caja del organismo otorgante de la prestación, los aportes previsionales, contribuciones patronales, y las sustitutivas de estas últimas si las hubiera. Deben considerarse incluidos en la transferencia que se establece por la presente, los cargos que adeude el beneficiario, correspondientes a los servicios reconocidos, a los efectos de su amortización ante la caja otorgante. La transferencia deberá efectuarse en moneda de curso legal en forma mensual y de acuerdo con el procedimiento que se determine en la reglamentación. Será organismo otorgante de la prestación cualquiera de los comprendidos en el sistema de reciprocidad, en cuyo régimen se acredite haber prestado mayor cantidad de años de servicios con aportes. En el caso de que existiese igual cantidad de años de servicios con aportes el afiliado podrá optar por el organismo otorgante. Queda derogada la ley 18.038, sus complementarias y modificatorias, todo con la salvedad de lo que disponen los arts. 129, 156 y 160, Ley del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones".

Por un lado, el art. 156, ley 24.241, dispone la aplicación supletoria de las disposiciones de la leyes 18.037 (t.o. 1976) y 18.038 (t.o. 1980) en todo aquello que no se opusieran ni fuesen incompatibles con el nuevo sistema, mientras que, por otro lado, el art. 168 deroga los regímenes anteriores, así como sus modificatorias y complementarias, con tres excepciones (en realidad es sólo una).

No debe confundirse la aplicación supletoria de normas derogadas que la ultraactividad de la ley que en el ordenamiento previsional estuvo expresamente dispuesta (art. 27, ley 18.037, y art. 15, ley 18.038) para resolver problemas de derecho intertemporal. Consiste en decidir las peticiones con arreglo a la normativa que estaba vigente al producirse el "hecho generador del derecho" o formularse la respectiva solicitud, según fuese el régimen aplicable, aunque hubiese sido derogada antes de la adopción del pertinente acto administrativo.

Asimismo, la exigencia de derogación expresa contenida en el inc. a), art. 191, choca con el sentido de la aplicación concreta que de lo preceptuado por el art. 168 hizo el Poder Ejecutivo mediante el dec. reg. 78/1994. En el consid. 8° de dicho decreto se indica que "cuando el art. 168 deroga todas las leyes modificatorias y complementarias de las leyes 18.037 y 18.038, tal derogación es expresa".

En lo atinente a la derogación de la ley 18.038, el legislador dispone dos veces su derogación. La norma derogatoria, al dejar a salvo lo que establece el art. 129, Ley del SIJyP, mantiene la vigencia de la ley 18.038 hasta el 14/7/1994, ya que al día siguiente comienza a regir el nuevo sistema (art. 1°, dec. 56/1994).

Con una metodología similar a la referida, el legislador, al hacer referencia al art. 156, dispone la aplicación supletoria de la misma ley que deroga. Esta crítica también debe formularse respecto de la ley 18.037.

Asimismo, con una redacción deficiente, ya que no se indica a cuál de las leyes derogadas corresponden los arts. 80 a 82, estas normas que pertenecen a la ley 18.037 quedan exceptuadas de la derogación dispuesta con referencia a los regímenes generales anteriores. Si bien esto es correcto respecto del art. 82, ley 18.037, es inexacto en relación con los arts. 80 y 81, ya que éstos fueron sustituidos por un nuevo texto donde quedan englobados, con algunas modificaciones, los aspectos sustanciales de ambos preceptos reemplazados.

El art. 156, ley 24.241 (aplicación supletoria), establece que "las disposiciones de las leyes 18.037 (t.o. 1976) y 18.038 (t.o. 1980) y sus complementarias, que no se opongan ni sean incompatibles con las de esta ley, continuarán aplicándose supletoriamente en los supuestos no previstos en la presente, de acuerdo con las normas que sobre el particular dictará la autoridad de aplicación".

El objetivo de esta norma es establecer que después de que entre en vigencia la ley 24.241 y la pierdan los regímenes anteriores, las disposiciones de estos cuerpos legales "derogados" podrán aplicarse supletoriamente con algunas condiciones: que no se opongan ni sean incompatibles con la Ley del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones y que se trate de supuestos no previstos en el nuevo sistema. Asimismo, el art. 191 prescribe que a los efectos de la interpretación de la presente ley, las normas que no fueran expresamente derogadas mantienen su plena vigencia, concordando con el art. 156 que dispone que las normas de las leyes 18.037 y 18.038, cuya derogación expresa ordena el art. 168, con excepción del art. 82, y sin perjuicio de la aplicación supletoria de las normas derogadas en cuanto no sean incompatibles con el nuevo sistema, continuarán aplicándose supletoriamente en los supuestos no previstos por la ley 24.241.

El art. 129 hace referencia a la vigencia de ley y establece que "las disposiciones del presente libro entrarán en rigor en la fecha que fije el Poder Ejecutivo, la que no podrá ser establecida en un plazo menor a nueve meses, ni mayor de dieciocho meses, contados a partir de la promulgación de esta ley. Hasta la fecha aludida en el párrafo anterior, continuarán aplicándose las disposiciones legales vigentes hasta ese momento, con las modificaciones introducidas por la presente ley".

## 1. Ley 24.241. Convenios internacionales

La Argentina ha concertado con distintos Estados convenios de reciprocidad previsional. Estos convenios cubren las distintas contingencias en la medida en que sean otorgadas en ambos países.

Por ejemplo, en Italia se otorga el beneficio de pensión por fallecimiento como sucede en la Argentina, y los derechohabientes tienen derecho al beneficio en ambos países, pero el convenio dispone que se complementan, en decir que si en la Argentina la viuda percibe un beneficio de $ 150 y en Italia el beneficio que le correspondería es de $ 350, el organismo italiano de previsión social sólo le otorgará $ 200.

En la actualidad, la Argentina ha suscripto convenios con Chile, Uruguay, Brasil, España, Italia, Portugal y Grecia.

No se debe confundir la percepción del beneficio con la del país otorgante. Al respecto existen tres posibilidades distintas:

1) Un jubilado argentino se radica en el exterior y la Anses le gira su haber previsional a su país de residencia.

2) Un jubilado extranjero residente en la Argentina percibe su beneficio cuando, conforme a la legislación del país otorgante, no es impedimento para la percepción el no residir en el país otorgante.

3) Un jubilado percibe un beneficio previsional conforme a la legislación del país donde reside y además percibe un complemento por tener derecho a un beneficio en otro país con el que existe convenio.

Estas prestaciones de convenios internacionales se otorgan directamente por la Anses para las personas que continúen en el sistema de reparto. Las que optaron por un sistema de capitalización deben realizar toda su tramitación en la AFJP.

Asimismo, existen beneficios otorgados por otros países que guardan similitud con las pensiones graciables de la Argentina, que se tramitan ante los distintos consulados, donde la verificación del estado de necesidad la realiza el país otorgante.

Distintos convenios de la OIT establecen estándares mínimos a los que deberían adecuarse los países signatarios. Entre ellos, el 102 del año 1955 y el 128 del año 1967, y la recomendación 131, referida a las prestaciones típicamente previsionales. Esta última incorpora el concepto de la llamada "invalidez de ganancias" que implica que la posibilidad de reinserción en el mercado laboral debe considerarse con relación a las habilidades del trabajador.

### 2. Derogación de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires fue establecida en la ley 1181, aprobada por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 13/11/2003.

La ley 2811 de la Ciudad de Buenos Aires (BO del 7/8/2008) derogó la ley 1181 y sus normas reglamentarias y/o complementarias, y dispuso la disolución y liquidación de la Caja de Seguridad Social de Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Cassaba).

La ley entró en vigencia el 1/8/2008, cesando la obligatoriedad de cumplir con los aportes, contribuciones y demás deberes de los abogados y procuradores y otros obligados para con Cassaba. A los afiliados que no efectuaron sus aportes y contribuciones no les son exigibles esas obligaciones, debiendo regularizar su situación ante el sistema previsional que corresponda.

## VII. BREVE REFERENCIA A LOS PROCEDIMIENTOS ANTE LOS ORGANISMOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

### 1. Procedimiento ante la Anses

La Anses es un órgano descentralizado dentro de la jurisdicción del Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos —Secretaría de Seguridad Social—.

Desde la sanción del dec. 2741/1991 es el órgano competente en el cual se deben sustanciar reclamos o beneficios comprendidos en el SUSS, relativos a aportes y contribuciones, deudas previsionales, régimen de asignaciones familiares, así como los derivados del régimen de desempleo.

En el caso de intimaciones por deudas al SUSS, el deudor las puede impugnar y debe fundar su oposición por escrito en el plazo de quince días hábiles siguientes a la intimación, presentándose en el lugar que indique la actuación administrativa que determinó la deuda. Debe presentar toda la documentación y pruebas que tenga en su poder.

## 2. Procedimiento ante la Cámara Federal de la Seguridad Social

La ley 23.473 (BO del 25/3/1987) creó la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social —compuesta de tres salas con tres jueces cada una— y determina su competencia. La ley 24.463 (art. 18) —BO del 30/3/1995— la transforma en Cámara Federal de la Seguridad Social y establece el procedimiento de impugnación judicial de los actos administrativos de la Anses. Por su parte, la ley 24.655 (BO del 15/7/1996) crea la justicia federal de primera instancia de la seguridad social (compuesta de diez juzgados).

La Cámara Federal de la Seguridad Social es competente para resolver (art. 26, ley 24.463):

— los recursos de apelación contra las sentencias dictadas por los juzgados federales de primera instancia de la seguridad social de la ciudad de Buenos Aires (modif. por el art. 4°, ley 24.655);

— los recursos contra resoluciones que dicte la DGI que denieguen total o parcialmente impugnaciones de deudas determinadas por el citado organismo en ejercicio de las funciones asignadas por el dec. 507/1993, siempre que en el plazo de su interposición se hubiere depositado el importe resultante de la resolución impugnada;

— los recursos contra resoluciones de los entes que administran los subsidios familiares;

— los recursos de apelación contra resoluciones de la Comisión Nacional de Previsión Social;

— los recursos de queja por apelación denegada y en los pedidos de pronto despacho, según el art. 28, ley 19.549 (de Procedimiento Administrativo).

La ley 24.463 reforma el procedimiento judicial de la seguridad social (ley 23.473) y establece en el art. 15 (que luego reproduce el art. 3°, ley 24.655) el procedimiento de impugnación judicial de los actos administrativos de la Anses.

Los actos administrativos de la Anses se impugnan ante los juzgados federales de primera instancia de la seguridad social de la ciudad de Buenos Aires, y ante los juzgados federales con asiento en las provincias, dentro del plazo de caducidad previsto en el art. 25, inc. a), ley 19.549. Se efectúa mediante un proceso sumario previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

La Anses actúa como parte demandada, y no es necesario interponer recurso en sede administrativa para habilitar la vía judicial.

En cuanto a los medios de prueba, se admite la prueba documental, testimonial, de informes y las que el tribunal estime para mejor proveer, salvo que la Anses articule la defensa de limitación de recursos en el régimen de reparto, en cuyo caso también resulta admisible la prueba pericial correspondiente, que será realizada por integrantes del cuerpo de peritos o funcionarios de la Auditoría General de la Nación (art. 17).

La Anses debe cumplir las sentencias condenatorias dentro del plazo de noventa días de notificadas, hasta agotar los recursos del año fiscal destinados a ello. En el caso de que se agoten, se suspende el cumplimiento de las sentencias pendientes y se reanuda el cómputo de los plazos para su cumplimiento a partir del comienzo del año fiscal, en el cual se destinarán nuevos recursos hasta su agotamiento.

La Anses tiene que respetar el orden cronológico de las sentencias definitivas, salvo las que hayan quedado pendientes, en cuyo caso deberá otorgarles prioridad a los beneficiarios de más edad; se aplican las leyes 23.982 y 24.130 (art. 22).

La ley dispone que los bienes y cuentas de la Anses no pueden ser embargados, ni tampoco los jueces pueden fijar un plazo distinto para el cumplimiento de las sentencias ni aplicar san-

ciones pecuniarias, compulsivas o conminatorias a los organismos respectivos ni a los funcionarios competentes, salvo en los casos de amparo por mora (art. 23).

La ley 26.025 (BO del 22/4/2005) derogó el artículo de la Ley de Solidaridad Previsional que estipulaba que las sentencias definitivas de la Cámara Federal de la Seguridad Social eran recurribles ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante recurso ordinario, sin importar el monto del juicio.

La ley 24.655 determina la competencia de los juzgados federales de primera instancia de la seguridad social; el art. 2° dispone que son competentes:

— en las causas enunciadas en el art. 15, ley 24.463;

— en las demandas que versen sobre la aplicación de los regímenes de retiros, jubilaciones y pensiones establecidos por la ley 24.241;

— en las demandas referidas a la aplicación de regímenes de retiros, jubilaciones y pensiones de las fuerzas armadas y de seguridad;

— en el amparo por mora que prevé el art. 28, ley 19.549, modificada por la ley 21.686 en materia de seguridad social;

— en las ejecuciones de créditos de la seguridad social perseguidas por la DGI en ejercicio de las funciones que le asigna el dec. 507/1993;

— en las causas asignadas a la justicia nacional de primera instancia del trabajo por el art. 24, ley 23.660.

La misma ley crea el Ministerio Público de Primera Instancia, que actúa ante los juzgados federales de primera instancia de la seguridad social de la ciudad de Buenos Aires, con las siguientes atribuciones (art. 6°):

— velar por la observancia de leyes, decretos y disposiciones que aplique la justicia federal de la seguridad social, solicitando el remedio de abusos y defendiendo imparcialmente el orden jurídico y el interés social;

— intervenir en los asuntos que interesen a los menores de edad, incapaces o ausentes, o en los cuales estén afectados sus derechos, y entablar acciones o recursos en su defensa, junto a sus representantes;

— ser parte necesaria en las causas de la seguridad social y cuestiones de competencia;

— velar por la uniformidad de la jurisprudencia;

— evacuar las vistas conferidas por los jueces o la Cámara;

— pedir las medidas tendientes a prevenir o remediar colusiones de las partes;

— promover por sí o por intermedio de la autoridad que corresponda, la aplicación y ejecución de las sanciones por inobservancia de las leyes de fondo y procesales;

— intervenir en todos los demás casos previstos por las leyes.

CAPÍTULO XXIX

# SEGURO DE DESEMPLEO

## I. EL DESEMPLEO EN LA ARGENTINA

En la Argentina, a principios de 2011 más de tres millones de personas tienen problemas de trabajo (entre desocupados y subocupados).

Desde 1991 a 2002 se triplicó la proporción de hogares con jefes desocupados, generando en la clase media una capa de nuevos pobres. El alto desempleo fue persistente: en los últimos años el número de desocupados no había descendido de 1.500.000. También es preocupante no sólo su magnitud, sino su dureza social.

A partir de 1993, cuando la desocupación superó el millón de personas, el desempleo inició una carrera ascendente que alcanzó un primer pico con la crisis del Tequila, en el que llegó a las dos millones de personas, luego tuvo un pequeño descenso y volvió a subir durante el período 2000/2001, hasta llegar a la más alta en mayo de 2002 y descender en los años siguientes hasta la actualidad.

Para graficar lo expuesto, cabe observar los datos oficiales brindados por Indec —Encuesta Permanente de Hogares (EPH)— sobre la desocupación y la subocupación en la Argentina en los últimos años.

El nuevo sistema de medición del Indec, a diferencia del anterior que tomaba datos de veintiocho ciudades, se basa en cifras de ocho aglomerados que tienen más de quinientos mil habitantes; las cifras de las restantes veinte zonas están consolidadas por regiones.

En el primer trimestre de 2009, el porcentaje de desocupación fue del 8,4%, de 8,8% en el segundo trimestre, 9,1% en el tercero y 8,4% en el cuarto trimestre de dicho año. En el primer trimestre del año 2010 se ubican en el 8,3% y en el tercer trimestre en el 7,5% y en el cuarto trimestre de 2010 fue del 7,4% (1.150.000 personas).

Como quedara dicho, en la Argentina, en los primeros meses de 2011, alrededor de tres millones de personas tienen problemas de empleo (están desocupados o subocupados) y más de cuatro no están registrados ("en negro").

En América latina en 2009 había ocho millones de desocupados; el desempleo ascendió al 8,4% en promedio (panorama laboral 2009 de la OIT).

## II. EMERGENCIA OCUPACIONAL NACIONAL

### 1. Programas Jefes de Hogar. Decs. 165/2002 y 565/2002. Res. 312/2002

A comienzos de 2002, el PEN declaró tres emergencias: la ocupacional, la alimentaria y la sanitaria. Para paliarlas se instituyeron tres planes de asistencia: subsidio de desempleo a jefas y jefes de hogar, plan alimentario y distribución de medicamentos básicos.

El dec. 165/2002 (BO del 23/1/2002) declaró la emergencia ocupacional nacional hasta el 31/12/2002 y creó el Programa Jefes de Hogar.

Tenía como objetivo esencial propender a la protección integral de la familia y asegurar la concurrencia escolar de los hijos que se encuentren en las condiciones previstas y propiciar, en su caso, la incorporación de los jefes o jefas de hogar desocupados a la educación formal o su participación en cursos de capacitación que coadyuven a su futura reinserción laboral.

El Programa Jefes de Hogar estaba destinado a jefes o jefas de hogar, con hijos de hasta 18 años o discapacitados de cualquier edad, o a hogares donde la jefa de hogar o la cónyuge, concubina o cohabitante del jefe de hogar se hallare en estado de gravidez, todos ellos desocupados y que residan en forma permanente en el país. Este programa puede hacerse extensivo a desocupados jóvenes y a mayores de 60 años que no hubieran accedido a una prestación previsional (conf. art. 2°).

Cada beneficiario percibe durante el plazo de tres meses una suma determinada.

El 3/4/2002 se dictó el dec. 565/2002 (BO del 4/4/2002) que creó el Programa Jefes de Hogar para ser aplicado mientras dure la emergencia ocupacional nacional, que por este decreto se ratifica hasta el 31/12/2002.

El dec. 39/2003 (BO del 8/1/2003) prorrogó, a partir de la fecha de su vencimiento (31/12/2002) y hasta el 31/12/2003, la emergencia ocupacional nacional declarada por el dec. 165/2002 y ratificada por el dec. 565/2002. El decreto comenzó a regir a partir del 5/4/2002, es decir, al día siguiente de su publicación, de conformidad con lo dispuesto por su art. 20.

El art. 1°, ley 25.820, ratifica la subsistencia genérica de la situación que motivó la promulgación de la ley 25.561 y prorroga la vigencia de la declaración de la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria hasta el 31/12/2004. El dec. 1353/2003 prorroga hasta el 31/12/2004 la emergencia ocupacional nacional.

La ley 25.972 (BO del 17/12/2004) —que entró en vigencia el 18/12/2004 ("a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial", conf. art. 5°)— prorrogó hasta el 31/12/2005 los plazos de la emergencia pública establecida por la ley 25.561 y sus modificatorias, las disposiciones de la ley 25.790, el estado de emergencia sanitaria nacional dispuesto por el dec. 486/2002 y la suspensión de despidos sin causa justificada establecida por el art. 16, ley 25.561 y sus modificatorias, hasta que la tasa de desocupación elaborada por el Indec resulte inferior al 10%.

La ley 26.077 prorrogó hasta el 31/12/2006 la vigencia del Programa Jefes de Hogar en los términos del dec. 565/2002, sus modificatorias y sus normas reglamentarias.

La ley 26.204 (BO del 20/12/2006) prorrogó a partir del 1/1/2007 hasta el 31/12/2007: a) la vigencia de la ley 25.561, sus prórrogas y sus modificatorias, la ley 25.790 y su modificatoria; b) el estado de emergencia sanitaria nacional dispuesto por el dec. 486, en los términos de la ley 26.077, la emergencia ocupacional nacional declarada por el dec. 165/2002, ratificada por el dec. 565/2002 y oportunamente prorrogada por los decs. 39/2003, 1353/2003 y 1506/2004, en los términos de la ley 26.077; c) la vigencia del Programa Jefes de Hogar, según los términos del dec. 565/2002, sus modificatorios y complementarios y las tareas de clasificación y traspaso de los beneficiarios del Programa Jefes de Hogar que en forma conjunta realizan los Ministerios de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y de Desarrollo Social, de acuerdo con los lineamientos y condiciones establecidos en el dec. 1506/2004, en los términos de la ley 26.077; d) la emergencia alimentaria nacional declarada por el dec. 108/2002, en los términos de la ley 26.077.

El art. 1° del decreto prevé que todos los jefes/as de hogar desocupados gozan del derecho familiar de inclusión social, y el art. 3° establece que el programa tiene por objeto brindar ayuda económica a sus titulares a fin de garantizar ese derecho, asegurando:

a) la concurrencia escolar de los hijos, así como el control de salud de éstos, que se encuentren en las condiciones previstas en el art. 2°;

b) la incorporación de los beneficiarios a la educación formal;

c) su participación en cursos de capacitación que coadyuven a su futura reinserción laboral;

d) su incorporación en proyectos productivos o en servicios comunitarios de impacto ponderable en materia ocupacional. Esta ayuda económica consistía en el pago mensual de $ 150 a cada titular.

A inicios de 2005 eran beneficiarias del Plan Jefas y Jefes de Hogar alrededor de 1.550.000 personas; en el primer semestre de 2006 era de alrededor de 1.300.000 personas. A comienzos de 2011 es aún menor.

## 2. Seguro de capacitación y empleo

Mediante el dec. 336/2006 (BO del 31/3/2006) se crea el seguro de capacitación y empleo, de base no contributiva, con el objeto de brindar apoyo a los trabajadores desocupados en la búsqueda activa de empleo, en la actualización de sus competencias laborales y en su inserción en empleos de calidad.

En una primera etapa, dicho seguro estará orientado a los/as beneficiarios/as del Programa Jefes y Jefas de Hogar que opten por incorporarse a éste. La cobertura de este seguro podrá extenderse a los beneficiarios/as de otros programas de empleo y sociales y a otras personas desocupadas conforme a los criterios y procedimientos que fije la autoridad de aplicación.

El seguro articula las prestaciones dinerarias y el reconocimiento a los fines previsionales del tiempo de permanencia en él, con acciones de formación profesional, entrenamiento laboral, orientación y apoyo a la búsqueda de empleo e inserción laboral.

Las prestaciones del seguro de capacitación y empleo serán: 1) Dinerarias de carácter no remunerativo: las personas beneficiarias percibirán una prestación dineraria mensual no remunerativa por un período máximo de veinticuatro meses. Durante los primeros dieciocho meses el monto de la prestación ascenderá a la suma de $ 225 mensuales y luego se reducirá a $ 200 mensuales hasta completar el período máximo. 2) De apoyo a la inserción laboral a través de las oficinas de empleo municipales y de la Red de Servicios de Empleo que se está desarrollando en todo el país, mediante: a) servicios de orientación y asistencia en la búsqueda de empleo; b) servicios de intermediación laboral para la incorporación al empleo en el sector público y privado; c) servicios de formación básica y profesional; d) participación en actividades de entrenamiento para el trabajo; e) asistencia técnica para la formulación de proyectos de autoempleo.

Los períodos mensuales en los que se perciba la prestación dineraria no remunerativa serán computados, a efectos de la acreditación del derecho a las prestaciones de la ley 24.241 y sus modificatorias, como tiempo efectivo de servicios.

El seguro de capacitación y empleo es incompatible con la percepción, al mismo tiempo, de la ayuda económica prevista en el Programa Jefes de Hogar, en otros programas nacionales, provinciales o municipales sociales, de empleo o de capacitación laboral, de prestaciones por desempleo previstas en la ley 24.013 y sus modificatorias, de prestaciones previsionales de cualquier naturaleza o de pensiones no contributivas, salvo las otorgadas en razón de ser veteranos de la Guerra del Atlántico Sur.

Diversas normas modifican y/o complementan el dec. 336/2006:

— Res. 502/2006 del Ministerio de Trabajo (BO del 1/6/2006), relativa a los requisitos de inclusión en el seguro.

— Res. 696/2006 del Ministerio de Trabajo (BO del 20/7/2006), sobre actividades de entrenamiento para el trabajo.

— Res. 677/2006 de la Secretaría de Empleo (BO del 14/9/2006).

— Res. 681/2006 de la Secretaría de Empleo (BO del 14/9/2006), relativa al Programa de Inserción Laboral y Promoción del Autoempleo.

— Res. 680/2006 de la Secretaría de Empleo (BO del 14/9/2006), sobre promoción del empleo asalariado.

— Res. 876/2006 del Ministerio de Trabajo (BO del 15/9/2006), que reglamenta el Programa de Promoción del Empleo para Trabajadores del Servicio Doméstico.

— Dec. 2301/2008 (BO del 31/8/2008), sobre subsidios a programas sociales en el marco de la emergencia ocupacional.

— Res. 238/2009 del Ministerio de Trabajo (BO del 31/3/2009): establece incentivos para el seguro.

— Res. 240/2009 del Ministerio de Trabajo (BO del 31/3/2009): extiende la posibilidad de optar en relación con la cobertura prevista en el dec. 336/2006.

— Res. 241/2009 de la Secretaría de Empleo (BO del 8/4/2009), sobre prestaciones a trabajadores desocupados.

— Res. 245/2009 de la Secretaría de Empleo (BO del 8/4/2009), que modifica la res. 677/2006.

— Res. 374/2009 y 603/2009 del Ministerio de Trabajo (BO del 12/5/2009 y 28/7/2009): establece la extensión de la vigencia de las prestaciones del seguro.

— Res. 606/2009 del Ministerio de Trabajo (BO del 28/7/2009): complementa las anteriores en lo que hace a la solicitud de inclusión.

La res. 240/2009 (BO del 31/3/2009) extiende la posibilidad de optar por la cobertura prevista por el seguro de capacitación y empleo instituido por el dec. 336/2006 a aquellos/as trabajadores/as beneficiarios/as del Programa de Empleo Comunitario que participen en el sector público en acciones de entrenamiento para el trabajo o en el Programa de Inserción Laboral.

Mediante la res. 443/2010 (BO del 23/4/2010) se establece que las y los beneficiarios cuyas prestaciones por desempleo previstas en la ley 24.013, tít. IV, finalicen durante el período 1/6/2009 al 30/6/2010, y no hayan sido desvinculados por otros motivos, podrán solicitar su inclusión en el seguro de capacitación y empleo por un plazo de seis meses o hasta tanto consigan nuevo empleo autónomo o en relación de dependencia, lo que ocurra antes, y en tanto reúnan las condiciones de accesibilidad y permanencia previstas y exigidas en el dec. 336/2006 y sus normas complementarias.

### 3. Programa de Inserción Laboral. Res. 45/2006 MTEySS (BO del 19/1/2006)

El 19/1/2006 fue publicada en el Boletín Oficial la res. 45/2006 MTEySS, por la cual se creó el Programa de Inserción Laboral, cuyo objetivo es la inserción laboral, en empleos adecuados en el sector público o privado, de los trabajadores desocupados.

Según los considerandos de la norma, una oferta de empleo es adecuada cuando reúne, en forma necesaria y suficiente, las siguientes tres condiciones: a) el perfil del empleo ofrecido concuerda con las competencias y calificaciones del beneficiario; b) la remuneración ofertada no es inferior al 60% de la mejor remuneración percibida en su última ocupación; y c) el tiempo de trayecto de ida y vuelta entre el domicilio del demandante y el lugar de trabajo no debe insumir más de un cuarto de su jornada de trabajo.

El programa se crea en el marco del Plan Integral para la Promoción del Empleo y, en especial, de la ley 24.013, cuyo art. 3° indicó como comprensivas de la política de empleo, entre otras, las acciones de servicios de empleo, de promoción y defensa del empleo, de protección a trabajadores desempleados, de formación y orientación profesional para su empleo (ver considerandos). Cabe señalar que el Ministerio de Trabajo es la autoridad de aplicación de dicha ley y tiene la responsabilidad de establecer programas destinados a fomentar el empleo de los trabajadores que presenten mayores dificultades de inserción laboral.

### 4. Programa Jóvenes con Más y Mejor Trabajo (res. 497/2008, BO del 15/5/2008)

Destinado a los jóvenes de entre 18 a 24 años con estudios formales incompletos, para la inserción laboral, con residencia permanente en el país, que no hayan completado el nivel primario y/o secundario de educación formal obligatoria, en situación de desempleo.

Requiere suscribir un convenio de adhesión en las oficinas de empleo municipales, presentación de un proyecto formativo y ocupacional, prestación obligatoria y simultánea en cuanto a la educación de los estudios no completados, generación de emprendimientos independientes. Se percibe $ 150 por un máximo que dura conforme el período de educación incompleto, que puede además convalidarse con un emprendimiento o ayuda económica. La ayuda económica para emprendimiento es hasta $ 4000 para cada joven que integre un proyecto con un límite máximo de $ 20.000 por proyecto (emprendimientos independientes).

Mediante la res. 1554/2009 (BO del 11/1/2010) se habilita a los organismos del sector público nacional, provincial y municipal a presentar propuestas de prácticas calificantes (o entrenamiento para el trabajo) y/o de inserción laboral para las y los participantes del Programa Jóvenes con Más y Mejor Trabajo. Las propuestas de inserción laboral y/o de prácticas calificantes (o entrenamiento para el trabajo) evaluadas satisfactoriamente se implementarán mediante convenio entre el organismo público interesado y la Secretaría de Empleo, en el que se fijarán los compromisos y las obligaciones que asumirán las partes y el procedimiento a seguir para la incorporación de las y los jóvenes a las citadas prestaciones.

### 5. Programa Bonus y Segunda Oportunidad (dec. 1622/2008, BO del 3/9/2008)

Es para jóvenes entre 18 y 25 años, con o sin experiencia laboral y desocupados, excluyéndose aquellos que estuvieren percibiendo alguna prestación previsional, seguro de desempleo o seguro de capacitación o empleo; como asimismo aquellos extranjeros con radicación precaria, salvo que acrediten estar tramitando la radicación definitiva; jefes y jefas de hogar con responsabilidades familiares; jóvenes discapacitados; personas de edad; desempleados por largos períodos; trabajadores migrantes estacionales mayores de 26 años. El objetivo de este programa es la capacitación en empresas privadas y para emprendimientos productivos. Se establece una jornada de cuatro horas diarias o veinte horas semanales en cuyo caso la persona tendrá derecho a una percepción de $ 200 en concepto de beca, habilitándose a las empresas a abonar adicionales, como complemento de dicho beneficio. Las empresas privadas que quieran adherirse a este programa deben estar inscriptas en la AFIP y no haber dispuesto despidos de trabajadores que superen el 15% de su planta en los últimos seis meses. El período de práctica tiene un plazo de seis meses, con la posibilidad de extenderlo por seis meses más. El becario puede ser incorporado por la empresa, en cuyo caso se celebrará un contrato por tiempo indeterminado.

## III. SEGURO DE DESEMPLEO

### 1. Concepto y alcance

La *ley 24.013*, en sus arts. 111 a 152, *prevé la protección de los trabajadores que estén sin empleo por medio de un sistema integral de prestaciones por desempleo y un servicio de formación, empleo y estadísticas*; a fin de financiar dichos institutos crea el Fondo Nacional de Empleo, que es una cuenta que se nutre de una contribución patronal sobre la masa salarial.

Su objeto es cubrir y amparar la contingencia social del desempleo por medio de un impuesto a cargo de todo empleador —la industria de la construcción tiene un régimen especial (ley 23.571)— y a brindar un subsidio transitorio a quienes han perdido su ocupación por causas que no les son imputables; asimismo, los trabajadores rurales en el marco de la ley 25.191.

Por lo tanto, no perciben el seguro de desempleo los trabajadores despedidos con causa y aquellos que renuncian o extinguen el contrato de trabajo por mutuo acuerdo.

El seguro de desempleo es cobrado por los trabajadores en relación de dependencia despedidos sin justa causa, por disminución de trabajo o por quiebra del empleador, que soliciten el pago del subsidio ante la Anses, dentro de los noventa días de configurada la situación de desempleo, sino la extemporaneidad en el trámite tiene como implicancias, no la caducidad del beneficio, sino que serán detraídas las cuotas proporcionalmente a la demora en el inicio de dicho trámite.

Desde junio de 1998 los desembolsos por seguros de desempleo están en aumento, suba que coincide con la recesión y el incremento de los despidos.

Según la Anses, en el año 2000 en promedio se pagaron 124.000 beneficios por mes, lo que prácticamente igualó la cifra récord que se registró en 1996, después del fuerte aumento de la desocupación luego de la "crisis del Tequila"; en 2001 la cifra ascendió a 144.000 personas. El récord fue en el año 2002, en el que fueron beneficiarias 208.000 personas. En el 2003, el seguro de desempleo alcanzó 150.000, en 2004 a 85.000 en 2005 a 60.000 personas, y en 2010 a alrededor de 100.000 personas.

En realidad debería aumentarse el monto y extenderse el seguro de desempleo más que los planes sociales.

*En cuanto al monto*, el seguro oscila entre $ 250 y $ 400 por mes, según el salario que haya percibido el trabajador en actividad.

Respecto de la extensión, se establece una cotización mínima para acceder al beneficio de seis meses durante los tres años anteriores al cese del contrato que dio lugar a la situación legal del desempleo. El tiempo total de prestación estará en relación con el período de cotización de acuerdo con una escala que establece el dec. 267/2006, modificatorio de los arts. 117 y 118, ley 24.013.

*Las personas comprendidas* por esta protección *son todos los trabajadores cuyo contrato se rija por la LCT*. Por lo tanto, *están excluidos*:

— los trabajadores comprendidos en el régimen nacional de trabajo agrario;

— los trabajadores del servicio doméstico;

— los que dejaron de prestar servicios en la Administración Pública nacional, provincial o municipal afectados por medidas de racionalización administrativa (art. 112).

### 2. Requisitos para acceder al beneficio

El art. 113 establece los *requisitos para tener derecho a las prestaciones por desempleo*:

— estar en situación legal de desempleo y estar dispuesto a ocupar un puesto adecuado;

— estar inscripto en el Sistema Único de Registro Laboral o en el Instituto Nacional de Previsión Social;

— haber cotizado al Fondo Nacional de Empleo durante un período mínimo de seis meses durante los tres años anteriores al cese del contrato de trabajo que dio lugar a la situación legal de desempleo. Cuando el trabajador cuente con 45 o más años, el tiempo total del seguro por desempleo se extenderá por seis meses adicionales por un valor equivalente al 70% de la prestación original;

— si el trabajador fue contratado por una empresa de servicios eventuales habilitada, haber aportado durante un período mínimo de noventa días durante los doce meses anteriores al cese de la relación y posterior estado de desempleo; en caso de haber cotizado menos de doce meses le corresponde un día por cada tres de servicio prestado con cotización, computándose exclusivamente las contrataciones superiores a treinta días;

— no percibir beneficios previsionales o prestaciones no contributivas;

— haber solicitado el beneficio de la prestación en tiempo y forma.

*Los trabajadores comprendidos en la situación de desempleo son los incluidos en las causales de extinción que enumera el art. 114.*

Como principio general, se puede establecer que *la relación laboral no se debe haber extinguido por responsabilidad del trabajador ni por su voluntad o decisión unilateral.*

El mencionado artículo enumera las siguientes *causales*:

— despido sin justa causa;

— despido por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo no imputable al empleador;

— despido indirecto del trabajador;

— extinción colectiva de los contratos de trabajo por motivos económicos o tecnológicos;

— extinción del contrato por quiebra o concurso del empleador;

— vencimiento del plazo convenido, de la realización de la obra, tarea asignada o del servicio objeto del contrato;

— muerte, jubilación o invalidez del empleador cuando estas causas conlleven la extinción del contrato;

— interrupción o no reinicio del contrato de temporada.

En caso de duda respecto de la existencia de relación laboral o de la causal de despido, se requerirá sumariamente la actuación administrativa del Ministerio de Trabajo, la cual no se podrá invocar en un futuro juicio laboral.

### 3. Tramitación

El plazo para presentar la solicitud del beneficio es de noventa días a partir del cese de la relación laboral. De ser presentada fuera de plazo, los días excedentes se descuentan del total del período de prestación que correspondiere (art. 115).

A partir de los sesenta días de presentada la solicitud —plazo que podrá reducir el Consejo del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo Vital y Móvil— comienza la percepción de las prestaciones. Si algún trabajador hubiese recibido gratificación por cese de la relación laboral dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, el Consejo puede establecer un período de espera diferenciado de hasta ciento veinte días corridos (art. 116).

## 4. Tiempo y monto de la prestación

El tiempo y la cuantía de las prestaciones están fijados en los arts. 117 y 118. *El tiempo total de la prestación está vinculado al período de cotización de los tres años anteriores al cese del contrato de trabajo que originó la situación de desempleo.*

El trabajador cobra entre $ 250 y $ 400 durante un plazo que depende de la antigüedad en el empleo.

Durante los primeros cuatro meses el monto equivale a la mitad de la mejor remuneración de los últimos seis meses más las asignaciones familiares. Si el 50% del monto del salario es mayor a $ 400 (por ejemplo, un trabajador que cobraba $ 1500), de todos modos el seguro es de $ 400; si es inferior a $ 250 (por ejemplo, un trabajador que cobraba $ 450), igual cobra seguro de desempleo por ese monto ($ 250).

Entre el quinto y octavo mes se reduce al 85% del monto del seguro de desempleo (por ejemplo, si el seguro era de $ 400 cobra $ 340) y en los últimos cuatro meses se reduce al 70% (por ejemplo, si el seguro era de $ 400 cobra $ 280).

| **Período de cotización que se requiere** | **Duración de las prestaciones** |
|---|---|
| De seis a once meses | dos meses |
| De doce a veintitrés meses | cuatro meses |
| De veinticuatro a treinta y cinco meses | ocho meses |
| treinta y seis meses o más | doce meses |

El art. 119 enumera las *prestaciones que forman parte de la protección por desempleo*:

— la prestación económica por desempleo;

— el pago de las asignaciones familiares;

— el cómputo del período de las prestaciones a los efectos previsionales; no se toman en cuenta los aportes, ya que como no se pagan no se pueden capitalizar (si el afiliado está en el sistema de capitalización) ni recaudar (en caso de estar en el sistema de reparto);

— cobertura médico-asistencial de las leyes 23.660 (tres meses a cargo de las obras sociales) y 23.661 (el restante tiempo a cargo del Sistema Nacional del Seguro de Salud).

El dec. 51/1999 (BO del 29/1/1999) establece que "para el cálculo de la cuantía de la prestación por desempleo, en los casos en que el trabajador, por razones ajenas a su voluntad, debidamente comprobadas, no haya percibido remuneración normal y habitual durante los últimos seis meses anteriores al cese de la relación laboral, deberá considerarse como período de referencia a los treinta y seis meses anteriores a dicho cese".

A los fines de lo dispuesto en el párrafo precedente, dicho período de referencia se considerará en escala retroactiva en lapsos de seis meses cada uno (art. 1°). Por su parte, la res. 177/1999 de la Anses (BO del 16/3/1999) dispone que la acreditación de la falta de remuneración normal y habitual a la cual se refiere el dec. 51/1999 se efectuará mediante el cumplimiento de distintos requisitos probatorios, y sin perjuicio de otros medios fehacientes.

Los *requisitos* son los siguientes:

*a)* los trabajadores de temporada prueban el período de receso mediante certificación extendida por el empleador;

*b)* los trabajadores con reserva de puesto por causa de enfermedad o accidente, los suspendidos por razones de situación económica de la empresa o por fuerza mayor y quienes gocen de licencia por ejercicio de cargos electivos prueban la falta de percepción de la remuneración mediante la presentación fehaciente del empleador;

*c)* las trabajadoras con licencia por maternidad deben presentar los recibos extendidos por su empleador donde conste el pago de la asignación por maternidad;

*d)* en los casos de reducción de la remuneración por causas económico-financieras de la empresa o de fuerza mayor, el trabajador debe presentar la notificación fehaciente de tal reducción, efectuada por documentos individuales o colectivos homologados por autoridad competente (art. 1°).

En los casos en los cuales el trabajador, en los últimos doce meses anteriores al cese laboral, no hubiese recibido remuneración alguna por causas ajenas a su voluntad, para el cálculo de la cantidad de cuotas a otorgar serán tomados en cuenta los treinta y seis meses anteriores al primer mes sin remuneración (art. 2°).

## 5. Obligaciones de las partes

Ambas partes —empleadores y beneficiarios— deben cumplir determinadas obligaciones ante el Sistema Integrado de Prestaciones por Desempleo (arts. 120 y 121).

*Los empleadores tienen la obligación de*:

— efectuar las inscripciones que el sistema prevé;

— ingresar las contribuciones al Fondo Nacional de Empleo;

— brindar la documentación que la autoridad de aplicación requiera;

— comprobar, en caso de que el trabajador fuese beneficiario de prestaciones por desempleo, que cursó la baja del beneficio.

*Los beneficiarios tienen la obligación de*:

— comunicar a la autoridad de aplicación los cambios de domicilio o residencia y proporcionar la documentación que ésta requiera;

— aceptar el empleo adecuado que el Ministerio de Trabajo ofrezca;

— aceptar los controles que ordene la autoridad de aplicación;

— efectuar la baja del beneficio en caso de un nuevo empleo;

— reintegrar los montos percibidos en forma indebida;

— declarar las gratificaciones percibidas por cese laboral en los últimos seis meses.

## 6. Suspensión de la prestación

El art. 122 dispone que *la percepción de las prestaciones se suspende cuando el beneficiario*:

— no concurra a la citación de la autoridad de aplicación;

— no acepte el empleo ofrecido;

— no efectúe los controles de la autoridad de aplicación;

— no asista a los cursos de capacitación y entrenamiento;

— no proporcione la documentación requerida;

— estuviese cumpliendo con el servicio militar, excepto si tiene cargas de familia;

— tuviese condena penal con privación de la libertad;

— celebre contrato con duración determinada por un plazo menor de doce meses.

## 7. Extinción del beneficio

El art. 123 establece que *el derecho a la percepción de las prestaciones se extingue cuando el beneficiario*:

— agote el plazo de las prestaciones que correspondiera;

— obtenga beneficios previsionales o prestaciones no contributivas;

— celebre contrato de trabajo por un plazo mayor de doce meses;

— obtenga los beneficios por medio del fraude, la simulación o la reticencia;
— hubiese recibido la prestación existiendo una causal de suspensión;
— hubiese ocultado la percepción de gratificaciones;
— se hubiese negado reiteradamente a aceptar los empleos ofrecidos.

### 8. Financiamiento

El financiamiento del sistema de seguro de desempleo *se logra por medio del Fondo Nacional de Empleo*, especialmente creado por la ley 24.013 (arts. 143 a 150) con *recursos provenientes de aportes y contribuciones*.

El art. 145 dispone que los empleadores deben aportar el 1,5% del total de las remuneraciones, y las empresas de servicios eventuales contribuyen con el 3% sobre el total de las remuneraciones que tengan a cargo.

El Fondo Nacional de Empleo —además de financiar las prestaciones por desempleo— financia programas y proyectos tendientes a la generación de empleo por medio de aportes que efectúa el Estado mediante las partidas que asigna anualmente la Ley de Presupuesto, los recursos aportados por las provincias, las donaciones, los legados, los subsidios y las subvenciones, las rentas provenientes de la inversión de las sumas ingresadas al Fondo por cualquier concepto, las multas que se originan en la infracción de la ley, los saldos no utilizados de ejercicios anteriores y los recursos provenientes de la cooperación internacional en la medida en que fueren destinados a programas, acciones y actividades generadoras de empleos y formación profesional.

## IV. PRESTACIONES POR DESEMPLEO PARA TRABAJADORES DEL RÉGIMEN DE LA CONSTRUCCIÓN. LEY 25.371

La ley 25.371 (BO del 2/1/2001) creó, en todo el ámbito del territorio nacional, un sistema integrado de prestaciones por desempleo para los trabajadores comprendidos en el Régimen Nacional de la Industria de la Construcción estatuido por la ley 22.250.

Un dato curioso es que lo hace conforme a lo previsto por el art. 112 *in fine*, ley 24.013, que expresamente previó que el Congreso de la Nación remitiría un proyecto de ley para los trabajadores comprendidos en la industria de la construcción, pero dentro del plazo de noventa días de promulgada la ley 24.013. Es decir que teniendo en cuenta que dicha ley se promulgó el 5/12/1991 y la sanción de la ley 25.371 no se produjo hasta el 29/11/2000, ocurrió recién nueve años después.

*Las prestaciones establecidas por este sistema son tres*:

*a)* la prestación económica por desempleo;

*b)* las prestaciones médico-asistenciales para el beneficiario y su grupo familiar correspondientes al Programa Médico Obligatorio (PMO), establecidas conforme al dec. 492/1995, las cuales serán brindadas por la obra social en la cual el trabajador está afiliado al tiempo del cese laboral, con cargo al Fondo Nacional de Empleo;

*c)* las asignaciones familiares que le correspondieren de conformidad con las prescripciones de la ley 24.714 durante el período en que percibiere la prestación económica. Estas prestaciones son inembargables y no pueden ser objeto de deducciones ni gravámenes en ningún supuesto. El art. 4°, dec. 777/2001 (BO del 11/6/2001), dispone que las asignaciones familiares que establece el inc. c), art. 3°, ley 25.371, se pagan conforme lo establecido en el art. 7°, dec. 739/1992.

*Para el otorgamiento de las prestaciones mencionadas se exigen los siguientes requisitos:*

*a)* encontrarse en situación legal de desempleo y en disposición para ocupar un puesto de trabajo adecuado; el art. 2° del decreto determina que se trata de los trabajadores de la industria de la construcción que están en situación legal de desempleo a partir del 11/1/2001;

*b)* estar inscripto en el Instituto de Estadísticas y Registro de la Industria de la Construcción;

*c)* haber cotizado al Fondo Nacional de Empleo durante un período mínimo, continuo o discontinuo de ocho meses durante los dos anteriores al cese de la relación laboral que dio lugar a la situación legal de desempleo, pudiendo la reglamentación fijar un lapso menor de cotización;

*d)* solicitar las prestaciones del presente régimen dentro de los noventa días contados a partir de la finalización de la relación laboral que diera origen a la situación de desempleo, pues de lo contrario se descontarán del total del período establecido que correspondiere los días que excedieran el término establecido.

El dec. 777/2001 (BO del 11/6/2001) reglamenta algunos de los requisitos que se exigen para el otorgamiento de las prestaciones. Así, la inscripción en el Instituto de Estadísticas y Registro de la Industria de la Construcción se debe acreditar mediante la presentación de la libreta de aportes a que se refiere el art. 13, ley 22.250.

*La ley entiende que un trabajador se halla en situación legal de desempleo cuando se produzcan algunas de las siguientes causales:*

1) cese de la relación laboral por parte del empleador;

2) cese de la relación laboral por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador;

3) extinción colectiva total o parcial de la relación laboral por motivo económico o tecnológico, o emergencia nacional;

4) extinción de la relación laboral por quiebra o concurso del empleador;

5) expiración del tiempo convenido o finalización de la obra o tarea asignada al trabajador;

6) extinción de la relación laboral por contingencias acaecidas al dador individual del trabajo que impidan la prosecución de la misma obra o tarea asignada al trabajador;

7) finalización de la obra para cuya construcción hubiera sido ocupada la mano de obra del trabajador.

Habiéndose producido alguna de las causas enumeradas, para el pago de las prestaciones se deben diferenciar dos situaciones:

— si el trabajador percibió el fondo de desempleo y no se reinsertó en el mercado laboral dentro de los sesenta días de operado el distracto, puede tramitar la prestación de desempleo una vez transcurrido dicho plazo;

— si el trabajador no percibió el fondo de desempleo puede tramitar de inmediato la prestación por desempleo, debiendo acreditar de manera fehaciente la intimación de pago.

El *tiempo de duración de las prestaciones* oscila entre tres y ocho meses, según el período de cotización dentro de los dos años anteriores al cese del contrato laboral, de acuerdo con la siguiente escala: de ocho a once meses de cotización, tres meses de prestaciones; de doce a diecisiete meses, cuatro meses, y de dieciocho a veinticuatro meses, ocho meses.

La *cuantía de las prestaciones* económicas es calculada como un porcentaje del importe neto de la remuneración sujeta a aportes percibida durante el período de seis meses anteriores a la desvinculación laboral. El porcentaje aplicable durante los primeros cuatro meses de la prestación será el fijado al efecto, de conformidad con lo establecido en la ley 24.013.

El art. 118, ley 24.013, a diferencia de la ley 25.371, se refiere a la "mejor remuneración mensual, normal y habitual" percibida por el trabajador durante los seis meses anteriores al distracto, y deriva la determinación del porcentaje aplicable al Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil.

Este órgano, mediante la res. 2/1994, fijó el monto de la prestación por desempleo en el 50% del importe neto de la mejor remuneración mensual, normal y habitual del trabajador. Por otra parte, y al igual que en la ley 24.013, se fija del quinto al octavo mes la prestación en el 85% del monto mensual percibido durante los primeros cuatro meses.

Con respecto a este punto, la ley 25.371 no se refiere a montos mínimos o máximos de prestaciones mensuales, como sí lo hizo el art. 118 *in fine*, ley 24.013, que los determinó en $ 150 y $ 300, respectivamente, y que mediante el dec. 267/2006 fueron incrementados a $ 250 y $ 400, en igual orden.

Los empleadores, además de cumplir con las disposiciones establecidas en el art. 12, ley 24.241, están obligados a efectuar la inscripción prevista en el art. 7°, inc. a), ley 24.013, y a depositar los importes que correspondan al aporte destinado a la obra social en la cual el trabajador se halle afiliado.

También el decreto dispone que los beneficiarios de la prestación deben notificar fehacientemente a la autoridad de aplicación, dentro de los cinco días, su incorporación a un nuevo empleo, sin perjuicio de su obligación de comunicar al empleador cuando así corresponda, que se encuentran percibiendo el beneficio al que se refiere la ley 25.371.

*Son causas de suspensión de la prestación*: 1) no comparecer ante el requerimiento de la autoridad de aplicación sin justa causa; 2) no dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en la ley; 3) ser condenado penalmente con pena privativa de la libertad; 4) celebrar contrato de trabajo cuya duración sea menor de doce meses. La suspensión de la prestación no afectará el período que le resta percibir al beneficiario, pudiendo reanudarse al finalizar la causa que le dio origen.

*Las causas de extinción de las prestaciones son*: 1) haber agotado el plazo de duración de las prestaciones que le hubiere correspondido; 2) haber obtenido beneficios previsionales o prestaciones no contributivas; 3) haber celebrado contrato de trabajo por un plazo superior a doce meses; 4) haber celebrado contrato de trabajo por tiempo indeterminado y que se extinga después de los doce meses; 5) haber obtenido las prestaciones por desempleo mediante fraude; 6) continuar percibiendo las prestaciones cuando correspondiere su suspensión; y 7) negarse reiteradamente a aceptar los empleos adecuados ofrecidos por la autoridad de aplicación.

Si el trabajador hubiera cotizado en los dos sistemas de prestaciones por desempleo —la ley 24.013 y la ley 25.371—, para alcanzar los períodos mínimos de cotización se pueden sumar los meses trabajados en actividades contempladas por uno u otro régimen. Sin embargo, el período mínimo considerado estará en relación con la última desarrollada, y ésta determinará la duración de las prestaciones según las leyes 24.013 o 25.371.

Asimismo, la ley 25.371 sustituye la denominación "fondo de desempleo" —cap. V de la ley 22.250— por la de "fondo de cese laboral".

## V. AYUDA ECONÓMICA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES DESEMPLEADOS

Esta ayuda económica está materializada en una extensión de seis cuotas de la prestación original por desempleo.

*Consideraciones generales:* pueden acceder a esta prestación los trabajadores que

— Tengan 45 o más años a la fecha de inicio del trámite de solicitud de extensión.

— Posean hijos con derecho al cobro de asignaciones familiares.

— Hayan agotado su prestación por desempleo en forma regular (sin infracción, percepción indebida o suspensión voluntaria).

— Hayan percibido su última cuota de prestación por desempleo con posterioridad al 1/1/2003.

— Se encuentren en situación legal de desempleo.

*Forma y plazo para presentar la solicitud de la prestación*: el trámite debe ser realizado en forma personal, dentro de los sesenta días corridos desde la fecha en que cobró la última de las cuotas otorgadas.

*Cobertura, monto y duración de la prestación*: la cobertura está conformada por una prestación dineraria básica equivalente al 70% del monto de la primera cuota otorgada en su última prestación por desempleo más las asignaciones familiares ordinarias y extraordinarias que le correspondan durante la vigencia de la extensión. El monto a cobrar no puede ser inferior a $ 150, sin contar las asignaciones familiares que se suman a la cuota básica. La duración de la prestación es de seis meses o cuotas.

*Obligaciones del trabajador*: al otorgarse la prestación, el trabajador debe prestar conformidad a las obligaciones que la reglamentación establece, destacándose las siguientes:

— Realizar los cursos de orientación laboral a los que sean asignados.

— Concurrir a los cursos de capacitación laboral que le proponga la autoridad administrativa del trabajo.

— Participar en los programas destinados al fomento de empleo, integrando proyectos de duración limitada, orientados al cuidado y mejoramiento de las condiciones de ancianos y niños.

— Comunicar los cambios de domicilio o de residencia.

— Reintegrar los montos de prestaciones indebidamente percibidos.

— Solicitar ante la Anses la suspensión del beneficio de extensión dentro de los cinco días hábiles de acceder a un nuevo empleo.

La comunicación de la suspensión se debe efectuar por nota consignando la fecha de incorporación a la nueva actividad, su apellido y nombre, número de DNI y firma. El trámite de suspensión puede hacerlo personalmente o a través de un familiar o enviando a la Anses un telegrama o carta documento consignando los datos enunciados.

*Original y duplicado de la siguiente documentación*:

— DNI, LE o LC del titular. En caso de extravío o renovación, debe presentar la constancia de inicio de trámite en el Registro Nacional de las Personas y la partida de nacimiento. En todos los casos debe poseer número de CUIL definitivo.

— Última orden de pago de la prestación por desempleo.

— Cargas de familia: para el cobro de las asignaciones familiares ordinarias y extraordinarias declaradas al momento del otorgamiento de la extensión de la prestación, y extraordinarias, generadas durante la vigencia de la extensión, debe presentarse la documentación respaldatoria que establece el régimen de asignaciones familiares vigente conforme se detalla en la cartilla de dichas prestaciones.

No debe presentar documentación de respaldo de las cargas de familia por las que haya percibido asignaciones familiares durante la vigencia de la prestación anterior.

— Certificados escolares de los hijos con derecho al cobro de asignaciones familiares que concurran a establecimientos educativos reconocidos por autoridad oficial. A la fecha de inicio del trámite de la extensión los certificados no deben superar los sesenta días corridos, contados desde su emisión.

## 1. Modalidad de pago único. Res. 859/2002 y 10/2003

Mediante las res. 859/2002 y 10/2003 se implementa una nueva modalidad de pago único de la prestación por desempleo, con la novedad que se complementa la prestación original con una ampliación de ésta, por el doble de la cantidad de cuotas otorgadas, sin contar las asignaciones familiares.

*Requisitos*:

— Formar una empresa unipersonal, una sociedad de hecho de hasta cinco personas o cualquier otro tipo de empresa asociativa sin límite de asociados, para el desarrollo de un emprendimiento económico.

— Que se encuentre liquidada la primera cuota de la prestación por desempleo y que le resten al menos tres cuotas por liquidar.

— Contar con una evaluación externa de viabilidad económica y un compromiso de asistencia técnica a cargo de un organismo técnico provincial, municipal o institución vinculada al fomento del empleo y la capacitación laboral (para ser presentado ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social).

Para acceder al pago único debe concurrir a la delegación (UDAI) de la Anses más cercana a su domicilio y realizar la suspensión del cobro de la prestación por desempleo, solicitando la constancia "Solicitud de pago único de la prestación por desempleo" con la que debe presentarse posteriormente en la oficina o delegación del Ministerio de Trabajo de su jurisdicción. En dicha dependencia se le informará sobre el proyecto de emprendimiento que debe presentar para acceder a esta prestación.

Aclaraciones:

— El "doble de la cantidad de cuotas a percibir" depende de las cuotas ya percibidas; es decir que si ya fueron cobradas algunas cuotas de la prestación por desempleo, éstas no se toman en cuenta para el pago único.

— El acceso al pago único de la prestación por desempleo está sujeto a la aprobación, por parte del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, del proyecto de emprendimiento presentado por el interesado.

CAPÍTULO XXX

# ASIGNACIONES FAMILIARES

## I. CONCEPTO Y ORIGEN

Las asignaciones familiares *son prestaciones no remunerativas* que contempla el sistema de seguridad social *para compensar al trabajador de los gastos que le pudieran ocasionar sus cargas de familia*, como un derecho frente a las contingencias económicas que tiene el individuo, la composición de su grupo familiar.

El dec. 1691/2004 (BO del 2/12/2004) incrementó en un 50% la cuantía de las asignaciones prevista por el art. 18, incs. a), b) y j), ley 24.714, y sus modificatorias y los topes máximos de remuneración establecidos en el art. 3° de la citada ley, a partir del 1/10/2004. El dec. 33/2007 (BO del 24/1/2007) elevó los montos a partir del 1/1/2007, el dec. 1345/2007 (BO del 5/10/2007) los aumentó a partir del 1/7/2007, el dec. 1591/2008 (BO del 3/10/2008) a partir del 1/9/2008 y fueron nuevamente incrementados por el dec. 1729/2009 (BO del 13/11/2009) a partir del 1/11/2009.

Las asignaciones familiares no son una contraprestación laboral, sino que *su pago se origina en las circunstancias familiares de cada trabajador*, por ejemplo, el tener hijos.

*No integran el salario*, ya que *son asignaciones no remunerativas* y, por ende, *no están sujetas a aportes ni a descuentos previsionales ni tienen incidencia en el SAC, en las indemnizaciones, ni en las licencias, y, además, son inembargables.*

Desde el punto de vista histórico, el instituto de las asignaciones familiares es una creación reciente. Los primeros sistemas regulatorios de asignaciones familiares surgieron en Austria (1908), Francia (1918) y Bélgica (1921) —países en los cuales primero funcionaron las cajas compensadoras—, cuyas reglamentaciones fueron tomadas como modelo por numerosos países.

En la República Argentina, el sistema fue regulado por primera vez en 1956, fecha de la creación de una asignación familiar por hijo a cargo, con una caja compensadora conformada por aportes patronales.

En 1957 fueron creadas las Cajas de Asignaciones Familiares para el Personal de Comercio (Casfec) y de la Industria (Casfpi), y se extendió la asignación por hijo a cargo a los trabajadores de ambas actividades. Sólo en 1964 el sistema fue extendido a todas las demás actividades, que tenían hasta entonces regulaciones para los salarios familiares sin cajas compensadoras.

En 1968 fue sancionada la ley 18.017, que rigió hasta 1996, cuando se dictó la ley 24.714. En 1968 fueron incorporados al sistema los trabajadores estatales, en 1974 los jubilados y pensionados y en 1976 los titulares de pensiones asistenciales por invalidez.

Hace algunos años fue instituido el SUSS, y fueron disueltas las tradicionales cajas de asignaciones familiares, ya que la Anses (administradora del SUSS) asumió todas sus funciones y objetivos, como natural sucesora jurídica.

## II. CLASIFICACIÓN

En el sistema vigente, las asignaciones familiares pueden ser clasificadas en tres grupos:

I) *Asignaciones de pago mensual*: son aquellas que se pagan todos los meses. Por ejemplo, la asignación por hijo.

II) *Asignaciones de pago anual*: son aquellas que se pagan una vez por año. Es el caso de las asignaciones por escolaridad.

III) *Asignaciones de pago único*: son aquellas que se pagan una sola vez durante la relación laboral cuando se produce la causa que origina su percepción. Por ejemplo, la asignación por nacimiento de hijo o adopción, ya que se le paga al trabajador cada vez que se produce un nacimiento o una adopción.

Era el caso típico de la *asignación por matrimonio*, que se podía pagar sólo una vez; esto fue así hasta la sanción de la Ley de Divorcio Vincular, ya que en la actualidad el trabajador puede celebrar válidamente más de un matrimonio legal.

## III. LEY 24.714 Y MODIFICATORIAS

*Las asignaciones familiares están reguladas actualmente por la ley 24.714* (BO del 18/10/1996) y por distintos decretos reglamentarios y DNU. Anteriormente regía, desde 1968, la ley 18.017.

En la actualidad está limitada a los trabajadores cuya remuneración es igual o superior a $ 100 y menor de $ 4800,01 mensuales, con la excepción de los casos de asignación por maternidad e hijo discapacitado (conf. art. 3°, ley 24.714).

Inicialmente la exclusión fijaba un tope de $ 1500, pero establecía un sistema gradual según el monto del salario para la cuantía de las asignaciones. Y además un procedimiento de cálculo por promedio semestral para la evaluación de la continuidad del cobro.

A partir del 1/4/2004, el dec. 368/2004 amplía los topes a $ 1725, eliminándose el cálculo del promedio semestral para el cobro de ellas, quedando sujeto a la remuneración mensual percibida sin la incidencia del SAC y las horas extras.

A partir del 1/12/2004, el dec. 1691/2004 eleva nuevamente los topes a $ 2025 e incrementa en un 50% la cuantía de determinadas asignaciones (hijo, hijo con discapacidad y asignación prenatal).

Desde el 1/9/2005 se modifican los topes a $ 2600 mediante el dec. 1134/2005.

Con el dec. 33/2007 (BO del 23/1/2007), se elevan a $ 3000 los topes máximos de remuneración dispuestos por el decreto 1134/2005 que estaban fijados hasta la suma de $ 2600. Incrementa en un 20% la cuantía de las asignaciones familiares por hijo y por hijo con discapacidad. Incrementa en un 100% la cuantía de las asignaciones por nacimiento, adopción y matrimonio de la asignación familiar por cónyuge (en este caso sólo para los beneficiarios del SIJyP).

Con el dec. 1345/2007, que rige desde el 1/7/2007, se produce un nuevo aumento en las asignaciones familiares por hijo, hijo con discapacidad y asignación prenatal del 40%, y se eleva el tope a $ 4000 a partir del cual se excluyen del cobro de asignaciones a los trabajadores que tengan un ingreso mayor al precitado, salvo las asignaciones por maternidad y por hijo con discapacidad que siempre han estado fuera de los topes.

El dec. 1591/2008, con vigencia desde el 1/9/2008, aumenta en un 35% las asignaciones y el tope se eleva a $ 4800.

El art. 1°, dec. 1602/2009 (BO del 30/10/2009), con vigencia a partir del 1/11/2009, incorporó el inc. c) al art. 1° de la ley (que define los distintos subsistemas que conforman el Régimen de Asignaciones Familiares), que incluye ahora: "c) Un subsistema no contributivo de asignación universal por hijo para protección social, destinado a aquellos niños, niñas y adolescentes residentes en la República Argentina, que no tengan otra asignación familiar prevista por la presente ley y pertenezcan a grupos familiares que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal".

Con el dec. 1729/2009 (BO del 12/11/2009), los valores vigentes al 1/10/2009 se incrementan con escala gradual en las asignaciones por hijo y por hijo con discapacidad, pero se mantiene el tope en $ 4800.

Mediante el dec. 1388/2010 (BO del 1/10/2010) se incrementan nuevamente los montos de las asignaciones familiares y de la asignación universal por hijo para protección social.

Como quedara dicho, la ley 24.714 tiene la particularidad de limitar el derecho a la percepción de las asignaciones familiares a los trabajadores que cobran hasta $ 4800 mensuales de remuneración (con la excepción de la asignación por hijo discapacitado y la asignación por maternidad). Es decir que sólo los trabajadores en relación de dependencia cuyo salario mensual sea igual o mayor de $ 100 y hasta $ 4800 tienen derecho al cobro de todas las asignaciones establecidas en la ley.

El art. 4°, ley 24.714 —texto según ley 25.231, BO del 31/12/1999—, considera remuneración a la definida por la ley 24.241 (arts. 6° y 9°), con excepción de las horas extras.

Asimismo, *según el monto del salario del trabajador, en algunas asignaciones se fijan sumas distintas*.

En el caso de los *beneficiarios del SIJyP*, en virtud del art. 15, ley 24.714 (modif. por el dec. 256/1998), éstos perciben las asignaciones por cónyuge, por hijo, por hijo con discapacidad y la asignación por ayuda escolar anual para la educación básica y polimodal.

Por tanto, *las personas incluidas en el régimen de asignaciones familiares* establecido por la ley 24.714 son:

— los trabajadores en relación de dependencia;

— los beneficiarios de la LRT;

— los beneficiarios del Fondo Nacional de Empleo;

— los beneficiarios del SIJP.

Están *excluidos* el servicio doméstico y los trabajadores en relación de dependencia cuya remuneración supere los $ 4800; de todos modos, estos trabajadores tienen derecho a percibir la asignación por maternidad y por hijo discapacitado.

Tampoco tienen derecho al cobro de asignaciones familiares los trabajadores en relación de dependencia que perciben un salario mensual inferior a $ 100.

Para zonas desfavorables (La Pampa, Neuquén, Río Negro, Tierra del Fuego, etc.), los montos de los topes mencionados y las cuantías ascienden respecto de los instuidos en el marco de la ley 24.714.

El art. 2°, dec. reg. 1245/1996, dispone que para cumplimentar el requisito de la *antigüedad mínima en el empleo* que requieren todos los beneficios, los trabajadores deben computar tareas comprendidas en el régimen de asignaciones familiares desempeñadas en los meses inmediatamente anteriores al inicio de la actual actividad o haber recibido prestaciones del seguro de desempleo.

En el caso de los *trabajadores temporarios* se puede adicionar la antigüedad que resulte de haberse desempeñado en tareas comprendidas en el régimen de asignaciones familiares con

uno o más empleadores durante los doce meses inmediatamente anteriores al inicio de la actividad actual.

*Cuando ambos padres trabajan* o son beneficiarios del SIJyP o del seguro de desempleo, las asignaciones familiares pueden ser solicitadas por aquel a quien su percepción le resulte más beneficiosa en función de su monto.

Con relación a la *antigüedad*, a fin de acreditar la exigida para la percepción de la asignación familiar, a la cumplida en el empleo se le puede adicionar la anterior. A tal efecto se computan completos los meses de comienzo y fin de la relación laboral, independientemente del día en que se hubiera producido el comienzo y/o el cese de aquélla. Se aclara que se considerará completo el mes en que el trabajador hubiera percibido una suma no inferior de $ 100.

En cuanto a la *prescripción*, para efectuar algún reclamo por asignaciones impagas rige lo establecido por el art. 256, LCT (dos años), debiendo contarse los plazos a partir de la fecha de ocurrido el hecho generador para las asignaciones de pago único, y a partir de la omisión en la liquidación de haberes respectiva para las de pago mensual.

La prescripción de asignaciones familiares devengadas y no percibidas se rige por los mismos plazos aplicables en la prescripción de los haberes jubilatorios y de pensión conforme lo dispuesto por el art. 168, ley 24.241. Las presentaciones administrativas interrumpen el curso de la prescripción cuando sean idóneas para impulsar el trámite respectivo.

A fin de establecer la fecha de inicio de la prescripción, así como también a todos los efectos del régimen de asignaciones familiares, se entiende que la fecha en que han ocurrido los respectivos hechos generadores son:

a) para la asignación por nacimiento, la fecha del alumbramiento asentada en la partida o certificado respectivo;

b) para la asignación por matrimonio, la fecha de su celebración consignada en la partida o certificado correspondiente;

c) para la asignación por adopción, la fecha de la sentencia;

d) para la asignación por maternidad, la fecha de inicio de la licencia legal correspondiente.

Entiendo que la regulación de la prescripción en una norma infralegal constituye un exceso de reglamentación, máxime cuando no existe disposición específica alguna que regule el plazo de prescripción de este beneficio.

El dec. 1602/2009 (BO del 30/10/2009, con vigencia a partir del 1/11/2009) incorporó un párrafo al art. 2° de la ley, excluyendo del beneficio previsto en el art. 1°, inc. c), de la ley, a los trabajadores que se desempeñen en la economía informal, percibiendo una remuneración superior al SMVM.

La ley 26.417 (BO del 6/10/2008) sustituyó todas las referencias al Mopre en la normativa vigente, reemplazándolas por el concepto de "haber mínimo garantizado".

## 1. Concepto de remuneración para la ley 24.714

Se considera remuneración a los efectos de la ley 24.714 la definida por el SIJyP (arts. 6° y 9°, ley 24.241) con excepción de las horas extras y el SAC (art. 4°, ley 24.714, modif. por dec. 368/2004).

Los límites que condicionan el otorgamiento de las asignaciones familiares o su cuantía se calculan en cada caso en función de la totalidad de las remuneraciones y prestaciones dinerarias y asignación por maternidad o prestación por desempleo o haberes previsionales corres-

pondientes al período que se liquide, excluyéndose las horas extras y el SAC en los casos de trabajadores en relación de dependencia y la prestación anual complementaria en los casos de beneficiarios del SIJyP.

Para los trabajadores a que hace referencia el párr. 2°, art. 3° (determinadas zonas), y sólo a los efectos del cobro de las asignaciones familiares, se excluyen del total de la remuneración las sumas que percibe el trabajador en concepto de horas extras, SAC y zona desfavorable, inhóspita o importes zonales.

El art. 19, ley 24.714, modif. por dec. 368/2004, faculta al Poder Ejecutivo nacional a establecer la cuantía de las asignaciones familiares, los topes y rangos remuneratorios que habilitan su cobro y los coeficientes zonales o montos diferenciales de acuerdo con el desarrollo de la actividad económica, índices de costo de vida o de variación salarial y situación económica social de las distintas zonas.

## IV. OBLIGACIONES DE LOS EMPLEADORES

Las obligaciones de los empleadores son las siguientes:

*a)* inscripción en el SURL, según lo prescripto en los arts. 7° y 18, inc. a), ley 24.013, y res. AFIP 1891/2005 y 2016/2006, juntamente con la res. gral. 2104/2006;

*b)* presentar la totalidad de la documentación solicitada por la Anses, dentro de los plazos y de acuerdo con las formalidades prescriptas en los arts. 2°, inc. b), ley 22.161, y 101, dec. 2284/1991;

*c)* notificar a sus dependientes de manera fehaciente, y dentro de los diez días hábiles posteriores al ingreso de aquéllos, la obligación que tienen de denunciar y acreditar ante la patronal toda circunstancia generadora del derecho a la percepción de cualquiera de los beneficios previstos por el sistema de asignaciones familiares (art. 2°, inc. b], ley 22.161, y el art. 101, dec. 2284/1991);

*d)* archivar toda la documentación solicitada a los trabajadores y tenerla siempre a disposición de la Anses ante cualquier requerimiento de esta última (art. 3°, inc. d], ley 22.161);

*e)* abonar a sus dependientes las asignaciones que les correspondan en forma directa.

## V. OBLIGACIONES DE LOS TRABAJADORES Y BENEFICIARIOS

Sus principales obligaciones son las siguientes:

*a)* informar al empleador cualquier circunstancia que genere el derecho a la percepción de una asignación familiar. Si el beneficiario no cumple con esta obligación, puede ser sancionado con la suspensión del pago de la asignación de que se trate, con pérdida también del derecho a percibirla en forma retroactiva;

*b)* informar cualquier circunstancia que genere el cese del derecho a la percepción de una asignación que estuviera recibiendo;

*c)* completar de manera fidedigna toda la documentación y las declaraciones juradas que le sean entregadas para llevar a cabo el trámite para la percepción de una asignación.

## VI. FINANCIAMIENTO

*El sistema se financia mediante una contribución obligatoria a cargo del empleador (o de la ART)* del 9% sobre el total de las remuneraciones de cada trabajador. De ese 9%, el 7,5% está destinado exclusivamente a asignaciones familiares y el 1,5% al Fondo Nacional de Empleo (art. 5°). Es decir que, para el empleador, el costo del pago de las asignaciones familiares asciende al 7,5% de las remuneraciones brutas de los trabajadores.

También se financia por medio de intereses, multas, recargos, rentas provenientes de inversiones, donaciones, legados y otro tipo de contribuciones. El sistema no está administrado por cajas ni intermediarios.

El art. 3°, dec. 1602/2009 (BO del 30/10/2009), con vigencia a partir del 1/11/2009, incorporó el inc. c) al art. 5°, disponiendo que "c) Las que correspondan al inc. c) del art. 1° de esta ley con los siguientes recursos:

"1. los establecidos en el art. 18, ley 24.241, y sus modifs.;

"2. los rendimientos anuales del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino creado por el dec. 897/2007 y modifs.".

## VII. ANÁLISIS DE CADA UNA DE LAS ASIGNACIONES

Siguiendo la clasificación efectuada, habrán de analizarse cada una de las asignaciones enumeradas en la ley, estableciendo la documentación necesaria para su percepción, su monto y las características particulares de cada una de ellas.

| | |
|---|---|
| I) *Asignaciones de pago mensual* | *a)* Hijo<br>*b)* Hijo discapacitado<br>*c)* Prenatal<br>*d)* Maternidad<br>*e)* Nacimiento de hijo con síndrome de Down: asignación especial a la madre (ley 24.716)<br>*f)* Cónyuge (sólo para los beneficiarios del SIJyP)<br>*g)* Hijo para protección social |
| II) *Asignación de pago anual* | Ayuda escolar para la educación inicial, general básica y polimodal |
| III) *Asignaciones de pago único* | *a)* Nacimiento<br>*b)* Adopción<br>*c)* Matrimonio |

### 1. Asignaciones de pago mensual

Documentación respaldatoria (en general).

Sin perjuicio de la documentación que se debe presentar para la percepción de cada asignación en particular, cabe tener en cuenta la siguiente:

— *declaración jurada de cargas de familia*: se debe confeccionar al ingreso y cuando se produzca un alta, baja o modificación de su situación;

— *certificado de opción de pluricobertura*: para acreditar el derecho a percepción de asignaciones familiares, los trabajadores en relación de dependencia y los beneficiarios del SIJyP deben presentar una constancia extendida por el empleador del cónyuge/padre/madre que avale la no percepción de beneficios por esas cargas o la renuncia al cobro de las asignaciones, en el caso en que esté en un rango menos beneficioso;

— *titular viudo/a*: fotocopia del certificado de defunción;

— *titular con divorcio vincular*: sentencia de divorcio de la cual surja la tenencia de los hijos del matrimonio y certificado de pluricobertura;

— *titular separado/a de hecho o soltero/a*: declaración jurada;

— *esposo/a o conviviente autónomo*: constancia de inscripción en la DGI (CUIT) o constancia de inscripción en las cajas profesionales provinciales que correspondan;

— *certificado de opción de pluriempleo*: para acreditar el derecho a percepción de asignaciones familiares, los trabajadores en relación de dependencia con más de un empleo deben presentar al empleador que efectivice el pago de los beneficios por cuenta y orden de la Anses una constancia de los otros empleadores explicitando la no percepción de beneficios e indicando el valor promedio resultante de las remuneraciones del semestre correspondiente;

— *beneficiario de la prestación por desempleo*: debe presentar la documentación que avala el pago de las asignaciones familiares dentro de los treinta días de iniciado el trámite (res. 14/2002 SSS, BO del 5/8/2002). Para acreditar el derecho a la percepción de la asignación por hijo, quien hubiere percibido la asignación prenatal deberá presentar la partida de nacimiento dentro de los treinta días de ocurrido el hecho generador (res. 14/2002 SSS).

### *1.1. Asignación por hijo*

*Consiste en el pago de una suma mensual por cada hijo menor de 18 años que esté a cargo del trabajador* (art. 7°, ley 24.714).

Los *montos* de esta asignación son los siguientes (art. 18, ley 24.714, inc. a]), conforme la actualización del dec. 1388/2010 (BO del 1/10/2010) desde el 1/10/2010.

— $ 220 para los que perciban remuneraciones desde $ 100 a $ 2400;

— $ 166 para los que reciban remuneraciones desde $ 2400,01 a $ 3600;

— $ 111 para los que perciban remuneraciones desde $ 3600,01 hasta $ 4800.

A los fines de otorgar las asignaciones por hijo, son considerados únicamente los menores de edad (art. 22).

Se abona por cada hijo que resida en el país, soltero, matrimonial o extramatrimonial, aunque éste trabaje en relación de dependencia. Corresponde a partir del nacimiento de ese hijo durante la percepción de la asignación por maternidad.

En cambio, no resulta procedente el pago de la asignación por hijo cuando se produce el alumbramiento sin vida; así como tampoco en los casos de tutela *ad litem* y curatela a los bienes (este último caso también rige para el hijo con discapacidad).

— *Documentación respaldatoria para la percepción de esta asignación*:

1) partida de nacimiento;

2) si es adoptivo, testimonio de sentencia judicial, en caso de que corresponda cambio de apellido;

3) si es guarda, tenencia o tutela, certificado o testimonio expedido por autoridad judicial o administrativa competente.

### *1.2. Asignación por hijo con discapacidad*

*Consiste en una suma mensual que se paga al trabajador por cada hijo que esté a su cargo en esa condición, sin límite de edad*, a partir del mes en que se acredite tal condición ante el empleador (art. 8°, ley 24.714), conforme actualización del dec. 1388/2010 (BO del 1/10/2010)

vigente desde el 1/10/2010. No tiene tope remuneratorio y equivale a cuatro veces la asignación por hijo.

Los *montos* de esta asignación son los siguientes (art. 18, ley 24.714):

— $ 880 para los que perciban remuneraciones entre $ 100 y $ 2400;

— $ 660 para los que perciban remuneraciones desde $ 2400,01 a $ 3600;

— $ 440 para los que perciban remuneraciones desde $ 3600,01.

La asignación por hijo con discapacidad se abona por cada hijo que resida en el país, soltero, viudo, divorciado o separado legalmente, matrimonial o extramatrimonial, aunque éste trabaje en relación de dependencia.

A los fines de otorgar las asignaciones por hijo con discapacidad, son consideradas aquellas personas con discapacidad cuya guarda, tenencia o tutela haya sido acordada al trabajador por autoridad judicial o administrativa competente (art. 22).

No resulta procedente el pago de la asignación por hijo e hijo discapacitado en los casos de tutela *ad litem* y curatela.

La asignación por hijo con discapacidad se abona en todos los casos previa autorización por parte de la Anses, que procede a la verificación pertinente. No es necesaria esta autorización cuando se trata de trabajadores, beneficiarios del SIJyP y de la prestación por desempleo cuyos hijos son beneficiarios de una jubilación por invalidez o pensión por invalidez.

Cuando el discapacitado es mayor de edad y no tenga padre, madre ni curador, corresponde abonar la asignación por hijo discapacitado, al pariente por consanguinidad o afinidad cuya obligación alimentaria, en los términos de los arts. 367, 368 y 370, CCiv., sea declarada o reconocida por autoridad judicial competente. Esta asignación se abona a partir del mes en que se acredite la discapacidad y el derecho a su percepción.

En caso de separaciones de hecho, legales, divorcios vinculares y nulidades de matrimonio, las asignaciones familiares son abonadas al padre o madre que ejerza la tenencia legal de los hijos.

— *Documentación respaldatoria para la percepción de esta asignación*:

1) partida de nacimiento (original y copia);

2) si es adoptivo, testimonio de sentencia judicial, en caso de que corresponda cambio de domicilio;

3) si es guarda, tenencia o tutela o curatela de mayores incapaces, certificado o testimonio expedido por autoridad judicial o administrativa competente;

4) autorización expresa de la Anses para la percepción de la asignación por discapacidad, quedando exceptuados de la referida autorización los trabajadores, beneficiarios del SIJyP y de la prestación por desempleo cuyos hijos fueren beneficiarios de una jubilación por invalidez o pensión por invalidez, en cuyo caso se deberá presentar resolución de la Anses mediante la cual fuera otorgada cualquiera de las prestaciones antes citadas.

### *1.3. Asignación prenatal*

*Consiste en una suma equivalente a la asignación por hijo (art. 18), que se paga desde el momento de la concepción hasta el nacimiento del hijo* (art. 9°, ley 24.714), conforme actualización dec. 388/2010 (BO del 1/10/2010) vigente desde el 1/10/2010.

Los *montos* de esta asignación son los siguientes:

— $ 220 mensuales para aquellos trabajadores que perciban remuneraciones desde $ 100 a $ 2400;

— $ 166 mensuales para los que perciban remuneraciones desde $ 2400,01 a $ 3600;

— $ 111 mensuales para los que perciban remuneraciones desde $ 3600,01 hasta $ 4800.

Este estado debe ser acreditado entre el tercero y cuarto mes de embarazo, mediante certificado médico.

*Para acceder a su percepción*, el trabajador debe tener una *antigüedad mínima en su empleo de tres meses*.

Su pago corresponde a la trabajadora, independientemente de su estado civil, o al trabajador, cuando su cónyuge o concubina no trabaje en relación de dependencia o cuando la percepción por ésta resulta menos beneficiosa, porque su remuneración sea mayor. Para su percepción se debe presentar un certificado médico cuya fecha de emisión no sea posterior a treinta días, que acredite la existencia de un embarazo de más de tres meses cumplidos de gestación e indique la fecha probable de parto.

La ley dispone que para su percepción se requiere una antigüedad mínima de tres meses en el empleo, y la reglamentación aclara que este requisito condiciona el pago íntegro de la asignación, pero no impide la percepción de las mensualidades que se devenguen con posterioridad al cumplimiento del lapso de antigüedad.

Asimismo, para su percepción, el estado de embarazo debe ser acreditado entre el tercero y el sexto mes cumplido de gestación, mediante la presentación del correspondiente certificado médico. Si el estado de embarazo se acredita con posterioridad al sexto mes cumplido de gestación, se abonan las cuotas que resten desde la presentación del certificado referido hasta el nacimiento.

Si el estado de embarazo se acredita con posterioridad al nacimiento, no corresponde el pago de la asignación prenatal.

El pago de la asignación prenatal cesa por interrupción del embarazo. Es compatible con la percepción de la asignación por hijo correspondiente al mes en que se produce el alumbramiento, siempre que la asignación prenatal no exceda de nueve mensualidades.

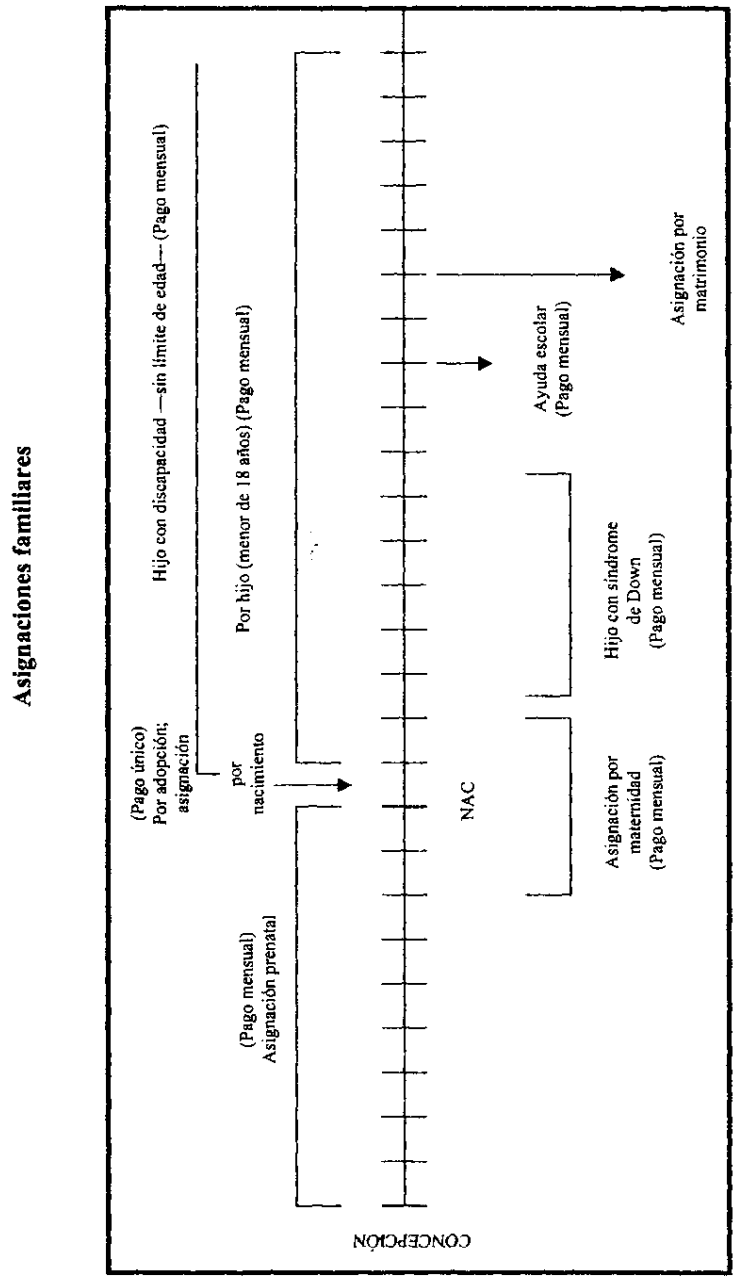
— *Documentación respaldatoria para la percepción de esta asignación*:

1) certificado médico que acredite el estado de embarazo y tiempo de gestación y fecha probable de parto;

2) titular masculino casado legalmente: certificado de matrimonio;

3) titular masculino en concubinato: información sumaria ante autoridad judicial o administrativa competente a fin de acreditar la relación de convivencia;

4) partida de nacimiento en donde conste la maternidad/paternidad del titular dentro de los ciento veinte días de producido el nacimiento —original y copia—.




*1.4. Asignación por maternidad*

*Consiste en una suma igual a la remuneración que la trabajadora hubiera debido percibir en su empleo, que se paga durante el período de licencia legal correspondiente. Para el goce de esta asignación se requiere una antigüedad mínima y continuada en el empleo de tres meses* (art. 11, ley 24.714).

Esta asignación la percibe la trabajadora cualquiera sea su remuneración. No tiene tope remuneratorio.

Además de los requisitos generales establecidos precedentemente, para su percepción se puede presentar una serie de casos especiales:

La res. 14/2002 (BO del 5/8/2002) detalla que se requiere una antigüedad mínima de tres meses en cada uno de los empleos actuales, computados al momento de iniciarse la licencia.

Si la antigüedad se adquiere con posterioridad a la fecha en que se inició la licencia legal, se le debe pagar la asignación por los días que resten de la licencia preparto y/o posparto, a contar desde la fecha en que alcanzó la antigüedad requerida.

En caso de remuneraciones variables, se tiene en cuenta para determinar el monto de la asignación por maternidad el promedio de las remuneraciones percibidas durante el período de tres meses anteriores al comienzo de la licencia.

Si el embarazo se interrumpe o si el nacimiento se produce sin vida, no corresponde la acumulación de los días que no se hubieren gozado antes de éste, si la gestación fuere inferior a ciento ochenta días.

Dispone que en el caso de nacimiento a término en el cual no se haya iniciado la licencia por maternidad por no haberse denunciado el estado de embarazo, sólo corresponde el pago de los cuarenta y cinco días posteriores al parto. En cambio, en los casos de nacimiento con vida anterior al inicio de la licencia preparto, corresponde la percepción de la asignación por maternidad por los noventa días de licencia postparto.

A fin de perfeccionar el derecho al cobro de la asignación por maternidad, la trabajadora debe presentar dentro de los ciento veinte días de ocurrido el parto, el certificado de nacimiento respectivo.

Si se trata de trabajadoras de temporada, se considera que tienen derecho al cobro íntegro de la asignación por maternidad en aquellos casos en que el período de licencia preparto se hubiere iniciado durante la temporada, a pesar de la finalización de ésta.

— *Documentación respaldatoria para la percepción de esta asignación*:

1) certificado médico que acredite el estado de embarazo, en el cual debe constar la fecha probable de parto y el tiempo de gestación;

2) nota con carácter de declaración jurada, en la cual la trabajadora informa la fecha a partir de la cual comenzará a gozar de la licencia, la cual debe ser presentada con anterioridad al inicio de aquélla;

3) partida de nacimiento en donde conste la maternidad de la titular dentro de los ciento veinte días de producido el nacimiento —original y copia—.

### *1.5. Asignación especial a la madre por nacimiento de hijo con síndrome de Down*

La *ley 24.716 (BO del 25/10/1996) establece una licencia y una asignación especial a la madre trabajadora en relación de dependencia que diera a luz un hijo con síndrome de Down.*

*La licencia comienza a la finalización de la licencia por maternidad (noventa días) y se extiende por un período de seis meses.* Durante ese lapso, la trabajadora no percibe remuneraciones, sino una asignación familiar cuyo *monto* es igual a la remuneración que habría percibido si hubiera prestado servicios.

Los requisitos exigidos son los mismos que los que se requiere para acceder a la asignación por maternidad, debiendo comunicar fehacientemente el diagnóstico del recién nacido al empleador con certificado médico expedido por autoridad sanitaria oficial por lo menos con quince días de anticipación al vencimiento de la licencia por maternidad.

### *1.6. Beneficiarios del SIJyP*

Por disposición del art. 15, ley 24.714, los beneficiarios del SIJyP perciben las asignaciones por cónyuge, hijo, hijo con discapacidad y la asignación por ayuda escolar anual para la educación básica y polimodal.

— La *asignación por cónyuge* consiste en una suma de dinero que se paga al beneficiario por su cónyuge (art. 16) y que, según el art. 18, ley 24.714, asciende a $ 41 y es para beneficiarios que perciben haberes inferiores a $ 4800.

Para los beneficiarios que residan en las provincias de Chubut, Neuquén, Río Negro, Santa Cruz y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, la suma es de $ 60 para los que perciban haberes inferiores a $ 4800.

Se entiende por cónyuge a la esposa del beneficiario que resida en el país, o al esposo de la beneficiaria también residente en el país que acredite encontrarse a cargo de ella, afectado por invalidez total, absoluta y permanente, acreditada a satisfacción de la Anses.

En cambio, se considera que no se está a cargo del cónyuge cuando se perciben ingresos por cualquier concepto.

La asignación por hijo (art. 18, inc. j], ley 24.714), conforme el dec. 1388/2010 (BO del 1/10/2010), vigente desde el 1/10/2010, es de:

— $ 220 para los beneficiarios que perciban haberes inferiores a $ 2400;

— $ 166 para los que perciban haberes desde $ 2400,01 a $ 3600;

— $ 111 para los que perciban haberes desde $ 3600,01 hasta $ 4800.

Para los beneficiarios que residan en las provincias de Chubut, Neuquén, Río Negro, Santa Cruz y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, la suma es de $ 100 para los que perciban haberes inferiores a $ 4800,01.

La asignación por hijo con discapacidad (art. 18, inc. j], ley 24.714), conforme el dec. 1388/2010 (BO del 1/10/2010), vigente desde el 1/10/2010, equivale a cuatro veces la asignación por hijo, no tiene tope y es de:

— $ 880 para los beneficiarios que perciban haberes entre $ 100 y $ 2400;

— $ 660 para los que perciban haberes desde $ 2400,01 a $ 3600;

— $ 440 para los que perciban haberes desde $ 3600,01.

Para los beneficiarios que residan en las provincias de Chubut, Neuquén, Río Negro, Santa Cruz y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, la suma es de $ 540 cualquiera fuere su haber.

— *Documentación respaldatoria*:

Para beneficiarios del SIJyP se requiere:

1) DNI, LE o LC del titular y su cónyuge —original y copia—;

2) certificado de matrimonio —original y copia—.

### *1.7. Asignación universal por hijo para protección social*

A las anteriores se agrega la *asignación universal por hijo para protección social* (inc. i], art. 6°, de la ley, incorporado por art. 4°, dec. 1602/2009, BO del 30/10/2009, con vigencia a partir del 1/11/2009).

Esta norma incorporó a la ley dos artículos (14 bis y 14 ter) que establecen los requisitos para acceder al beneficio.

En el art. 14 bis se dispuso que la asignación universal por hijo para protección social consiste en una prestación monetaria no retributiva de carácter mensual, que se abonará a uno solo de los padres, tutor, curador o pariente por consanguinidad hasta el tercer grado, por cada menor de 18 años que se encuentre a su cargo o sin límite de edad cuando se trate de un discapacitado; en ambos casos, siempre que no estuviere empleado, emancipado o percibiendo alguna de las prestaciones previstas en la ley 24.714, modificatorias y complementarias.

Esta prestación se abonará por cada menor acreditado por el grupo familiar hasta un máximo acumulable al importe equivalente a cinco menores.

El art. 14 ter dispone que para acceder a la *asignación universal por hijo para protección social* se deben cumplir los siguientes requisitos:

a) Que el menor sea argentino, hijo de argentino nativo o por opción, naturalizado o residente, con residencia legal en el país no inferior a tres años previos a la solicitud.

b) Acreditar la identidad del titular del beneficio y del menor mediante DNI.

c) Acreditar el vínculo entre la persona que percibirá el beneficio y el menor, mediante la presentación de las partidas correspondientes y, en los casos de adopción, tutelas y curatelas, los testimonios judiciales pertinentes.

d) La acreditación de la condición de discapacidad será determinada en los términos del art. 2°, ley 22.431, certificada por la autoridad competente.

e) Hasta los 4 años —inclusive— deberá acreditarse el cumplimiento de los controles sanitarios y del plan de vacunación obligatorio. Desde los 5 años y hasta los 18 deberá acreditarse además, obligatoriamente, la concurrencia de los menores a establecimientos educativos públicos.

f) El titular del beneficio deberá presentar una declaración jurada relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley y a las calidades invocadas; de comprobarse la falsedad de algunos de estos datos se producirá la pérdida del beneficio, sin perjuicio de las sanciones que correspondan.

En cuanto a su monto, el art. 18 en su nueva redacción incorpora un nuevo inciso (el inc. k), que establece que el monto de la asignación universal por hijo para protección social será "la mayor suma fijada en los incs. a) o b), según corresponda" (se refiere a los incs. a] y b] del art. 18 de la ley: asignación por hijo y asignación por hijo con discapacidad).

El 80% del monto previsto en el párr. 1° se abonará mensualmente a los titulares de las asignaciones a través del sistema de pagos de la Anses.

El restante 20% será reservado en una caja de ahorro a nombre del titular en el Banco de la Nación Argentina y percibido a través de tarjetas magnéticas emitidas por el banco, sin costo para los beneficiarios.

También se dispone que las sumas podrán cobrarse cuando el titular acredite, para los menores de 5 años, el cumplimiento de los controles sanitarios y el plan de vacunación, y para los de edad escolar, la certificación que acredite, además, el cumplimiento del ciclo escolar lectivo correspondiente.

La falta de acreditación producirá la pérdida del beneficio.

*Res. 137/2009, Gerencia de Diseño de Normas y Procesos, Asignaciones Familiares del 22/12/2009 (BO del 15/1/2010)*: dentro de las condiciones para tener derecho a la referida asignación familiar se encuentra la incompatibilidad con el cobro de cualquier suma originada en prestaciones contributivas o no contributivas nacionales, provinciales, municipales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

## 2. Asignaciones de pago anual

### *2.1. Asignación por ayuda ~~escolar~~ anual para la educación básica y polimodal*

*Consiste en el pago de una suma de dinero que se hace efectiva en el mes de marzo de cada año o cuando comience el ciclo lectivo* —art. 10, ley 24.714 (texto según ley 25.231, BO del 31/12/1999), y art. 1°, dec. reg. 1245/1996—.

Esta asignación se paga por cada hijo que concurra regularmente no sólo a establecimientos de enseñanza general básica y polimodal, sino también a establecimientos de educación inicial cuando sea dictada en instituciones o colegios fiscalizados por la autoridad educacional (ver res. 23/2000 SSS, BO del 6/3/2000). Se hace extensivo a los hijos, cualquiera sea su edad, si concurren a establecimientos oficiales o privados donde se imparta educación diferencial.

El monto de esta asignación asciende a la suma de $ 170 (art. 18) para los que perciban remuneraciones desde $ 100 hasta $ 4800. Para los hijos con discapacidad la asignación no tiene tope remuneratorio.

También se debe abonar a los beneficiarios del SIJyP en las mismas condiciones que a los demás trabajadores, de acuerdo con lo dispuesto en el dec. 256/1998 (BO del 11/3/1998) que agrega el inc. d) al art. 15, ley 24.714.

Para acceder a esta asignación, los hijos del titular del derecho deben concurrir a establecimientos de carácter nacional, provincial, municipal o privados incorporados a la enseñanza oficial y sujetos a su fiscalización o adscriptos a ella, siempre que se encuentren reconocidos y funcionen con permiso expreso de la autoridad educacional oficial.

La res. 14/2002 dispone que la percepción de esta asignación procede para la educación inicial, cuando sea dictada en instituciones fiscalizadas por la autoridad educacional, que impartan enseñanza sistematizada dirigida a educar a los menores y prepararlos para la iniciación del ciclo escolar.

El pago de esta asignación procede en los casos de concurrencia regular del hijo discapacitado a cargo del titular a establecimiento oficial o privado controlado por autoridad competente, en el que se presten servicios de rehabilitación exclusivamente.

También corresponde esta asignación por los hijos discapacitados aun cuando sean mayores de 18 años y sin tope remuneratorio.

Asimismo, los trabajadores, beneficiarios de la prestación por desempleo y beneficiarios del SIJyP que posean autorización expresa de la Anses para la percepción de la asignación por hijo con discapacidad, perciben la asignación por ayuda escolar. Cuando la documentación respaldatoria no es presentada dentro del plazo conferido, o se constate la falta de asistencia efectiva al ciclo lectivo, se procede al descuento automático de la asignación.

— *Documentación respaldatoria para la percepción de esta asignación*:

1) certificado de finalización del ciclo lectivo anterior o matrícula de inscripción correspondiente al año que se liquida dentro de los sesenta días de finalizado el ciclo lectivo;

2) certificado de inicio del ciclo lectivo correspondiente al año que se liquida. Deberá ser presentado dentro de los sesenta días de iniciado el ciclo lectivo.

## 3. Asignaciones de pago único. Aspectos comunes

*Para el pago de las asignaciones por nacimiento, matrimonio y adopción, el trabajador debe estar en relación de dependencia al producirse el hecho generador.*

La asignación por nacimiento corresponde abonarse cuando éste se produce sin vida, siempre que la gestación hubiere tenido un mínimo de ciento ochenta días. También procede en el caso de reconocimiento de hijos, siempre que no hubieren transcurrido dos años a partir de la fecha de ocurrido el nacimiento y que no se hubiere percibido esta asignación con anterioridad.

En el caso de adopción o nacimiento múltiple, corresponde el pago de una asignación por adopción o nacimiento por cada uno de los hijos.

En los casos de nacimientos y/o matrimonios ocurridos en el extranjero sólo es procedente el pago de las asignaciones respectivas si el interesado acredita las situaciones señaladas mediante la presentación de la documentación requerida en la resolución.

### *3.1. Asignación por nacimiento*

*Consiste en una suma de dinero que se paga en el mes que se acredite el nacimiento del hijo ante el empleador* (art. 12, ley 24.714).

Para el goce de esta asignación se requiere una *antigüedad mínima y continuada de seis meses a la fecha del nacimiento.*

El monto asciende a la suma de $ 600 (art. 18) para los que perciban remuneraciones desde $ 100 hasta $ 4800. En los casos de alumbramiento múltiple se paga una asignación por cada hijo nacido.

— *Documentación respaldatoria para la percepción de esta asignación*:

1) formulario de solicitud de prestación certificado por el empleador;

2) DNI del beneficiario —original y copia—;

3) DNI del recién nacido —original y copia—;

4) partida de nacimiento;

5) fotocopia de los recibos de sueldo correspondientes al primero o segundo semestre o a la primera remuneración, según sea el caso. Fotocopia del recibo de sueldo correspondiente al mes en que se produce el hecho generador;

6) cuando el nacimiento se hubiere producido en el extranjero: DNI del recién nacido y partida de nacimiento traducida, visada por el Consulado argentino y legalizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina.

### *3.2. Asignación por adopción*

*Consiste en una suma de dinero que se paga al trabajador en el mes en que acredite dicho acto ante el empleador* (art. 13, ley 24.714).

Para el goce de esta asignación *se requiere una antigüedad mínima y continuada en el empleo de seis meses.*

El monto de la asignación por adopción asciende a la suma de $ 3600 (art. 18) para los que perciban remuneraciones desde $ 100 hasta $ 4800 (dec. 1345/2007).

En los casos de adopción, la asignación por hijo es abonada con retroactividad a la fecha en que la Ley de Adopción vigente o la sentencia que confiere la adopción, reconozcan los efectos de esta última, salvo que durante el lapso respectivo el beneficiario hubiere estado percibiéndola como consecuencia de la guarda del menor.

— *Documentación respaldatoria para la percepción de esta asignación*:

1) formulario de solicitud de prestación certificado por el empleador;

2) DNI del beneficiario —original y copia—;

3) DNI del adoptado, con su nuevo apellido en caso de adopción plena —original y copia—;

4) testimonio de la sentencia de adopción —original y copia—;

5) partida de nacimiento del adoptado —original y copia—;

6) fotocopia de los recibos de sueldo correspondientes al primer o segundo semestre, o a la primera remuneración, según fuere su caso; fotocopia del recibo de sueldo correspondiente al mes en que se produce el hecho generador.

### *3.3. Asignación por matrimonio*

*Consiste en una suma de dinero que se paga en el mes en que el trabajador acredita su matrimonio en forma fehaciente ante el empleador* (art. 14, ley 24.714). Para el goce de esta asignación *se requiere una antigüedad mínima y continuada de seis meses en el empleo.*

Se paga a ambos contrayentes si los dos están en las condiciones de percepción requeridas por la norma.

El monto de la asignación por matrimonio asciende a la suma de $ 900 (art. 18) para los que perciban remuneraciones desde $ 100 hasta $ 4800 (dec. 1345/2007).

— *documentación respaldatoria para la percepción de esta asignación:*

1) formulario de solicitud de prestación certificado por el empleador;

2) DNI del beneficiario y de su cónyuge —original y copia—;

3) certificado de matrimonio —original y copia—;

4) fotocopia de los recibos de sueldo correspondientes al primero o segundo semestre, o a la primera remuneración, según sea el caso;

5) fotocopia de los recibos de sueldo correspondientes al mes en que se produce el hecho generador;

6) cuando el matrimonio se hubiere producido en el extranjero: DNI del/la cónyuge y certificado de matrimonio traducido, visado por el Consulado argentino y legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina.

## Asignaciones

| *Clasificación* | *Tipo de asignación* | *Requisito y tiempo de percepción* | *Remuneraciones - monto* | | |
|---|---|---|---|---|---|
| PAGO MENSUAL | Hijo | — Menor de 18 años a cargo. | Desde $ 100 a $ 2400 | Desde $2400,01 a $ 3600 | Desde $3600,01 a $ 4800 |
| | | | $ 220 | $ 166 | $ 111 |
| | Hijo con discapacidad* | — Hijo discapacitado a cargo.<br>— Sin límite de edad. | $ 880 | $ 660 | $ 440 * |
| | Hijo para protección social | | $ 41 | | |
| | Prenatal | — Desde el momento de la concepción hasta el nacimiento.<br>— Antigüedad mínima de tres meses. | $ 220 | $ 166 | $ 111 |
| | Maternidad* | — Período de licencia legal.<br>— Antigüedad mínima de tres meses. | — Suma igual a la que hubiera percibido en su empleo. | | |
| | Nacimiento de hijo con síndrome de Down | — Desde fin de licencia por maternidad (noventa días), por un período de hasta seis meses. | — Suma igual a la que hubiera percibido en caso de prestación de servicios. | | |
| | Cónyuge —sólo para SIJyP— | — Al beneficiario por su cónyuge. | Hasta $ 4800<br>$ 41 | | |
| PAGO ANUAL | Ayuda escolar | — Mes de marzo de cada año o comienzo de ciclo lectivo.<br>— Por cada hijo. | Desde $ 100 a $ 4000<br>$ 170 | | |
| PAGO ÚNICO | Nacimiento | — Cuando se acredite el nacimiento.<br>— Antigüedad mínima de seis meses. | $ 600 (tope $ 4800) | | |
| | Adopción | — Cuando se acredite dicho acto.<br>— Antigüedad mínima de seis meses. | $ 3600 (tope $ 4800)<br>— Alumbramiento múltiple: se paga por cada hijo. | | |
| | Matrimonio | — Cuando se acredite dicho acto.<br>— Antigüedad mínima de seis meses. | $ 900 (tope $ 4800) | | |

* No tiene tope remuneratorio.

CAPÍTULO XXXI

# OBRAS SOCIALES. SEGURO DE SALUD

## I. OBRAS SOCIALES

### 1. Antecedentes y concepto

Las obras sociales *son entes autónomos* que integran el sistema nacional de salud y *son financiados con aportes del trabajador y contribuciones del empleador; su finalidad principal es la prestación de los servicios de salud.*

El subsistema especial de obras sociales responde a la necesidad de facilitar la recuperación de la salud de sus afiliados, o bien tiene una finalidad preventiva.

Debe, en buena medida, su existencia a la actuación, en primer lugar, de las asociaciones mutuales o mutualidades surgidas en el siglo XIX, instituciones agrupadas en forma voluntaria; por ejemplo, aquellas que reunían personas de la misma nacionalidad, como la Asociación Española de Socorros Mutuos o la Unione e Benevolenza; y luego a las distintas asociaciones sindicales, cuya función no se redujo históricamente a la concertación de las condiciones de trabajo, sino también a brindar a los afiliados prestaciones tendientes a mejorar su calidad de vida.

Hacia fines de la década del 50 y principios de la del 60, comienzan a insertarse en los convenios colectivos cláusulas de carácter obligacional, por las que los empleadores se comprometían a efectuar aportes destinados a su financiamiento, que se completaba con los que estaban a cargo de los mismos afiliados.

Así, como nacieron los primeros "institutos" u obras sociales, tales como la de los ferroviarios, los bancarios y de seguros y los de las industrias del vidrio y de la carne.

La ley 18.610 (1970), reglamentada por el dec. 4714/1971, terminó con la circunstancia de hecho de que la financiación y viabilidad del sistema quedara librado a la capacidad de negociación sindical, estableciendo la obligación legal de crear y financiar dichas obras con aportes y contribuciones a cargo de los empleados y empleadores, sin distinguir entre aquellos afiliados y no afiliados a la asociación sindical.

Asimismo, creó el Instituto Nacional de Obras Sociales (INOS), como órgano de control.

El sistema fue posteriormente ampliado, extendiéndose a los trabajadores a domicilio, distribuidores, vendedores de diarios y revistas, al personal de actividades rurales y afines y conductores de taxis, entre otros.

La ley 18.610 y sus complementarias fueron derogadas por la ley 22.269 (1980), que rigió hasta el año 1989, cuando entró en vigencia la ley 23.660 (BO del 20/1/1989).

Los decs. 446/2000, 1140/2000 y 1305/2000 disponen la libre elección de la obra social para los beneficiarios identificados en los arts. 8° y 9°, ley 23.660.

En el plano del derecho internacional, el derecho a la salud se encuentra contemplado y garantizado en diferentes instrumentos internacionales y declaraciones constitucionales de derechos sociales. Así, en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud de 1946 se declaró que el goce del grado máximo de salud que se puede lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

El concepto fue receptado dos años más tarde en la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde se estableció en el art. 25.1 el derecho a un nivel de vida adecuado, con expresa mención a la asistencia médica y al derecho al seguro en caso de enfermedad; y en 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 12.1, reconoció el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. En 1967, en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) se afirmó que el trabajo debe prestarse en condiciones que aseguren, entre otros aspectos, la salud del trabajador y su familia.

En igual sentido, la Declaración Sociolaboral del Mercosur del 10/12/1998 incluye, en sus arts. 17 y 18, principios y derechos básicos en el área laboral, y entre los derechos reconocidos alude a la salud y seguridad en el trabajo, así como también aspectos vinculados a la inspección en el trabajo, con el compromiso de los Estados a controlar el cumplimiento de las disposiciones en materia de protección de condiciones y medio ambiente laboral.

A partir del convenio 102, también denominado "Norma mínima de seguridad social", la OIT utiliza la expresión "contingencias sociales" para referirse a aquellas atinentes a la materia. La Organización Panamericana de la Salud (OPS) define el sistema de salud como el conjunto de mecanismos a través de los cuales la capacidad instalada y los recursos humanos y financieros se organizan, mediante un proceso administrativo y una tecnología médica, para ofrecer prestaciones médicas integradas en cantidad, calidad y oportunidad adecuadas para cubrir la demanda de servicios de la población.

## 2. La ley 23.660. Ámbito de aplicación

El art. 1°, ley 23.660, establece que *el ámbito de aplicación de la ley comprende*:

— las obras sociales sindicales correspondientes a las asociaciones gremiales de trabajadores con personería gremial, signatarias de CCT;

— las obras sociales de las empresas y sociedades del Estado;

— las obras sociales del personal de dirección y de las asociaciones profesionales de empresarios;

— las obras sociales del personal civil y militar de las fuerzas armadas, de seguridad, Policía Federal Argentina, Servicio Penitenciario Federal y los retirados, jubilados y pensionados del mismo ámbito, cuando adhieran en los términos que determine la reglamentación;

— las obras sociales de la Administración central del Estado nacional y sus organismos autárquicos y descentralizados.

Hay una excepción en la ley 24.741, sobre obras sociales de las universidades nacionales, que al no estar en el esquema de las leyes 23.660 y 23.661, sin embargo, reconoce el derecho a la libre opción. No así todas las obras sociales de las provincias, la de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, la del Poder Judicial de la Nación y la del Poder Legislativo de la Nación. Tampoco hay derecho de opción respecto de las obras o servicios sociales de las fuerzas arma-

das y de seguridad. La Obra Social del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires —hoy OSBA, ex IMOS—, a través de la ley 3021 (BO del 17/4/2009) aseguró la libre opción de obra social para todos los afiliados activos; sin embargo, retiene el aporte de éstos y no les permite la libre opción, convirtiéndose dentro del grupo de obras sociales cautivas.

El art. 3° expresa que *prioritariamente* las obras sociales *destinan sus recursos a las prestaciones de salud, y brindan, asimismo, otras prestaciones sociales*. En calidad de agentes naturales forman parte del Sistema Nacional de Seguro de Salud.

## 3. Documentación e inscripción

Las obras sociales anualmente *deben presentar ante la Administración Nacional de Seguro de Salud* (Anssal) *la siguiente documentación* (art. 4°):

— programas de prestaciones médico-asistenciales para sus beneficiarios;

— presupuestos de gastos y recursos para su funcionamiento y la ejecución del programa;

— memoria y balance de ingresos y egresos financieros del período anterior;

— copia legalizada de todos los contratos de prestaciones de salud que celebren durante el mismo período, a efectos de confeccionar un registro de ellos.

Deben inscribirse en el registro que funciona en el ámbito de la Anssal, bajo las condiciones establecidas por la Ley del Sistema Nacional de Seguro de Salud (art. 6°).

*Res. 792/2006 (BO del 22/11/2006)*: aprueba con carácter taxativo y obligatorio, los libros que deben llevar las obras sociales, mutuales y todo ente público, semipúblico, privado o mixto que se encuentre inscripto o se inscriba como agente del seguro de salud. Aprobar con carácter taxativo y obligatorio los libros enumerados en el anexo I, que deben llevar las obras sociales, mutuales y todo ente ya sea público, semipúblico, privado o mixto que se encuentre inscripto o se inscriba en el futuro como agente del seguro de salud en el Registro Nacional de Obras Sociales, dependiente de la Superintendencia de Servicios de Salud o del organismo que en su caso la sustituya.

La res. gral. 247/1996 MSyAS (BO del 29/5/1996) establece el Programa Médico Obligatorio para todas las obras sociales del sistema de las leyes 23.660 y 23.661, que brindan a sus beneficiarios las prestaciones de prevención, diagnóstico y tratamiento médico y odontológico, bajo control de la Anssal y del Ministerio de Salud y Acción Social.

## 4. Personas incluidas en calidad de beneficiarias

*Las personas* enumeradas en los arts. 8° y 9°, ley 23.660 (enumeración amplia), *que revisten calidad de beneficiarios de las obras sociales, son*:

— los trabajadores que presten servicio en relación de dependencia (público o privado), jubilados y pensionados; es decir, los trabajadores que prestan servicios en relación de dependencia en el ámbito privado, en el sector público del Poder Ejecutivo o en sus organismos autárquicos y descentralizados, en empresas y sociedades del Estado, en el gobierno de la ciudad de Buenos Aires y en el territorio nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur;

— beneficiarios de prestaciones no contributivas (art. 8°);

— se amplía el concepto de grupo familiar primario (art. 9°), incluyendo además del cónyuge al hijo soltero no emancipado por edad o por desarrollo de actividad hasta los 21 años, en caso de estar a exclusivo cargo del afiliado titular, y hasta los 25 años si cursa estudios regulares

oficialmente reconocidos. Se incorporan los hijos del cónyuge y las personas que convivan con el afiliado titular y reciban ostensible trato familiar;

— se autoriza a la Dirección Nacional de Obras Sociales (antes INOS) a incorporar otros beneficiarios (ascendientes o descendientes por consanguinidad del beneficiario titular, padres o nietos) a su cargo, fijando un aporte adicional del 1,5%, exigible sólo en este supuesto.

— según la res. 240/2001 SSS, beneficiarios que solicitan su incorporación como adherentes, abonando las cuotas correspondientes, según el plan;

— los jubilados y pensionados nacionales y los del gobierno de la ciudad de Buenos Aires.

## 5. Extensión del beneficio

*El carácter de beneficiario se mantiene mientras exista el contrato de trabajo y la relación de empleo público y el trabajador perciba la remuneración de su empleador, excepto en los siguientes casos* (art. 10):

— si se extingue el contrato de trabajo, el trabajador mantiene su calidad de beneficiario por el plazo de tres meses, contados desde su distracto, sin obligación de efectuar aportes si se desempeñó de manera continuada durante más de tres meses;

— si se interrumpe por accidente o enfermedad inculpable, el trabajador mantiene su calidad de beneficiario por el período de conservación del empleo sin percepción de remuneración, y sin la obligación de efectuar aportes;

— si el trabajador es suspendido sin remuneración, mantiene su calidad de beneficiario por el plazo de tres meses. Si la suspensión se prolonga, puede continuar manteniendo dicho carácter cumpliendo con las obligaciones del aporte a su cargo y de la contribución a cargo del empleador;

— cuando por razones particulares el trabajador goza de licencia sin remuneración, puede mantener su calidad de beneficiario mientras dure dicha licencia, cumpliendo con las obligaciones de aportes a su cargo y las contribuciones a cargo del empleador;

— los trabajadores de temporada pueden mantener el carácter de beneficiarios durante el período de receso y mientras subsista el contrato de trabajo, cumpliendo durante este período con las obligaciones de aportes a su cargo y de la contribución a cargo del empleador. Si el beneficiario pasa a ser titular en razón de otro contrato de trabajo, cesa este derecho;

— si la mujer está en situación de excedencia, puede mantener su calidad de beneficiaria durante ese período, cumpliendo con las obligaciones del aporte a su cargo y de la contribución a cargo del empleador;

— en caso de muerte del trabajador, los integrantes del grupo familiar primario mantienen el carácter de beneficiarios por el plazo de tres meses. Vencido dicho plazo, pueden continuar manteniendo ese carácter cumpliendo con los aportes y contribuciones que hubieren correspondido al beneficiario titular.

## 6. Administración y financiamiento

La *administración de las obras sociales* sindicales con patrimonio de los trabajadores que las componen es ejercida por una autoridad colegiada de cinco miembros como máximo, elegidos por la asociación sindical con personería gremial firmante de los CCT que correspondan (art. 12).

*Se financian con los aportes y contribuciones que deben efectuar los integrantes del sistema* (art. 16).

A cargo del empleador: el 6% de la remuneración de los trabajadores que presten servicios en relación de dependencia. A cargo de los trabajadores que presten servicios en relación de dependencia: el 3% de su remuneración. Por cada beneficiario a cargo del titular: el 1,5% de su remuneración.

En septiembre de 2010, mediante res. gral. AFIP 2922/2010 (BO del 30/9/2010), se determinan los límites mínimo y máximo de la base imponible para la determinación de aportes y contribuciones con destino a los subsistemas de la seguridad social: aportes, tope mínimo: 363,98; tope máximo: 11.829,21 y contribuciones patronales, tope mínimo: 363,98 y máximo: sin tope. Sin embargo, y según lo dispuesto en el art. 92 ter, LCT, en caso de contrato a tiempo parcial, los aportes y contribuciones a obra social serán los que correspondan a un trabajador a tiempo completo.

*Estos aportes, contribuciones y recursos sólo pueden ser aumentados por ley* (art. 17, ley 23.660).

El art. 19, ley 23.660, establece que los empleadores, dadores de trabajo o equivalentes en su carácter de agentes de retención deben depositar la contribución a su cargo junto con los aportes que hubiera debido retener al personal a su cargo, dentro de los quince días corridos, contados a partir de la fecha en que se deba abonar la remuneración, conforme se establece en los distintos incisos:

*a)* a la orden de la entidad que corresponda, los porcentajes que a continuación se detallan de la suma de la contribución y los aportes que prevén los incs. a) y b) del art. 16, ley 23.660;

*b)* los porcentajes que a continuación se detallan de la suma de la contribución y los aportes que prevén los incs. a) y b), art. 16, ley 23.660, se destinan al Fondo Solidario de Redistribución, a las cuentas que determine la reglamentación (art. 19, incs. a] y b], ley 23.660, texto según dec. 446/2000, BO del 6/6/2000);

*c)* el 50% de los recursos de distinta naturaleza que prevé la presente ley en su art. 16, a la orden de la obra social correspondiente;

*d)* el 50% de los recursos de distinta naturaleza que prevé el art. 16, a la orden de Anssal, en los mismos términos que los indicados en el inc. b) precedente;

*e)* cuando las modalidades de la actividad laboral lo hagan conveniente, la autoridad de aplicación podrá constituir entidades en agentes de retención de contribuciones y aportes calculados sobre la producción, que equivalgan y reemplacen a los calculados sobre el salario, a cuyo efecto aprobará los convenios de corresponsabilidad suscriptos entre dichas entidades y las respectivas obras sociales.

## 7. Atribuciones de la Dirección Nacional de Obras Sociales

La Dirección Nacional de Obras Sociales —creada en el ámbito del Ministerio de Salud y Acción Social— *coordina e integra las actividades de las obras sociales* en todo aquello que no estén obligadas por la Ley del Sistema Nacional de Seguro de Salud, actuando también como organismo de control para los aspectos administrativos y contables de las obras sociales (art. 26).

*Sus atribuciones son lás siguientes* (art. 27):

— requerir y aprobar la memoria anual y balances de las obras sociales;

— requerir y suministrar información al SURL, para efectuar mejor control de las obras sociales, sin perjuicio de elevar consulta a la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación;

— proponer al PEN la intervención de las obras sociales cuando existan irregularidades;

— llevar un registro de obras sociales donde deben inscribirse;

— solicitar a las obras sociales información necesaria, su ampliación o aclaraciones, a fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones establecidas en la ley;

— resolver conflictos de encuadramiento de los beneficiarios de las obras sociales y determinar el destino de los aportes y contribuciones.

## 8. Acciones y recursos

Se puede interponer por *vía de apremio* (prevista en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) la *acción que persiga el cobro judicial de los aportes, contribuciones, recargos, intereses y actualizaciones adeudadas a las obras sociales y multas establecidas en la ley*, sirviendo de suficiente título el certificado de deuda expedido por las obras sociales o funcionario facultado para ello.

Son *competentes* los *juzgados federales de primera instancia en lo civil y comercial*. En la *ciudad de Buenos Aires* la competencia es de la *justicia federal de la seguridad social*.

La *prescripción* de las acciones para el cobro de estos créditos es de *diez años* (art. 24).

En caso de violación a las disposiciones legales y reglamentarias que establezca el órgano de aplicación, las obras sociales son pasibles de apercibimiento, multa e intervención. Las sanciones de multa e intervención son recurribles —dentro de los diez días hábiles desde la notificación— ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal o la Cámara Federal de la Seguridad Social a opción del recurrente. En las provincias es competente la cámara federal de la jurisdicción del domicilio del sancionado (arts. 28 y 29).

*Sanciones a las obligaciones establecidas en la ley 23.661*: apercibimiento, multa, suspensión de hasta un año o cancelación de la inscripción en el Registro de Prestadores. Son recurribles dentro de los diez días hábiles de notificación ante la Cámara Federal que corresponda, de acuerdo con el domicilio del recurrente.

## 9. Prestaciones obligatorias

La *ley 24.455* (BO del 8/3/1995) establece las prestaciones obligatorias que deben incorporar aquellas obras sociales incluidas en la ley 23.660, recipiendarias del fondo de redistribución de la ley 23.661 (creadora del sistema nacional de salud).

*Las principales prestaciones son las siguientes* (art. 1°, ley 24.455):

— cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas infectadas por algunos de los retrovirus humanos y los que padecen sida o las enfermedades intercurrentes;

— cobertura para los programas de prevención del sida y la drogadicción;

— cobertura para tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas que dependan física o psíquicamente del uso de estupefacientes.

# Obras sociales

| FINANCIAMIENTO - APORTES Y CONTRIBUCIONES | | PRESTACIONES OBLIGADAS |
|---|---|---|
| EMPLEADOR | 5% de la remuneración de trabajadores en relación de dependencia. | — Cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de personas con retrovirus humanos, sida y enfermedades interrecurrentes. |
| | | — Cobertura para los programas de prevención del sida y drogadicción. |
| TRABAJADOR | 3% de su remuneración.<br>↓<br>Por cada beneficiario a cargo: 1,5% de su remuneración. | — Cobertura para tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de dependientes de estupefacientes. |

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ratificó una resolución de primera instancia que condenaba a una prepaga a abonar a un afiliado de ella el reintegro por las prestaciones médicas e internaciones efectuadas a su hijo menor de edad, drogadependiente, las cuales no habían sido cubiertas por la entidad. Los jueces que integran la sala G, en la causa "L. F. C. v. Asociación Civil Hospital Alemán s/cobro de sumas de dinero", entendieron que de acuerdo con lo establecido en el art. 1°, ley 24.455, la cobertura para tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas que dependen física o psíquicamente del uso de estupefacientes, también debe extenderse a las entidades de medicina prepaga (8/9/2009, "L. F. C. v. Asociación Civil Hospital Alemán s/cobro de sumas de dinero").

## 10. Ley 24.091 instituye el Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de personas con discapacidad

Se incorpora el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (ley 25.673), prevención del aborto, prevención de enfermedades de trasmisión sexual. Acceso a orientación, métodos y prestaciones de servicios. Incluye prevención de embarazos no deseados.

Se contempla la cobertura durante el embarazo y el parto a partir del diagnóstico y hasta el primer mes luego del nacimiento, en el marco del Plan Materno Infantil. La cobertura es del 100% tanto en internación como en ambulatorio. Atención del recién nacido hasta cumplir un año. Se contemplan actividades para la promoción de la salud en general y la salud mental en particular.

La res. 310/2004, modificatoria de la res. 201/2002, asegura el 70% de descuento en medicamentos destinados a patologías crónicas prevalentes (enfermedades cardiovasculares, respiratorias, neurológicas, reumáticas, etc.), cobertura en medicamentos contra la diabetes (reacciones-insulina, 100%).

Por la ley 26.396 de Trastornos Alimentarios, la atención de la obesidad mórbida (cirugía bariátrica).

## 11. Derecho de opción del trabajador

El dec. 504/1998 (BO del 12/5/1998) reglamentó el derecho de opción de cambio entre obras sociales de los beneficiarios del Sistema Nacional de Seguro de Salud y derogó los decs. 1560/1996 y 84/1997 y la res. 633/1996 MSyAS.

El cambio permitido a los beneficiarios era sólo entre obras sociales sindicales. No podían elegir una obra social del personal de dirección —como OSDE o ASE— ni tampoco pasarse a una empresa de medicina privada, mutual o prepaga.

Los decs. 446/2000, 1140/2000 y 1305/2000 instituyeron la posibilidad de que los beneficiarios del Sistema Nacional de Seguro de Salud ejercieran en forma amplia su derecho de opción entre distintos agentes del seguro de salud. Ante estas modificaciones, diversas obras sociales interpusieron acciones judiciales y obtuvieron medidas cautelares que suspendieron la aplicación de dichos decretos.

Frente a ello, el Poder Ejecutivo, por medio del dec. 377/2001 (BO del 30/3/2001), suspendió la aplicación de los decs. 446/2000, 1140/2000 y 1305/2000 hasta tanto recaiga sentencia definitiva con relación a las medidas cautelares dictadas en los procesos judiciales en trámite.

Las principales modificaciones introducidas por los decretos referidos son las siguientes.

El dec. 446/2000 (BO del 6/6/2000) dispone que a partir del 1/1/2001 los beneficiarios del Sistema Nacional de Seguro de Salud podrán ejercer el derecho de opción entre las obras sociales y entidades que se hubieran adherido a las leyes 23.660 y 23.661 y, asimismo, respecto de las entidades que tengan por objeto específico la prestación de servicios de salud en conformidad con lo establecido en este decreto.

En sus considerandos, el dec. 446/2000 establece que las nuevas entidades que deseen ser elegidas por los beneficiarios del Sistema Nacional de Seguro de Salud previamente deberán adherirse al sistema de la ley 23.661, en los términos que fije la autoridad de aplicación.

Luego se dictó el dec. 1400/2001, que reguló nuevamente el derecho de opción con modificaciones al dec. 504/1998, estableciendo que la libre elección se podría ejercer desde el ingreso en el trabajo, pero sólo una vez por año.

Concretamente, los beneficiarios pueden optar entre:

a) las obras sociales enumeradas en el art. 1°, ley 23.660, con excepción de las indicadas en su inc. g) y del Inssjp (texto del inc. a], según dec. 1140/2000, BO del 5/12/2000);

b) cualquiera de las entidades que se hubieran adherido al sistema de la ley 23.661 y su modif.;

c) cualquiera de las entidades que tengan por objeto específico la prestación de servicios de salud, las cuales deberán adicionar a su denominación la expresión "agente adherido al Sistema Nacional de Seguro de Salud".

Las entidades deben admitir la afiliación de todo beneficiario titular del Sistema Nacional de Seguro de Salud que así lo solicite, no pudiendo quedar supeditada al estado de salud o edad de los beneficiarios ni establecer exámenes psicofísicos o períodos de carencia ni otro requisito de aceptación. Las entidades no pueden decidir unilateralmente la baja de ningún afiliado.

El ejercicio de opción puede ser ejercido, personalmente, sólo una vez al año durante todo el año calendario, y se hace efectivo a partir del primer día del tercer mes posterior a la presentación de la solicitud.

Los trabajadores pueden ejercer el derecho de opción desde el inicio de la relación laboral.

El afiliado que ejerza su derecho de opción debe hacerlo con todos los beneficios comprendidos en el art. 9°, ley 23.660. Los beneficiarios no podrán ejercer el derecho de opción una vez extinguida su relación laboral.

## 12. Res. 950/2009. Superintendencia de Servicios de Salud. Obras sociales. Mecanismo de opción de cambio de obra social. Modificación del 18/9/2009 (BO del 25/9/2009)

Los formularios de opción de cambio deben contar con la firma del beneficiario debidamente certificada por autoridad competente (escribano, autoridad policial, bancaria o judicial). Incorpórase al formulario de opción de cambio la constancia del teléfono móvil y el correo electrónico del beneficiario.

Los formularios de opción de cambio deben ser presentados ante la Superintendencia de Servicios de Salud refrendados por alguno o algunos de los miembros del Consejo Directivo de la obra social receptora, siendo éstos solidariamente responsables por las irregularidades que se pudieren detectar en la documentación acompañada.

Una vez presentada la solicitud de cambio, el afiliado no puede retractarse. Estas condiciones podrán ser modificadas en casos particulares cuando se acrediten causas de fuerza mayor. Las causales de fuerza mayor son las relacionadas con cuestiones prestacionales exclusivamente, no siendo pasibles de tratamiento por parte del organismo las invocaciones de orden económico. El cómputo del año para el ejercicio de la opción de cambio para aquellos benefi-

ciarios del Sistema Nacional del Seguro de Salud que hayan solicitado y obtenido la retractación se iniciará desde el momento de su presentación ante este organismo.

La presentación de un beneficiario del Sistema Nacional del Seguro de Salud desconociendo su firma en un formulario de opción de cambio de obra social —efectuada con anterioridad al dictado y vigencia del presente acto administrativo— activará automáticamente el procedimiento previsto en el anexo I de la resolución.

Si en la presentación la firma del beneficiario estuviera certificada por autoridad competente, se incorporará al expediente el ejemplar del formulario de opción de cambio en poder de este organismo. La Gerencia de Servicios al Beneficiario podrá solicitar a la obra social receptora el ejemplar del formulario en su poder, fijándose para ello un plazo de diez días y bajo apercibimiento de resolver sin su contestación.

Posteriormente, se dictará acto administrativo que disponga la anulación de la opción de cambio y la inmediata promoción de la denuncia penal correspondiente.

Si la presentación no contara con firma certificada, se citará al beneficiario a fin que ratifique su presentación, dentro del plazo de diez días de notificado fehacientemente.

Dicha ratificación podrá ser de manera personal ante la Gerencia de Servicios al Beneficiario o a través de modalidades a distancia —carta documento, nota con firma certificada por autoridad competente u otros modos fehacientes—.

Vencido el plazo previsto sin que el beneficiario hubiera ratificado su presentación, se dispondrá el archivo del expediente.

### 13. Res. 1240/2009. Superintendencia de Servicios de Salud. Obras sociales. Opción de cambio de obra social. Procedimiento. Plazos. Formulario del 30/12/2009 (BO del 8/1/2010)

El agente del seguro de salud habilitado para ser elegido deberá solicitar los formularios a la Superintendencia, los que serán entregados numerados y bajo constancia.

Hasta tanto se encuentren impresos los nuevos formularios, mantendrán su vigencia los utilizados actualmente.

Se establece que aquellos formularios que contengan los errores individualizados en el pto. 2 del anexo II, serán rechazados: "Los campos alfabéticos se completan de izquierda a derecha, con letra legible tipo imprenta mayúscula y se dejan en blanco los casilleros de la derecha no utilizados".

En aquellos casos en los cuales los beneficiarios retiren los formularios de la sede de la obra social, para cumplimentar con la certificación de la firma, deberán ser restituidos al agente del seguro, en el plazo de tres días hábiles, contados desde la fecha en la cual la firma fue certificada por la autoridad competente, a efectos de ejercer la opción de cambio. Una vez transcurrido dicho plazo, la obra social se encuentra facultada para rechazar la recepción del formulario, bajo constancia.

Establece que, a partir de la entrada en vigencia de la presente resolución las obras sociales deberán presentar, dentro del plazo de diez días hábiles, contados desde la fecha del ejercicio de la opción, los formularios de opción de cambio, siendo que aquellos formularios que excedan dicho plazo serán rechazados.

La presentación de los formularios de opción de cambio por parte de las obras sociales deberá ser realizada en forma semanal, y la entrega deberá efectuarse en la Gerencia de Servicios al Beneficiario, Departamento Control de Opciones, que emitirá un recibo provisorio.

Dentro del plazo de diez días hábiles ambas áreas deberán expedirse sobre la existencia de errores en los formularios de opción remitidos y/o en el contenido del soporte magnético. En

el supuesto de existir errores, en el soporte magnético y/o los formularios, que no sean los enumerados en el anexo II, serán restituidos a la obra social a efectos de subsanarlos, otorgándose listado detallado de los objetados y recepción definitiva de los no cuestionados.

Las obras sociales deberán subsanar las observaciones y remitir nuevamente los formularios a la Gerencia de Servicios al Beneficiario en el plazo de cinco días de la devolución, para su nueva evaluación, en los términos y por el procedimiento previsto en el artículo anterior. No existiendo errores ni observaciones que efectuar, se emitirá un recibo de recepción definitiva a la obra social de que se trate. Si se verificara nuevamente la existencia de errores, los formularios serán rechazados.

Producida la recepción definitiva, la Subgerencia de Informática emitirá un reporte con los formularios pendientes de corrección previo a dar de baja definitivamente éstos.

Establézcase que las fechas registradas en el formulario de opción de cambio, el libro rubricado de opción de cambio, la constancia de recepción de la cartilla, el formulario de información y el soporte magnético deberán guardar coincidencia entre sí.

El formulario de opción de cambio deberá estar acompañado, además del formulario de información y la constancia de recepción de cartilla, por copia simple de la hoja 1 y 2 del DNI y del último recibo de sueldo.

Aquellas obras sociales que no hayan presentado la cartilla de prestadores para su aprobación en el organismo, se encuentran inhabilitadas para ser receptoras de opciones de cambio. Las cartillas deberán ser presentadas noventa días antes del comienzo del ejercicio económico-financiero correspondiente y deberán estar rubricadas por la autoridad máxima de la obra social.

El incumplimiento de la presente resolución, por parte de las obras sociales, provocará la aplicación del régimen sancionatorio previsto por las leyes 23.660 y 23.661.

## 14. Res. 362/2009. Superintendencia de Servicios de Salud. Beneficiarios que deseen unificar sus aportes y contribuciones en un agente del seguro de salud. Normas de procedimiento del 19/3/2009 (BO del 25/3/2009)

*Los matrimonios en los que ambos cónyuges sean beneficiarios titulares podrán afiliarse a un único agente del seguro, acumulando sus aportes y contribuciones.*

*Las personas que convivan con el afiliado titular y reciban de éste ostensible trato familiar.*

*Los cónyuges o convivientes que pertenezcan a obras sociales con sistemas de opción de cambio diferenciados puedan llevar a cabo la unificación de sus aportes*

*Los casos de pluriempleo de uno o ambos de los cónyuges o convivientes, desarrollando la posibilidad de direccionar los aportes y contribuciones hacia el agente del seguro de salud elegido por los presentantes.*

La Superintendencia de Servicios de Salud debe adoptar las medidas necesarias tendientes a garantizar la cobertura de las prestaciones médicas especiales de alta complejidad o de alto costo y baja frecuencia de utilización, y las de discapacidad, para aquellos beneficiarios de entidades que no hayan recibido la distribución automática prevista en el inc. c), art. 24, ley 23.661, modificado por el dec. 446/2000.

Asimismo, el dec. 1140/2000 (BO del 12/5/2000), en sus considerandos, estableció que para el dictado del dec. 446/2000 se tuvo en cuenta la crisis en que se encontraba "el sistema de salud y la necesidad de introducir modificaciones urgentes que permitieran a diversas entidades, a más de las existentes (obras sociales), ampliar las posibilidades de opción de los beneficiarios de dicho sistema".

También fija, "con el objeto de garantizar la atención y cobertura médica de los beneficiarios", nuevos destinos para los recursos del Fondo Solidario de Redistribución, lo cual, entien-

de, permitirá un mejor funcionamiento del régimen, su control y supervisión, así como también atender a aquellos que perciban menores ingresos y la cobertura de eventuales prestaciones médicas especiales de alta complejidad o de alto costo y baja frecuencia de utilización, y las de discapacidad.

A efectos de "garantizar la equidad del sistema", precisa que las entidades que adhieran deben brindar a sus afiliados un plan médico asistencial que contenga, como mínimo, la totalidad de las prácticas y servicios contenidos en el PMO, sin perjuicio de la cobertura de prestaciones médicas adicionales, no esenciales, que puedan convenir y que cuenten con la aprobación previa de la Superintendencia de Servicios de Salud.

En el art. 15 consigna que son denunciados ante la autoridad de aplicación los empleadores y los agentes del Sistema Nacional de Seguro de Salud, naturales o adheridos en el marco del dec. 446/2000, sus representantes legales, funcionarios y/o empleados superiores que, de cualquier forma, realicen algún procedimiento o adopten alguna conducta que tenga por objeto viciar la voluntad o la libertad de los afiliados en su derecho de opción. La autoridad de aplicación debe adoptar las medidas legales que correspondan.

El dec. 1019/2000 (BO del 8/11/2000) aclaró que la prohibición de reingreso prevista en el art. 10 del anexo I a la decisión administrativa 5/2000 para el personal que se hubiere acogido al sistema de retiro voluntario, alcanza también el ámbito del sector público nacional comprendido por el inc. b), art. 8°, ley 24.156, incorporado en virtud de lo dispuesto por la decisión administrativa 37/2000 y sus normas complementarias.

## 15. Administración de programas especiales

### *15.1. Programa de Cobertura de Prestaciones Médico-Asistenciales*

*Res. 500/2004.* Establece el nuevo Programa de Cobertura de Prestaciones Médico-Asistenciales, por medio del cual se otorgará apoyo financiero para el pago de determinadas prestaciones médicas, prótesis, órtesis, medicación y material descartable.

*Requisitos a cumplir por parte de los agentes del seguro de salud.* Cada solicitud de subsidio o reintegro deberá ser presentada por escrito mediante nota dirigida a la máxima autoridad del organismo, suscripta por el representante legal de la entidad solicitante, certificada su firma por institución bancaria o escribano público, excepto que ésta se halle registrada en el Registro de Autoridades y Representantes Legales creado por la res. 9486/03-APE.

Como quedara dicho, desde el 1/1/2001 rige el sistema de desregulación de obras sociales. Los trabajadores en relación de dependencia pueden cambiar de obra social y elegir entre las actuales obras sociales sindicales y de dirección y las empresas de medicina privada —ya sean prepagas o empresas formadas especialmente— que participen en este proceso de "competencia regulada". El afiliado, en definitiva, puede optar entre cualquiera de los prestadores, más allá de su origen.

El sistema prevé la posibilidad de que una persona que pasó de una obra social a una prepaga vuelva a la obra social, o también que pase de una prepaga a otra. Los afiliados no tienen limitación alguna para elegir, y las entidades que participen en este sistema no pueden rechazar a ningún trabajador. Si alguna entidad lo hace, el afiliado puede presentar una denuncia en el organismo de control, que es la Superintendencia de Servicios de Salud (SSS).

Desde su incorporación a la nueva entidad, el afiliado dispone de todos los servicios. Está prohibido imponer carencias —plazos de espera para ciertas prácticas— o limitaciones por preexistencias —enfermedades ya existentes al momento de la afiliación— o congénitas —patologías de nacimiento—.

La cobertura médica mínima es el PMO, que comprende desde las prácticas asistenciales mínimas hasta tratamientos antisida u oncológicos; es decir que en este aspecto se sigue la práctica habitual de las obras sociales de atender todo tipo de enfermedades.

El afiliado no debe pagar ningún adicional ("extra") por la nueva cobertura. La cobertura básica (PMO) está garantizada con el aporte regular del 9% del salario del trabajador (3% aporta el trabajador y 6% el empleador), como sucede con las obras sociales; por lo cual, pasar de una obra social sindical a una de dirección o a una prepaga no le resulta más oneroso al trabajador.

Del total de aporte a las obras sociales (9%), entre un 80% y un 90% se destina a la obra social y el resto al Fondo de Redistribución, que paga las enfermedades costosas y garantiza que ninguna entidad reciba menos del valor de la cápita que necesita el sistema.

Rigen las normas generales del PMO respecto de los descuentos en medicamentos: 100% de descuento en los medicamentos de internación y un mínimo del 40% en los recetados; sin embargo, las obras sociales o las prepagas pueden elevar esos descuentos. La legislación permite a las entidades que participen ofrecer mayores prestaciones a cambio de un pago adicional (por ejemplo, la internación en determinados sanatorios).

Aquellas personas que se queden sin trabajo tienen también —como ocurría anteriormente— atención médica por los noventa días posteriores en la entidad en la cual se hallen afiliados. La diferencia es que mientras están desocupadas no pueden elegir una nueva cobertura médica, pero mantienen, durante el plazo de prestación del subsidio, aquella que tenían a la disolución del vínculo.

Los principales puntos del dec. 1305/2000, *aggiornado* por el dec. 1400/2001 que reglamenta la desregulación de las obras sociales, y el ejercicio de libre opción, son los siguientes:

— Integran la desregulación las obras sociales (gremiales, de dirección y convenio) y las empresas de medicina privada (prepagas o compañías formadas a tal efecto) que participen del proceso.

— Se puede cambiar de cobertura médica una vez al año a partir del 1/1/2001.

— Se puede optar por cualquier entidad desde el primer día de trabajo, se trate del primer empleo o en caso de que alguien que ya trabaja cambie de ocupación.

— El trámite para el cambio —personal e individual— debe realizarse ante la obra social elegida en el caso de obras sociales sindicales y ante la Anses en el caso de obras sociales de dirección.

— El trabajador que elige una nueva obra social o prepaga obtiene los servicios a los noventa días de realizado el pedido de cambio; por ejemplo, si el afiliado opta por cambiar el 10 de abril, para el 10 de julio debería estar cubierto por la nueva entidad médica.

— Ninguna persona puede ser rechazada en la obra social o empresa privada que elija.

— Se establecen sanciones para todas aquellas personas o entidades que obstaculicen este derecho a la libre elección o que induzcan a los cambios a favor de alguna entidad determinada.

— Si los dos miembros de la pareja trabajan en empresas o actividades diferentes, deben optar por una única cobertura médica. Si no lo hacen, la autoridad de control es la que decide la unificación.

— La cobertura del trabajador que hubiese cambiado la cobertura y que padezca de enfermedades graves preexistentes estará a cargo de la entidad de origen (es decir, de aquella de la cual se retiró) por el plazo de un año.

En este caso, la que recibe al beneficiario le factura a la anterior esos servicios. La SSS debe elaborar una lista de enfermedades y el costo médico de cada una de ellas.

— Se establece un plan médico único que deben cumplir todas las entidades. Este plan tiene que cubrir las prestaciones incluidas en el PMO. Pero se pueden ofrecer prestaciones mé-

dicas no esenciales (no incluidas en el PMO) o mejoras de confort. En estos dos últimos casos, esos beneficios deben ser autorizados por la SSS.

— El Estado garantiza una cápita por beneficiario (tanto para el titular como para los miembros del grupo familiar) para cubrir los costos de la atención. Esa garantía es para compensar los aportes de las personas de menores ingresos; se cubrirá con la creación del Fondo de Redistribución Solidaria (FRS), cuyos fondos provendrán de los aportes de los trabajadores y del IVA que pagan los afiliados a las prepagas.

Están excluidos de la posibilidad de opción: los trabajadores autónomos, los monotributistas, el servicio doméstico y —obviamente— los trabajadores no registrados ("en negro").

La posibilidad de elegir o cambiar de entidad médica no incluye a los afiliados del PAMI ni a los jubilados que se mantienen en las obras sociales a las cuales pertenecían cuando estaban en actividad. Tampoco es aplicable a las obras sociales universitarias nacionales ni a los afiliados a las obras sociales provinciales.

No obstante, el dec. 292/1995 ha permitido el derecho de libre opción de cambio de los jubilados, pero el catálogo de adhesión es sumamente cerrado, de modo que son aquellas obras sociales cuando estaban en actividad, como hemos señalado, las que toman este universo de personas. Hay algunos convenios firmados, como el caso del Hospital Español con la Federación de Obreros Ceramistas, que toman a jubilados de cualquier actividad.

La res. 2/2001 (BO del 12/1/2001) establece que los agentes del Sistema Nacional de Seguro de Salud pueden brindar cobertura médico asistencial a los empleados de los monotributistas, percibiendo en concepto de aportes y contribuciones los previstos en los incs. b) y c), art. 48, anexo de la ley 25.239.

*El caso de los monotribustistas. Ley 26.565 (BO del 21/12/2009)*: el trabajador monotributista, de acuerdo con la categoría por escala de facturación en el marco de la nueva normativa a partir de enero de 2010, tiene asegurado sus aportes y cobertura médica.

En relación con la seguridad social, subieron de $ 35 a $ 110 el aporte jubilatorio y de $ 46,75 a $ 70 el costo de la obra social, para todas las categorías, integrándose con el monto impositivo de impuesto a las ganancias, el cual no ha variado, salvo recategorización.

El catálogo de obras sociales que adhieren a monotributistas no es tan amplio, generalmente son obras sociales sindicales, hay nuevas organizaciones que se están promocionando y pueden consultarse en el padrón de *Sssalud.gov.ar.*

## II. SEGURO DE SALUD

### 1. Alcance y objetivos

Uno de los fines de la seguridad social es la cobertura de las contingencias sociales, resultando una de las más trascendentes la contingencia de origen patológico, es decir, la alteración de la salud.

A fin de procurar el pleno goce del derecho a la salud de todos los habitantes del país sin discriminación de ningún tipo, la *ley 23.661* (BO del 20/1/1989) *crea el Sistema Nacional de Seguro de Salud*. Consiste en un *conjunto de medios e instrumentos mediante los cuales el Estado otorga cobertura de salud, con los alcances de seguro social* (art. 1°).

El *objetivo principal* del seguro es otorgar prestaciones igualitarias de salud, integrales y humanizadas, que tiendan a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que mejore la calidad de vida (art. 2°).

## Seguro de salud

| | |
|---|---|
| CONCEPTO | Conjunto de medios e instrumentos mediante los cuales el Estado otorga cobertura de salud con los alcances de seguro social. |
| PERSONAS INCLUIDAS | — Todos los beneficiarios comprendidos en la Ley de Obras Sociales (ley 23.660). |
| | — Trabajadores autónomos comprendidos en el régimen nacional de jubilaciones y pensiones. |
| | — Personas residentes de manera permanente en el país sin cobertura médico-asistencial por no contar con trabajo remunerado o beneficios previsionales. |

## 2. Personas incluidas en el seguro

Las personas cubiertas por el seguro de salud (art. 5°) *son las siguientes*:

— todos los beneficiarios comprendidos en la Ley de Obras Sociales (ley 23.660);

— los trabajadores autónomos comprendidos en el régimen nacional de jubilaciones y pensiones;

— las personas residentes de manera permanente en el país que estén sin cobertura médico-asistencial como consecuencia de no tener trabajo remunerado o beneficios previsionales.

La incorporación total o parcial al seguro del personal dependiente de los gobiernos provinciales y sus municipalidades y los jubilados, retirados y pensionados del mismo ámbito (mediante los convenios de adhesión) es optativa.

También pueden optar por su incorporación, por medio de los convenios de adhesión, los organismos que brinden cobertura asistencial al personal militar civil y de las fuerzas armadas y de seguridad y el organismo que brinde cobertura asistencial al personal del Poder Legislativo de la Nación o jubilados, retirados y pensionados de dichos ámbitos (art. 6°).

## 3. Administración

*La Anssal funciona en el ámbito de la Secretaría de Salud de la Nación, que es la autoridad de aplicación del seguro.*

Dicha Administración está facultada para ejecutar el 100% de los ingresos que reciba. Mensualmente debe elevar al Tribunal de Cuentas de la Nación la rendición de cuentas y los estados contables (art. 7°).

La Anssal tiene la competencia atribuida por la ley en lo que respecta a los objetivos del seguro, promoción e integración del desarrollo de las prestaciones de salud y la conducción y supervisión del sistema establecido (art. 9°).

## 4. Registro y agentes del seguro

*En el Registro Nacional de Agentes del Seguro, que lleva la Anssal, se deben inscribir*:

— las obras sociales comprendidas en la ley 23.660;

— las asociaciones de obras sociales;

— otras obras sociales que se adhieran al régimen de la ley 23.661;

— las entidades mutuales que hayan suscripto convenios de adhesión con la Secretaría de Salud de la Nación.

El certificado expedido acredita la calidad de agente del seguro, habilitándolo a aplicar los recursos destinados a las prestaciones de salud, previstos en la ley 23.660 (art. 17, ley 23.661).

Los agentes de seguro anualmente deben presentar a la Anssal el programa de prestaciones médico-asistenciales para sus beneficiarios y el presupuesto de gastos y recursos para la ejecución de dicho programa. Dentro de los treinta días hábiles, la Anssal debe resolver la aprobación, observaciones o rechazo de las proposiciones. Transcurrido dicho plazo sin resolución expresa, se consideran aprobadas las propuestas.

## 5. Financiamiento

Con el fin de garantizar las prestaciones referidas en el art. 2°, *el Sistema Nacional de Seguro de Salud cuenta con los siguientes aportes* (art. 21):

— la cobertura de prestaciones que tienen que dar a sus beneficiarios las obras sociales;

— los aportes que sean determinados en el presupuesto general de la Nación;

— el aporte del Tesoro nacional que, según las necesidades adicionales de financiación del seguro, determine el presupuesto general de la Nación;

— las sumas que ingresen al FSR.

Este *FSR* funciona en el ámbito de la Anssal, bajo su administración y como cuenta especial, con los siguientes *recursos* (art. 22):

— el 10% de la suma de la contribución y los aportes que prevén los incs. a) y b), art. 16, ley 23.660 — contribución del empleador del 6% y aporte del trabajador del 3%—, de los sueldos de hasta $ 2400 mensuales, inclusive; el 15% de dicha suma en caso de sueldos superiores a $ 2400, en el caso de obras sociales sindicales; y del 15% del monto de sueldos hasta $ 2400, siendo el 20% en caso de sueldos superiores a $ 2400 en el caso de obras sociales de dirección;

— el 50% de los recursos de distinta naturaleza a que se refiere la última parte del art. 16, ley 23.660;

— el reintegro de los préstamos a que se refiere el art. 24, ley 23.661;

— los montos reintegrados por apoyos financieros que se revoquen más su actualización;

— el producido de las multas aplicadas en virtud de la ley 23.661;

— las rentas de las inversiones efectuadas con recursos del propio Fondo;

— los subsidios, legados y donaciones, subvenciones y todo otro recurso que corresponda ingresar al FSR;

— los aportes que sean establecidos en el presupuesto general de la Nación, y los que sean establecidos con las obras sociales de las jurisdicciones, las asociaciones mutuales o de otra naturaleza que se adhieran al sistema.

El art. 24 hace referencia a la distribución de los recursos.

Este artículo de la ley 23.661, que fue modificado por el dec. 1140/2000 (BO del 5/12/2000), establece en su nueva redacción que los recursos del FSR serán destinados por la SSS a:

*a)* atender los gastos administrativos y de funcionamiento de la SSS, 3% de la totalidad de los recursos del mencionado fondo en cada período presupuestario;

*b)* subsidiar automáticamente a aquellos beneficiarios que, por todo concepto, perciban menores ingresos, con el propósito de equiparar sus niveles de cobertura obligatoria, según establezca la reglamentación;

*c)* la cobertura de prestaciones médicas especiales de alta complejidad o elevado costo y baja frecuencia de utilización y las de discapacidad. Se distribuirá automáticamente entre los agentes del seguro de salud que lo soliciten y que cumplan con los requisitos técnicos y financieros para garantizar la cobertura de dichas prestaciones; un monto mínimo de $ 1 mensual por beneficiario;

*d)* supletoriamente, constituir reservas líquidas destinadas a atender posibles desequilibrios financieros originados por la mora en los aportes y contribuciones del sistema;

*e)* el eventual excedente del Fondo Solidario de Redistribución permanecerá en el Sistema Nacional de Seguro de Salud.

## 6. Registro Nacional de Prestadores

En el Registro Nacional de Prestadores que lleva la Anssal *deben inscribirse las personas físicas, establecimientos y organismos asistenciales, obras sociales, etc., que puedan prestar los servicios que correspondan.*

Para los prestadores, la inscripción implica la obligación de aceptar las normas y valores retributivos que rijan las contrataciones con los agentes del seguro, mantener la prestación del

servicio durante el lapso de inscripción y por un tiempo adicional de sesenta días corridos y ajustarse a las normas que fije la Anssal (art. 32).

## 7. Infracciones y competencia

Las *infracciones* que establece el art. 42, ley 23.661, *son las siguientes*:

— la violación a las disposiciones de la ley 23.661 (y su reglamentación), a las normas establecidas por la Secretaría de Salud de la Nación o la Anssal y las de los estatutos de los agentes del seguro;

— la violación de los prestadores de las condiciones acordadas en las contrataciones de los servicios;

— la negativa de un agente de seguro a proporcionar la documentación informativa y otros elementos de juicio que la Anssal o el síndico requieran;

— el incumplimiento de las directivas impartidas por las autoridades de aplicación;

— la presentación extemporánea de los programas, presupuestos, balances y memorias generales y copia de los contratos celebrados.

Estas infracciones son pasibles de apercibimiento, multa o suspensión de hasta un año o cancelación de la inscripción en el Registro Nacional de Prestadores (art. 44).

Sólo son recurribles las multas y suspensiones —dentro de los diez días hábiles de notificación— ante la cámara federal que corresponda de acuerdo con el domicilio del recurrente.

El recurso se interpone ante la Secretaría de Salud de la Nación, con la expresión de su fundamento, y las actuaciones deben elevarse al tribunal correspondiente, pudiendo la Secretaría de Salud de la Nación contestar los agravios del recurrente (art. 45).

## 8. Emergencia Sanitaria Nacional y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La emergencia sanitaria nacional se encuentra plasmada, en la actualidad, en el Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE —DNU 486/2002 y aprobado por res. 201/2002 MS—), que designa las prestaciones básicas esenciales que deben garantizar las obras sociales y agentes del seguro a toda la población beneficiaria. Estas prestaciones configuran una canasta básica de prestaciones o PMO, que contiene aquellas que todo seguro de salud debe cubrir en forma obligatoria, garantizando a los beneficiarios del Sistema de Seguros de Salud el acceso a las prestaciones médicas básicas.

La res. 1714/2007 (BO del 17/12/2007) —PMO— aclara que el PMO quedó conformado por la res. MS 1991/2005 que aprobó el PMO, el cual había sido incorporado en el marco de la emergencia sanitaria nacional (201-02), manteniendo su vigencia desde el 1/1/2006 en su actual conformación, distinguiéndolo del dictado en aquella emergencia y creando el Consejo Consultivo de Salud.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 14/3/2002, la Legislatura sancionó la ley 752 (BO de la ciudad de Buenos Aires 1426 del 23/4/2002) titulada Ley de Protección de Derechos y Atención de la Salud frente a la Crisis Económica y Social.

La ley 26.456 (BO del 16/12/2009) prorrogó la vigencia de la ley 26.204 hasta el 31/12/2009 (antes prorrogada ya por su similar 26.339).

La emergencia pública fue ratificada por la ley 26.563 (BO del 22/12/2009), que dispuso prorrogar hasta el 31/12/2011 la vigencia de la ley 26.204.

CAPÍTULO XXXII

# POLÍTICA SOCIAL. DERECHO LABORAL EN EL SIGLO XXI

## I. EL MUNDO POSTINDUSTRIAL. LA FLEXIBILIZACIÓN LABORAL

A partir de la década del 70 se va conformando un nuevo orden económico y político que puede ser denominado "postindustrial".

Esta etapa *se caracteriza por* los siguientes factores: *la informatización, la robotización, la electrónica aplicada, la automatización de los procesos de producción y la búsqueda de la eficiencia y el bajo costo.* Se materializa en los procesos de globalización, flexibilización laboral y precarización del empleo.

La flexibilización es un proceso relativamente reciente (tiene poco más de veinte años). Desde el punto de vista internacional, a partir de 1945 —año en que finaliza la Segunda Guerra Mundial— el tema económico adquiere esencial trascendencia.

Los países industrializados se caracterizaron por tener un importante crecimiento económico y bajos niveles de desempleo. Tanto es así que algunos historiadores, al período posterior a la Segunda Guerra Mundial —que dura casi treinta años— lo llaman "los años dorados".

En ese contexto, plantear modificaciones a los regímenes laborales resultaba impensado y tampoco tenía importancia; de ahí que en este período no aparece la preocupación sobre el tema laboral ni se llegan a plantear posibles cambios en las legislaciones.

Esta situación se modifica a partir de 1970. A nivel mundial se comienzan a notar los primeros síntomas inflacionarios y los niveles de desempleo de los países industrializados —que eran relativamente bajos— comienzan a subir. Esto se acentúa en el año 1973, en el cual se produce la llamada "crisis del petróleo"; a partir de ese momento se comienza a estudiar seriamente, en los países industrializados, el tema del desempleo, porque comienza a ser un problema.

En la Argentina, recién a mediados de la década del 80 el fenómeno del desempleo comienza a transformarse en una preocupación.

El debate sobre la flexibilización laboral aparece como consecuencia directa de los altos índices inflacionarios y el creciente desempleo que se verifica esencialmente desde esa década.

Una de las características primordiales de la etapa postindustrial consiste en la reformulación de los mecanismos legales necesarios para obtener una mayor producción y mejores utilidades por medio de la reducción de los costos laborales, lo cual se conoce como flexibilización laboral. Esta postura es criticada desde distintos sectores sociales porque tiende a eliminar los derechos de los trabajadores y a restringir el poder de los sindicatos.

En el plano internacional predominan las condiciones de trabajo elásticas, y el sistema presenta las siguientes características:

— el trabajador tiende a ser multiprofesional, es decir que está capacitado para trabajar en distintas tareas;

— aparece el concepto de polivalencia funcional, en el cual las tareas que desarrolla el trabajador se adaptan a las necesidades de la empresa (cambio de una máquina a otra o a categorías de distinto nivel);

— la jornada de trabajo es variable de acuerdo con la intensidad del trabajo (hora *flex*, jornada intensiva);

— los descansos y vacaciones se adaptan a las características del trabajo y pueden fraccionarse;

— el régimen indemnizatorio es flexible;

— se redefine el concepto mismo de relación de dependencia.

Como contrapartida aparece el llamado trabajo precario, que es aquel que no reúne las condiciones legales fijadas, tanto porque la prestación es temporaria o inestable, por tratarse de un trabajo no registrado (trabajo en negro), o cuando los ingresos son sensiblemente inferiores a los niveles mínimos de subsistencia (subempleo).

En esta etapa "postindustrial", la informatización y automatización de los procesos de producción en el marco de la globalización de la economía, dentro de una nueva concepción de producción y consumo de competencia internacional, producen un descenso notorio en la necesidad de mano de obra, lo cual ha llevado a las empresas a invertir en tecnología de avanzada que requiere para su funcionamiento pocos trabajadores y un alto nivel de capacitación.

Como lógico corolario, esto produce la necesidad de propender a lograr una capacitación adecuada de los trabajadores para adaptar sus aptitudes al cambio tecnológico existente. Evidentemente, todo intento de flexibilización conlleva la reducción de los derechos de los trabajadores y de las obligaciones de los empleadores, y busca reducir el costo laboral, aunque no está comprobado que necesariamente genere empleo.

Resultan evidentes las modificaciones que se observan en el mundo del trabajo: las nuevas formas de organización de la producción se diferencian y oponen a los esquemas organizativos clásicos, a los modelos fordistas de producción y a la idea de estabilidad en el empleo, priorizando los contratos de trabajo de corta duración. Lo que no resulta tan claro es que esos cambios sean positivos para el hombre que trabaja que, en esencia, es el bien jurídico tutelado.

Aquí se plantea el debate sobre cuál es el medio adecuado para lograr el progreso social y si con la globalización puede producirse; se contraponen dos tipos de modelos laborales: los proteccionistas a la europea o los flexibles a la anglosajona y, entre ellos, diferentes matices y propuestas.

La postura flexibilizadora entiende —como quedó dicho— que únicamente se puede conseguir con un régimen laboral adecuado a las necesidades productivas, tan flexible como los mercados de productos y financieros lo condicionen.

La flexibilización laboral considera que la rigidez laboral es la que impide la creación del empleo y que reduciendo los derechos de los trabajadores en buena parte esto se solucionaría. En la Argentina, el problema es de productividad y no de costos laborales, por lo cual aun bajando esos costos no aumentaría la productividad.

Los especialistas en Derecho del Trabajo han reaccionado de diferente manera ante este nuevo sistema, que no sólo se aplica de hecho, sino que también tiene consagración legislativa en diversas normas. Respecto de la flexibilización laboral, pueden delinearse, en líneas generales, tres posiciones clásicas, dos de ellas extremas:

— Sectores iuslaboralistas —"proobreros"— que se oponen a cualquier tipo de modificación: entienden que existe un derecho adquirido, que el derecho del trabajo es protectorio y que los derechos de los trabajadores han sido conseguidos a través de largas luchas, resultando irrenunciables en su totalidad e indisponibles, no admiten posibilidad alguna de negociar modificaciones en perjuicio del trabajador, ni siquiera a cambio de otros beneficios.

— Sectores empresariales extremos —"neoliberales"— que pretenden derogar prácticamente el derecho del trabajo: sostienen la conveniencia de aplicar el principio de autonomía de la voluntad, en el cual se fijaban libremente las condiciones de trabajo. Lo que afirma esta pos-

tura no es novedoso, sino que ya ocurrió en el siglo XIX, en el cual, como consecuencia de la Revolución industrial y de la aplicación del liberalismo, se produjeron situaciones sociales de una inequidad manifiesta.

Tanto es así que la doctrina social de la Iglesia —por medio de la encíclica *Rerum Novarum* del papa León XIII (1891)— efectúa una dura denuncia contra el principio de la autonomía de la voluntad, las condiciones de trabajo resultantes de la Revolución industrial y la aplicación de un liberalismo irrestricto en el campo económico.

En realidad, en el plano de las relaciones laborales y en virtud del diferente poder de negociación, la autonomía de la voluntad de las partes es la autonomía de la voluntad del empleador. En ese momento social surge el derecho del trabajo y el constitucionalismo social: el derecho del trabajo es incorporado a las Constituciones de la mayoría de los países.

— En una posición intermedia coexisten distintas posturas, aunque no resultan tan rígidas ni flexibilizadoras como las anteriores. Sostienen que es necesario, en determinadas circunstancias y de acuerdo con el cambio de la situación social, económica y política, introducir adecuaciones en las distintas ramas del ordenamiento jurídico de un país, que deben ser consensuadas. El punto de partida debe ser el respeto a la dignidad del trabajador y al principio protectorio.

El derecho del trabajo se debe concebir en términos dinámicos, analizando los distintos institutos en el contexto general, es decir, teniendo en cuenta los cambios producidos a nivel social, económico y político.

Con altos índices de desocupación, el trabajador tiene más necesidad de ese tutelaje, porque la debilidad está del lado del que se siente compelido por la necesidad de trabajar.

## II. LA FLEXIBILIZACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

La llamada flexibilización laboral en nuestro país se inicia formalmente con la sanción de la Ley Nacional de Empleo y, posteriormente, entre otras, con las leyes 24.465, 24.557 (Riesgos del Trabajo) y 24.467 (de PyMEs), aunque un recorte importante de derechos laborales se produce con la ley 21.297 (1976) que reforma la ley 20.744 —LCT— (1974).

En diciembre de 1991 se dictó la ley 24.013, que introdujo las modalidades promovidas —contratos de tiempo determinado como medida de fomento de empleo, lanzamiento de una nueva actividad, práctica laboral para jóvenes y trabajo de formación (arts. 28 a 40 y 43 a 65)—, que intentaron ser un paliativo para reducir el desempleo, aunque en muchos casos fueron utilizadas en forma abusiva, desvirtuando la finalidad para la cual habían sido creadas.

En marzo de 1995 se dictan las leyes 24.465 y 24.467 (de PyMEs). Esta última modifica la regulación de las condiciones de trabajo de las PyMES, flexibilizando el régimen de preaviso (respecto de la fecha en que se empieza a contar y a su duración) y otorgando, por medio de la disponibilidad colectiva, la posibilidad del fraccionamiento del SAC y del momento del goce de las vacaciones. Por su parte, la ley 24.465 introdujo el período de prueba, el contrato de aprendizaje, el contrato a tiempo parcial y el contrato (promovido) especial de fomento del empleo. En septiembre de 1995 se sanciona la ley 24.557 (BO del 3/10/1995) —LRT— que comienza a regir el 1/7/1996, y que —como se expusiera en el capítulo dedicado a los accidentes de trabajo— ha sido severamente cuestionada en su constitucionalidad por la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria.

Otro aspecto de la flexibilidad fue la firma de numerosos convenios colectivos de empresa, especialmente a partir de 1993, que utilizando la concesión del art. 198, LCT, modificado por el art. 25, ley 24.013, se caracterizaron por introducir —entre otras cosas— la polivalencia funcional, la jornada promedio variable y el fraccionamiento de las vacaciones.

Muchos de estos convenios fueron los llamados convenios de instalación, ya que se trataba de empresas multinacionales que se instalaban en la Argentina y requerían para ello un régimen laboral más flexible (tal el caso de las empresas automotrices).

Uno de los aspectos más positivos de la ley 25.013 fue la derogación de las contrataciones promovidas que habían introducido las leyes 24.013 y 24.465. Otro cambio importante fue la reducción en las indemnizaciones de los trabajadores con una antigüedad menor de los dos años (eliminación del mínimo de dos meses). Esta última modificación generó opiniones encontradas de los distintos sectores.

Considero positiva la derogación de las modalidades promovidas, porque se erigieron en un aspecto importante de la precarización laboral y no bajaron el índice de desempleo, que se mantuvo en niveles altos, y le otorgaron marco legal al fraude laboral.

El mensaje del Poder Ejecutivo al enviar al Senado el proyecto de reforma —que luego se transformaría en la ley 25.013— hacía hincapié en que las modificaciones introducidas a la legislación tienden a promover el trabajo por tiempo indeterminado; por lo tanto, su objetivo en realidad no es reducir el desempleo, sino generalizar el trabajo por tiempo indeterminado. Este mismo objetivo es el que proclamó también el mensaje del Poder Ejecutivo al enviar a la Cámara de Diputados el proyecto de reforma que luego se transformaría en la ley 25.250 (BO del 2/6/2000), derogada posteriormente por la ley 25.877 (BO del 19/3/2004).

## III. FLEXIBILIZACIÓN Y DESEMPLEO

Resulta trascendente abordar una problemática fundamental del derecho del trabajo, que se centra en determinar la incidencia del costo laboral en la generación de empleo, es decir, establecer si para generar empleo en la Argentina y reducir el desempleo se deben flexibilizar las relaciones laborales y bajar el llamado "costo laboral", o si ese resultado, así como el crecimiento económico, puede obtenerse manteniendo la protección actual, y —en definitiva— establecer si el problema del desempleo depende del derecho laboral o se vincula estrechamente al sistema económico.

Un punto esencial es analizar y dimensionar la vinculación existente entre la regulación de las relaciones laborales y el desempleo y la productividad, lo cual se puede expresar en los siguientes objetivos: determinar si para generar empleo y reducir el desempleo existente se deben flexibilizar las relaciones laborales, analizar si se puede obtener mayor productividad y crecimiento económico manteniendo la protección actual de la legislación laboral y establecer si la reducción del costo laboral produce mayor empleo, descenso en el subempleo y reducción del trabajo no registrado.

La crítica que formula la posición neoliberal se sustenta en dos ideas básicas: una dirigida al derecho individual y otra al colectivo, que —se advierte— son contradictorias entre sí.

La referida al derecho individual es eliminar, o por lo menos reducir, la intervención del Estado en las relaciones individuales de trabajo, es decir, pretende el abstencionismo del Estado y con ello flexibilizar el orden público laboral hasta dejarlo librado a las fuerzas del mercado.

La propuesta para el derecho colectivo es opuesta: apunta a la intervención estatal y a dictar normas direccionadas a restringir la acción sindical, la negociación colectiva y el ejercicio del derecho de huelga.

La pregunta que cabe formularse es si realmente es tan trascendente bajar el costo del trabajo para lograr competitividad. La búsqueda tiende a establecer si el derecho del trabajo o el sistema económico (la forma de producir) o ambos —y en este caso en qué medida— tienen incidencia en el desempleo.

Desde un punto de vista economicista, que considera el trabajo una mercancía, se plantean dos soluciones diferentes que pueden sintetizarse de la siguiente forma: 1) se debe reducir el costo laboral: explotar mano de obra barata para competir (óptica neoliberal que considera el trabajo una mercancía barata); proteger equivale a encarecer y, por ende, se debe abaratar; 2) se debe proteger pero invirtiendo en la formación del trabajador y en su preparación: invertir en mano de obra, tomando en cuenta que la calificación del trabajo es una ventaja comparativa a explotar. Esta tesis es sostenida por Robert Reich, ministro de Economía de los Estados Unidos (*El trabajo de las naciones*, 1993) y por Gary Becker, premio Nobel de Economía, quien entiende que el trabajo es una mercancía fina.

La conclusión a la que se arriba es que el desempleo en la Argentina no se soluciona con cambios en el derecho del trabajo ni en las relaciones laborales, ya que el problema está en el sistema económico que destruye más puestos de trabajo que los que produce, sumado a la sustitución de mano de obra por tecnología (posibilidad técnica de producir con menos mano de obra).

De allí que no deba endilgarse al derecho laboral culpas que no tiene. La flexibilización de las relaciones laborales no genera empleo ni reduce el desempleo existente; la reducción del costo laboral no produce descenso en el subempleo ni reducción del trabajo no registrado. Como lógica consecuencia de lo expuesto, considero que se puede obtener mayor productividad y crecimiento económico manteniendo la protección actual de la legislación laboral.

Se advierte que así como el derecho del trabajo surgió para evitar la explotación del trabajo humano ante una situación social grave a fines del siglo XIX y comienzos del XX, la desregulación de esa protección está produciendo una nueva cuestión social: la exclusión.

En este orden de ideas, si los problemas a los que se hizo referencia no se generan en el derecho del trabajo, las soluciones no se deben buscar en modificaciones *in peius* de la legislación laboral, sino apuntar a paliar la ineficiencia e incapacidad del sistema económico para crear o mantener empleo.

La solución no es bajar el costo laboral desprotegiendo al trabajador y degradando las condiciones y medio ambiente de trabajo, ya que si el empleador no necesita a un trabajador, no lo contrata aunque sea "barato", ni lo deja de contratar si lo necesita y es más "caro".

La modernización de las relaciones laborales requiere contratos de trabajo de tiempo indeterminado —principio de continuidad de la relación laboral—, la reducción del tiempo de trabajo, formación y capacitación profesional permanente, mecanismos de protección y contención social, dinamismo de los convenios colectivos como instrumento autónomo para adaptar el marco normativo a los presupuestos fácticos y las necesidades concretas de cada actividad, arte, profesión o empresa. Se debe invertir en infraestructura —tecnología y condiciones y medio ambiente de trabajo— por un lado y, principalmente, en el capital humano, mediante el mejoramiento del salario, reglamentación adecuada del trabajo y fundamentalmente la capacitación profesional, lo que podría denominarse "neokeynesianismo". James Heckman —premio Nobel de Economía del año 2000— sostiene la necesidad de invertir en la capacitación de los más jóvenes.

## IV. SITUACIÓN SOCIAL EN EL MUNDO

En el marco de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que nuclea a ciento ochenta y ocho países participantes (entre ellos, la Argentina), se celebró en Ginebra entre el 26 de junio y el 1/7/2000, como una sesión especial, la Cumbre Social, cuya prioridad fue definir las estrategias a nivel mundial para mejorar las condiciones de vida.

INVENTARIO 29129

Si bien la resolución de la ONU no tiene efecto vinculante para los países y no avanzó demasiado en los temas esenciales, planteó la necesidad de proteger los servicios sociales básicos durante las crisis financieras. El organismo ha demostrado incapacidad y falta de estructuras adecuadas para lograr que los países industrializados adviertan las consecuencias globales de una legión cada vez más numerosa de pobres.

Sólo un sector minoritario de la población mundial (de seis mil millones de habitantes) está beneficiada por la ciencia y la tecnología. Según cifras del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, la diferencia de ingresos entre el quinto país más rico y el quinto más pobre —medidos por ingreso per cápita— pasó de 30 a 1 en 1960 a 74 a 1 en 1997. El 20% más rico de la humanidad consume hoy el 86% de todos los bienes y servicios contra el 70% en 1986.

Según una encuesta de la ONU sobre una población estimada de seis mil millones de personas, 4600 millones (76,7%) pertenecían a países en subdesarrollo; de esa cantidad, 1200 millones (26%) vivían con U$S 1 por día; 850 millones (18,4%) eran analfabetos absolutos, cerca de 1.000 millones (21,7%) carecían de servicios de agua potable; 2400 millones (52,1%) no tenían acceso a los sistemas sanitarios básicos; 826 millones (17,9%) no comían lo suficiente para llevar una vida saludable; 325 millones de niños no estaban escolarizados y 11 millones (7,1%) de ellos morían al año por causas evitables.

Según cifras del Banco Mundial y de la revista británica *Economist*, se ha ampliado en el mundo la brecha entre ricos y pobres: un 20% de la población mundial es responsable del consumo privado total; al 20% más pobre sólo le toca el 1,3% del reparto.

Resulta interesante destacar las conclusiones de un estudio publicado a fines de 2010 por *Eurostat*, la Oficina Europea de Estadísticas, que denota un panorama de degradación de la calidad de vida en todos los países de la Unión Europea. El estudio, realizado con datos de fines de 2008 y 2009, refiere que sobre un total de 116 millones de europeos, una cuarta parte de la población de la Unión vive amenazada por la pobreza y corre grave riesgo de exclusión social. Esto demuestra que existen bolsones de pobres.

De esos 116 millones de personas, 42 millones están en una situación extremadamente grave. El 41,2% de los búlgaros enfrenta privaciones materiales graves, como el 32,9% de los rumanos, frente a sólo el 0,7% de los luxemburgueses, el 1,4% de los suecos, el 5,4% de los franceses, el 5,5% de los alemanes o el 5,6% de los belgas.

El desempleo, a fines de 2010, ya afectaba a más de 23 millones de europeos y castiga especialmente a los jóvenes.

Un total de 81 millones de personas —el 16,5% de la población de la Unión Europea— viven en la pobreza y otros 35 millones corren grave riesgo de caer en ella. Los países con porcentajes más altos de pobreza son Letonia (25,6%), Rumania (23,4%) y Bulgaria (21,4%). Pero no sólo en Europa del Este hay grandes sectores sociales en riesgo. En Francia, el 13,1% de la población corre riesgo de exclusión social por falta de ingresos suficientes para acceder a los servicios básicos. En Alemania, ese porcentaje sube hasta el 15,1%; en España, al 19,6%; en Italia, al 18,7%; y en el Reino Unido, al 18,8%. El porcentaje menos elevado lo disfrutan los checos, con un 9%, los holandeses con un 10,5% y los eslovacos con un 10,9%.

## V. SITUACIÓN SOCIAL EN LA ARGENTINA

Si bien en nuestro país la situación socioeconómica más crítica se vivió en los primeros meses de 2002, a principios de 2011 —en menor medida— persiste. Ello se observa en la realidad y surge claramente de las estadísticas, en las que todavía se advierte una pauperización de

un sector de la población —pobreza e indigencia— y un número importante entre desempleados y subempleados —esencialmente un alto índice de trabajo no registrado—.

A comienzos de 2011 sigue presentando disparidad regional el nivel de las remuneraciones y el trabajo registrado; la situación social es menos comprometida, mejor que a mediados de 2002: sobre una población de 40 millones de habitantes, según estudios privados, hay cerca de 10 millones de pobres —25%— (20% son indigentes); según el Indec esa cifra es menor de 5 millones (12%). Alrededor de 3 millones de trabajadores tienen problemas de empleo (desocupados y subocupados) y alrededor de 4 millones de trabajadores no están registrados.

La disparidad en el desarrollo económico y social de las distintas regiones del país se reproduce en el nivel de las remuneraciones, grado de informalidad laboral y beneficios de los trabajadores del sector público y privado: las zonas que cuentan con los índices más altos de empleo y progreso económico obtienen los mejores índices de calidad laboral.

***Pobreza***: un dato de la realidad fue la pobreza creciente, es decir, el importante número de pobres: en mayo de 2001 eran pobres 12,9 millones de personas (35,9% de la población). En junio de 2002 la pobreza había ascendido a 18.500.000 personas (53% de la población), de los cuales 8.700.000 eran indigentes (24,8%).

Este incremento del índice de pobreza se debió al aumento de la desocupación, la destrucción de puestos de trabajo, el crecimiento del empleo precario, la caída de los salarios nominales y el aumento de los precios de los productos básicos.

La pobreza e indigencia se redujo en 2004, aunque era superior a los niveles de octubre de 2001 (pobreza: 38,3%; indigencia: 13,6%). Según datos del Indec, en el primer semestre había cerca de 17 millones de pobres (44,3%) y bajó a 15,3 millones de personas (40,2%) en el *segundo semestre de 2004 (diciembre)*. La indigencia se redujo del 17% al 15%: de los 15,3 millones de pobres, 5,7 millones vivían en la pobreza extrema (no cuentan con ingresos suficientes para comprar los alimentos básicos).

En el primer semestre del año 2006, el índice de pobreza se redujo al 31,4%, lo que representa 7,5 puntos menos respecto de igual período de 2005 (12 millones de personas afectadas por la pobreza, de los cuales más de 4 millones son indigentes). Según el Indec, a principios de 2009 es pobre una familia que tiene ingresos por debajo de los $ 955 por mes e indigente la que no supera los $ 442 por mes (monto aproximado de la canasta básica de alimentos).

En el primer semestre de 2007, el índice de pobreza se redujo al 23,4% (5,5 millones de personas) y el de indigencia al 8,2% (casi 2 millones de personas).

Las ciudades de Ushuaia, Río Gallegos y Río Grande son las que tienen el índice más bajo de pobreza. En la otra punta se ubica Resistencia, donde más de la mitad de la población es pobre.

La brecha entre pobres y ricos se duplicó entre 1974 y 2004. En 1974 había sólo 5% de pobres y una desocupación del 6%. La distribución de la riqueza era similar a la de los países europeos de avanzada; los trabajadores participaban del 45% de la renta nacional y los más ricos, del 28,2% (en 1994 era del 35,5%). La distancia que separaba los ingresos de los más ricos de los más pobres es mayor de doce veces.

En el año 2004, Argentina ocupaba el puesto 11 entre los países de América latina en la que se observa mayor inequidad social, cuando en la primera mitad de la década del 70 estaba entre los mejores; se produjo, en los últimos años, un significativo incremento en la brecha de ingresos entre los más pobres y más ricos.

A comienzos de 2011 subsiste la disparidad regional en el desarrollo económico y social, lo que también se observa en los índices de pobreza. En total, según estudios privados, hay cerca de 10 millones de pobres —25%— (20% son indigentes). Las estadísticas oficiales hacen referencia a índices de alrededor del 12% (5 millones).

A fines de 2010, según el Indec, una familia tipo (matrimonio y dos hijos) necesitaba más de $ 576,13 para no caer en la indigencia y más de $ 1244,11 para no ser considerada pobre.

Para las mediciones privadas, la "línea de indigencia" era de $ 1031 mensuales, mientras que la "de pobreza" de $ 1927 mensuales.

En síntesis, la Argentina a inicios de 2011 se encuentra en una situación social menos comprometida, mejor que la de mediados de 2002: sobre una población de casi 40 millones de habitantes, alrededor de 3 millones de trabajadores tienen problemas de empleo (desocupados y subocupados) y hay alrededor de 4 millones de trabajadores no registrados.

***Desocupación***: ver capítulo "Seguro de desempleo" (el desempleo en la Argentina).

## VI. LAS RELACIONES LABORALES EN LA ARGENTINA A COMIENZOS DEL SIGLO XXI

Para efectuar un diagnóstico adecuado de la situación de las relaciones laborales en la Argentina de inicios del año 2011, es preciso ubicarlas en el contexto social, referido en el punto anterior. Las estadísticas y la realidad demuestran que los problemas centrales de la última década, además de la pobreza y el desempleo, son el trabajo no registrado, la reducción de los salarios, la desprotección de la salud psicofísica de los trabajadores y el desfinanciamiento de la seguridad social.

***Trabajo no registrado***: otro fenómeno que ha crecido en los últimos años es el trabajo no registrado: a comienzos de la década del 80 era menos del 18%, mientras que a comienzos de 2011 supera el 35%. El 84% del empleo que se creó en la década del 90 fue contratado "en negro", con salarios promedios de $ 400.

La falta de registración es un disvalor que se proyecta en todo el orden social, produciendo evasión fiscal y previsional, competencia desleal con los empleadores que cumplen sus obligaciones y descenso de ingresos a los sindicatos por falta de pago de las cuotas sindicales. Lo expuesto implica insuficiencia alimentaria, una crítica situación en materia de salud y un aumento exponencial del desempleo.

La situación del trabajador no registrado es de total desprotección: no está cubierto por la legislación laboral ni de la seguridad social y carece de cobertura médico-asistencial para él y su familia: no tiene derecho al cobro de salario familiar, seguro de desempleo ni accidentes de trabajo.

Durante varios años se produjo una destrucción masiva de empleos como consecuencia de la situación de recesión aguda de la economía. Por cada puesto de trabajo formal que se perdió se produjeron por lo menos tres despidos entre los trabajadores no registrados.

A comienzos de 2011 supera el 35% y abarca más de cuatro millones de trabajadores. En el segundo trimestre de 2010 era del 36,5% y en el tercer trimestre de 2010 era del 35,8%.

Sobre casi 11.800.000 de asalariados ocupados, 4.200.000 de personas (35,8%) eran no registrados.

En la ciudad de Buenos Aires y el Gran Buenos Aires era del 36,7%. En la ciudad de Buenos Aires, el trabajo no registrado era del 25,2% y en el conurbano bonaerense del 40,8%.

El noroeste y el noreste argentinos tienen el mayor índice de trabajo no registrado, del 42%. Corrientes era la ciudad con mayor índice (45%) y Ushuaia-Río Grande, la menor (14,2%).

En el trabajo rural, como en el servicio doméstico, el empleo no registrado supera el 70%.

En comparación con un trabajador registrado, cobra casi un 60% menos. El 53% de los trabajadores no registrados está por debajo de la línea de pobreza (en cambio, sólo lo está el

26% de los trabajadores registrados). El récord de trabajadores no registrados está en los servicios comunales, sociales y personales (50,4%); en comercio, restaurantes y hoteles es del 16,6%, y en la industria manufacturera, del 11,7%.

***Reducción de los salarios reales***: el otro grave problema fue la reducción y el deterioro de los salarios, un fenómeno profundo que, con pequeñas oscilaciones, se dio entre 1994 y 2004.

Desde mediados de 1994, en promedio, los ingresos de los trabajadores disminuyeron considerablemente en términos reales, más aún entre los cuentapropistas y los trabajadores no registrados.

Esto se debió a diferentes causas, entre ellas, la reducción de las horas normales por falta de producción o por suspensiones, la eliminación de horas extras, el crecimiento de la proporción de los puestos de menor calificación y nivel salarial en detrimento de los empleos industriales o profesionales.

El SMVM se mantuvo sin variantes en $ 200 mensuales ($ 1 la hora y $ 8 la jornada), desde agosto de 1993 a junio de 2003. Hasta fines del año 2001, el descenso de los salarios se produjo porque muchas empresas negociaron rebajas nominales de salarios a cambio de no producir despidos y otras reemplazaron trabajadores de mejores remuneraciones por otros con salarios más bajos.

Desde la devaluación, el deterioro de los salarios se fundamenta en el aumento de los precios y la inflación, aspecto que parcialmente fue zanjado, por un lado, con la operatividad de los decs. 388/2003 (BO del 15/7/2003), 1349/2003 (BO del 6/1/2004) y las distintas resoluciones del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, que incrementaron el SMVM hasta $ 980 a fines de 2007. También por medio del dec. 392/2003 (BO del 15/7/2003), que incrementó los básicos de convenio en $ 224 ($ 28 durante ocho meses a partir del 1/7/2003) y de los decs. 1347/2004 (BO del 6/1/2004) que incorporó una suma no remunerativa de $ 50 a partir del 1/1/2004 y 2005/2004 (BO del 29/12/2004) que incorporó una suma no remunerativa de $ 100 a partir del 1/1/2005 y transformó en remunerativos los $ 50 del dec. 1347/2003 ($ 60 a partir del 1/4/2005).

A fines del año 2006 el ingreso promedio de los trabajadores registrados ascendía a $ 1250. Las actividades con los salarios más bajos eran la agricultura, la construcción y el comercio.

Desde diciembre de 2001 a diciembre de 2006, según datos del Indec, la inflación fue casi del 90% y los salarios de los trabajadores registrados se incrementaron en el 121%. En cambio, los del sector público ascendieron sólo el 42% y los no registrados el 54%.

En el período diciembre 2001-2006, las remuneraciones en promedio (registrados, no registrados y estatales) ascendieron un 84% contra una inflación del 90%.

A comienzos de 2010, el salario promedio de los trabajadores privados registrados (más de 6 millones) fue superior a $ 2700 mensuales. Es más bajo en la región del noroeste y noreste argentinos y más alto en la región patagónica y pampeana. El sector público (que abarca más de 1.100.000 trabajadores del ámbito nacional, provincial y municipal) tuvo un promedio superior a $ 3000.

A comienzos de 2011, el salario promedio de los trabajadores en relación de dependencia registrados es cercano a los $ 4000, y los básicos mínimos superan los $ 2500. Es más bajo en la región del noroeste y noreste argentinos y más alto en la región pampeana y patagónica. El sector público, que abarca más de un millón de trabajadores, supera ese monto. El haber promerdio jubilatorio es de $ 1700.

Desde diciembre de 2001 a marzo de 2008 se incrementaron en promedio el 141,3%, contabilizando el trabajo registrado (179,6%), el no registrado (116,6%) y el sector público (93,4%).

La realidad demuestra que a fines de los años noventa e inicios de la actual década los trabajadores aceptaron una disminución de la remuneración dispuesta por el empleador —violatoria del *ius variandi*—, que conculca el principio de irrenunciabilidad de los derechos, teniendo en cuenta el alto índice de desocupación, subocupación y trabajo no registrado y en el entendimiento de que en un eventual nuevo empleo la remuneración sería aún menor. De allí también que pocos trabajadores hayan recurrido a la justicia.

En la mitad de las empresas la decisión de reducir el salario ni siquiera se negociaba con el trabajador afectado: la gerencia tomaba la decisión e invitaba a aceptar la baja salarial o a que el empleado se considerara despedido. La minoría de las empresas acordaba con el sindicato o con la comisión interna la reducción salarial.

***Desprotección de la salud física de los trabajadores y desfinanciamiento de la seguridad social***: otro problema es el de las condiciones y medio ambiente en que se desarrollan las tareas y el grado de protección de la salud psicofísica de los trabajadores, que como consecuencia de la situación social padecen estrés y viven una situación de preocupación y angustia generalizada.

Como quedara dicho al hacer referencia a la prevención en la LRT, las estadísticas emanadas de la SRT demuestran que en el año 2008, sobre casi 7.500.000 de trabajadores asegurados por las ART (hay veinticuatro) se produjeron más de setecientos mil accidentes (casi mil muertes, tres por día). El 82% de los accidentes generó pérdida de días de trabajo. El mayor riesgo de mortalidad se verifica en el sector minero y en la construcción.

Estos datos no incluyen el trabajo no registrado (cercano al 50%), en el que la siniestralidad laboral duplica a los trabajadores registrados en virtud de la mayor precariedad laboral.

El intento de bajar el costo laboral trajo como consecuencia trasladarlo a los trabajadores y produjo el aumento del costo social tanto por los accidentes y enfermedades del trabajo no prevenidos ni indemnizados por la LRT, como también por aquellos reparados con prestaciones dinerarias reducidas y en cuotas.

Las estadísticas correspondientes al año 2009, emanadas de la SRT indican que en el país mueren dos personas por día en accidentes de trabajo. La cifra, aunque preocupante, es positiva cuando se la compara con la de 2008, que marcaba tres muertes diarias en accidentes laborales. Aproximadamente el 5% de los accidentes y enfermedades dejan como secuela incapacidades mayores al 25% de incapacidad permanente definitiva, según estadísticas de la SRT.

También está seriamente resentido el Sistema de la Seguridad Social, que se ocupa de amparar las contingencias biológicas, patológicas y sociales no sólo de los trabajadores en relación de dependencia, sino también de los autónomos y de los desempleados.

Como consecuencia del crecimiento del desempleo —por el cual se perdió la afiliación a la obra social—, el trabajo no registrado (en negro) y el descenso del poder adquisitivo de los ingresos, en promedio, en todo el país, la población sin cobertura médica supera el 40%, según datos que surgen del censo nacional realizado en el año 2002, y demuestra un aumento significativo respecto del censo de 1991.

De todos los que deberían aportar al sistema nacional sólo lo hace aproximadamente el 40%. Esto produce que por cada trabajador ocupado con aportes hay otro que trabaja y no aporta, a lo cuales hay que sumar los desocupados, que también están al margen de la seguridad social.

Los aportes de los trabajadores a la seguridad social, incluidos los que van a las AFJP, tuvieron una importante caída. Esta reducción demuestra que disminuyó la cantidad de trabajadores en relación de dependencia registrados, que se incrementó el trabajo no registrado y defectuosamente registrado, que las empresas retuvieron los aportes a sus trabajadores pero no los ingresaron a la AFIP y que hubo reducciones en los salarios, no sólo del personal estatal, sino también entre los trabajadores privados.

## VII. MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

El empleo en la actualidad es la demanda social más acuciante. La condición para combatir el desempleo y aumentar la calidad de los empleos disponibles es que la economía crezca en forma sostenida. A partir de ello es importante contar con un adecuado marco regulatorio del mercado de trabajo y políticas proactivas dirigidas a mejorar la generación de buenos empleos —es decir, la equidad social— y también la competitividad microeconómica.

No sólo se debe aumentar la cantidad de puestos, sino que los nuevos puestos deben cumplir con requisitos esenciales de productividad creciente, ingresos regulares y justos, condiciones de trabajo dignas, protección legal y seguridad social, es decir, el empleo que debe pretender una sociedad moderna, equitativa y sustentablemente competitiva.

Los objetivos deben direccionarse a proveer un marco regulatorio para la gestión del trabajo adecuado a las nuevas tecnologías y métodos de organización de la producción que respete los derechos de los trabajadores: elevar las competencias laborales de la población y mejorar su adecuación a los requerimientos de la demanda, como parte de una estrategia de competitividad con igualdad de oportunidades; reducir la informalidad y eliminar las prácticas laborales ilegales en el sector formal; hacer consistente el funcionamiento del mercado de trabajo con las condiciones de la economía global, cuidando de desarrollar mecanismos para moderar los efectos de los *shocks* externos sobre el empleo.

Se debe establecer un sistema verdaderamente protector de la salud del trabajador, que se ocupe de las condiciones y medio ambiente de trabajo. Efectuando mediciones en los puestos y condiciones de trabajo de las empresas se pueden corregir los aspectos perjudiciales para la salud psicofísica de los trabajadores, evitar los daños y reducir los costos económicos.

Esto es así ya que con ello también se evita el pago de futuras indemnizaciones por incapacidades definitivas y de los salarios de los trabajadores temporarios que reemplazan a los que gozan de licencia por enfermedad o accidente, los cuales también —obviamente— perciben remuneración en ese lapso.

En este contexto, el problema más grave lo tiene el trabajador y no el empleador, ya que éste cuenta con la posibilidad de despedir sin invocar causa y pagar una indemnización preestablecida y tarifada, proporcional a la antigüedad en el trabajo y relativamente baja; es decir que puede evitar los importantes perjuicios aducidos que produce la rigidez del sistema, generando el distracto y abonando una indemnización tarifada, que no luce exorbitante a la luz del promedio remuneratorio de los trabajadores de nuestro país y la antigüedad promedio de los dependientes, a lo cual debe agregarse la limitación impuesta a los trabajadores que perciben un salario mayor (tope remuneratorio).

En un régimen de protección contra el despido arbitrario con estabilidad impropia —cuya consecuencia práctica es la libertad de despido a cambio de una reparación conocida de antemano que incluye los daños y perjuicios— y la inexistencia de una acción de reinstalación que obligue al empleador a mantener las condiciones de trabajo, el empleador —con libertad— puede evaluar según su conveniencia y analizando el costo laboral y económico si despide al dependiente o mantiene las condiciones de trabajo.

Decía que el problema lo tiene el trabajador, porque existe una flexibilización de hecho impuesta por la realidad socioeconómica actual. El trabajador, por temor a la extinción del contrato o al cierre de la empresa, está compelido a aceptar decisiones que implican nuevas condiciones de trabajo, aun cuando resultan arbitrarias.

Ante la posible pérdida de su fuente de ingresos y el fantasma de la desocupación, la subocupación y el trabajo no registrado, muchos trabajadores consienten la adopción de medidas —tácita o incluso expresamente— que violan sus derechos laborales.

En tal sentido, la gravedad que presenta la realidad socioeconómica, afectada seriamente por un alto índice de desempleo y el correlato del miedo del trabajador a perder su puesto de trabajo, imponen al juzgador la necesidad de garantizar el respeto a los parámetros de la Constitución Nacional, que imponen a las leyes asegurar al trabajador "condiciones dignas y equitativas de labor" (art. 14 bis). Cualquiera sea el nivel que cada uno pueda entender como "digno y equitativo", la sujeción total de la propia voluntad negocial a la de la contraparte está en abierto conflicto con el modelo constitucional.

## VIII. CONCLUSIONES. PERSPECTIVAS

1) La flexibilización laboral ataca los principios rectores del derecho del trabajo, condiciona sus normas con fundamento en el llamado orden público económico y cuestiona su estructura normativa, basada en la Constitución de la OIT. Considera que la rigidez laboral es la que impide la creación del empleo y que reduciendo los derechos de los trabajadores en buena parte esto se solucionaría.

La flexibilización de las relaciones laborales no genera empleo ni reduce el desempleo existente; la reducción del costo laboral no produce descenso en el subempleo ni reducción del trabajo no registrado. Como lógica consecuencia de lo expuesto, considero que se puede obtener mayor productividad y crecimiento económico manteniendo la protección actual de la legislación laboral.

2) A pesar del carácter tuitivo del derecho del trabajo, en la práctica se observa que el trabajador tiene una protección relativa como consecuencia de una flexibilización de hecho impuesta por la realidad socioeconómica actual: el trabajador acepta trabajar en negro o defectuosamente registrado o en condiciones infrahumanas, y no reclama por temor a la extinción del contrato o al cierre de la empresa, está compelido a aceptar decisiones que implican condiciones de trabajo y empleo castigadas por la legislación.

Esto también se advierte en la violación del principio de irrenunciabilidad de los derechos y en el uso abusivo del *ius variandi*, los trabajadores "pactan" la reducción de su remuneración o la extensión de su jornada a cambio de nada. La realidad indica que los trabajadores no sólo no se consideran despedidos —y menos aún "retienen tareas"—, sino que lisa y llanamente no hacen absolutamente nada: consienten silenciosamente.

3) La situación del trabajador no registrado es de total desprotección: no está cubierto por la legislación laboral ni de la seguridad social y carece de cobertura médico-asistencial para él y su familia: no tiene derecho al cobro de salario familiar, seguro de desempleo, ni indemnización por accidentes de trabajo.

Esta falta de registración es un disvalor que se proyecta en todo el orden social, produciendo evasión fiscal y previsional, competencia desleal con los empleadores que cumplen sus obligaciones y pérdida de ingreso a los sindicatos por falta de pago de las cuotas sindicales.

4) En determinadas circunstancias y de acuerdo con el cambio de la situación social, económica y política, resulta necesario introducir adecuaciones en las distintas ramas del ordenamiento jurídico de un país, entre ellas, el derecho del trabajo.

Pero la gravedad de la realidad social y económica, afectada seriamente por un alto índice de desempleo y el correlato del miedo del trabajador a perder su puesto de trabajo, imponen al legislador y al juzgador la necesidad de garantizar el respeto a los parámetros de la Constitución Nacional, que imponen a las leyes asegurar al trabajador "condiciones dignas y equitativas de labor" (art. 14 bis).

5) Sin perjuicio de reconocer que las condiciones de trabajo estén flexibilizadas de hecho, el derecho del trabajo cuenta con los dispositivos idóneos —la negociación colectiva— para

adaptarlo a los nuevos requerimientos. La modernización de las tareas, funciones y metodología de trabajo (descripción detallada de los antiguos convenios colectivos), su adaptación a las necesidades de la empresa moderna y a las nuevas formas de producción, puede lograrse en buena medida mediante los convenios colectivos.

Cualquier reforma legislativa debe ser pensada desde el trabajador (tomando como centro el hombre). Se deben tener en cuenta las condiciones y medio ambiente del trabajo, directamente vinculados con la protección de la salud psicofísica del trabajador, y el art. 75, inc. 19, CN, que establece como atribución del Congreso de la Nación proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, y promover medidas que aseguren el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (conf. art. 75, inc. 23, CN).

No se trata de oponerse al progreso, a la búsqueda del crecimiento económico —inversión y nueva tecnología—, a generar políticas de capacitación del personal para las nuevas realidades de reinserción laboral. Simplemente, se pretende que esos objetivos se logren con desarrollo social, justamente para evitar el alto impacto social que esto provocó, con un trabajo precario e inestable y empresas con una vida limitada (especialmente las pequeñas y medianas).

6) El derecho del trabajo tutela la dignidad del trabajador, debe proteger su salud psicofísica, velar para que preste tareas en condiciones y medio ambiente de trabajo adecuado y evitar que sufra un perjuicio (material o moral) irreparable. No se debe olvidar que el art. 4°, LCT, afirma que "el contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí". El trabajador no es un recurso económico más, es digno porque es persona y como tal debe ser respetado.

7) Internacionalmente, la humanidad ha reconocido el derecho a un orden social nacional e internacional justo que permita a cada uno concretar los derechos humanos, entre ellos el de satisfacer las necesidades básicas y lograr niveles crecientes de bienestar (ver arts. 2° y 12, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y art. 26, Pacto de San José de Costa Rica).

Para paliar la situación sociolaboral de la Argentina y del mundo, no parece adecuado considerar que la mundialización, la globalización ni aun —por sí solo— el crecimiento económico garanticen una vida digna para la mayoría de los habitantes.

CAPÍTULO XXXIII

# MODELOS DE TELEGRAMAS, NOTAS Y CONTRATOS

## I. INTERCAMBIO TELEGRÁFICO ANTE INJURIA DEL EMPLEADOR. NEGATIVA DE TAREAS

### 1) Telegrama para solicitar aclaración de la situación laboral

Ante negativa de tareas, intímole plazo dos días hábiles aclare situación laboral bajo apercibimiento de considerarme despedido por su culpa.

### 2) Contestación del empleador que niega la relación

Rechazo por malicioso e improcedente su telegrama nro. [...]. Niego existencia de vínculo laboral. Lo exhorto a abstenerse de formular reclamos improcedentes.

### 3) Contestación del empleador que aduce otro vínculo

Rechazo por malicioso e improcedente su telegrama nro. [...]. Niego existencia de vínculo laboral. Usted fue contratado a fin de efectuar una tarea determinada consistente en [...]. Entre nosotros medió un contrato de locación de servicios.

### 4) Telegrama para considerarse despedido

Rechazo su telegrama nro. [...] por temerario, improcedente y malicioso. Entiendo su actitud como una pretensión de desvirtuar su responsabilidad e incumplimiento provocando un *fraude laboral. Me considero gravemente injuriado y despedido por su exclusiva culpa. Intímo*le para que dentro de dos días hábiles abone la indemnización por antigüedad, preaviso, vacaciones, aguinaldo y horas extras trabajadas no abonadas, bajo apercibimiento de accionar judicialmente.

## II. INTERCAMBIO TELEGRÁFICO CON INTIMACIÓN EN LA LEY 24.013

### 5) Telegrama por negativa de tareas y reclamo de registración de la relación laboral. Arts. 8° y 15, ley 24.013

Ante la negativa de tareas y falta de pago de salarios, intimo plazo dos días hábiles aclare situación laboral, recibo de salarios en doble ejemplar —en el que conste la fecha de ingreso y remuneración—, acredite depósitos de aportes previsionales y de obra social, abone SAC y vacaciones adeudadas, todo ello bajo apercibimiento de considerarme gravemente injuriado y despedido por su exclusiva culpa. Asimismo, intimo plazo treinta días proceda a regularizar la

relación laboral haciéndome entrega de recibos de sueldo en doble ejemplar en los que conste mi fecha de ingreso: [...] en la categoría laboral de [...] y con un salario quincenal de [...], caso contrario iniciaré denuncias administrativas y por la Ley Penal Tributaria que correspondan, me consideraré despedido y accionaré por el cobro de las indemnizaciones por despido arbitrario y de las multas contempladas en los arts. 8° y 15, ley 24.013.

### 6) Contestación del empleador que niega la existencia de vínculo laboral

Rechazamos telegrama nro. [...] por improcedente, falso, inexacto y malicioso. Niego expresamente el vínculo laboral invocado. En lo que respecta a sus amenazas de formular falsas denuncias en sede administrativa y penal, lo exhorto a que se abstenga de realizarlas, haciendo reserva por los daños y perjuicios que su accionar pudiere ocasionar y de iniciar querella por calumnias (arts. 75 y 109, CPen.).

### 7) Telegrama para solicitar la correcta registración de la relación. Arts. 9°, 10 y 15, ley 24.013

Intímole plazo treinta días registre debidamente el vínculo laboral, consignando como fecha de ingreso el día [...] y la verdadera remuneración que asciende a $ [...] y entregue recibos en legal forma, bajo apercibimiento de accionar de conformidad a lo previsto en los arts. 9°, 10 y 15, ley 24.013.

### 8) Contestación del empleador que niega la registración incorrecta

Niego por falso e improcedente su telegrama de fecha [...]. La relación laboral se halla correctamente registrada en los libros exigidos por las leyes vigentes tanto respecto de la fecha de ingreso como del salario que corresponde a la categoría que ostenta.

## III. INTIMACIONES DEL TRABAJADOR CON FUNDAMENTO EN LOS ARTS. 29, 29 BIS, 30 O 31, LCT. SOLIDARIDAD

### 9) Telegrama del trabajador al deudor solidario en los términos del art. 29 bis, 30 o 31, LCT, ante incumplimientos laborales

En su carácter de deudor solidario en los términos del art. [...], LCT, transcribo telegrama remitido a mi empleador: ... [transcribir el texto del telegrama enviado al empleador por reclamo de incumplimientos laborales].

### 10) Telegrama del trabajador a la empresa usuaria en los términos del art. 29, párrs. 1° y 2°, LCT, ante negativa de tareas por invocación de finalización de contrato eventual

Ante negativa de tareas y en su carácter de empleador en los términos del art. 29, párrs. 1° y 2°, LCT, toda vez que los servicios prestados no revisten el carácter de extraordinarios y transitorios, sino que corresponden al giro normal de su actividad empresaria, intimo plazo cuarenta y ocho horas aclare situación laboral, bajo apercibimiento de considerarme despedido por su culpa.

## IV. TELEGRAMAS DEL TRABAJADOR ANTE TRANSFERENCIA DEL ESTABLECIMIENTO Y CESIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

### 11) Telegrama del trabajador por considerarse despedido ante perjuicio por transferencia del establecimiento

Habiéndose causado perjuicios a mi persona por transferencia efectuada por Uds. con la firma [...] al haberse alterado funciones realizadas hasta la fecha, me considero gravemente injuriado y despedido por su exclusiva culpa. Intímole plazo dos días hábiles abone liquidación por despido injustificado bajo apercibimiento de accionar judicialmente.

### 12) Telegrama del trabajador aceptando cesión del contrato

Presto formal y expreso consentimiento a mi transferencia efectuada por la firma [...] a la firma [...] como parte del personal de la primera cedido a la segunda.

## V. TELEGRAMAS Y MODELOS DE CONTRATOS PARA CONTRATO A PLAZO FIJO Y EVENTUAL

### 13) Telegrama de preaviso en el contrato a plazo fijo

Preavisámosle la terminación del contrato a plazo fijo el día [...]. Queda Ud. notificado.

### 14) Telegrama de rechazo de invocación de plazo fijo

Rechazo preaviso de telegrama nro. [...] otorgado sin cumplimiento de las formalidades que prescribe la LCT. El contrato al que hace referencia es por tiempo indeterminado pues no obedece a necesidades extraordinarias de la empresa. Efectúo reclamo indemnizaciones por despido injustificado.

### 15) Contrato de trabajo a plazo fijo

Entre [...] con domicilio en la calle [...] de esta capital, representada en este acto por el Sr. [...] con DNI nro. [...] en su carácter de apoderado —en adelante la empleadora—, por una parte, y por la otra el Sr. [...] con DNI nro. [...] domiciliado en la calle [...] de esta capital —en adelante el trabajador—, se celebra el presente "contrato de trabajo a plazo fijo", sujeto a la legislación vigente y a las siguientes condiciones:

*Primera*: el empleador contrata al trabajador y éste acepta desempeñarse a sus órdenes durante la vigencia del presente contrato.

*Segunda*: el trabajador realizará las siguientes tareas [...].

*Tercera*: el plazo del presente contrato será de ciento ochenta días, a partir del día [...]/[...]/[...], por lo que finalizará el día [...]/[...]/[...].

*Cuarta*: la contratación del trabajador por el plazo del presente acuerdo obedece a razones operativas de la empresa [*especificar la causa*].

*Quinta*: el trabajador percibirá durante el tiempo de la prestación de sus servicios una remuneración [*mensual, quincenal, diaria, etc.*] de $ [...].

*Sexta*: el trabajador deberá realizar sus tareas los días [...] en el horario de [...].

(firma del empleador) (firma del trabajador)

### 16) Contrato de trabajo eventual

En Buenos Aires, a los [...] de [...] de [...] entre la empresa [...] —en adelante la empleadora—, representada en este acto por el Sr. [...] en su carácter de apoderado, con domicilio en [...], por una parte, y [...], DNI [...], domiciliado en [...], en adelante —el trabajador— se conviene en formalizar el siguiente contrato de trabajo eventual con arreglo a las siguientes cláusulas.

*Primera*: el empleador contrata al trabajador y éste acepta desempeñarse a sus órdenes durante la vigencia del presente contrato.

*Segunda*: la causa que motiva la contratación de [*trabajador*] obedece a una exigencia extraordinaria de la empleadora debido a [*consignar con precisión y claridad los motivos por los que se contrata al trabajador*]; o debido a la sustitución transitoria de un trabajador permanente de la empresa [*poner nombre del trabajador reemplazado*] quien se encuentra con goce de licencia por [...].

*Tercera*: el presente contrato de trabajo eventual se extenderá desde el [...] hasta la finalización de la causa por la cual el trabajador fue contratado.

*Cuarta*: el trabajador percibirá durante el tiempo de la prestación de sus servicios una remuneración [*mensual, quincenal, diaria, etc.*] de $ [...].

*Quinta*: el trabajador deberá realizar sus tareas los días [...] en el horario de [...].

(firma del empleador) (firma del trabajador)

## VI. INTERCAMBIO TELEGRÁFICO ANTE EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES DEL EMPLEADOR

### 1. Uso abusivo del *ius variandi*

### 17) Telegrama del empleador que anuncia cambio de lugar de tareas

Notifícole que a partir del día [...]/[...]/[...], deberá cumplir sus tareas en el establecimiento fabril sito en la calle [...] esquina [...] de la localidad de Campana (Parque Industrial), provincia de Buenos Aires. Dicho traslado se debe a la reorganización de la firma, responde a razones funcionales y habrá de mejorar las condiciones de trabajo, ya que se trata de una fábrica a estrenar con nuevas maquinarias. La empresa pone a su disposición las diferencias en concepto de viáticos (pasajes) que pudieran existir en transportes públicos.

### 18) Contestación del trabajador para rechazar la medida

Rechazo telegrama nro. [...] por arbitrario e improcedente. El cambio de lugar de trabajo me ocasiona perjuicios irreparables que alteran gravemente el desenvolvimiento de mi forma de vida económica, personal y familiar. El nuevo destino de trabajo —localidad de Campana, provincia de Buenos Aires—, dista de mi domicilio —localidad de San Fernando, provincia de Buenos Aires— aproximadamente treinta kilómetros. Esto implica, utilizando los medios normales de locomoción, un tiempo promedio aproximado de viaje de ida de dos horas, con igual tiempo de regreso. El tiempo de viaje (cuatro horas) sumado a mi jornada laboral (nueve horas) me impediría gozar de las horas de descanso que deben existir entre jornadas de trabajo y me obligaría a permanecer trece horas como mínimo fuera de mi domicilio, ocasionándome evidentes perjuicios en el plano personal y familiar. Por todo ello intimo plazo dos días hábiles revean medida tomada bajo apercibimiento de considerarme despedido por su culpa.

### 19) Telegrama para comunicar cambio de turno fijo a rotativo

Notifícole que ante necesidades funcionales de la empresa deberá prestar sus tareas bajo el sistema de turnos rotativos desde el día [...] en los siguientes horarios [...] y su remuneración mensual será de $ [...], manteniéndose su categoría laboral.

### 20) Contestación del trabajador para rechazar la medida

En virtud de los graves inconvenientes personales y familiares que me acarrea el cambio de horario originalmente fijado por el de turnos rotativos, produciendo una alteración sustancial del contrato de trabajo, solicito dentro de los dos días hábiles se dejen sin efecto los cambios dispuestos y se mantengan las anteriores condiciones de trabajo notificándome expresamente tal circunstancia (art. 57, LCT), caso contrario me consideraré en situación de despido indirecto por su exclusiva culpa.

### 21) Telegrama del trabajador ante el silencio del empleador a la intimación anterior

Ante el silencio guardado al requerimiento formulado y en virtud de la negativa de contemplar mi situación personal expuesta en el telegrama nro. [...], hago efectivo el apercibimiento dispuesto y me considero despedido por su exclusiva culpa. Efectuaré reclamos indemnizatorios legales.

### 22) Telegrama para reclamar por reducción de la jornada de trabajo

Ante la reducción inconsulta de mi jornada de trabajo sin aducir siquiera un plazo de duración de ésta —lo que produce una merma en mi ingreso mensual habitual—, intimo plazo dos días hábiles se me reintegre a mi tarea habitual en días y horarios acordados previamente, bajo apercibimiento de considerarme gravemente injuriado y despedido por su culpa.

### 23) Contestación del empleador que rechaza despacho anterior

Rechazo intimación de telegrama nro. [...]. He actuado en ejercicio de mi derecho de modificar el contrato dentro de los límites permitidos por la LCT (art. 198) y lo que surge del CCT de empresa nro. [...]. Aténgase a la nueva jornada de trabajo y días dispuestos con remuneración proporcional.

### 24) Contestación del trabajador para considerarse despedido

Ante su persistencia en la reducción de la jornada de trabajo gravemente injuriosa para mí y la interpretación antojadiza e insólita de la LCT y del CCT aplicable, produciendo una consecuente y significativa reducción salarial, me considero despedido por su culpa. Accionaré judicialmente por el cobro de las indemnizaciones pertinentes.

### 25) Telegrama del trabajador que rechaza el cambio a turno diurno

Habiéndome cambiado el turno nocturno por el diurno en forma unilateral, constituyendo una alteración sustancial del contrato de trabajo, intímole plazo dos días hábiles mantenga el

horario nocturno o, en su caso, la remuneración del turno noche, bajo apercibimiento de considerarme gravemente injuriado y despedido por su culpa.

### 26) Telegrama del trabajador para considerarse despedido

Ante el silencio guardado al telegrama nro. [...] y la negativa a mantener el horario nocturno o por lo menos el nivel salarial que por derecho me correspondía en el turno noche, me considero gravemente injuriado y despedido su culpa. Me reservo derechos de accionar judicialmente por cobro de indemnizaciones correspondientes.

## 2. Sanciones disciplinarias

### 27) Telegrama de apercibimiento

Ante el incumplimiento cometido por Ud. el día [...], [*exponer la causa en forma detallada*], queda amonestado, bajo apercibimiento de que la reiteración de la falta será sancionada con suspensión. Queda Ud. notificado.

### 28) Telegrama de suspensión

Ante la grave falta cometida por Ud. el día [...], [*exponer la causa en forma detallada*], queda suspendido por [*plazo de suspensión*] días. Queda Ud. notificado.

### 29) Contestación que niega el hecho

Rechazo su telegrama nro. [...] por falso e inexacto. Niego el hecho denunciado por usted, impugno la medida y solicito se la deje sin efecto, bajo apercibimiento de accionar judicialmente por los salarios caídos.

## VII. TELEGRAMAS POR INCUMPLIMIENTOS DEL EMPLEADOR DE OBLIGACIONES LABORALES

### 30) Telegrama que intima pago de remuneración

Hallándose vencido en exceso el plazo legal del pago de [*quincena/sueldo*], intímole plazo dos días hábiles pague [*primera/segunda quincena/sueldo de (...) de]*, bajo apercibimiento de entender grave injuria y considerarme despedido.

### 31) Telegrama para que se dé cumplimiento al deber de ocupación

Ante negativa de tareas, intímole plazo dos días hábiles otorgue tareas adecuadas a mi categoría laboral de [...], bajo apercibimiento de considerarme despedido por su culpa.

### 32) Telegrama para intimar por igualdad remuneratoria

Considerando su actitud violatoria al principio consagrado en el art. 14 bis, CN, de igual remuneración por igual tarea, intímole plazo dos días hábiles abone mi remuneración del mismo modo que a las dependientas [...] recientemente incorporadas, ya que mi salario actual re-

sulta inferior y mi categoría de [...] se halla por sobre la de las nuevas dependientas, caso contrario me consideraré discriminada, gravemente injuriada y despedida por su culpa.

### 33) Telegrama del trabajador que intima por la ley 25.345. Arts. 80 y 132 bis, LCT

Habiendo transcurrido treinta días desde el despido sin justa causa, intímole plazo dos días hábiles entregue certificados de servicios, remuneraciones y de trabajo en los términos del art. 80, LCT (según ley 25.345), y acredite el depósito de aportes previsionales por el verdadero salario percibido, bajo apercibimiento de iniciar acciones judiciales con fundamento en los arts. 80 y 132 bis, LCT, según ley 25.345 (y su decreto reglamentario 146/2001) —sanción conminatoria e indemnización— e iniciar denuncia administrativa y acciones con fundamento en la ley penal tributaria.

### 34) Telegrama para intimar por pago de horas extras

Ante reiterados e infructuosos reclamos verbales, intimo plazo dos días hábiles pague horas extraordinarias trabajadas para Ud. [por ej.: *en los últimos seis meses, de lunes a viernes a razón de media hora por día*], caso contrario me consideraré despedido y disolveré el contrato de trabajo por su exclusiva culpa.

## VIII. TELEGRAMAS Y NOTAS PARA EL GOCE DE VACACIONES Y LICENCIAS

### 35) Nota del empleador que notifica al trabajador su período de vacaciones

Buenos Aires, [...] de [...] de [...]

Sr. (trabajador)

En cumplimiento de lo dispuesto por el art. 154, LCT, le comunico que, de acuerdo con su antigüedad en el empleo y con los días hábiles trabajados, gozará del período de descanso anual remunerado correspondiente al año [...], desde el día [...] inclusive, hasta el día [...] inclusive.

En consecuencia, deberá reincorporarse a su trabajo el día [...] a las [...] hs.

Saludo a Ud. muy atte.

(firma del empleador)

En Buenos Aires, a los [...] días del mes de [...] de [...], siendo las [...] horas, recibí el original de la precedente comunicación.

(firma del trabajador)

### 36) Telegrama del trabajador que comunica el goce de las vacaciones por omisión de otorgamiento dentro del plazo legal

Notifico a Ud. que en razón de haberse omitido y vencido el plazo legal de comunicación del comienzo de mis vacaciones (art. 157, LCT), gozaré de ellas a partir del [...] al [...] Queda Ud. notificado.

### 37) Nota del trabajador que solicita licencia por examen

Buenos Aires, [...] de [...] de [...]

Sr. (empleador)

En virtud de lo dispuesto por el art. 158, LCT, solicito permiso para rendir examen de [...], los días [...], comprometiéndome a acreditar haber rendido éste mediante certificado expedido por [*instituto/universidad*] en el cual curso mis estudios (art. 161, LCT).

Saludo a Ud. muy atte.

(firma del trabajador)

## IX. INTERCAMBIO TELEGRÁFICO PARA CASOS DE ENFERMEDAD O ACCIDENTE INCULPABLE

### 38) Telegrama que notifica enfermedad inculpable

Comunícole me hallo imposibilitado de prestar servicios por enfermedad (art. 208, LCT). Me hallo en mi domicilio particular. Certificado médico a su disposición.

### 39) Contestación del empleador que intima a presentar certificado

Intímole cuarenta y ocho horas presentar certificado médico bajo apercibimiento de considerar inasistencias injustificadas.

### 40) Contestación del empleador que dispone control médico

Presentarse en servicio médico sito en [...], el día [...], a fin de realizar exámenes médicos (art. 210, LCT).

### 41) Telegrama que denuncia incapacidad absoluta

Hallándome en uso de licencia paga (art. 208, LCT) y habiéndome sometido a estudios médicos y complementarios en el sanatorio [...], se ha detectado que padezco las siguientes afecciones [...] lo cual me incapacita en forma absoluta en los términos del art. 212, LCT. Certificados médicos a su disposición. Consecuentemente, intímole plazo dos días hábiles pague indemnización por extinción de vínculo en los términos del art. 212, párr. 4°, LCT, bajo apercibimiento de iniciar acciones legales en procura de su cobro.

### 42) Contestación de la empresa que niega la incapacidad absoluta

Niego por no constarme la incapacidad absoluta en los términos del art. 212, LCT, alegada por Ud. Intímole que acompañe certificados médicos a los que hace referencia y se presente el día [...] munido de ellos a la revisación médica que se llevará a cabo en el [...], bajo apercibimiento de considerar no probada la causal de extinción alegada y considerar despido indirecto sin causa.

### 43) Telegrama de extinción por vencimiento de plazo de reserva

Notifícole que habiéndose vencido el plazo de reserva de puesto que prescribe la LCT por enfermedad sin que se reintegrara al trabajo, queda extinguido el contrato de trabajo (art. 211 *in fine*, LCT).

### 44) Telegrama de intimación a reintegrarse al trabajo

En virtud de que el dictamen de nuestro equipo médico lo autoriza a trabajar en sus tareas habituales que no requieren esfuerzo alguno, intímole a reintegrarse a su trabajo en el plazo de dos días hábiles, caso contrario disolveré el contrato de trabajo por su culpa.

### 45) Telegrama de rechazo a despacho anterior

Rechazo telegrama nro. [...] por improcedente y malicioso. Me encuentro impedido de desarrollar una tarea continua ya que estoy siendo sometido a un tratamiento por [*artrosis*]. Certificados médicos a su disposición.

### 46) Telegrama para reclamar tareas livianas

En virtud del alta médica otorgada con un 30% de incapacidad, intimo plazo dos días hábiles se me concedan tareas acordes con aquélla, de acuerdo con lo prescripto por el art. 212, LCT, caso contrario consideraré que me han sido negadas injustificadamente tareas, disolveré el contrato de trabajo por su culpa y procederé a reclamar las indemnizaciones legales pertinentes (art. 212, párr. 3°, LCT). Certificado de alta médica con indicaciones de las tareas que puedo realizar a su disposición.

### 47) Certificado médico que acredita la imposibilidad de trabajar

[...]
[nombre del médico]
Matrícula nro. [...]
Domicilio [...] Teléfono [...]

Certifico, en mi carácter de médico [...], que el día [...] he examinado a [...] (quien ha acreditado su identidad con [...]), en el domicilio [...]. Asimismo, después de analizar los elementos referidos al paciente [...] he efectuado el siguiente diagnóstico: [...] Por tanto, el paciente estará imposibilitado para trabajar en tareas [...] desde el día [...]/[...]/[...] inclusive, hasta el día [...]/[...]/[...] inclusive.

Extiendo el presente certificado a solicitud del paciente y al solo efecto de ser presentado ante [...], en la ciudad de Buenos Aires a los [...] días del mes de [...] de [...].

[...]
(firma y aclaración)

## X. TELEGRAMAS Y NOTAS EN CASO DE MATERNIDAD

### 48) Nota al empleador para notificar el embarazo de la trabajadora con certificado médico (se puede efectuar por telegrama)

Buenos Aires, [...] de [...] de [...]
Sr.
(empleador)

Me dirijo a Ud. en los términos establecidos en el art. 177, LCT, con el fin de hacerle saber que estoy embarazada, y que la fecha presunta de parto es el [...] de [...] de [...].

Adjunto certificado médico expedido por el Dr. [...], con domicilio en [...] de donde surge lo precedentemente manifestado.

Saludo a Ud. muy atte.
(firma de la trabajadora)

*En caso de no acompañar certificado debe solicitar la comprobación del estado de embarazo*: a la nota anterior, en reemplazo del párrafo en que se consigna que se adjunta certificado médico, se debe agregar lo siguiente:

A fin de la comprobación de lo expuesto precedentemente, solicito se me efectúe el examen médico que corresponda, con intervención del profesional designado por Ud.

### 49) Nota para optar por la reducción de la licencia preparto

Buenos Aires, [...] de [...] de [...]
Sr.
(empleador)

Me dirijo a Ud. a fin de informarle que debiendo gozar de licencia por maternidad, opto por reducir a treinta días el período anterior al parto de conformidad a lo dispuesto en el art. 177, LCT.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la fecha presunta de parto es el [...] de [...] de [...], conforme certificado médico que obra en su poder, la licencia preparto debe comenzar el día [...] de [...] de [...].

Saluda a Ud. muy atte.
(firma de la trabajadora)

### 50) Nota para optar por quedar en situación o estado de excedencia

Buenos Aires, [...] de [...] de [...]
Al Sr.
(empleador)

Me dirijo a Ud. a fin de hacerle saber que encontrándome en la situación prevista por el art. 183, LCT, opto por quedar en situación de excedencia por un período de seis meses contados a partir del día siguiente al de finalización de mi licencia por maternidad.

Me comprometo a reintegrarme a mis tareas el día [...] de [...] de [...] en mi horario habitual.

Saludo a Ud. muy atte.
(firma de la trabajadora)

### 51) Nota para optar por la rescisión del contrato y la percepción de la compensación por tiempo de servicio

Buenos Aires, [...] de [...] de [...]
Sr.
(empleador)

Me dirijo a Ud. a fin de comunicarle que hallándome en la situación prevista en el art. 183, LCT, opto por rescindir mi contrato de trabajo al finalizar mi licencia por maternidad y por la percepción de la compensación por tiempo de servicios que prevé el inc. b) del artículo referido.

En consecuencia, pongo en su conocimiento que concurriré a mi lugar de trabajo a percibir dicha compensación, la liquidación final correspondiente y el certificado de trabajo previsto en el art. 80, LCT, en el cuarto día hábil contado a partir de la finalización de la licencia por maternidad.

Saludo a Ud. muy atte.
(firma de la trabajadora)

### 52) Nota al empleador para solicitar descansos por lactancia

Buenos Aires, [...] de [...] de [...]
Sr.
(empleador)

Me dirijo a Ud. en virtud de lo dispuesto en el art. 179, LCT, a fin de solicitarle me conceda dos descansos diarios de treinta minutos cada uno en el transcurso de mi jornada de trabajo, con una separación de [...] horas entre ambos, a fin de que me sea posible, durante dichos descansos, amamantar a mi hijo lactante nacido el [...] de [...] de [...] según surge de las constancias obrantes en su poder.

De acuerdo con el certificado médico que se adjunta en este acto, expedido por el Dr. [...] con domicilio en [...] el período de amamantamiento debe extenderse durante [...] meses, contados a partir de la fecha de nacimiento de mi hijo.

Me comprometo, en caso de cesar la necesidad de amamantar a mi hijo, comunicar tal circunstancia de inmediato y cumplir íntegramente mi jornada de labor desde ese momento.

De resultar necesaria la ampliación del período de amamantamiento, me comprometo a acreditarlo mediante la oportuna entrega del certificado médico correspondiente.

Saludo a Ud. muy atte.
(firma de la trabajadora)

### 53) Telegrama del empleador ante el silencio de la trabajadora finalizada la licencia por maternidad

Finalizada la licencia por maternidad el día [...] y no habiendo notificado expresamente que se acoge al beneficio de excedencia consideramos que ha hecho uso de la opción de la indemnización prevista en el art. 183, inc. b), conforme art. 185, LCT. Compensación por tiempo de servicio a su disposición.

## XI. INTERCAMBIO TELEGRÁFICO ANTE CASOS DE SUSPENSIÓN POR FALTA O DISMINUCIÓN DE TRABAJO

### 54) Telegrama para notificar suspensión por falta o disminución de trabajo

Notificámosle suspensión desde [...] inclusive hasta [...] inclusive por falta o disminución de trabajo no imputable a la empresa motivada por [...].

### 55) Telegrama que impugna la suspensión por falta o disminución de trabajo

Ante inexistencia de la causa alegada en telegrama nro. [...] rechazo suspensión por falta o disminución de trabajo dispuesta unilateralmente por la empresa para ser cumplida desde el día [...] inclusive hasta el día [...] inclusive, e intimo se deje sin efecto dicha medida, caso contrario me consideraré gravemente injuriado y despedido por su exclusiva culpa.

## XII. INTERCAMBIO TELEGRÁFICO EN CASO DE DESPIDO. PREAVISO. LEY 25.323

### 56) Telegrama de preaviso de despido sin causa

Preavísole que queda despedido a partir del día [31 de marzo]. Haberes y liquidación final a su disposición.

### 57) Telegrama del trabajador que opta por su licencia por preaviso

Notifícole que, en virtud del preaviso otorgado, opto por gozar de la licencia prevista en el art. 237, LCT, en las [...] horas de mi jornada de trabajo durante el plazo de preaviso que se inicia el día [...] de [...] de [...].

### 58) Telegrama de despido directo sin causa

Notificámosle que a partir del día de la fecha prescindimos de sus servicios. Haberes y liquidación final a su disposición.

### 59) Telegrama de despido directo con causa

*a)* Ante la grave inconducta en que incurriera el día [...], [*por ej., profiriendo insultos a los compañeros de trabajo y al jefe de personal, llegando incluso a la agresión de hecho*], queda despedido. Haberes y liquidación final a su disposición.

*b)* Teniendo en cuenta sus antecedentes y las reiteradas faltas oportunamente sancionadas que obran en su legajo, queda despedido por [*por ej., haber inasistido a su trabajo sin aviso ni causa justificada los días...*], resultando una conducta reiterada y advertida oportunamente. Certificado de trabajo (art. 80, LCT, y ley 24.576) y liquidación final a su disposición.

### 60) Contestación para rechazar la invocación de causa

Rechazo telegrama de despido nro. [...]. Es falsa la causal invocada, constituyendo un pretexto para no pagar indemnizaciones por despido arbitrario. Accionaré legalmente.

### 61) Telegrama de despido indirecto

Ante el silencio guardado a la intimación efectuada por telegrama nro. [...] requiriendo [*por ej., dación de tareas y la entrega de recibos en legal forma*], considérome despedido por su culpa. Intímole plazo dos días hábiles abone liquidación por despido injustificado bajo apercibimiento de accionar judicialmente.

### 62) Telegrama de despido por huelga ilegal

Queda despedido por justa causa consistente en la participación activa en una medida de fuerza ilegal producida el día [...] con violencia en las personas y daños en bienes de la empresa.

### 63) Telegrama del trabajador que niega causal

Niego causales de despido invocadas en telegrama nro. [...]. De ninguna manera he tomado parte en acto alguno de violencia. Accionaré judicialmente por reclamo de indemnización por despido sin justa causa.

### 64) Telegrama de despido directo con causa

Ante el grave incumplimiento a los deberes de conducta del día de la fecha consistente en [*por ej., agresión verbal y física a un compañero de trabajo ocurrida ante testigos*] queda des-

pedido por su exclusiva culpa. Haberes de los días trabajados del mes, SAC y vacaciones proporcionales a su disposición.

### 65) Contestación del trabajador al despacho anterior intimando por la ley 25.323

Rechazo su carta documento del [...]/[...]/[...] por improcedente, temeraria, falsa y maliciosa. Rechazo despido arbitrario dispuesto así como también la falsa causal alegada para justificarlo. Niego enfáticamente haber protagonizado y/o tenido participación alguna en los hechos que refiere. Intimo plazo dos días hábiles abone indemnización por antigüedad, indemnización sustitutiva de preaviso, integración mes de despido (además de los días correspondientes del mes de marzo, SAC y vacaciones proporcionales), todo ello bajo apercibimiento de iniciar acciones judiciales por el cobro de dichas indemnizaciones. Dejo constancia que la presente sirve de intimación fehaciente en los términos del art. 2°, ley 25.323, debiendo abonar en caso de incumplimiento el incremento de las indemnizaciones allí previsto. Asimismo, toda vez que la relación laboral no se encontraba debidamente registrada, ya que consta en los recibos un salario menor ($ [...]) al verdaderamente percibido ($ [...]) en virtud del pago en negro mensual de $ [...], intímole para que en el término de dos días hábiles abone también la indemnización prevista en el art. 1°, ley 25.323.

## XIII. TELEGRAMAS PARA DISTINTOS CASOS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

### 66) Telegrama para intimar al trabajador a reintegrarse a sus tareas ante inasistencias injustificadas

Ante inasistencias injustificadas desde el día [...], intímole plazo dos días hábiles reintégrese a sus tareas, bajo apercibimiento de considerarlo incurso en abandono de trabajo.

### 67) Telegrama para declarar extinción por abandono de trabajo

Debido a su continuada inasistencia al trabajo desde el día [...], inclusive, sin ninguna justificación, y ante el silencio observado ante nuestra intimación a reintegrarse a sus tareas dispuesta por telegrama nro. [...] considerámoslo incurso en abandono de trabajo. Salarios adeudados y certificado de trabajo —art. 80, LCT, y ley 24.576— a su disposición.

### 68) Telegrama para intimar al trabajador a iniciar los trámites para obtener el beneficio previsional

Intímole a iniciar los trámites jubilatorios pertinentes en virtud de haber reunido los requisitos necesarios para obtener una de las prestaciones prescriptas por la ley 24.241. Pongo a su disposición certificado de servicios correspondiente y toda la documentación necesaria obrante en esta empresa. En virtud de lo establecido en el art. 252, LCT, se mantendrá la relación laboral hasta habérsele otorgado el beneficio o hasta un plazo máximo de un año a partir de la fecha. Hágole saber que concedido tal beneficio, o habiéndose vencido el plazo, se considerará extinguido el contrato de trabajo.

### 69) Telegrama de renuncia

Renuncio a mi empleo con fecha [...] y solicito que dentro del plazo de cuatro días a partir de la fecha de extinción del contrato de trabajo me abone los rubros correspondientes a mi liquidación final y haga entrega del certificado de trabajo.

# CAPÍTULO XXXIV
# JURISPRUDENCIA

## CAPÍTULO III: FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO

### 1. Control de constitucionalidad

En el caso, si bien la actora no planteó la inconstitucionalidad del tope en la demanda ni su inaplicabilidad, *no se observa obstáculo para su tratamiento.* Ello es así porque la función del juez que se enuncia con el adagio latino *iura novit curia* es suplir el derecho que las partes no le invocan o le invocan mal. Es que el control de constitucionalidad no depende de las partes porque la supremacía de la Constitución es de orden público. Sala 7ª, 30/8/2005, "Cosoli, Hugo Carlos v. Administración Nacional de Seguridad Social".

Tal como lo ha sostenido el Máximo Tribunal al pronunciarse en la causa "Mill de Pereyra, A. y otros v. Provincia de Corrientes" (M.102.XXXII, del 26/6/2000), los jueces están facultados para ejercer de oficio el control de constitucionalidad de las leyes, sin que ello atente contra el principio de división de poderes, en la medida en que el control de constitucionalidad hace a la esencia misma del Poder Judicial. En dicho precedente sostuvo también el Alto Tribunal que la declaración de oficio respeta la presunción de legitimidad de los actos estatales, pues la misma cede cuando los actos cuestionados contrarían una norma de jerarquía superior, siendo esta declaración una cuestión de derecho insita en el adagio *iura novit curia*, que incluye el deber de mantener la supremacía constitucional. Tampoco lesiona el derecho de defensa en juicio, pues lo contrario conduciría a descalificar toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por las partes so pretexto de no haber podido expedirse sobre su aplicación en el caso concreto. A ello agregó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Banco Comercial de Finanzas SA (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/quiebra" que si bien los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, esto es, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues es potestad de los jueces suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente. Sala 6ª, 27/7/2006, "Liguori, Natalia Jorgelina v. Irabedra, Hugo F.".

### 2. Constitución Nacional. Tratados internacionales. Rango constitucional

La C. Nac. Trab., sala 2ª, 27/11/2008, en autos "Pacheco, Oscar H. v. HIH Interamericana ART" estableció que a pesar de la imperatividad de la Carta Magna cuando únicamente se encuentra comprometido un interés particular, la falta de invocación de lesión constitucional en la demanda impide la eventual declaración de inconstitucionalidad de oficio; además, sostuvo que el planteo de una cuestión federal en la expresión de agravios contraviene los principios que rigen el contradictorio.

### 3. Ley. Interpretación

Por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que dicen jurídicamente, es decir, con conexión con las demás normas que integran el ordenamiento del país, con el fin de establecer así la versión técnicamente elaborada de la norma aplicable al caso, por medio de una hermenéutica sistemática y razonable. En la interpretación de las leyes cabe estar al espíritu de la norma, a la intención legislativa y al bien jurídico protegido por la misma. Sala 10ª, 9/9/2002, "Trigo Mogro, Hernán v. Pecom Energía SA" (DT 2003-A-81).

El planteo de irretroactividad es para las leyes (art. 3°, CCiv.), pero no para la doctrina jurisprudencial, de allí que resulta aplicable en el caso la doctrina del fallo "Vizzoti" aunque éste sea de fecha posterior al despido de autos. Sala 3ª, 23/3/2006, "Peña, Daniel Emilio v. Cabaña y Estancia Santa Rosa SA".

La C. Nac. Trab., sala 3ª, 31/3/2009, en autos "Portmann, Enrique v. Anses", estableció que las condiciones emergentes de una determinada convención no se incorporan definitivamente al contrato individual y no son exigibles más allá de la vigencia de aquélla (o de su posible ultraactividad), razón por la cual pueden ser válidamente modificadas *in peius*, derogadas o sustituidas por otras pactadas en un nuevo convenio.

**4. Convenios colectivos**

Las partes no están obligadas a probar la existencia y contenido de los convenios colectivos de trabajo, pero deben individualizarlos con precisión. C. Nac. Trab., en pleno (nro. 104), 31/10/1966, "Alba, Angélica v. UTA".

El art. 20, ley 24.522, es constitucional toda vez que el Comité de Libertad Sindical de la OIT, al resolver una queja contra el gobierno de la República Argentina presentada por varias entidades gremiales, declaró que dicho artículo no vulnera el convenio 98. (CLS, informe 307, caso 1887, documento Ilolex 0319973071887). Sala 4ª, 29/9/2010, "Unión Obreros y Empleados Plásticos v. Rocig SA s/cobro de apor. o contrib.".

El convenio colectivo, una vez homologado por la autoridad administrativa, adquiere fuerza *erga omnes*. Desde dicha perspectiva, al tratarse además de una de las fuentes que regulan la relación laboral individual (art. 1°, LCT), que es obligatoria para todos los trabajadores y empleadores de la actividad (aun cuando no hayan suscripto el acuerdo colectivo), es pasible de declaración de inconstitucionalidad cuando el órgano judicial decide desplazar su aplicación al caso por vulnerar derechos o garantías de la Ley Fundamental (del voto del Dr. Stortini). Sala 10ª, 27/11/2009, "Ríos, José Albino v. Search Organización de Seguridad SA s/diferencias de salarios".

La C. Nac. Trab., sala 5ª, 9/6/2009, en autos "Méndez Villagomez, José A. v. Clínica Privada Independencia SA", consideró válida la denuncia del vínculo efectuada por el trabajador si existió reconocimiento expreso de la empresa acerca de la existencia de una rebaja salarial, así como del diferimiento en el pago de los salarios invocando un "convenio interno" cuya existencia no se acreditó y cuyos términos serían inhábiles por contrarrestar expresas disposiciones legales sobre el plazo de pago de las remuneraciones.

La C. Nac. Trab., sala 3ª, 27/3/2009, en autos "Anad, Ariel O. v. Coto Cicsa", consideró inaplicable el art. 6°, acuerdo colectivo 1.081.147/2003, celebrado entre la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios y Coto Cicsa, porque constituiría una regulación peyorativa para el trabajador que no puede ser reputada como eficaz, especialmente porque las normas imperativas integran el orden público laboral y no pueden ser modificadas mediante el supuesto ejercicio de la denominada "autonomía colectiva" en perjuicio de los trabajadores.

Las cláusulas contenidas en las convenciones colectivas de trabajo no parecen ser susceptibles de ser tachadas de inconstitucionales. El convenio colectivo es en esencia un contrato nacido de la voluntad común de las partes concertantes, y no constituye ley en sentido formal. En consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad solicitada respecto de una de sus cláusulas resulta improcedente. Sala 8ª, 28/9/2001, "Repisarda, Jorge v. Cía. Gral. de Comercio e Industria SA".

**5. Reglamentos de empresa. Usos y costumbres de la empresa**

Tanto los reglamentos de empresa como las costumbres y usos empresarios constituyen una expresión de voluntad del empleador como fuente de creación de obligaciones y si ello es así, es evidente que tienen carácter "general", es decir que se refieren, indiferentemente de las personas respecto de quienes rija, a la totalidad de la empresa. Sala 10ª, 21/6/2001, "Toscano, Adrián G. y otros v. Volkswagen Argentina SA", DT 2001-B-2318.

El Código de Ética es un reglamento interno plenamente oponible a los funcionarios a los que se aplica, en cuanto especifica conductas calificadas, como incumplimientos contractuales o transgresiones a deberes de comportamiento, y en su caso, un régimen disciplinario, e incluso, supuestos de justa causa de despido. En una controversia judicial, el juez, analizando el producto final de la actividad probatoria, es quien, por así prescribirlo el párr. 2°, art. 242, LCT, determina en definitiva si los hechos reprochados como justa causa de despido constituyen incumplimientos imposibilitantes de la continuación de la relación de trabajo. Sala 8ª, 28/9/2003, "Garramone, Raúl v. Citibank NA".

**6. Voluntad de las partes**

La voluntad de las partes o una manifestación tácita de voluntad por repetición de actos en el curso de una relación individual, configura, obviamente, una fuente de derechos. Sala 10ª, 26/9/2002, "Sánchez, Héctor O. v. Petrolera del Conosur SA".

**7. Conflictos de normas**

Para solucionar el conflicto entre las fuentes del derecho laboral aplicable, debe partirse del carácter imperativo de la LCT y de su aptitud para fijar las condiciones mínimas de trabajo por sobre la voluntad individual de las partes, en la medida en que esta última no sea más favorable. Sala 2ª, 20/6/2001, "Krautmann de Portaro, Berta v. Instituto Goethe Buenos Aires".

Aun cuando la relación laboral se haya formalizado y desarrollado parcialmente bajo la égida del estatuto del personal bancario, lo cierto es que el despido se produce con posterioridad a su derogación y, en nuestro sistema positivo, nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentos, ni a la inalterabilidad de los mismos sin que el principio protectorio del derecho del trabajo, la garantía contra el despido arbitrario y/o el derecho de propiedad puedan justificar una solución distinta. Sala 5ª, 20/7/2001, "Fridman, Ana María y otros v. Banco Hipotecario SA y otro".

## CAPÍTULO IV: PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

### 1. Principio protectorio

*1.1. Norma más favorable para el trabajador*

El régimen de la norma más favorable que trata el art. 9°, LCT, se refiere a normas heterónomas y no a las derivadas de la voluntad de una de las partes que, por aplicación del denominado "orden público laboral" plasmado en el art. 7° del mismo ordenamiento sólo tiene consecuencias relevantes en cuanto mejore las condiciones derivadas de la ley y la convención colectiva de trabajo, mas no cuando las empeora, supuesto en el que se sanciona la conducta, aún bilateral de las partes del contrato, con lo establecido en el art. 44 de la misma ley. Sala 10ª, 30/6/1997, "Radin, Carlos Alberto y otros v. Entel".

*1.2. Condición más beneficiosa*

Si un beneficio se ha prolongado más allá de la circunstancia que le dio origen, y sin que se encuentre ligado a ninguna situación transitoria especial, no cabe más que concluir que constituye una condición más beneficiosa que debe ser respetada. Sala 3ª, 20/7/2001, "Bravo, Belindo y otros v. Establecimiento Vicente López SA", JA 2002-I-302.

Si 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 propio 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. 7°, LCT). Por ello, resulta aplicable al caso la "condición más beneficiosa". Sala 3ª, 17/5/1996, "Gómez, Oscar v. Autolatina SA".

*1.3.* In dubio pro operario

Corresponde mantener la licencia por enfermedad acordada entre las partes y formalizada ante el Seclo —en el caso, se convino una licencia por enfermedad por el plazo de treinta meses— hasta el alta del trabajador, toda vez que al constituir este tipo de convenios una fuente autónoma de derechos deben interpretarse con base en el principio *in dubio pro operario*, y no en los que rigen la interpretación de los contratos de derecho común, todo ello en virtud de lo previsto por el art. 9°, LCT. Sala 10ª, 10/9/2003, "A., M. D. v. Maucci SA y otro".

### 2. Principio de irrenunciabilidad

La C. Nac. Trab., sala 6ª, 28/11/2008, en autos "Filiberto, Adrián C. v. América TV SA", estableció que si la remuneración percibida resultaba muy superior a la pactada en el convenio, excediendo lo previsto por el art. 12, LCT, y su reducción se produjo por un acuerdo de partes que fue ratificado por el empleado asistido por un letrado y consentido durante todo el tiempo en que se verificó la reducción del salario, no resulta procedente el reclamo de las diferencias salariales.

No resulta ajustado sostener que la Asociación de Fútbol Argentino ha ejercido una facultad propia vinculada a la organización de la actividad de los árbitros, si dispuso el cambio unilateral del lugar, los días y horarios del entrenamiento físico —obligatorio para los árbitros por convenio colectivo—. Ello pone en evidencia una conducta lindante con la mala fe de su parte, al tornar la obligación de entrenarse de cumplimiento, por lo menos, dificultoso para el actor. Dicho entrenamiento obligatorio pasó de dos días a tres, en horarios no habituales y en lugares alejados de donde se realizaba la actividad física habitualmente. Esta conducta no se compadece con un uso legítimo de las facultades organizativas sino que, por el contrario, pone de manifiesto una actitud contraria a los principios de buena fe que deben imperar en las distintas etapas del vínculo dependiente. Sala 6ª, 30/9/2009, "Moreno, Juan Carlos v. Asociación de Fútbol Argentino".

La rebaja salarial, ya sea que resulte de un acuerdo de partes o de la voluntad unilateral del empleador, resulta injustificada e inválida cuando se demuestra que el trabajador siguió realizando las mismas tareas y cumpliendo el mismo horario, pues dicha modificación altera la equivalencia de las prestaciones, vale decir, el sinalagma contractual a la vez que vulnera el principio de la retribución justa, que tiene raigambre constitucional (art. 14, CN; art. 12, LCT). La convención de partes por la cual la empleadora rebaja el salario a su cargo, quedando las restantes modalidades del contrato de trabajo inalteradas, es nula y sin valor. El paso del tiempo y el silencio del trabajador, en caso de una rebaja unilateral del salario, no pueden ser valorados como renuncia a derechos conferidos por la ley. Sala 3ª, 11/4/2006, "Carino, Alejandro Pedro v. Argencard SA".

Las condiciones laborales establecidas en las leyes no pueden desactivarse por convenios colectivos, acuerdos de empresa, usos y costumbres, decisión unilateral del empleador o del trabajador. La desactivación lograda es nula, por aplicación del art. 7°, LCT. La conducta del actor, aun cuando se registrara mediante una escritura pública, no es válida, ya que vulnera el principio de la irrenunciabilidad y colisiona con el art. 7° mencionado, al excluirse por esa vía la responsabilidad que deriva de la ley (art. 228,

LCT). Sala 6ª, 20/2/2006, "Barrientos, Edgar v. Nicolás de Bari SRL y otro".

La rebaja salarial dispuesta por la empleadora no aparece como derivada de una real negociación de las partes de las que puedan considerarse ambas beneficiarias, sino una imposición unilateral de aquélla en función de una conveniencia propia, si no existe evidencia alguna de que el actor haya prestado conformidad expresa con la decisión patronal de reducir su remuneración. En este sentido, el mantenimiento de la fuente de trabajo no puede considerarse un "beneficio" emergente del convenio celebrado por la empleadora porque se trata de un derecho con que el actor ya contaba en virtud de disposiciones de orden público y del sistema de estabilidad relativa impropia adoptado por la ley general (conf. arts. 10, 62, 63 y 90, 1ª parte, LCT). El derecho del trabajador a percibir su remuneración de acuerdo con el nivel alcanzado antes de esa imposición patronal se encuentra expresamente protegido por el Convenio sobre Protección del Salario de la OIT 95, aplicable a todas las personas a quienes se pague o deba pagarse un salario (art. 2°, ap. 1°). Dicho convenio, de acuerdo con lo previsto por el art. 75, inc. 22, párr. 1°, CN, tiene jerarquía supralegal.

A su vez, el art. 131, LCT, en consonancia con esa norma internacional, establece que no podrá deducirse o retenerse suma alguna "que rebaje el monto de las remuneraciones". Sala 2ª, 15/2/2008, "Tchukran, Enrique v. Obra Social para el Personal del Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos OSME".

### *2.1. Prescripción*

El plazo para la prescripción de las acciones provenientes de la responsabilidad civil por enfermedades profesionales debe contarse a partir de que la víctima tomó conocimiento de la certeza del daño en su verdadera dimensión. Así, en el caso, dicho momento se produjo con el dictamen de la Comisión Médica central, donde se determinó que el trabajador no poseía incapacidad vinculada con el trabajo. A partir de ese momento supo a ciencia cierta que la ART no le abonaría la prestación dineraria con fundamento en la ley 24.577, y a partir de allí pudo considerar atendible la pretensión de una reparación integral con sustento en la normativa civil. Sala 5ª, 30/9/2010, "Izquierdo, Ricardo v. Consolidar ART SA y otro s/accidente-acción civil", SD 72618, expte. 20.716/2008.

El temor o miedo de poner en peligro la fuente de trabajo o perder el empleo, no pueden ser válidamente encuadradas en el supuesto de excepción que el art. 3980, CCiv., prevé para dispensar el cómputo del plazo prescriptivo. Sala 9ª, 12/8/2010, "Suárez, Elbio Eduardo v. Dinan SA".

La obligación que el art. 80, LCT, pone en cabeza del empleador es de carácter contractual y, por lo tanto, resulta de aplicación el plazo prescriptivo bianual dispuesto en el art. 256 de la misma ley. Y no puede considerarse que la actitud de la demandada, al poner a disposición del accionante los certificados solicitados, resulte idónea para remitir la prescripción ya ganada, en los términos del art. 3965, CCiv., pues no puede suponerse que todo reconocimiento de una deuda prescripta lleve forzosamente esa intención: la renuncia no se presume y los actos que la prueben deben interpretarse restrictivamente. Sala 2ª, 13/9/2010, "Chaikin, Rubén Alberto v. Consolidar ART SA".

### *2.2. Renuncia a derechos. Exclusión de presunciones*

La circunstancia de que el actor no haya realizado reclamos fehacientes referidos a que la modalidad de la relación laboral no se adecuaba a un típico contrato de trabajo con anterioridad a la ruptura del vínculo, no reviste trascendencia alguna a los fines de la procedencia de la indemnización por despido, pues su silencio no puede constituir presunción en su contra —art. 58, LCT—. Sala 10ª, 17/4/2002, "Mayer, Eliane v. Liga Israelita Argentina Contra la Tuberculosis y de Medicina Preventiva y otro", DT 2003-A-77.

El silencio de los trabajadores no puede, en virtud del principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, consagrado en el art. 12, LCT, y especialmente con relación a la intangibilidad retributiva, ser interpretado en el sentido de la renuncia, máxime cuando en el caso la merma en la retribución, no tuvo como contrapartida una modificación en las condiciones o calificación de trabajo de los reclamantes. Sala 3ª, 20/7/2001, "Bravo, Belindo y otros v. Establecimiento Vicente López SA", JA 2002-I-302.

Aun cuando el silencio del trabajador no puede ser concebido como renuncia a sus derechos, el hecho de haber dejado transcurrir el actor más de cinco meses para efectuar su primer reclamo, luego de interrumpida la relación contractual con la demandada, revela que ha existido una prolongada actitud omisiva tanto del actor como del demandado respecto de la relación habida, que trasunta el mutuo desinterés en ella. Sala 7ª, 30/8/2005, "Lambardi, Sebastián v. Organización Levin SA".

### *2.3. Acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios. Homologación judicial*

Escapa a la aplicación de la doctrina del plenario "Lafalce" el caso donde se presentó como derechohabiente la concubina de un trabajador fallecido y celebró un acuerdo con la empleadora, sin invocar la representación del hijo menor de aquél —circunstancia que torna inoponible el acuerdo respecto del menor—, y la ausencia de intervención del Ministerio de Menores —omisión ésta que, a todo evento, acarrea la nulidad del convenio, al menos respecto al niño—.

Sala 4ª, 28/5/2009, "Prieto, Verónica Andrea v. Martino, Héctor y otros s/daños y perjuicios".

Si la suma en dólares depositada originariamente en una cuenta bancaria del Banco Ciudad pertenecía a menores, y fue imposición judicial que dicha suma no sufriera merma alguna garantizando así los derechos de aquéllos, las diferencias que por la pesificación y luego la redolarización decididas, así como las tasas de interés aplicadas no pueden causar ninguna merma en tales sumas. Así, la Corte Suprema resolvió en el caso "Emm SRL v. Tía SA" (20/3/2007) que "no puede válidamente alterarse la sustancia de los bienes cuya custodia se le confió al banco, en su carácter de depositario judicial...", de tal modo "el capital debe permanecer incólume, toda vez que cualquier conversión obligatoria —en tanto se traduzca en una quita— resultaría confiscatoria y por ello devendría inexorablemente en inconstitucional". Para más, las diferencias que en definitiva resultaren de los intereses devengados por el plazo fijo en pesos y los que debieren liquidarse si el plazo fijo hubiere permanecido en dólares, en caso de arrojar saldos negativos, deben ser soportadas por la entidad bancaria, en tanto nunca pueden afectar el capital de autos. Sala 2ª, 14/5/2010, "Targhetta Laura por sí y en rep. de sus hijos menores v. Consolidar AFJP SA s/ind. por fallecimiento".

El principio de irrenunciabilidad del art. 12, LCT, admite expresas excepciones fijadas en la propia ley laboral, una de ellas la conciliación del art. 15 (además del desistimiento, de la prescripción y de la caducidad). El legislador ha privilegiado la conciliación como uno de los modos de finalización del conflicto individual y, por lo tanto, la resolución homologatoria producida en sede administrativa tiene presunción de legitimidad (art. 12, ley 19.549), resultando aplicable la doctrina del plenario "Lafalce" (nro. 137, del 29/9/1970) y su revisión judicial cabe apreciarla con criterio restrictivo y admitirla en aquellos casos, a manera de ejemplo, en los que se demuestre una grosera o notoria vulneración al principio de irrenunciabilidad, o cuando media la presencia de alguno de los vicios de la voluntad (falta de discernimiento, intención, libertad, simulación). Sala 10ª, 14/10/2010, "Desalojo, Claudio Orlando v. Xerox Argentina Icsa".

Los acuerdos suscriptos en sede administrativa —Seclo— homologados por la autoridad de aplicación con arreglo a lo dispuesto en el art. 15, LCT, tienen plenos efectos y, a la luz de la doctrina que emana del acuerdo plenario 137 "Lafalce, Ángel v. Casa Enrique Schuster SA", obstan a todo reclamo posterior. Resulta de aplicación el art. 15, LCT, el cual no obstante la irrenunciabilidad de derechos que prevé el art. 12, LCT, admite la concertación de acuerdos liberatorios entre las partes que integran la relación laboral, cuando el mismo se ajusta a los recaudos previstos en la norma y siempre que haya mediado la intervención de la autoridad administrativa o judicial, la que mediante el dictado de una resolución homologatoria del mismo, fundada en la justa composición de derechos e intereses de las partes, ejerce el control de juridicidad de dicho acuerdo. Sala 2ª, 24/4/2006, "Domínguez, Salomón Sabino y otros v. Matacab SA".

Si un acuerdo extintivo fue homologado por la autoridad administrativa, a los fines del interpretar los alcances del art. 15, LCT, debe establecerse la competencia judicial para dilucidar la legalidad y legitimidad de los actos homologatorios de acuerdos transaccionales, conciliatorios y liberatorios adoptados por la autoridad administrativa del trabajo. Así, la competencia atribuida por el art. 15, LCT, a dicha autoridad para homologar los mencionados acuerdos debe ser compatibilizada con el derecho de quien se considere afectado por la decisión adoptada por esa autoridad, a efectos de plantear judicialmente la nulidad del acto homologatorio por la vía procesal pertinente, con amplitud de debate y prueba, en homenaje a las garantías constitucionales de acceso a la jurisdicción y del debido proceso adjetivo. Sala 5ª, 19/5/2006, "Vivas, Miguel Ángel v. Peugeot Citroën Argentina SA".

### 3. Primacía de la realidad

En materia laboral rige el principio de primacía de la realidad, por lo cual la naturaleza de las relaciones debe determinarse por el examen de las características que las conformen y definan en la realidad de los hechos y no por documentaciones —en el caso, contrato de locación de servicio— cuya suscripción o emisión bien pudo constituir una imposición más del dador de trabajo. Sala 7ª, 18/11/2002, "Zelasco, José F. v. Instituto Obra Social del Ejército", DT 2003-B-1019.

Corresponde al juez, mediante el examen de los hechos cuestionados y de las relaciones existentes entre las partes, darles su auténtico sentido, desentrañando la verdadera figura jurídica que prevalece en una situación dada. Sala 1ª, 22/8/1998, "Cabrera, Roberto E. v. Clínica de Tenis Andrea Sociedad de Hecho y otro".

Cuando de los elementos de juicio se infiere la existencia de una relación laboral, el hecho de que el actor emitiera facturas o que estuviera inscripto ante la AFIP como responsable inscripto en IVA no obsta tal conclusión. Esto es así porque debe regir el principio de "primacía de la realidad". Y válidamente puede concluirse que la entrega de dicha documentación, así como la mencionada inscripción, constituyen exigencias formales de la empleadora para eludir la aplicación de las normas laborales que resultan indisponibles para las partes. Sala 3ª, 30/6/2006, "Sansoni, Alejandro Manuel v. Editorial Sarmiento SA".

#### *3.1. Principio de buena fe*

La actitud asumida por el trabajador que omitió ilustrar a su empleadora el no encontrarse en condi-

ciones de obtener los beneficios de la jubilación, opera en contra de los principios de buena fe que debe imperar en la relación laboral (art. 63, LCT). Sala 9ª, 25/6/2010, "Techera, Juan Pedro v. Compañía Fluvial del Sud SA".

Las prácticas antisindicales en nuestro ordenamiento jurídico están constituidas por aquellas conductas taxativamente tipificadas en el art. 53, Ley de Asociaciones Sindicales, a las que la ley les atribuye una antijuridicidad especial que, sin constituir técnicamente delitos del derecho penal, se emparentan a ellos, requiriéndose por tanto la configuración de una conducta típicamente antijurídica y, cuanto menos, culpable. Para el juzgamiento de las prácticas desleales deben aplicarse principios propios del derecho contravencional, puesto que se trata de una pretensión punitiva destinada a reprimir un proceder contrario a la buena fe en las relaciones profesionales, por medio de la imposición de una multa. Sala 2ª, 15/9/2010, "Agrupación Obrera de la Cerámica v. Ferrum SA s/práctica desleal".

La Sup. Corte Just. Mendoza, sala 2ª, 12/8/2009, en autos "Raymondo, Graciela v. Zapata Goma Soc. de Hecho", hizo lugar al recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Cámara del Trabajo —que por voto mayoritario consideró que al no haber transcurrido el plazo legal del año, resulta inaplicable el art. 252, LCT, admitiendo en consecuencia las indemnizaciones previstas por tal distracto (autodespido)— al entender, según las constancias de la causa, que la demandada intentó mantener el vínculo hasta que la empleada obtuviera su jubilación, lo que de hecho ocurrió un par de meses después; sin embargo, ésta, manifestando una conducta abusiva, decidió rescindir el vínculo, reclamando judicialmente las indemnizaciones. En este contexto, puede afirmarse que la conducta seguida por la actora infringe el deber de buena fe que rige toda relación contractual.

El principio de buena fe, que debe ser respetado por las partes del contrato de trabajo incluso al momento de su extinción (art. 63, LCT), impone al trabajador el deber de requerir a su empleador —antes de iniciar una acción judicial— el cumplimiento de las obligaciones que estén a su cargo de modo de facilitar a éste la satisfacción de aquellas pretensiones fuera del ámbito de un proceso judicial ya iniciado con el mismo objeto. En ese contexto ha de entenderse que la demanda judicial (como su antecedente procesal, el trámite de mediación obligatoria) contiene el planteo de un estado de cosas pretérito y no constituye en sí misma una instancia más de las relaciones bilaterales contenidas en el contrato de trabajo o derivadas de él. Sala 2ª, 22/3/2004, "Espasandin, Silvia v. San Sebastián SA".

### 4. Principio de no discriminación e igualdad de trato

En el caso, el actor fue despedido por haber incumplido el apercibimiento previo por el cual se lo exhortaba a abstenerse de participar en paros ilegales, junto con ochenta operarios de la empresa demandada. Es decir, que la empresa decidió extinguir el vínculo con el actor y con el resto de sus compañeros, como respuesta a la adhesión a la huelga, y no por la calidad de activista sindical que se le atribuyó. La característica particular de la motivación de la práctica social discriminatoria es la subsunción sin resto del sujeto en una identidad (generalidad), es decir, la adjudicación a un sujeto de la pertenencia a un grupo. Cuando la causa inmediata del despido se genera a partir de un acto, en el caso dirigido a ocasionar un daño a su empleador —más allá de la legitimidad o no de la huelga—, el interés sobre la condición social del sujeto (activista) es desplazado por el valor de su conducta, cuya connotación agresiva provocó el despido. Por ello, debe ser revocada la sentencia de primera instancia en cuanto ordena la reinstalación del trabajador y la indemnización adicional por el carácter discriminatorio que se le adjudicó al despido. Sala 8ª, 16/7/2010, "Ayala, Jorge Carlos v. FATE SA s/juicio sumarísimo".

La ley 23.592 dio un paso fundamental contra la discriminación al facultar a los jueces a pulverizar el acto discriminatorio y reparar las consecuencias derivadas del episodio lesivo. El art. 1°, al enumerar de modo sólo enunciativo las causales de discriminación, incluye expresamente a la "...opinión... gremial", lo cual abarca los actos reprochables acontecidos antes, durante e incluso a la finalización de la vinculación laboral. Esta ley es plenamente aplicable a las relaciones laborales individuales. Ello es así porque a todos los habitantes de la Nación les está garantizada la igualdad real o de oportunidades y de trato que prevé nuestra Ley Fundamental a partir de la entrada en vigor de la modificación constitucional del año 1994 (art. 75, inc. 23, CN). Sala 10ª, 28/6/2010, "González, Gerardo Esteban v. Casino Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimiento SAU".

La tutela contra actos de discriminación gremial no alcanza únicamente a los trabajadores tutelados por la ley 23.551 como representantes orgánicos de asociaciones con personería gremial. El art. 1°, ley 23.592, sanciona con la invalidez a los actos de segregación cuya causa fin concierne a discriminaciones negativas basadas en motivos gremiales. Es errado sostener que un trabajador o trabajadora carezca de protección contra discriminaciones sindicales por haber participado en la creación de una asociación sindical que a la fecha del despido no había alcanzado inscripción registral. Es intrascendente determinar en qué fecha nació a la vida jurídica la asociación que la actora contribuyó a conformar pues el plexo normativo antidiscriminatorio resguarda a la persona, para que ésta no sea excluida por el mero hecho de ejercer, en el ámbito laboral, la garantía constitucional de libertad sindical, tanto en sus facetas individuales

como colectivas como positivas o negativas (art. 14 bis, CN, y convenio 87 OIT de rango constitucional). Sala 8ª, 14/6/2010, "Acosta, Nydia Mabel v. Galeno Argentina SA s/acción de amparo".

Las disposiciones de la ley 23.592 resultan plena y especialmente aplicables en el ámbito de las relaciones laborales, y cualquier acto de arbitraria discriminación que se compruebe durante la vigencia de un contrato de trabajo o con motivo de su extinción, debe ser juzgado en el marco de esa norma legal. Pero es necesario que exista evidencia de que la actora, en este caso, desarrollaba una actividad gremial o tenía una posición ideológica que hubiera derivado en un despido discriminatorio. No resulta suficiente la circunstancia de que compartiera o difundiera la actividad de cierta organización gremial no siendo vocera ni perteneciendo formalmente a la conducción de un sindicato, con o sin personería gremial (para más, junto con la actora, la empresa despidió a ciento sesenta empleados más). Sala 2ª, 15/5/2010, "Larroble Viviana v. Casino Bs. As. Cía. de Inversiones de Entretenimientos SA UTE s/sumarísimo".

Frente al despido discriminatorio en razón de la opinión gremial (el actor no quiso dejar de estar asociado a un sindicato para asociarse a otro), corresponde condenar a la demandada a abonar al actor los salarios caídos desde su segregación y también a reincorporarlo a su puesto, bajo apercibimiento de que, en caso de no reincorporarlo, deba abonar además de las indemnizaciones por despido, los salarios caídos hasta ese momento y un recargo por discriminación equivalente a un año de salarios. Corresponde asimismo abonar una suma en concepto de daño moral (del voto de Guisado, en minoría). Sala 4ª, 19/3/2010, "Olguin, Pedro Marcelo v. Rutas del Sur SA s/acción de amparo".

Si la acción que el trabajador ha de intentar se basa en la ley 23.592, nos apartamos de la tarifa y del discriminador será obligado, a pedido del damnificado, a reparar el daño moral y material ocasionado, lo que remite directamente a los parámetros del Código Civil y dicha reparación será ordenada por el juez sobre la base de los elementos que se aporten al proceso. Para ello, procesalmente debe tenerse en cuenta la presencia de indicios que puedan conducir a los hechos o al hecho a acreditarse, pero ello no quiere decir que se vaya a tener por acreditado el hecho discriminatorio desencadenante sin más, sino que se debe dar pie a la inversión de la carga de la prueba, debiendo el empleador probar que su accionar encontró una causa distinta, quedando descartada la violencia a la dignidad o discriminación. En el concepto de indicio debe considerarse principalmente el hecho fuente de prueba pero también la relación lógica que existe entre aquel hecho y el que se pretende probar. Sala 7ª, 28/9/2009, "V., H. G. v. Lekryzon SA y otro".

Corresponde calificar como discriminatorio el despido de un trabajador que si bien no revistaba como delegado gremial, existen indicios de que fue despedido en virtud de la actividad gremial que desempeñaba, toda vez que el demandado no logró acreditar que el despido obedeció a otra razón. Sala 7ª, 24/9/2010, "Ricciardelli, Carina Elizabeth v. Asociación Civil Hospital Británico de Buenos Aires s/juicio sumarísimo".

La C. Nac. Trab., sala 10ª, 30/9/2009, en autos "Cisneros, Facundo J. v. Falabella SA", consideró que ni el dec. 2639/2002 ni el art. 4º, ley 25.972, resultan inconstitucionales, pues la distinción efectuada por la ley entre trabajadores ingresados antes y después de enero de 2003 no vulnera el derecho a la igualdad.

### 5. Principio de progresividad

La Corte Sup., 3/11/2009, en autos "Arcuri Rojas, Elsa v. Anses", estableció que corresponde aplicar la ley 24.241, por ser la norma más favorable, en virtud del principio de progresividad, para el otorgamiento de la pensión por el fallecimiento del causante, quien tenía treinta y dos años de aportes pero cuyo deceso se produjo en vigencia de la ley 18.037, veinte días después de que expirara el plazo de cinco años previsto por el art. 43 de dicha ley.

El art. 75, inc. 23, CN, fortalece la vigencia del principio de progresividad en materia previsional, descalificando todo accionar gubernamental que en la práctica da un resultado regresivo en el goce efectivo de los derechos (ver Fallos 329:1602). Ferreirós. Rodríguez Brunengo. 30.697/2002. Sala 7ª, 24/11/2009, "Barberis, Nilda María y otro v. Adecco Argentina SA y otro".

### 6. Aplicación analógica de los principios y el derecho internacional

La situación de la trabajadora que desarrollaba tareas de cuidado de enfermos, como actividad principal, pero no exclusiva, ya que realizaba también labores que podrían calificarse de doméstica, de sábados a lunes, se trata de un contrato atípico, al cual se aplican básicamente, pero no exclusivamente, las normas del derecho civil que rigen la locación de servicios, con adecuaciones a los principios del derecho del trabajo. La trabajadora prestó servicios dependientes a favor de quien tiene la facultad de dirigirlos y a cambio de una remuneración, es sujeto del derecho del trabajo aunque la modalidad carezca de una regulación específica y, por ello, está alcanzada por la tutela del art. 14 bis, CN, que impone proteger el trabajo —"en sus diversas formas"—. Sala 4ª, 24/9/2010, "Colombo, María Yolanda v. De Paola de Odorisio, Liliana Alicia".

El empleador al despedir al trabajador por no desafiliarse a un sindicato para afiliarse a otro, no sólo ha vulnerado los derechos del actor a la protección contra el despido arbitrario, sino que también ha

transgredido el derecho fundamental del trabajador a no ser discriminado por motivos antisindicales consagrado en normas constitucionales e internacionales de jerarquía constitucional y supralegal. Hoy en día, el derecho de los derechos humanos, admite la existencia de las normas supranacionales que se imponen a la soberanía de los Estados en aquellas materias que son de orden público internacional, por constituir principios básicos de la convivencia internacional. Éstos, que constituyen el denominado *jus cogens*, incluyen el respeto de los derechos fundamentales por encima de intereses y voluntad de los Estados (del voto de Zas). Sala 4ª, 19/3/2010, "Olguín, Pedro Marcelo v. Rutas del Sur SA s/acción de amparo".

## CAPÍTULO V: CONTRATO DE TRABAJO. RELACIÓN DE DEPENDENCIA

### 1. Contrato de trabajo. Ejecución en país extranjero

De acuerdo con la norma de derecho internacional privado contenida en el LCT en su art. 3°, luego de la reforma de la ley 21.297 al texto originario, se erige al lugar de ejecución del contrato como punto de conexión de aplicación del dispositivo jurídico de la vinculación entre las partes. Si bien no se menciona de manera expresa el supuesto de contrato celebrado en nuestro país para cumplirse en el extranjero íntegramente, el art. 3°, LCT, ubica a la *lex locis executionis* como pauta excluyente para dirimir cualquier conflicto con elemento de extranjería, desplazando inevitablemente la *lex locis celebrationis*, incluso si se tratara de un régimen jurídico más favorable para el demandante. Sala 2ª, 17/8/2000, "Sánchez Raúl v. Lichtenstein, Mario".

Cuando no existe un tratado internacional privado con el país en el que se debe ejecutar el contrato de trabajo (el actor había ido a construir viviendas en Turkmenistán), resulta aplicable una norma consuetudinaria de derecho internacional privado argentino no convencional que impone atenerse al derecho que las partes libremente hayan elegido para su contrato. La existencia de la mencionada norma consuetudinaria ha sido sostenida en los últimos años por la ciencia individual y colectiva en la materia en el país, particularmente a raíz del pronunciamiento hecho por la Asociación de Derecho Internacional. Sala 10ª, 29/6/2001, "Díaz, Miguel v. Altamiranda, Nelson y Asociados SA".

Toda vez que la actora recolectaba material periodístico en Londres y lo remitía a nuestro país para ser publicado en las diferentes revistas de la demandada, puede afirmarse que el lugar de ejecución del contrato era el destino de tales notas periodísticas, por lo que corresponde que tal relación se encuentre regida por las disposiciones de la legislación laboral argentina. Esto es así porque una empresa periodística lucra en el territorio nacional con esa actividad, que es la que justifica que el trabajador se desplace, y no es coherente ni razonable una interpretación literal del art. 3°, LCT, que está pensando para una hipótesis de ejecución preponderante en nuestro país. Sala 9ª, 25/4/2003, "Ayerza, Laura v. Editorial Atlántida SA".

### 2. Contrato sin relación de trabajo

Cuando se trata de resolver un tema relacionado con la falta de inicio de la relación laboral, la norma aplicable es la LCT, art. 24, y no el art. 241 de dicho cuerpo legal, toda vez que esta última norma recepciona una relación efectivamente cumplida. A su vez, el monto indemnizatorio queda a criterio del juzgador, con una base mínima de un mes de sueldo convenido o el que resulta del convenio colectivo aplicable. Sala 6ª, 24/2/2000, "Ríos Corbo, Julio v. Ujihara, Mónica".

### 3. Contrato de trabajo. Diferencia con otros contratos

Si bien el actor —locutor— y la emisora de radio empleadora, instrumentaron por más de diez años contratos por tiempo determinado con vigencia anual o bianual, que renovaron sucesivamente y que denominaron como "locación de servicios", lo cierto es que el primero fue contratado por la demandada para desempeñarse como conductor de los distintos programas de radio de emisión diaria en los días y horarios establecidos por la radioemisora, y bajo las condiciones por ella establecidas, a cambio de una retribución, circunstancias éstas que constituyen un contrato de trabajo en los términos del art. 21, LCT, cualquiera sea la denominación utilizada por las partes, y que en atención a la naturaleza de las tareas y las condiciones del sujeto empleador, también encuadra en la ley 12.908. Sala 10ª, 31/8/2010, "Hanglin, Rolando Víctor v. LS 4 Radiocontinental SA".

Para distinguir la locación de obra del contrato de trabajo se deben considerar la índole y la finalidad del trabajo a cumplir, la asunción de riesgos respecto del resultado del trabajo y la falta de dependencia personal, teniendo en cuenta que en el contrato de trabajo ordinariamente se contemplan prestaciones repetidas no individualizadas *ab initio*, mientras que la locación de obra se limita, por lo general, a la ejecución de un solo trabajo (en el caso, el actor se desempeñó durante diecinueve años en la empresa demandada realizando tareas de mantenimiento, tanto en la sede central como en sus distintas sucursales). Sala 6ª, 14/9/2001, "Núñez, Eduardo v. Centro Automotores SA Renault", DT 2002-A-85.

Aun cuando las partes hayan titulado como "contrato de locación de servicios" el nexo entre ellas donde se plasmó una relación donde una como remisero prestaba sus servicios para la otra, agencia proveedora de dichos servicios, da la pauta acerca de cuál fue la verdadera naturaleza de dicha relación, la que debe ser interpretada como la incorporación efectiva de un trabajador a una empresa total o parcialmente ajena, y que recibe por sus labores una suma determinada o indeterminada de dinero, o una prestación tal como la oportunidad de obtener ganancias —art. 23, LCT— (en el caso, una de las cláusulas del contrato denotaba la obligación de mantener en óptimas condiciones el vehículo, como también la facultad de inspeccionar y la previa verificación por parte de la empresa). Sala 7ª, 23/8/2005, "Díaz, Carlos R. v. Organización de Remises Universal SRL".

## 4. Relación de dependencia. Elementos. Notas características

El suministro de diversos insumos informáticos (*hardware*), es un servicio que obsta a la configuración de una relación de trabajo, ya que ése no es el modo típico en que se relacionan las partes contratantes de un contrato laboral. La provisión de insumos denota una vinculación civil o comercial, propia del ejercicio libre de las incumbencias de los propios emprendimientos de las partes (Morando). Sala 8ª, 24/4/2008, "Loureiro, Ricardo Ángel v. Samsonite Argentina SA".

Ni la forma de retribución —ya sea la denominación de honorarios profesionales, abonados mediante la facturación emitida por el actor—, ni la suscripción voluntaria de contratos de locación de servicios, permiten descartar de plano la conclusión de la existencia de la relación laboral, puesto que de conformidad con lo reiteradamente dicho en torno a lo dispuesto en el párr. 2º, art. 23, LCT, la presunción a la que allí se alude operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales para caracterizar al contrato de trabajo y en tanto que por las circunstancias no sea dado de calificar de empresario a quien presta el servicio. Sala 10ª, 6/10/2005, "Siegfried, Emmert v. Ciccone Calcográfica SA y otros".

Debe considerarse que ha quedado acreditada la relación laboral entre la actora —profesional médica— y la demandada donde existieron los siguientes elementos: la actora se hallaba incorporada a una empresa ajena, los elementos de trabajo eran provistos por la demandada, los pacientes (designados por la accionada) no abonaban directamente a la profesional y cubría un horario fijo que le era controlado. El carácter subordinado de la vinculación no se desdibuja por el hecho de que la actora prestara servicios profesionales para otros sujetos, porque la exclusividad no es una nota típica de la relación laboral. Sala 6ª, 8/4/2005, "Pellon, Andrea Laura v. Ibichan, Ricardo Benon y otro".

La situación de los pilotos comerciales que prestan servicios a favor de una empresa dedicada al transporte aéreo de cargas y pasajeros que cuenta con diversas aeronaves —contratada o subcontratada, a su vez, por otras empresas o clientes particulares—, se trata de un supuesto de relaciones laborales de carácter permanente aunque discontinua en razón de la frecuencia de los vuelos (en el caso, no tenían vuelos programados, sino que eran contratados para vuelos específicos), remunerados sobre la base del parámetro tomado por la demandada, esto es, la cantidad de horas vuelo, sin dejar de destacar que los actores concurrían regularmente a la empresa a colaborar en diversas actividades más allá de los vuelos. Asimismo, la circunstancia de que los actores pudieran desarrollar otras actividades —explotar un taxi, dar clases de vuelo— no excluye el carácter laboral de su relación con la demandada toda vez que la exclusividad no es una nota típica del contrato de trabajo. Sala 1ª, 22/6/2006, "Alarcón, Rubén Luis y otros v. Hawk Air SA".

El hecho de que el actor facturara sus servicios en concepto de honorarios, que posea número de CUIT y que esté inscripto como contribuyente del impuesto a las ganancias, es irrelevante para determinar la inexistencia de relación laboral cuando se encuentran acreditadas circunstancias que son determinantes y características de la dependencia personal propia del contrato de trabajo, como lo constituye la posibilidad del empleador de dar órdenes y de sustituir en todo momento la voluntad del trabajador por la suya propia en horarios, modalidades, etc. (dependencia jurídica). Sala 10ª, 20/11/2000, "Romanazzi, Pedro M. v. Capacitación y Desarrollo SA y otros" (DT 2001-A-809).

### *4.1. Inserción en organización económica ajena*

El ejercicio de una profesión liberal no es obstáculo para que se perfeccione un contrato de trabajo si las tareas tienen habitualidad y continuidad, con incorporación a una organización de trabajo que le es ajena a quien las preste, no siendo la exclusividad un elemento esencial del contrato en relación de dependencia. Sala 7ª, 21/2/2001, "Parrilla, Luis A. y otros v. Obra Social del Personal Telefónico y otro".

El hecho de que el trabajador no tenga horario de trabajo determinado, no descarta la existencia de una relación laboral, en la medida en que haya una incorporación del trabajador a una empresa total o parcialmente ajena y que reciba por sus tareas una suma determinada o indeterminada de dinero. Para la existencia de una relación de carácter dependiente, no es necesario que haya una suma matemática de las notas tipificantes de una relación de trabajo, pues, en el caso en que se preste una actividad eminentemente técnica, la subordinación se da en forma menos rígida que en otros supuestos de vinculación dependiente. Sala 1ª, 31/10/1997, "Castro, Ana L. v. Colegio del Arce SRL", DT 1998-A-537.

Los elementos meramente exteriores de la llamada "dependencia jurídica" son insuficientes como test de la existencia del contrato de trabajo. Ello, por dos órdenes de razones: 1) que existen otros contratos en virtud de los cuales personas físicas se obligan a realizar prestaciones personales que implican una situación de dependencia; y 2) que, no siendo la situación de dependencia elemento esencial, sino consecuencia derivada de la estructura del contrato de trabajo, no basta para caracterizarlo. Lo que define la posición del sujeto trabajador es su condición de medio (personal) de una organización empresaria, ajena. De modo que, en situaciones dudosas, es menester ubicar dónde se encuentra la organización empresaria, quién es el titular (esto es, quién corre con los riesgos de la explotación y se apropia originariamente de los frutos de la actividad) y cuál es el rol que el sedicente trabajador desempeña en el proceso productivo. Sala 6ª, 31/7/1987, "Macchi, Marcelo v. Institutos Médicos SA y otros", TySS 1987-917.

### *4.2. Subordinación jurídica*

La circunstancia de que el empleador diera pocas o ninguna orden a su dependiente no altera la obligación contractual de éste de obedecer lo que surge del contrato y de las características del trabajo, ya que la libertad que tenga el dependiente para realizar sus tareas conforme a su competencia profesional no le quita su condición de subordinado. Sala 1ª, 30/8/2001, "Acevedo, Isabel del Carmen v. EFA".

La dependencia jurídica se desprende no sólo de la facultad sancionatoria del empleador y de la necesidad de rendición de cuentas por parte del dependiente, sino también de la asunción de riesgos por parte de la demandada, de la estipulación del precio de los servicios y de la imposición de un determinado horario, aun cuando se admita cierto grado de elasticidad. Sala 10ª, 20/11/2000, "Romanazzi, Pedro M. v. Capacitación y Desarrollo SA y otros", DT 2001-A-809.

### *4.3. Supuestos en que no se configura relación laboral*

No existe relación de dependencia entre el cuidador de vehículos que presta sus servicios fuera del radio privado del Hipódromo de San Isidro, y este último. Ello así, pues la retribución que pudiere percibir no lo es de parte de la asociación demandada, sino de los concurrentes a los eventos. El propio cuidador asume el riesgo de la entrega de los vehículos. Asimismo, la Policía de la Provincia de Buenos Aires es la encargada del servicio de seguridad estando al cuidado de la playa de estacionamiento y calles internas del Hipódromo. Sala 8ª, 14/10/2010, "Ballesillos, Jorge Ángel v. Jockey Club Asoc. Civil".

El *amateurismo*, en principio, pone al desempeño del accionante como árbitro de básquet, fuera del ámbito del derecho laboral, pues la finalidad esencial del llamado *amateurismo* es la práctica del deporte por gusto, recreación o placer, de manera desinteresada y gratuita, lo cual diferencia al jugador o árbitro aficionado, del profesional que utiliza su capacidad deportiva como medio habitual de vida y con un fin de lucro, dado que en este supuesto se configura un contrato de trabajo especial. Para más, en el caso, no podría calificarse como remuneración, las sumas que le pagaban en concepto de viáticos los distintos clubes que participaban en los partidos que dirigía el actor, pues sólo constituyen una compensación por gastos. Sala 3ª, 31/3/2004, "Escola, Norberto v. Federación Regional de Básquetbol de la Capital Federal".

Si el actor tenía su propia organización, establecimiento y personal, cabe considerarlo como un empresario, y el asesoramiento que brindaba a cambio de una contraprestación, encuadra más como una de las variadas actividades que desarrollaba, que en una relación de trabajo dependiente. Sala 10ª, 28/2/2002, "Eyheralde, Carlos Alberto v. Plumari SA".

No hay contrato de trabajo entre quien se desempeñó como *disk jockey* con sus propios equipos de sonido e iluminación y quien explota el local. El contrato de trabajo presupone como trabajador a una persona física y excluye a quienes se desempeñan como empresarios en cuanto titulares de bienes materiales cuyo aporte es tan esencial como la realización de las prestaciones personales. Si el actor poseía los instrumentos como para contar con una organización empresaria propia, no se da el requisito de dependencia económica exigido por la LCT. Sala 1ª, 8/6/2000, "D'Elía, Vicente Rubén v. Iglesias, Florencio Aldrey".

## 5. Casos dudosos de relación de dependencia

### *5.1. Trabajador autónomo. Profesionales libres*

No obsta a la existencia de una relación laboral el hecho de que el trabajador sea un profesional y que por tal motivo no esté sujeto a una subordinación técnica en sus tareas. La libertad que tenga un dependiente de realizar sus tareas conforme a su competencia profesional no le quita su condición de subordinado. Tampoco impide la existencia de subordinación el hecho de que el trabajador emitiera facturas, ya que lo importante es la existencia de una retribución a cambio de las tareas prestadas, cualquiera sea la denominación que se le dé (honorarios, sueldo, facturas, etc.). Sala 7ª, 21/10/2010, "Venini Claudio Marcelo v. AS&S SA y otro".

En los casos dudosos de relación laboral corresponde ponderar si algunas circunstancias prevalecen sobre otras y a tal efecto uno de los elementos definitorios es la asunción de riesgos, por lo que si la recla-

mante no tomaba a su cargo riesgo económico, no ponía capital propio para soportar pérdidas u obtener ganancias y únicamente aportaba su trabajo, sería irreal concluir que se trataba de un empresario (cfr. C. Nac. Trab., sala 3ª, sent. del 28/5/1993, *in re* "Frías, Rosario v. Suárez, Ramón", DT 1993-B-1096). Cabe destacar que la circunstancia de que el actor hubiere suscripto con la demandada contratos de locación de servicios y extendido facturas por sus trabajos no impide caracterizar la vinculación habida entre las partes como un contrato de trabajo. Sala 2ª, 13/12/2009, "Tognetti, Daniel Carlos v. Cuatro Cabezas SA".

Cabe concluir que ha mediado contrato de trabajo entre las partes ante el caso de un *country club* demandado, que no ha acreditado que los demandantes —*caddies* laguneros— contaran con una autoorganización económica que permita calificarlos como empresarios de los servicios que prestaron a su favor y en el ámbito de su establecimiento, ni tampoco que los servicios llevados a cabo por los accionantes formaran parte de una prestación que se brindara indiscriminadamente a terceros, ni que hayan asumido riesgo alguno inherente a la actividad que desplegaban en el establecimiento del accionado. Sala 2ª, 14/9/2010, "Ortiz, Omar Rolando y otro v. Martindale Norte Country Club SA".

La empleadora que no probó que el trabajador había dado clases como profesor a menores en riesgo de la comunidad judía como voluntario, por no haber acompañado el acuerdo básico común del voluntario social de acuerdo con lo previsto en la ley 25.855, deberá abonar las indemnizaciones previstas en los arts. 8° y 15, Ley Nacional de Empleo, y la multa dispuesta en el art. 45, ley 25.345. Así, el actor practicó en tiempo y forma las intimaciones legales pertinentes y la demandada le negó la relación de empleo, razón por la cual no es dable exigir al actor la observacia del plazo previsto en las normas citadas, si la demandada desconoció la relación laboral, ya que no iba a dar cumplimiento a las obligaciones requeridas. Sala 8ª, 11/3/2009, "Cazado, José Alberto v. Asociación Israelita Argentina Tzeire Agudath Jabad y otros".

Los profesionales liberales son trabajadores con conocimientos específicos en el área que les compete (en el caso, derecho), a los cuales suele faltarles fuerza en la nota de dependencia técnica presente en otros contratos de trabajo, ello no implica, en modo alguno, que deba descartarse la existencia de una relación laboral, porque justamente esa capacidad de desenvolverse con independencia dentro del marco del área específica determinada por su especialidad o sus conocimientos es uno de los extremos tenidos en cuenta por un empleador a la hora de incorporar a su plantel a este tipo de profesionales. El hecho, como en el caso, que la actora percibiera honorarios o no cobrase vacaciones, no resulta determinante, pues en lo que a aspectos esenciales de la relación se refiere, lo importante es la subordinación con el Inder, la integración a su estructura y la sujeción del profesional a las directivas de sus superiores. Sala 10ª, 28/11/2005, "Ontiveros, Adriana Nora v. Inder - Instituto Nacional de Reaseguros Sociedad del Estado en Liquidación".

Los profesionales pueden ser sujetos de un contrato de trabajo, no siendo un obstáculo para ello la autonomía técnica profesional —cuya intensidad puede variar según los casos—, sino que lo determinante del carácter de la relación está dado por la circunstancia de que el profesional se encuentre inserto en una organización ajena que coordina sus servicios de acuerdo a sus fines. Asimismo, de la ausencia de reclamos en vigencia de la relación no puede colegirse ninguna renuncia de derechos (cfr. art. 58, LCT), en tanto que la circunstancia de que el profesional facture por sus servicios tampoco empece la existencia de vínculo dependiente. Más allá de las formas que se utilicen para instrumentar el vínculo entre las partes, su naturaleza debe resultar de la realidad en la relación observada entre las partes. Sala 9ª, 18/10/2010, "Pietroni, Néstor Oscar v. Instituto Nacional de Reaseguros SE EL - Dec. 171/1992".

Si la labor del actor en el establecimiento de la demandada lo era dentro de la unidad técnica funcional, recibiendo un estipendio mensual, que no se encontraba vinculado a la cantidad de prestaciones médicas efectuadas por tratarse de una suma que la única variación que se percibe es la relativa a la cantidad de días lunes que tuvieran los meses, y el hecho de que las sumas percibidas lo fueren con la calificación de honorarios, hechos éstos que no desvirtúan el carácter de relación subordinada, ni que la actora prestara su labor sólo un día a la semana, en tanto durante el mismo se encontraba a disposición del empleador. Sala 2ª, 28/12/2004, "Andrade, Viviana Mónica v. Hospital Privado Modelo SA".

### *5.2. Profesionales del arte de curar*

Se presume la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe. En el caso del médico de profesión que prestó servicios para una obra social, no obsta la posibilidad de establecer una relación laboral de tipo dependiente, ya que aun las profesiones tradicionalmente consideradas como liberales han sufrido sensibles modificaciones en su desenvolvimiento e 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. De allí que el hecho de que el actor sea un profesional del arte de curar no permite suponer que no pueda estar a las órdenes de la demandada, ni que no sea aplicable la presunción del art. 23, LCT. Sala 8ª, 17/4/2008, "Stiefkens, Eduardo Federico v. Salud Norte SRL y otros".

El accionante no cargaba con el riesgo económico propio de la profesión liberal, ya que la no concu-

rrencia de pacientes en las horas de atención no le producía perjuicio en sus ingresos mínimos garantizados. Si la obligación del facultativo consiste en estar dispuesto a la atención de los beneficiarios y el hecho de que los mismos no concurran no le depara un detrimento económico, no asumía riesgo alguno y, por lo tanto, el vínculo encuadra en las previsiones de los arts. 21/23, LCT. Sala 3ª, 23/4/2003, "Bialylew, Sergio J. v. Sindicato Unificado de la Educación de la PBA".

Si el accionante cobraba en forma directa el total de los aranceles de sus pacientes, percibía el total de los mismos, emitía facturas a nombre de cada uno de los pacientes y concertaba libremente los horarios de atención profesional, tenía autonomía absoluta en cuanto al desenvolvimiento profesional y el riesgo comercial de dicha labor corría por cuenta suya, por lo que no se encuentra acreditado el vínculo laboral denunciado. Sala 3ª, 17/2/2003, "Acosta, Mariano H. C. v. Club Gimnasia y Esgrima Asoc. Civil".

### *5.3. Fleteros. Taxistas. Remiseros*

Si bien el actor se comprometió a realizar servicios de transporte a favor de OCA SRL, asumiendo la carga de aportar a la relación un vehículo de su propiedad, cabe analizar si el objeto esencial de la prestación a su cargo consistía en el mero aporte de su capacidad personal de trabajo; o si, por el contrario, tenía por objeto la obtención de un resultado, esto es, el transporte de los bultos y documentación encomendada por la accionada y no el trabajo personal. De esta manera, teniendo en cuenta que la prestación del actor no estuvo sujeta a un verdadero poder de dirección, que contaba con un vehículo cuyo mantenimiento y reparación estaban a su cargo, lo que supone que corría con los riesgos propios de su actividad, pues cubría los gastos inherentes al mantenimiento y funcionamiento del rodado, así como también del seguro, no se aprecia configurada la típica nota de ajenidad que caracteriza a toda relación dependiente. Cabe calificar al actor como un empresario dedicado al transporte de cargas, es decir, comprometido a brindar un servicio de transporte, y no altera esta conclusión, la circunstancia no es decisiva para tipificar una relación dependiente, ni lo es que el transportista haya tenido que concurrir a una cierta hora, ni que estuviese sujeto a ciertas pautas procedimentales, porque todo ello es inherente a un mínimo orden de organización empresaria (del voto de Pirolo en minoría). Sala 2ª, 16/7/2010, "Pacchiani, Osvaldo v. Organización Coordinadora Argentina SRL".

Si bien el plenario "Mancarella" estableció que en principio los acarreadores, fleteros, porteadores, etc., no se encuentran amparados por las disposiciones que rigen las relaciones laborales, no lo es menos que también se resolvió en el mismo que sí 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. Sala 3ª, 26/2/2003, "Signoretta, Saverio v. Renault Argentina SA y otros".

La relación del remisero con la empresa dedicada a la prestación de servicios de remise no configura un vínculo subordinado, en tanto el trabajador aporta su propio automóvil para realizar los viajes, efectúa los gastos de mantenimiento del mismo y entrega un porcentaje de la recaudación a la agencia de remises. Sala 6ª, 5/5/2003, "Nicéforo, Ricardo O. v. Losada, José B.".

Cuando se organiza una empresa cuyo objeto es la prestación de servicio de transporte de personas, se necesita un "medio material" —los vehículos— y otro personal —los conductores—. Si la empresa (agencia) requirió o aceptó el ofrecimiento de un automóvil cuya propietaria decidió, a su vez, contratar a un conductor —alternativa posible y plenamente lícita—, en ese contexto no es posible afirmar que el chofer se incorporó como medio personal a una empresa ajena —la agencia—, en los términos de la Ley de Contrato de Trabajo porque los bienes de producción materiales son aportados por la contratante del presunto "trabajador", quien resulta ser su empleadora. Sala 8ª, 31/3/2006, "Polero, Diego H. v. Remis Le Coq SRL y otros".

No resulta definitorio del pretendido carácter autónomo del vínculo el hecho de que el trabajador fuese el titular del camión con el que prestaba servicios de transporte para la demandada, ya que ello no prueba la solvencia patrimonial propia de un comerciante con estructura y organización propias. Sala 4ª, 14/4/2008, "Del Baño, Fernando L. v. Parmalat Argentina SA".

Ante el caso de una persona que transportaba pasajeros y mercaderías desde un predio donde se practicaba golf, cobrando una tarifa acordada con la asociación dueña del predio, no debe considerarse que medió relación de subordinación en los términos del art. 23, LCT. Su servicio ofrecido (traslado de personas o cosas) es el propio de una empresa de transporte y mensajería, y la prestación de servicios personales en el marco de una empresa ajena para generar la presunción del artículo referido debe consistir en trabajos o servicios propios de su actividad productiva. Sala 8ª, 19/8/2010, "Cosilobo, Alberto Omar v. Asociación Argentina de Golf".

### *5.4. Changarín. Docentes. Cuidadores de enfermos. Guías de turismo. Venta directa*

Si la labor desarrollada por la accionante consistía en el cuidado de una persona y el suministro de medicamentos, tal relación no puede ampararse en las disposiciones de la LCT ya que no existió lucro o beneficio económico por parte de los demandados en su

contratación, sino que se está en presencia de una locación de servicios (arts. 1623 y concs., CCiv.). Sala 1ª, 29/8/2003, "Ledesma, Sara M. v. San Martín de Menica, Elsa F.", DT 2003-B-1853.

No es posible concluir que los servicios de asistente de geriatría configuraron una relación laboral en cuanto no hubo inserción en una organización empresaria. Sólo podía haber mediado entre las partes un contrato de trabajo, si la demandada explotara una empresa dedicada al cuidado de personas mayores. Sala 8ª, 22/11/2002, "Reinoso, Nélida Máxima v. Ruiz Díaz, Luisa Ceferina".

La prestación de servicios de una enfermera dedicada al cuidado de un enfermo en su domicilio privado encuadra en un contrato de trabajo, cuando cumple un horario junto al enfermo y está a las órdenes de éste o de sus familiares, así como del médico tratante en el aspecto técnico. En la medida en que no corresponde el encuadre en las categorías estructuradas por el dec. 7956, reglamentario del 326/1956 que regula el trabajo doméstico, aparece claramente configurada la existencia de prestaciones reiteradas a favor del demandado con carácter subordinado que hacen presumir la existencia de un contrato de trabajo. Las tareas de enfermero profesional en el domicilio de los pacientes pueden desarrollarse en forma autónoma bajo formas contractuales civiles, entre ellas la de locación de servicios, figura vigente en el Código Civil. Si bien frecuentemente el empleador es empresario en el sentido funcional del término, en determinadas ocasiones puede no serlo, recibiendo el trabajo ajeno y retribuyéndolo de acuerdo con las normas convencionales colectivas si existieran o según los parámetros convenidos por los sujetos o las pautas sentadas por el empleador (del voto del Dr. Capón Filas). Sala 6ª, 16/6/2000, "Leguizamón, Ana María v. Celcer, Tadeo".

Resulta de carácter laboral la vinculación entre la agencia de turismo y el guía dedicado a una función programada por aquélla para realizar sus actividades específicas y como un elemento humano necesario para el cumplimiento de sus fines, aunque el contrato sea discontinuo por la naturaleza de la actividad turística, variable en su intensidad y sujeta a la afluencia de pasajeros. Sala 7ª, 6/9/2001, "Martínez, Benjamín E. v. Golman, Christian E.", DT 2002-A-87.

La modalidad de comercialización introducida en el país por empresas de origen norteamericano, conocida como "venta directa" consiste en que la productora de un artículo lo comercializa a personas que lo adquieren y lo venden, con un beneficio, a precio de catálogo. Quienes realizan esta modalidad no son vendedores ni viajantes, sino pequeños comerciantes que emplean sus personales aptitudes para la venta entre círculos restringidos de personas de su conocimiento. En la ejecución de estas particulares relaciones, la "vendedora" compra a la productora y vende a sus clientes, que no pasan a serlo de la empresa principal. Sala 8ª, 30/5/2003, "Carriga, Norma v. Muñoz, Alicia y otro".

Aun cuando el término "changa" es empleado para definir cierto tipo de trabajadores que por lo común desempeñan actividades que originan una relación contractual efímera, nada impide que uno de estos dependientes sea utilizado toda vez que la empresa tenga tareas que justamente posean dicha naturaleza. En tal sentido, el desempeño repetido para el mismo patrono, luego de un período prudencial, indica la incorporación permanente de la trabajadora —pero discontinua para el caso— cuanto a su vez la expectativa de ser colocada las veces que hubiera tareas para alguien de su oficio. En el caso, la trabajadora era convocada para cubrir la jornada laboral que por una u otra circunstancia no podían hacerlo las propias asistentes del geriátrico. Sala 10ª, 28/11/2005, "Cabrera, Beatriz Estela v. Picasso, Liliana".

La pretensión de reducir un trabajo inmaterial, de alto valor afectivo, como es la asistencia a la salud en el caso de una auxiliar de enfermería que realizaba tareas en el domicilio particular de la enferma, a una categoría de "servicio doméstico" debe desecharse de plano, por no tener, además, asidero en la ley. Tampoco encuentra cabida en la figura de la "locación de servicios", atento los rasgos connotativos de la relación habida (la actora fue contratada por la demandada, trabajaba mensualmente, recibía directivas de ésta, cumplía un horario y su labor se relacionaba con las tareas de enfermería). En consecuencia, deben aplicarse al caso las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo. Sala 7ª, 25/2/2005, "Vallejos, Juana v. Colombo, Myrtha".

Si se encuentra acreditada la prestación de tareas por parte de la actora y las mismas podrían encuadrarse en las correspondientes a "auxiliar de enfermería", la relación habida entre las partes no se halla enmarcada en el dec. 326/1956 que en su art. 2° excluye expresamente los trabajos contratados para cuidar enfermos. Por el contrario, corresponde aplicar al caso las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo. Sala 7ª, 25/2/2005, "Zárate, Dora v. Ruscello, Marcela y otro".

El Estatuto del Servicio Doméstico (dec.-ley 326/1956) en su art. 2° excluye de su ámbito de aplicación a las personas que sean exclusivamente contratadas para cuidar enfermos. No puede encuadrarse dicha relación en el ámbito personal de la Ley de Contrato de Trabajo toda vez que la accionada no puede considerarse empresa en los términos del art. 6° de dicha normativa, razón por la cual cabe concluir que dicho vínculo se halla regido por la ley civil. Sala 3ª, 26/10/2005, "Gambarte, Irma Salomé v. Ibáñez, Ana Delfina".

La situación de la trabajadora que desarrollaba tareas de cuidado de enfermos, como actividad principal, pero no exclusiva, ya que realizaba también labores que podrían calificarse de doméstica, de sába-

dos a lunes, se trata de un contrato atípico, al cual se aplican básicamente, pero no exclusivamente, las normas del derecho civil que rigen la locación de servicios, con adecuaciones a los principios del derecho del trabajo. La trabajadora prestó servicios dependientes a favor de quien tiene la facultad de dirigirlos y a cambio de una remuneración, es sujeto del Derecho del Trabajo aunque la modalidad carezca de una regulación específica y, por ello, está alcanzada por la tutela del art. 14 bis, CN, que impone proteger el trabajo "...en sus diversas formas...". Sala 4ª, 24/9/2010, "Colombo, María Yolanda v. De Paola de Odorisio, Liliana Alicia".

*5.5. Contrato de trabajo entre familiares*

Nada obsta a que exista contrato de trabajo entre personas que tienen una relación familiar, pero a fin que pueda aseverarse que el trabajo realizado es solamente en virtud del vínculo familiar deberán acreditarse ciertos presupuestos de hecho que lo justifiquen, tales como que se trata de una tarea que haga al sostén del grupo familiar o que el trabajo no corresponda al medio de vida de quien lo prestó. Sala 7ª, 21/4/1998, "Aráoz, Rodolfo Hugo v. Oribe, Nicolás Hilario y otros"; sala 3ª, 30/10/1995, "Maldonado, Juan v. Bravo, Ana María".

Si bien, en principio, la relación de concubinato y la laboral no resultan incompatibles, todo depende de la situación fáctica acreditada en cada caso concreto. Más allá de que se acredite la convivencia es necesario que quede fehacientemente demostrada la obligación de prestar servicios o ejecutar obras a favor del demandado y bajo su dependencia, durante un período determinado y mediante el pago de una remuneración. Sala 7ª, 23/6/2004, "Barsottini de Barranco, María v. Casa del Adolescente Fundación Programa 'Yo pude'".

## 6. Presunción del art. 23, LCT

El legislador ha introducido la norma del art. 23, LCT: cuando se prueba la prestación de servicios (esto es, el trabajo por cuenta ajena), puede presumirse un contrato de trabajo (es decir, la relación de dependencia). La figura del empresario contenida en el párr. 2°, art. 23, remite a la asunción del riesgo comercial (nota que comprende también al trabajador autónomo, considerado como un empresario de sí mismo). Y las vagas condiciones del párr. 1° no están destinadas a ser enumeradas taxativamente, pero son al menos compatibles con la verificación de ciertas prácticas comunes en el ramo de la actividad de que se trate. Sala 3ª, 5/9/2005, "Ríos Silva, Andrea V. v. Partido Justicialista Orden Nacional".

La significación del art. 23, LCT, se traduce en que probada la prestación del servicio se presume la existencia de un vínculo subordinado de trabajo, que puede emanar de un contrato o de una relación. La naturaleza jurídica del nexo establecido no puede ser precisada por la calificación o instrumentación efectuada por las partes, sino que debe surgir de las modalidades mediante las que, en los hechos, haya quedado materializada la prestación (en el caso, la actora, odontóloga de profesión, prestaba servicios personales en la clínica demandada, cumpliendo un horario y sujeta a un control superior con materiales de trabajo y aparatos ajenos, todo lo cual condujo a la aplicación del citado artículo). Sala 8ª, 21/10/2005, "Carrasco, Patricia Isabel v. Previntal SA".

El tarjetero es una figura fundamental en la cadena de servicios de un local nocturno en cuanto de él depende, en gran medida, el acceso de personas razonables y el acercamiento de muchachas jóvenes. De ahí que la función de la persona que reparte tarjetas de invitación al local, en la calle, integre el ritmo empresario y debe ser calificado como trabajador subordinado. Salvo que el empresario demuestre que tal actividad fue realizada sobre la base de otra causa jurídica. Sala 6ª, 6/4/1998, "Mele, Alejandro v. Chacón, Fernando".

El art. 23, LCT, establece una presunción acerca de la existencia de un vínculo subordinado de trabajo, siendo dicha presunción *iuris tantum*, esto es, que puede ser desvirtuada por prueba en contrario. Siendo el actor bioquímico de profesión, que prestaba servicios personales en el hospital demandado, cumpliendo un horario y sujeto a un control superior con materiales de trabajo ajenos, cabe concluir que medió relación de trabajo subordinado. Sala 8ª, 30/11/2005, "Carri, Gastón Enrique v. Sociedad Española de Beneficencia Hospital Español".

La presunción del art. 23, LCT, en los casos en que los sujetos que prestan sus servicios personales son profesionales universitarios, si pretenden su aplicación deben acreditar que celebraron un contrato de trabajo, o que, en la ejecución de la relación jurídica de que se trate, las partes se comportaron —más allá del *nomen iuris* elegido— como típicamente lo harían un trabajador y su empleador. La fuente de esa aplicación sería la prueba de la existencia del contrato o de la relación de trabajo (arts. 21 y 22, LCT), y no jugaría la inversión de la carga de la prueba que resulta de su operatividad. Sala 8ª, 16/7/2010, "Conte, Gonzalo Luis v. CAT Technologies Argentina SA y otro".

## 7. Presunción del art. 57, LCT. Silencio del empleador

La presunción dimanada del art. 57, LCT, no sirve a los fines de acreditar una relación dependiente entre las partes. Sala 10ª, 28/2/2001, "Schiavone, Rafael Ernesto v. Nuevo Milenio Televisión SA".

La carga prevista en el art. 57, LCT, opera en contra del empleador, no de quien no lo es, de modo que

presupone la acreditación del presupuesto fáctico que da origen a la obligatoriedad de expedirse. La presunción derivada del silencio ante los emplazamientos del accionante sólo opera para el supuesto de quedar establecida la relación de trabajo. Dicha presunción requiere, para ser operativa, que previamente se acredite la existencia de un contrato de trabajo (en igual sentido: sala 8ª "Gil, Sandra M. v. Gazharian, Manuel y otros" y sala 3ª "Carabajal, Norma M. v. Calabria, Antonio"). Sala 5ª, 28/10/2004, "De Nicola, Julio G. v. Berthier SA".

## 8. Sujetos del contrato de trabajo

La C. Nac. Trab., sala 8ª, 30/12/2008, en autos "Enea Spilimbergo, Fernando v. Soluciones Integrales Corporativas SA" estableció que si el reclamante fue uno de los cinco accionistas de una sociedad anónima, en la que dos de ellos eran titulares del 30% de las acciones y el pretensor del 10%, todos ellos tenían oficinas en la sede la empresa, y además este último se retiró de la sociedad a través de la venta de su capital accionario a un tercero, entonces no puede invocar la calidad de empleado en relación de dependencia.

La Corte Sup., 24/11/2009, en autos "Lago Castro, Andrés M. v. Cooperativa Nueva Salvia Limitada y otros", estableció que si se mantiene el sistema de contratar trabajadores no socios, las cooperativas de trabajo dejarían de cumplir el fin de su creación, pues no cabe duda acerca de que su esencia radica en la exclusiva labor de sus asociados, salvo en los casos en que se justifique la excepción.

El administrador del consorcio de propietarios es su representante legal y por lo tanto resultan aplicables a la relación las normas del derecho civil que rigen el mandato, lo que excluye la aplicación del régimen de contrato de trabajo. Sala 2ª, 30/5/2002, "Piccolo, Horacio Alberto v. Consorcio de Propietarios Montevideo 1566".

El art. 271, ley 19.550, permite que los directores celebren con la sociedad contratos que sean de la actividad en que ésta opere, siempre que se concierten en las condiciones del mercado. Pero el contrato de trabajo no se halla incluido pues el deber de lealtad prohíbe al presidente del directorio intervenir siquiera en su propia contratación, pues, de hacerlo, el acto sería nulo por prohibición de objeto (art. 953, CCiv.) y en el marco del art. 41, LCT, merecería la tacha de ilicitud por contrariar las buenas costumbres. Sala 8ª, 16/2/2001, "Azar, Miguel v. Saveling SA".

Los administradores de un consorcio de propietarios funcionan en nombre del empleador pero no son empleadores *per se*. Sala 6ª, 19/3/2002, "Nani, Paulo Nicolás v. Pertierra, María Teresa y otros".

Si ambos codemandados actuaron como dueños del establecimiento, con independencia de quien figurase a cargo de la explotación comercial, asumieron en forma conjunta el rol de "empleador" pluripersonal que describen los arts. 21 y 26, LCT. Sala 7ª, 17/9/2003, "Pozzato, Verónica A. v. González Mallo, Braulio y otro".

El dependiente no tiene la obligación de indagar el carácter y alcance de la representación que ejerce la persona física que actúa en nombre de la persona jurídica cuando celebra y luego cumple el contrato de trabajo; a tal efecto, sus actos deben considerarse válidos y como emergentes del principal. Sala 10ª, 31/10/2002, "Halpern de Weber, Mónica P. v. Gea Process Technology SA".

En los casos en que dos personas jurídicas utilizan en forma conjunta o indistinta los servicios de un trabajador, resulta aplicable analógicamente la solución que contempla el art. 26, LCT, debiéndose entender que todas ellas han asumido en forma conjunta el rol de "empleador" del modo pluripersonal descripto por la norma, lo que las torna solidariamente responsables por la totalidad de las obligaciones laborales emergentes de ese único vínculo. Sala 4ª, 16/8/2001, "Antonelli, Ivan Blas v. IMAT SA y otros".

### *8.1. Cooperativas de trabajo*

La C. Nac. Trab., sala 10ª, 22/4/2009, en autos "Juárez, Segundo A. v. Cooperativa de Trabajo Ferrocon Ltda. y otro", concluyó que las cooperativas de trabajo no pueden actuar como colocadoras de personal.

En las cooperativas de trabajo, el empleo de la fuerza de trabajo de los asociados constituye el objeto mismo de la sociedad y el aporte que aquéllos comprometen al constituirla o adherirse a ella. Tratándose de una genuina sociedad cooperativa, en cuyo funcionamiento no ha mediado fraude o irregularidad que desnaturalice sus fines, no corresponde asimilar la subordinación que tipifica el contrato de trabajo con la obligación del socio cooperativo de ajustarse a las instrucciones imprescindibles al ordenamiento interno que se exige para un adecuado trabajo de conjunto. Sala 8ª, 26/5/2003, "Barroso, Rodolfo J. v. Sociedad de Fomento Barrio Parque El Trébol y otro".

A la relación del socio con una cooperativa de trabajo genuina no le son aplicables las normas pertinentes de la LCT sino las disposiciones de la ley 20.337. Por el contrario, cuando una empresa adopta la forma de una cooperativa de trabajo para eludir dolosamente el cumplimiento de las obligaciones emergentes de las normas laborales y el prestador de las tareas sólo resulta socio en apariencia, se produce una situación de fraude que debe juzgarse por el art. 14, LCT. No altera la naturaleza jurídica de la relación que une al socio con la cooperativa el hecho de que aquél deba acatar directivas respecto de las tareas que ha de cumplir, que deba trabajar en determinado horario o que sea controlado en la ejecución de sus tareas, ya que ello es necesario para el funcionamiento

de cualquier organización. La percepción de una prestación dineraria por parte del socio tampoco resulta excluyente de tal condición pues él no percibe salarios sino que obtiene los retornos en la proporción previamente establecida y esta situación no se altera por el hecho de que los socios reciban regularmente determinadas sumas destinadas a asegurarles su propia subsistencia; dichas sumas son anticipos y no remuneración o salarios. Sala 1ª, 20/7/2001, "Mendoza, Orlando Héctor y otros v. Coop. de Trabajo Patagónica Ltda.".

*8.2. Estado extranjero. Inmunidad diplomática*

No existe inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero respecto de controversias que se basan en relaciones de buena fe y seguridad jurídica respecto del foro y del derecho local como las de trabajo. Corte Sup., 22/12/1994, "Manauta, Juan v. Embajada de la Federación Rusa".

Las personas que prestan servicios a las órdenes de las representaciones diplomáticas son titulares de una relación de carácter público en su sentido amplio, ajena a la Ley de Contrato de Trabajo, aunque no son empleados de la Administración Pública en el marco estatutario que rige el vínculo de ésta con sus agentes estables, y sus derechos están regidos por el Reglamento para las Representaciones Diplomáticas de la República Argentina, aprobado por dec. 7743/1963 y su modificación introducida por el dec. 1209/1969 y por las disposiciones internas de cada ente receptor de la prestación. Sala 3ª, 27/2/2006, "Villar de Stagna, Florencia v. Estado nacional - Poder Ejecutivo nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto".

Si un Estado extranjero celebra un contrato de trabajo con un nacional argentino o residente en la República para ser ejecutado en su territorio —ya sea con el propósito de ocuparlo en actividades comerciales o industriales—, o por haber las partes adoptado la figura jurídica, aun en defecto de algunos presupuestos tipificantes, en el ejercicio de su autonomía, conforme al art. 1197, CCiv., no estará habilitado a invocar la inmunidad de jurisdicción si fuera demandado por cuestiones vinculadas con la ejecución del contrato. Así resulta del juego de los incs. c) y d), art. 2°, ley 24.488. Sala 8ª, 6/6/2002, "Stockmayer, Roberto y otros v. Embajada de Portugal".

Los arts. 23 y 24, Convención de Viena, prevén que los Estados extranjeros estarán exentos del pago de impuestos o gravámenes personales o reales, nacionales, regionales o municipales con las excepciones establecidas en los distintos incisos del art. 34 antes citado, pero nada dicen acerca de las multas o agravamientos indemnizatorios dispuestos con claro carácter sancionatorio en la legislación laboral, debiendo entenderse en atención a la claridad de los preceptos analizados que la exención aludida se encuentra ceñida a los supuestos de impuestos o gravámenes y no a sanciones o multas (en el caso, se reclamaba sobre las multas impuestas con fundamento en las leyes 24.013 y 25.323). Sala 2ª, 31/3/2005, "López, Lourdes Adelina v. Embajada de la República Oriental del Uruguay".

**9. Contrato de empleo público**

Los sucesivos contratos temporarios a los que recurrió la UBA durante casi seis años, con asignación al actor de un cargo docente interino, tuvieron la aptitud para generar en él una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el art. 14 bis, CN, otorga al trabajador contra el "despido arbitrario", tal como lo sostuviera la Corte Sup. *in re*, 6/4/2010, "Ramos, José Luis v. Estado nacional", R.354.XLIV. La conducta ilegítima en que incurriera la UBA genera su responsabilidad frente al actor y determina la procedencia de un resarcimiento indemnizatorio (párr. 5°, art. 11, Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional —ley 25.164—). Sala 9ª, 13/10/2010, "Gómez, Alejandro Horacio v. Universidad de Buenos Aires".

No resulta aplicable la doctrina asentada por la Corte Suprema en el fallo "Leroux de Emede" ante el caso de un trabajador que se desempeñaba para Líneas Aéreas del Estado como ayudante de cocina, y quedara probado que sus labores no justificaban un contrato de locación de servicios. Al conformar la materia típica del contrato de empleo dependiente, con la ejecución de tareas bajo sujeción y control de personal de jerarquía superior, cabe aplicar la doctrina del Alto Tribunal en autos "Ramos, José Luis v. Estado nacional s/indemnización por despido" (SCR 354, L. XLIV, del 6/4/2010). La indemnización correspondiente, a falta de previsiones legislativas específicas, por aplicación analógica, será la prevista por el art. 11, Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional —ley 25.164—. Sala 2ª, 19/8/2010, "Aguilera, Pablo Rubén v. Líneas Aéreas del Estado".

Si la demandada no invocó al contestar la demanda ni pudo demostrar después cuál fue el concreto y específico régimen legal que reguló el vínculo con las actoras, resulta aplicable al caso la Ley de Contrato de Trabajo, ya que cuando ésta determina su inaplicabilidad a los dependientes de la Administración Pública nacional, provincial o municipal (art. 2°, inc. a]), parte de la premisa de que tales trabajadores tienen una regulación específica como es en la actualidad la ley 25.164 que aprobó la Ley Marco de Regulación del Empleo Público o la ley 471 en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o un estatuto propio de la entidad. Sala 3ª, 28/2/2005, "Petrone, Rosana Mercedes y otro v. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires".

Siendo que la actora estuvo vinculada durante dos años al Anses y por contratos de locación de ser-

vicios en el marco del cap. VIII, arts. 1623 ss. y concs., CCiv., es decir, al margen de la Ley de Contrato de Trabajo, no puede interpretarse dicha contratación como declaración de voluntad de la Administración Nacional de Seguridad Social de incluir a la actora en el sistema de la ley 20.744. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* "Leroux de Emede, Patricia S. v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", del 30/4/1991 (L.441, t. XXIII), excluyó la posibilidad de aplicar analógicamente la Ley de Contrato de Trabajo. Según el criterio de la Corte, dicho régimen sólo es aplicable en forma directa por acto expreso del órgano administrativo. Sala 8ª, 27/6/2005, "Fleita, Nilda Ester v. Administración Nacional de la Seguridad Social - Anses".

Toda vez que la actora prestó servicios a las órdenes de la demandada (Sindicatura General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y lo hizo cumpliendo un régimen de asistencia horaria, y a cambio de una suma de dinero efectivizada mensualmente, tratándose de un contrato *intuitu personae* y con deber de confidencialidad, cabe concluir que entre las partes se ha producido una relación de trabajo, a la que al no habérsele adjudicado un régimen jurídico adecuado en su momento (empleo público) cabe aplicarle las disposiciones propias del derecho del trabajo. Así, la situación de la actora es la del "personal contratado" de la Administración Pública, esto es, agentes que trabajan en cargos o funciones no permanentes, sino a través de convenios de plazo limitado, por los cuales no se los incorpora a la carrera administrativa ni se les otorga estabilidad en sus empleos. Sala 7ª, 1/12/2005, "Durando, Liliana Alicia v. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Sindicatura General de la Ciudad de Buenos Aires y otro".

El actor, docente de la Facultad de Farmacia y Bioquímica de la UBA, también prestaba servicios para distintos organismos sobre la base de la res. administrativa 1655/1987, Consejo Superior, dirigida a reglamentar la actividad desplegada por docentes de esa casa de estudios, quien desarrollaba un cierto control especialmente referido al nivel técnico y científico que tales servicios debían reunir. En tal situación, la remuneración del accionante estaba integrada por el equivalente al salario de un jefe de trabajos prácticos con dedicación simple, más los honorarios profesionales facturados, referidos a los distintos trabajos de investigación técnica en el área del Servicio de Huellas Digitales Genéticas, que era su especialidad. Esta particular situación no justifica la inclusión del actor en el ámbito de la Ley de Contrato de Trabajo, puesto que ésta excluye de su regulación a los dependientes de la Administración Pública nacional, salvo que por acto expreso se los incluya en aquel ámbito o en el de las CCT (art. 2°, inc. a]). Además, la demandada se desenvuelve bajo la órbita del derecho público, por lo que las relaciones que establece con su personal entran en el campo del derecho administrativo y el empleo público. Sala 1ª, 29/12/2005, "Penacino, Gustavo v. Universidad de Buenos Aires - Facultad de Farmacia y Bioquímica".

La colaboración de la actora en su carácter de asesora ad honórem del demandado (miembro de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, en representación del Partido Socialista Auténtico) para intervenir en las comisiones de derechos humanos y políticas de acción social, no puede encuadrarse dentro del régimen del contrato de trabajo, pues resulta claro que la dependencia económica por la percepción de una suma de dinero por sus tareas no resulta tal, en la medida en que ello lo era a consecuencia de la propia decisión partidaria de otorgarle esos importes. Y tampoco puede concluirse que existiera dependencia jurídica, pues más allá de las instrucciones que le habría dado el demandado, lo cierto es que no sólo no se ejerció poder disciplinario alguno, sino que aquéllas aparecen expresadas dentro de las atribuciones que tenía el demandado como cualquier legislador respecto de quienes colaboraban con su actividad para la futura presentación de los anteproyectos legislativos. Sala 9ª, 28/10/2005, "Slikas de Rearte, Amelia v. Latendorf, Abel Alexis".

### 10. Objeto del contrato de trabajo

La C. Nac. Trab., sala 2ª, 18/3/2009, en autos "A. Z., W. A. v. Mercado Claros, Leonila" estableció que 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.

Contratar a un extranjero implica un contrato prohibido de acuerdo con lo establecido en el art. 40, LCT; sin embargo, esta prohibición se encuentra dirigida al empleador de modo que de ninguna manera podría afectar los derechos del trabajador (conf. art. 42, LCT). Sala 7ª, 30/6/2010, "Ferreira, Maciel Gabino v. Barutta, Luis Eduardo".

Que el actor haya conducido ómnibus sin la correspondiente habilitación de la autoridad competente implica una violación a las normas que rigen la actividad y que regulan el ejercicio del derecho de llevarla a cabo, pero ello no puede tornar ilícito el objeto del contrato de trabajo. Asumir una postura contraria llevaría, por ejemplo, a la absurda conclusión de que también las relaciones de trabajo clandestinas (no registradas conforme a derecho) son de objeto ilícito en tanto se omite el cumplimiento de las normas referidas al registro de las relaciones laborales. Sala 3ª, 12/10/2001, "Dall'Armellina, Gustavo Alcides v. Warenyca, Ernesto".

En el caso que la documentación presentada por el trabajador no reúna los requisitos necesarios para inscribir la relación de trabajo, la prohibición del contrato celebrado sólo provocaría efectos en relación a la empleadora. Sala 1ª, 30/11/2000, "Vergel Gonzá-

lez, Augusto Alberto v. Global Food Argentina SA y otro".

Habiendo el actor denunciado haber mantenido una relación de trabajo con quien sin ser abogada brindaba asesoramiento jurídico contable para empresas y particulares y siendo ésa su tarea, es de agregar que por el art. 10, ley 23.187, nos encontramos ante un contrato de objeto ilícito y no puede generar derechos a favor de quienes lo celebraron (art. 18, CCiv.). Aún más, si el contrato hubiera sido de trabajo, no sería invocable la regla del art. 42, LCT, ya que la prohibición legal no tiene por objeto la protección de la persona y los derechos del abogado, porque se funda en razones de ética profesional y moral pública. Sala 8ª, 5/12/2000, "Olivella, Jorge Gabriel v. Durán, Yolanda Rosa".

Aunque no es correcto generalizar, los integrantes del personal de seguridad —comúnmente denominados patovicas—, que son precisamente contratados por los dueños de los locales bailables para vigilar el orden dentro del local e impedir el ingreso de quienes no están en condiciones de acceder, casi siempre con la complacencia del principal o siguiendo expresas directivas de éste, hacen un auténtico "trabajo sucio" al servicio de la discriminación y de la intimidación a través de la violencia (Zannoni, Posse Saguier y Highton de Nolasco). C. Nac. Civ., sala F, 19/8/2003, "Faccone, Daniel Alejandro v. Sommaruga, Adrián Gustavo y otro".

El trabajo de la hija de la denunciante, consistente en chatear con personas de todo el mundo, pudiendo serle requerido el servicio de "privado" por el cual una persona solicita que la joven le exhiba su cuerpo, no constituye delito. La menor de 19 años no era obligada a permanecer en el lugar, tenía un horario de trabajo y no era obligada por nadie, por lo que corresponde desestimar la denuncia. Escuchar a la menor resultaría violatorio de los arts. 18 y 19, CN; de los arts. 2°, inc. d), y 5°, incs. a) y c), *Convención sobre* la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer; y en los arts. 5°, incs. 2° y 3°, 11, 17 y 19, Convención Americana de los Derechos Humanos. No hay justificación alguna para conocer los pormenores de su trabajo e ingresar en su intimidad, exponiéndola a lo que podría constituir un trato denigrante hacia su persona, cuando no es imputada ni víctima de ningún delito. Juzg. de Instrucción, n. 6, 27/3/2006, "T. G. s/denuncia".

Del bloque de legalidad constituido por los arts. 38, 40, 42 y 44, LCT, surge claramente que el contrato de trabajo celebrado con un trabajador extranjero en situación de ilegalidad es un contrato de objeto prohibido. La Ley de Migraciones prescribe que los empleadores quedarán obligados al pago de los sueldos, salarios y comisiones al personal al que le hubieran proporcionado trabajo u ocupación en violación a lo dispuesto en infracción a las normas migratorias pertinentes (art. 53, ley 22.439). Toda vez que ni el plenario 193 de la Cámara Nacional del Trabajo, ni la normatividad migratoria pertinente se expiden claramente acerca de la fundabilidad de las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato por la ilegalidad de la situación del trabajador extranjero, desde la dogmática de las fuentes de jerarquía legal, la regulación contenida en los arts. 42 y 44, LCT, permite sustentar el derecho a dichas indemnizaciones (en el caso, la trabajadora de nacionalidad peruana fue despedida por ser una extranjera ilegal, cuando en realidad la empleadora estaba en conocimiento de los trámites iniciados por aquélla a los fines de regularizar su situación migratoria). Sala 5ª, 23/4/2008, "Dávila Guevara, Egla Leonor v. Rovepe SRL".

## CAPÍTULO VI: REGISTRACIÓN DEL CONTRATO. EMPLEO NO REGISTRADO

### 1. Libro del art. 52, LCT

La C. Nac. Trab., sala 5ª, 24/2/2009, en autos "Cortopassi, Luis C. A. v. Banco Hipotecario SA y otro", estableció (por mayoría) que a) la comunicación instrumentada por la empresa intermediaria carece de eficacia extintiva y resulta inoponible al trabajador, pues fue emitida por una persona que no revestía la calidad de empleadora, y b) la registración de la relación laboral por el contratante del trabajador no basta para el cumplimiento de la obligación impuesta por el art. 7°, ley 24.013, ni del objetivo fijado por el art. 2°, inc. j), de la ley citada.

La C. Nac. Trab., sala 8ª, 28/7/2009, en autos "Schulz, Roberto A. v. Kovac, Juan y otros" dispuso que la rubricación y las registraciones tardías, sin perjuicio de que puedan ser pasibles de una sanción administrativa, no producen efectos sobre la eficacia —en el caso, limitada— de los asientos, según lo previsto en la LCT y en las normas del libro primero, tít. I, cap. 3, CCom.; por ello, si en ocasión de la exhibición judicial se hallan rubricados y los asientos son correlativos, no caben reproches respecto de la eficacia probatoria.

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. Sala 3ª, 31/5/2002, "Rosengurten, Ludmila Vanesa v. Cabildo 1168 SRL y otros"; sala 2ª, 21/10/1997, "Schwarzfeld, Christian Martín v. Arescar SA"; sala 7ª, 24/9/2002, "Chazarreta, Esteban O. v. Transub SRL y otro".

## 2. Presunción del art. 55, LCT

La circunstancia de que los datos consignados en los registros laborales de la empleadora no se compadezcan con la realidad lleva a proyectar, respecto de la remuneración denunciada al demandar, la presunción emergente del art. 55, LCT, pero cabe remarcar que la Corte Suprema ha calificado como arbitraria la proyección lisa y llana de ese precepto sobre la suma denunciada cuando no se advierte la debida proporción entre esa remuneración y la tarea cumplida en ausencia de elementos que posibiliten desentrañar su justificación en el caso concreto. Corte Sup., 10/7/1986, "Ortega, Carlos v. Seven Up Concesiones SAIC y otro". En igual sentido: sala 2ª, 25/2/1997, "Orona, Alfredo Daniel v. Club Atlético Huracán"; 31/5/1996, "Nieto, Ricardo v. LR3 Radio Belgrano"; sala 2ª, 17/8/1995, "Salinas de Allende v. Zinger, Bertha"; sala 1ª, 17/3/1997, "Taladriz Méndez, Álvaro v. Pirelli Cables SA".

### *2.1. Horas extras*

La C. Nac. Trab., sala 6ª, 29/5/2009, en autos "Pollicina, Marcelo G. v. Francisco Osvaldo Díaz SA", estableció que los vendedores están excluidos del régimen de la ley 14.546 por las razones indicadas en el art. 14, CCT 379/2004, pero ello no los coloca fuera de toda protección vinculada con la extensión de la jornada (art. 18, inc. 2º).

Si la propia demandada reconoció la realización de horas extras y no llevó los registros que imponen el art. 52, LCT, y art. 6º, inc. c), ley 11.544, y ni siquiera intentó suplirlos mediante el uso de tarjetas reloj, resulta aplicable la presunción del art. 55, LCT, y cabe tener por ciertos los datos enunciados por el reclamante. Sala 10ª, 28/5/2002, "Díaz Tapia, Luis Alberto v. Lo Primo SA".

Si bien las horas suplementarias son hechos cuya prueba puede efectuarse mediante cualesquiera de los modos previstos por el ordenamiento procesal, no existiendo en nuestro ordenamiento norma alguna que indique que la prueba de las horas extra debe ser objeto de mayor estrictez en cuanto a la acreditación de su cumplimiento, ello varía cuando —como en el caso— hay una obligación por parte de la empleadora de asentar en el Registro de Cirugías, entre otras cosas, la identificación del equipo quirúrgico y el comienzo y la finalización del acto quirúrgico. Dicho libro debe ser encuadrado entre aquellos elementos de contralor que refiere el art. 54, LCT, y la omisión de su exhibición (art. 55, LCT) conlleva a la presunción a favor de los dichos de la actora (instrumentadora quirúrgica) en cuanto a la realización de horas suplementarias en la cantidad y frecuencia denunciadas en la demanda. Sala 4ª, 31/3/2006, "Ferreyra, Gabriela Alejandra v. Retcorp SA".

A los fines de admitir la presunción del art. 55, LCT, como consecuencia de la obligación que pesa sobre los empleadores en virtud del art. 6º, inc. c), ley 11.544, es presupuesto ineludible la acreditación del desempeño de tareas en tiempo suplementario por parte del trabajador, ya que admitir lo contrario importaría que cualquier empresario que no llevara registros de las horas laboradas en exceso de la jornada máxima legal se vería en la obligación de producir prueba negativa ante todo desempeño de horas extraordinarias que se le atribuyese. Sala 10ª, 31/10/2005, "Recalde, Stella v. Vilariño, Gustavo y otros".

## 3. Pago en negro. Prueba

Si bien respecto de la prueba del pago "en negro" no existe norma legal alguna que establezca que la valoración de la prueba deba ser realizada con mayor estrictez, o que la convicción que arroje la prueba producida deba ser más contundente que la necesaria para administrar cualquier otro hecho litigioso, lo cierto es que debe arrimarse al respecto de alguna probanza de entidad convictiva suficiente para sustentar tal aserto. Si bien, como dice Palacio, el sistema de la sana crítica no se compadece con la exclusión de la eficacia probatoria de la declaración prestada por un testigo único, en dicho caso el juez debe atenerse a pautas de apreciación más estrictas que cuando media una pluralidad de testigos y dado que en el *sub lite* el testimonio referido emana de quien reconoce ser acreedor de la demandada y no ha podido ser corroborado por ningún otro elemento de la causa. El mismo, por sí solo, resulta insuficiente para basar en él una sentencia condenatoria (conf. arts. 90, LO, y 386, CPCCN). Sala 10ª, 10/11/2005, "Rizo, Rodolfo Martín v. Soleve SRL".

## 4. Ley de Empleo

### *4.1. Generalidades*

No existe incompatibilidad entre la ley 22.250 y el art. 8º, ley 24.013. Sup. Corte Bs. As., 26/10/1999, "Juárez, Mario E. v. Artaza, Luis", TySS 2000-119.

### *4.2. Intimación del art. 11, ley 24.013*

Si bien la intimación del art. 11, ley 24.013, no ha sido comunicada a la AFIP, la misma es correcta, porque refiere a la fecha real de ingreso. El art. 15 indica que si el trabajador es despedido sin causa justificada o se considera despedido dentro de los dos años desde que se le hubiere cursado 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. El empleador no ha probado que la causa invocada por el actor para extinguir la relación no tuviera vinculación con la intimación que formulara, de modo que esta indemnización es procedente. Sala 6ª, 9/3/2005,

"Bonza, Luis v. Consorcio de Propietarios del Edificio Lavalle 730".

El art. 47, ley 25.345, introdujo un requisito adicional para la validez de la comunicación a la que hace referencia el art. 11, ley 24.013, y, en consecuencia, para la procedencia de las indemnizaciones reguladas por los arts. 8°, 9° y 10 de dicha ley. A partir de la entrada en vigencia de la ley 25.345 (BO del 17/11/2000), el trabajador no sólo debe cursar la intimación del art. 11, inc. a), sino que además debe remitir copia de ello a la Administración Federal de Ingresos Públicos, dentro del plazo de veinticuatro horas de practicada la intimación al empleador. La falta de cumplimiento de esta exigencia trae como consecuencia la pérdida del derecho a obtener cualquiera de las multas previstas en los arts. 8°, 9° y 10, ley 24.013, pero no la multa del art. 15 de la referida ley, *siempre que se hubiere cursado la intimación dirigida* al empleador de manera plenamente justificada. Sala 10ª, 10/2/2006, "Casullo, Eduardo Federico v. Asociación de Concesionarios de Automotores de la República Argentina - Acara".

Si el trabajador intimó al empleador sólo al reconocimiento de la existencia del contrato laboral y a su debido registro, omitiendo toda referencia a la denuncia de los datos necesarios para que la patronal llevara a cabo la inscripción que se le requería (invocación de la real fecha de ingreso y remuneración percibida), debe concluirse que tal intimación ha sido deficiente y debe rechazarse la sanción emergente del art. 15, LNE. Sala 2ª, 8/4/2005, "Rodríguez de Vila, Teresa Carmen y otro v. Carmen Rosa Hidalgo y Asociados SRL y otros".

De conformidad con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Di Mauro, José Santo v. Ferrocarriles Metropolitanos y otros" del 31/5/2005, no resulta exigible para la multa del art. 15, LNE, la remisión de copia a la AFIP, dado que la misma no se encuentra comprendida en la enumeración introducida por el art. 47, ley 25.345, que sólo alcanza a los arts. 8°, 9° y 10, LNE, pero que en modo alguno obsta a la duplicación a que alude el citado art. 15, LNE, siempre y cuando se hubiera cursado intimación dirigida al empleador de manera plenamente justificada. Sala 1ª, 13/10/2005, "Biascetta, Rita v. Ryaco SA y otro".

No obstante haber quedado probado que el vínculo del actor fue registrado cuatro años después de haber comenzado a trabajar, las reparaciones de los arts. 8°, 9° y 10, ley 24.013, no proceden toda vez que no efectuó la comunicación a la AFIP que exige el art. 11, inc. b), de la citada ley. Sala 3ª, 12/12/2005, "Corradino, Liliana Rosa v. Stefani Holtz, María Isabel y otro".

### *4.3. Plazo*

El principal objetivo de la ley 24.013 es lograr la regularización de las relaciones de trabajo y no de servir como mero pivote para el incremento de los montos indemnizatorios, por lo que si el trabajador recibe una respuesta asertiva a su requerimiento en tal sentido, antes de romper el vínculo debe esperar el plazo de treinta días para verificar si la empleadora cumplimenta su promesa. Sala 5ª, 27/4/2000, "Lecuna, Miguel Ángel v. Imagen Argentina SA".

El deber de buena fe impone al empleador la obligación de dar respuesta a la intimación del trabajador para lograr la regularización de los aspectos de la vinculación contemplados en los arts. 8° a 10, ley 24.013. Ante el desconocimiento de los extremos denunciados, su actitud importa, al transcurrir el mínimo plazo legal, una injuria laboral, por lo que se evidencia la clara decisión de no regularizar la relación laboral y deviene innecesario dejar transcurrir el plazo de treinta días que establece la normativa. Sala 3ª, 14/7/2000, "*García, María Inés v. Liga Israelita Argentina Contra la Tuberculosis y de Medicina Preventiva y otro*".

Para la aplicación de la sanción del art. 8°, LE, se requiere el agotamiento del plazo de treinta días previsto por la ley, por lo que si el trabajador produjo la ruptura del vínculo antes de su transcurso, no corresponde dicha indemnización. C. Lab. Rosario, sala 3ª, 25/7/2000, "Hernández, Nora v. La Delfa, Antonio s/cobro de pesos", TySS 2000-935.

### *4.4. Art. 15, ley 24.013*

Si el despido dispuesto por el trabajador no guarda vinculación con ninguno de los supuestos contemplados en los arts. 8°, 9° y 10, LNE, no puede prosperar la multa prevista en el art. 15 de dicha ley ya que el legislador ha previsto las indemnizaciones citadas en esa norma para supuestos de clandestinidad que no se corresponden cuando sólo se ha desconocido la real categoría, pero no la fecha de ingreso ni la remuneración. Sala 10ª, 18/12/2002, "Cerezales, Ezequiel G. v. Disco SA", DT 2003-A-853.

La indemnización que consagra el art. 15, ley 24.013, no se encuentra supeditada a los recaudos que la ley 25.345 prevé para la percepción de las indemnizaciones contempladas en los arts. 8°, 9° y 10. Sala 8ª, 20/12/2002, "Infante, Roberto Carlos v. Tadeo, Norma Isabel".

## 5. Art. 1°, ley 25.323

El art. 1°, ley 25.323, no procede en los casos de renuncia al empleo, dado que la norma requiere que se produzca un despido, término que no puede ser jurídicamente equiparado a la dimisión del trabajador. Lo mismo cabe decir del resarcimiento previsto en el art. 2°, ley 25.323, dado que este incremento no está previsto para la falta de pago de cualquier crédito laboral, sino exclusivamente para la mora en el abandono de las indemnizaciones que taxativamente menciona el precepto. Sala 4ª, 6/10/2009, "Arce, Juan Antonio v. Fidra SRL y otros".

Cuando el art. 1°, ley 25.323, alude a deficiente registración lo hace en los términos previstos en los arts. 9° y 10, ley 24.013, por lo que los datos de categoría profesional y jornada laboral no son exigidos por el art. 52, LCT, punto básico de la registración laboral. Consecuentemente, no procede la sanción allí prevista en relación a dichos rubros (del voto del Dr. Maza). Sala 2ª, 31/8/2010, "Grandinetti, Lucas Ramón v. Servicios Post Venta SRL".

Mediante la facultad de fallar *ultra petita* no puede suplirse la omisión en que incurre el accionante, ya que de lo contrario se violentaría el principio de congruencia consagrado por el art. 163, inc. 6°, Código Procesal, que posee raigambre constitucional, dado que se afectaría la garantía de la defensa en juicio, consagrada por el art. 18, CN, si se emitiera una condena sobre rubros respecto de los cuales no se le dio a la accionada la posibilidad de ser oída, privándola del derecho de alegar y probar con relación al punto (en el caso, se sostuvo que el sentenciante debió hacer lugar a la indemnización agravada que determina el art. 1°, ley 25.323, que fue rechazada por no haberse cumplido la notificación a la Administración Federal de Ingresos Públicos). Sala 10ª, 28/10/2002, "Campos, Sergio O. v. Hadjinian, José L. y otro", DT 2003-A-566.

Si el reclamante no ha podido demostrar las condiciones de contratación consignadas en la intimación cursada en los términos del art. 11, LNE, como así tampoco en torno a las multas previstas en los arts. 9°, 10 y 15 de dicha ley y sin haber cursado la pertinente comunicación a la Administración Federal de Ingresos Públicos (conf. reforma de la ley 25.345) la pretensión no podrá prosperar. Asimismo, cabe considerar que al reclamar un resarcimiento por el deficiente registro de la relación con fundamento en la ley 24.013, el art. 1°, ley 25.323, contempla idéntica situación, sancionando el incumplimiento de la empleadora con un incremento de la indemnización por despido, por lo que en virtud del principio *iura novit curia*, correspondería condenar a la demandada a abonar el resarcimiento que prevé este último dispositivo legal (con igual criterio, entre otros, C. Nac. Trab., sala 1ª, 28/4/2003, "Molentino, María L. v. Pambi SA", SD 80614; sala 2ª, 12/8/2005, "Álvarez, Francisco A. v. Organización JG SA", sent. 93682). Sala 2ª, 28/11/2005, "Pistoia, Silvia M. v. Donio, Salomón y otros".

## CAPÍTULO VII: FRAUDE. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

### 1. Arts. 29 y 29 bis, LCT. Interposición e intermediación. Solidaridad

Las cooperativas de trabajo y la provisión de personal a terceros es el caso más común de fraude que se puede enmascarar bajo esa forma, pues la única finalidad de la cooperativa consiste en proveer servicios a terceros, los interesados recurren a la misma (una suerte de agencia) a fin de obtener empleo, deben ser socios de ella y ésta, en tal carácter, los envía a terceros (clientes) que les asignan trabajo efectivo (en el caso, la actora prestó servicios en la planta de YPF y fue contratada a través de una cooperativa de trabajo). La cooperativa de trabajo que medió en la relación entre el trabajador y la empresa no puede pretextar que no existe relación laboral con su supuesto socio, ya que el aporte de éste no lo fue en una tarea propia de la cooperativa —que no recibió la labor del trabajador— sino que fue en otra distinta y a favor de un tercero que contrató con ella, situación en la que sólo podría considerarse integrante de la cooperativa al personal de la planta central que actúa como proveedora de trabajadores para terceros (objetivo de la cooperativa de trabajo) cumpliendo, en definitiva, funciones como agencia de colocaciones o empresa de servicios. Sala 10ª, 30/4/2001, "Rubio, Ethel M. v. Cooperativa de Trabajo 4 de Septiembre Ltda. y otro".

### 2. Art. 30, LCT. Contratación y subcontratación. Solidaridad

Las gravísimas consecuencias que derivan de la extensión de la responsabilidad patrimonial a terceros ajenos en principio a la relación sustancial, requiere la comprobación rigurosa de los presupuestos fácticos establecidos en el art. 30, LCT. Toda norma —o su interpretación— que obligue al pago de una deuda en principio ajena, se aparta de la regla general consagrada por los arts. 1195, 1173, CCiv., y 56, ley 19.550, y tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad. Corte Sup., 26/8/2003, "Chiappe, Américo v. Ceprimi SRL y otros".

La asignación de responsabilidad no ha sido establecida por la ley sin más requisito que la noción de que algunas actividades resulten coadyuvantes o necesarias para el desenvolvimiento empresario, puesto que si tamaña amplitud fuera admitida mediante la interpretación judicial, caería en letra muerta no sólo el texto legal sino la posibilidad cierta de que más empresas asuman los riesgos propios del desarrollo económico (Fallos 316:1610). Para que nazca el reproche de responsabilidad previsto por el art. 30, LCT, es menester que una empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal, debe existir una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista. Corte Sup., 14/9/2000, "Es-

cudero, Segundo R. y otros v. Nueve A SA y otro", DT 2001-A-98.

Toda vez que las tareas de promoción y reposición de productos en supermercados, hipermercados, clientes mayoristas, farmacias y perfumerías, incluyendo además el mantenimiento adecuado de las góndolas donde se comercializan los productos de Gillette Argentina SA, perfeccionan un cierto tramo de la unidad técnica de ejecución que conforma la actividad de esta última y en tanto que dicha actividad contribuyó a la obtención de la finalidad perseguida que no es otra que la comercialización y distribución de sus productos, Gillette Argentina SA resulta solidariamente responsable en los términos del art. 30, LCT. Sala 9ª, 23/4/2008, "Moreno, Federico v. Bayton Servicios Empresarios SA y otro".

Existe una clara diferencia entre la actividad que realiza una empresa que fabrica alimentos y la de otra que se dedica a distribuir mercaderías, aun cuando este último lo haga en forma exclusiva para la primera. Resulta conceptual y jurídicamente distinguible la actividad de la que fabrica alimentos de aquella que corresponde a la empresa dedicada a distribuir mercaderías (sea mediante contrato de transporte, o bien adquisición previa, o mediante concesión). Una empresa que distribuye mercaderías fabricadas por un tercero no desarrolla la actividad específica propia del establecimiento de otra que fabrica productos alimenticios. De allí que no pueda extenderse la responsabilidad del empleador a la citada empresa, con fundamento en el art. 30, LCT (del voto del Dr. Pirolo). Sala 2ª, 25/4/2008, "Marzorati, Fernando Reynaldo v. Insua Armando Manuel y otro".

Cuando la empresa principal o comitente delega en otra, bajo su propia dirección y control, tareas de transporte de los productos que fabrica, debe considerárselo responsable en los términos del art. 30, LCT, ya que media la delegación de tareas que le son propias, puesto que el traslado de tales mercaderías hasta sus clientes es imprescindible para lograr sus objetivos comerciales (del voto en minoría del Dr. Maza, quien deja a salvo su opinión ya que en el tema el criterio mayoritario lo establecen el Dr. Pirolo y la Dra. González). Sala 2ª, 25/4/2008, "Marzorati, Fernando Reynaldo v. Insua Armando Manuel y otro".

No cabe duda de que el servicio de terapia intensiva de un centro médico codemandado constituye una actividad que debe considerarse integrante de la "unidad técnica" de la empresa, ya que no es concebible el funcionamiento de un centro asistencial sin una unidad de atención de cuidados intensivos, pues esa actividad no puede escindirse de su giro normal. Tampoco puede desconocerse que integra una faceta primordial de su actividad específica, ya que la atención de los pacientes en un establecimiento de asistencia médica requiere necesariamente de un ámbito de cuidados especiales. Por ello resulta solidariamente responsable en los términos del art. 30, LCT. Sala 2ª, 3/4/2008, "Gómez Krivochen, Fernando Julio v. Hospital Español Asoc. Civil Sociedad Española de Beneficencia y otro".

Para que se torne operativa la solidaridad prevista en el art. 30, LCT, debe tratarse de personal específicamente afectado a los trabajos o servicios que hacen a la actividad normal y específica y propia de la principal. No basta con que integre el personal de la empresa contratada porque la responsabilidad prevista en la norma se ciñe al "personal ocupado" en esas labores y no a cualquier otro (como puede ser personal administrativo o técnico de la empresa contratada). Así, "la solidaridad del art. 30, LCT, no se extiende a todos los empleados y obreros que ingresen a la empresa contratista, sino sólo respecto de aquellos cuya labor integre el objeto de la contratación vinculada, es decir, aquellos que hayan sido afectados a tareas normales específicas y propias de la empresa principal" (C. Nac. Trab., sala 1ª, 14/6/1990, "Constantino, Gregorio v. YPF", sent. 58.518). Sala 2ª, 22/4/2008, "Romero, Sergio v. Firme Seguridad SA y otros".

### *2.1. Art. 30, LCT. Improcedencia*

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que condenó a uno de los demandados en forma solidaria por aplicación del art. 30, LCT, si en la demanda se omitió toda referencia a una eventual solidaridad de aquél por cesión del establecimiento o explotación, o por contratación o subcontratación de trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica, en tanto ello implica reconocer a una parte derechos no debatidos, lo que resulta incompatible con la garantía consagrada por el art. 18, CN (del dictamen del procurador general que la Corte hace suyo). Corte Sup., 19/11/2002, "Giménez, Irma M. v. Rocha, Teresa y otro", DT 2003-A-353.

### *2.2. Tareas de vigilancia*

Las actividades desarrolladas por el accionante, tareas de vigilancia dentro del inmueble de propiedad horizontal en forma habitual y exclusiva, se encuentran comprendidas en las labores o servicios que se hallan dentro de los propios del consorcio, de acuerdo con lo previsto por el art. 2°, ley 12.981, aun cuando para su realización se contrate a una empresa, por lo que es clara la invocación de solidaridad laboral —art. 30, LCT— entre el consorcio y la empresa de vigilancia contratada por éste y la empleadora directa del actor. Sala 5ª, 24/4/2003, "Arague, Juan M. v. Segubank SRL y otros", DT 2004-40 (enero).

Las tareas de vigilancia y seguridad en un edificio no constituyen actividad normal y específica según art. 30, LCT, del consorcio que contrató dicho servicio, por ello éste se encuentra eximido de responder en forma solidaria con la empresa que lo presta por las obligaciones laborales de esta última —en el caso,

derivadas de un despido sin causa, horas extras impagas y pagos no registrados—, pues se trata de una típica actividad accesoria y conceptualmente escindible, pudiendo dejar de brindársela sin afectar el funcionamiento normal del edificio. Sala 3ª, 29/11/2002, "Lodi, Bernardo A. v. Phoebus SRL y otro", DT 2003-B-1402.

Las labores de vigilancia se encuentran integradas y coadyuvan al objetivo final de la actividad normal y específica de los bancos, lo que torna operativa la solidaridad prevista por el art. 30, LCT. Sala 3ª, 16/4/2002, "Lamarca, Jorge Enrique v. Segubank SRL y otro" y sala 3ª, 21/3/2002, "Orellana, Alberto Manuel v. Copinco Invest SA y otro".

El servicio de vigilancia y el control de la mercadería en los supermercados luce imprescindible y, por ende, resulta inescindible de la actividad normal y específica propia del establecimiento. Sala 2ª, 9/4/2008, "Pérez, Ángel A v. Día Argentina SA y otro".

### *2.3. Tareas de limpieza*

Las tareas de limpieza efectuadas en el centro médico codemandado constituyen una actividad que debe considerarse integrante de la "unidad técnica" de la empresa, ya que no es concebible el funcionamiento del centro asistencial sin una adecuada higiene de sus instalaciones. Si bien el objeto para el cual se constituyó la institución médica no es la "limpieza" lo cierto es que tal actividad no puede escindirse de su giro normal. Ni desconocerse que la misma integra una faceta primordial de su actividad específica, ya que la atención de los pacientes en un establecimiento de asistencia médica requiere necesariamente de un ámbito que se mantenga aséptico y bien higienizado, por ende, aun cuando fuera encomendada dicha tarea a terceros, resulta ser una actividad habitual y específica del centro médico codemandado. Sala 2ª, 21/2/2002, "Pedraza, Ángela Rosa v. New Clean SRL y otro"; y sala 2ª, 10/3/2000, "Macias, Silvana Teresa v. Shifa Services SRL y otro".

Los trabajos de limpieza realizados por el trabajador en la sede de la codemandada Banco Hipotecario nacional a través de una empresa dedicada a tales actividades, no pueden identificarse con los correspondientes a la "actividad normal y específica" de su establecimiento, y por lo tanto, no resultan alcanzados por los presupuestos del art. 30, LCT. Sala 7ª, 4/10/2001, "Ibañez, María Cristina v. Empresa Integral de Mantenimiento SRL y otros".

### *2.4. Empresas telefónicas y de telefonía celular*

La actividad del agente no se limita a la venta de aparatos telefónicos sino que comprende, en forma primordial, la venta de conexiones al servicio de telefonía que presta la principal, por lo que no se configura la diferenciación entre la conexión del servicio respecto del servicio en sí, máxime cuando la principal desplegaba ambas actividades. Si el agente realiza una actividad que no se diferencia de la actividad desplegada por la principal, la cuestión reviste aristas disímiles de aquellas contempladas por la Corte Suprema en la causa "Rodríguez, Juan v. Cía. Embotelladora SA", ya que en dicho precedente el principal se desligaba de la actividad encomendada al agente. Sala 1ª, 28/4/2003, "Burg Lázaro, Marian P. v. Miniphone SA y otro".

La prestación del servicio de telefonía celular no consiste en recibir y emitir señales indeterminadas en su origen y destino, sino conectar usuarios a través de la captación y reenvío de dichas señales por medio de sus respectivos aparatos. No es concebible el cumplimiento de esa actividad, la obtención de la licencia, ni el desarrollo de una actividad comercial ligada a esa prestación, sin la existencia de personas abonadas al sistema, por eso, la promoción y concertación de contratos relativos a la prestación del servicio de telefonía celular, constituyen el objeto principal de la explotación comercial y, en cuanto hayan sido objeto de cesión o delegación a un tercero, configuran una situación paradigmáticamente aprehendida por el art. 30, LCT. Sala 8ª, 26/5/2003, "Veloso, Patricia M. v. Acceda Telefónica Celular SA".

Fibertel resulta responsable en los términos del art. 30, LCT, ante el caso de la trabajadora cuyas tareas consistían en la venta telefónica de banda ancha de Cablevisión SA, en razón de que el objeto de esta última es la prestación de servicio de televisión por cable e internet. De modo que las tareas de venta de banda ancha hacen a su actividad normal y específica. Sala 6ª, 20/9/2010, "Farías, Roxana Raquel v. Lekryzon SA y otros".

### *2.5. Servicios gastronómicos*

El hecho de que una cadena de cines (Village Cinema SA) haya cedido la explotación de la comercialización de un servicio gastronómico, no la convierte en responsable solidaria en materia laboral en los términos del art. 30, LCT, ya que su objeto social es la exhibición de cinematografía. Sala 8ª, 21/9/2010, "Vázquez José Luis v. Catom SRL y otro".

Para que exista solidaridad frente a las obligaciones laborales es menester que una empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal y específica, de modo tal que exista una unidad técnica de ejecución entre empresa y contratista, extremo que no concurre en el caso de una asociación deportiva que otorgó en concesión el servicio de bar y restaurante situado en un predio de su propiedad, pues el concesionario actúa en nombre propio y a su riesgo. Corte Sup., 28/10/2003, "Pegullo, Pablo G. v. Comedores Administradores SRL Comad SRL y otro", DT 2004-A-798.

Sólo una empresa del ramo gastronómico podría ceder, contratar o subcontratar con terceros, en el marco del art. 30, LCT, un establecimiento propio o los trabajos y servicios propios de su naturaleza, que allí se realizan o prestan. La UBA es una persona jurídica pública cuyo objeto es la enseñanza universitaria y "explota" establecimientos dedicados a ella y a la investigación, no bares u otros locales comerciales. Sala 8ª, 20/2/2002, "Benedit, Nicolás v. Navarro, Javier y otros".

Si bien el objeto principal de una institución educativa es precisamente educar, no es menos cierto que coadyuva al cumplimiento de ese objeto, al punto de tornarse imprescindible, el servicio de comedor para alumnos que brindan los colegios que no son de jornada simple, lo cual también redunda en su beneficio por ser muy preciado por las familias con obligaciones laborales, lo que torna procedente la condena solidaria sustentada en el art. 30, LCT. Sala 10ª, 18/9/2001, "Rodríguez, Argentina Francisca v. Garfinkel, Víctor Alberto y otro".

### *2.6. Mantenimiento de maquinarias*

Hay una evidente inescindibilidad entre la actividad explotada por la demandada (fabricación y venta de neumáticos) y la imperiosa necesidad de contar en todo momento con un adecuado mantenimiento de máquinas que le permiten alcanzar aquellos fines (trabajo realizado por el actor), actividad esta última esencial e integrada al normal desarrollo de su giro comercial, de manera que sin la efectiva realización de esta última no sería posible el desarrollo de la primera. Por ello, ambas empresas son solidariamente responsables de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo sobre la base de lo supuesto por el art. 30, LCT. Sala 9ª, 11/6/1997, "Orellana, Gregorio v. Ingeniería Young SRL".

El mantenimiento de las maquinarias en una empresa, cuando no se trata de una reparación excepcional, es una tarea específica de todo establecimiento industrial. Sala 3ª, 30/8/1996, "Benítez, Arturo v. Afford Service SRL".

### *2.7. Prestaciones médicas. Obras sociales*

La afirmación de que conforme a la ley 23.660 las prestaciones de salud constituyen la actividad normal y específica de las obras sociales, omitiendo toda alusión respecto de los presupuestos del art. 30, LCT, y los aspectos fácticos del caso se basa en pautas de excesiva latitud, por lo que debe descalificarse. Corte Sup., 26/8/2003, "Chiappe, Américo v. Ceprimi SRL y otros".

Una empresa que se dedica a realizar prestaciones médicas domiciliarias y que celebró un contrato de "cooperación" con otra por la cual cuando no podía cumplir algún servicio recurría a aquélla, encaja dentro de la solidaridad establecida por el art. 30, LCT, en cuanto a las obligaciones derivadas de las relaciones laborales mantenidas con sus dependientes. En ningún momento la ley exige que la contratación en cuestión lo sea en exclusiva ni que su duración sea permanente. Sala 4ª, 27/8/1999, "Pérez Trigas, Delia v. Amid SA y otro".

### *2.8. Transporte*

La distribución de las mercaderías a domicilio es accesoria a la actividad de venta de las mismas, y si bien es cierto que la segunda se mantendría sin la existencia de la primera, no lo es menos que el supermercado mantiene dicha actividad en modo permanente. Dicha permanencia, e integración a la actividad principal, coadyuva al logro del objeto final, pues, a esta altura no puede negarse que los clientes concurren a la compra de las mercaderías con la certeza de que las mismas pueden llegar a sus domicilios a través del servicio que el supermercado ofrece. Sala 3ª, 10/11/2003, "Curti, Jorge G. y otro v. Gutiérrez, Nancy B. y otro".

En un establecimiento existen diversas tareas, esenciales unas, conducentes otras. Estas últimas de ninguna manera son prescindibles ya que si no se realizaran sería imposible concretar las primeras, lo cual constituye una evidencia respecto de que su existencia condiciona a la empresa. Ambas son importantes y deben ser atendidas por igual y responsabilizan de idéntico modo a la empresa. El traslado a la concesionaria y hacia distintos puntos geográficos de las unidades producidas por la empresa automotriz integraba la finalidad de comercialización admitida por ambas codemandadas, lo que las hace solidariamente responsables de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo sobre la base de lo dispuesto por el art. 30, LCT. Sala 6ª, 25/11/2002, "Albarracín, Armando v. Mercedes Benz Arg. SA y otro".

### *2.9. Art. 80, LCT. Alcances de la solidaridad*

La solidaridad crediticia dispuesta por el art. 30, LCT, no se extiende a la obligación de entregar el certificado de trabajo. El sujeto obligado en esos términos no es empleador, por lo tanto no está en condiciones jurídicas de cumplir la manda. Sala 8ª, 17/4/2008, "Stiefkens, Eduardo Federico v. Salud Norte SRL y otros".

En los supuestos de aplicación del art. 30, LCT, la condena a hacer entrega de los certificados previstos por el art. 80, LCT, sólo debe recaer en el empleador directo, que es quien cuenta con los registros a dicho fin, pero si el trabajador no se encontraba registrado ni en los registros de la empresa de limpieza ni en los de la usuaria, corresponde que ambas sean condenas en

forma solidaria. Sala 3ª, 26/8/2003, "Ovrychi, Héctor P. v. Supermercados Norte SA y otro".

La condena solidaria de hacer entrega del certificado del art. 80, LCT, tiene plena justificación toda vez que hay responsabilidad solidaria de quien contrata o subcontrata trabajos o servicios correspondientes a su actividad normal y específica con un tercero (art. 30, LCT) y se extiende a todas las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Ello ciertamente incluye el otorgamiento de los certificados previstos en el art. 80, LCT. Sala 7ª, 12/11/2003, "Storino, Claudio v. Exiter SRL y otros".

*2.10. Doctrina del fallo plenario 309 de la Cámara Nacional del Trabajo, 3/2/2006, "Ramírez"*

En el caso no se encuentra controvertido que ambas empresas se dedican a la industria de la construcción y que el actor fue contratado por la subcontratista. En tal caso, la circunstancia de que en la especie se tuviera por desistida la acción contra el empleador directo resulta indiferente, ya que tal como se expresó en el plenario 309 del 3/2/2006 "Ramírez, María v. Comunicaciones e Insumos SA y otro", es común que la ley obligue a un tercero a garantizar, frente al trabajador, el cumplimiento de una obligación que no le incumbe directamente. El esquema es semejante al de la fianza solidaria en el derecho civil y el dependiente puede reclamar sus créditos a cualquiera de los responsables solidarios, en forma conjunta o indistinta, hasta ser totalmente satisfecho, sin estar obligado a demandarlos conjuntamente (art. 705, CCiv.). Sala 3ª, 27/3/2006, "Leguizamón, Alberto v. Teyma Abengoa SA y otro".

El hecho de que el sindicato y la obra social ocupasen espacios físicos dentro del edificio donde funcionaba el sanatorio (segundo y primer piso, respectivamente) y que hayan cedido a una empresa prestadora de salud parte de su establecimiento para la explotación de un sanatorio destinado principalmente a la atención de pacientes de PAMI y de la propia obra social, configura el primer supuesto de responsabilidad solidaria contemplado por el art. 30, LCT, es decir, cesión total o parcial a otros del establecimiento habilitado a su nombre. La circunstancia de que la empresa prestadora de servicios de salud, empleadora del actor, no se halle demandada en la causa, no empece a la extensión de responsabilidad a la obra social con fundamento en el art. 30, LCT, ya que en virtud del carácter solidario de tal responsabilidad, el actor se hallaba habilitado a dirigir su reclamo exclusivamente contra esta última (arg. arts. 699 y 705, CCiv.), criterio corroborado en el fallo plenario "Ramírez, María Isadora v. Russo Comunicaciones e Insumos SA y otro" del 3/2/2006. Sala 3ª, 17/3/2006, "Aldrey, Marcos Hernán v. Milenium Salud SA y otros".

## 3. Art. 31, LCT. Empresas relacionadas y subordinadas. Solidaridad

*3.1. Conjunto económico. Maniobras fraudulentas*

Si bien el fraude a la ley es un elemento esencial para que se configure la responsabilidad empresaria solidaria del art. 31, LCT, no significa que debe probarse el dolo del empleador o un propósito fraudulento del mismo. No se requiere intención subjetiva de evasión de normas laborales tuitivas del trabajador ni la demostración de una intención evasiva, basta que la conducta empresarial se traduzca en una sustracción a esas normas laborales—que en el caso se plasma en la falta de inscripción de la relación—. Sala 7ª, 26/3/2003, "Godoy, Fernando A. v. Marabierto SRL y otros".

Las maniobras fraudulentas quedan consumadas al pretender una de las empresas eludir su responsabilidad a través de la interposición de una tercera y la actora quien con su prestación beneficiaba a todas ellas que sin embargo no la registraron como empleada propia, por lo que es aplicable el art. 31, LCT. Sala 6ª, 21/8/2003, "López, Analía V. v. Polimat SA y otros".

*3.2. Unión transitoria de empresas*

Las uniones transitorias de empresas tienen por finalidad el desarrollo o la ejecución de una obra, servicio o suministro concreto, no constituyendo una persona jurídica. Cuando la que asume el carácter de empleadora es la UTE existe responsabilidad directa de quienes la han conformado. Si el contrato de la UTE nada dispone respecto de la solidaridad por las obligaciones contraídas frente a terceros, no se trata de un conjunto económico de carácter permanente ni se ha acreditado que hayan mediado maniobras fraudulentas o temerarias que constituyen el presupuesto de la solidaridad en los términos del art. 31, LCT, las empresas que la conforman resultan responsables de modo simplemente mancomunado frente a los accionantes. Sala 1ª, 28/2/2003, "Martín, Marcelo F. y otros v. Dota SA, Sargento Cabral SA, Transporte Ideal San Justo SA UTE".

Salvo disposición en contrario del contrato, no se presume la solidaridad de las empresas que constituyen una unión transitoria, por los actos y operaciones que deban desarrollar o ejecutar, ni por las obligaciones contraídas frente a terceros. La responsabilidad solidaria e indivisible pactada entre las empresas en relación con las obligaciones derivadas de la licitación, adjudicación y contratación de la obra que motivara la UTE no resulta extensible en relación con el emplea-

do de una de las empresas. Sala 5ª, 28/12/2001, "Shamme, Jorge Alberto v. Tom Ema SA y otros".

## 4. Responsabilidad de socios, gerentes, directores y administradores de sociedades comerciales

### *4.1. Maniobras fraudulentas. Conducción temeraria. Doctrina de la penetración de la persona jurídica*

No corresponde hacer extensiva la condena a los socios y administradores de la sociedad si no ha quedado acreditado que estemos en presencia de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley, que, prevaliéndose de dicha personalidad, afecta el orden público laboral o evade normas legales —del dictamen del procurador fiscal al que la Corte se remite y comparte—. La personalidad diferenciada de la sociedad y sus socios y administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre sociedades anónimas y ésta configura un régimen especial porque aquéllas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los relevantes motores de la economía —del dictamen del procurador fiscal al que la Corte se remite y comparte—. Debe revocarse la sentencia que extendió solidariamente la condena a los directores y socios de la sociedad anónima empleadora por la falta de registración de una parte del salario convenido y pagado a un trabajador, si el contexto probatorio del caso no posee virtualidad suficiente como para generar la aplicación de una causal de responsabilidad en materia societaria de orden excepcional (del dictamen del procurador fiscal que la Corte hace suyo). Corte Sup., 3/4/2003, "Palomeque, Aldo R. v. Benemeth SA y otro", DT 2003-B-1004.

Si bien la cooperativa demandada tenía un objeto determinado y no había sido creada para cometer irregularidades, el hecho de que la trabajadora percibiera su remuneración en negro y la relación de trabajo se hubiera disfrazado como una locación de servicios, con pleno conocimiento del responsable principal de la cooperativa, lo hace responsable solidariamente respecto de las indemnizaciones derivadas del despido. El fundamento normativo de dicha extensión surge de lo previsto en el art. 118, ley 20.337, que remite en forma supletoria a lo dispuesto al capítulo II, sección V de la ley 19.550, o sea que resulta aplicable —al no existir norma que se le contradiga en la Ley de Cooperativas— el art. 274, ley 19.550 (del voto del Dr. Pirroni, en minoría). A la luz de la doctrina emanada de la Corte Suprema en los precedentes "Palomeque v. Benemeth y otro" y "Carballo v. Kanmar SA" ha quedado vedado en sede laboral extender la condena a los administradores en tanto no se llegue a acreditar la presencia de una sociedad ficticia o fraudulenta constituida en abuso de derecho, toda vez que, en este caso, la cooperativa demandada, tiene una personalidad distinta de la de sus asociados y personas físicas que integran sus órganos sociales. Tal eximición de condena no implica exonerar al responsable de la expresada cooperativa de sus responsabilidades personales frente a los órganos de previsión y recaudación fiscal; ni frente a eventuales acciones de responsabilidad que pudieran efectuarles los asociados o la propia cooperativa por los daños y perjuicios que pudiera haberles acarreado su accionar (del voto del Dr. Puppo, en mayoría). Sala 1ª, 19/9/2003, "Torre, María v. Cooperativa de Vivienda, Crédito y Consumo Dielmar Ltda. y otro".

La persona de los socios y directores de una sociedad comercial empleadora no se confunde, en lo que concierne a imputación jurídica, con la persona de existencia ideal, sino en el caso que se invocare y acreditase eficazmente que ha mediado una utilización fraudulenta de la personalidad societaria o que se ha desviado su objeto con el propósito de encubrir un mero instrumento para violar la ley, el orden público, o la buena fe. Tales extremos no se encuentran configurados mediante las inobservancias contractuales reprochadas y comprobadas en la causa, ligadas exclusivamente al contrato de trabajo existente entre los demandantes con la sociedad empleadora. Sala 2ª, 3/12/2003, "Durban, Fernando v. Andrea Peinados SA y otros".

Cuando la empresa demandada tiene una metodología de pago generalizada y encaminada a ocultar la verdadera retribución de los empleados, lo que no sólo constituye una violación legal, sino que contribuye a frustrar derechos de terceros, aunque está formalmente constituida con un objeto lícito, y sea lícita su actividad, su gestión ha incurrido en actos prohibidos por las leyes y, sobre la base de la reforma introducida por la ley 22.903 a la Ley de Sociedades, corresponde se responsabilice a las personas físicas que la integran en forma solidaria. Si bien recientemente la Corte Suprema ha sostenido un criterio contrario al analizar una situación análoga en los autos "Palomeque, Aldo v. Benemeth SA y otro", las razones de economía procesal que aconsejan a los tribunales inferiores adaptar sus decisiones a las pautas establecidas por el Máximo Tribunal no resultan suficientes para dejar de lado en la especie los razonamientos expuestos, que afirman lo decidido en la causa "Delgadillo Linares, Adela v. Shatell SA y otros s/despido" (sent. 73.685 del 11/4/1997 del registro de esta sala). Sala 3ª, 28/11/2003, "Romazan, Iryna v. Pemasa SRL y otros".

El art. 54, LS, hace mención expresa a la inoponibilidad de la persona jurídica y se refiere, concretamente, a las actuaciones de la sociedad que encubran la consecución de fines extrasocietarios, constituyan un mero recurso para violar la ley o el orden público. Si bien puede ser difícil demostrar que la sociedad fue utilizada con el fin de no cumplir o violar la ley, no es

necesaria la prueba de la intencionalidad de utilizar la sociedad, para que las obligaciones pendientes resulten imputables al socio o presidente responsable que deberá hacer frente con su patrimonio a las mismas. No puede admitirse que el tipo societario permita burlar la ley a través del desconocimiento de las normas imperativas del derecho del trabajo y del orden público laboral al registrar deficientemente la remuneración del dependiente. Por cierto la sociedad sigue siendo el sujeto obligado, sólo que se extiende la relación pasiva por su accionar abusivo que hace caer la cobertura técnica condicionada que le proporciona esa personalidad limitada. Sala 6ª, 12/11/2003, "Cáceres, Flavia v. Lomvita SRL y otro".

Mantener la relación de manera clandestina durante dos años es una maniobra para frustrar derechos de terceros por lo que la conducta mantenida por la sociedad respecto de ella, que no podía ser desconocida por su presidente (arg. art. 274, LSC), resulta de una gravedad tal que justifica extender la condena solidaria a dicho funcionario, por cuanto se trata de la comisión de ilícitos que van más allá del mero incumplimiento de obligaciones legales o contractuales y para cuya concreción se utilizó la estructura societaria. La directiva del art. 274, LS, referida a los directores de una SA también puede operativizar, aplicando en forma analógica la solución que deriva de la norma, la del administrador de cualquier otro tipo societario comercial o del director de asociaciones civiles. Si bien el fin para el que fue constituida la asociación demandada fue lícito, puesto que su existencia no fue planeada para encubrir una responsabilidad personal, si sus directivos hicieron que incurriera en maniobras dirigidas a defraudar a terceros y burlar la ley, en tanto urdieron maniobras tendientes a encubrir la relación laboral, resultan responsables. Sala 7ª, 27/8/2003, "Valdez, Fátima I. v. Sociedad Española de Beneficencia Hospital Español y otro".

Conforme con lo regulado en los párrs. 2º y 3º, arts. 274 y 275, ley 19.550, no se puede presumir la responsabilidad del presidente de una sociedad, por haber omitido registrar la relación de trabajo con la intención de violar la ley y perjudicar al actor, sino que se debe probar por quien la invoca, en cada caso y con relación a cada director, de modo tal que la cuestión debe resolverse de acuerdo con el sistema y principios propios de la ley mercantil y si el director hubiese sido el encargado de tomar la decisión de no registrar el contrato de trabajo, deberá responder por los perjuicios que la falencia registral le hubiese causado al trabajador pero no por el resto de las obligaciones en las cuales no tuvo participación. Sala 8ª, 30/12/2003, "Alomo, Domingo v. Calderas Modernas SA y otros".

La aplicación de lo dispuesto en el art. 54, ley 19.550 (último párrafo agregado por la ley 22.903), deriva de dos extremos fundamentales registrados en la causa: 1) la ausencia de registración de la correcta remuneración de la trabajadora; 2) se incorpora a la condena a la presidenta de la SA —que tiene a su cargo la administración de la sociedad— y al restante socio-director el cual conforme dichos de los testigos abonaba asiduamente las remuneraciones y por lo tanto participó activamente en el fraude concretado. A igual resultado se arriba por aplicación de lo dispuesto en el art. 274, ley 19.550, toda vez que se trata de directores de una sociedad anónima que, por dolo (en el sentido de intencionalidad) o por culpa grave y en violación de la ley, ha producido daño a un tercero como es la trabajadora. Lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes "Carcaballo, Atilano v. Kanmar SA (en liquidación) y otros" y "Palomeque, Aldo R. v. Benemeth SA y otro" del 3/4/2003 está referido a aspectos fácticos propios de esas causas y no constituyen un criterio interpretativo acerca del precepto en cuestión, que pudiera ser considerado como vinculante para los tribunales inferiores. La práctica de no registrar ni documentar parte del salario efectivamente convenido y pagado al trabajador, comúnmente denominada "pago en negro" y prohibida por los arts. 140, LCT, y 10, ley 24.013, constituye un típico fraude laboral cuyas consecuencias perjudican al trabajador y a la comunidad toda correspondiendo se extienda la responsabilidad a los directores de la sociedad anónima demandada en virtud de lo dispuesto por el art. 274, ley 19.550. No obsta a esta conclusión lo resuelto por la Corte Suprema en los precedentes "Carcaballo, Atilano v. Kanmar SA (en liquidación)" y "Palomeque, Aldo v. Benemeth SA" del 3/4/2003, toda vez que no contienen una referencia a la norma precedentemente citada. Por otra parte se trata de precedentes no vinculantes para los tribunales inferiores ya que siendo una norma de derecho común, tanto la Constitución (arts. 75, inc. 12, 116 y 177) como la ley (art. 15, ley 48) impiden el acceso del Alto Tribunal cuando se trate de interpretación o aplicación de ese tipo de disposiciones. Sala 10ª, 13/8/2003, "Daverio, Gabriela I. v. Seven Seas SA".

## 5. Transferencia y cesión del contrato

### *5.1. Reconocimiento de antigüedad*

En caso de transferencia del establecimiento, el plazo previsto en el art. 256, LCT, debe computarse a partir del momento en que el actor tomó conocimiento de dicha transferencia. Ello así, toda vez que desde ese momento el actor podía hacer valer el derecho cuya aplicación invocara (la responsabilidad solidaria de transmitente y adquirente), debido a que recién cuando se conoció la existencia del supuesto previsto por el art. 225, LCT —transferencia del establecimiento— se tornó aplicable lo dispuesto por el art. 228 de la mencionada normativa. Sala 7ª, 21/10/2010, "Carrizo, Pablo Domingo Fundación Formar Futuro y otros s/extensión de resp. solidaria".

Para que el contrato de compraventa de fondo de comercio sea oponible a terceros, debe efectuarse la

inscripción en el Registro Público de Comercio que exige el art. 7°, ley 11.867. Por su parte, el art. 11, de la misma ley establece que las omisiones o transgresiones a lo establecido en la ley hacen responsables solidariamente al comprador y vendedor del fondo de comercio. La falta de inscripción hace inoponible la transferencia al trabajador, y la situación resulta encuadrable en las directivas que emanan de los arts. 225, 228 y concs., LCT. De acuerdo con dichas directivas, y en especial con la doctrina fijada en el acuerdo plenario 289, "Baglieri, Osvaldo D. v. Nemec Francisco y Cía. SRL y otro", del 8/8/1997, el transmitente y el adquirente del establecimiento resultan solidariamente responsables de las obligaciones laborales incumplidas frente al trabajador. Sala 2ª, 27/9/2010, "Mansilla Roldán, Pedro César v. Quan Yu Lin u otros".

Tanto en los casos de transferencia del establecimiento que implica la de los contratos de trabajo, incluida la antigüedad anterior (arts. 225 y ss., LCT), como en los de cesión del contrato, sin transferencia del establecimiento (art. 229, LCT), como en los de acumulación normativa o convencionalmente dispuesta, como en los simples reconocimientos, unilaterales o convenidos, de antigüedad, las cargas de registración que el art. 52 impone a los empresarios se cumplen solamente con el asiento de la fecha de ingreso real. No existe norma que obligue al registro de la antigüedad ficta, lo que importaría falsedad de los asientos, susceptible de ser sancionada. Sala 8ª, 14/8/2001, "Ribao Noguerol, Emilio v. Seslo SRL y otros".

A los fines del reconocimiento de la antigüedad del trabajador, en nada cambia el hecho de que la sociedad haya mudado de forma (de una SRL pasó a una SA) sin que haya existido un acto material de transferencia de establecimiento. Si la LCT en su art. 225 expresamente legisla sobre la conservación de la antigüedad adquirida con el transmitente —en los casos en que se operó la transferencia—, con más razón se la debe reconocer si la empresa continuó explotando el establecimiento. Sala 7ª, 17/9/1997, "Astudillo, Adriana v. LYS SA".

### *5.2. Solidaridad. Arts. 225 a 228, LCT*

Operada una transferencia del establecimiento en los términos del art. 225, LCT, la responsabilidad solidaria de la adquirente se extiende a la entrega del certificado de trabajo del art. 80, LCT, por todo el período de desempeño. Sala 4ª, 22/2/2001, "Fontes, Hugo M. y otro v. Consorcio Conexim SRL y otros", TySS 2001-932.

Si el reclamo en los términos de los arts. 9° y 15, ley 24.013, se formuló con posterioridad a la fecha de transferencia, devengándose a partir de tales interpelaciones la obligación cuyo cumplimiento intiman, corresponde considerar como único responsable al adquirente del establecimiento en virtud del art. 228, LCT, por tratarse de una obligación que no existía a la fecha de la transferencia. Sala 9ª, 20/10/2000, "Jabie, Carlos E. y otros v. Encotel - Empresa Nacional de Correos y Telégrafos SA y otro", TySS 2001-244.

Si bien, en principio, debe entenderse por "obligaciones existentes a la época de la transmisión" (art. 228, LCT), las devengadas anterior o contemporáneamente a la transferencia y no aquellas que, aunque tengan su principio de existencia en el contrato transferido, se devengaron con posterioridad, pues el único deudor será el adquirente. Salvo que se acreditara que el transmitente ha realizado maniobras fraudulentas. En tal caso, la responsabilidad derivada de las obligaciones laborales deberá ser solidaria entre el transmitente y adquirente. Sala 3ª, 12/6/1998, "Scutaro, Pablo v. Contexto Tour Operator SA y otro" y sala 3ª, 3/3/1999, "Alanis, Juan v. Frenos Varga SA s/accidente 9688".

El empleador que transfiere la explotación de un establecimiento resulta responsable de las obligaciones existentes a la época de la transmisión de conformidad con lo normado por el art. 228, LCT, no pudiendo extenderse la solidaridad más allá de lo que las partes convinieran o la ley dispusiera —conf. art. 701, CCiv.— (en el caso, el distracto de los actores se produjo más de dos meses después de dicha transferencia, por lo que cabe eximir de responsabilidad a la codemandada transmitente). Sala 9ª, 30/5/1997, "Más, Ricardo Oscar y otros v. La Aldaba de Oro SRL y otros".

### *5.3. Cesión del personal. Art. 229, LCT. Conformidad por escrito*

Para que el contrato de compraventa de fondo de comercio sea oponible a terceros, debe efectuarse la inscripción en el Registro Público de Comercio que exige el art. 7°, ley 11.867. Por su parte, el art. 11 de la misma ley, establece que las omisiones o transgresiones a lo establecido en la ley, hacen responsables solidariamente al comprador y vendedor del fondo de comercio. La falta de inscripción hace inoponible la transferencia al trabajador, y la situación resulta encuadrable en las directivas que emanan de los arts. 225, 228 y concs., LCT. De acuerdo con dichas directivas, y en especial con la doctrina fijada en el acuerdo plenario 289, "Baglieri, Osvaldo D. v. Nemec, Francisco y Cía. SRL y otro", del 8/8/1997, el transmitente y el adquirente del establecimiento resultan solidariamente responsables de las obligaciones laborales incumplidas frente al trabajador. Sala 2ª, 27/9/2010, "Mansilla Roldán, Pedro César v. *Quan Yu Lin u otros*".

Si dos personas explotan dos negocios diferentes, con contabilidades independientes y registros laborales individuales aunque suelan desplazar personal de uno a otro establecimiento, ello no los convier-

te en socios o partícipes de un emprendimiento único. Y si alguno de los empleados pasa a trabajar de uno a otro establecimiento, o bien la primera relación queda extinguida y comienza una nueva con diferente empleador, o si concurren las circunstancias del art. 229, LCT, se produce la cesión de personal, inoponible al trabajador si no ha mediado su conformidad, expresada por escrito (art. 229, LCT). Sala 8ª, 27/5/1999, "Ríos, Mónica v. Bek Jin Ho y otro".

La cesión del personal prevista en el art. 229, LCT, requiere la conformidad por escrito de los trabajadores. Se trata de un requisito formal inexcusable, establecido en garantía de los derechos de los trabajadores por el legislador, precisamente para evitar situaciones equívocas en las que la demandada intenta eludir toda responsabilidad respecto de los contratos que la unían a las actoras. Sala 5ª, 18/9/1996, "Ramos, María v. De la Fuente, Carlos".

Si a pesar de advertirse una continuidad en la prestación de servicios en el mismo ámbito físico bajo la titularidad de diferentes empleadores, el objeto perseguido por ambas codemandadas es claramente diferente, no puede hablarse de un supuesto como el contemplado en los arts. 225 y ss., LCT. Sala 9ª, 18/10/2010, "Conde, María Fernanda v. Medical Image Diagnóstico por Imágenes SA y otros".

## CAPÍTULO VIII: PERÍODO DE PRUEBA. MODALIDADES

### 1. Período de prueba

En caso de no haberse registrado el vínculo durante la vigencia del período de prueba, por imperativo de lo dispuesto en el ap. 3°, art. 92 bis, LCT (conf. reforma introducida por la ley 25.877), 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 las indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245, LCT. Sala 2ª, 31/8/2010, "Grandinetti, Lucas Román v. Servicios Post Venta SRL".

Conforme la pauta temporal del art. 245, LCT, en relación con la antigüedad mínima computable para el devengamiento de indemnización, y el criterio sentado en el fallo plenario 218 (que recobró actualidad a partir del dictado de la ley 25.877 que derogó el art. 7°, ley 25.013), en caso de no haberse trabajado el tiempo mínimo requerido por la norma, no corresponde percibir la indemnización allí prevista. Por lo tanto, tampoco procede la indemnización del art. 2°, ley 25.323, en cuanto deriva de aquélla. Sala 2ª, 31/8/2010, "Grandinetti, Lucas Román v. Servicios Post Venta SRL".

La detenida lectura de los arts. 49 y 52, ley 23.551, permite deducir, sin lugar a dudas, que sólo tienen derecho a la estabilidad los trabajadores que poseen lo que podríamos llamar "una representación sindical orgánica actual" y no aquellos activistas o militantes, vinculados a la entidad profesional, pero que no han accedido a los cargos ni han sido electos delegados o han cesado en el mandato, con expiración al lapso de ultraactividad (en el caso, no se hizo lugar al reclamo de un trabajador que no detentaba ningún cargo gremial y consideraba ser víctima de las represalias de su empleadora por haber participado en un reclamo colectivo de los trabajadores de la sucursal donde se desempeñaba y por ello haber sido despedido durante el período de prueba). Fiscalía General, 28/7/2005, "Castillo, Agustín Ignacio v. Bachino SRL", dictamen 40702/05.

La exigencia de registrar la relación laboral en el libro especial del art. 52, Ley de Contrato de Trabajo, como también en el Sistema Único de Registro Laboral, es una obligación conjunta y no alternativa; así, el período de prueba sólo puede ser invocado por el empleador cuando se trate de un trabajador inscripto no sólo en los libros, sino también en los registros laborales (arts. 52, LCT; 7° y 18, ley 24.013, y art. 2°, dec. regl. 2725/1991). Frente al incumplimiento de registro debe interpretarse inequívocamente que se ha renunciado al período en cuestión, y, en consecuencia, ello trae aparejada la pérdida de los beneficios previstos en el art. 92 bis, LCT. De esta forma, la ruptura intempestiva de la relación, dispuesta por el empleador, aun en el supuesto o hipótesis de considerar que se habría producido dentro del plazo previsto en el mentado artículo, trajo aparejado —en el caso— el deber de abonarle a los actores las indemnizaciones de rigor (conf. arts. 231, 232 y 245, LCT, modif. por la ley 24.013). Sala 7ª, 16/3/2004, "Romano, Nancy y otro v. Bae Negocios SA".

La C. Nac. Trab., sala 3ª, 23/3/2009, en autos "Granieri Navas, Anabel Y. v. Mapfre Argentina Seguros SA" estableció que durante la vigencia del período de prueba no rige la presunción del art. 178, LCT, y, en consecuencia, el despido de la mujer embarazada durante ese lapso dará lugar a la indemnización especial prevista en el art. 182, LCT, cuando se acredite que la cesantía fue motivada por dicho estado de embarazo.

### 2. Contrato a plazo fijo. Justificación. Procedencia. Preaviso

La C. Nac. Trab., sala 3ª, 30/10/2009, en autos "Ayala, Eduardo A. v. Bridgestone Firestone de Argentina SA" estableció que ante la ausencia de situaciones "extraordinarias" corresponde desestimar la invocación de la modalidad de contratación "a plazo fijo"; además, concluyó que un resultado "extraordinario" debe originarse en operaciones ajenas al curso ordinario de los negocios.

Para que se vea justificada la implementación del contrato a plazo fijo debe existir una necesidad objetiva —vale decir, no meramente subjetiva, emanada de la sola voluntad de las partes— de carácter temporal que justifique suficientemente la marginación de una contratación por tiempo indeterminado (en el caso, curiosamente a la inversa de lo que ocurre en la generalidad, el trabajador afirma la existencia de una modalidad contractual especial y niega haber sido un dependiente común en relación de dependencia vinculado por un contrato de trabajo por tiempo indeterminado). Sala 5ª, 9/2/2005, "Adhemar, Jorge Alberto v. Facapel SA".

La indemnización fijada por los daños y perjuicios derivada de la ruptura anticipada del contrato a plazo fijo, si bien normalmente se determina tomando en consideración los salarios dejados de percibir por el trabajador hasta la finalización del plazo previsto originariamente para el contrato, no implica que el juez o tribunal actuante no se encuentre facultado para establecer una suma mayor o menor a ésta, según las probanzas colectadas en la causa, ni impide que se adicione el daño emergente y el lucro cesante, determinado según las circunstancias de cada caso y además el daño moral producido, ya que el art. 522, CCiv., prevé la reparación de este tipo de daño "de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso". Sala 2ª, 10/2/2005, "Vellettaz, Carlos Hernán v. GE Compañía Financiera SA".

### 3. Contrato de temporada

Para que se configure el contrato de trabajo por temporada el art. 96, LCT, menciona una serie de requisitos, a saber: a) que se refiera a actividades propias del giro normal de la empresa o explotación: para que esta relación que vincula a las partes solamente en determinadas épocas del año se perfeccione, no resultará necesario comprobar si existen necesidades permanentes de la empresa sino simplemente verificar si el recurrir al trabajo en ciertas épocas del año es propio del giro normal de aquéllas; b) que las tareas se cumplan en determinadas épocas del año, y c) que la tarea esté sujeta a repetirse por un lapso dado en cada ciclo, en razón de la naturaleza de la actividad. Sala 2ª, 26/8/2010, "Colman, Estela Isabel v. Servicios Laborales SRL".

Se encuentra en cabeza de la empleadora la obligación legal de notificar el reinicio de la temporada, conforme lo establece el art. 98, LCT. Un llamado telefónico es insuficiente para tener por cumplida fehacientemente la comunicación personal que exige este artículo, y debido a la trascendencia del acto es dable exigir que la manifestación de voluntad del empleador de reiniciar la temporada, sea notificada de manera fehaciente, siendo capaz de probar de manera indudable el hecho de la comunicación y su contenido, tal como lo requiere el ordenamiento, puesto que asigna a un acto jurídico virtualidad para considerar extinguido el contrato. La empleadora, para cumplir con la obligación que le impone la ley, debe notificar a través de un medio fehaciente e idóneo a tales fines (normalmente un medio escrito como, por ejemplo, telegrama, carta documento, etc.) su voluntad de reiniciar el ciclo del contrato de temporada. Sala 2ª, 13/7/2010, "Gentile, Silvana Vanesa v. Gate Gourmet Argentina SRL".

Brindar capacitación, promover y vender viajes de turismo a estudiantes, con destino a San Carlos de Bariloche, en los colegios asignados por la empresa e incluso supervisar dichas ventas, constituye una actividad que se cumple en determinada época del año. Tal desempeño, apreciado razonablemente y de manera objetiva, en virtud de su naturaleza, justificó la contratación por temporada del actor (art. 96, LCT). Sala 8ª, 25/11/2003, "De Marco, Gustavo v. Turismo Río de la Plata SA".

Si la actora se desempeñaba en un comedor escolar prestando tareas durante el ciclo lectivo (de marzo a noviembre), cabe calificar su contrato como de temporada. Por ello, es contraria a derecho su actitud de darse por despedida al ser notificada por la demandada de que cesaba su actividad en los meses de diciembre a febrero, período de receso escolar en el que tampoco se devengarían salarios. Sala 7ª, 20/10/2000, "Varela, Dora v. Colegio 1 Distrito 15 Coronel Olavarría y otros".

El contrato de trabajo de temporada es de duración indeterminada porque la ley ha establecido que no se extingue con la finalización de cada temporada. El vínculo jurídico subsiste, aunque las prestaciones recíprocas que constituyen la relación de trabajo se encuentran suspendidas. La antigüedad del trabajador, según el art. 18, LCT, es la suma del tiempo efectivamente trabajado desde el comienzo de la relación. La aplicabilidad del art. 18 es sólo al trabajo de temporada (en igual sentido, *in re* "Gómez, Juan Francisco v. Sáenz Briones y Cía. SA", sent. 29091, del 7/7/2000). Sala 8ª, 30/8/2005, "Monzón, Epifanio v. Odgen Argentina SA y otros".

Resulta nula en los términos de los arts. 13 y 14, LCT, la cláusula inserta por la demandada en un contrato de temporada por la cual se pretende extinguir el contrato mediante un preaviso, estableciendo a su vez una prerrogativa a su favor consistente en poder notificar su voluntad de reiterar la temporada el año siguiente, en cuyo caso el trabajador debería responder dentro del quinto día. Esta disposición se contrapone claramente con la naturaleza del contrato contemplado por el art. 96, ley citada, puesto que nos encontramos frente a un contrato por tiempo indeterminado de prestación discontinua en el que el empleador no puede disolverlo y reservarse una cláusula de reactivación. Sala 7ª, 11/11/2005, "Toledo, Carlos R. v. Irsisa SRL y otro".

## 4. Contrato eventual

### *4.1. Generalidades*

La Sup. Corte Just. Mendoza, 18/6/2009, en autos "Morsucci, Raúl O. v. Cattorini Hnos. Saicfe", dispuso que la forma del contrato eventual es escrita, tanto en los supuestos de sustitución transitoria de un trabajador permanente como en la contratación para atender exigencias extraordinarias del mercado, debiendo en el primer caso indicarse el nombre del trabajador reemplazado y, en el segundo, consignar con precisión y claridad la causa que lo justifique.

La modalidad eventual de contratación implica una cesión temporaria de trabajadores propios —que realiza una empresa constituida exclusivamente a tal fin— para cubrir tareas en empresas usuarias que requieren trabajadores eventuales. Si no se cumpliera con algunos de los requisitos legales para su operativa —como, por ejemplo, que las tareas no fueran eventuales—, entonces cae todo el andamiaje y se produce un verdadero fraude a la ley, al haberse utilizado el art. 29, LCT, como norma de cobertura, generando una tensión entre ella y el orden público laboral. Se produce entonces un vicio en la causa fin del negocio jurídico (el contrato de trabajo) y la normativa pretendida pasa a ser automáticamente reemplazada por la que corresponde en su conjunto. De tal manera, la usuaria deja de ser tal y pasa a ser empleadora. La empresa de servicios eventuales la acompaña en la solidaridad que, en este caso, el legislador le ha impuesto con fuente legal como sanción. Sala 7ª, 30/9/2010, "Bonder, Silvina Fabiana v. Perevent Empresa de Servicios Eventuales SA y otro".

Las tareas del sereno de buque en dársena generan un vínculo laboral con la empresa marítima que comienza y termina con el cumplimiento del servicio de vigilancia durante la estadía de la embarcación, es un típico contrato eventual y no puede responsabilizarse a la obligada al pago, sino por lo que ha pretendido contratar al presentar la solicitud precisando día y hora de la iniciación de las tareas. El lapso que media entre el sorteo, adjudicación o contrato y el del comienzo de la tarea asignada es el de un contrato sin relación de trabajo, donde interviene la Prefectura Naval Argentina que informa no contar con registros. Por tanto, no es al tiempo del sorteo la asignación, sino al momento en que debe iniciar su débito laboral que los acreedores devengan los salarios respectivos, sin que pueda responsabilizarse a quien no interviene en el mecanismo de anticipación que a juicio de los reclamantes los perjudica. Sala 10ª, 31/10/2005, "Panetta, Carmelo y otros v. SA Marítima y Comercial JR Williams Buenos Aires".

Cabe concluir que existió relación laboral en los términos del art. 23, LCT, y no trabajo eventual, en el caso de un trabajador que a la orden y por cuenta de un tercero que le encomendaba los trabajos, realizaba tareas de plomería y pintura para varios consorcios, aun cuando no trabajara todos los días y que lo hiciera con algunas interrupciones impuestas por las características de la actividad, o por instrucciones del tercero empleador, pues el trabajador ha realizado los trabajos con expectativa de permanencia. Sala 3ª, 17/5/2006, "Páez, Pedro Lindor v. Orellana, Américo del Rosario".

La modalidad eventual de contratación implica una cesión temporaria de trabajadores propios —que realiza una empresa constituida exclusivamente a tal fin— para cubrir tareas en empresas usuarias que requieren trabajadores eventuales. Si no se cumpliera con algunos de los requisitos legales para su operativa —como, por ejemplo, que las tareas no fueran eventuales—, entonces cae todo el andamiaje y se produce un verdadero fraude a la ley, al haberse utilizado el art. 29, LCT, como norma de cobertura, generando una tensión entre ésta y el orden público laboral. Se produce entonces un vicio en la causa fin del negocio jurídico (el contrato de trabajo) y la normativa pretendida pasa a ser automáticamente reemplazada por la que corresponde en su conjunto. De tal manera, la usuaria deja de ser tal y pasa a ser empleadora. La empresa de servicios eventuales la acompaña en la solidaridad que, en este caso, el legislador la ha impuesto con fuente legal como sanción. Sala 7ª, 30/9/2010, "Bonder, Silvina Fabiana v. Perevent Empresa de Servicios Eventuales SA y otro".

En toda contratación eventual lo decisivo es que ésta responda a una exigencia extraordinaria y transitoria (arts. 90, inc. b], 99, LCT, y 3, dec. 342/1992 —posteriormente reemplazado por el dec. 1694/2006—). Para que las tareas desempeñadas por el trabajador se encuadren en la excepción del último párrafo del art. 29, LCT, no basta con que haya sido suministrado por una empresa de servicios eventuales reconocida al efecto por la autoridad de aplicación, sino que, además, es necesario que los servicios prestados se adecuen a las pautas contempladas en el art. 99, del mismo cuerpo legal. Sala 9ª, 18/10/2010, "Fernández, Jorge Luis v. Servicios Laborales SRL y otro".

### *4.2. Empresas de servicios eventuales. Responsabilidad solidaria*

Si se demuestra que el actor fue contratado para prestar servicios inescindibles de la actividad a que se dedica la empresa usuaria del servicio, por un lapso que se extendió por casi tres años —plazo que excede holgadamente los parámetros previstos en el art. 72, ley 24.013— queda configurada una vinculación directa de carácter permanente del reclamante con dicha codemandada, por lo que la situación caería bajo el principio que rige la subempresa de mano de obra, circunstancia que, a los efectos de determinar la responsabilidad de la denominada "usuaria", se inscribe en el art. 29, párrs. 1º y 2º, LCT, y de ello derivaría que ambas codemandadas serían solidariamente respon-

sables con relación a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Sala 2ª, 28/4/2003, "García, Ubaldo J. v. Aluar Aluminio Argentino SA", DT 2003-A-833.

Las empresas de servicios eventuales sólo se encuentran autorizadas para proveer personal a terceros, para cumplir en forma temporaria servicios determinados de antemano, o responder a exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, cuando no pueda preverse un plazo cierto para la finalización del contrato (arts. 29, párr. 3°, LCT; 77, ley 24.013; 1° y 2°, dec. 342/1992). Sólo en estos supuestos se establece, entre los trabajadores y la empresa de servicios eventuales, una relación de trabajo de carácter permanente, continuo o discontinuo. Sala 4ª, 28/10/2010, "Bocconi, Alfredo Ubaldo y otro v. Adecco Argentina SA y otro".

Ni la celebración por escrito de un contrato de trabajo eventual, ni la intermediación de una empresa de servicios temporarios inscripta en el registro que lleva el Ministerio de Trabajo eximen de la prueba de necesidad objetiva eventual, justificativa de esta modalidad contractual. Ello así, pues en nuestro ordenamiento jurídico no basta el acuerdo de voluntades sanas y la observancia de las formalidades legales, para generar un contrato de trabajo de plazo cierto o incierto. Debe mediar también una necesidad objetiva del proceso productivo que legitime el recurso a alguna de esas modalidades. Sala 4ª, 28/10/2010, "Bocconi, Alfredo Ubaldo y otro v. Adecco Argentina SA y otro".

## 5. Contrato a tiempo parcial

Si bien es cierto que no resulta exigible consignar en el libro del art. 52, LCT, la duración de la jornada de trabajo, tratándose de la excepcional jornada reducida que autoriza el art. 92 ter de la ley citada, precisamente por tal excepcionalidad a la jornada normal (ley 11.544) debe ser el empleador quien cargue con el peso probatorio —conf. art. 377, CPCCN— (del voto del Dr. Maza). Sala 2ª, 31/8/2010, "Grandinetti, Lucas Román v. Servicios Post Venta SRL".

El art. 1°, ley 25.323, ha tenido como finalidad alentar el blanqueo de las relaciones laborales sumergidas en la clandestinidad. Por ello, cabe aplicar dicha sanción ante el caso en que la demandada hizo figurar el contrato de trabajo del actor como de tiempo parcial, aunque en los hechos el accionante probó haber cumplido una jornada completa. Dicha actitud de la empleadora no solamente produjo una reducción de los costos salariales —abonando un salario por jornada redudida cuando contaba con la puesta a disposición a tiempo completo— sino que ello también trajo aparejada una disminución de las sumas que en concepto de aportes y contribuciones debió ingresar al Sistema de Seguridad Social. La utilización de la modalidad prevista en el art. 92 ter, LCT, cubrió una conducta elisiva de la accionada, que de esa forma evitó cumplir en toda la extensión debida con las normas del Sistema de Seguridad Social. Sala 6ª, 19/2/2010, "Valdebenito, Alejandro v. Chadsport SA y otros".

El contrato de trabajo a tiempo parcial es una modalidad excepcional de contratación que prevé el art. 92 ter, LCT, y por ello, el empleador que alega una contratación en esos términos debe probar los presupuestos condicionantes de su procedencia (art. 37, CPCCN). Pero si la actora no tenía horario fijo habitual para comercializar los productos de la demandada, ello no necesariamente puede llevar a la conclusión que estaba vinculada por la aludida modalidad de contratación, cuando la norma fija un módulo específico para la procedencia de la misma. Sala 8ª, 31/5/2002, "Nicoloff, Marta v. HSBC Servicios Financieros Personales Argentina SA".

La sola circunstancia de que se trabajara más allá de la jornada pactada en un "contrato de tiempo parcial" no constituye por sí mismo injuria, a lo sumo acarreará el derecho del actor a reclamar el pago de las horas trabajadas en exceso de la jornada estipulada, a las que no se les puede otorgar el efecto característico del trabajo extraordinario porque es propio de un objeto prohibido (conf. art. 92 ter, inc. 2°, LCT), y, en consecuencia, corresponde sean abonadas en forma simple y sin recargos legales (arts. 40 y 43, LCT). Sala 7ª, 30/6/2003, "Rodríguez, Jorge v. Artes Gráficas Rioplatenses SA".

## 6. Contrato de aprendizaje

Para que se configure el contrato de aprendizaje es necesario que el dependiente desarrolle actividades específicamente encaminadas al aprendizaje, es decir, a incorporar conocimientos técnicos específicos necesarios para la realización de determinada tarea. Esto no se da cuando tal figura encubre la realización de tareas generales que requieren solamente una práctica elemental. Sala 8ª, 29/6/2001, "López, Miguel v. Disco SA s/despido".

No habiendo la parte demandada acreditado que el contrato de aprendizaje que invoca (prestación de tareas en su peluquería) fue celebrado por escrito y que dicha contratación se mantuvo dentro las exigencias del párr. 6°, art. 1°, ley 25.013, formalidades que hacen a la validez jurídica de este tipo contractual, cabe aplicar el art. 9°, ley citada, que dispone: "Si el empleador incumpliera las obligaciones establecidas en esta ley el contrato se convertirá a todos sus fines en un contrato por tiempo indeterminado". Sala 9ª, 28/7/2005, "Florito, Loreley Victoria v. Inafuku, Ricardo Daniel".

No pueden ser contratados como aprendices quienes hayan tenido previamente una relación laboral con la empresa (art. 4°, ley 24.465, art. 8°, dec. 738/1995). Sala 3ª, 27/3/2008, "Ratyto, Francisco Javier v. Les Producciones SRL y otros".

**7. Pasantías**

La C. Nac. Trab., sala 10ª, 12/3/2009, en autos "García, Laura V. v. Telefónica de Argentina SA y otros", estableció que si las tareas llevadas a cabo por la trabajadora a favor de la empresa (en el caso, atención de los reclamos de los clientes) no cumplen una finalidad formativa acorde con sus estudios como contadora pública, tal como la define el art. 2º, ley 25.165, corresponde considerar la relación laboral como por tiempo indeterminado y bajo las previsiones de un contrato de trabajo.

La reiteración de contratos periódicos de pasantías sin solución de continuidad, además de transgredir el régimen de pasantías, toma la situación laboral habida entre las partes en una relación ininterrumpida de trabajo por tiempo indeterminado desde su comienzo, debiéndose descartar la maniobra de la demandada de "incorporar" a la actora como "personal de su grupo" varios años después. Sabido es que el derecho del trabajo es un "derecho realidad", ya que pone el acento en la verdad objetiva, con prescindencia de las formas que la voluntad de las partes hayan querido darle para disimularla, haciendo predominar a aquélla sobre éstas. Sala 8ª, 17/2/2009, "Moya, Nicolás Matías v. Automóvil Club Argentino".

A los fines del cómputo de la antigüedad en el empleo prevista en el art. 18, LCT, cabe incluir la "pasatía", primera contratación del trabajador accionante (del voto de Catardo, en mayoría). Sala 8ª, 17/2/2009, "Moya, Nicolás Matías v. Automóvil Club Argentino".

Teniendo en cuenta que la actora y la demandada Telecom habían suscripto tres contratos de aprendizaje sucesivos, el hecho de que luego firmasen uno de pasantía, considerando que ninguna formación se podía transmitir a la subordinada cuando ésta llevaba dos años prestando servicios para la demandada, no hace sino concluir el ocultamiento de la verdadera naturaleza de la vinculación, resultando por ello nulos. Sala 6ª, 30/6/2005, "Manno, Vanina Gisela v. Solvens Promociones & Marketing SRL y otro".

En el contrato de pasantía el estudiante obtiene de la empresa algo a cambio: su preparación para el ejercicio de una profesión, mas no una retribución pecuniaria y sólo en el mejor de los supuestos percibe una "asignación estímulo", absolutamente dependiente de la voluntad de la empresa. Dicha gratitud sólo encuentra justificación si, efectivamente, el pasante compromete un servicio de práctica con un objetivo de carácter escolar o de perfeccionamiento en una profesión, actividad u oficio; pero carece de ella si, en lugar de prácticas, presta servicios personales, dependientes, que no se distinguen de un contrato de trabajo y no se respeta su finalidad educativa. Sala 2ª, 22/6/2005, "Ciechanowski, Gladys Andrea v. Arcos Dorados SA".

El contrato de pasantía es la relación que se configura entre un empleador y un estudiante y tiene como fin primordial la práctica relacionada con su educación y formación de acuerdo con la especialización que recibe, bajo la organización y control de la institución de enseñanza a la que pertenece y durante un lapso determinado. La capacitación en materia de informática que surge del acuerdo suscripto entre el establecimiento de enseñanza y el empleador (cadena de supermercados "Eki") no se compadece con las tareas desempeñadas por el actor, tales como limpieza de pisos, verduras y góndolas, o bien de cajero y repositor en el entorno de un supermercado. De allí que el espíritu de la contratación excepcional se encuentra desnaturalizado y deja traslucir el aprovechamiento de mano de obra mediante la utilización de una figura no laboral, ya que la prestación se plasmó en forma regular y por tiempo indeterminado contra el pago de una suma de dinero (calificada como "estímulo para gastos escolares, viáticos") que se extendió como contraprestación de puesta a disposición de la fuerza de trabajo, elementos que permiten calificar al vínculo como subordinado y dependiente (art. 21, LCT). Sala 7ª, 26/5/2006, "Méndez, Héctor Daniel v. Formatos Eficientes SA".

No puede referirse seriamente a una pasantía cuando la actora sólo cumplía tareas de venta telefónica —servicios de larga distancia, servicio de línea y subcampaña relacionada con las ventas— no condiciendo dicha función con los contenidos curriculares de la tarea de psicología. Así la pasantía ha ocultado fraudulentamente la relación laboral entre la actora y las demandadas. Ante un fraude laboral, el juez debe correr el velo y descubrir la relación laboral oculta, máxime si el trabajador manifiesta su existencia. Sala 7ª, 28/3/2008, "Soriano, Helena v. Telecom Argentina SA y otro".

**8. Becarios. Cursos de capacitación**

El cargo de médico residente no debe ser considerado un ejemplo, sino una oportunidad de formar parte de un curso de posgraduados de carácter práctico. De acuerdo con la ley 22.127, el objeto de las residencias es "complementar la formación integral del profesional...". Y dado que el sistema de becas no debe ser confundido con uno remuneratorio en el sentido del derecho de trabajo, no cabe abonar la indemnización del art. 245, LCT, durante el período en el que el actor se desempeñó como médico residente. Sala 8ª, 6/8/2010, "Castresana, Leonardo Demián v. Obra Social Bancaria Argentina s/daños y perjuicios".

Si la prestación de servicios del supuesto becario constituye el objeto principal de la contratación, aun cuando esa actividad resulte educativa o formativa (como, en realidad, ocurre con cualquier actividad laboral), no podrá aceptarse que se trate de una beca sólo por esta última circunstancia porque la configuración del vínculo especial requiere que la actividad desplegada por el becario sea secundaria y que sólo se

lleve a cabo en función y como accesoria de su propia formación y no para beneficiar al que se la otorga. Sala 2ª, 17/9/2008, "Cartesano, Mariano v. Orígenes AFJP SA".

Los contratos de beca se entienden, por su naturaleza, destinados a quienes requieran una particular capacitación, recibiendo los becarios, como contraprestación, además de la formación brindada por la empresa oferente, una beca que constituye una asignación estímulo o bonificación para solventar sus gastos que no posee carácter remuneratorio. En general se encuentran destinados a menores de 25 años, con escasa o ninguna experiencia laboral, que se encuentran estudiando alguna carrera o profesión relacionada con la actividad becada y la contraprestación por el trabajo es una mera asignación de estímulo. Sala 10ª, 12/3/2001, "Marco, Marcelo v. Fundación para la Promoción de la Salud".

## CAPÍTULO IX: DERECHOS Y DEBERES DE LAS PARTES

### 1. Facultad de organización y dirección

Los ascensos de categoría forman parte del poder de dirección y organización del empleador. No corresponde a los jueces efectuar ascensos de los empleados de las empresas ni mejorar sus categorías, siendo ésta una facultad privativa del poder de dirección del empleador. El empleador, a cambio de pagar una remuneración, asume la facultad de disponer sobre la forma de utilizar la energía de trabajo del dependiente dejando intacta, claro está, la persona misma del trabajador. Sala 1ª, 31/10/1997, "Moze, Rodolfo E. v. Ministerio de Economía y Servicios Públicos", DT 1998-A-710.

El hecho de usar barba no constituye injuria de entidad suficiente para extinguir la relación laboral, máxime si se tiene en cuenta que el trabajador, si bien laboraba en una empresa elaboradora de alimentos, sus funciones consistían en la limpieza de la planta. El uso de las facultades de dirección debe ejercerse de modo funcional, o sea, atendiendo a los fines de la empresa y a las propias exigencias de la producción, pero sin perjuicio de la preservación de los derechos personales del trabajador, en los términos del art. 65, LCT. Ello implica la exclusión de toda voluntad arbitraria del empleador y la limitación de los poderes en consideración a la persona del trabajador, a quien no deben inferirse agravios materiales o morales que lesionen su dignidad. Sala 1ª, 14/4/1997, "Vega, César v. Elaboradora Argentina de Cereales SA".

### 2. Facultad de control. Negativa a someterse a control de salida

Se advierte un perjuicio distinto del originado normalmente por el despido injustificado provocado por la solicitud de un superior jerárquico a la actora —fuera del sistema de controles autorizado por el art. 70, LCT— para que mostrara el contenido de su bolso antes de retirarse de la empresa, lo que implicó la insinuación dolosa de la comisión de un delito y, en definitiva, un daño no resarcido mediante la tarifa legal, motivo por el cual corresponde la indemnización civil en cuanto el despido ha sido acompañado de una conducta adicional que resulta civilmente resarcible. Sala 2ª, 21/3/2005, "Aranda, Nora Silvia v. Merkom SRL".

No resultó ajustada a derecho la decisión del empleador de registrar los gabinetes personales metálicos (*lockers*) asignados a sus empleadas Marta Callejа y Juliana Tomas, en el estudio de aquél, y luego de que ellas se retiraran del lugar, con la intención de obtener elementos que justificaran las sospechas que tenía de que ellas venían realizando maniobras de dudosa reputación, desviando trabajos y clientes a otros estudios. La apertura de los *lockers* constituye una invasión a la privacidad, puesto que aun encontrándose en el ámbito físico del estudio jurídico del querellante, éstos fueron asignados para uso de los empleados, bajo signos de seguridad (poseen candados), que generan en el destinatario la expectativa de privacidad frente a la injerencia de terceros, de las pertenencias que allí dejen para su resguardo (arts. 18, 19 y 33, CN). C. Nac. Crim. y Corr., sala 1ª, 18/5/2005, "Callejas, Marta Haydée y otra s/nulidad".

Resulta afectado el ámbito privado mediante la intromisión en las comunicaciones en la forma de mensajes electrónicos, tanto en el correo interno de la empresa, como en aquellos que se envían y reciben en el particular. Es atinente destacar sobre las características del correo electrónico, que dentro de los derechos de una persona, ya sea como derivación del de la propiedad o como un derecho autónomo a la intimidad, existe un derecho a que se respeten por parte del Estado aquellos ámbitos privados donde sus titulares han exhibido un interés en que así se mantengan. Esa expectativa de respeto a los ámbitos privados se vería claramente reflejada en que el correo electrónico posee características de protección de privacidad más acentuadas que la tradicional vía postal —que por otra parte, sí posee garantía de protección expresa en el art. 18, CN—, ya que para su funcionamiento se requiere un prestador de servicio, el nombre de usuario y un código o contraseña de acceso, lo que impide el acceso de terceros a él. C. Nac. Crim. y Corr., sala 1ª, 18/5/2005, "Callejas, Marta Haydée y otra s/nulidad". En igual sentido: C. Nac. Crim. y Corr., sala 1ª, 22/4/2003, "Yelma, Martín y otros"; y sala 4ª, 15/11/2004, "Reduello".

Si se debate la posibilidad de que el presunto acceso ilegítimo a una cuenta de correo electrónico podría configurar una violación de correspondencia en los términos del art. 153, CPen., cuestión de exclusiva competencia del fuero de excepción y que el juez federal reconoce expresamente, corresponde a éste continuar la investigación, sin perjuicio de un posterior pronunciamiento sobre la base de los resultados obtenidos. Corte Sup., 30/8/2005, "Juan Carlos s/infracción art. 157 bis". Por mayoría: Petracchi, Belluscio, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco. Abstención: Fayt, Lorenzetti, Argibay. Competencia 1405.XL.

El término "correspondencia" previsto en el art. 18, CN, resulta abarcativo del correo electrónico. La prohibición por parte del empleador de leer los *e-mails* no es otra cosa que la protección del derecho de privacidad del trabajador, facultad que no comporta un elemento configurador del débito contractual y que, por ello, hace a la indiscutible e impenetrable dignidad y autodeterminación que como sujeto titulariza (en el caso, se decretó la nulidad de la introducción al proceso de impresiones de los correos electrónicos del trabajador efectuada por el empleador querellante, a cuyo respecto es aplicable la garantía de la inviolabilidad). C. Nac. Crim. y Corr., sala 4ª, 15/11/2004, "Redruello, Fabián L. y otros", JA 2005-II-86, nro. 10.

La acreditación de la enfermedad mediante certificados médicos sólo resulta exigible en los casos en que no se haya dado "aviso" al empleador (art. 209, LCT). Presupuesto que no es necesario en casos en que la descompensación del dependiente se manifestó dentro del establecimiento de la demandada, en horario de trabajo y que requirió la asistencia de un médico de emergencia solicitado por la misma empleadora. En este particular supuesto, el empleado no estaba imposibilitado de ejercer la facultad de control del estado de salud del dependiente (art. 210, LCT), con el fin de salvaguardar el derecho al cobro de salarios durante el tiempo en que se prolongue la dolencia. Pero en modo alguno la inobservancia de tal recaudo puede ser tachada como una conducta susceptible de erigirse como justa causa rescisoria. Sala 9ª, 30/12/2009, "Maidana, Viviana E. v. Edding Argentina SA".

## 3. *Ius variandi*

### *3.1. Principio general*

No toda desavenencia profesional implica o da origen al acoso moral, cuya característica principal se asiente "en la repetición de actitudes, palabras, conductas que, tomadas por separado pueden parecer anodinas, pero cuya repetición y sistematización las convierte en destructivas" (IRIGOYEN, Marie-France, *El acoso moral en el trabajo*, trad. de Nuria Pujol I, Valls, Paidós Ibérica, Barcelona - Buenos Aires - México, 2001, p. 30). Así, el ejercicio del *ius variandi*, aun cuando resulte altamente discutible su legitimidad, no constituye *mobbing*. Sala 9ª, 26/2/2010, "Cobice, Oscar v. Danone Argentina SA".

### *3.2. Rebaja salarial*

El plenario 177 de la C. Nac. Trab., del 24/4/1972, carece de virtualidad obligatoria a partir de la sanción de la ley 20.744, a través de su art. 66 referido al *ius variandi*. De allí resulta la nulidad de la medida adoptada por la empleadora (AFIP), al disponer que la trabajadora dejara de cumplir funciones de jefa de división de segunda para pasar a revistar en la categoría de asesora principal de tercera. De esta forma le corresponde la percepción de las diferencias salariales devengadas desde el momento de la modificación contractual. Y la circunstancia de que la trabajadora, ante dicha modificación, no hubiera rescindido el vínculo laboral, no puede considerarse como una aceptación tácita del cambio en virtud de que el silencio del trabajador no puede considerarse como renuncia a derechos (art. 58, LCT). Sala 5ª, 14/9/2010, "Carou, Mirta Marcelina v. Administración Federal de Ingresos Públicos - Ministerio de Economía de la Nación - Estado nacional".

Si la demandada suprimió el rubro "asistencia y puntualidad" por una decisión unilateral que implicó una rebaja salarial, y el trabajador no reclamó por un extenso lapso (en el caso cuatro años), esto no implica consentimiento de su parte. El actor tenía un derecho adquirido al cobro de dicho adicional (cuando le correspondiese según los parámetros a que haya estado condicionado) y la eventual circunstancia de su falta de reclamo no puede ser interpretada como una renuncia de derechos que no puede ser presumida (arg. arts. 58, 12 y 260, LCT, y doctrina del fallo plenario de esta Cámara 161, en autos: "Bonet, Ángel v. Sadema SA"). Sala 3ª, 26/8/2003, "Chamorro, Elías v. Expreso Florida SAC s/diferencias de salarios".

Aunque se tratara de sumas no remunerativas, la empleadora no podría disponer de beneficios ya otorgados habitualmente al trabajador sin una justificación valedera, pues ello vulneraría igualmente lo dispuesto por el art. 66, LCT. Sala 7ª, 31/3/2005, "Sánchez, Cristian Diego v. Compañía de Radiocomunicaciones Móviles SA y otros".

### *3.3. Cambio de lugar de trabajo*

La posibilidad de cambio de lugar de trabajo, que constituía una condición explícita del contrato y el trabajador conocía antes de ingresar a su empleo, por expresa aceptación de que podía ser trasladado a las distintas sucursales de su empleador de acuerdo con las necesidades de la empresa, no afecta derechos irrenunciables, por lo que la decisión de asignarlo a otro local no importa un ejercicio abusivo del *ius variandi*. Sala 4ª, 30/10/2001, "Quiles, Natalia Romina v. Centro de Asesoramiento Estético SA".

Si debido al cambio de lugar de la planta fabril, la actora hubiera necesitado utilizar cinco horas cincuenta minutos semanales más de su tiempo libre y de descanso, a fin de poder trasladarse a su nuevo destino laboral, se configura el ejercicio abusivo del *ius variandi*, toda vez que el cambio de lugar de trabajo, implicaba una alteración en el sistema de vida de la trabajadora. Sala 1ª, 15/5/2000, "Villarreal, Rosario Simeon v. Carpenter SA".

Si la empleadora es una empresa que presta servicios de vigilancia, es obvio que, por la naturaleza de su actividad, sus dependientes no están llamados a cumplir tareas dentro del establecimiento de aquélla, sino en el ámbito de las usuarias del servicio, motivo por el cual la "irrazonabilidad" del cambio de lugar de trabajo debe estar vinculada con su falta de necesidad más que con el perjuicio que tal decisión ocasiona al trabajador. Sala 4ª, 6/2/1998, "Cáceres, José L. v. Arcabuz SRL", JA 1999-III-134.

Al imponer al trabajador un cambio de lugar en la prestación de tareas, la demandada no puede ampararse en que aquél prestó consentimiento para cualquier cambio futuro en diversas cláusulas de aceptación anticipada de traslados indeterminados que no son válidas —en principio— a menos que se invoquen circunstancias que justifiquen objetivamente tal pretensión. Sala 2ª, 18/7/1997, "Pelozo, Lidia v. Cleanco SA".

Si bien puede considerarse que una empresa de limpieza tenga a su favor una apreciación más elástica de las causas que puedan llevarla a decidir la modificación del lugar de trabajo de uno de sus dependientes, también se debe admitir que aun con esa elasticidad, se debe demostrar que alguna razón funcional hubo porque de otro modo no cumpliría el requisito de los arts. 66 y 68, LCT (C. Nac. Trab., sala 4ª, junio, TySS 1991-912), sino que se traduciría en una decisión discrecional del empleador. Sala 10ª, 22/2/2005, "García, Gladys Beatriz v. E. Romano y Cía. SA".

### *3.4. Cambio de horario de trabajo*

Resulta procedente la acción entablada por los trabajadores para que les sean restablecidas las condiciones de trabajo que tenían con anterioridad a que la empleadora decidiera aplicarles las normas de otra convención colectiva que no sólo importaba una situación peyorativa en lo atinente al plazo vacacional, sino también a la jornada de trabajo. Se aprecia que la mutación convencional conducía a un uso abusivo del *ius variandi* en tanto alteraba las condiciones esenciales de las relaciones individuales del caso en perjuicio de los actores, sin que sea menester analizar la afectación o no de la integridad salarial de los demandantes con motivo del cambio. Y ello es así porque la remuneración constituye una institución que se encuentra fuera del ámbito de aplicación del derecho unilateral del empleador (en el caso, se trataba de supervisores de tráfico y los convenios en cuestión eran el CCT 547/2003 E y el CCT 257/1997). Sala 10ª, 30/5/2010, "Cappetta, Alejandro y otros v. Telefónica de Argentina SA s/juicio sumarísimo".

Toda vez que el actor se desempeñó a las órdenes de la demandada cinco años cumpliendo tareas durante jornadas que abarcaban desde las 20:30 hasta las 5 del día siguiente, disponiendo la empleadora que el trabajador pasaría a desempeñarse en el horario de 9 a 17, cabe concluir que medió un ejercicio abusivo del *ius variandi*, es decir, un exceso en las facultades que le ortorga el art. 66, LCT, que justifica la actitud rupturista del trabajador. De conformidad con lo normado en dicho artículo, la facultad de organización y el poder de dirección que tiene el empleador reconoce la posibilidad de efectuar modificaciones a las condiciones de trabajo, siempre y cuando no importe alterar las modalidades esenciales del contrato de trabajo, como ocurrió en este caso. Sala 9ª, 20/4/2010, "Maffei, Héctor Darío v. Seres Servicios Empresarios Integrales SA".

Resultó improcedente el despido dispuesto por la empresa ante la negativa del trabajador de aceptar un cambio de horario que lo obligaba a trabajar los días viernes después de las 18, situación que por motivos religiosos (pertenecía al culto adventista) no podía cumplir. Para más, en este caso el dependiente se había desempeñado en la misma empresa por el lapso de diez años y aceptaba tal modificación en el resto de los días de la semana, con excepción del viernes, que solicitaba se lo mantuviera en el horario anterior. Sala 10ª, 26/4/2004, "Sánchez, Marcelo v. Longseller SA".

### *3.5. Cambio de tareas*

El plenario 177 de la Cámara Nacional del Trabajo, del 24/4/1972, carece de virtualidad obligatoria a partir de la sanción de la ley 20.744, a través de su art. 66 referido al *ius variandi*. De allí resulta la nulidad de la medida adoptada por la empleadora (AFIP), al disponer que la trabajadora dejara de cumplir funciones de jefa de División de segunda para pasar a revistar en la categoría de asesora principal de tercera. De esta forma, le corresponde la percepción de las diferencias salariales devengadas desde el momento de la modificación contractual. Y la circunstancia de que la trabajadora, ante dicha modificación, no hubiera rescindido el vínculo laboral, no puede considerarse como una aceptación tácita del cambio en virtud de que el silencio del trabajador no puede considerarse como renuncia a derechos (art. 58, LCT). Sala 5ª, 14/9/2010, "Carou, Mirta Marcelina v. Administración Federal de Ingresos Públicos - Ministerio de Economía de la Nación - Estado nacional".

El *ius variandi* debe ser ejercido con criterio funcional (art. 65, LCT), proscribiendo el art. 66, LCT, el ejercicio "irrazonable" de esa facultad. La categoría

del trabajador es una estipulación esencial del contrato, en cuanto define la posición funcional de aquél en la organización empresaria y el tipo de tareas a cumplir. Por ello el cambio de categoría laboral que la demandada intentó instrumentar, de maestra de grado a bibliotecaria, al traer aparejado la modificación del régimen legal aplicable a la relación de trabajo (de la ley 13.047 a la LCT), y al no contar con el consentimiento de la actora, constituye un incumplimiento contractual que autoriza válidamente a la trabajadora a denunciar el contrato de trabajo (arts. 242 y 246, LCT). Sala 8ª, 13/5/2005, "Perotti, Andrea Alejandra v. Fundación Educar y otro".

La AFIP, Administración General de Aduanas, debe resarcir los daños y perjuicios —incluyendo el daño moral— ocasionados al trabajador, a quien destituyera de su cargo de jefe de Departamento de Drogas Peligrosas, imputándosele un delito que diera origen a una causa penal en la cual resultara finalmente sobreseído. El organismo empleador no podía violar el *ius variandi*, tal como está previsto en la LCT, por tratarse de un dependiente convencionado que queda aprehendido en dicho régimen legal. No está habilitado a cambiar arbitrariamente las funciones del trabajador, siendo que ello le signifique una degradación personal y profesional, la cual implica pasar a depender de personas con menor jerarquía y antigüedad en la institución. Sala 2ª, 26/3/2010, "Selem, Julieta Noemí v. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal".

*3.6. Silencio del trabajador*

Resulta arbitrario el decisorio que receptó el reclamo de diferencias salariales del actor afectado por un cambio de tareas, sin tener presente que, en su calidad de profesional y alto directivo de la empresa, podía comprender los alcances de la decisión patronal y su posibilidad de resistirla, y no lo hizo cumpliendo las nuevas tareas sin formular cuestionamiento alguno. Si bien es cierto que el silencio del trabajador no puede ser concebido como renuncia a sus derechos, no menos lo es que tal principio cede a la exigencia de seguridad jurídica, por una parte, en atención a las circunstancias relativas a las personas y, por otra, cuando ha transcurrido un tiempo suficiente para entender que tal situación ha sido consentida. Corte Sup., 11/6/1998, "Zorzín v. YPF SA", DT 1998-B-1651.

Es improcedente la novación objetiva de las cláusulas contractuales con apoyo en el silencio del trabajador por el lapso anterior a la prescripción, pues ello conduce a aceptar 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., LCT, sin que obste que el reclamo se formulara al finalizar la relación laboral, ya que de acuerdo con los arts. 256, 159 y 260 de dicho cuerpo legal, no estaba obligado a hacerlo hasta el agotamiento del plazo establecido en él. Corte Sup., 12/3/1987, "Padin Capella v. Litho Formas SA", TySS 1987-790.

**4. Poder disciplinario**

Si bien la suspensión que se le aplicó a la trabajadora (por seis días) podía lucir injusta, por sí sola no justificaba su decisión de considerarse injuriada y despedida el hecho de que se sumaran a tal circunstancia los descuentos realizados sobre su remuneración, sin causa justificada, que condujeron a sendas conductas ilícitas del principal que impidieron la prosecución del contrato y justificaron la denuncia expresada por la accionante. Sala 2ª, 30/3/2009, "Romera, María v. Swiss Medical SA".

La conducta endilgada a la trabajadora, falta de respeto a una clienta con malos tratos y tonos agresivos, no reviste entidad suficiente para justificar la adopción de la máxima sanción disciplinaria, cual es el despido. La relación contractual laboral exige que cada una de las partes haga lo necesario para que la misma se mantenga, de modo que la resolución debe ser excepcional y proceder en aquellos casos en los cuales la gravedad de la injuria torne realmente imposible la prosecución del vínculo (art. 10, LCT). Por otro lado, el empleador goza de la facultad de imponer sanciones al trabajador desobediente o incumplidor de sus deberes de conducta (art. 67, LCT). Sala 9ª, 14/7/2010, "Gómez, Natalia Viviana v. Aviega, Ana Giosel".

No cabe sostener que, frente a sanciones que considera injustificadas, sólo asiste al trabajador derecho a requerir los salarios caídos, restringiéndole de este modo cualquier otra alternativa; en este aspecto, hasta cabe al trabajador la posibilidad de valorar la acción de la empleadora como injuria que impide la prosecución del vínculo. En efecto, el art. 67, LCT, brinda al trabajador la posibilidad de cuestionar la medida disciplinaria por su procedencia, tipo o extensión para que se la suprima, sustituya por otra o limite, según los casos, pero de ningún modo limita el reclamo sólo al pago de salarios; el trabajador puede, entre otras varias opciones, apreciar la aplicación de la sanción como injuriosa, y en su caso será el juez quien decida si es acertada o no la medida adoptada por el dependiente (art. 242, LCT); y, si se acepta lo máximo, se pueden incluir también decisiones que importen consecuencias menores para el contrato y que tiendan, a su vez, a su preservación como, por ejemplo, la retención de tareas en los términos del art. 1201, CCiv. Sala 3ª, 29/5/2009, "Casciano, Mario R. v. Unión Recibidores de Granos y Anexos de la República Argentina Urgara".

El hecho de impugnar la suspensión por parte del trabajador no denota una actitud hostil, sino que se efectúa en salvaguarda de sus derechos, toda vez que

si no lo hace, puede deducirse de ello que aceptaba que de su parte existió una conducta merecedora de aquélla, sin perjuicio del eventual reclamo por los salarios caídos. Sala 1ª, 5/7/1999, "Arce, Cristina v. Carlos Ramírez SRL".

## 5. Deber de seguridad y protección

La provisión de ropa de trabajo, aparte de constituir a veces una manifestación de poder de dirección en lo relativo a la indumentaria uniforme, se inscribe entre los medios preventivos en cuanto evita el desgaste de las vestimentas del trabajador. En esta medida constituye el cumplimiento del art. 76, LCT, cuyo ámbito se ve ampliado por el convenio colectivo o por el contrato individual. El incumplimiento de la obligación trae aparejado el resarcimiento del perjuicio que la omisión hubiese producido (aun presuntivamente), aunque el valor de dicha indumentaria no forme parte del salario. Sala 3ª, 9/9/2002, "Condiloro, Roberto y otros v. Entel".

### *5.1. Deber de seguridad personal*

No puede invocarse el ejercicio del poder administrador o de dirección del empleador para negar el otorgamiento al dependiente de los descansos obligatorios por razones de servicio y de nivel jerárquico, porque se viola el deber de seguridad que debe primar para preservar la salud psicofísica del trabajador. Sala 5ª, 30/5/2000, "Sorsaia, Emilio E. v. Secretaría de Comunicaciones de la Nación, Dirección Nacional del Servicio Oficial de Radio Difusión", TySS 2000-717.

Resulta ser obligación empresaria otorgar comodidades suficientes a los dependientes, tanto en lo que respecta al servicio sanitario, como en lo relativo a los vestuarios asignados al uso personal, máxime en aquel personal que cumple tareas en un centro asistencial, ya que resultan vinculadas con las necesidades de higiene que merecen ser tuteladas, ello, amén de las necesidades previstas en orden a principios de seguridad (arts. 47/8 y 50/51, dec. 351/1979). Sala 9ª, 24/6/1997, "Centro Gallego de Buenos Aires v. Ministerio de Trabajo".

### *5.2. Deber de seguridad patrimonial*

El art. 76, LCT, se refiere a valores de instrumentos, herramientas y útiles de trabajo que aporte el agente para el cumplimiento de sus tareas, no comprendiendo ello ni al daño moral sufrido, ni al reloj de marca del que aludió era portador. Sala 7ª, 8/9/1993, "Pérez, Aníbal E. v. Banco de la Nación Argentina", JA 1996-III, síntesis.

### *5.3. Deber de protección, alimentación y vivienda*

Dado que el trabajo del encargado de un edificio se complica cuando vive en el mismo lugar en que trabaja, ya que la carga psíquica, positiva o negativa de sus habitantes penetra en su esfera personal aun cuando duerme, es obligación del empleador intensificar los medios para protegerlo en todo momento, incluso en su descanso. Sala 6ª, 7/2/2000, "Colado, Mónica N. v. Consorcio de Propietarios del edificio Wenceslao Villafañe 1093", TySS 2000-515.

## 6. Deber de ocupación

No deviene acorde con el principio de buena fe que debe imperar entre las partes previsto en el art. 63, LCT, el proceder de la empresa aérea que, desde el momento en que a sabiendas que se le había retirado la licencia para operar como línea aérea en el país, procedió cinco días después a dispensar de prestar tareas a la trabajadora "hasta nuevo aviso". Sala 10ª, 20/9/2010, "Gambarotta, Valeria v. Air Madrid Líneas Aéreas SA Sucursal Argentina".

El hecho de que los programas radiales hayan sido levantados no implica de por sí la extinción del vínculo laboral, sino que determina un incumplimiento por parte de la empleadora a su deber de ocupación (art. 78, LCT) que autoriza en todo caso al trabajador, previa intimación, a darse por despedido. El art. 243, LCT, expresamente establece que el despido con justa causa debe comunicarse por escrito, "con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda", para de esta forma salvaguardar el derecho de defensa de la contraparte, por lo que no puede considerarse la negativa de tareas como denuncia del vínculo laboral, al no cumplir con dicho requisito formal. Sala 5ª, 19/11/2002, "Malagón, Julio César v. Top Ten Publicidad SA y otro".

No deviene acorde al principio de buena fe que debe imperar entre las partes previsto en el art. 63, LCT, el proceder de la empresa aérea que, desde el momento en que a sabiendas que se le había retirado la licencia para operar como línea aérea en el país, procedió cinco días después a dispensar de prestar tareas a la trabajadora "hasta nuevo aviso". Sala 10ª, 20/9/2010, "Gambarotta, Valeria v. Air Madrid Líneas Aéreas SA Sucursal Argentina".

## 7. Deber de diligencia e iniciativa

Si el trabajador dedica cierta cantidad de tiempo durante su jornada de labor en trabajos que ninguna relación tienen con sus funciones (en el caso concreto el desarrollo de un sitio de internet propio) y utiliza para ello los medios de comunicación de la empresa como el *e-mail*, existe una violación a los deberes de diligencia y buena fe que genera pérdida de confianza, además de un incumplimiento al deber de fidelidad por parte de quien, revistiendo un cargo gerencial, fue contratada por tiempo y no por rendimiento. Sala 10ª, 13/8/2003, "García, Delia v. YPF SA".

## 8. Deber de observar las obligaciones frente a los organismos sindicales y de la seguridad social. Certificado de trabajo. Arts. 80 y 132 bis, LCT, ley 25.345

*8.1. Deber de ingresar aportes y contribuciones. Art. 132 bis, LCT*

No basta la mera puesta a disposición de los certificados previstos por el art. 80, LCT, para tener por acreditado el cumplimiento de la obligación allí establecida, sino que es necesario que la empleadora arbitre los medios pertinentes para que, ante la omisión de retiro de aquéllos por parte del trabajador, los consigne judicialmente a fin de eludir la responsabilidad que le pudiere corresponder; es decir, la puesta a disposición es insuficiente para considerar cumplida la obligación prevista en el artículo referido (el Dr. Guisado adhiere al criterio mayoritario por razones de economía procesal. Deja a salvo su opinión, en el sentido de que la puesta a disposición del trabajador del certificado de trabajo es suficiente para considerar cumplida la obligación prevista en el art. 80, LCT). Sala 4ª, 31/8/2010, "Rojas, Nilda Gabriela v. Máxima SA AFJP y otro".

El cumplimiento del plazo previsto en el art. 3°, dec. 146/2001 —reglamentario del art. 45, ley 25.345, que agregó el párr. final del art. 80, LCT—, para efectuar el requerimiento formulado por el principal a los fines de obtener la constancia de aportes y el certificado de servicios y remuneraciones, no es inconstitucional, porque lejos de someter la aplicación de la ley 25.345 a un requisito restrictivo, permite mediante una simple manifestación documentada, otorgar certeza a la exigibilidad de los certificados y aventar las innumerables cuestiones que podrían ser planteadas, de buena o mala fe, sin ese recaudo. Es un requisito formal constitutivo de la obligación. Sala 8ª, 6/8/2010, "Castresana, Leonardo Demián v. Obra Social Bancaria Argentina s/daños y perjuicios".

La mera existencia de deuda por conceptos salariales, indemnizatorios o previsionales, no justifica la aplicación de las normas de excepción previstas en los arts. 54, 59 y 274, LS. Sala 4ª, 10/9/2010, "Zurcolo, Héctor Emilio v. Copyking SA y otro".

La sociedad empleadora que incumplió con la integración de los aportes previsionales que le retuviera a la trabajadora durante los últimos tres meses de vigencia del contrato de trabajo, resulta pasible de condena en los términos del art. 132 bis, LCT, y a las personas físicas integrantes del directorio y administradores, en los términos de los arts. 59 y 274, LS. El referido art. 59 fija las pautas a las que deben ajustar su conducta los administradores y representantes. Sala 10ª, 27/9/2010, "Aparicio, Martha Raquel v. Martha Harff SA".

La clandestinización del vínculo laboral, en abierta violación a la legislación laboral, plantea la cuestión de la responsabilidad de los administradores, representantes y directores. El juego armónico de los arts. 59 y 274, LS, es muy claro en cuanto contempla su responsabilidad personal, solidaria e ilimitada, aunque algunas veces no será fácil demostrar que la sociedad fue utilizada con el fin de no cumplir o de violar la ley. Resultará suficiente, por ejemplo, con la demostración de la violación de las normas de orden público por parte de la sociedad. En estos casos nos encontramos ante una categoría de dolo como causa de incumplimiento contractual, que compromete la responsabilidad del deudor moroso, habida cuenta de que posee la intención deliberada de no cumplir, sin que sea necesario acreditar la intención de producir el daño. La figura excluye la necesidad de la prueba de intención de daño a los efectos de configuración del dolo. Sala 7ª, 30/9/2010, "Agüero, Lisandro Raúl v. López Becerra, Ricardo Arturo".

La condena solidaria en los términos del art. 30, LCT, abarca las obligaciones emergentes de la relación laboral y de la seguridad social. Ello así, no constituye un argumento válido el manifestar que no se cuenta con los registros de la relación laboral, ya que en todo caso la certificación en cuestión puede ser confeccionada con los datos que han quedado comprobados en la causa (del voto de Fernández Madrid, en mayoría). Sala 6ª, 27/8/2010, "Basualdo, Gisela v. Argentina Calling SRL y otro s/certificado de trabajo".

Puesto que mediante res. Anses 601/2008 se aprobó el sistema informático según el cual los empleadores inscriptos en el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones deben emitir la certificación de Servicios y Remuneraciones disponible en las páginas *web* de la Anses y de la AFIP —quedando sin efecto cualquier otro medio de emisión—, será solamente el empleador quien podrá extender una certificación de servicios conforme lo exigido por la resolución del referido organismo, con las excepciones previstas en su art. 4°. De allí que el codemandado en los términos del art. 30, LCT, no empleador, no esté obligado a la entrega del certificado de trabajo (del voto de Fontana, en minoría). Sala 6ª, 27/8/2010, "Basualdo, Gisela v. Argentina Calling SRL y otro s/certificado de trabajo".

La conducta tendiente a encubrir la relación laboral o a disminuir su antigüedad real, o tendiente a ocultar toda o una parte de la remuneración, configuran maniobras defraudatorias de las que resultan inmediata y directamente responsables las personas físicas que las pergeñan (arts. 172 y 173 y concs., CPen.). En estos casos debe extenderse la responsabilidad patrimonial de la entidad a los directores por vía de lo dispuesto en el art. 274, LS, y ello debido a la provocación de lesiones en el patrimonio del trabajador y en sus derechos previsionales y por la defraudación al sistema de seguridad social. Esta conducta dolosa y en violación de la ley genera la responsabilidad de los directores, en los términos de los arts. 54, 59, 157 y 274, LS. Dicha responsabilidad se extiende a la

totalidad de los rubros de la condena. Sala 4ª, 10/9/2010, "Molina Brisson, María del Carmen v. Tesur SA y otro".

Para que proceda la sanción dispuesta en el art. 132 bis, LCT, es preciso que haya mediado una efectiva "retención" de los aportes, es decir que ellos hayan sido descontados de la remuneración del trabajador. La intención del legislador no es sancionar al empleador por no haber efectuado los aportes a los distintos organismos de la seguridad social, sino sancionar su inconducta por haber retenido las sumas a su empleado y no haberlas ingresado. Por ello no corresponde la aplicación de la sanción del artículo referido por el solo hecho de no haber registrado adecuadamente la relación, es decir por haberla inscripto con una fecha posterior a la verdadera o con un salario inferior al abonado, pues sobre las sumas no registradas no ha mediado, regularmente, una retención. Sala 4ª, 10/9/2010, "Molina Brisson, María del Carmen v. Tesur SA y otro".

Teniendo en cuenta que se encuentra vigente la res. Anses 601/2008, que dispuso que la única certificación de servicios válida ante dicho organismo será la que expida el empleador, en los términos de dicha normativa, no corresponde condenar a la entrega del certificado de trabajo al responsable solidario en los términos del art. 30, LCT (del voto de la Dra. Fontana, en mayoría). Sala 6ª, 30/9/2010, "Villalba Antonio v. Diamedes SA y otro".

El deudor solidario en los términos del art. 30, LCT, está también obligado a hacer entrega del certificado de trabajo, pues dicha solidaridad abarca las obligaciones emergentes de la relación laboral y de la seguridad social (del voto del Dr. Fernández Madrid, en minoría). Sala 6ª, 30/9/2010, "Villalba, Antonio v. Diamedes SA y otro".

La interpelación cursada en el mismo instrumento en que se notifica el despido no respeta lo exigido por el art. 80, LCT, en cuanto a producir el emplazamiento con posterioridad a la disolución del vínculo. Esto torna innecesario entrar a analizar la constitucionalidad del dec. regl. 146/2001 (del voto del Dr. Corach, en mayoría). Sala 7ª, 30/9/2010, "Bonder, Silvina Fabiana v. Perevent Empresa de Servicios Eventuales SA y otro s/diferencias de salarios".

La intimación de entrega del certificado de trabajo impuesta al trabajador antes de cumplidos los treinta días que establece el dec. regl. 146/2001, constituye un claro exceso reglamentario, en relación con la norma superior que reglamenta (art. 45, ley 25.345), por lo que cabe declarar su inconstitucionalidad. De ahí que la intimación cursada por la actora con fecha al momento mismo de la disolución del vínculo por despido, resulta suficiente para tener por cumplido el requisito formal contenido en el art. 45, ley 25.345 (del voto de la Dra. Ferreirós, en minoría). Sala 7ª, 30/9/2010, "Bonder, Silvina Fabiana v. Perevent Empresa de Servicios Eventuales SA y otro s/diferencias de salarios".

Considérase justificado dejar sin efecto la sanción conminatoria impuesta al empleador (art. 132 bis, LCT) cuando, con anterioridad a la intimación que el trabajador le efectuara para hacer efectivos los aportes de la seguridad social, el reclamado ya se hubiera acogido a sucesivos planes de facilidades de pago tendientes a ingresar los aportes a los organismos respectivos. Ello implica una renegociación traducida en el cumplimiento del objetivo de la ley 25.345 tendiente a castigar la evasión fiscal y favorecer la recaudación como fin prioritario. Sala 6ª, 27/8/2010, "Márquez, María Fernanda v. Pasda SRL".

Debe estarse a la limitación temporal del cómputo de las sanciones establecidas en el art. 132 bis, LCT, pues en nuestro ordenamiento procesal no es admisible la "condena a futuro" dado que aquélla —que tiene ciertos puntos en común con el contenido preventivo de las sentencias meramente declarativas— sólo procede en los casos en que se encuentra pendiente un plazo convencionalmente pactado. En consecuencia la condena debe limitarse a los períodos expresamente reclamados, debido a que la competencia del tribunal está limitada a juzgar conflictos de derecho derivados de hechos acaecidos hasta el presente (conf. art. 163, inc. 6º, CPCCN) y no de los que han de acontecer en el futuro (arg. art. 20, LO) (criterio mayoritario de los Dres. Maza y Pirolo). Sala 2ª, 30/4/2008, "Caccia, Vanina Ángela y otros v. Arcatel SA y otros".

Para el cálculo de la sanción prevista en el art. 132 bis, LCT, debe procederse tomando la última remuneración mensual devengada por la cantidad de meses que correspondan al período comprendido desde el mes siguiente a aquel en que se produjo la extinción del contrato, hasta el mes anterior al que corresponde al dictado de la sentencia definitiva; sin perjuicio del derecho de los trabajadores a reclamar en un pleito futuro la ampliación de la sanción hasta que la ex empleadora acredite de modo fehaciente haber hecho efectivo el ingreso a los fondos retenidos (criterio mayoritario de los Dres. Maza y Pirolo). Sala 2ª, 30/4/2008, "Caccia, Vanina Ángela y otros v. Arcatel SA y otros".

### *8.2. Deber de entregar constancias documentadas y certificado de trabajo. Art. 80, LCT*

No debe confundirse el "certificado de trabajo" del art. 80, LCT, con la "certificación de servicios y remuneraciones" de la ley 24.241, ya que esta última se expide en un formulario de la Anses (PS 6.2) en el que se insertan datos similares, aunque no del todo coincidentes con los exigidos por el citado art. 80, LCT. Además la finalidad de uno y de otro certificado es distinta: el primero sirve al trabajador para conseguir otro empleo, mientras que el segundo se utiliza para gestionar un reconocimiento de servicios o la

obtención de un beneficio previsional, y queda archivado en las oficinas de la Anses. Tampoco el formulario PS 6.2 sustituye las constancias de aportes, las que deben ser especialmente expedidas por el empleador de conformidad con las exigencias del art. 80, LCT. Sala 4ª, 27/6/2006, "Tavella v. Gigared y otros".

Si el documento entregado por el empleador no certifica la totalidad de la relación mantenida por las partes (en el caso sólo los últimos diez años), no cumple los recaudos del art. 80, LCT, y por lo tanto cabe aplicar la multa del art. 45, ley 25.345. Sala 3ª, 23/3/2006, "Bustamante, Ramón Alcides v. Consorcio de Propietarios del Edificio Moldes 2380".

Respecto de la propuesta de extensión de responsabilidad a quienes no fueron empleadores del demandante, con fundamento en el art. 30, LCT, por la confección de certificados del art. 80 de ese cuerpo normativo, el deber patronal nacido del citado artículo reconoce una primera actividad, la de confeccionar las certificaciones que constituye una obligación de hacer, de cumplimiento en especie estrictamente personal a cargo del empleador sobre la base de sus libros y registros empresarios. Tal acto material sólo puede ser llevado a cabo, salvo la suplantación judicial en casos de extrema contumacia, por el empleador o quien lo reemplace en ese rol específico, pero no por otros empresarios ajenos a la explotación, aun cuando éstos puedan responder vicariamente por otras obligaciones nacidas de los contratos de trabajo, incluidas las multas y sanciones derivadas del incumplimiento de aquel deber, y que no posean esta característica personal (ver: sala 1ª, 29/7/2005, "López, Sergio Enrique v. Etysa - Empresa de Transportes Yinko SA y otro s/despido", SD 82.887, entre otros [del voto del Dr. Maza]). Sala 10ª, 10/8/2006, "Baeza Medina, Luis Alberto v. Hecmir SRL y otros".

La condena solidaria de la contratista principal y de la subcontratista en los términos del art. 30, LCT, no puede hacerse extensiva a la entrega de los certificados de trabajo previstos en el art. 80, LCT, ya que dicha solidaridad no constituye a los empleados de una en dependientes directos de la otra. Sala 3ª, 27/3/2006, "Leguizamón, Alberto v. Teyma Abengoa SA y otro".

La condena a extender el certificado de trabajo previsto por el art. 80, LCT, incluye también la de entregar el de aportes previsionales. La obligación de cumplimentar lo normado por dicho artículo y en el art. 12, inc. g), ley 24.241, consiste en acompañar a las actuaciones el certificado de trabajo y de servicios prestados, remuneraciones percibidas y constancia de la concreta y efectiva realización de los aportes y contribuciones. Esta carga legal viene a conjugar los eventuales efectos perniciosos de la omisión patronal ante los organismos de la seguridad social. Sala 2ª, 12/3/2008, "Mallades, Susana Beatriz v. Consolidar Comercializadora".

*8.3. Intimación previa*

La intimación fehaciente a que hacen referencia tanto la norma originaria (art. 45, ley 25.345) como su reglamentación (dec. 146/2001), sólo puede surtir efectos (el inicio del cómputo de dos días y el posterior derecho a indemnización) una vez que haya transcurrido el plazo de treinta días acordado al empleador para cumplir con la exigencia legal, plazo este último que constituye —desde el momento de la extinción— una oportunidad para que el empleador infractor regularice su situación administrativa (C. Nac. Trab., sala 3ª, 27/4/2004, "Carvajal, Luis v. La Internacional SA y otro", sent. 85785). Sala 4ª, 9/2/2006, "Cieri, Norma Élida v. Organización Anselmi SRL y otro".

La intimación para la entrega de los certificados del art. 80, LCT, cursada en la misma misiva por la que se denuncia el vínculo, resulta extemporánea por prematura si no es respetado el plazo de treinta días a contar desde el distracto, exigido por el dec. 146/2001 para habilitar al trabajador a efectuar el requerimiento indicado, por ello resulta improcedente la multa del art. 45, ley 25.345. No empece a ello la respuesta de la accionada a ese requerimiento prematuro desconociendo la relación laboral, dado que ello pudo haber justificado el dar por cumplido el plazo aludido y formular entonces la interpelación adecuada, pero nunca relevar al interesado de producir el emplazamiento con posterioridad a la disolución del vínculo. Sala 10ª, 23/2/2006, "Duarte, José v. Compañía General de Fósforos Sudamericana SA".

*8.4. Puesta a disposición*

No corresponde eximir a la demandada del pago de las multas previstas por los arts. 1° y 2°, ley 25.323, y 80, LCT, si, pese a haber sido correctamente intimada, recién dio en pago las indemnizaciones legales y entregó los certificados previstos por el art. 80, LCT, al contestar la demanda, cuando bien pudo haberlos consignado judicialmente al serle requeridos por el actor. Sala 1ª, 10/3/2003, "Janeiro, Sebastián A. v. Cerrito Car SA".

Resulta procedente la condena a abonar la multa del art. 45, ley 25.345, por el hecho de no haber hecho entrega al empleado del certificado de trabajo pues la mera puesta a disposición es insuficiente para demostrar cumplida la obligación prevista en la norma y no permite considerar que la accionada haya tenido verdadera voluntad para hacer entrega del mismo. Sala 7ª, 27/12/2002, "Fiorio, Mirta Ester v. Brewda Construcciones SA", y 12/3/2003, "García, Roberto v. Pentars SRL".

Si no se discute el salario del actor ni la fecha de ingreso del mismo ni ninguna otra de las circunstancias que deben consignarse en la certificación a la que alude el art. 80, LCT, no existe motivo para exigir al empleador que consigne el instrumento a los fines

de eximirse de responsabilidad, puesto que basta con la puesta a disposición del certificado. Sala 10ª, 18/10/2002, "Manoni, Eduardo v. Cons. Prop. Ed. Galileo 2457/9".

En el caso el actor reclamó la entrega de los certificados de trabajo (art. 80, LCT) intimando a su empleadora transcurridos treinta días de la disolución del vínculo y otorgándole un plazo de cuarenta y ocho horas para hacerlo. La demandada no los entregó oportunamente y tampoco los acompañó con su contestación de demanda. Por ello, estando reunidos los requisitos formales previstos por el art. 45, ley 24.345, y el art. 3º, dec. 146/2001, corresponde se haga lugar a la multa allí prevista. Sala 5ª, 13/3/2006, "Benítez Galeano, Hugo v. Promete Argentina SA".

*8.5. Indemnización*

Los daños originados en la falta de entrega de los certificados se encuentran, en principio, cubiertos por la indemnización legal introducida por la ley 25.345, por lo que una indemnización por la imposibilidad de percibir las prestaciones por desempleo resulta ahora improcedente —del voto del Dr. Guibourg—. Para que resulte procedente conceder una indemnización por la falta de percepción del subsidio por desempleo, se debe acreditar el cumplimiento de los recaudos impuestos por los arts. 113 y 114, ley 24.013, así como que la denegación de la prestación se debió a la conducta del empleador —del voto del Dr. Eiras—. Sala 3ª, 24/9/2002, "Basualdo, Graciela C. v. Vega, Guido Roberto y otro".

No resulta procedente la indemnización reclamada con base en el art. 45, ley 25.345, ya que en el telegrama de despido la empleadora puso a disposición el certificado de trabajo, y ni del escrito de inicio ni de los telegramas se desprende que la actora haya concurrido a retirarlo. Por ello, no se advierte afectada, en el caso, la finalidad tuitiva que subyace en las prescripciones del art. 80, LCT, apreciadas éstas con un criterio de razonabilidad y buena fe. Sala 6ª, 15/2/2008, "Gamarra, Evangelina Liliana v. Tessicot SA".

A fin de compatibilizar el art. 3º, dec. 146/2001, con lo dispuesto en el art. 45, ley 25.345, el citado decreto debe ser leído con los límites de la norma superior que reglamenta. Esta última otorga al empleador un plazo de dos días hábiles para cumplir el requerimiento del trabajador relativo a la entrega del certificado (art. 80, LCT) o cargar con la indemnización que se regula; la brevedad de ese plazo puede así explicar la interposición de otro plazo antes de que aquel requerimiento quede habilitado, ya que, por ejemplo, el cumplimiento de la obligación puede incluir la necesidad de regularizar el vínculo. La extensión del plazo encuentra su justificación en facilitar el cumplimiento del empleador antes que en obstruir la habilitación del trabajador para intimar. De tal modo la intimación fehaciente a que hacen referencia tanto la norma originaria como su reglamentación sólo puede surtir efectos (el inicio del cómputo de dos días y el posterior derecho a una indemnización) una vez que haya transcurrido el plazo de treinta días acordado al empleador para cumplir con la exigencia legal, plazo este último que constituye —desde el momento de la extinción— una oportunidad para que el empleador infractor regularice su situación administrativa. Sala 4ª, 28/2/2008, "Achkarian, Christian Pedro v. Metropolitan Seguros de Vida SA".

## 9. Deber de no discriminar e igualdad de trato

La calificación de un acto como "discriminatorio" requiere que el accionar cuestionado ocasione un impedimento, obstrucción, restricción o menoscabo en los derechos de quien se considera afectado por el acto atacado, y en caso de así verificarse, se impone como consecuencia la obligación de dejar sin efecto el acto o el cese en su realización. Sala 9ª, 24/9/2010, "Toledo, Martín Adrián v. Empresa Sierras de Córdoba SA s/juicio sumarísimo".

No resulta prudente, al menos *prima facie*, afirmar que el ejercicio de una potestad legal (como lo es la de despedir a un trabajador dependiente) se debe a la adopción de una medida de represalia o a una intención negativa tendiente a sancionar un accionar del dependiente, salvo que por las circunstancias se pueda inferir —con cierto grado de certeza— que efectivamente ése fue el móvil de la ruptura y que, bajo el disfraz del ejercicio regular de un derecho propio, se incurrió en un "abuso" de derecho de modo tal que se ha extrapolado la regularidad del acto para convertirse en una "máscara" de legitimidad que, en esencia, esconde otro móvil antijurídico e ilegítimo. El hecho de haberse dispuesto un despido incausado no puede ser interpretado por sí solo como un accionar que encubre un acto discriminatorio. Sala 9ª, 24/9/2010, "Toledo, Martín Adrián v. Empresa Sierras de Córdoba SA s/juicio sumarísimo".

Las prácticas antisindicales en nuestro ordenamiento jurídico están constituidas por aquellas conductas taxativamente tipificadas en el art. 53, LAS, a las que la ley les atribuye una antijuridicidad especial que, sin constituir técnicamente delitos del derecho penal, se emparentan a ellos, requiriéndose por tanto la configuración de una conducta típicamente antijurídica y, cuanto menos, culpable. Para el juzgamiento de las prácticas desleales deben aplicarse principios propios del derecho contravencional puesto que, se trata de una pretensión punitiva destinada a reprimir un proceder contrario a la buena fe en las relaciones profesionales, por medio de la imposición de una multa. Sala 2ª, 15/9/2010, "Agrupación Obrera de la Cerámica v. Ferrum SA s/práctica desleal".

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. C. Nac. Civ., sala H, 16/12/2002, "Fundación Mujeres en Igualdad y otro v. Freddo SA", DT 2003-A-364.

El derecho a la no discriminación arbitraria no sólo está tutelado por normas de jerarquía constitucional y supralegal, sino que ha ingresado al dominio del *ius cogens*, cuando el trabajador se considera injustamente discriminado, debiéndose producir una inversión de la carga de la prueba. Esta específica mecánica probatoria responde a las exigencias de tutela de los derechos fundamentales del trabajador (en el presente caso: el derecho a no ser discriminado por motivos antisindicales) y a las serias dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o lesivo del derecho fundamental. Así existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación, y en todo caso la duda debe beneficiar a ésta (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, estudio general de 1998 sobre igualdad en el empleo y la ocupación). Sala 5ª, 14/6/2006, "Parra Vera, Máxima v. San Timoteo SA".

Cabe hacer lugar al reclamo por daño moral, con carácter independiente de la indemnización por despido, en el caso del empleador que se dirigió al trabajador y su esposa con improperios e insultos, aludiendo de manera despectiva a su color de piel y nacionalidad peruana, lo cual denota una actitud de discriminación y no un simple estado de ofuscación o exaltación del empleador por la ausencia del actor a sus tareas. Sala 7ª, 27/3/2006, "Paucar Flores, Jorge Luis v. Cía. de Comunicaciones Capital SA y otros".

Constituyó acto discriminatorio el rechazo a la contratación del actor —portador de VIH— por la demandada, producido durante el proceso de reorganización de los servicios que anteriormente prestaba la firma Día Service SA, para la que el actor trabajaba, especialmente los vinculados con la gestión de planes de ahorro para la adquisición de vehículos cero kilómetro que comercializa la demandada Fiat Argentina SA, a la que aquellos servicios fueron transferidos. C. Nac. Civ., sala F, 4/8/2005, "F., V. H. v. Fiat Argentina SA".

No resulta procedente la indemnización por daño moral reclamada por el actor, derivada del trato discriminatorio que argumenta, toda vez que él mismo en su demanda reconoce expresamente que "la contratación del personal de esta empresa —se refiere a la demandada Arcos Dorados SA— se da a través de la oficina de personal que sigue las políticas internacionales de McDonald's, políticas públicas y notorias que se basan principalmente en el reconocimiento de las minorías", mientras que la discriminación por orientación sexual denunciada ha sido proferida por el "gerente" del local donde el actor prestaba tareas, quien actuó a título personal y no como representante de la demandada. Por ello, el actor erró al elegir al sujeto pasivo de su pretensión. Tal vez la sociedad demandada podría haber incurrido en alguna responsabilidad si aquél hubiera denunciado los actos discriminatorios de los que se queja y ella hubiera omitido ponerles remedio. Pero no es lícito responsabilizarla por actitudes de dependientes que, según los términos de la propia memoria de agravios, actuaron espontáneamente y en violación a las reglas expresas por ella establecidas en materia de relaciones de trabajo. Sala 8ª, 31/3/2006, "Frasch Verón, Gonzalo v. Arcos Dorados SA".

Resulta procedente la indemnización por daño moral en el caso del despido del trabajador tildado de inmoral por sus prácticas homosexuales. Ello así pues la demandada ha obrado con ligereza en el manejo de valores tan importantes como lo son la dignidad, la moral y el buen nombre. Sala 7ª, 26/5/1993, "Torres, Carlos v. OGA SRL y otro".

Verificándose en el caso que los actos cuestionados lesionan en forma actual y con arbitrariedad manifiesta derechos reconocidos por la Constitución Nacional, constituyendo discriminación arbitraria que la empresa demandada impidiera, por razones de edad, el acceso a categorías superiores a pilotos que superaban los 57 o 58 años, procede al amparo solicitado y la demandada deberá abstenerse de aplicar la pauta discriminatoria por edad contenida en los llamados a cobertura de vacantes. Sala 9ª, 31/5/2005, "Asociación de Pilotos de Líneas Aéreas v. Aerolíneas Argentinas SA".

La sola existencia de cambios en la estructura laboral de una empresa traducidos en la circunstancia de que muchos trabajadores que eran compañeros de uno con portación de VIH, siguieron trabajando y otros nuevos fueron incorporados mientras aquél fue transferido a otra empresa en los términos de los arts. 225 y concs., LCT, no implican que se haya actuado a su respecto con discriminación. Sala 1ª, 28/2/2006, "Paul, José Adrián v. American Cargas SA y otro".

### 10. Responsabilidad por daños

De conformidad con lo dispuesto por el art. 87, LCT, el trabajador sólo deberá responder por los daños que ocasione a los bienes del empleador cuando actúe dolosamente, es decir, con el propósito deliberado de causarlos (sabotaje, destrucción de un máquina en forma intencional) o con culpa grave, que importa la omisión de aquellas diligencias elementales destinadas a conservarlos. Los daños culposos u ocasionados por culpa simple están excluidos de la responsabilidad impuesta por dicha norma, ya que el empleador debe asumir el riesgo propio de su empresa (*Legislación del trabajo sistematizada. Comenta-*

*da, anotada y concordada*, Astrea, p. 107). La norma, a la par que amplía el universo de bienes cuyos daños puede dar lugar a una reparación, exige que el trabajador haya actuado con intención de dañar o que tales daños sean consecuencia de un obrar temerario. No es el caso de la trabajadora que, por error, guardó en el *freezer* frascos de insulina que no deben congelarse. Para más, en el caso se demostró que la heladera no poseía termómetro que la orientara en cuanto a la temperatura o función que desarrollaba en el momento en que ocurrió el hecho. Sala 2ª, 30/10/2008, "Berengue, Carina v. ABC SA".

Desde que normativamente no se exige que la renuncia al empleo sea motivada, la ausencia de prueba sobre el motivo de la renuncia no puede trocar el acto en ilícito y por lo tanto no puede generar responsabilidad alguna. Esto es así porque el art. 87, LCT, califica el elemento subjetivo de la responsabilidad por daños ocasionados por el trabajador a los intereses del empleador cuando su conducta obedezca a dolo o culpa grave. Sala 6ª, 2/5/2001, "Colegio Modelo Buenos Aires SRL v. Trapani de Giannicola, Araceli".

### 11. Deber de no concurrencia

Existe causa para justificar el despido con fundamento en concurrencia desleal cuando se acredita el desempeño de un trabajador de confianza en una actividad del mismo o similar ramo que el principal, o el ofrecimiento por cuenta propia o de un tercero de servicios que constituyen el objeto de la empresa, o supuestos que impliquen cualquier forma de captación de clientela en provecho propio de un competidor. Sala 5ª, 27/2/2004, "Trabuchi, Carlos v. Internet Argentina SRL y otros".

El hecho de que un trabajador que prestaba servicios como promotor en una AFJP se desempeñara paralelamente como empleado en un sanatorio cumpliendo funciones de camillero, no puede llevar a la conclusión de que se esté en presencia de una violación del deber de no concurrencia o implicar competencia desleal. No se trata de la misma actividad ni tampoco es de similar ramo que el principal (comercialización y promoción, afiliación o traspaso relacionadas con el régimen de capitalización instituido por ley 21.241) (en el caso, se pretendió imputar al actor que su actividad paralela había consistido en la promoción y venta de servicios de medicina prepaga —producto que también vendía la demandada además del principal—). Sala 7ª, 23/11/2005, "Miranda Velásquez, Manuel Iván v. Orígenes AFJP SA".

El incumplimiento del deber de fidelidad y buena fe se constituye de diversas maneras, una de ellas referida a la mera posibilidad en que el trabajador efectúe negociaciones que pudieran afectar los intereses de su empleador configurando con su accionar una competencia desleal, máxime cuando la empresa donde labora se dedica a igual actividad de aquélla que montó y explotó el dependiente. Por ello, aun cuando los negocios se encontraran a cierta distancia uno del otro o la heladería del actor fuera de pequeñas dimensiones, lo cierto es que las restantes circunstancias de la causa llevan a concluir que incumplió con los deberes fundamentales de la relación de trabajo (arts. 62, 63, 85, 88, LCT) que impidieron la continuidad del vínculo. Sala 1ª, 18/4/2005, "Francisconi, Jesús v. Saverio Helados SA".

## CAPÍTULO X: REMUNERACIÓN

### 1. Intangibilidad

*1.1. Supresión unilateral de un beneficio*

La C. Nac. Trab., sala 8ª, 28/7/2009, en autos "Juri, Alejandro S. v. Petrobras Energía SA", entendió que el hecho de que la empresa haya "suplementado y acumulado pagos y beneficios de fuente contractual y legal, sin advertir que, de acuerdo a lo pactado, el conjunto de beneficios contractualmente establecidos comprendían y absorbían hasta su concurrencia todos y cada uno de los créditos, remuneraciones, beneficios y prestaciones de fuente legal" revela que presumiblemente cometió un error a nivel de organización o logística financiera, al no lograr el máximo provecho económico durante la relación productiva con el trabajador, pero evidentemente ello no constituye una cuestión que deba asumir aquél ni que pueda afectar los términos del contrato de trabajo.

Todo reclamo por diferencias salariales requiere como punto de partida y de modo indispensable pautas mínimas suficientes para que el juzgador pueda pronunciarse sobre la validez del pedimento, vale decir que le incumbe al interesado formular en la demanda un específico y detallado cálculo de los montos reclamados, exigencia de cumplimiento insoslayable para que opere la inversión de la carga de la prueba sobre el monto y cobro de la indemnización. Sup. Corte Bs. As., 21/5/2002, "Vázquez, Pedro v. Juan Cincotta SA".

No puede otorgársele al concepto "anticipo" a que hace referencia el art. 2°, res. 321/1981 BCRA, el carácter de pago a cuenta de una obligación (gratificación por jubilación), que a ese momento no se habría consumado, en tanto no se hallaban cumplidos los recaudos que la propia resolución establece para obtener la prestación por jubilación, la que sólo nace como crédito del actor cuando se cumplen los referidos presupuestos (es decir, que se haya otorgado el derecho a la prestación jubilatoria) (del voto del Dr. Vazquez Vialard, en mayoría). Sala 4ª, 28/2/2005, "Rodríguez, Luis v. Banco Central de la República Argentina".

La calidad de remuneratorio o no del rubro percibido no implica que pueda ser otorgado, modificado o suprimido a su antojo por el empleador. Si la empresa lo venía otorgando regularmente, es evidente que el mismo se había incorporado al plexo de derechos y obligaciones derivados de la relación anudada entre las partes y, consecuentemente no podía ser cancelado unilateralmente. Sala 10ª, 26/9/2002, "Sánchez, Héctor O. v. Petrolera del Conosur SA".

Si el empleador no pagó la remuneración que correspondía o en determinada ocasión dejó de pagarla o adoptó una decisión que produjo una rebaja salarial, subsiste en plenitud el derecho del trabajador de reclamar el pago de lo adeudado, por todo el tiempo de la prescripción aunque haya percibido las sumas sin reservas, lo que es irrelevante. El incumplimiento de una obligación contractual —en el caso, el pago en menos del salario estipulado— no puede constituir válidamente la oferta de una renegociación salarial por un monto inferior. El principio de la intangibilidad salarial es consecuencia de la retribución justa y de la garantía de la propiedad privada, elementos ambos normados en la Constitución Nacional. Sala 6ª, 5/9/2003, "Suar, Ricardo v. Alexander Fleming SA".

## 2. Prestaciones no remuneratorias. Beneficios sociales

A través de la reforma introducida por la ley 24.700, que introdujo el art. 103 bis, LCT, se contrarió lo dispuesto por el convenio 95, el cual prima sobre la normativa interna, atento el rango superior de los tratados internacionales sobre las leyes locales, establecido en forma explícita en la reforma constitucional de 1994. Así, debe presumirse que todo pago por trabajo recibido es de índole remunerativa, en el marco del contrato de trabajo y por la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, salvo las excepciones que por existir causa distinta surjan de la ley. Por todo ello el inc. c), art. 103 bis, LCT, resulta inconstitucional y debe tenerse en cuenta el valor de los *tickets* percibidos por la actora en la base salarial a la hora de practicar la liquidación final. Sala 7ª, 18/6/2010, "Nieva, Vanesa Gabriela v. Telecom Argentina SA".

Si bien podría discutirse, en cierta forma, el carácter o no remuneratorio del uso de automóvil y teléfono celular que la empresa le facilitaba al actor en su carácter de gerente de la misma, en este caso, cuando se trata de un ejecutivo que, por su posición social, tenía esos elementos necesariamente incorporados a su estilo de vida, debe concluirse que la adjudicación de los mismos evitó que tuviera que realizar los gastos pertinentes para su obtención, por lo que importó una ventaja patrimonial que debe considerarse contraprestación salarial en los términos de los arts. 103 y 105, LCT (en igual sentido sala 4ª, 14/8/1995, "Cabrera, Antonio v. Lloyds Bank s/despido"). Sala 10ª, 15/9/2004, "González González, Genaro v. Modulec SA".

La entrega de vales alimentarios por parte de Telecom Argentina SA no derivó de una decisión unilateral suya sustentada en su posición dominante en el sinalagma laboral, sino del CCT 567/2003 "E", es decir del ámbito de la negociación colectiva regido por la ley 14.250, en el que los trabajadores fueron representados por la asociación sindical con personería gremial, homologada por la autoridad administrativa del trabajo conforme se prevé en el art. 4° de dicha norma para producir los efectos allí establecidos. Dichos vales alimentarios revistieron carácter remunerativo a partir del dictado de la ley 26.341. Sala 9ª, 30/9/2010, "Siles, Pedro Osvaldo y otros v. Telecom Argentina SA s/diferencias de salarios".

La Corte Sup., 1/9/2009, en autos "Pérez, Aníbal R. v. Disco SA", declaró la inconstitucionalidad del art. 103 bis, inc. c), LCT, en tanto dispone que los vales alimentarios no tienen carácter salarial.

La C. Nac. Trab., sala 5ª, 3/10/2009, en autos "Fabris, Sergio H. v. Coto Cicsa", estableció que los denominados "Bonos Coto" deben ser incluidos para la determinación del salario.

Los denominados "Bonos Coto", entregados a sus empleados por Supermercados Coto Cicsa, consisten en una suma fija y mensual para su utilización mediante la compra de productos de la empresa. Dicha entrega no resulta equiparable a los beneficios sociales enumerados en el art. 103 bis, LCT. Se trata de una suma fija incorporada de forma mensual al salario del trabajador, y para más, si bien esa suma podría ser traducida en mercadería, lo cierto es que ésta proviene de la demandada. Sala 7ª, 30/9/2010, "Moll, German Alejandro v. Coto Cicsa".

La C. Nac. Trab., sala 3ª, 31/7/2009, en autos "Oreste, Eduardo J. v. YPF SA", resolvió que si el trabajador gozó del beneficio de usar un automóvil suministrado por la empresa sin ningún control por parte de ésta no sólo durante los días laborales sino también los que no lo eran, tal beneficio debe entenderse como una remuneración en especie, integrativa del sueldo, que tiene proyección a los efectos salariales e indemnizatorios y también sobre el cálculo del pago de las vacaciones.

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. Sala 9ª, 30/9/2010, "Rondelli, María Nancy v. Telefónica Móviles Argentina SA".

Resulta improcedente el agravio de la demandada por el cómputo de uso de automóvil y celular como valores remunerativos, enfatizando que el actor también los utilizaba "en interés particular", por resultar evidente que la posibilidad de disfrute exorbitante de lo meramente funcional es necesariamente conocida y aceptada por el empleador que provee tales bienes o servicios, aunque no sea ésa su finalidad principal, que se circunscribe a lo funcional, plano en el que su atribución excluye la libre disposición por el trabajador (característica de la remuneración en sentido estricto según art. 103, LCT). Sala 8ª, 30/6/2006, "Marcos, Pablo Alejandro v. Central de Restaurantes SRL".

*2.1. Servicio de comedor*

Los llamados "comedores subsidiados", servicios gratuitos de merienda y refrigerios, así como también el servicio de transporte, otorgados por la empresa a sus dependientes revisten ribetes atípicos que permiten excluirlos de la categoría de salario expresada en el art. 103 original de la LCT. En tales casos, aun cuando el trabajador abonara un precio menor al vigente en el mercado de consumo o se trasladara desde su domicilio a la empresa y viceversa en el medio que ésta le brindaba, tales prestaciones se otorgaban a los trabajadores en general y no respecto del trabajo que éstos realizaran o de su rendimiento (del voto del Dr. Bermúdez, en mayoría). Sala 2ª, 9/11/2000, "Zabala, Jorge v. Audinac SA y otro".

El convenio 95 de la OIT, ratificado por nuestro país, establece que los beneficios que ocultan remuneraciones deben ser desactivados por incumplir una norma superior. Ellos son: los servicios de comedor de la empresa, vales de almuerzo, vales alimenticios, canastas de alimentos, reintegros de gastos médicos, farmacéuticos, odontológicos, de sepelio de familiares, útiles escolares y guardapolvos entregados a los hijos del trabajador. Mediante tales elementos el trabajador logra mayores ingresos ya que no debe invertir en alimentarse, cuidar su salud o la del grupo familiar. A tal punto es así que la ley 24.700 se contradice a sí misma: mientras el art. 1° define los vales alimenticios y canastas de alimentos como beneficios sociales, el art. 4° carga al empleador con una contribución del 14% destinada a las asignaciones familiares. Como se sabe, solamente las renumeraciones son objeto de contribuciones con destino a la seguridad social. En consecuencia, dado que los *tickets* son remuneratorios, la conducta del empleador consistente en reducirlos es un mero incumplimiento y el trabajador puede reclamar la diferencia por aplicación del art. 260, LCT. Sala 6ª, 14/4/2004, "Pereyra, Walter v. Hospital Británico de Buenos Aires".

*2.2. Ropa de trabajo*

La entrega de ropa de trabajo o cualquier elemento relacionado con el equipamiento (botas de seguridad, anteojos especiales para trabajar con computadoras, antiparras, guantes, delantales para rayos, cascos, cinturones para altura, etc.) no se relaciona con la calidad de vida sino con el deber de seguridad a cargo del empleador, con el decoro necesario en cualquier empresa que se respete a sí misma, o con la elemental obligación de devolver al trabajador los gastos en que incurriera para trabajar. Objetivamente son gastos necesarios para mantener la fuente de producción, no salarios. Si el empleador no los entrega, el trabajador puede adquirirlos por sí y perseguir el reintegro, acompañando los instrumentos comerciales del caso (facturas o recibos) o demostrando los precios corrientes en el mercado (del voto del Dr. Capón Filas, en minoría). Debe excluirse de la condena el rubro ropa de trabajo impaga por parte del empleador, ante la disposición expresa del art. 103 bis, inc. e), LCT (del voto del Dr. De la Fuente, en mayoría). Sala 6ª, 27/4/2001, "Martínez, Ramón v. Cía. de Servicios Hoteleros SA".

## 3. Carácter remuneratorio o no remuneratorio de otros rubros

El pago de la diferencia entre lo abonado por algunos trabajadores en concepto de obra social y el aumento operado en la cuota por dicho servicio, tiende a mejorar la calidad de vida de los dependientes al obtener mejor calidad en la prestación médica, por lo que no es susceptible de generar aportes de naturaleza previsional. Sala 2ª, 28/4/1998, "Cemento San Martín SA v. DGI", TySS 98-778.

Si en el uso del automóvil al trabajador se le abonaba el costo del seguro y provisión de combustible, deben considerarse ambos rubros como remuneración a efectos indemnizatorios por tratarse de un pago en especie conforme a lo normado en el tít. IV, cap. I de la LCT, de acuerdo con la reforma estatuida por la ley 25.877. Con la aplicación del fallo "Vizzoti" la cuestión se encuentra al abrigo de revisión. Sala 8ª, 30/6/2006, "Galíndez, Marcelo v. Volkswagen Argentina SA".

Tanto el servicio de conexión a internet como la contratación de líneas telefónicas y demás servicios destinados a facilitar las comunicaciones y el desarrollo de las relaciones públicas e institucionales de la demandada (cuya principal accionista tiene su sede en Filipinas), no pueden reputarse como remuneratorios en tanto no están destinados a solventar gastos propios o personales del dependiente (gerente general y vicepresidente de la empresa), sino a compensar erogaciones en que éste debería incurrir para el adecuado desempeño de sus tareas (permanente contacto con los directivos de la empresa, sin límite de horario, contacto con los clientes y demás contactos institucionales, participación en diferentes eventos, etc.).

Sala 2ª, 11/11/2002, "De Aboitiz, Cosme v. Buenos Aires Container Terminal Services SA".

Toda vez que el adicional SIM (Servicio de Inspección Migratoria) es abonado por la Dirección Nacional de Migraciones con habitualidad, regularidad y en forma permanente, reviste carácter remuneratorio. Sala 9ª, 12/8/2010, "Bergoglio, Gustavo Enrique y otros v. Estado nacional - Ministerio del Interior - Dirección Nacional de Migraciones s/diferencias de salarios".

La franquicia de pasajes no debe ser computada en la base de las indemnizaciones por no revestir carácter remuneratorio. El art. 103, LCT, utiliza el vocablo "remuneración" con dos alcances. En el párr. 1º se refiere a la remuneración en sentido amplio: todo lo que el trabajador percibe, u obtiene, como consecuencia del contrato de trabajo. En el segundo, se ocupa de la remuneración en sentido estricto, como contraprestación debida por la ejecución de la prestación laboral. Por ello, los pasajes aéreos no retribuyen la cantidad o calidad del trabajo prestado, ni aun la puesta a disposición del trabajador de su propia capacidad de trabajo (art. 103, cit.), notas que caracterizan al salario en sentido estricto. Sala 8ª, 6/10/2010, "Pini, María Gabriela v. American Airlines Inc.".

El Trib. Trab. Mar del Plata, n. 2, 6/8/2009, en autos "Rausch, Carlos A. v. Nuevo Banco Bisel SA", sostuvo que toda ventaja patrimonial que perciba el trabajador por poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador es de naturaleza remuneratoria, y declararla no remunerativa, resulta violatoria de la Constitución Nacional (arts. 14 bis, y 75, inc. 22) y de los pactos internacionales consagrados por ella; entendió, además, que respecto de los créditos alimentarios es justa la aplicación de la tasa activa del Banco de la Nación Argentina a efectos de preservar el derecho de propiedad del trabajador (art. 17, CN) y garantizar la operatividad de los arts. 14 bis, CN, y 39 de la Constitución provincial.

## 4. Remuneración por tiempo. Sueldo y jornal. Forma de cálculo

El derecho a mantener la remuneración en función del tiempo trabajado, escapa totalmente a lo que habitualmente se denomina como *ius variandi*. Cuando se trata de una disminución no consensuada de la remuneración, se torna de aplicación lo dispuesto en el art. 260, LCT, vale decir un pago a cuenta del total cuya integración puede requerirse hasta que se cumpla el plazo de la prescripción. En suma, admitido que se extendió el tiempo de trabajo establecido originalmente, no cabe otra alternativa que retribuir, bajo las mismas pautas salariales, el lapso no contemplado en el haber inicial. Sala 10ª, 27/9/2004, "Ledesma, Ignacio A. y O. v. BCA SA".

Si la convención colectiva no prevé en absoluto el divisor, pero sí contempla la duración de la jornada de trabajo, aquél se obtiene multiplicando las horas de trabajo diarias previstas por el número de jornadas mensuales. El segundo será variable en función de la cantidad de jornadas normales de un mes, dato que depende principalmente de que exista o no actividad de los días sábados. Sala 1ª, 9/8/1996, "Rodríguez, Juan v. Subterráneos de Buenos Aires SE", TySS 2000-737.

Cuando el sueldo se liquida por mes, el valor hora debe obtenerse dividiendo este último importe por el total de horas que las partes han pactado como debido al trabajador. Si bien por razones de conveniencia se suele dividir el total por 200 (veinticinco días de ocho horas cada uno), es necesario ver en cada caso concreto la jornada acordada y aplicar el procedimiento que corresponda. Sala 3ª, 28/12/1994, "Torlaschi, Roberto v. Automóvil Club Argentino", TySS 2000-736.

## 5. Comisión

Si el trabajador percibía normal y habitualmente comisiones, éstas deben ser consideradas para calcular la indemnización por antigüedad, pero no promediadas, sino que debe estarse lisa y llanamente al mes en que el haber total resultó más elevado, por cuanto si el art. 245, LCT, exige que se escoja la "mejor" remuneración, no corresponde efectuar promedio alguno. Asimismo debe tomarse en cuenta el mes en que las comisiones han sido mayores, sin considerar si dicho monto ha sido o no extraordinario en relación con el promedio de los restantes meses. Ello es así, dado que los adjetivos "normal" y "habitual" no se refieren al monto de las remuneraciones, sino al concepto o circunstancias concretas que determinaron su adquisición. Sala 4ª, 31/8/2010, "Jelinskas, Pablo Daniel v. Primera Red Interactiva de Medios Argentinos Prima SA".

En cuanto a la pretensión de cobro de diferencias originadas en la pretendida inclusión del importe correspondiente al IVA sobre los valores de venta en las comisiones por cobranza, cabe señalar que es de aplicación lo dispuesto por el fallo plenario 253 del 4/7/1986: "Cuando no media convenio de partes u otra fuente normativa que así lo considere, no debe tomarse en cuenta el impuesto al valor agregado como integrante del precio de venta a que se refiere el art. 7º, ley 14.546". Sala 10ª, 26/8/2003, "Gattini, Marcelo Héctor v. Sealy Argentina SRL".

En la venta de créditos hipotecarios, el nacimiento del derecho a las comisiones nace con la existencia de negocios perfeccionados, por lo tanto, la mera elevación de un legajo con la solicitud del cliente y la documentación pertinente no implica la concertación de la operación en los términos exigidos por el art. 108, LCT. Es necesario que el banco, luego de un análisis de títulos y antecedentes, en concordancia con lo regulado por el Banco Central de la República Argenti-

na, aprueba el crédito. Sala 4ª, 31/3/2006, "Funes, Roberto Andrés v. HSBC Bank Argentina SA".

### 6. Sueldo anual complementario

El SAC fue implementado en nuestro derecho a través del dec.-ley 33.302/1945, siendo la primera regla de hermenéutica jurídica la interpretación literal de la ley, cuando ésta no ofrece dudas. Es indudable que en nuestro derecho el denominado "sueldo anual complementario" es parte integrante de la remuneración obligatoria debida a quien trabaja en relación de dependencia, como un accesorio necesario, con la particularidad de que su pago está diferido en el tiempo. Siguiendo la máxima latina: *accesorium sequitur principalem*, el sueldo anual complementario debe acompañar la base a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización por despido. Sala 7ª, 13/9/2005, "Bretaña, Juan Antonio v. Escuela Superior de Hotelería SA".

### 7. Gratificaciones

Una retribución variable, relacionada con la cantidad de ventas que lograra el actor por mes, no reviste el carácter de "comisiones". Se trataba de un "premio concurso de ventas" o "incentivo por ventas" adicional variable calculado conforme al nivel de ventas, que responde a la libre disposición de la voluntad de las partes, que no constriñe al empleador por norma de orden público alguna. Sala 8ª, 31/8/2005, "Tassitani, Alejandro v. Coca Cola Femsa de Buenos Aires SA".

### 8. Propinas

Dentro del concepto de remuneración establecido por el art. 103, LCT, aun reconociendo el origen filantrópico que tiene la propina, la mentada retribución sólo puede tener origen como consecuencia efectiva del trabajo prestado por el dependiente para su empleador. Pero para considerarla remunerativa, con las consecuencias que de ello derivan, los trabajadores deben acreditar que las mismas eran habituales y que no existía una prohibición expresa en torno a su percepción. La falta de prohibición legal expresa en torno a las propinas impone interpretar que para el caso que el empleador invocare la existencia de una prohibición que emane de su sola voluntad, la misma debe ser fehacientemente acreditada, pues en tal hipótesis nos encontraríamos en una situación en la cual la unilateral voluntad del empleador priva al dependiente de un beneficio pecuniario de expresa tutela legal. Sala 9ª, 27/8/1999, "López, Oscar y otro v. Hipódromo Argentino de Palermo SA".

Si algún cliente entrega propina a un dependiente, tal acto constituye una liberalidad sin consecuencias laborales, no integrando en modo alguno la remuneración del dependiente, ni puede ser considerado como causal de sanción disciplinaria. Sala 2ª, 29/6/1995, "Dobler, Antonio v. Hoteles Sheraton de Argentina SA s/despido". En igual sentido, sala 3ª, 31/10/1996, "Sánchez, Ilda del Valle v. Hoteles Sheraton de Argentina SA".

Si bien la ley admite que ciertas asignaciones dinerarias y voluntarias de terceros —propinas— puedan ser computadas como remuneración, no son las sumas así percibidas, sino "la ocasión de percibir ganancias", lo que constituye una prestación no dineraria sino en especie que tiene lugar fuera del ámbito de contralor del empleador. Sala 8ª, 22/3/2005, "Faur, Roberto José v. Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente".

Como el monto de las propinas resulta ajeno al control del empleador, y más allá de su determinación estimativa a efectos indemnizatorios, como la que se tornó firme en este caso, no cabe conminarlo a consignar dichos montos en su documentación registral, desde que no debía constarle su entidad. Sala 4ª, 21/3/2006, "Lemos, Ana v. Casino Buenos Aires SA y otros s/despido".

No se advierte conflicto entre las normas del art. 44, CCT 125/1990, y el art. 113, LCT, pues la norma convencional atacada establece la prohibición de percibir propinas, formulación que no se opone a lo dispuesto en el art. 113, LCT, en tanto este último precepto, al establecer que "los ingresos en concepto de propinas... serán considerados formando parte de la remuneración, si revistieran el carácter de habituales y no estuviesen prohibidas", admite, justamente, que las partes puedan disponer que la percepción de sumas en ese carácter esté prohibida. Sala 4ª, 21/6/2006, "Sívori, Victoria Alejandra v. Memene SA".

### 9. Viáticos

Aun cuando sobre las sumas liquidadas en concepto de "viático" y "premio por prestación efectiva de la jornada completa de trabajo" no se efectuaran descuentos por aportes previsionales, ello no basta para considerar a los mismos no remunerativos, pues el actor los percibía regularmente y por sumas fijas, sin que se acreditara que tuviera que desplazarse del lugar normal de ejecución de la prestación laboral. Sala 8ª, 14/2/2003, "López, José M. v. Femesa".

Resulta ajustado calcular dentro del concepto de remuneración las sumas percibidas en concepto de "viático por merienda", en tanto los importes abonados no corresponden a la devolución de gastos efectivamente realizados. Las sumas percibidas en concepto de "pernoctada" tienen su origen en la restitución de un gasto impuesto por el hecho del cumplimiento del trabajo en horas que obligaron al demandante, en su labor como conductor de tren, a pernoctar fuera de su domicilio y por lo tanto no revisten carácter remuneratorio. Sala 1ª, 9/3/2001, "Uran, Luis Omar v. Buenos Aires al Pacífico San Martín SA".

Si bien de acuerdo con el art. 7º, ley 14.546, los viáticos gozaban de carácter salarial, al ser modificado el art. 105, LCT, por la ley 24.700, quedaron excluidos de tal carácter remuneratorio, modificación que entró en vigencia el 22/10/1996. Habiendo el actor ingresado a la empresa en el año 1976, tiene adquirido el derecho a que las sumas que desde entonces percibió en concepto de viáticos mantenga su originaria naturaleza salarial, pues un criterio contrario implicaría convalidar una rebaja de remuneraciones por vía legal, vulnerando así el principio de irrenunciabilidad consagrado a favor del trabajador (arg. arts. 12, 58, 260 y concs., LCT). Sala 2ª, 18/5/2005, "Elia, Rodolfo Alberto v. Agrocom SA".

## 10. Adicionales

### *10.1. Por antigüedad*

Un acuerdo celebrado entre la demandada y el actor consistente en la suspensión del pago de una bonificación que fuera otorgada unilateralmente por la primera carece de toda eficacia y la supuesta conformidad del actor no tiene la relevancia que se pretende acordarle, ya que el diferente poder negocial existente entre las partes lleva a concluir que ello no fue sino una imposición unilateral del empleador (en el caso, la bonificación consistía en un premio por presentismo, y la demandada, priorizando la conservación de las fuentes de trabajo de todos los dependientes, suspendió su pago). Sala 3ª, 18/4/2005, "Coman, Jorge v. ISE Investigaciones Seguridad Empresaria SA".

No cabe hacer lugar al pedido de un agente de la UBA en el sentido de incluir en la base salarial los rubros "estipendio" y "premio", debido a la existencia de un acuerdo suscripto por la Asociación del Personal de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Buenos Aires, en el que se encuadró a dichos rubros en el marco del dec. 333/1993 que les atribuyera naturaleza no retributiva. Sala 1ª, 17/5/2006, "López, Froilán v. Universidad de Buenos Aires".

### *10.2. Premios*

Si el premio estímulo, tal como lo había instituido la demandada, revestía el carácter de premio por asistencia, toda vez que estaba vinculado a la producción con la asistencia y la efectiva prestación de servicios, su falta de abono cuando la licencia por enfermedad superaba cierto período, no resulta violatorio de las normas sustantivas. Sala 5ª, 10/11/1995, "Bosco, Julio v. Caja Nacional de Ahorro y Seguro".

Las partidas llamadas *travel assit allowance*, *housing allowance*, "diferencia entre IC&S y C&S" y "expats premio adicional especial" abonadas a un trabajador jerárquico de una empresa petrolera mientras se desempeñaba en el exterior del país, revisten el carácter de remuneratorias pero no son computables a los efectos del art. 245, LCT, en cuanto no pueden ser calificadas como normales ni habituales, ya qye son percibidas sólo en situaciones de "expatriación". Su función es compensatoria por los mayores gastos que implica residir temporalmente en un país extranjero, independientemente de las tareas cumplidas. Esto es, no retribuyen la cantidad o calidad de trabajo prestado, ni aun la puesta a disposición del empleador de la propia capacidad de trabajo, notas que caracterizan al salario en sentido estricto". Sala 8ª, 27/8/2010, "Cortina, Carlos Gustavo v. ESSO Petrolera Argentina SRL".

## 11. Uso de habitación o vivienda

El rubro "locación de vivienda" no constituye un beneficio social sino un pago en especie (cfr. art. 105, LCT) 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, LCT, integra la remuneración del trabajador. Sala 2ª, 27/9/2010, "Pavano, Juan Francisco v. Carrefour Argentina SA y otro".

Toda vez que la encargada del edificio fue autorizada al uso de un espacio de propiedad común, a fin de alojar a su hijo adolescente, porque la vivienda que le suministraba el consorcio era muy reducida, tal espacio debe considerarse como parte de su salario, en tanto fue cedido para su uso particular, y por ello integra la vivienda que la fue facilitada, debiendo subsistir mientras el vínculo se encuentre vigente. Sala 6ª, 19/2/2010, "Cons. de Prop. Uriarte 2462/64 v. Caballero, Elvira s/desalojo".

La casa habitación que le fuera suministrada al dependiente en forma gratuita es un comodato precario sujeto a la existencia del vínculo laboral, que puede motivar la restitución del inmueble en cualquier momento con sólo la notificación previa. Se trata de una gracia o liberalidad despojada de características remuneratorias independientemente de que su dación le genere un potencial ahorro, al no constituirse en una contraprestación esencial derivada del contrato de trabajo. De modo que no cabe considerar las sumas abonadas por el empleador en concepto de alquiler como integrante de la remuneración. Sin embargo, si como en el caso de marras, la sociedad demandada "reconoce como cierto que el alquiler del inmueble constituía parte de la prestación que la actora percibía de la demandada", corresponde incluir en la base salarial a tener en cuenta para el cálculo de los rubros de condena, la incidencia del monto abonado en concepto de alquiler. Sala 2ª, 19/4/2005, "Podestá, Margarita Cristina y otro v. Haruspex SA".

## 12. Pago de la remuneración

*12.1. Tiempo y lugar*

La mera puesta a disposición de la liquidación final resulta insuficiente como atenuante y —más aún— para demostrar cumplida la obligación prevista en los arts. 103, 128 y 138, LCT, e impide considerar que la accionada haya tenido verdadera voluntad de pagar los conceptos que la componían, pues éstos no se consignaron ni previo a la iniciación del litigio como tampoco durante el trámite y sustanciación del mismo. Sala 7ª, 18/11/2002, "Zalazar, Ramón S. v. Novoa Hnos. SH".

El hecho de que los trabajadores cobraran el sueldo unos días antes del vencimiento legal del plazo no puede eximir a la demandada de la obligación de abonar en término las horas extras. Ese beneficio, que puede considerarse una liberalidad en su origen, quedó incorporado al núcleo del contrato debido a su habitualidad, ya que surge como expectativa dentro del ámbito patrimonial del trabajador beneficiado. Cuando existe habitualidad y pautas fijas para considerar que objetivamente forma parte del contrato, la liberalidad se convierte en obligatoria (conf., sala 2ª, 28/2/1980, DT 1980-409) y por lo tanto no puede ser opuesta por el empleador para no cumplir con el pago oportuno de las horas extras que debe efectuarse juntamente con la retribución principal (conf. art. 127, LCT). Sala 10ª, 30/6/1997, "Radin, Carlos y otros v. Entel".

La demandada esgrime como defensa que al encontrarse acéfalo el consorcio del edificio donde se desempeñaba el trabajador, no había posibilidad de cumplimiento formal del depósito de su salario, dado que se desconocía el número de cuenta de su caja de ahorro. Esta argumentación debe ser descartada, toda vez que el encargado es ajeno a los conflictos entre el consorcio y las administraciones. El deber de todo empleador es arbitrar los medios necesarios para que el empleado cobre su haber mensual, circunstancia que, en el caso, se hubiera solucionado abriendo una nueva caja de ahorro a favor del empleado o bien consignando los valores correspondientes. Sala 10ª, 5/5/2006, "Gómez, Oscar v. Consorcio de Propietarios Edificio José Bonifacio 2392/2394".

## 13. Prueba del pago

*13.1. Recibos. Requisitos. Validez probatoria*

El juzgador sólo puede privar de eficacia cancelatoria al recibo, cuando su examen correlacionado con otros elementos, genere dudas acerca de la realidad del pago. La falta de exhibición de los registros laborales no impone tener por acreditada una maniobra fraudulenta respecto del contenido de los recibos. Si no se invoca la firma de recibos en blanco, carece de trascendencia analizar la prueba tendiente a desvirtuar la presunción emergente de los arts. 1026 y 1028, CCiv. Sala 2ª, 22/2/2001, "Torrico, Ramiro v. Tocker, César A. y otro s/ley 22.250".

El art. 140, LCT, establece la forma que deben contener los recibos de pago imponiéndoles un contenido mínimo y si en el caso concreto la empresa demandada no asentaba la tarea particular que desempeñaba cada operario, pero sí la "categoría", tal dato permite establecer la situación contractual de cada dependiente dentro del organigrama empresario y en consecuencia no pueden reputarse violadas las directivas del citado artículo. Sala 5ª, 29/6/2001, "Ministerio de Trabajo v. Banco Macro Misiones SA s/sumario".

Si conforme lo dispone el art. 138, LCT, el recibo firmado por el trabajador es el único medio para instrumentar los pagos realizados a éste, carece de entidad la pretensión de la demandada de que se tenga por acreditados los pagos con vales de caja, dado que en modo alguno puede suplir el recibo que exige la ley. Sala 5ª, 14/11/1997, "Godoy, Mariela v. Botticelli SA y otro".

*13.2. Firma en blanco*

El art. 60, LCT, prohíbe el otorgamiento de la firma en blanco, apartándose de la regla del art. 1016, CCiv. El trabajador que acredita haberlo hecho puede oponerse al contenido del acto, demostrando que las declaraciones insertas en el documento no son reales. La norma obliga al trabajador a demostrar que firmó en blanco —para eludir la consecuencia del reconocimiento de firma según el art. 1028, CCiv.—, y ello lo habilita a demostrar la falsedad del contenido del instrumento. No basta probar haber firmado en blanco —circunstancia que no excluye la sinceridad de las declaraciones insertas en el documento, que puede haber sido completado por su tenedor con exquisito probidad— para privar de eficacia al instrumento: se debe demostrar que "las declaraciones insertas en el documento no son reales". Sobre ambas materias debe recaer la prueba. Sala 8ª, 6/2/2002, "Volta, Adrián Gustavo v. MyL Catering Service SRL". En igual sentido, sala 4ª, 29/12/1995, "Cordones, Javier v. Wilton Palace Hotel SCA".

El reconocimiento judicial de la firma es suficiente para que el cuerpo del instrumento también quede reconocido, por lo que si no se acredita el abuso de firma en blanco corresponde asignar validez a los conceptos que figuran en los recibos cuya firma fue reconocida por el trabajador. Sala 2ª, 31/12/1997, "Borda, Rodolfo v. Des Nogueira, Adolfo", DT 1998-A-1213.

## 14. Retenciones, deducciones y compensaciones

Salvo en el supuesto previsto en el art. 130, LCT, al practicarse los descuentos o deducciones o retenciones no podrán insumir, en conjunto, más del 20%

del monto total de la remuneración en dinero que perciba el trabajador (cfr. art. 133, LCT). Por ello incurre en abuso, el empleador que cercenó casi la totalidad de la remuneración de su dependiente descontando las cuotas del sistema de medicina prepaga, durante los meses en que duró su licencia sin goce de sueldo. Tal actitud implicó desconocer el carácter alimentario que reviste la contraprestación del trabajador, en los términos del art. 103, LCT. Sala 2ª, 21/5/2003, "Cattáneo, Claudia v. Sociedad Española de Beneficencia Hospital Español s/despido" (GR).

La C. Nac. Trab., sala 5ª, 9/6/2009, en autos "Méndez Villagómez, José A. v. Clínica Privada Independencia SA", consideró válida la denuncia del vínculo efectuada por el trabajador si existió reconocimiento expreso de la empresa acerca de la existencia de una rebaja salarial, así como del diferimiento en el pago de los salarios, invocando un "convenio interno" cuya existencia no se acreditó y cuyos términos serían inhábiles por contrarrestar expresas disposiciones legales sobre el plazo de pago de las remuneraciones.

### 15. Uso de vehículo y cocheras propiedad de la empresa. 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. Sala 9ª, 30/9/2010, "Rondelli, María Nancy v. Telefónica Móviles Argentina SA".

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, LCT, y de la doctrina de la Corte Suprema sobre la materia, al fallar en la causa "Pérez, Aníbal Raúl v. Disco SA" (sent. del 1/9/2009, P.1911.XLII). Sala 4ª, 31/8/2010, "Jelinskas, Pablo Daniel v. Primera Red Interactiva de Medios Argentinos Prima SA".

El uso del automóvil, cochera y celular deben integrar la remuneración, en concordancia con lo dispuesto en el art. 1º, convenio 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 aun 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. Sala 7ª, 19/8/2010, "Maidana, Juan Carlos v. Banco Central de la República Argentina s/diferencias de salarios".

### 16. Participación en las ganancias

La C. Nac. Trab., sala 8ª, 4/9/2009, en autos "Bedino, Mónica N. v. Telecom Argentina SA y otro", concluyó que el Estado nacional resulta responsable juntamente y en forma solidaria con Telecom Argentina SA, ya que la obligación de otorgar los bonos de participación en las ganancias no resulta del contrato individual, sino de la ley 23.696.

## CAPÍTULO XI: RÉGIMEN DE JORNADA

### 1. Concepto y alcance de la jornada

El tiempo requerido para la alimentación dentro de la jornada y en el lugar donde el actor realizaba su labor, integra la jornada de trabajo efectivo y por lo tanto remunerable, en la medida en que conforme lo regla el art. 197, LCT, éste durante dicho lapso no podía disponer de su actividad en beneficio propio. Sala 2ª, 11/4/2001, "Kalbermatter, Carola v. Centro de Asesoramiento Estético SA".

Debe remunerarse la pausa de media hora cumplida en el curso del horario continuado de trabajo —durante la que los trabajadores no prestan servicios ni permanecen en su lugar de tareas y en la que descansan o comen pero no pueden salir del establecimiento— ya que constituye "un período de inactividad a que obliga la prestación contratada" (art. 197, párr. 2º, LCT) por tratarse de un horario diagramado por el empleador fundado en necesidades y conveniencias de la empresa que responde a un requerimiento de la función vinculado con el mejor desempeño en cuanto a la capacidad de producción de los operarios en su labor diaria. Sup. Corte Bs. As., 31/7/1999, "Valdez, Leopoldo y otros v. Finexcor SA", TySS 2000-728.

Si el tiempo otorgado para el almuerzo podía ser interrumpido para llevar a cabo tareas en el hotel, au-

nada la circunstancia de la necesidad de confeccionar y presentar un formulario escrito para obtener autorización a efectos de salir del establecimiento en ese lapso, cabe considerar que el horario era "corrido" y que durante esa hora del mediodía la subordinada mantenía su fuerza de trabajo a disposición del principal en los términos de los arts. 130, párr. 2°, y 197, LCT. Como ese tramo debe ser considerado como tiempo de servicio, ello alonga las jornadas cumplidas por la accionante y convierte en suplementarias a esas horas laboradas en la semana (arts. 201, LCT; 5°, ley 11.544). Sala 10ª, 13/2/2003, "Aguirre Blanco, Abdona v. Hoteles Argentinos SA".

## 2. Límite máximo. Excepciones

### *2.1. Tareas de vigilancia. Personal jerárquico*

En los casos de empleos de vigilancia no corresponde el pago de horas nocturnas pero sí el exceso de horas como trabajo suplementario, si se acredita tal extremo. Los trabajadores de vigilancia activa —no considerada trabajo intermitente— no podrían estar excluidos sin más de las limitaciones a la jornada. Ello fue plasmado convencionalmente y se retribuye como hora suplementaria. Sala 10ª, 25/2/1999, "Germán, Tito Aurelio v. Odipa SRL".

La ley 11.544 que legisla la jornada de trabajo y descanso, dentro de las llamadas excepciones a la jornada máxima establece los trabajos de dirección y vigilancia, por lo que si el actor era tesorero de una sucursal de un banco, el mismo es un trabajo de dirección ya que tiene asignadas responsabilidades conductivas y bajo cuya autoridad se hallan funcionalmente otros subordinados. Es inadmisible el reclamo del actor tendiente a que sean computadas para el cálculo su indemnización por despido las horas extras laboradas en el último año de su relación de trabajo, pues la tarea de tesorero que desempeñaba es considerada jerárquica en el trabajo bancario y consecuentemente la ejecución de horarios en exceso de la jornada ordinaria para el cumplimiento de sus funciones es una obligación sin compensación salarial. Sala 4ª, 20/2/2004, "Alfaro, Aldo I. v. Banco Macro SA", DT 2004-A-824.

El CCT 194/1992 de vigiladores ha dejado sin efecto la disposición normativa sobre la jornada de trabajo que libera al personal de dirección y vigilancia del límite horario (art. 11, dec. 16.115, reglamentario de la ley 11.544), porque establece claramente el límite ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, salvo que se adopte el sistema rotativo de doce horas de trabajo seguidos por un franco de treinta y seis (art. 9°). Sala 6ª, 15/7/2004, "Waisman, Marcelo Sergio v. Organización Fiel SA".

Si bien por aplicación de lo dispuesto en el art. 3°, inc. a), ley 11.544, el personal que cumple tareas de vigilancia está excluido del régimen ordinario de jornada de trabajo, el actor no cumplió tareas de vigilancia pasiva en los términos del dec. 146/1945. El CCT 194/1992 aplicable a los vigiladores prevé el supuesto de pago de horas extra cuando la jornada de trabajo exceda las cuarenta y ocho horas semanales. Sala 10ª, 29/3/2005, "Barrios, Carlos Manuel v. Fortuna Seguridad SRL".

### *2.2. Corredores, promotores, guías de turismo, conductores de taxi*

No puede encuadrarse al guía de turismo ni como personal de dirección ni como personal de vigilancia superior pues sólo representa a la empresa en cuanto al trato con el público en el transcurso de los viajes. Es una figura que podría asemejarse al vendedor placista, promotor o bien personal destinado a la "atención al público". Como consecuencia, no se encuentra comprendido en las excepciones contempladas por la ley 11.544, art. 3°, inc. a) y en el dec. 16.115. Sala 2ª, 22/2/2001, "Rodríguez, Carlos v. Viajes ATI SA s/despido".

En el caso de los conductores de taxi, las horas extras o el exceso en la jornada que pudiera existir, respecto del límite legal genéricamente establecido, no debe juzgarse conceptualmente trabajo extraordinario. Ello es así por cuanto el taxista se mueve libremente por la ciudad y puede interrumpir su tarea sin conocimiento ni control de su empleador, no existiendo constancia fehaciente de los pasajeros que levanta, del itinerario de los viajes que realiza, ni de la hora en que recauda cada pago (C. Nac. Trab., sala 3ª, 17/5/1996, sent. 71.469). Sala 1ª, 30/9/1997, "Vidal, Héctor v. Grasso, Ricardo".

### *2.3. Trabajo intermitente*

Por "trabajo intermitente" se entiende aquellas tareas cuya naturaleza obliga a permanecer en el puesto durante toda la jornada, pero sólo exigen esporádicamente la actividad del trabajador. Ha sido invocada esta modalidad como justificación de la excepción del art. 3°, inc. a), respecto del personal de vigilancia subalterna. Sala 6ª, 9/12/1996, "Gómez, Severo v. Vademécum SA".

### *2.4. Trabajo por equipos*

El trabajo por equipos o turnos rotativos, en cuanto a la carga horaria, es una excepción relativa, pues no permite prescindir de los topes temporales a la duración del trabajo, sino que los impone de una forma distinta, extendiendo el tope diario o semanal hasta tres semanas, siempre y cuando se respeten las siguientes condiciones: a) que el promedio de las horas de trabajo dentro del "ciclo" no exceda de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales; b) que no se superen las cincuenta y seis horas en ninguna de las semanas que integran el ciclo; c) que no se excedan durante el ciclo las ciento cuarenta y cuatro horas en dieciocho días de trabajo efectivo. Cabe concluir que

la labor cumplida dentro de aquellos límites no da lugar a recargos salariales (art. 3°, dec. 16.115/1933); ergo, si se supera cualquiera de ellos, procede el pago como contraprestación por los servicios prestados o por la mera puesta a disposición del trabajador. Sala 9ª, 19/5/2009, "Montaner, Karina Mercedes v. Iberargen SA s/diferencias de salarios".

El art. 2°, dec. 16.115/1933, establece que cuando el trabajo se efectúe por equipos, la duración podrá ser prolongada más allá de las ocho horas por día y de cuarenta y ocho 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. Si el actor trabajaba ininterrumpidamente durante seis días (de once horas), y gozaba de tres días de franco, el límite previsto en la norma precitada era superado constantemente en dos de cada tres ciclos (de tres semanas), por lo que la prestación de servicios en tales condiciones debe ser abonada con un recargo del 50% correspondiente a los días comunes (art. 201, LCT). Sala 8ª, 23/10/2003, "Konalezuk, Alfredo v. Coviares SA".

La modalidad horaria denominada "turnos rotativos" se halla asimilada al "trabajo por equipos" (arts. 197, 200 y 202, LCT), por lo que de conformidad con lo normado en el art. 3°, inc. b), ley 11.544, y los arts. 9° y 10, dec. regl. 16.115/1933, las labores sujetas a tal diagramación horaria se encuentran excluidas del régimen general de descanso semanal, disponiendo que la jornada computada durante dieciocho días de trabajo efectivo no exceda de ciento cuarenta y cuatro horas y dentro del ciclo semanal no supere las cincuenta y seis horas (art. 2°, decreto citado). Sala 2ª, 27/10/2003, "Fioroto, Miguel v. Casino Buenos Aires SA".

La contratación del sistema de turnos rotativos o trabajo por equipos, donde se pacta una jornada diaria de doce horas durante catorce días corridos, con siete días de franco consecutivos al final del período de catorce días, presenta un descanso semanal atípico, que suple el equivalente del sábado y domingo con un régimen intermitente que supera el régimen mínimo de descanso hebdomadario garantizado por la ley. En esos términos debe concluirse que se está trabajando en exceso de la jornada máxima semanal de cuarenta y ocho horas. Sala 1ª, 31/8/2004, "España Miranda, Héctor Segundo y otros v. Sodexho Argentina SA".

No habiéndose dispuesto rotación de turnos alguna en la organización del trabajo por equipos de trabajadores de jornada nocturna, en un período superior a un año, debe estarse a las limitaciones establecidas en el art. 200, LCT, de las jornadas que no podrán exceder de las siete horas diarias. Sala 2ª, 8/8/2005, "Albamonte, Mariano v. Casino Buenos Aires SA".

### 3. Jornada nocturna. Jornada de trabajo mixta

No existe un "plus" de ocho minutos por cada hora trabajada en horario "nocturno" porque, en realidad, dicho valor no existe como tal con prescindencia de los límites fijados a la jornada diurna, ya que se trata de una equivalencia destinada a establecer el límite que corresponde a la jornada mixta (conf. art. 9°, dec. 16.115, y art. 200, LCT). En este sentido, tanto el art. 200, LCT, como el art. 9°, dec. 16.115/1933, en rigor, sólo mencionan una equivalencia de valor entre la hora nocturna y la diurna a fin de establecer la medida en la cual se debe reducir el límite de jornada cuando ésta es mixta; o, dicho de otro modo, cuál es la medida del exceso a dicho límite cuando no se aplicó reducción alguna. De todos modos, en cualquiera de ambos casos, los ocho minutos de excedente por hora que resultan de aplicar la reducción al límite legal que corresponde a la jornada mixta, es tiempo "extra" que debe ser abonado con los recargos legales. Sala 2ª, 25/4/2008, "Marzorati, Fernando Reynaldo v. Insúa, Armando Manuel y otro".

Prevista por el convenio colectivo una jornada máxima de siete horas, con un máximo de cuarenta y dos horas semanales, corresponde el pago de cuarenta y ocho minutos extra cuando el horario es de 0 a 7 de lunes a sábados, porque se alternan seis horas nocturnas (de 0 a 6) —por las que corresponde reducir proporcionalmente la jornada en ocho minutos por cada hora o pagar el exceso—, con una hora diurna (de 6 a 7). Sala 10ª, 7/2/1999, "Molfese, Ángel A. y otros v. Cleaning Service SA s/diferencias de salarios", TySS 2000-622.

El cómputo de las horas nocturnas como una hora ocho minutos, tiene exclusivamente por objeto la determinación de una jornada que no sobrepase el límite legal, es decir, tiene en miras razones estrictamente higiénicas. Por lo tanto, si el conjunto de horas nocturnas y diurnas no sobrepasa las ocho horas o nueve en el caso, no corresponde el pago de adicional alguno. Dicho en otros términos, no existe un adicional especial para el trabajo nocturno. Sala 2ª, 28/5/1996, "Leiva, José v. Cleaning Service SA s/despido".

### 4. Jornada insalubre

En el caso no se solicita sólo la entrega de certificaciones de servicios, sino que se le reconozcan al actor diferencias vinculadas con las condiciones de trabajo que alega como insalubres. Es decir que para evaluar la procedencia del reclamo de un nuevo certificado de servicios se requería analizar si se habían probado esas tareas insalubres, y ese aspecto está claramente alcanzado por la prescripción establecida por el art. 256, LCT. Sala 6ª, 19/8/2009, "Corsini, Jorge R. v. Telefónica de Argentina SA".

El párr. 3°, art. 200, LCT, establece que la insalubridad no existirá sin declaración previa de la autori-

dad 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 la remuneración. No cabe duda de que existen, algunas veces, jornadas que se desarrollan en lugares que por las condiciones del mismo, por su modalidad o naturaleza ponen en peligro la salud de los trabajadores; empero, la declaración de insalubridad de una tarea debe surgir necesariamente de una resolución de la autoridad administrativa con fundamento en dictámenes médicos. De tal manera, no existe trabajo insalubre sin la mentada declaración de la autoridad administrativa. Sala 7ª, 12/8/2004, "González, Carlos Edgardo v. Técnicas Ferroviarias SA".

No puede prosperar un planteo de diferencias salariales por horas extras trabajadas, en la medida en que la autoridad provincial de Jujuy ha declarado mediante res. 161/2001 como riesgosas y/o penosas y/o determinantes de vejez o agotamiento prematuro a los trabajos realizados por los operarios de la empresa Aceros Zapla SA a efectos exclusivamente previsionales. Dicha declaración no puede asimilarse a la declaración administrativa de insalubridad en los términos del art. 200, LCT. Sala 10ª, 27/6/2006, "Casimiro, René Horacio y otros v. Aceros Zapla SA".

## 5. Horas extras

### *5.1. Prueba. Registros*

Cuando la demanda 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 horarios suplementarios 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. Sala 9ª, 18/10/2010, "González, María Fe v. Teletech Argentina SA".

No cabe aplicar al actor, gerente en distintas sucursales de una cadena de supermercados, el régimen de la ley 11.544 para el cobro por trabajo realizado en tiempo suplementario, por cuanto las funciones jerárquicas se encuentran excluidas de dicho régimen (arts. 3° de la citada ley y 11, dec. 16.115/1933). Sala 9ª, 11/6/2010, "Lerman, Sergio Marcelo v. Disco SA".

Debe rechazarse el reclamo por horas extras por trabajo nocturno, en la medida en que se encuentre probado que el trabajador laboró bajo el régimen de turnos rotativos de ocho horas diarias. Ello así, toda vez que la situación encuadra en la excepción a la jornada legal prevista en el art. 3°, inc. b), ley 11.544. Sala 5ª, 30/9/2009, "Lassig, Mauro Ricardo v. Autopistas del Sol SA".

Si se prestan servicios en horas suplementarias, teniendo en cuenta lo establecido por el art. 8°, convenio 1 OIT, y por el art. 11, pto. 2, convenio 30 OIT, ambos ratificados y de jerarquía supralegal conforme art. 75, inc. 22, CN; advirtiendo que esas normas internacionales se encuentran receptadas en el art. 6°, ley 11.544, y art. 21°, dec. 16.115/1933, corresponde concluir que la demandada está obligada a llevar un registro especial en el que conste el trabajo prestado en horas extraordinarias. Y ante la ausencia de exhibición, y lo dispuesto por el art. 52, incs. g) y h), y por art. 55, LCT, debe presumirse que son ciertas las horas extras que se denuncien en la demandada, siendo la empleadora quien debe producir prueba en contrario. Sala 6ª, 19/2/2010, "Báez, Pedro Alberto v. Transportes Servemar SA".

La excepción al régimen de jornada, en cuanto al no reconocimiento de horas extras, para los empleos de dirección o vigilancia contenida en el art. 3°, inc. a), ley 11.544, encuentra su justificación en la asimilación de quienes cumplen funciones gerenciales o directivas con el empleador mismo, a quien representan. Esta circunstancia los excluye del sometimiento a las mismas condiciones de labor impuestas al resto de los subordinados, en virtud de la responsabilidad que importa el cargo que ocupan y que en el aspecto retributivo se halla compensada con ingresos comúnmente más abultados que los de sus subordinados. De allí la excepción al reconocimiento de suplementos por el trabajo cumplido en horario extraordinario. Sala 3ª, 15/2/2010, "Parrilla, Stella Maris v. Total Cell SA".

La C. Nac. Trab., sala 3ª, 27/3/2009, en autos "Anad, Ariel O. v. Coto Cicsa", consideró inaplicable el art. 6°, acuerdo colectivo 1.081.147/2003, celebrado entre la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios y Coto Cicsa, porque constituiría una regulación peyorativa para el trabajador que no puede ser reputada como eficaz, especialmente porque las normas imperativas integran el orden público laboral y no pueden ser modificadas mediante el supuesto ejercicio de la denominada "autonomía colectiva" en perjuicio de los trabajadores.

Cuando el art. 8.5, CCT 389/2004, en relación con el trabajo los días sábados desde las 13, domingos y feriados, dispone que el trabajador tendrá derecho a hacer uso del franco omitido en la forma prevista por la LCT "y" exigir el pago de las horas trabajadas en dichos días, utilizó una conjunción copulativa, es decir que no se trata de dos derechos alternativos sino que el primero (el goce compulsivo del franco por el trabajador en la forma prevista por el art. 207, LCT) resulta condicionante para que nazca el derecho a que le sean abonadas las horas en que debió gozar del descanso o, dicho de otro modo, que el segundo depende del primero. Sala 2ª, 19/8/2010, "Romero, Iván Patricio v. Spinetto Meat SA".

La C. Nac. Trab., sala 6ª, 29/5/2009, en autos "Pollicina, Marcelo G. v. Francisco Osvaldo Díaz

SA", estableció que los vendedores están excluidos del régimen de la ley 14.546 por las razones indicadas en el art. 14, CCT 379/2004, pero ello no los coloca fuera de toda protección vinculada con la extensión de la jornada (art. 18, inc. 2°).

La C. Nac. Trab., sala 3ª, 13/5/2009, en autos "Rogal, Oscar v. Editorial Amfin SA", estableció: a) que según el estatuto para el personal administrativo de empresas periodísticas, el tiempo trabajado más allá de las seis horas y media es suplementario y debe pagarse como tal, aunque el total semanal no pase de treinta y seis horas, y b) que la presunción *iuris tantum* contemplada en el art. 178, LCT, referida a la protección de la mujer embarazada o madre no puede hacerse extensiva al trabajador varón.

No existe norma legal alguna que establezca que la valoración de la prueba del cumplimiento de labores durante tiempo extraordinario deba ser realizado con mayor estrictez, o que la convicción que arroje la prueba producida deba ser más contundente que la necesaria para administrar cualquier otro hecho litigioso. En otras palabras, el horario puede ser probado por cualquiera de los medios de prueba expresa o implícitamente admitidos por la ley orgánica y la valoración de la prueba debe ser realizada conforme los principios de la sana crítica, como dispone el art. 386, CPCCN (conf. sala 10ª, en autos "Funari, Raúl v. Consorcio de Propietarios del Edificio J. V. González 406"). Sala 10ª, 13/3/2006, "Ramírez, Mariano Gastón v. Password SA y otros".

Debe mediar demostración cabal de la efectiva prestación de los servicios fuera de la jornada normal y legal, tanto en lo que refiere a los servicios prestados como al tiempo de su cumplimiento, constituyendo presunción en contra del trabajador el hecho de no formular el reclamo durante la vigencia del vínculo laboral (conf. esta sala, sent. 57071 del 24/4/1989, "Chavez, Anadeo v. The Window Pub SA", entre muchos otros). Sala 1ª, 22/2/2008, "Catalano, Roberto v. Mirazones SA y otro".

Sólo cuando se compruebe el trabajo en tiempo extra puede considerarse que el empleador tenía obligación de asentar el exceso en el libro del art. 52, LCT, 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 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 de registro no puede llevar —por vía de presunción— a tener por acreditado aquello de cuya demostración previa dependía la operatividad de la referida presunción (del voto de Pirolo. Maza adhiere, con la salvedad de que la sentencia debe confirmarse exclusivamente, en tanto la prueba testimonial no ha sido idónea para demostrar que el actor haya laborado en exceso de la jornada legal máxima). Sala 2ª, 12/3/2008, "Moyano, Edgardo v. Garello Daniel".

En nuestra legislación (salvo para las excepciones) existe un límite de nueve horas diarias de trabajo, más allá del cual debe considerarse que se produce un exceso en la jornada de trabajo, aun cuando no está sobrepasado el tope de cuarenta y ocho horas semanales. No cabe duda de que los principios de orden técnico, ético y económico en que se fundan tanto la ley 11.544 como su decreto reglamentario, así como también la evidente finalidad higiénica que estas normas persiguen en reguardo de la integridad psicofísica del trabajador, no autorizan a considerar que sólo existe un límite semanal que permita "desentenderse" del límite diario (conf. PIROLO, Miguel A., *Curso de derecho del trabajo y la seguridad social*, 2ª ed., dirigido por Rodríguez Mancini, Astrea, p. 291). Es claro, en el espíritu de las normas en juego, que la presentación de servicios que supere el máximo de nueve horas por día (salvo las excepciones legalmente admitidas), aun cuando no se sobrepasen las cuarenta y ocho horas semanales, genera las consecuencias que esas mismas normas prevén para el trabajo efectuado en tiempo suplementario o extraordinario. Sala 2ª, 12/3/2008, "Guzzo, Luciano v. Sign Publicidad SRL".

## CAPÍTULO XII: DESCANSOS, FERIADOS, VACACIONES Y LICENCIAS

### 1. Descanso diario

Cuando todos los empleados de la empresa contaban con una hora para almorzar, ésta no puede considerarse como tiempo trabajado, ya que el actor no estaba efectivamente a disposición del empleador, sino que podía gozar del mismo en beneficio propio. Por ello a las horas extras calculadas debe deducirse la que se empleaba con motivo del almuerzo (del voto de Fontana, en minoría). Sala 6ª, 3/3/2010, "Sanaberon, Manuel v. Maxiconsumo SA".

### 2. Descanso semanal

La supresión del trabajo extraordinario prestado en días destinados al descanso no implica una modificación unilateral del contrato de trabajo, en tanto la empleadora se haya limitado a cumplir con el mandato legal dejando de violar las normas sobre el trabajo semanal. Más en el caso en que el trabajador, insólitamente, reclamaba el restablecimiento de una jornada de sesenta y ocho horas semanales, sin descanso. Es necesario recordar que la supresión de horas extras no

concierne al contenido esencial del contrato que se proyecta en lo previsto en el art. 66, LCT, dado que la dación de trabajo en tiempo suplementario depende de las necesidades y requerimientos de la empresa y no existe derecho adquirido del trabajador a realizar tareas extraordinarias ni obligación de llevarlas a cabo (art. 203, LCT). Sala 4ª, 27/3/2009, "Retamozo, Cristobal v. Cons. Prop. Santos Dumont 2368".

Si la labor cumplida los sábados y domingos no ha importado la configuración de trabajo extraordinario susceptible de ser encuadrado en el art. 201, LCT, sino que implicaba parte del trabajo habitual con los correspondientes francos y no se ha excedido el máximo de duración del trabajo semanal, no corresponde el pago de horas extraordinarias. La jornada de trabajo y el descanso semanal son institutos diferentes, cuyo ámbito de actuación no debe confundirse, por lo cual no corresponde abonar con el recargo que establece el art. 207, LCT, las horas trabajadas los días sábados después de las 13 y los domingos, si no se ha laborado en exceso de la jornada legal de cuarenta y ocho horas Ninguna norma de nuestro derecho positivo le acuerda al trabajador el derecho a que se le retribuya el descanso hebdomadario no cumplido (o el que lo compense), salvo el supuesto del art. 207, LCT. Sala 10ª, 11/10/2002, "Maciel, Claudio F. v. Wal-Mart Argentina SA", DT 2003-A-245. En igual sentido, sala 10ª, 16/7/1999, "Sánchez Lamas, José v. Consorcio de Propietarios Edificio Ayacucho 1804"; sala 8ª, 12/4/1989, "Serres, Arturo v. Romero Osvaldo".

Si el trabajador —en el caso, mucama de hotel— no hizo uso del derecho previsto en el art. 207, LCT, de tomarse por su cuenta con la debida comunicación los días de descanso no gozados, pierde el derecho a reclamar el 100% de recargo sobre el salario habitual de aquellos días, pues de lo contrario se desvirtúa la finalidad que persigue la institución y las normas sobre descanso. C. Trab. Córdoba, sala 2ª, 9/2/2000, "López de Maamonde, Marta A. v. Hotel Macondo y otro". En igual sentido, sala 5ª, 14/2/1992, "Orellana, Luis v. Organización Clearing Argentino SA s/despido"; Sup. Corte Bs. As., 24/8/1993, "Actis, Enrique y otros v. Cristalux SA", TySS 1993-979.

El recargo para el pago de las horas laboradas los días sábados después de las 13 y los domingos corresponde únicamente si consisten en horas complementarias que el trabajador debe excepcionalmente cumplir, pero no si se trata del cumplimiento de la jornada normal en día inhábil. Ello es así porque la jornada de trabajo y el descanso semanal son institutos diferentes cuyo ámbito de actuación no debe confundirse. En consecuencia, no corresponde abonar con el recargo que establece el art. 207, LCT, las horas trabajadas los días sábados después de las 13 y los domingos si, como en el caso, no se ha laborado en exceso de la jornada legal (conf. esta sala, 11/10/2002, "Maciel, Claudio v. Wal-Mart Argentina SA", SD.11112). Sala 10ª, 12/4/2004, "Valdez, Ernesto v. Wal-Mart Argentina SA".

Existe una protección adicional para ciertas horas extras frente a otras horas extras (art. 201, LCT, con un recargo del 50% y 100%, respectivamente, sobre el salario habitual del trabajador), que no está relacionada estrictamente con el descanso, que tiene regulaciones específicas. Dicha protección se refiere al goce del ocio en ciertas ocasiones socialmente determinadas (sábados, domingos y feriados). En efecto, para una persona no es igual tener un descanso en miércoles o jueves que disfrutar de él el fin de semana, porque esta última es una oportunidad sensiblemente mejor de compartir el ocio con familiares y amigos, asistir a espectáculos y esparcimientos públicos y, en general, hacer un uso más fructífero del tiempo libre. Ésta es la justificación que cabe atribuir al recargo del 100% sobre horas suplementarias, ya que ese trato diferencial no puede fundarse en la protección del descanso semanal, que puede ser cumplida, en los casos autorizados, por el otorgamiento de francos compensatorios. Sala 2ª, 16/7/2004, "Corbo, Ávalo David v. Distribuidora de Confecciones Johnson's Ltda. y otro".

### 3. Vacaciones

La finalidad de las vacaciones es la recuperación psicofísica del trabajador, por lo que si no se denuncia que fueron gozadas pero no abonadas, no resultan compensables en dinero (art. 162, LCT), y si el trabajador no ejerció el derecho que le acuerda el art. 157 debe cargar con las consecuencias negativas de su renuncia al goce del beneficio. En igual sentido sala 10ª, 30/9/1998, "Veres v. Aguas Argentinas SA", DJ 1999-2-494. Sala 10ª, 18/6/2004, "Hayden, Elena Griselda v. Instituto de Estadística y Registro de la Industria de la Construcción Ieric".

Si bien las vacaciones no gozadas tienen carácter indemnizatorio, el art. 156, LCT, se refiere al "salario correspondiente" al período de descanso proporcional a la fracción del año trabajado y, dado que el SAC 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. Sala 4ª, 12/7/2010, "Morris Carlos B. v. Internacional Dina SA".

Si bien las vacaciones no gozadas no son, en principio, susceptibles de compensación económica, la regla aludida admite excepciones cuando (como en el caso de autos) la ruptura del contrato se produce antes del vencimiento del plazo previsto en el art. 157, LCT, para reclamar su goce. Sala 10ª, 21/5/2010, "Cousiño, Diego v. Aerolíneas Argentinas SA y otros".

El art. 20, inc. i), ley 20.628, incluye dentro de las exenciones al pago del impuesto a las ganancias

las "...indemnizaciones por antigüedad en los casos de despido...", entre otras. En cambio la norma expresamente prevé que "no están exentas... las indemnizaciones por falta de preaviso en el despido...". En orden a las "vacaciones no gozadas", es dable señalar que no se puede aplicar la exención, por ser una excepción, por analogía, a los casos no previstos. El importe abonado en concepto de vacaciones proporcionales no gozadas, no se encuentra contemplado en ninguna excepción y, por ende, no está exento del tributo. El Alto Tribunal ha señalado que las exenciones deben resultar de la letra de la ley, de la indudable intención del legislador o de la necesaria implicancia lógica de las leyes que las establecen y que fuera de esos casos corresponde la interpretación estricta de las normas (Corte Sup., "Manitta, José y otros v. Provincia de Mendoza", Fallos 283:61). Sala 1ª, 27/4/2010, "Bevilacqua, Norberto Luis v. Bausch & Lomb Argentinas SRL".

No cabe el cálculo de la incidencia del sueldo anual complementario en la paga de las vacaciones no gozadas. Ello así, toda vez que este rubro posee naturaleza indemnizatoria y, aunque su monto debe ser equivalente al salario correspondiente al período de descanso proporcional a la fracción del año trabajada (art. 156, LCT), ello no permite calcular el sueldo anual complementario sobre dicha suma, ya que no puede discutirse que esa porción de aguinaldo constituye salario devengado con miras a ser satisfecho en las ocasiones que instituye la ley. Sala 3ª, 21/12/2009, "Ocampo, Carlos Javier v. Habasit Argentina SA s/ley 14.546".

El art. 162, LCT, consagra la regla de la incompensabilidad en dinero del goce efectivo de las vacaciones. Así, en el caso, dado que el empleador no había comunicado en tiempo útil la fecha de concesión (art. 154, LCT), el actor podría haberlas tomado por sí mismo, en las condiciones del art. 157 de la misma ley, caso en el que sí habría adquirido el derecho a la correlativa retribución. Sala 8ª, 28/2/2006, "Margulis, Edgardo Marcelo v. Hogar Israelita Argentino para Ancianos Asociación Civil sin Fines de Lucro".

### 4. Licencias especiales

*4.1. Feriados, no laborables*

Si la actividad de la demandada (comercio de prendas de vestir) no se encuentra entre las enumeradas por los arts. 8º a 14, dec. 16.117/1933, ni se han invocado excepciones especiales (arts. 16 y 17), en tal contexto, el trabajador se halla autorizado para rehusar la prestación de servicios en feriados nacionales, sin que su anuencia para prestarlos en otras ocasiones le resulte oponible. Esto es así, pues todo pacto contrario a una prohibición legal es un acto jurídico ineficaz (art. 953, CCiv.). Sala 8ª, 21/10/1998, "Álvarez Roson, Diego v. Modart SA".

En el régimen de los arts. 166 y ss., LCT, el trabajador remunerado con frecuencia mensual no presta servicios durante un feriado, pero igualmente lo percibe, incorporado a su sueldo. No existe norma ni interpretación razonable de las que al tema se refieren, que autorice a descontar el salario de un día en esas condiciones. Sala 8ª, 19/2/1999, "Reynoso, Alejandro v. La Churrasquita SA".

## CAPÍTULO XIII: ENFERMEDADES Y ACCIDENTES INCULPABLES

### 1. Generalidades

El art. 208, LCT, dispone extender el tiempo de licencia paga sobre el presupuesto de una "carga de familia". No contiene descripción, individualización de su contenido, ni delimitación de su alcance y no puede dársele una interpretación restrictiva donde el espíritu de la ley no lo inspira. La norma describe a un trabajador que reviste la calidad de sujeto activo de los deberes de naturaleza familiar y que es este carácter el presupuesto necesario para que se produzca la duplicación del tiempo de duración de licencia paga por enfermedad inculpable conforme lo dispone el art. 208, 2ª parte, LCT. Sala 10ª, 16/2/2005, "Amaro, Belki Janet v. Centralab SA y otro".

### 2. Reconocimiento médico. Obligación de dar aviso. Control

La necesidad del empleador de verificar el estado de salud puede legitimar la exención de prestar servicios, pero no la suspensión del pago de salarios. Y si bien la empleadora no estaba obligada, en el caso, a readmitir al actor, salvo en el supuesto de determinación de una incapacidad funcional definitiva y parcial, si lo hizo libremente, aunque limitando los alcances de su compromiso, asumió con ello en plenitud las consecuencias de ese acto. Sala 8ª, 30/4/2009, "Lescano, Alfredo v. Curtiembre Becas SA".

Ante la discrepancia de diagnósticos, la actitud de la empleadora de fijar una junta médica a fin de determinar el verdadero estado de salud de la accionante resultó ajustada a derecho. Sala 3ª, 8/2/2000, "Remón, María v. Eurosat SA".

Si el trabajador se accidentó mientras estaba ausente en goce de vacaciones y no cumplió con el deber de notificar al empleador, resultaba de cumplimiento imposible el deber del empleador de controlar y verificar el estado del trabajador, así como también volver a intimarlo para retomar tareas, por lo que la comunicación dirigida a su domicilio como intimación previa, puede considerarse eficaz. Sala 7ª, 17/5/2000,

"Cappai, Isidoro Víctor v. Consorcio de Propietarios del Edificio Juan Bautista Alberdi 232/36".

Del juego armónico de los arts. 209 y 210 se impone al trabajador la obligación de dar aviso al empleador, durante el transcurso de la primera jornada en la que se encontrare imposibilitado de concurrir y someterse al control que en su caso se efectúe por el médico designado por el empleador. Un aviso tardío por parte del empleado sólo derivaría en la pérdida del salario, pero de ningún modo la norma dispone la inoponibilidad al principal del impedimento justificado cuando se acredita mediante certificados que para invalidarlos necesitarían la producción de prueba por parte de la empleadora. Para impugnar los certificados médicos obtenidos por el trabajador el empleador debe producir prueba que demuestre la primacía de la opinión del médico patronal sobre aquéllos. Sala 2ª, 11/6/1999, "Silva, José v. SA Organización Coordinadora Argentina s/despido".

El empleador 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—. Lo que obviamente perderá es la posibilidad de cuestionar exitosamente el certificado que presente el trabajador para acreditar la imposibilidad, en cuanto no estará en condiciones de confrontarlo con otra opinión profesional. Sala 6ª, 18/7/1995, "Deluca, Estanislao v. Frigoríficos SAG SA".

Si bien es cierto que ninguna norma legal o convencional impone en forma expresa la obligación de la empresa de convocar a una junta médica ante la discrepancia que se produzca entre las certificaciones médicas presentadas por un trabajador y el resultado del control médico previsto en el art. 210, LCT, cabe recordar que el art. 62, LCT, ha establecido una regla genérica que determina el modo en que deben actuar las partes del contrato de trabajo para superar aquellas cuestiones que no estén previstas en forma específica. Esta regla genérica de conducta resulta aplicable al caso en el que deriva de las reglas de los arts. 208/210, LCT, la necesidad de resolver con criterio de colaboración y solidaridad, las controversias que se plantean, máxime cuando desde 1976 se modificó el cuestionado sistema del art. 227 originario y el cual no fue reglamentado, así como teniendo en cuenta que lo que se halla en juego es nada más ni nada menos que el ingreso económico que la ley ha previsto como sucedáneo del salario. Para más, la doctrina y la jurisprudencia tiene dicho que, con un criterio de solidaridad y colaboración, constituye un obrar prudente del empleador realizar al menos una tercera consulta (del voto del Dr. Maza). Sala 10ª, 12/7/2006, "Casaccio, Graciela Cristina v. Transporte Automotor Plaza SA".

### 3. Enfermedad inculpable. Alcoholismo. Consumo de drogas

Si el actor debido a un cuadro de "labilidad emocional" que lo condujo al consumo de drogas debió hacer uso de licencia para internarse en el Cenareso, tal situación encuadra en las disposiciones de los arts. 208 y ss., LCT. El criterio adoptado en tal sentido debe reputar tal afección como enfermedad inculpable semejante al alcoholismo o las secuelas derivadas de un intento de suicidio, toda vez que las causas del consumo de drogas, en este caso, son la consecuencia de componentes psicológicos y sociales, como ser compulsión adictiva, violencia doméstica y marginalidad. Sala 2ª, 8/2/2000, "Tapia, Ciro v. Empresarios Transporte Automotor de Pasajeros SA Etapsa".

El alcoholismo puede considerarse una enfermedad inculpable, pues tiene normalmente su origen en diversos factores y circunstancias que no la constituyen en una dolencia provocada *ex profeso* por el trabajador, con intención de causarse un daño, o sea que no existe culpa grave o dolo. Como consecuencia, nace en cabeza del empleador la obligación de abonar los salarios, tal como lo establece el art. 208, LCT. Sala 2ª, 29/5/1991, "Escalón, Quintín v. Saldaño, Rubén".

La empresa demandada, que se dedicaba a la fabricación de bebidas alcohólicas, es responsable en los términos de la Ley de Accidentes del Trabajo de la enfermedad padecida por el trabajador (adicción crónica al alcohol, con situación de demencia alcohólica, cirrosis hepática y polineuritis periférica). Esto es así porque si bien la demandada había prohibido la ingesta de alcohol dentro del horario de trabajo, los controles para su cumplimiento eran insuficientes y tampoco se había implementado un sistema de exámenes periódicos adecuados a fin de detectar la posibilidad de los dependientes de contraer el síndrome de alcohol-dependencia, teniendo en cuenta que la actividad implicaba un serio riesgo en tal sentido. Sala 1ª, 14/9/2001, "Pereyra, Valerio v. Cervecería y Maltería Quilmes SA".

### 4. Despido del trabajador. Art. 213, LCT

Si se demuestra que el trabajador tenía una enfermedad inculpable en los días previos al distracto dispuesto por su empleador, que existió comunicación de la enfermedad aun cuando no se haya demostrado que presentase certificado médico y no se ejerció el control por parte de los médicos de la demandada, la decisión rescisoria denota un obrar precipitado pues no existió una violación voluntaria del dependiente a su deber de asistencia sino una discrepancia sobre la posibilidad de reintegro que no puede justificar la adopción de una medida extrema como la ruptura. Sala 1ª, 28/11/2000, "Rodríguez, Rosa I. v. Ajuza SA", DT 2001-A-984.

El hecho de que el trabajador no goce de perfecta salud no es suficiente para invocar lo dispuesto por el art. 213, LCT, toda vez que la enfermedad de que trata dicha norma debe imposibilitar el trabajo del dependiente. Lo contrario significaría que todo aquel que padece de una anomalía crónica quedaría relevado de trabajar. Sala 10ª, 28/6/1999, "Arévalo Menchaca, Víctor v. Deutsche Bank Program Manager SA y otros".

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. Sala 1ª, 16/11/1999, "Cacciari, José v. Consorcio de Propietarios del Edificio de los Incas 3338/3350".

El art. 213, LCT, no prohíbe el despido del trabajador ni establece la nulidad de tal decisión, sólo pone a cargo del principal, en el plazo que prevé el dispositivo legal, la obligación de pagar salarios —término que debe interpretarse en sentido amplio, como prestación social a cargo del empleador— hasta la fecha del alta o el vencimiento de la interrupción. Sala 8ª, 29/2/2000, "Ruiz, Roberto Antonio v. TA La Estrella SA".

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), aun 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. Sala 8ª, 28/5/2009, "Almirón, Aurora v. SPM Sistema de Protección Médica SA".

## 5. Art. 212, LCT. Reincorporación al trabajo. Incapacidad definitiva parcial

Corresponde declarar arbitrario el despido dispuesto por la empleadora (fundado en el art. 247, LCT) ante la incapacidad parcial del actor, pues sin desmedro de la facultad de organización que el art. 65, LCT, reconoce al empleador, el art. 212 lo condiciona en medida razonable a las circunstancias de cada caso. No se trata de obligar al dador de trabajo a crear un puesto de trabajo innecesario, sino de adoptar un criterio de cierta elasticidad cuando la estructura de la empresa permite disponer de diferentes puestos de trabajo. En el caso concreto resulta coherente que una empresa destinada a la distribución de bultos de correspondencia, no solamente requiere conductores de vehículos (como lo era el actor) sino la preparación, clasificación y distribución del material confiado a una empresa de la magnitud de la demandada. Sala 7ª, 31/3/1997, "Lovisolo, Carlos v. Skycab SA".

Sin desmedro sustancial de la facultad de organización que le reconoce la ley al empleador (art. 65, LCT), el art. 212, párr. 2°, LCT, sólo justifica la falta de dación de tareas livianas en los casos en que la demandada no pudiera dar cumplimiento con su obligación por circunstancias que no le fueran imputables. No se trata de que lo obligue a crear un puesto de trabajo innecesario, sino de que se adopte una criterio de cierta elasticidad cuando razonablemente la estructura propia de la actividad permite avizorar que ciertos sectores de trabajo son necesarios. Sala 7ª, 17/9/2003, "Barbe, José v. Metrovías SA".

## 6. Cambio de tareas. Otorgamiento de tareas livianas

La causa no imputable a que alude la ley (art. 212, párr. 2°, LCT) no puede estar sujeta a reglas fijas de valoración. Ésta dependerá de las circunstancias más o menos imprevisibles que juegan en cada caso. Parece claro que 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 debe ser pues, más grave que la simple inconveniencia. Ha de consistir típicamente en la inexistencia de tareas razonablemente útiles que el trabajador pueda desempeñar en la empresa, sin perjuicio para su salud. Para eso la calificación profesional del trabajador ha de valorarse en sentido amplio, pudiendo llegar en situaciones límites a ofrecerle razonablemente una disminución en la categoría de la tarea a cumplir sin mengua de la remuneración. Sala 3ª, 29/8/1997, "Pascucci, Carlos v. Empresa de Transportes Pedro de Mendoza CISA".

Dado el supuesto previsto por el art. 212, párr. 1°, no se ajusta a derecho la respuesta de la empleadora que hace saber al trabajador que no puede asignarle otras tareas porque fue contratado exclusivamente para conducir microómnibus. Esto es así porque la norma ya citada no lo desobliga, desde que no interesa para qué tipo de tareas fue contratado el trabajador, sino cuáles son aquellas que puede realizar después de una enfermedad o accidente. Sala 4ª, 13/3/1990, "Palavecino, Bonifacio v. Cía. de Transportes La Argentina SA".

Si bien en el caso el actor reclamó tareas livianas, el consorcio respondió disolviendo el contrato por carecer de las mismas, abonándole la indemnización prevista en el art. 247, LCT, lo cierto es que la deman-

dada no ignoraba que la incapacidad que aquejaba al trabajador era total y absoluta para sus tareas, toda vez que un año antes había sufrido la amputación de su pierna izquierda. En consecuencia, en atención al principio de buena fe contractual y los antecedentes del caso, correspondería se le abonara al accionante la diferencia indemnizatoria solicitada sobre la base del art. 212, párr. 4°. No corresponde el incremento solicitado con fundamento en el art. 16, ley 25.561, toda vez que el supuesto de autos no responde al contemplado en dicha normativa, ya que nos hallamos frente a una extinción del contrato por causas naturales —incapacidad absoluta sobreviviente—. Sala 1ª, 27/10/2005, "Gaona, Pablo v. Consorcio de Propietarios Edificio Montevideo 770 y otros".

## 7. Incapacidad absoluta. Indemnización del art. 212, párr. 4°, LCT

El art. 252, LCT, dispone que la intimación a que se refiere el párr. 1° 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. Pero con la incapacidad absoluta sobreviniente se produjo la suspensión del curso del preaviso y la extinción del vínculo, por lo que el trabajador, en tales condiciones, tiene derecho a percibir la indemnización que fija el art. 212, párr. 4°, LCT, con total prescindencia de si se hubiera notificado esa situación al empleador, o de la vía utilizada para el distracto. Es irrelevante que el actor haya renunciado a su empleo para acogerse a los beneficios jubilatorios, toda vez que la indemnización por incapacidad absoluta corresponde por tal hecho y no por otra razón. Sala 3ª, 24/2/2004, "Pedreira, Néstor v. Transportes José Beraldi SA".

La vinculación habida entre un dependiente y su empleador subsiste hasta tanto el contrato de trabajo celebrado entre ambos se extingue por alguna de las causas previstas en la ley. Ocurrida una de ellas, la ruptura del vínculo se produce por tal motivo sin que pueda responsabilizarse al patrono por uno diferente, ya que el contrato se extingue por única vez y por una causa determinada. En el caso, la extinción se produjo por la imposibilidad material de la prosecución del vínculo por la incapacidad absoluta del trabajador para desempeñar todo tipo de labores a la época de la extinción del mismo; por lo tanto, el trabajador tiene derecho a percibir una indemnización equivalente a la establecida en el art. 245, LCT, conforme lo establecido en el art. 212, párr. 4° (ver: C. Nac. Trab., sala 10ª, 31/12/1996, "Zucchini v. Banco Shaw s/despido", SD 942, y sala 10ª, 31/5/1999, "Palazzo v. Organización Alvi SA s/despido", SD 6379). Sala 10ª, 18/11/2005, "Juárez, Víctor Felipe v. Telecom Stet France Telecom Argentina SA".

Cuando se suscitó el conflicto, el actor carecía de la aptitud física necesaria para satisfacer las necesidades del cargo de encargado con vivienda de un edificio de propiedad horizontal que, por su naturaleza específica, no admite la asignación de otras tareas distintas a las que son propias de su función. En tal situación, al actor no le asistía el derecho a darse por despedido en los términos previstos en el párr. 3°, art. 212, LCT, por lo que debe rechazarse su pretensión de cobro de la indemnización establecida por el art. 245, LCT, como asimismo, la de los arts. 232 y 233 del mismo cuerpo legal, que son su consecuencia. No obstante, al hallarse reunidos los presupuestos fácticos a los que se supedita la procedencia de la indemnización prevista en el párr. 2°, art. 212, LCT, esto es, la extinción del contrato por imposibilidad del empleador de darle al trabajador tareas adecuadas a su estado de salud, por causa objetiva que no le resulta imputable, es procedente admitir la demanda por este concepto, por aplicación del principio *iura novit curia*. Sala 4ª, 20/11/2005, "Fernández, Héctor v. Consorcio de Propietarios Edificio Viamonte 2712".

### *7.1. Acumulación de indemnizaciones*

Cuando se habla de indemnización por incapacidad absoluta y de indemnización por fallecimiento, nos estamos refiriendo a dos indemnizaciones distintas por resolución del contrato que no se acumulan. Si la enfermedad o accidente (inculpable o del trabajador) sólo produce la incapacidad absoluta del trabajador, y es ésta la causa que disuelve el vínculo laboral, corresponde el pago de la indemnización del art. 212, párr. 4°, LCT. Pero si de esa enfermedad o accidente deriva incapacidad absoluta y la muerte, y es esta última la que extingue el contrato de trabajo, sólo corresponde abonar la indemnización por fallecimiento (art. 248, LCT). Sala 1ª, 16/10/1992, "Papetti de Méndez v. EFA".

El incremento indemnizatorio del art. 2°, ley 25.323, se encuentra supeditado a los supuestos de despidos en los que el empleador resulta moroso de las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233, 245. Pero si como en el caso, la extinción del vínculo contractual se operó en virtud de lo normado en el art. 212, párr. 4°, LCT, el hecho de que deba abonarse una indemnización igual a la contemplada en el art. 245, LCT, no autoriza a hacer una interpretación extensiva del incremento del art. 2°, ley citada. Sala 1ª, 13/5/2004, "Boccolini, René v. Sebamar SA y otros".

## 8. Renuncia durante la licencia. Validez

No tiene fundamento legal el argumento referido a que la renuncia del trabajador durante el período de licencia por enfermedad o accidente no es válida, porque la LCT no prevé tal imposibilidad, ni siquiera restringe la facultad de despedir sin causa por parte del

empleador, pues si bien el preaviso notificado al trabajador enfermo o accidentado carece de efectos y sólo comienza a correr a partir del momento en que cesa la causa que determinó la suspensión de la prestación de servicios, lo cierto es que aun así el despido es eficaz, sin perjuicio de que el empleador deba abonar además de las indemnizaciones derivadas del despido injustificado, los salarios correspondientes a los días de licencia por enfermedad o accidente hasta el vencimiento de éstas o hasta la fecha del alta (arts. 239 y 213, LCT). Sala 3ª, 31/7/2009, "Falbo, Andrés v. Raón Vilaro e Hijos".

## CAPÍTULO XIV: TRABAJO DE MUJERES Y MENORES

### 1. Maternidad. Comunicación del embarazo. Estabilidad. Despido

Los recaudos formales estipulados en el art. 178, LCT, no pueden ser interpretados de forma tal que se torne ilusoria la tutela de la estabilidad de la mujer embarazada, o se dificulte el goce de esta protección de neto corte constitucional. Si la demandada envió el telegrama de despido no obstante que el encargado de la sucursal hizo saber que la actora estaba embarazada se debe concluir que la empresa estaba en conocimiento del estado de embarazo antes de disponer el despido. Sala 6ª, 26/3/2003, "Aparicio, Alejandra de la Cruz v. Reynoso Hnos. e Hijos SA".

Aun en el caso en que se admitiera que los compañeros de la trabajadora conocían el estado de gravidez alegado, de ello no se desprende que tal situación importe una notificación y acreditación "en forma fehaciente" del hecho del embarazo a la empleadora, ni que ésta tuviera certeza sobre este estado, por lo que no puede afirmarse que el despido de la actora fuera por razones de maternidad o embarazo. Sala 9ª, 27/3/2002, "Cymberknoh, Gisela Edith v. Publicidad Contacto SA".

Si la demandada despidió al 80% de sus trabajadores al cerrar el establecimiento y reubicó a un 20%, se debe inferir que el despido de las accionantes no se debió a su condición de futuras madres y, en consecuencia, no hay razones objetivas para imponer a la parte empresaria la obligación de pagar el resarcimiento especial, ya que no medió trato discriminatorio, un accionar antisocial y/o la intención cierta de perjudicar a las futuras progenitoras. Sala 5ª, 18/4/2001, "Sanabria, Myrian Mabel y otro v. Procter & Gamble Argentina SA y otro".

La C. Nac. Trab., sala 3ª, 23/3/2009, en autos "Granieri Navas, Anabel Y. v. Mapfre Argentina Seguros SA", estableció que durante la vigencia del período de prueba no rige la presunción del art. 178, LCT, y, en consecuencia, el despido de la mujer embarazada durante ese lapso dará lugar a la indemnización especial prevista en el art. 182, LCT, cuando se acredite que la cesantía fue motivada por dicho estado de embarazo.

No se desprende de la normativa que regula la protección de la maternidad exigencia alguna de notificar por telegrama dicha situación. El hecho de haber comunicado la trabajadora verbalmente el embarazo y haber presentado el certificado pertinente, es suficiente para considerar que el empleador estaba en conocimiento del embarazo. Sala 9ª, 18/10/2010, "Goroso, Brenda Ivana v. Ocean Village Escritural SA y otro".

### 2. Opciones de la trabajadora. Art. 183, LCT. Estado de excedencia

Si la trabajadora que gozando del período de excedencia, solicitó anticipadamente la dación de tareas, esto es, a los dos meses de haber entrado en uso de la licencia, es decir cuando aún no se había cumplido el mínimo legal (tres meses), no puede hablarse de negativa de trabajo de la empleadora. Sala 4ª, 14/4/2008, "Salinario, Valeria Fernanda v. Kowzef SA".

No corresponde el pago de los salarios de enfermedad previstos en el art. 208, LCT, a la trabajadora en situación de excedencia, porque expresamente el legislador impuso que cada accidente o enfermedad inculpable no afectará el derecho del trabajador a percibir su remuneración cuando el primero o la segunda "impida la prestación del servicio", y la enfermedad padecida por la trabajadora en situación de excedencia no impide tal prestación por cuanto ésta ya se encontraba suspendida por la opción que aquélla había efectuado y que le acarreaba la ausencia de percepción de sus haberes durante la vigencia de la excedencia, por lo que no se encuentra privada de derecho alguno ya que no existían salarios a su favor que hubiera que resguardar. Sala 9ª, 8/2/2001, "Díaz, Beatriz M. v. Agencia Española de Coop. Internacional AECI", DT 2002-A-91.

Si al vencimiento de la licencia prevista en el art. 177, LCT, se sigue el goce de la licencia ordinaria anual, es al finalizar ésta cuando la trabajadora está en condiciones de ejercer la opción que le confiere el art. 183 del mismo cuerpo legal, decidiendo si se va a reincorporar al empleo, si va a rescindir el vínculo o si quedará en situación de excedencia. Sala 2ª, 17/10/1988, "Romero Sánchez, Lucía Florencia v. Calzados Algior SRL".

No existe abuso de derecho en la aplicación de la opción prevista por el art. 186, LCT, que no exige una interpelación previa a la trabajadora. La norma no prevé una intimación previa para su operatividad, de-

biendo la actora comunicar o reintegrarse dentro de las cuarenta y ocho horas del cese de la licencia, caso contrario "se entenderá" que opta por la percepción de la compensación. Cualquier intimación que formule el empleador representa una liberalidad. Sala 7ª, 7/6/2005, "Pérez Portillo, María Ximena de la Cruz v. Coseg SA".

### 3. Protección del matrimonio

En el plenario "Drewes, Luis v. Coselia SA" se estableció que el trabajador varón sólo puede ser acreedor de la indemnización prevista en el art. 182, LCT, pero que no le resultan aplicables todas las normas del tít. VII de la ley ritual. De allí se concluye que en relación con el hombre la presunción no existe *per se* como en el caso de la mujer, sino que pesa sobre su parte la carga de demostrar que el despido obedeció al matrimonio, lo que debe ser analizado y juzgado con criterio restrictivo. Sala 7ª, 8/6/2009, "Arana, Leonardo Sebastián v. AMX Argentina SA".

El hecho de que la trabajadora haya comunicado verbalmente a su supervisora su casamiento, del que había participado e invitado a la misma con parte del personal de la planta implica una notificación fehaciente en los términos del art. 181, LCT. Toda vez que si la empleadora tuvo conocimiento del matrimonio contraído por la dependiente, el recaudo de la notificación fehaciente previsto por el artículo citado se convierte en una exigencia de carácter puramente formal, resultando su imposición contraria al principio general de buena fe que debe gobernar la conducta de las partes en un contrato de trabajo (conf. Sup. Corte Bs. As., 8/11/1994, TySS 1996-228). Sala 10ª, 28/10/1999, "Alfaya, Noelia v. Siembra AFJP SA y otro".

A los fines de la indemnización contemplada por el art. 182, LCT, no cabe formular distingos basados en el sexo del trabajador. Sup. Corte Bs. As., 8/11/1994, "Moyano, Héctor A. v. Inta SA y otro", JA 1996-III, síntesis.

En caso de acreditarse que el despido del trabajador varón obedece a causas de matrimonio, es procedente la indemnización prevista en el art. 182, LCT. C. Nac. Trab., en pleno, 23/3/1990, "Drewes, Luis Alberto v. Coselec SSCS", plenario 272.

Si bien es cierto que para que opere la presunción del art. 181, LCT (despido por matrimonio), la norma exige que haya mediado notificación fehaciente del matrimonio al empleador dentro del plazo legal que allí se fija; pero si —como en el caso— el empleador le concedió "licencia por casamiento", es claro que tenía conocimiento del matrimonio contraído por la dependiente y, en consecuencia, la "notificación fehaciente" prevista en el art. 181, LCT, resultaba una exigencia puramente formal y su imposición se exhibe contraria al principio general de buena fe que debe gobernar la conducta de las partes en un contrato de trabajo (art. 63, LCT). Sala 7ª, 10/12/2004, "León Barreto, Alejandra María v. Tercerización RH SA y otro".

### 4. Acumulación de indemnizaciones

No es óbice para el progreso de la indemnización prevista en el art. 178 el haberse otorgado la del art. 182, LCT, por cuanto el bien jurídico tutelado en el título VII de la LCT es tanto la mujer como la familia que se consolida y tiene su origen en el matrimonio, instituto éste que también se encuentra protegido —tanto respecto de la mujer como del hombre—. Sala 10ª, 19/10/2000, "Luvotti, Mariana Elisa v. Colegio de Traductores Públicos de la Ciudad de Buenos Aires".

Es la maternidad el principal factor tomado en cuenta para la prohibición del despido por causa de matrimonio; y la ley protege esta contingencia en los dos momentos en que el empleador puede sentirse tentado a tomarla en cuenta para un despido: cuando el matrimonio torna más probable su aparición y cuando se convierte en realidad efectiva. No corresponde acumular las indemnizaciones agravadas que prevén los arts. 178 y 182, LCT, aun cuando el empleador hubiera conocido el matrimonio y embarazo de la trabajadora durante el llamado plazo de sospecha que contemplan dichas normas. Sala 3ª, 30/4/1998, "Bobe, Julieta Roxana Elizabeth v. De Andreis, José Luis".

Cuando concurren dos fuentes generadoras de indemnización —matrimonio y embarazo, en el caso—, no se deben acumular ambas indemnizaciones, pues responden al mismo fundamento, que es proteger bienes jurídicos íntimamente ligados en la valoración de política legislativa que plasmó el ordenamiento vigente (ver en este sentido C. Nac. Trab., sala 5ª, 24/8/1998, "Gutiérrez de del Prado, Marisa G. v. Bernardo Jark e Hijos SA"). Sala 7ª, 10/12/2004, "León Barreto, Alejandra María v. Tercerización RH SA y otro".

### 5. Lactancia

El descanso diario fijado por el art. 179, LCT, refiere a pausas diarias de la madre lactante para amamantar a su hijo durante la jornada de trabajo —derecho consagrado también en el art. 3°, convenio 3 de la OIT rectificado por ley 11.726—, de lo que surge sin hesitación que este derecho —que integra el instituto "protección de la maternidad"— fue establecido para responder a necesidades fisiológicas (incluso médicas y psicológicas) inherentes al menor y su madre, por lo que permite que el empleador pueda oponer cuestiones atinentes a la explotación para entorpecer el libre ejercicio del derecho que le asiste a la madre como protección de un bien jurídico superior. Sala 2ª, 6/7/2010, "Macias, Verónica Sara v. Sacheco SA".

El lugar de trabajo constituye un elemento esencial del contrato de trabajo que no puede ser modificado unilateralmente por el empleador, si es que ocasiona perjuicio al trabajador. El campo de lugar de prestación de tareas desde el barrio de Palermo al ba-

rrio La Horqueta, partido de San Isidro, provincia de Buenos Aires, importa una mayor distancia, debiendo, en el caso, el cambio ser evaluado con mayor estrictez por tratarse de una trabajadora que se reincorpora de la licencia por maternidad y se encuentra en uso del descanso diario por lactancia (art. 179, LCT). Sala 6ª. 15/9/2009, "Fuertes, Silvia Alejandra v. Alepidote y Caputo SRL".

### 6. Trabajo de menores

Al ser el trabajador un menor de edad, se encuentra tutelado por la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York, del 20/11/1989, y que, en virtud de la reforma constitucional de 1994, adquirió rango constitucional. En ese sentido, debe recordarse que el art. 32.1. establece la obligación del Estado de proteger a los niños contra cualquier trabajo que puede ser peligroso o nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social, obligación que se extiende según el inc. 2° del mismo artículo, a adoptar las medidas legislativas necesarias. Sala 10ª, 31/7/2000, "Lizarraga, Juan v. Streitfeld, Jorge".

## CAPÍTULO XV: SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

### 1. Suspensiones por causas económicas. Fuerza mayor. Procedimiento preventivo de crisis. Estabilidad

Cuando se alegan causales de fuerza mayor tanto para disponer suspensiones cuanto para resolver despidos es menester acreditar no sólo la existencia de la crisis sino que ésta ha sido imprevisible o que, aun prevista, no pudo ser evitada, para lo cual el empleador debe probar que arbitró todos los medios obrando como buen empleador a fin de evitar que los efectos recayeran sobre sus dependientes. Tal carga de la prueba en cabeza del principal no puede soslayarse aun cuando se haya iniciado el procedimiento preventivo de crisis ante la autoridad administrativa. Sala 4ª, 27/8/1999, "Millán, Aldo v. Club Comunicaciones".

Las disposiciones contenidas en el cap. 6, tít. III, ley 24.013, al diseñar una suerte de instancia administrativa previa a la comunicación por parte del empleador de despido o suspensiones por fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas, destinadas a encauzar toda iniciativa de disponibilidad contractual, de incidencia plurindividual, estableció claramente que en el lapso que media entre la notificación y la conclusión del procedimiento de crisis el empleador no puede suspender o despedir y está obligado a dar tareas a sus dependientes. Sala 4ª, 11/6/1997, "Córdoba, Rosa v. JG SRL".

### 2. Suspensión preventiva

El hecho de haber transcurrido un período de tiempo prolongado entre la fecha de sobreseimiento por prescripción de la acción de un ex trabajador de Segba que fuera suspendido presuntivamente al iniciársele una acción penal, y las intimaciones que cursara a fin de obtener una indemnización laboral, deja en evidencia una voluntad concluyente, a través de su inacción, en el sentido previsto en la Ley de Contrato de Trabajo en su art. 241 que permite concluir un acuerdo extintivo tácito del vínculo (en el caso, la suspensión preventiva del actor se dispuso en 1981, la cual cesaría al concluir la causa penal que se había iniciado, lo que aconteció en abril de 2004). Sala 6ª, 30/11/2009, "Piscoppo, Eduardo Oscar v. Empresa Distribuidora Sur SA Edesur SA y otro".

La suspensión del trabajador procesado penalmente que se prolongó mucho más allá del tiempo de su efectiva privación de libertad carece de justa causa una vez que fue excarcelado, no existiendo fundamento normativo para la falta de pago de salarios. Corte Sup., 14/5/1985.

Constituiría un abuso de derecho condenar a la empleadora al pago de los salarios durante el lapso de suspensión del dependiente por hallarse sometido a proceso penal cuando, si bien fue sobreseído, quedó probada en sede laboral la existencia de inconductas que configuran injuria en los términos del art. 242, LCT. Para más, en el caso concreto, la absolución en sede penal se fundó exclusivamente en la falta de pruebas del *corpus criminis*, a pesar de haber reconocimiento de documental por parte del actor. Sala 5ª, 28/12/2001, "Sgromo, José v. Administración Federal de Ingresos Públicos - DGI y otro".

Tanto la suspensión preventiva (art. 224, LCT) como la precautoria derivan de las facultades de dirección y organización que inviste al principal, y en determinadas circunstancias excepcionales, con fundamento en los principios de confianza, seguridad y buena fe. En consecuencia, la ausencia de norma expresa que regule la llamada precautoria, de ningún modo autoriza a asimilar ambas sin más, toda vez que "...la suspensión preventiva puede prolongarse hasta la conclusión del proceso penal, en que se base, lo que no ocurre respecto de la precautoria, cuyo plazo está restringido a lo estrictamente indispensable, sin que pueda sobrepasar los treinta días..." (conf. LIVELLARA, Carlos, *Suspensión preventiva y precautoria*). Sala 2ª, 26/4/2000, "Fernández, Ana v. AFJP Previnter Previsión Internacional SA".

### 3. Suspensión precautoria

La facultad de suspender precautoriamente al empleado mientras se sustancie un sumario interno para evaluar su conducta está incluida entre las atribuciones de dirección que competen al empleador, fundada directamente en los principios de confianza, seguridad y buena fe que deben presidir la relación laboral y es ajena por completo a la regulación contenida en el art. 224, LCT. Por consiguiente, el derecho al cobro de los salarios caídos por dicha suspensión se impone (del voto de la Dra. González). Tanto la suspensión preventiva (art. 224, LCT) como la precautoria derivan de las facultades de dirección y organización que inviste el principal. En consecuencia, la ausencia de norma expresa que regule la llamada precautoria, de ningún modo autoriza a asimilar ambas sin más, toda vez que "la suspensión preventiva puede prolongarse hasta la conclusión del proceso penal en que se base, lo que no ocurre respecto de la precautoria, cuyo plazo está restringido a lo estrictamente indispensable, sin que pueda sobrepasar los treinta días" (conf. LIVELLARA, Carlos, *Suspensión preventiva y precautoria*, p. 127) (del voto del Dr. Bermúdez). Sala 2ª, 26/4/2000, "Fernández, Ana v. AFJP Previnter Previsión Internacional SA".

Resulta una actitud mesurada, prudente y ajustada a los principios de buena fe (art. 63, LCT) y conservación del contrato de trabajo (art. 10, LCT), la determinación del empleador al haber suspendido en sus funciones en forma precautoria al trabajador (profesor de música), como consecuencia de una denuncia formulada por los padres de los alumnos a raíz de haber cometido aquél excesos verbales y otras severas inconductas. Se trata de una medida adecuada preventiva antes que aplicarse cualquier sanción disciplinaria, hasta tanto se desentrañe la realidad de los hechos. Sala 7ª, 29/3/2006, "Diana, Juan Alberto v. Club Obras Sanitarias Asociación Civil".

La suspensión precautoria, no legislada en la Ley de Contrato de Trabajo, tiene por objeto ampliar en ciertos casos las facultades de dirección y disciplina del empleador, razón por la cual, mientras se realiza la investigación de la presunta inconducta del trabajador, aquél debe guardar estricta observancia de los principios de confianza, seguridad y buena fe. Asimismo, para ser viable dicha suspensión debe tener justa causa, ser comunicada al empleado y tener un plazo fijo (art. 218, LCT). Sala 7ª, 20/12/2005, "Manzano, Marisol Analía v. International Health Services Argentina SA".

## CAPÍTULO XVI: DESPIDO

### 1. Estabilidad

La conducta adoptada por la empresa de prescindir del cumplimiento del sumario previo estipulado por la norma convencional, torna injustificado el distracto y el planteo de inconstitucionalidad de dicha norma convencional debe desestimarse, habida cuenta que la disposición en ciernes no reviste manifiesta ilegalidad ni viola garantías constitucionales. Sala 2ª, 24/5/2004, "Stiefkens, José M. v. Sociedad Argentina de Autores y Compositores".

La parte empresaria que ha suscripto un convenio colectivo carece de acción para plantear la nulidad absoluta de la cláusula contractual que establece el derecho de estabilidad de los dependientes, por cuanto ella, por su intervención en la negociación colectiva y suscripción del convenio, ha ejecutado el acto a sabiendas del supuesto vicio que la invalidaba (objeto prohibido por la norma constitucional). Sala 1ª, 23/9/1997, "Piñeiro, Avelino v. Sadaic", DT 1998-A-518.

### 2. Preaviso

#### *2.1. Concepto. Efectos*

Ante la intimación del trabajador a su empleador para la percepción de los conceptos individualizados en su telegrama de renuncia, el silencio guardado por el requerido y su falta de interpelación a efectos de que el trabajador preste tareas cumpliendo con el preaviso omitido, no puede hacerse lugar a la queja del demandado en torno a que se le descuente del monto de la liquidación final la suma correspondiente a la indemnización por preaviso omitido por el actor. Sala 9ª, 31/3/2010, "Volpedo, Pablo Humberto v. Southern Winds SA".

La pauta establecida en el art. 245, LCT, es aplicable sólo para el cálculo de la indemnización por despido y el sueldo anual complementario (ley 23.041). Para el cálculo del preaviso omitido debe aplicarse el principio de la "normalidad próxima", noción que supone e 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, y cuyo resarcimiento tiene como base la remuneración que el trabajador habría percibido durante el lapso del preaviso omitido. 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 resulta equitativo tomar el promedio del semestre. 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 los hay para pensar que ganaría una inferior, lo que precisamente, torna procedente la apli-

cación del promedio mencionado. Sala 4ª, 31/8/2010, "Espeche, Hipólito Armando v. Dunlop Argentina SA".

Durante el preaviso subsisten todos los derechos y obligaciones emergentes del contrato de trabajo (conf. art. 238, LCT). En consecuencia, el incumplimiento de cualquiera de las partes transforma el despido incausado, avisado por el empleador, en una ruptura con causa si durante ese lapso se infiere una injuria que reúne los requisitos del art. 242, LCT, y autorice a la parte a denunciar el contrato sin necesidad de que se complete el plazo del preaviso faltante. Así, comunicado el preaviso, y no habiéndose presentado a laborar el trabajador en el plazo indicado, quedará incurso en abandono de trabajo, no procediendo por parte del empleador el pago de las indemnizaciones legales por despido incausado. Sala 2ª, 24/9/2010, "Zabalo, Gustavo Matín v. Estudio Jurídico e Inmobiliario SA Ejisa y otros".

Durante el transcurso del preaviso el contrato laboral subsiste a todos los efectos legales (art. 238, LCT). De modo que la intimación cursada por la trabajadora antes de la finalización del contrato de trabajo a fin de obtener su correcta registración, debe considerársela con plena eficacia, y en su mérito resulta procedente la indemnización reclamada con fundamento en los arts. 9° y 10, ley 24.013. Sala 2ª, 11/8/2010, "Machiavello Aciar, Johanna Giselle v. Top Hair SRL y otro".

La propia mecánica del preaviso no requiere a su vencimiento de ninguna otra formalidad para que se consume la extinción de la relación pues vencido el plazo opera la desvinculación. Sala 8ª, 13/12/2000, "Girardo, Severino v. Consorcio Belgrano 510", DT 2001-A-648.

Tal como lo dispone el art. 235, LCT, el preaviso debe probarse por escrito. Por ello, aunque el trabajador haya reconocido en la absolución de posiciones que fue informado de que la empresa cerraría en una fecha determinada, esa sola circunstancia no exime a la demandada de la prueba que la ley le exige. Sala 7ª, 20/5/1999, "Bermúdez, Raúl v. Selk SA y otros".

*2.2. Cálculo. Indemnización sustitutiva*

Para el cálculo de la integración del mes de despido y de la indemnización sustitutiva del preaviso se impone aplicar el principio de la "normalidad próxima", noción que supone e intenta poner al agente en situación remunerativa lo más cercana posible a aquella en que se hubiera encontrado si la rescisión no se hubiera operado. Sala 2ª, 27/10/2003, "González, Amelia F. v. Argencobra SA y otros".

La indemnización sustitutiva del preaviso, así como la integración del mes de despido (arts. 232 y 233, LCT) deben incluir lo que el trabajador debió ganar en el período de que se trate. Por ello, si surgía de autos que la actora trabajaba habitualmente horas extraordinarias, corresponde que fueran tenidas en cuenta para la condena de los rubros respectivos. Sala 10ª, 10/6/1997, "López, Rita v. Im Kyong Wood y otro".

## 3. Despido

*3.1. Injuria laboral. Valoración. Contemporaneidad*

La injuria causal de despido del trabajador no remite a la malicia o intencionalidad en la comisión del daño sino que basta sólo para ello la antijuricidad de la misma sin necesidad de un análisis de la culpabilidad y puede fundarse en un único acto cuando evidencia una actitud incompatible con las exigencias de la relación laboral —en el caso, se despide a un recepcionista de hotel que solicita de un tercero una tarjeta de crédito y carga a ella un importe inexistente y destruye los *tickets*—. Sup. Trib. Just. Jujuy, 28/4/2000, "Castillo, Rafael v. Hotel Augustus SRL".

No son las partes del contrato de trabajo quienes están facultadas para calificar como injurioso el hecho determinante de la ruptura del nexo laboral, sino el magistrado competente en orden a las circunstancias que el propio art. 242, LCT, enuncia en forma general (en el caso, las partes pactaron como causal justificante del despido el escaso rendimiento del trabajador —asesor previsional—). Sala 10ª, 8/10/2000, "González, José E. v. Orígenes AFJP SA", DT 2000-B-2192.

De acuerdo con la ley 118, su decreto reglamentario y las modificaciones introducidas por la ley 963 y su reglamentación, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los vigiladores "no deben revistar como personal en actividad de las Fuerzas Armadas de Seguridad y organismos de inteligencia" (art. 3°, inc. 1°, ley 118). Por ello, resultó justificado el despido del vigilador que perteneciendo a la Prefectura Naval Argentina, no contó, de acuerdo con lo exigido por la normativa antes señalada, con la autorización de la Gendarmería nacional para cumplir tareas en el ámbito privado. Sala 8ª, 17/9/2010, "Bruno, Juan Alberto v. Agencia de Investigaciones Privadas Alsina SRL y otro".

La Ley de Contrato de Trabajo no requiere una comunicación personal del trabajador en casos de despido indirecto. Si bien el art. 240, LCT, sí establece como requisito de validez que la comunicación sea realizada por despacho telegráfico colacionado cursado personalmente por el trabajador, se refiere a los casos de renuncia y no de despido, modo de extinción del vínculo en el que sólo se requiere la comunicación por escrito con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato. La circunstancia de que la decisión rescisoria adoptada por el trabajador, hubiera sido cursada por quien dijo representarlo, no empece a su validez, máxime teniendo en cuenta que, en el caso, posteriormente fue

ratificada por el trabajador y la demandada avaló la representación invocada por quien cursara la notificación, al hacerle entrega de los certificados de trabajo. Sala 2ª, 18/5/2010, "Silva, Abelardo v. Argenova SA".

La circunstancia de que mediara casi un mes entre el hecho que se le enrostrara al actor y la decisión de la accionada de despedirlo, debió haber llevado a la empleadora a efectuar una investigación de lo sucedido, lo que no hizo, tornando así extemporánea e injustificada la rescisión. Sala 4ª, 15/4/2000, "Pedemonte, Daniel Humberto v. Socorro Médico Privado SA s/despido", RDL 2000-II-463.

Insultar a un superior jerárquico no sólo constituye un incumplimiento de los deberes de conducta y al de buena fe, consagrados en el art. 63, LCT, sino que al haber trascendido el hecho al personal de la demandada se agrava la situación por resultar un mal ejemplo y perjudicar la imagen del superior ante sus empleados. De allí que quede configurada una injuria que justifica la extinción del vínculo laboral. Sala 9ª, 18/10/2010, "Laborde, Graciela Esther v. De los Dos Congresos SRL".

### *3.2. Comunicación. Invariabilidad de la causa de despido*

La intimación efectuada bajo apercibimiento de iniciar acciones legales que por derecho correspondan no presupone la voluntad de dar por rescindido el vínculo en caso de incumplimiento. No es un exceso de rigor formal el exigir que se consigne el apercibimiento adecuado en la intimación pues la base de tal demanda se encuentra en un derecho de raigambre constitucional. Ello porque el conflicto comienza a autocomponerse con el intercambio epistolar, donde el acreedor intima al cumplimiento de determinadas conductas, cargas y obligaciones, apercibiendo sobre cuál será su proceder en caso de silencio o de no cumplimiento. No resulta jurídicamente relevante la intimación que no contiene apercibimiento o la que, teniéndolo, es inadecuado en derecho para resolver el conflicto. Sala 1ª, 9/5/2002, "González, Margarita Beatriz v. Di Pino, Néstor Arnaldo y otro".

Si el trabajador fue despedido con fundamento en que tenía un comportamiento que no guardaba el respeto y decoro adecuado a sus funciones, la comunicación rescisoria no cumple los recaudos previstos en el art. 243, LCT, ya que no se determina en forma precisa y circunstanciada el motivo que da lugar la despido, impidiendo que aquél ejerza su defensa respecto de los cargos concretos. Sala 2ª, 18/10/2002, "Goio, María de Belén v. Colegio del Arce SRL".

La regla del art. 243, LCT, no es de una rigidez absoluta ya que si según las circunstancias propias del caso surge que el trabajador ha podido interpretar razonablemente y con certeza cuál ha sido el acto grave imputado en su contra bajo una denominación genérica para justificar el despido, acreditado el hecho debe estimarse legítima la decisión empresaria, por lo que resulta legítimo el despido por haber adoptado una actitud "reñida con la moral y las buenas costumbres" si, a la postre, resultó demostrado que fue sorprendida practicando el acto sexual en el lugar de trabajo. Sala 6ª, 16/6/2000, "B. M., M. v. Cellway SRL", DT 2001-A-443.

Para tener por demostrado el hecho invocado como causal de despido indirecto es irrelevante la demora del demandado en responder la notificación mediante la cual se comunica la voluntad rescisoria, por lo cual dicho agravio no es atendible. Sup. Corte Bs. As., 2/8/2000, "Badano, Hugo A. y. Fernández, Rubén O. y otro s/indemnización por despido", TySS 2001-226.

### *3.3. Notificación del despido. Efectos. Silencio del trabajador*

Si bien la regla en materia de comunicaciones es que quien elige un medio asume el riesgo de fracaso, que un despacho no entregado constituye una no-comunicación y que las partes de un contrato de trabajo, o cualquier otra relación jurídica, no se encuentran obligadas a permanecer en todo momento a disposición de recibir eventuales mensajes con ellas relacionado, no lo es menos que cuando la empresa postal, ante el fracaso del intento de entrega, deja aviso haciendo saber al destinatario que la pieza queda en sus oficinas a efectos de que concurra a retirarla, ésta debe cargar con las consecuencias de su legítima renuencia a recogerlo, y el irreprochable incumplimiento de esa carga obsta a la alegación posterior de no haber llegado a enterarse de su contenido, consecuencia a la que no es ajeno el principio de buena fe (arts. 62 y 63, LCT). Sala 8ª, 29/5/2003, "Bustos, Alfredo D. v. Bagley SA".

No existe norma alguna que obligue al trabajador a responder el telegrama rescisorio desconociendo la causa del despido alegada por la principal, habida cuenta que —aun cuando guarde completo silencio— la empleadora deberá de todos modos acreditar la configuración de la misma. Sala 10ª, 28/11/2003, "Roble, Graciela v. Sistemas Médicos SA y otro".

Si el correo, por error, entregó el telegrama a una unidad postal diferente a la que correspondía por zona al domicilio del actor, éste queda librado de toda responsabilidad al respecto. Es la demandada la que al elegir el medio de comunicación, carga con la responsabilidad en caso de falta de notificación, sin perjuicio de los eventuales reclamos que pudiera realizar a la empresa de correos por los daños que pudieren haberse derivado de tal situación. Sala 5ª, 17/7/1998, "Jara, Augusto v. Farmográfica SA".

En principio, la falta de recepción del mensaje impide la extinción de la relación. Sin embargo, existen circunstancias que, de acuerdo con la carga de la

recepción, determinan que deba admitirse la validez de la notificación, cuando ésta entra en la esfera de conocimiento del denunciado y éste no la recibe por su culpa, dolo o falta de diligencia. Es decir que el carácter recepticio de la denuncia del contrato de trabajo no exige que necesariamente el destinatario tenga conocimiento efectivo de la comunicación. Es suficiente para ello que el mensaje hubiera podido llegar a destino si aquél hubiera obrado con la diligencia necesaria a esos fines. Por ello, es válida y eficaz la comunicación dirigida a un domicilio que fue devuelta por el correo con la atestación "cerrado con aviso". Sala 5ª, 24/10/1997, "Lannutti, Mónica, y otros v. Furba SRL y otros".

Si la demandada dirigió las intimaciones al domicilio denunciado por el empleado en su legajo personal, pero no llegaron a destino, pues éste se había mudado sin notificarle el cambio, no es razonable hacer responsable al principal de una omisión de su dependiente que violó el deber de buena fe. En consecuencia, aunque la denuncia del contrato no fue recibida por el trabajador, surte los efectos legales correspondientes. Sala 4ª, 29/12/1992, "López, Alejandro v. Copinco Inv. SA".

## 4. Casos de injuria

### *4.1. Comisión de un delito*

El caso del trabajador que fue condenado en sede penal como coautor del delito de estafa en perjuicio del empleador, si bien reviste un actuar doloso que provoca la pérdida de confianza del damnificado, ello no constituye causal autónoma de rescisión del contrato de trabajo y debe, como en el caso, sustentarse en comportamientos injuriosos para los intereses del afectado, en hechos o actos del trabajador objetivamente demostrados e indicativos de su falta de honestidad. Sala 6ª, 31/8/2010, "Niz, Enrique Rodolfo v. Meller SA".

La ausencia de un perjuicio económico o la imposibilidad de imputar la autoría material de un delito no impide considerar la conducta de los dependientes como violatoria de las normas disciplinarias que rigen el contrato de empleo público en el ámbito de la Administración. Tampoco el hecho de que la demandada no haya invocado sanciones, sumarios o apercibimientos anteriores resulta relevante cuando, como en el caso, la gravedad de lo acontecido resulta suficiente para validar el distracto, que encuentra su fundamento en la desconfianza de sus superiores acerca de la corrección con la que se estaba prestando el servicio por parte de los reclamantes. Sala 2ª, 14/4/2010, "Ares, Mario y otro v. AFIP".

Toda vez que tanto el acaecimiento de los hechos como la culpabilidad del actor han sido objeto de decisión en la causa penal, la sentencia recaída en esa sede hace cosa juzgada en el proceso laboral de conformidad con lo dispuesto por los arts. 1101 y 1102, CCiv. Pero si lo que se invocó como injuria fue un hecho determinado al que en sede penal no se le encontró tipicidad delictual, ese mismo hecho deberá ser valorado, en relación con los incumplimientos contractuales laborales por el juez de la causa (art. 242, LCT). Sala 3ª, 28/11/2003, "Nerone, Enrique v. Industria Petrolífera Argentina SA".

La circunstancia de que el actor haya sido sobreseído en sede penal con relación a la denuncia formulada por el empleador, no impide analizar en sede laboral las constancias de la causa penal para determinar si se encuentra acreditado que el comportamiento de la actora en el hecho que motivó la sanción —en el caso, empleada bancaria despedida a la que se le imputó no haber obrado con diligencia en el cumplimiento de sus funciones y que ello permitió la extracción indebida de dinero de una caja de ahorros—, fue negligente e irresponsable. Sala 5ª, 15/10/2002, "Rossomando, Silvia E. v. Banco de la Nación Argentina".

La accionante no fue despedida imputándosele la comisión de un delito, sino pérdida de confianza, por lo que el hecho de que en sede penal no se la hubiera encontrado responsable del delito por el cual se la investigaba no impide que el despido resulte justificado. Sala 3ª, 7/3/2002, "Niszhang, Claudia Rut v. Banco de la Nación Argentina".

La falta de condena en el proceso penal es irrelevante al momento de analizar si existió o no injuria de gravedad suficiente que impida la continuidad del vínculo de trabajo, puesto que la culpa laboral se informa en principios distintos de los que constituyen responsabilidad penal, alcanzando con que se constituya injuria laboral a los intereses materiales o morales, ya sea del empleado o del empleador en el marco del art. 242, LCT. Pero aun si se sostuviera que para considerar legítimo un despido con invocación de un hecho ilícito se requiere de un pronunciamiento penal condenatorio, cabe destacar que cuando no se haya podido arribar a dicha instancia —condenatoria o absolutoria— por la decisión del imputado de reparar los perjuicios ocasionados mediante la suspensión del juicio a prueba, dicho requerimiento no resulta exigible. Sala 4ª, 22/10/2010, "Gette, Mónica Alicia v. Dosicolor Argentina SA".

Si bien el párr. 3º, art. 76, CPen., postula que "el ofrecimiento de reparación no implica confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente", dentro de las reglas de la sana crítica, aquel antecedente acaecido en sede penal no puede quedar excluido del contexto probatorio, pues resulta extremadamente difícil que no haya ejecutado una conducta quien, respecto de ella, ha formulado a la víctima un ofrecimiento de satisfacción pecuniaria. Sala 4ª, 22/10/2010, "Gette, Mónica Alicia v. Dosicolor Argentina SA".

Cuando la injuria laboral invocada por la empleadora para proceder al despido del actor no fue la pér-

dida de confianza sino la comisión de un delito, al quedar extinguida la acción penal se ha cerrado definitivamente la posibilidad de condenar criminalmente al trabajador y, en consecuencia, no se podrá tampoco alegar en juicio civil o laboral la existencia de un hecho principal sobre el cual hubiere recaído la absolución (en sentido análogo, sala 2ª, 24/8/1989, "Casadidio, Juan v. Quickfood Alimentos Rápidos", sent. 65.535). Sala 3ª, 12/10/2004, "Ramírez, Vicente v. Leopardo, Roberto Damián".

Si bien es habitual el requerimiento de un pronunciamiento penal en el caso de despido con invocación de la comisión del delito de hurto, en el caso de marras no resulta exigible dado que no se ha podido arribar a la instancia condenatoria o absolutoria exclusivamente por la decisión del actor de entregar, mediante la suspensión del juicio a prueba, los bienes propiedad de su empleadora y la aceptación de realizar cien horas de trabajos comunitarios, además de haberse desechado la suma de $ 100 que había ofrecido como multa. Tal actitud por parte del actor, si bien no implica ni la admisión de responsabilidad ni reproche penal efectivo, desde la perspectiva laboral, ha puesto de manifiesto lo justificado de la decisión de la empleadora. Sala 1ª, 31/5/2005, "Pupilli, Alberto Fabián v. Mach Electronics SA".

### *4.2. Despido por huelga. Intimación personal*

El derecho de huelga no es absoluto y está sujeto a ciertos límites. Tratándose de la valoración de un acto de despido, debe estarse a las circunstancias individuales del trabajador involucrado y el mero hecho de haberse considerado ilegal la huelga por encontrarse las partes sometidas al proceso de conciliación obligatorio previsto en la ley 14.786, resulta insuficiente para validar la decisión rupturista adoptada por la empleadora, máxime cuando a través de las pruebas producidas no se acredita que el trabajador haya protagonizado actos de violencia o sabotaje que claramente exceden el marco de las medidas de acción sindical dispuestas por el sindicato con personería gremial que lo representaba. Sala 2ª, 27/10/2009, "Domínguez, Jorge Bruno v. Fate SA s/juicio sumarísimo".

La participación de un dependiente en una medida de fuerza ilegal o ilegítima constituye una falta, pero debe ser valorada en función de las pautas del art. 242, LCT, a los efectos de determinar la admisibilidad o no de la cesantía, imponiéndose entonces considerar la magnitud de ella, el tiempo que se habría prolongado, el carácter de instigador o promotor, los antecedentes disciplinarios, etc. De lo contrario, es decir, si se aplicara automáticamente la ecuación "ilegalidad de la huelga = justificación del despido", además de violar la norma del mencionado art. 242 (que difiere a los jueces la facultad de apreciar en concreto la conducta de las partes en orden a la disolución del vínculo), se quebrantaría uno de los pilares de todo el régimen disciplinario, cual es el de la proporcionalidad entre la falta y la sanción. Sala 10ª, 19/4/2000, "Ayala, Pablo Daniel v. San Antonio de Padua SA", RDL 2000-II-472.

Para que se configure la justa causa de despido por huelga es insoslayable la previa intimación tendiente a obtener la rectificación de la conducta del trabajador participante. Ello no sólo es impuesto por el deber de buena fe (arts. 62 y 63, LCT) sino que deriva de la propia injuria laboral (art. 242, LCT) que posee un carácter subjetivo y personalísimo. Tal intimación debe ser *intuitu personae* y debe contener un plazo de reintegro del trabajador a sus actividades habituales, cuya extensión será la que impongan las modalidades que resulten en cada caso. No reúne los requisitos para ser eficaz el acta notarial que fuera levantada por un directivo de la empresa junto a un escribano y que constató que los trabajadores estaban sentados en la puerta de la fábrica, sin trabajar, intimándolos allí mismo en forma genérica a reintegrarse a sus tareas y sin otorgar plazo alguno. Sala 3ª, 21/3/1997, "Paredes, Martín v. Macusa Manufactura del Cuero SA".

### *4.3. Inasistencias reiteradas e impuntualidad*

Las faltas reiteradas injustificadas durante la relación laboral demuestran falta de contracción a las tareas y son causales de despido justificado cuando se invoca en la notificación respectiva un nuevo hecho de índole similar, puesto que constituyen actos de inconducta y traen como consecuencia el relajamiento de la disciplina, especialmente si inmediatamente de cometidas han sido objeto de prevenciones, amonestaciones o sanciones disciplinarias que el trabajador no ha tenido en cuenta para modificar su actitud. Sala 8ª, 28/2/1992, "Leguizamón, Juan Ireneo v. Bonafide SA s/despido".

Para justificar el despido dispuesto por el empleador, no basta la considerable cantidad de llegadas tarde en que incurrió el actor si durante el último año de la relación no se le efectuó apercibimiento alguno, disponiendo un despido directo alejado en más de un año de la última sanción. Sala 5ª, 9/10/1992, "Fernández, Rafael v. SA La Hispano Argentina".

### *4.4. Pérdida de confianza*

Le asistió razón a la demandada al disponer el despido de la trabajadora por la causal de pérdida de confianza, ya que la negligencia reiterada de la empleada jefa de personal —faltantes de dinero—, que debía extremar los cuidados para cumplir con sus deberes de buene fe, diligencia y colaboración, revestía gravedad suficiente para motivar la pérdida de confianza del principal. Sup. Corte Bs. As., 2/4/2003, "Curti, Susana N. v. Clínica Güemes SA".

La adulteración de facturas en perjuicio de la demandada con relación a los importes a pagar allí documentados constituye injuria grave de entidad suficiente al punto que no autoriza la prosecución del vínculo, pues resulta constitutivo de la pérdida de confianza sin que sea menester la existencia de un gran perjuicio económico ni la existencia de antecedentes desfavorables al dependiente. Sala 1ª, 4/11/2003, "Majcher, Jorge J. v. Gobierno de los Estados Unidos de América".

El no haber comunicado el actor, gerente de una sucursal bancaria, las irregularidades en la cuenta corriente de un cliente y tampoco haber adoptado decisión alguna para remediarlas, lo cual generara un descubierto de significativa importancia patrimonial en perjuicio del empleador, y sumado a ello que obraran antecedentes de sanciones disciplinarias por similares motivos, es lógico colegir que dichas omisiones revisten entidad suficiente para justificar la existencia de injuria grave y pérdida de confianza invocadas en su despido (arts. 242 y concs., LCT). Su experiencia a través de tantos años en el servicio bancario y su jerarquía como gerente del banco tornan inexcusables esas omisiones, no ajustándose su conducta a los deberes de buena fe, fidelidad, diligencia y solidaridad exigida por la normativa laboral (arts. 62, 63 y concs., LCT). Sala 1ª, 21/9/2005, "Monsalve, Juan Alberto v. Banco de la Nación Argentina".

*4.5. Alcoholismo. Ebriedad*

La conducta indebida del actor pudo ser objeto de una suspensión, pero su despido excedió la proporción debida ante la falta que le fuera atribuida, que no ocasionó daño concreto al principal, puesto que verificado el estado de ebriedad (por la prueba de alcoholemia) permaneció acompañado por personal de seguridad impidiéndose ese día la prestación de servicios. Sala 6ª, 11/6/2003, "Ochoa, Rubén v. Swiss Medical Group SA".

*4.6. Productividad. Falta de contracción al trabajo*

Si el trabajador fue encomendado para realizar una tarea manual para la que no había sido entrenado, aunque no fuera difícil o complicada, era previsible que su falta de entrenamiento incidiría sobre su ritmo de producción. Por ello, dicha disminución en la productividad no puede ser invocada como justa causa. Sala 6ª, 17/2/1994, "Maíz, José v. Canale SA".

Tratándose de una vendedora, no puede esgrimirse como causal de despido una "falta de contracción al trabajo" por una disminución transitoria de ventas, que depende, como es sabido, de las circunstancias del mercado consumidor y es ajena a la voluntad y esmero que pudo haber comprometido la trabajadora y que no fueron concretamente cuestionadas al decidir la desvinculación. Sala 10ª, 31/3/1997, "Vilela, Mirta Haydée v. Vialorenz SA".

*4.7. Incumplimiento del deber de buena fe*

La negativa del trabajador a declarar en un sumario interno labrado por el empleador —en el caso, por un paro de actividades dispuesto por los dependientes—, efectuando planteos improcedentes, legitima el despido en tanto importa un actuar contrario al principio de buena fe que emana del art. 63, LCT. C. Lab. y Paz Letr. Corrientes, 3/3/2000, "Paiva, Ramón S. v. El Tigre SA".

La alteración en la fecha de ingreso en perjuicio del trabajador, constituye un comportamiento contrario al deber de buena fe que rige el contrato, afectando el principio de mutua confianza que es esencial en la relación laboral, causa perjuicios al trabajador e importa una injuria que justifica el distracto (arts. 62, 63, 79, 242, 246 y concs., LCT). Sala 2ª, 26/2/2001, "Servin, Benigno v. Medina de Villordo, Ramona".

La denuncia penal que el trabajador efectuara contra uno de los socios gerentes de la demandada, imputándole la comisión del delito de extorsión en el marco de un juicio por un accidente de trabajo incoado por el actor, justifica la resolución de la relación laboral por parte de la empleadora. Ello es así debido a que la confianza y buena fe que debe primar entre las partes quedó pulverizada ante la denuncia formulada por el actor contra un gerente, que es la persona a través de la cual la empleadora expresa su voluntad, máxime cuando finalmente fue desestimada por la justicia y el querellado sobreseído. Sala 2ª, 8/2/2006, "Maidana, Evaristo Gregorio v. Inoxidables Lincoln SRL".

*4.8. Falta de diligencia*

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. Sala 6ª, 15/7/2002, "Figueroa, Sergio A. v. Compañía de Servicios Hoteleros SA".

La gravedad de la injuria que se requiere para tener por justificado el despido —en el caso, se le adjudicaba al trabajador carencia de control y exceso de confianza lo que permitió se cometieran ciertas irregularidades— debe estar proporcionalmente relacionada con la existencia o inexistencia de antecedentes disciplinarios valederos pues, en ausencia de estos últimos, un único incumplimiento debe tener entidad suficiente para imposibilitar por sí mismo la continuidad de la relación. Corte Sup. Just. Tucumán, sala Laboral y Cont. Adm., 25/9/2002, "Suárez, Hugo E. v. EDET SA".

*4.9. Mora en el pago de la remuneración*

Tratándose los descuentos de una diferencia parcial en el pago de haberes, el incumplimiento era razonablemente subsanable por vía de un reclamo telegráfico, administrativo o judicial, antes que con la extrema decisión de resolver el vínculo (conf. art. 10, LCT). En el marco de la relación individual de trabajo, no basta que existan ciertos incumplimientos de alguna de las partes para que se justifique sin más la ruptura del vínculo porque el deber de obrar de buena fe y el principio de conservación del contrato exigen que a tal solución se arribe luego de haber dado la oportunidad a la incumplidora de modificar su actitud. Sala 2ª, 30/3/2009, "Romera, María v. Swiss Medical SA".

El retraso en el pago de salarios no constituye automáticamente causal justificada de despido indirecto, debiendo tomarse en cuenta la actitud general observada por la demandada durante toda la relación laboral. La decisión de romper el vínculo unilateralmente luce intempestiva si el actor no respetó el plazo otorgado por él mismo a la accionada a fin de que abonara los aguinaldos parcialmente adeudados ni concurrió a percibir dichas sumas antes de disolver el contrato. Sala 1ª, 7/5/2003 "García, Miguel A. v. Impresora Oeste SA".

La falta de pago en término de salarios constituye —por sí sola— suficiente justa causa de despido indirecto, habida cuenta de que coloca al trabajador en situación de indigencia y es inequitativo que se lo fuerce a tolerar incumplimientos del empleador que destruyan la finalidad objetiva de las prestaciones que ha comprometido. Sala 7ª, 24/3/2003, "Petrino, Lucio v. Sánchez Gas SA y otros".

La mora en el pago de salarios —en el caso, cinco meses de sueldo y demás rubros salariales— importa una injuria impeditiva de la prosecución del vínculo que justifica el despido indirecto del trabajador, sin que pueda dispensarse ante la crisis económica invocada por el empleador. C. Trab. Tucumán, sala 1ª, 26/7/2000, "Molina, Marcela A. v. Sanatorios Asociados SA".

En caso de despido indirecto por falta de pago de la retribución mensual en tiempo y forma, debe entenderse que si el empleador tenía intenciones de "pagar", debió ineludiblemente acudir al instituto de la consignación judicial, siendo insuficiente que —ante la interpelación del dependiente— hubiera puesto a disposición los salarios; por el contrario, si se trata de deslindar responsabilidad en la falta de pago a raíz de la ausencia de colaboración del acreedor, es evidente que el trabajador, ante la puesta a disposición de sus haberes, debió probar que concurrió al lugar indicado a percibirlos y le fue denegada su pretensión de cobro (del voto del Dr. Scotti). Sala 10ª, 24/4/2006, "Beltrame, María del Carmen v. Martín y Cía. SA".

*4.10. Ejercicio de las facultades del empleador*

La negativa del empleador a proporcionar trabajo suplementario —lo haya hecho o no antes— no puede ser invocada como justa causa del despido indirecto decidido por el trabajador, toda vez que no se trata de una conducta que legal o contractualmente le sea exigible a aquél, e implica, por el contrario, el ejercicio no abusivo de derechos propios y por ende insusceptibles de ser invocados como justa causa de denuncia. Sala 8ª, 22/4/2003, "Flecha, Nicolás v. Consorcio de Prop. Ciudad de la Paz 546".

Si bien el simple ingreso de un varón a un vestuario de mujeres por razones estrictamente operativas (por ejemplo, para buscar algún elemento de trabajo que se hallase en ese lugar) podría considerarse una falta leve o, incluso, según las circunstancias, un hecho intrascendente (por ejemplo, cuando no hubiese nadie en el lugar), lo cierto es que no fueron razones de servicios las que motivaron el ingreso del actor al vestuario de damas. Así, el actor ingresó al vestuario del personal femenino de la estación de servicio donde laboraba para mantener relaciones íntimas con una compañera, hecho que resulta claramente reprochable en el marco del vínculo laboral habido y cuya gravedad justifica la decisión rescisoria de la demandada (arg. art. 242, LCT). Sala 3ª, 23/11/2005, "Mergen, Miguel Osvaldo v. Deheza SA".

*4.11. Discriminación*

Incurrió la demandada en un despido discriminatorio conforme el art. 1°, ley 23.592, y el art. 17, LCT, al desplazar a un hombre que se negaba a dejar de utilizar, en el ámbito laboral, la kipá, una gorra pequeña para cubrir la parte superior de la cabeza, cuyo uso se vincula con un precepto religioso de la ley judía. Sala 6ª, 7/12/2010, "Garncarz, Pablo Damián v. Telefónica Móviles Argentina SA y otro".

Se encuentra a cargo de la demandada probar que el actor, enfermo asintomático de sida, quien había alcanzado un alto grado de posibilidades para ser contratado, y sorteado satisfactoriamente los exámenes psicológicos y físicos preocupacionales, no reunía "el perfil requerido para el puesto". C. Nac. Civ., sala E, 30/8/2003, "R., L. F. v. Trenes de Buenos Aires SA".

La existencia de diabetes no puede constituir impedimento alguno para que el trabajador acceda a un puesto de trabajo, salvo que el empleador acredite que la enfermedad es invalidante, siguiendo el procedimiento que a tal fin establece la ley 23.753 (del voto de la Dr. Gatzke Reinoso de Gauna, por la mayoría). C. Nac. Civ., sala H, 4/9/2000, "Sendoya, Josefina O. v. Travel Club SA", DT 2001-A-784.

A la trabajadora que ha sido víctima de maltrato verbal frente a sus compañeros por parte del gerente, más allá de la indemnización tarifada que prevé la LCT, por los trastornos psicológicos (depresión y an-

siedad generalizada) que sufriera a raíz del estrés generado por el maltrato de su superior jerárquico, cabe abonarle una suma adicional en concepto de reparación del daño provocado a la salud y el daño moral. Dicha reparación tiene su fundamento en el art. 1113, CCiv., en cuanto el gerente en cuestión era un dependiente de la empleadora por quien debe responder. Sala 6ª, 8/9/2010, "Trerotola, Sonia Karina v. Supermercados Norte SA".

El breve lapso transcurrido entre el día que al trabajador se le efectúa el primer estudio atinente a verificar si era portador de VIH y la fecha en que recibe la comunicación del despido directo arroja una fuerte presunción —en el marco legal previsto por el art. 163, CPCCN— de que la causa del despido ha sido la enfermedad del trabajador. Máxime si la empresa usuaria no demostró la reestructuración empresaria que invocara como fundamento de la medida rescisoria y no se advierte —en su hipótesis— cuál habría sido la razón para efectuar los controles médicos que estaba realizando al trabajador. Cuando un trabajador es despedido por ser portador de VIH, difícilmente ha de encontrarse una prueba clara, categórica, puesto que se trata, por un lado, de aquellas que comprometen el secreto médico y, por lo tanto, difícilmente cualquier perturbación en su mantenimiento resulte documentada o pasible de tales probanzas; por el otro, en tanto se apunta a actos de discriminación, prejuiciados, sucederá lo mismo. Por ello asumen relevancia las directivas contenidas en el art. 163, Código Procesal, en cuanto autorizan al juez a tener en cuenta "las presunciones no establecidas en la ley". C. Nac. Civ., sala C, 17/12/1999, "M. M. A. v. Bagley SA y otro", DT 2001-A-107.

La ley 23.592, que protege frente a las conductas discriminatorias, tiene por objeto sancionar el trato desigual (en cualquier ámbito que se trate, incluso el laboral) fundado en el hecho de pertenecer a ciertos grupos o presentar determinados caracteres o tener ciertas ideas, vale decir, el trato desigual y peyorativo que se basa en circunstancias de tipo "subjetivas" (nacionalidad, raza, sexo, religión, caracteres físicos, ideas políticas, religiosas, sindicales etc.). De manera que protege al trabajador en un espectro más amplio que la tutela que confiere la ley 23.551, pues sanciona cualquier trato desigual fundado en diferentes circunstancias, incluso las ideas o la actividad sindical. Por ello el despido discriminatorio en el régimen de la ley citada y en los tratados internacionales con jerarquía de tales (conf. art. 75, inc. 22, CN) tiene como rango distintivo que la discriminación debe cesar y la única forma de lograrlo es la de reponer al trabajador en su puesto de trabajo, ya que los despidos discriminatorios son nulos y carecen de eficacia (del voto del Dr. Fernández Madrid). Sala 6ª, 10/3/2004, "Balaguer, Catalina v. Pepsico de Argentina SRL".

Si la demandada conoció o pudo conocer de un modo u otro, total o parcialmente, los resultados de los estudios médicos practicados al accionante, de los que se desprendía que este último era portador positivo de VIH, y contemporáneamente con este hecho fue despedido sin alegarse un motivo real, debe concluirse que se desconoció el principio de no discriminación y procede, consecuentemente, la indemnización correspondiente (conf. ley 23.592). Sala 4ª, 30/8/2004, "O., E. O. v. Falabella SA".

El despido sin causa dispuesto —y reconocido— por la demandada por haber el trabajador remitido una misiva vía *e-mail* a sus compañeros de trabajo instándolos a adoptar acciones colectivas pacíficas en solidaridad con los trabajadores de Aerolíneas Argentinas, resulta comprendido en la categoría enumerada en el dispositivo de la ley 23.592, por constituir una restricción impuesta por la empleadora al pleno ejercicio del derecho de cuño constitucional a propagar sus ideas (art. 14, CN). Asimilado, por influjo del art. 1°, ley citada, el acto discriminatorio al acto nulo, la solución que prevé la norma es imponer el restablecimiento de las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado (art. 1050, CCiv.) (en el caso, la sentencia obligó a la demandada a reincorporar a la actora). Sala 9ª, 31/5/2005, "Greppi, Laura Karina v. Telefónica de Argentina SA".

Debe considerarse que el despido dispuesto por la patronal, en forma absolutamente arbitraria e injustificada, carente de todo sustento fáctico y objetivo (máxime si se pondera que los incumplimientos atribuidos a la dependiente carecían de entidad como para justificar su desvinculación), ha constituido un acto discriminatorio a sabiendas de la condición de portador del VIH de la actora, razones por las que debe accederse a la pretensión mediante la cual se persigue la reparación moral del daño ocasionado por el antijurídico contractual que constituye el despido (en el caso, la trabajadora contaba con importante antigüedad en el empleo, no registraba sanciones disciplinarias o faltas similares a las que se le imputaron, y la empleadora tenía pleno conocimiento de que la actora se encontraba afectada por el VIH). Sala 2ª, 21/9/2005, "Ibarrola, Nélida Esther v. Lamartine SA".

### *4.12. Uso indebido de herramientas informáticas*

Resultó injustificado despedir a la actora por el uso de un programa instalado en más de una computadora de la empresa (*Messenger*), sin que su uso hubiese estado prohibido, cuando el sistema instalado podía ser usado por cualquier otro integrante del personal de la empresa, sin dar una pauta concreta de lo que consideraba "uso abusivo" y no haber producido prueba alguna al respecto. Si además, según su jefa de personal, el despido de la actora se debía a una decisión personal de uno de los jefes, sin que hubiera una causal objetiva, mientras que por la misma fal-

ta, a otra empleada solamente se la suspendió, no puede considerarse acreditado que la negativa de pagar las indemnizaciones a la actora estuviese justificada. Sala 4ª, 27/2/2006, "Gelonch, Giselle Araceli v. Carda SA".

Resulta arbitrario el despido en cuya comunicación no conste la expresión clara de sus motivos (art. 243, LCT) referidos a cuáles habrían sido las comunicaciones enviadas por la actora mediante el uso indebido del correo electrónico de la empresa, que no estarían relacionadas con el trabajo, y que además contendrían expresiones que implicasen una falta de respeto al personal superior que no se individualiza (en el caso, ni siquiera se indica la fecha en que tales comunicaciones habrían sido enviadas, señalándose solamente que la empresa tomó conocimiento de ellas en determinada fecha). Sala 3ª, 21/2/2005, "Acosta, Natalia Mariel v. Disco SA".

Resulta irrelevante para valorar si el despido fue justificado la circunstancia de que la computadora asignada por el empleador al trabajador para realizar sus tareas de vendedor no estaba originariamente configurada para acceder a internet y que, no obstante ello, el dependiente la configuró para tal propósito, pues el acceso a internet no fue invocado por la empresa en su comunicación rescisoria. Sala 3ª, 30/9/2003, "Enríquez, Diego D. v. Hellerman Tyton SRL".

Debe considerarse incausado el despido que obedece a la utilización indebida por parte del actor del correo electrónico perteneciente a la empresa, mediante el envío de mensajes de índole personal y material que ofende la moral y buenas costumbres (material pornográfico), en la medida en que de las pruebas sustanciadas surja que dichos mensajes correspondan a un conjunto de *e-mails*, es decir, a una lista de correos (susceptibles de ser adulterados, aunque no resulte tarea sencilla), y que hayan sido originados en otras cuentas diferentes a la que utilizaba el trabajador. Sala 1ª, 29/4/2005, "Peiro, Ricardo Fernando v. Ceteco Argentina SA".

El correo electrónico provisto por una empresa posee las características de una herramienta de trabajo (en el sentido del art. 84, LCT) que debe ser utilizada para el cumplimiento de la labor y no para fines personales. En cuanto al contenido de los *e-mails* a que se refiere la quinta injuria invocada (reenvío a través del correo electrónico de la empresa de textos y archivos fotográficos de alto contenido pornográfico), su consideración no permite avalar la máxima sanción. En efecto, si bien la actitud de la actora resulta criticable, en la medida en que lo acontecido no fue sino un intercambio de correos electrónicos que no trascendió los límites de la empresa ni tomó estado público, el despido dispuesto deviene una medida excesiva e injustificada. Por lo demás, las actitudes injuriosas hacia los compañeros, superiores y asesores de la empresa referidas al contenido de los mensajes se tuvieron por no acreditadas. Sala 10ª, 17/11/2003, "Villaruel, Roxana Iratí v. Vestiditos SA".

### *4.13. Acoso moral y sexual*

A la trabajadora que ha sido víctima de maltrato verbal frente a sus compañeros por parte del gerente, más allá de la indemnización tarifada que prevé la LCT, por los trastornos psicológicos (depresión y ansiedad generalizada) que sufriera a raíz del estrés generado por el maltrato de su superior jerárquico, cabe abonarle una suma adicional en concepto de reparación del daño provocado a la salud y el daño moral. Dicha reparación tiene su fundamento en el art. 1113, CCiv., en cuanto el gerente en cuestión era un dependiente de la empleadora por quien debe responder. Sala 6ª, 8/9/2010, "Trerotola, Sonia Karina v. Supermercados Norte SA".

A los efectos de encuadrar el despido como resultante de maniobras de acoso moral resulta necesario que se aleguen circunstanciadamente —dejando de lado percepciones individuales y subjetivas— hechos inobjetables que denoten la actitud persecutoria que se denuncia. No revisten entidad suficiente los hechos aislados que no son repetidos y sistemáticos. En el caso, la circunstancia de que la accionada no hubiera logrado probar los motivos sobre los que sustentó la aplicación de la sanción impuesta a la actora no obra, por sí sola, como demostración lisa y llana del acoso laboral, pues la accionante tenía la posibilidad de cuestionar esa decisión y ver satisfecho su derecho a dejársela sin efecto. Sala 9ª, 30/12/2009, "Denicolo, Andrea Victoria v. San Timoteo SA s/salarios por suspensión".

Debe tenerse por demostrado el acoso sexual alegado por una trabajadora —en el caso, cometido por un empleado de jerarquía superior ante la postura complaciente del socio gerente de la empresa—, responsabilizándose civilmente al acosador y al empleador, pese a la falta de prueba directa de los hechos invocados, si de los indicios colectados se arriba a presunciones graves, precisas y concordantes en tal sentido —art. 163, inc. 5º, Código Procesal—, pues tal clase de sucesos y conductas suele desarrollarse en contextos donde no pueden ser observados lo que dificulta su conocimiento pleno. C. Civ. y Com. Lomas de Zamora, sala 1ª, 19/11/2002, "M., L. B. v. Isa, Juan E. y otro".

El hecho de haberse desafectado a la trabajadora de todas sus tareas, dejarla parada nueve horas en su lugar de trabajo "como un florero" durante toda la extinción de su jornada de trabajo y asignar a otra empleada para realizar sus labores, la habilita para darse por despedida y configurarse así el despido indirecto conforme a derecho. Sala 8ª, 31/3/2006, "Lazarte, Fátima v. Coto Cicsa".

No puede calificarse como "acoso sexual" la conducta del trabajador con una compañera de trabajo a la que le preguntó si "había tenido relaciones sexuales". A lo sumo, la conducta del actor fue indiscreta, inoportuna e impertinente, lo cual pudo dar lugar a una sanción, pero entra en la calificación de la figura denominada "acoso sexual", puesto que "...no hubo amenazas en despedir, sancionar, postergar el ascenso, etc., o, directamente, la creación de una ambiente hostil...". Sala 7ª, 14/9/1998, "Páez, Hugo Andrés v. Angelus SCA".

La índole de la conducta imputada al empleador (hostigamiento sexual), cuando es de tal gravedad que la relación no podría reanudarse, exime a la trabajadora de intimar con anterioridad a la ruptura. Esto es así porque la finalidad de tal intimación reside en brindar al empleador la posibilidad de corregir algún comportamiento injurioso, o aclarar las diferencias que pudieran existir entre ambos, con miras a la conservación del empleo. Sala 3ª, 14/3/2000, "Prunella, Gabriela v. Falce, Hugo".

## CAPÍTULO XVII: INDEMNIZACIONES

### 1. Indemnización. Art. 245, LCT

*1.1. Remuneración*

El art. 245, LCT, al establecer que la base de la indemnización será la mejor remuneración mensual, normal y habitual, excluye toda prestación que no se perciba mensualmente, como el sueldo anual suplementario. Y dicha solución no ha sido alterada por la modificación introducida por la ley 25.877 al art. 245, LCT. El reemplazo de la expresión "percibida" por "devengada" importa la recepción normativa de la tesis sentada por la Corte Suprema en la sentencia dictada el 11/11/1991 en el caso "Bagolini, Susana v. Instituto Tecnológico de Hormigón SA" y apunta a disipar las situaciones litigiosas que se planteaban en hipótesis de cobros inferiores a lo que debió devengarse, pero no se modificaron los requisitos que debe cumplir la remuneración computable, entre los que se cuentan la habitualidad mensual. Sala 4ª, 14/4/2008, "Bruic, Antonio Alberto v. Club Atlético San Lorenzo Asoc. Civil".

La modificación introducida por la ley 25.877 en el art. 245, LCT, en tanto alude a la mejor remuneración "devengada", no implica que deba sumarse a la base de cálculo la incidencia del sueldo anual complementario. Sala 6ª, 28/12/2007, "Lavalle, Élida E. v. La Recíproca Asoc. de Ayuda Mutua".

Corresponde incluir el concepto "bonus", percibido en forma anual, en la base de cálculo de la indemnización por despido. Sala 7ª, 22/2/2008, "Rodríguez, Antonio v. HSBC Bank Argentina SA".

*1.2. Topes*

El personal jerárquico está comprendido entre "aquellos trabajadores no amparados por convenios colectivos de trabajo", por lo cual queda igualmente alcanzado por la limitación indemnizatoria y no corresponde introducir una distinción no prevista legalmente y contraria a lo expresamente regulado en el párr. 3º, art. 245, LCT. Tratándose el tope previsto en el art. 245, LCT, de una norma legal, el juez debe aplicarla de oficio, conforme al principio *iura novit curia*. Sala 1ª, 10/3/2003, "Bahamonde, Héctor A. v. Fundación Universidad de Morón".

El art. 245, LCT, no faculta al empleador o a las partes a efectuar un "promedio de salarios" para fijar el límite del crédito. Por lo tanto, si el Ministerio de Trabajo omitió fijar y publicar los montos del tope correspondiente a la actividad, el crédito indemnizatorio debe ser calculado con las restantes pautas de la ley, pues no resulta pertinente la fijación de límites por parte de otra entidad que no sea el poder estatal erigido en autoridad de aplicación (conf. dictamen 17.133 del 21/2/1995, "Cervantes, Telmo v. Río Luján Navegación SA"). Sala 10ª, 27/6/2000, "De Sousa, Gustavo v. Flehmer Films SA".

De acuerdo con el art. 8º, LCT, para que los tribunales puedan aplicar un convenio colectivo las partes han de invocarlo aunque no lo acompañen, ya que el juez carece de atribuciones para utilizar de oficio este tipo de norma, que no se reputa conocida y se circunscribe a una determinada situación. La eficacia del art. 245, LCT, depende de varios elementos, entre ellos la comunicación oportuna de las partes sobre cuál es el convenio aplicable y que el Ministerio de Trabajo publique las listas de los promedios convencionales y de los topes indemnizatorios. En este caso las partes han silenciado el convenio aplicable por lo que la alzada no puede subrogarse en lo que era su carga. Sala 6ª, 4/2/2000, "Díaz Alcaraz, Alejandro v. Equilab SA", RDL 2000-II-501.

Si bien la actividad desarrollada por la demandada, esto es, la prestación del servicio de televisión satelital, no se encuentra regulada por convenio colectivo alguno, no puede establecerse la indemnización por antigüedad sobre la base de la remuneración percibida sin limitación. En este sentido, ha señalado la sala que "a todos los trabajadores, aun aquellos que no se encuentren amparados por convenciones colectivas de trabajo, se les debe aplicar un tope determinado, en principio, sobre la base de las remuneraciones del convenio de actividad", y que por aplicación del principio *iura novit curia* es función del tribunal decir el derecho vigente aplicable a los supuestos fácticos alegados y probados en la causa, con prescindencia de las afirmaciones o argumentaciones de orden legal formuladas por las partes, e independientemente del encuadre jurídico que ellas le asignen a sus relacio-

nes" (conf. Corte Sup., "Gaspar, Rodolfo v. Segba SA", G.619.XXII). Sala 2ª, 5/5/2005, "Olivera Pereyra, Miguel Ángel v. Sheelec Ingeniería SA y otro".

*1.3. Inconstitucionalidad. Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Vizzoti". Aplicación de la doctrina del fallo "Vizzoti"*

Respecto de la aplicación del art. 245, LCT, corresponde la aplicación de la doctrina del fallo "Vizzotti, Carlos A. v. AMSA SA s/despido", dictado por nuestra Corte Suprema, por lo que cabe tomar el 67% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable, por analogía con la jurisprudencia aplicada por el Alto Tribunal en materia impositiva para determinar si la presión fiscal es o no confiscatoria. Asimismo, en el caso, si bien la actora no planteó la inconstitucionalidad del tope en la demanda ni su inaplicabilidad, no se observa obstáculo para su tratamiento. Ello es así porque la función del juez que se enuncia con el adagio latino *iura novit curia* es suplir el derecho que las partes no le invocan o le invocan mal. Es que el control de constitucionalidad no depende de las partes porque la supremacía de la Constitución es de orden público. Sala 7ª, 30/8/2005, "Cosoli, Hugo Carlos v. Administración Nacional de Seguridad Social".

En los casos que proceda la declaración de inconstitucionalidad del art. 245, LCT, debe hacerse con los alcances que ha fijado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto ha dicho que la limitación contenida en los párrs. 2º y 3º de dicha norma sólo es razonable en tanto no impone reducir en más del 33% la mejor remuneración normal, mensual y habitual percibida por el trabajador durante su último año de trabajo o durante el tiempo de la prestación de servicios si éste fuere menor; por ende, si la reducción supera ese porcentaje, debe tomarse como base mensual el 67% de aquella remuneración (Corte Sup., 14/9/2004, "Vizzoti, Carlos A. v. AMSA SA s/despido"). Sala 4ª, 25/10/2005, "Río, Javier Gustavo v. Movimiento de la Palabra de Dios Asociación Civil y otro".

Si la pretendida finalidad resarcitoria del art. 245, LCT, que tiene raigambre en el art. 14 bis, CN (que contempla la protección contra el despido arbitrario), resultare desnaturalizada —en algún caso— frente a la aplicabilidad del límite indemnizatorio previsto en el art. 245, LCT, resulta entonces de aplicación la doctrina del fallo "Vizzoti, Carlos A. v. AMSA SA s/despido", por resultar verdaderamente ecuánime y resarcitorio, y tomar así el 67% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable, por analogía con la jurisprudencia aplicada por el Alto Tribunal en materia impositiva para determinar si la presión fiscal es o no confiscatoria. Sala 7ª, 29/3/2006, "Otero, Gabriel Raúl v. Gillette Argentina SA".

*1.4. Remuneración. Cálculo. Rubros excluidos e incluidos*

De acuerdo con lo establecido por el plenario "Tulosai", "...descartada la configuración de un supuesto 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, LCT". Si en el caso, y por imperio de la carga de la prueba y como requisito impuesto por el plenario, la empleadora no acreditó haber utilizado un sistema de evaluación del desempeño del trabajador, tanto que la propia demandada sostiene que el bonus fue creado voluntariamente y reglamentado dentro de su arbitrio, las sumas abonadas al actor no quedan aprehendidas por la decisión impuesta por el pleno y deben considerarse *contrario sensu*, a los efectos de conformar la base del art. 245, LCT. Sala 7ª, 19/8/2010, "Maidana, Juan Carlos v. Banco Central de la República Argentina s/diferencias de salarios".

Habiendo mediado una motivación fraudulenta en el pago de las sumas abonadas a la trabajadora en concepto de "gratificacón extraordinaria", por encubrirse a través de dichos pagos aumentos salariales sin reconocerse formalmente una recomposición salarial, cabe computar dichas sumas sobre la base salarial prevista en el párr. 1º, art. 245, LCT, en virtud de la doctrina legal emergente del fallo plenario 322 del 19/11/2009 recaído *in re* "Tulosai, Alberto Pascual v. Banco Central de la República Argentina" en el que se establece la ausencia de fraude como requisito para excluir a la bonificación abonada por el empleador sin periodicidad mensual del cómputo de la base salarial prevista en el artículo referido. Sala 9ª, 30/9/2010, "Álvarez, Isabel Esperanza v. HSBC La Buenos Aires Seguros SA".

Tanto el rubro gratificación extraordinaria como el plus vacacional, conceptos percibidos por el actor en forma anual, deben incluirse a los efectos de la liquidación de la indemnización por antigüedad, puesto que si bien ambos rubros son de pago diferido se devengan día a día. Sala 7ª, 19/8/2010, "Maidana, Juan Carlos v. Banco de la República Argentina s/diferencias de salarios".

La circunstancia que la empresa discriminara las comisiones y que hubiera una mayor demanda en determinada época del año, no basta para caracterizar a las comisiones que tienen como causa tales ventas como excepcionales, pues no corresponden a hechos extraordinarios o eventuales sino que se repiten cíclicamente de modo regular, lo cual, sin duda, ha sido contemplado y valorado por las partes al acordar el sistema remuneratorio. Sala 3ª, 10/6/2003, "Balladares, Alejandro F. v. C. Della Penna San Luis SA y otro".

No es procedente la inclusión de la incidencia del sueldo anual complementario en la base de cálculo de la indemnización por despido, ya que su pago no es

mensual como establece el art. 245, LCT. Sala 8ª, 15/7/2002, "Aguilar, Fermín F. y otros v. Escuela J. N. Bialik Asoc. sin fines de lucro y otros".

Si la cantidad de horas extras abonadas en el año anterior al cese es mayoritaria, integran el salario normal y habitual, es decir que si se demuestra en juicio que las horas extras se realizaban y abonaban en forma mensual normal y habitual, deben computarse a los fines de la indemnización del art. 245, LCT. C. Trab. Córdoba, sala 10ª, unipersonal, 23/5/2000, "López, Héctor D. v. Cormec SA", DT 2000-B-2198.

La pauta establecida en el art. 245, LCT, sólo es aplicable para el cálculo de la indemnización por despido y el sueldo anual complementario (ley 23.041). Ante el caso de remuneraciones variables el *criterio de la normalidad próxima* rige respecto del *preaviso* y de los *dias trabajados en el último mes* y el art. 155, LCT, en relación con la *compensación por vacaciones no gozadas*. 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 resulta equitativo tomar el promedio del semestre. 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 los hay para pensar que ganaría una inferior, lo que torna procedente la aplicación del promedio mencionado. Sala 4ª, "Fitz, Maurice Mario Daniel v. Aventis Pharma SA".

### *1.5. Premios y gratificaciones*

El *bonus* que el actor percibía durante la relación de trabajo como una gratificación habitual debe ser excluido de la base de cálculo en la indemnización del art. 245, LCT, dado su frecuencia de cobro anual, cuando la ley refiere inequívocamente a asignaciones de frecuencia mensual. Sala 8ª, 7/2/2005, "Baña, Horacio Ricardo v. Pall Technologies SA".

Deben excluirse de la base del cálculo en la indemnización del art. 245, LCT, los gastos correspondientes al uso del automóvil por parte del actor, durante su relación laboral, como asimismo, los de la tarjeta corporativa "Visa", en razón de haber sido ambos gastos afrontados por la demandada (en el caso, el actor revistaba un cargo jerárquico y dichos gastos hacían a su desempeño). Sala 8ª, 7/2/2005, "Baña, Horacio Ricardo v. P. TECH SA".

Es improcedente la pretensión de inclusión del *bonus* en la base del cálculo de la indemnización por despido, toda vez que dicha gratificación se liquida en forma anual. Sala 8ª, 28/3/2003, "Garramone, Raúl O. v. Citibank NA".

En tanto se trata de una suma que se percibe cada seis meses, la "bonificación por productividad" reglada en el art. 35, CCT 203/1993, está excluida del cómputo previsto en el art. 245, LCT, que tiene como requisito el que la remuneración base de los guarismos para el cómputo de esta indemnización se obtenga conforme a la denominada mejor remuneración mensual, normal y habitual del último año de prestación de servicios, debiendo entenderse que estos últimos adjetivos se refieren a los rubros que componen el salario, para excluir gratificaciones extraordinarias, sueldo anual complementario y otras prestaciones que por su naturaleza no sean susceptibles de ser ganadas todos los meses. Sala 1ª, 17/2/2004, "Napolitano, Héctor O. v. Telefónica de Argentina SA".

Toda remuneración, por más que se abone anualmente, debe ser contemplada a los fines del art. 245, LCT, si se devenga proporcionalmente al tiempo trabajado. Tal el caso de la bonificación por productividad que si bien se abona en forma semestral, se devenga en forma mensual y se acomoda perfectamente a las exigencias del artículo citado. Sala 10ª, 27/3/2000, "Fernández, Orlando v. Telefónica de Argentina SA".

Si el premio estímulo era abonado por la demandada en forma cuatrimestral, no corresponde su cómputo para el pago de las indemnizaciones por despido, que son fijadas tomando como referencia las previsiones del art. 245, LCT, que establece el cómputo de retribuciones mensuales como base para la determinación del cálculo del crédito. Sala 5ª, 10/11/1995, "Bosco, Julio v. Caja Nacional de Ahorro y Seguro".

### *1.6. Trabajador que reingresa. Ruptura anterior. Antigüedad. Cómputo*

Si de las pruebas de autos resulta que el actor obtuvo el beneficio jubilatorio pero siguió prestando servicios a favor de su empleador en forma continuada, sin que en ningún momento se interrumpiera la relación laboral, no se hallan reunidos los requisitos exigidos para la aplicación de lo dispuesto por el art. 253, LCT, reformado por la ley 24.347. En el caso el actor obtuvo el beneficio el 31/5/2002 y la demandada sostiene que hubo un reingreso con fecha 1/6/2002, por lo cual se inició una nueva relación laboral. Sin embargo, no se ha operado el reingreso del trabajador jubilado, sino que existió continuidad laboral, a pesar de la comunicación de la empleadora, por lo que debe computarse todo el tiempo trabajado. Sala 3ª, 14/3/2005, "Forchato, Víctor v. Consorcio de Propietarios Edificio Amenábar 2420".

Si el trabajador reingresa ya jubilado, al ser despedido sin causa sólo se computa la antigüedad a partir de ese reingreso (art. 253). La segunda alternativa es el caso de la actora, porque continuó trabajando sin estar jubilada, debido a que ejerció la opción del art. 19, ley 24.241 (la continuación hasta alcanzar la mayor antigüedad que le permita acceder al mejor haber jubilatorio). Pero esta norma no altera la del

art.252, LCT, por ello al ser despedida posteriormente, la demandada debe indemnizarla por antigüedad desde que renació el vínculo, ya que por la antigüedad anterior el empleador quedó exento del deber de indemnizar según lo que resulta del art. 252, LCT. Sala 5ª, 31/8/2005, "Benza, Manuela del Rosario v. Automóvil Club Argentino ACA".

En el momento en que el trabajador accede al beneficio jubilatorio previsto en la ley 24.241 se extingue el contrato de trabajo sin obligación indemnizatoria para la empleadora. La prestación de servicios posterior a aquella fecha, para la misma empleadora, implicó el reingreso del trabajador en los términos del art. 253, LCT. Resulta irrelevante, a los fines de considerar la fecha en que queda extinguida la primera relación laboral, que la empleadora no haya practicado la intimación del párr. 1°, art. 252, y que el trabajador por propia iniciativa, y no a pedido del empleador, haya comenzado la tramitación de su jubilación. Sala 8ª, 28/12/2005, "Grobas, Jesús v. Macegui SA y otro".

## 2. Daño moral

Corresponde la indemnización autónoma del daño moral (no contemplada en el art. 245, LCT), ante el caso del despido fundado en la denuncia penal de delito de hurto del trabajador efectuada por su empleador, la cual posteriormente quedara archivada, y ante lo que el denunciado sostiene haber sido gravemente lesionado en su dignidad. Sala 6ª, 30/8/2010, "Fernández, Claudio Abel v. López, Félix Antonio".

Si bien el despido incausado no genera otra obligación que la de resarcir el daño en la forma prevista en la LCT, cabe apartarse de tal principio cuando el empleador realiza conductas injuriantes autónomas, agraviantes o lesivas del honor de su dependiente —en el caso, haber permitido que se lo acusara públicamente de defraudación—, debiendo indemnizarse dicho perjuicio, desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual, como si no hubiera existido vínculo alguno. Sala 10ª, 26/2/2004, "Núñez Acosta, Fabián J. v. Telefónica de Argentina SA y otro".

La falsa imputación de hechos agraviantes e injuriosos afecta los bienes más valiosos que puede tener una persona (honor, reputación, dignidad), en cuanto se cuestiona y descalifica falsa e injustamente la conducta de la actora al atribuirsele —veladamente— participación en maniobras dolosas dirigidas a perjudicar al erario público, en una comunicación que la accionada le envió poco después de extinguida la relación laboral, actuando en la emergencia con dolo, con clara intención de agraviar, por lo que corresponde hacer lugar a la indemnización por daño moral. Sala 6ª, 21/8/2003, "Peruyero Aladro, María Virginia v. Fundación Exportar".

El art. 1°, ley 23.592, otorga acción al damnificado para reclamar la reparación del daño moral y material ocasionados por actos de discriminación. La fijación del importe del daño moral es de difícil determinación ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos experimentados, es decir, agravios que se configuran en el ámbito espiritual, de las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto su monto a una ponderada discrecionalidad del juzgador. C. Nac. Civ., sala C, 17/12/1999, "M., M. A. v. Bagley SA y otros", DT 2001-A-107.

La indemnización por daño moral es susceptible de dos enfoques: el contractual y el extracontractual. Si se trata de contractual, cabe señalar que en el ámbito del contrato de trabajo todo daño moral se encuentra incluido en el concepto de injuria laboral y da derecho a una indemnización tarifada siempre que sea invocado oportunamente en los términos del art. 242, LCT. Desde el punto de vista extracontractual, el daño moral procede en los casos en que el hecho que lo determina sea producido por una actitud dolosa del empleador que debe ser resarcida aun en ausencia de relación laboral. Sala 3ª, 16/5/2006, "Cabaleiro, Leonardo Fabián v. Artes Gráficas Rioplatenses SA".

El daño psíquico tiene una entidad propia y autónoma que no debe confundirse con los padecimientos morales, y se manifiesta con síntomas psicopatológicos evidenciables y objetivables, física o materialmente. El daño moral representa la afrenta espiritual que objetivamente se verifica en todo ser humano a partir de un hecho cuya entidad lesiva resulta social y culturalmente incontrovertida. En cambio, en el supuesto de daño psíquico se requiere la demostración del desborde del plano simbólico por el padecimiento derivado de las consecuencias del accidente de trabajo, que el afectado no puede superar ni asimilar sin asistencia profesional. Sala 5ª, 28/3/2006, "Basualdo, Carlos Alejandro v. Provincia ART SA Aseguradora de Riesgos del Trabajo y otro".

Aun cuando la conducta del demandado hubiera infligido un daño en la esfera moral del actor, acontecido con posterioridad al cese, no cabe a esta jurisdicción pronunciarse en tal aspecto por tratarse de un daño poscontractual (la demandada inició causa penal contra el actor cuando ya se había extinguido el contrato de trabajo), sin perjuicio de la acción que mantiene el afectado y que podría hacer valer por la vía que estime pertinente (del voto del Dr. Vazquez Vialard, en minoría). Sala 2ª, 21/3/2006, "Sebastiani, Omar Horacio v. Domenicelli, Atilio Luis y otro".

## 3. Art. 275, LCT

La conducta del demandado encuadra en las previsiones del art. 275, LCT, porque pretendió burlar el derecho del actor al cobro de las indemnizaciones y salarios que le correspondían mediante la presentación en la causa de un recibo que no fue firmado por

el dependiente, circunstancia que fue indudablemente acreditada en la causa, lo cual implicó una clara violación del deber de lealtad, probidad y buena fe que las partes deben observar en el proceso. Sala 3ª, 26/5/2003, "Ariaz, Adolfo H. v. Benegas, Miguel A.".

Corresponde declarar maliciosa y temeraria la conducta del empleador en los términos el art. 275, LCT, en tanto cuestionó sin fundamento la existencia de la relación laboral y utilizó modalidades contractuales en forma fraudulenta, pues se configura uno de los supuestos que la norma prevé, es decir, el cuestionamiento con conciencia de la sinrazón, de la existencia de la relación laboral acreditada. Sala 10ª, 27/6/2003, "Díaz, Omar A. v. Gros, Roberto y otros".

Las sanciones por conducta temeraria y maliciosa sólo son aplicables en casos extremos, debiendo quedar en el ánimo de quien debe aplicarlas el convencimiento de que se ha actuado con dolo o culpa grave en grado sumo. El juez, al ponderar la conducta, debe actuar con prudencia, pues no puede afectar el principio constitucional de defensa en juicio. Así, en el caso, si bien existió una negativa generalizada de los hechos invocados en la demanda y un encuadre diverso de las relaciones del que se consideró demostrado en autos, no se observa que la demandada hubiera actuado con dolo o culpa grave, obstruccionista o ánimo dilatorio, por lo cual no se cumplen los requisitos del art. 275, LCT. Sala 1ª, 22/6/2006, "Alarcón, Rubén Luis y otros v. Hawk Air SA".

Si la demandada justificó el despido en la pérdida de confianza por un presunto accionar del actor contrario a la buena fe, lo que no quedó acreditado en autos, corresponde que se califique la conducta de aquélla como temeraria y maliciosa en los términos del art. 9°, ley 25.013, y art. 275, LCT, condenándola a pagar un interés adicional equivalente a una vez y media la tasa que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones corrientes de descuento para documentos comerciales —tasa activa— desde la fecha del despido y hasta la del efectivo pago del importe de condena (conf. art. 275, LCT). Sala 6ª, 18/2/2005, "Vera, Diego Alberto v. Casino Buenos Aires SA".

Se configura el proceder malicioso cuando se han realizado maniobras dilatorias o se han interpuesto improcedentes, y el temerario cuando incurre en abuso desaprensivo de la jurisdicción. En ambos supuestos debe tratarse de conductas asumidas durante el proceso. En el caso de marras el hecho de haber cursado el preaviso a un domicilio que no correspondía al demandante, o el haber ocultado prueba documental que hubiese puesto fin al proceso en la instancia administrativa, al decir del actor, suponen actos realizados en ámbitos ajenos al judicial, circunstancia que excluye *per se* la sanción. Del mismo modo, el desconocimiento de la relación laboral por parte de la otra codemandada no cae dentro de lo preceptuado en el art. 275, LCT, toda vez que tal relación no existió. Sala 8ª, 9/5/2005, "Gelabert, Luciana v. Publicom SA y otro".

### 4. Art. 2°, ley 25.323

El art. 1°, ley 25.323, no procede en los casos de renuncia al empleo, dado que la norma requiere que se produzca un despido, término que no puede ser jurídicamente equiparado a la dimisión del trabajador. Lo mismo cabe decir del resarcimiento previsto en el art. 2°, ley 25.323, dado que este incremento no está previsto para la falta de pago de cualquier crédito laboral, sino exclusivamente para la mora en el abandono de las indemnizaciones que taxativamente menciona el precepto. Sala 4ª, 6/10/2009, "Arce, Juan Antonio v. Fidra SRL y otros".

Al mediar despido injustificado, debe acogerse la pretensión referida al art. 2°, ley 25.323, si el actor intimó el pago de los resarcimientos por despido con resultado negativo (del voto del Dr. Catardo). Sala 8ª, 9/9/2010, "Fernández Luque, Claudio Roberto v. Transtex SA".

El empleador que invoca como justa causa un incumplimiento susceptible de ser encuadrado en el concepto de injuria del art. 242, LCT, no ofrece prueba u ofrece como tal la que no lo es, o no intenta en absoluto producir la ofrecida, sugiere con su conducta negligente que ha comunicado el despido con invocación de una justa causa ficticia, con la finalidad de evadir la sanción, cuyo propósito disuasorio de los despidos no está en discusión. En esas condiciones será lícito considerar que produjo un despido *ad nutum*, incluido en los presupuestos del art. 2°, ley 25.323 (del voto del Dr. Morando). Sala 8ª, 9/9/2010, "Fernández Luque, Claudio Roberto v. Transtex SA".

El recargo previsto en el art. 2°, ley 25.323, no se aplica, en las relaciones regidas por la ley 12.981, a la indemnización dispuesta en el art. 6°, párr. 4°, de esta última ley. Tampoco se aplica a la indemnización establecida en el párr. 5° del mismo artículo. Plenario 320, 10/9/2008, "Iurleo, Diana Laura v. Consorcio de Propietarios del Edificio Luis Sáenz Peña 1195 s/despido".

Tratándose de la indemnización del art. 2°, ley 25.323, la verificación del recaudo formal de una previa intimación no requiere como condición especial que se hubieren vencido los plazos que la ley concede al empleador para hacer efectivo el pago de salarios e indemnizaciones (conf. arts. 128 y 149, LCT) (del voto de González, en mayoría). Sala 1ª, 22/4/2008, "Ozuna, Rosana Elizabeth v. Compañía Agrícola Nobili SA y otro".

No existe disposición legal que limite la sanción del art. 2°, ley 25.323, a los supuestos de despido directo. Dicho artículo hace referencia a los despidos incausados, tanto cuando sean concretados por el em-

INVENTARIO 29/29
TOMO

pleador como cuando el dependiente deba poner fin al vínculo por alguna conducta injuriosa de aquél. Si bien el referido artículo hace mención particular al art. 245, LCT, no se debe a que el legislador haya tenido la intención de limitar su aplicación, sino porque en dicha norma de la Ley de Contrato de Trabajo se establece cuál será la indemnización por antigüedad para el despido incausado que será de aplicación tanto cuando fuera articulado por el empleador (directo) cuando fuere articulado por el trabajador (indirecto). Sala 4ª, 28/10/2005, "Juárez, Daniel Alfredo v. Distribuidora Metropolitana SRL".

Si bien el art. 2º, ley 25.323, alude a las indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245, ley 20.744, y a los arts. 6º y 7º, ley 25.013, a los fines de establecer el pago de un 50% adicional en caso de incumplimiento del empleador, el hecho de que dicha norma no mencione los artículos en los que cada estatuto —como en el caso de encargados de casa de rentas— contemplan las indemnizaciones por despido y preaviso no implica que la sanción no sea aplicable a un trabajador amparado por una normativa especial, pues ello implicaría colocar a este último en peor situación que el trabajador que sólo cuenta con las disposiciones del régimen general. La ley 25.323 es una ley de carácter general, aplicable a todos los trabajadores en relación de dependencia y no se encuentra controvertida con ninguna disposición del estatuto especial (ley 12.9281, en el caso). Sala 7ª, 19/7/2006, "Domínguez Sabas, Rubén v. Consorcio de Propietarios del Edificio Amenábar 2255".

### 5. Art. 16, ley 25.561

En relación con la duplicación prevista en el art. 16, ley 25.561, el art. 2º, dec. 2014/2004, según el cual el incremento comprendía "todos los rubros indemnizatorios originados con motivo de la extinción del contrato de trabajo" contrariaba abiertamente el texto de la norma reglamentada, que estableció, con rigor de vocabulario, que el incremento debía calcularse sobre el resarcimiento previsto en el art. 245, LCT. Posteriormente, el Poder Ejecutivo enmendó su conducta y derogó el mencionado dec. 2014/2004, limitándose esta vez a fijar un nuevo porcentaje (50%) para el adicional previsto en el párr. 2º, art. 4º, ley 25.972 (dec. 1433/2005, BO del 23/11/2005), sin hacer referencia ahora a la base de cálculo, que no puede ser otra que la expresamente determinada por la ley: el resarcimiento "establecido en el art. 245, LCT, y sus modifs.". Sala 4ª, 31/8/2010, "Espeche, Hipólito Armando v. Dunlop Argentina SA".

Resulta aplicable la duplicación de la indemnización contemplada en el art. 16, ley 25.561, en los casos de despido indirecto (fallo plenario 310, C. Nac. Trab., 1/3/2006, "Ruiz, Víctor Hugo v. UADE").

Para el cálculo del recargo dispuesto por el art. 16, ley 25.561, no corresponde incluir la sanción establecida por el art. 80, último párrafo, LCT —texto según art. 45, ley 25.345— (fallo plenario 314, C. Nac. Trab., 9/10/2007, "Busquiazo, Guillermo E. v. Gate Gourmet Argentina SA").

No está sujeta al recargo previsto por el art. 16, ley 25.561, la indemnización por vacaciones no gozadas regulada por el art. 156, LCT (fallo plenario 316, C. Nac. Trab., 14/11/2007, "Tartaglini, Gustavo M. v. La Papelera del Plata SA").

El incremento previsto en el art. 16, ley 25.561, prorrogado en su vigencia por el art. 4º, ley 25.972, debe aplicarse exclusivamente sobre la indemnización por antigüedad. Ello es así, pues el citado art. 4º, ley 25.972, estableció que el recargo debe fijarse "por sobre la indemnización que les corresponda conforme a lo establecido en el art. 245, LCT, y sus modificatorias". A diferencia del art. 16, ley 25.561 (que aludía ambiguamente a "la indemnización que les correspondiese, de conformidad a la legislación laboral vigente"), el nuevo texto es preciso y no deja ningún espacio para la discusión, dado que identifica con absoluta claridad el resarcimiento que se duplica, que es exclusivamente la indemnización por antigüedad del art. 245, LCT. Sala 4ª, 11/3/2008, "Fernández, María Alejandra Gabriela v. Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda".

Sólo deben duplicarse los rubros derivados del despido, esto es la indemnización por antigüedad y la sustitutiva del peaviso omitido, no correspondiendo por ello la inclusión del SAC, que se generaría cualquiera sea el modo de extinción de la relación. Por otro lado, la inclusión de las vacaciones en la base de cálculo del rubro ha sido resuelta negativamente mediante el plenario 316 cuya doctrina dispone "no está sujeta al recargo previsto por el art 16, ley 25.561, la indemnización por vacaciones no gozadas por el art. 156, LCT". Sala 6ª, 19/2/2008, "Corsaro, Osvaldo v. Consolidar SA y otro".

Del texto normativo de la ley 25.972 y su interpretación armónica cabe concluir que ha sido materia de delegación al PEN la reglamentación que disponga el cese de la situación de emergencia decretada, y, por lo tanto, del agravamiento indemnizatorio establecido en consecuencia. Desde tal perspectiva se concluye que el cese formal del régimen de suspensión de despidos, impuesto a través de la ley 25.561, debe situarse a partir del dictado del dec. 1224/2007, y si bien dicha norma no dispuso ninguna fecha de entrada en vigor, debe fijarse el 11/9/2007 toda vez que no rige en el caso la última parte del art. 2º, CCiv., pues no se trata en el caso de una disposición de carácter normativo sino de un "decreto de ejecución" en cuanto se limita a tener por cumplido el "hecho-condición" al que se sujetó la vigencia de un régimen indemnizatorio agravado. Sala 9ª, 13/6/2008, "Ciufia, Fernando v. Coto Cicsa".

El incremento indemnizatorio del art. 16, ley 25.561, debe aplicarse exclusivamente sobre la in-

demnización por antigüedad. Ello es así, pues el art. 4°, ley 25.972, estableció que el recargo debe fijarse "por sobre la indemnización que les corresponda conforme a lo establecido en el art. 245, LCT (t.o. 1976), y sus modifs.". A diferencia del art. 16, ley 25.561 (que aludía ambiguamente a "la indemnización que les correspondiese, de conformidad a la legislación laboral vigente"), el nuevo texto es preciso y no deja ningún espacio para la discusión, dado que identifica con absoluta claridad el resarcimiento que se duplica, que es exclusivamente la indemnización por antigüedad del art. 245, LCT (del voto del Dr. Guisado, en mayoría). Sala 4ª, 28/10/2010, "Colman, Jorge Daniel v. Ferrarotti, Julián Eduardo".

El incremento indemnizatorio del art. 16, ley 25.561, debe aplicarse a todos los rubros indemnizatorios originados en la extinción del contrato de trabajo, y no sólo a la indemnización del art. 245, LCT. Ello es así, toda vez que el espíritu de la ley 25.972 no fue el de circunscribir el incremento indemnizatorio exclusivamente al rubro "antigüedad", sino que se orientó a prorrogar la suspensión de los despidos sin causa justificada y demás disposiciones contenidas en la parte final, art. 16, ley 25.561 (conf. dec. 264/2002), máxime cuando aún regía el dec. 2014/2004, que disponía en su art. 2° que a los efectos del cálculo de las sumas referidas en el art. 1°, el porcentaje adicional comprende todos los rubros indemnizatorios originados con motivo de la extinción del contrato de trabajo, y no sólo la indemnización del art. 245, LCT (del voto de la Dra. Ferreirós, en minoría). Sala 6ª, 28/10/2010, "Colman, Jorge Daniel v. Ferrarotti, Julián Eduardo".

## 6. Intereses en las indemnizaciones

El art. 4°, ley 25.561, que impide la aplicación de mecanismos indexatorios, no resulta inconstitucional, puesto que el potencial envilecimiento del crédito del acreedor se conjura mediante la aplicación de intereses sobre el monto de condena, de acuerdo con las pautas establecidas por la Cámara Nacional del Trabajo mediante acta 2357 del 7/5/2002. Sala 9ª, 21/7/2006, "Centurión, José Feliciano v. Danone Argentina SA".

No corresponde incluir los intereses en la sentencia condenatoria si el accionante al demandar no solicitó su pago expresamente, habiéndose limitado a requerir que se condenara a la demandada a abonar el capital reclamado en un pago único. Si bien el art. 56, LO, faculta al juez a fallar *ultra petita* y fijar el importe del crédito, esta norma debe ser circunscripta en sus alcances, pues la potestad que se concede al magistrado debe ser aplicada en relación con la pretensión deducida y no fuera de ella (*extra petita*), caso contrario se afectaría el principio de congruencia y la garantía constitucional de defensa en juicio. Es de destacar que mientras las costas proceden de oficio (art. 163, inc. 8°, CPCCN), los intereses deben ser reclamados, es decir que deben integrar el objeto de la pretensión. Sala 3ª, 7/6/2006, "Gómez, Gabriela Haydée por sí y en representación de sus hijos menores Jésica A., Tatiana A., y Lourdes Madani".

A los fines de la actualización del monto de condena no cabe declarar la inconstitucionalidad del art. 4°, ley 25.561, puesto que a partir de la ley 23.928, que modificó el art. 619, CCiv., cobró vigencia el principio nominalista (art. 7° de dicha ley) —aspecto que la ley 25.561 mantuvo—. De allí que quepa aplicar el acta 2357, ya que permite compensar el costo que el acreedor impago debería afrontar para obtener, en el momento del vencimiento de la obligación, el monto que el deudor moroso hubiese retenido, a la vez que pone en cabeza del deudor la responsabilidad por el resarcimiento de aquel costo, sea real o equivalente en términos de postergación de consumos o privaciones en que el acreedor hubiese debido incurrir para hacer frente a la falta de pago oportuno de su crédito. Sala 7ª, 8/5/2006, "Rojas, María Rosa v. Boedo 708 SRL y otro".

## 7. Pago en juicio

Si bien el art. 277, LCT, establece una virtual prohibición respecto de la facultad del trabajador de apoderar a un tercero para que perciba sus créditos laborales, el tribunal podrá ordenar que el pago se efectúe al apoderado, mediante resolución fundada, si mediaran situaciones que toman imposible o gravoso el cumplimiento de la ley, como en aquellos casos de incapacidad física, servicio militar en lugares apartados del país, privación de la libertad que no implique inhabilitación para recibir pagos, domicilio del trabajador, radicación definitiva o provisoria en el extranjero, etc. Sala 3ª, 30/4/1998, "López, Juan v. Astilleros Alianza SA".

Dado que las unidades funcionales de un consorcio integran el patrimonio propio de sus titulares, quienes en el caso no fueron demandados en autos, la pretensión de ejecutar a los mismos excede los límites subjetivos de la cosa juzgada y afecta el derecho constitucional de defensa en juicio. En la causa no se ha demandado ni condenado a cada propietario, como ocurriría en el caso de falta de pago de expensas comunes, con las que se solventan los gastos del edificio. Sala 6ª, 9/3/2006, "Jaúregui, Jorge v. Consorcio de Propietarios Edificio Rivadavia 11.428/11.440 y Carhué 45/55 y otros".

# CAPÍTULO XVIII: DISTINTAS FORMAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

## 1. Fuerza mayor

Procede la disminución de la indemnización por despido, prevista en el art. 247, LCT, cuando el gobierno de la ciudad de Buenos Aires revocó la concesión de determinadas fracciones de terreno entre las que se encontraba aquella ocupada por el puesto en que trabajaba el actor, en virtud de que tal convenio no había sido ratificado por acto administrativo alguno. Esto es así, toda vez que quedó acreditado que el contrato de trabajo feneció por la revocación expresada y no por incumplimientos del concesionario. Sala 8ª, 30/6/2003, "Farías, José v. Suppa Báez SH y otros".

El demandado, al cerrar su estudio contable por enfermedad, nunca pudo receptar la situación en la fuerza mayor, ya que todos saben (él también) que la enfermedad es un problema estructural de la especie frente al cual todos debemos estar preparados tanto para la atención personal como para la profesional y económica. El único caso contemplado en el LCT para disminuir las indemnizaciones por razones vinculadas al empleador es la de su muerte, siempre que la relación no pudiese subsistir porque su persona ocupaba en la misma un lugar estructural. Sala 6ª, 5/5/2003, "Martínez, Mónica S. v. Chulak, Isidro".

El incendio del establecimiento puede constituir fuerza mayor en los casos en que la actividad de la empresa, transcurrido el plazo máximo de suspensión previsto por el art. 221, LCT, cese definitivamente. Pero no cuando el siniestro afectó una dependencia menor de la firma, sin alterar la producción empresaria. Sala 3ª, 29/4/1994, "Gómez, Juan C. v. Hisisa Argentina SA", DT 1994-B-2319.

No puede calificarse de fuerza mayor el vencimiento del contrato de alquiler, contingencia que, además de ser absolutamente ajena al dependiente, no es imprevisible para el demandado como no lo es para todo aquel que sea locatario de un inmueble. Sala 7ª, 23/10/1992, "Santos, Ramona v. Seventeen de Juan C. Bagdadi y otro", DT 1993-B-1109.

No resulta admisible la imposibilidad alegada por la empleadora de reubicar al trabajador a fin de evitar así su despido por falta de trabajo, a raíz de un incendio que destruyera la sucursal donde laboraba el dependiente, en razón de desprenderse de la prueba informativa que aquélla poseía otras sucursales. De esta forma, el actor se encontró asistido de derecho a denunciar el contrato de trabajo, debido a que existía la posibilidad cierta de reubicar al personal en cualquiera de sus otras dependencias ya instaladas al momento del siniestro, o bien debió la accionada haber demostrado que al menos intentó alguna maniobra diligente tendiente a mantener la fuente de trabajo del actor. Sala 3ª, 28/4/2006, "Vera Rodríguez, Eddy Percy v. Joaleri SA".

## 2. Falta o disminución de trabajo

Para que prospere la indemnización reducida contemplada en el art. 247, LCT, no es suficiente la situación de crisis financiera invocada por el empleador en virtud de la rescisión del contrato de franquicia que lo unía con el franquiciante, toda vez que aquél no acreditó que ese hecho no le era imputable y que adoptó las medidas necesarias para intentar paliar la situación. Sala 5ª, 29/9/2003, "Pormi, Mabel E. v. Café Parque Soc. de hecho y otros".

Sin perjuicio de que la naturaleza y conformación de los ingresos de una obra social haga que no tenga una clientela propia en el mismo sentido que un comerciante y que no pueda diversificar su producción, el solo hecho de la disminución de sus ingresos no justifica la disolución de los contratos con invocación del art. 247, LCT. Esto es así porque la norma citada contiene requisitos sumamente exigentes para relevar al empleador de una parte del pago indemnizatorio y porque no debe situarse en una posición más desventajosa a quienes trabajan para una entidad del tipo de la demandada que a quienes lo hacen para un industrial o comerciante. Sala 5ª, 25/6/2003, "Filocamo de Neira, Carolina v. Osuomra Obra Social de la Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina".

La pérdida de la clientela es una vicisitud previsible en el mundo de los negocios por lo que el riesgo emergente de la misma no puede ser trasladado a los dependientes. Sala 10ª, 29/8/2003, "De la Precilla, Iris L. v. Institutos Antártida SA".

La fuerza mayor que fundamenta la falta de trabajo exige probar la imprevisibilidad, inevitabilidad y la irresistibilidad del hecho por parte de quien lo aduce, pues tal calificación no es comprensiva de dificultades económicas o de la reducción de la producción en general o de la recesión del mercado, ya que estas circunstancias conforman el riesgo propio de la actividad (en igual sentido ver de la misma sala 24/6/1999, "Lozes, Carlos Alberto v. James Smart SA s/despido", SD 32290) (en el caso, el demandado invocó como causal del distracto, única y simplemente, la recesión del país con incidencia en su economía, que provocó una disminución en sus ventas). Sala 7ª, 17/5/2005, "Raimondi, Jorge Reinaldo y otros v. Kalekian SRL y otro".

### 3. Quiebra del empleador

No corresponde extender la condena fundada en el art. 16, ley 25.561, contra el interventor judicial de una entidad bancaria en liquidación, y responsable de dicho reclamo, ni pretender la extensión solidaria con fundamento en el art. 30, LCT, de la condena contra el Banco Central. Ello en virtud de lo dispuesto por el art. 35 bis, ley 21.526 de Entidades Financieras. Según dicha norma se aplica el art. 49, párr. 2° *in fine*, Carta Orgánica del BCRA, según la cual "...en ningún caso dará derecho a los acreedores al reclamo por daños y perjuicios contra el Banco o el Estado nacional". Sala 2ª, 29/9/2010, "Pilka, Verónica Irma y otros v. Banco Velox y otro".

El art. 199, ley 24.522 de Concursos y Quiebras, establece una excepción al principio establecido en el art. 255, LCT, pues como el contrato de trabajo se extingue por el hecho de la adquisición de la empresa (art. 198, ley 24.522) y el adquirente no es considerado sucesor del anterior empleador fallido (art. 199, ley 24.522), el trabajador que continúa a las órdenes del nuevo empleador pierde todos los derechos que tenía en función de su antigüedad en el empleo. Sala 7ª, 18/9/2002, "Ríos, Jorge A. v. Industrias Harbat SA y otro", DT 2003-A-71.

Cuando tras la prosecución del trámite en sede laboral no se remitieron las actuaciones al juzgado que entendía en el concurso de la demandada, llegándose al dictado de la sentencia definitiva, se ha tornado abstracto resolver sobre la declaración de incompetencia solicitada, por cuanto es evidente que no puede admitirse la pretensión cuando existe sentencia de primera instancia que ha resuelto la cuestión de fondo. Máxime cuando la materia queda zanjada con el dictado de la ley 26.086 (art. 9°) —modificatorio de la ley 24.522—, por la cual se reanudó la competencia del fuero en las cuestiones de trabajo. Sala 7ª, 2/6/2006, "Iberra, Gustavo v. La Internacional Empresa de Transportes de Pasajeros SA".

El proceso de verificación de créditos ante el juez del concurso permite el pleno debate de cuestiones litigiosas, por lo que es apto para sustituir los trámites de cualquier otro juicio tendiente al reconocimiento de un derecho preexistente. En consecuencia, cabe asimilar el pedido de verificación a una demanda judicial, por lo que la resolución que recaiga respecto de tal solicitud tendrá efectos de cosa juzgada respecto de los conceptos reclamados. La verificación en sede comercial pasada en autoridad de cosa juzgada veda al trabajador el reclamo en la jurisdicción laboral, conclusión que no se modifica desde la perspectiva del nuevo diseño de la ley 26.086. Sala 3ª, 18/4/2008, "López, Gabriel Darío v. Servin SA".

El art. 135, ley 18.345, no puede ser aplicado en el supuesto de créditos posconcursales, pues éstos, al no encontrarse comprendidos en el concurso no pueden ser ejecutados en dicho proceso, y le resultan inaplicables las previsiones del cap. II, secc. II, ley 24.522. En consecuencia, los actores se encuentran habilitados para realizar la ejecución individual de su crédito, para lo cual resulta competente el magistrado que dictó sentencia en autos. Sala 3ª, 28/4/2008, "Avendaño, Miguel Ángel y otros v. La Internacional Empresa de Pasajeros SA y otros".

### 4. Fallecimiento del empleador

En forma excepcional, la muerte del empleador supone un caso de extinción no negocial o automática de la relación de trabajo, es decir, que la extinción del vínculo no se origina en un negocio unilateral (denuncia) ni bilateral (acuerdo extintivo), sino en el hecho mismo de la muerte. Ello se da en los supuestos en los que la empresa en la que labora el trabajador es de carácter absolutamente personal en atención al título habilitante intransferible de su titular —el causante—. Y si bien frente a la muerte del empleador puede notificarse un despido —directo o indirecto— éste tiene, en tal supuesto, la finalidad de dar certeza a la situación en que quedan el trabajador y los sucesores del empleador, pero nada agrega a la imposibilidad de proseguir por muerte patronal la relación de trabajo, como hecho extintivo. Sala 5ª, 13/8/2010, "Cobeña Alava, Freddy Lenin v. Parodi, Graciela Beatriz y otro".

La simple circunstancia de que el demandado haya reconocido su calidad de hijo del empleador fallecido no lo erige *sine die* en heredero de las obligaciones de aquél (por ello tampoco en deudor) ya que para ello requiere que previamente haya sido declarado como tal en el trámite sucesorio respectivo. Asimismo corresponde verificar si aceptó la herencia con o sin beneficio de inventario, para lo cual deberán precisarse todos los bienes que concurren a la masa hereditaria (arts. 3382 y ss., 3433, 3363, 3371 y concs., CCiv.). Sala 8ª, 25/4/2003, "Rojas, Mariano v. Fabbri, Alfredo y otro".

Si el empleador fallecido era agente de bolsa y el actor no acreditó que la cónyuge estuviera en condiciones de continuar con la actividad que aquél desarrollaba, el vínculo debe considerarse extinguido en los términos del art. 249, LCT. Sala 8ª, 13/12/2002, "González, José Federico v. Rodríguez, Juan Carlos Faustino".

El fallecimiento de quienes integraban una sociedad de responsabilidad limitada configura un supuesto ajeno a la norma del art. 249, LCT, e impone que el trabajador sea indemnizado por despido conforme a las pautas establecidas por el art. 245 de la norma citada. Ello es así en razón de que la ley regula el supuesto en que el empleador sea una persona física y excluye aquellos en que (como ocurre en el caso) dicho carácter lo asume una persona jurídica. Mientras normalmente al empresario individual lo suceden sus herederos, las personas jurídicas se extinguen en virtud de un acto de autoridad, tras el proceso de liquida-

ción (arts. 101 y ss., ley 19.550). Sala 8ª, 19/4/2005, "Torres, Alfredo Nabor v. Simma SRL".

En algunos supuestos del 249, LCT, puede ocurrir que las condiciones personales del empleador hayan sido causa determinante de la relación laboral. Esa esencialidad de la persona, cualidad y/o actividad es lo que justifica la imposibilidad de proseguir la relación después de su muerte y la extinción de aquélla por ésta. Como puede advertirse, la LCT se refiere a "condiciones personales o legales", a "actividades profesionales" y a "otras circunstancias", de lo que puede deducirse que no pretende hacer ninguna enumeración exhaustiva sino meramente ejemplificativa. Es decir que puede tratarse de cualquier circunstancia que torne imposible la prosecución del vínculo luego de la muerte del empleador. En el caso, la figura del empleador cuadraba en la hipótesis de art. 249, LCT, puesto que sus herederos manifestaron desconocer absolutamente el manejo del negocio del empleador fallecido. Sala 7ª, 25/4/2006, "Marino, Carlos Alberto v. Sucesión de Galvaño, Antonio Nuncio".

## 5. Inhabilidad del trabajador

Si la inhabilitación especial del actor para conducir vehículos (quien se desempeñaba como chofer de colectivos) se produjo por una enfermedad sobreviniente (polineumonía periférica), y habiendo quedado firme el resultado del dictamen médico como "no apto", corresponde se le abone la indemnización reducida del art. 247, LCT, sobre la base de lo dispuesto en el art. 254 de la misma ley. Tampoco cabe hacer lugar a la indemnización por daño moral por ser el actor portador de VIH, pues las patologías que determinan la declaración de ineptitud de un trabajador son reservadas para el interesado y sólo se comunica a la empresa el resultado final del examen, mas no las causas que lo motivaron. Sala 1ª, 21/10/2005, "Savoy, Gustavo Omar v. Empresa de Transporte Teniente General Roca SA".

## 6. Trabajador en condiciones de jubilarse

Si el trabajador consideró en su momento que las certificaciones entregadas por su empleador no se ajustaban a la realidad, el deber de buena fe le exigía hacerlo saber al mismo e intimar en tal sentido pues, al haberlas recibido sin objeción y luego haber obtenido finalmente el beneficio jubilatorio, obvio resulta que la demandada se encontraba asistida de derecho al poner fin al vínculo en los términos del art. 253, LCT, como lo hiciera, ya que ninguna prueba se produjo en autos que permita siquiera inferir que se había pactado la prosecución del vínculo con posterioridad a la jubilación. Sala 3ª, 30/5/2003, "Asonovic, Antonio B. v. Química Pichel SA".

Si la trabajadora tenía la intención de ejercer la opción prevista por el art. 19, ley 24.241, debió hacerlo saber a su empleador en el momento de ser intimada a jubilarse. Mal puede afirmarse que se ejerce la opción prevista en el art. 19, ley 24.241, si se iniciaron los trámites jubilatorios con 60 años de edad. Sala 3ª, 10/11/2003, "Natale, Norma v. Farmacia Futuro SCS".

Al cumplirse el plazo de un año otorgado por la empleadora al trabajador a fin de iniciar los trámites jubilatorios, el contrato laboral habido entre las partes quedó extinguido de pleno derecho y el hecho de que el actor haya seguido trabajando debe considerarse como que el contrato continuó, sujeto a la condición de que el trabajador obtenga la jubilación. Nada impide a las partes prorrogar o ampliar el plazo legal en razón de las circunstancias, más aún cuando esta solución beneficia al trabajador, pues permite que el empleador le mantenga el empleo sin agregar obligaciones a su cargo. Sala 3ª, 30/4/2003, "Pérez, Lidia v. Cons. de Prop. calle Piedras 643".

La empleadora, a fin de que comience a correr el plazo de un año, debe poner en mora al trabajador para retirar los certificados o bien llevar a cabo la consignación judicial de los mismos. Sala 4ª, 31/10/2003, "Mesa, Demetrio C. v. Cons. Prop. del Edificio Camarones 1562".

El plazo de un año previsto por el art. 252, LCT, opera desde la correcta entrega de la documentación pertinente y no desde la comunicación del preaviso. Sala 7ª, 29/11/2002, "Bruno, María Luisa v. Hospital Italiano Soc. Italiana de Beneficencia".

El empleador debe formular el emplazamiento previsto en el art. 252, LCT, solamente cuando está en conocimiento de que el trabajador se encuentra habilitado para conseguir el beneficio previsional. Y si no conoce bien las condiciones en que se encuentra el dependiente, puede intimarlo a que se lo informe o requerir datos a los entes de la seguridad social, pero lo que no puede es intimar "por las dudas", por suposiciones, por cálculos ligeros. Sala 10ª, 22/4/2002, "Gottfried Pinjos v. Grimberg, Saúl".

### *6.1. Trabajador que goza de jubilación*

El art. 253, LCT, legitima el pago de indemnizaciones siempre que el trabajador jubilado vuelva a prestar servicios en relación de dependencia "sin que ello implique violación a la legislación vigente". Aunque el demandante no hubiera denunciado ante el organismo previsional otorgante su reingreso a continuidad en la actividad, ello no condiciona ni exime de los deberes propios que le incumben al empleador. Además, ese incumplimiento no perjudica su derecho a las indemnizaciones porque el art. 40, último párrafo, LCT, expresa que "la prohibición del objeto del contrato está siempre dirigida al empleador" (del voto del Dr. Capón Filas, en mayoría). Sala 6ª, 30/6/2003, "Peralta Santos, Jesús v. La Casona de Roque en El Puesto SA".

El hecho de que las partes hayan acordado continuar la relación después de vencido el plazo legal de

un año, no importa renuncia del empleador al derecho que le acuerda el art. 252, LCT, de considerar extinguido el contrato sin obligación de abonar las indemnizaciones por despido, sobre todo teniendo en cuenta que esa prórroga se ha producido en interés de las dos partes; la cuestión debe resolverse aplicando por analogía el art. 253, LCT, que prevé el pago de las indemnizaciones comunes para el trabajador jubilado que vuelve a la actividad, computando como antigüedad el tiempo de servicio posterior al cese. Sala 6ª, 30/10/2002, "Andrada, Claudio F. v. Arte Gráfico Editorial Argentino SA".

Si el dependiente ya jubilado continúa trabajando podría su empleador despedirlo, mediante el correspondiente preaviso e indemnización por antigüedad, cargando con las consecuencias de la arbitraria ruptura, como a cualquier otro trabajador en situación de despido incausado. Es, precisamente, la continuidad en sus tareas la que hace que el derecho del trabajador a que se compute su tiempo de servicio a partir de la fecha de ingreso inicial no sufra ningún tipo de alteración o merma. Sala 7ª, 5/2/2008, "Gauto, Cardozo, Ramón v. Goli SA".

## 7. Fallecimiento del trabajador

Si los elementos aportados permitían considerar la existencia de una duda razonable, en relación con la legitimación para percibir la indemnización por fallecimiento, la empleadora debió proceder, a fin de evitar contingencias futuras relacionadas con el pago, a consignar judicialmente las sumas adeudadas, de conformidad con las normas del derecho común, a fin de que sea el juez de la causa quien determine quiénes eran las personas legitimadas para hacerse acreedoras a las mismas. Encontrándose acreditado que el pago realizado en concepto de seguro de vida colectivo fue abonado a la persona instituida como beneficiaria por el trabajador fallecido, corresponde liberar de toda responsabilidad a la aseguradora. Sala 2ª, 7/10/2003, "Cohen, Teresa y otro v. All Clean SA".

La remisión que efectúa el art. 248, LCT, debe ser realizada actualmente al art. 53, ley 24.241, norma que si bien resulta equivalente a la derogada, elimina de la lista de beneficiarios a los hermanos del causante. Sala 2ª, 18/11/2002, "Martínez, Esther del Carmen v. Europan SRL".

Cuando se debe abonar la indemnización establecida en el art. 248, LCT, es la parte empresaria quien debe informarse fehacientemente sobre el "estatus familiar" del trabajador fallecido; y ante la duda acudir al remedio de la consignación judicial de lo debido, para desobligarse del pago de las obligaciones personales (art. 757, inc. 4º, CCiv.). Una información sumaria ante un juzgado civil, si bien puede ser indiciaria de una convivencia de hecho del causante, es inoponible a los hijos legitimados para reclamar la indemnización (art. 53, ley 22.421) y carece de los efectos propios de la cosa juzgada. Sala 5ª, 22/2/2002, "Muddolon, Daniela y otros v. Telefónica de Argentina SA".

Resulta necesario distinguir entre la legitimidad activa de quien hubiese convivido con el occiso si reclama *iure proprio*, es decir si acciona por sí, con la situación de quien se presenta en una causa ya iniciada por el causante invocando un derecho sucesorio. En el primer caso le asiste derecho a la conviviente, pero en la otra situación no, toda vez que la concubina no integra el espectro de herederos *ab intestato* incluidos en la legislación civil (del dictamen de la fiscal adjunta 25.061 del 2/6/1998 al que adhiere la sala). Sala 7ª, 15/12/1999, "Díaz, Federico v. Garval SA".

Debe desestimarse la invocación de fuerza mayor extraña al trabajo referida al hecho de la muerte del trabajador ocasionada por delincuentes que perpetraron un asalto al restaurante de la demandada donde el causante prestaba servicios. La prestación de tareas obró como condición eficiente para el acaecimiento del siniestro —o, dicho de otro modo, el mismo ocurrió "en ocasión del trabajo" (conf. art. 6º, LRT)—, sumándose a ello el no haberse alegado ni probado que dicho acontecimiento igualmente se habría producido, de no haber encontrado el causante en el desempeño laboral (en igual sentido SD 83914 del 28/6/1999, *in re* "Castillo, Carlos v. Gezstein, Arnaldo, y otros s/accidente-ley 9688", del registro de la misma sala). Sala 4ª, 9/6/2005, "Retamal, María Beatriz y otros v. Sarrosa SRL".

La indemnización prevista en el art. 248, LCT, ante el supuesto de un trabajador que haya tenido en vida paralelamente dos vínculos familiares (uno legalmente constituido, y otro no), debe tenerse en cuenta lo establecido por el art. 38, ley 18.037. Según dicha norma, la conviviente sólo excluye a la cónyuge supérstite cuando ésta hubiere sido declarada culpable de la separación personal o del divorcio, pero si, como en el caso, el causahabiente hubiera estado contribuyendo al pago de los alimentos de la cónyuge y su hija, no desentendiéndose nunca del grupo familiar, la prestación del art. 248, LCT, deberá otorgarse en partes iguales a la cónyuge y a la conviviente. Así, el 50% de la indemnización corresponde a los hijos tenidos con ambas mujeres y el 50% restante debe repartirse en partes iguales entre la esposa y la concubina. En el caso de los sueldos consignados por el empleador, la concubina se encuentra excluida de su percepción por el carácter hereditarios de los mismos que deberán repartirse entre quienes sean herederos (la cónyuge supérstite y su hija y los tres hijos tenidos con la conviviente). Sala 10ª, 12/4/2006, "Coto Centro Integral de Comercialización SA v. Ferreira, Silvina Alejandra y otros s/consignación".

## 8. Renuncia al empleo

Si de los términos del informe pericial médico no es posible que la actora —quien alega haber padecido

una afección psicológica que le impidió comprender su acto—, carecía de discernimiento al momento de renunciar a su empleo en los términos del art. 240, LCT, cabe encuadrar la situación en el art. 212, párr. 4° de dicha ley. En mérito a ello, debe considerarse extinguido el contrato de trabajo y la trabajadora percibir el resarcimiento previsto en la norma citada. Y ante la objeción de que su estado pudiera haber remitido, es válido oponer el argumento de que la situación debe ser juzgada conforme a las circunstancias existentes al tiempo de la extinción. Sala 8ª, 9/8/2010, "Rodríguez, Andrea Noemí v. Pepsico de Argentina SRL".

Aun teniendo en cuenta la versión que relata el accionante en el inicio respecto de la imputación de la autoría de un delito y la amenaza de hacer constar en el legajo tal circunstancia, la disyuntiva que se le presentó entre tal situación y la renuncia no le quita validez a ese acto jurídico pues la actitud del empleador no implicó "intimidación" o "violencia", dado que si la imputación era falsa nada tenía que temer el trabajador. Sala 1ª, 16/4/2003, "Montero, César E. v. SA Organización Coordinadora Argentina".

La renuncia del empleado para dedicarse a otra actividad se inserta dentro del derecho fundamental a trabajar que supone un espectro amplio de libertad para elegir el ámbito de desenvolvimiento de su actividad productiva y creativa. Desde que normativamente no se exige que la renuncia al empleo sea motivada, la ausencia de prueba sobre el motivo de la renuncia no puede trocar el acto en ilícito y por lo tanto no puede generar responsabilidad alguna. Sala 6ª, 2/5/2001, "Colegio Modelo Buenos Aires SRL v. Trapani de Giannnicola, Araceli M.".

El art. 58, LCT, excluye la procedencia de la admisión de presunciones, cualquiera fuere su fuente, que conduzca a sostener la renuncia el 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. Sala 9ª, 21/9/2005, "Cardozo, José v. Oxigenoterapia Norte SA".

Las exigencias formales impuestas al acto de la renuncia por el art. 240, LCT, tienen por finalidad evitar maniobras del empleador tendientes a obtener tal acto por vía de coacción o engaño, recordando siempre que el trabajador es la parte más débil en el contrato laboral. Evidentemente el solo hecho de que el actor retracte su renuncia al empleo difícilmente pretenda retractarlo en igual fecha (en el caso se tuvo por probado que medió violencia psíquica para forzar el acto de renuncia del trabajador, del que el trabajador se retractó más tarde el mismo día). Sala 7ª, 16/3/2005, "Aráoz, Juan Carlos v. Coto Cicsa".

### 9. Abandono de trabajo

El abandono de trabajo como causal de despido debe ser probado fehacientemente por quien lo alega, lo que implica demostrar también la intencionalidad del trabajador, es decir, su conducta concreta y voluntaria. Si ante el emplazamiento del empleador, el empleado no permaneció en silencio, sino que contestó que se oponía al mismo, hasta que aquél cumpliera con la debida registración, no se evidenciaba la intención de abandonar la relación laboral, sino muy por el contrario, se abstenía de concurrir como única manera de lograr lo que él pretendía y que consideraba la contraprestación debida en correspondencia a la propia. Si previo al distracto el actor había emplazado a la recurrente a que registrara la relación laboral en forma, el empleador se encontraba en mora y mal podía emplazar al trabajador a que cumpliera su débito laboral cuando el mismo no había cumplido con sus obligaciones. Sup. Corte Just. Mendoza, sala 2ª, 26/2/2003, "Lucatto, Fernando A. v. Carlos A. Cáceres".

La persistencia de la ausencia del trabajador que no retoma tareas, ni ensaya una respuesta adecuada que explique su actitud, configurará el abandono de trabajo por su incumplimiento. Dicha omisión indica, en principio, su intención de no continuar el cumplimiento de la prestación de servicios. A este elemento indicado se debe sumar un requisito formal que es la necesidad de intimación por parte de la empleadora. Quiere decir que ésta debe realizar un emplazamiento expreso a retomar tareas, lo que demuestra su voluntad de continuar la relación y coloca al trabajador en la alternativa de volver al trabajo o expresar la causa de la ausencia respondiendo a la intimación. Sala 7ª, 12/8/2010, "Calderón, Oña Sebastián v. Socorro Médico Privado SA".

No se configura el abandono de trabajo en el sentido del art. 244, LCT, cuando el trabajador responde a la intimación cursada por el principal exponiendo los motivos de ausencias que, justificados o no, revelan su intención de no abandonar el contrato de trabajo. La cesantía por abandono de trabajo sólo se configura con la actitud del dependiente que sin motivo deja de concurrir a su empleo con el propósito expreso o presunto de no cumplir en lo sucesivo con su prestación de servicios, sin que medie justificación alguna y la nota que lo caracteriza es en principio y generalmente el silencio del trabajador. Sala 6ª, 8/7/2003, "Vega, Horacio E. v. Almafuerte Empresa de Transporte SA".

El plazo de intimación al reintegro de las tareas a los efectos de considerar abandono del trabajo en los términos del art. 244, LCT, depende de las modalidades de cada caso; de ahí que si la prestación de servicios es diaria —en el caso, mucama de hotel— es razonable el emplazamiento por veinticuatro horas, dado que no existe motivo alguno para que el empleado tenga un período de gracia que se agrega al que se ha tomado por sí en forma ilícita ante su inasistencia injustificada al empleo. C. Trab. Córdoba, sala 2ª, 9/2/2000, "López de Maamonde, Marta A. v. Hotel Macondo y otro".

El hecho de que la demandada, además de no contestar la intimación del actor, no lo haya conminado a retomar tareas, no puede llevar a la conclusión de que se trate de un omisión revelatoria de su intención de no seguir observando el contrato de trabajo. Los propósitos *in mente retente* son indiferentes para el derecho. Aunque una línea de razonamiento no explicitada pudiera conducir a la convicción de que la empleadora habría perdido interés en la continuación de la relación, ninguna conclusión fundada en ley se podría extraer de ella. Sólo su exteriorización —el despido del actor— generaría consecuencias jurídicas. Al abstenerse de exigir a su empleado, como era su derecho, la ejecución de la relación de trabajo, ejerció su libertad de elección en un marco exento de censura, jurídica o moral. Sala 8ª, 21/9/2005, "Castellano, Alejo G. v. López, María S.".

## 10. Extinción por voluntad concurrente de las partes

La inejecución de las prestaciones laboral y retributiva durante más de tres meses, sin que el acreedor de trabajo exija el cumplimiento de la primera, ni el acreedor de salario, el de la segunda, constituyen un comportamiento concluyente y recíproco que traduce inequívocamente el abandono de la relación. Sala 8ª, 18/7/2003, "Salaya, Claudia M. v. DG Argentina SA y otro".

El transcurso de casi seis meses entre la fecha en que debía reintegrarse a sus tareas y la comunicación remitida por la demandada, sin que durante dicho lapso se hubiese puesto la fuerza de trabajo a disposición de la empleadora ni realizado acto alguno tendiente a conservar el vínculo, imponen encuadrar la situación en las previsiones del art. 241, LCT. Sala 4ª, 13/11/2002, "Rivas, María Antonia v. Jervo SA".

## 11. Extinción por mutuo acuerdo. Retiro voluntario

La entrega al trabajador por parte de la empleadora de una suma de dinero en concepto de gratificación y por cese de la relación laboral supone la configuración de un claro fraude a la ley, en razón de que no supone haber mediado una extinción por mutuo acuerdo. El art. 724, CCiv., incluye a la compensación como una de las formas de extinción de las obligaciones. De tal manera, son requisitos insoslayables de la aplicación extintiva en cualquier caso, la existencia de dos personas que, por derecho propio, reúnan la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, que ambas deudas sean subsistentes civilmente, que sean líquidas, exigibles, de plazo vencido, que sus prestaciones sean fungibles, que los créditos y las deudas se encuentren expeditas. Así en el caso, no puede aplicarse el instituto de la compensación, porque no se puede pretender pagar una deuda cuya existencia y monto todavía se ignora (es más, al momento de convenirse el pago documentado se ignoraba si el trabajador podía ser acreedor de algún importe). Sala 7ª, 19/2/2008, "Maldonado, Mauro Marcelo v. Harengus SA".

Resulta de aplicación el criterio establecido por la Corte Suprema en la causa L. 971 XL RHE "Longobardi, Irene Gwendoline y otros v. Instituto de Educación Integral San Patricio SRL", sent. del 18/3/2007, ante el caso donde las partes pusieron fin al contrato de trabajo formalizando un acuerdo en los términos del art. 241, LCT, comprometiéndose la empleadora a abonar a partir de ese momento y mensualmente al trabajador el 70% del sueldo bruto hasta la asignación de la jubilación, asumiendo la empleadora el riesgo de mantener el valor de la erogación mensual en dólares estadounidenses. La demandada incumplió y dijo no acordar el pago en dólares o en pesos necesarios para adquirir la suma adeudada. Justifica la aplicación de dicho precedente para determinar los alcances del compromiso el hecho de tratarse de un compromiso asumido tomándose como referencia la moneda extranjera y la emergencia económica posteriormente declarada. Resulta ser la solución con mayor aptitud para el resguardo de los derechos constitucionales de las partes, consistente en una distribución que a) materialice el principio de equidad, y b) avance en el proceso de homogeneización de las decisiones judiciales para situaciones análogas. Sala 6ª, 28/3/2008, "Pulvirenti, Alfil Vittorio v. HSBC Bank Argentina SA".

Corresponde declarar procedente el reclamo de diferencias de importes oportunamente percibidos toda vez que el acuerdo celebrado y la consecuente extinción del vínculo laboral mediante el retiro voluntario no es producto de la expresión libre y espontánea de la voluntad del trabajador, sino que encubre la existencia de un verdadero despido por necesidades propias convenientes a la política empresaria, lo cual resulta ajeno al trabajador (del voto en disidencia del Dr. Negri). El hecho de que el distracto haya tenido lugar mediante el sistema denominado "retiro voluntario" que fuera implementado por la demandada previa decisión de reducir su plantel, no autoriza por sí solo a presumir que el acuerdo sea inválido y a colegir necesariamente que no medió voluntad concurrente del trabajador (del voto del Dr. Pettigiani). Sup. Corte Bs. As., 12/3/2003, "Patierno, Carmelo v. Eseba SA", DT 2003-B7-1259.

Si la actora, al acogerse al retiro voluntario, expresamente manifestó que nada más tendrá que reclamar por concepto alguno emanado de la relación laboral su pretensión de percibir diferencias salariales se ve alcanzada por la doctrina del plenario "Lafalce". El acto jurídico no ha sido atacado por vicios de la voluntad ni del discernimiento, por lo que corresponde concluir que se materializó dentro del marco de la autonomía de la voluntad de las partes, debiendo inter-

pretarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente entendieron o pudieron entender los firmantes, máxime cuando no se prueba que se haya impugnado la homologación del acuerdo efectuado ante el Ministerio de Trabajo ni se articuló incidente de redargución de falsedad. Sala 7ª, 27/12/2002, "Rial, Laura Fabiana v. A y E Agua y Energía Eléctrica SE".

No habiendo transcurrido nueve meses, no puede considerarse que haya existido un plazo que implicara el abandono recíproco y concluyente de la relación (conf. art. 241, LCT), que requiere un comportamiento fehaciente que deje traslucir, con claridad, la falta de voluntad de las partes de continuar con la relación (traducida en la recíproca falta de cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes), y en particular cuando el trabajador, con su comportamiento, haya expresado una renuncia tácita, circunstancia que —frente al requerimiento formal cursado por el dependiente reclamando tareas y el pago de los salarios caídos— en el caso no ha ocurrido. No obsta a tal conclusión el hecho de que el actor hubiese prestado servicios para otra empresa en el período en discusión, por cuanto la exclusividad —salvo pacto expreso— no es una característica determinante del contrato de trabajo. Sala 7ª, 4/7/2006, "Rojas, Carlos Alberto v. Preveza SA".

## CAPÍTULO XX: ESTATUTOS ESPECIALES

### 1. Periodistas profesionales y empleados administrativos de empresas periodísticas

#### *1.1. Ámbito de aplicación*

El art. 8°, dec.-ley 13.839/1945, dispone que "el horario para el personal administrativo de empresas periodísticas no será mayor de seis horas y media diarias y treinta y seis 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. Ello así, dado que la utilización de la conjunción copulativa "y" exige respetar tanto el tope diario como el semanal. Sala 9ª, 12/8/2010, "Saavedra Caramelo, Diego Martín v. Anuntis Segundamano Argentina SA".

La aplicación del Estatuto del Periodista al vínculo mantenido entre las partes litigantes, en nada obsta a la aplicación de la ley 24.013, normativa que a través de sus arts. 8° y 15 regula y castiga aquellos supuestos en los que la empleadora omitió regularizar la relación laboral. No existe en tal caso colisión de normas, puesto que ambos regímenes regulan supuestos de hecho diferentes y no se excluye uno del otro. Ello es así por cuanto la actividad periodística no está excluida de la LCT. Para más, la circunstancia de que por aplicación de las indemnizaciones previstas en una y otra norma, la condena se torne más onerosa, no resulta un argumento jurídicamente atendible, pues su aplicación no es más que la consecuencia de los incumplimientos de la empleadora. Sala 2ª, 13/12/2009, "Tognetti, Daniel Carlos v. Cuatro Cabezas SA y otros".

A los fines de determinar la aplicación del régimen laboral especial del periodista profesional es indiferente el objeto social de la empresa demandada, debiendo atenderse cualquiera sea el empleador —persona física o un sujeto jurídico colectivo, público o privado— a la tarea realizada por el trabajador, así si cumplen tareas periodísticas estará alcanzado por el referido estatuto. La circunstancia de que el actor carezca de carnet profesional —art. 12, Estatuto del Periodista Profesional— es irrelevante a los fines de determinar si las tareas que el trabajador desempeñaba le atribuían el carácter de periodista o no, toda vez que el carnet es un simple documento de identidad para poder ejercer la profesión con mayor libertad. Sala 6ª, 17/3/2003, "Hojman, Eduardo A. y otro v. Xsalir.com SA y otro".

Es aplicable el Estatuto del Periodista Profesional a la acción de quien trabajaba como redactor de notas y reportajes —en el caso, se declaró procedente la indemnización pretendida con base en el art. 43, Estatuto del Periodista Profesional—, toda vez que si bien el demandado poseía un sitio en internet, éste era similar a un suplemento de espectáculos de un diario, con la sola diferencia de que en lugar de publicarse, los artículos se difundían en la red. Sala 6ª, 17/3/2003, "Hojman, Eduardo A. y otro v. Xsalir.com SA y otro".

#### *1.2. Extinción. Indemnización*

Si para 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 v. 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. Sala 3ª, 13/6/2000, "Vladimirsky, Liliana v. Editorial Perfil SA".

La enumeración que hace el art. 43, en su inc. e) es meramente enunciativa, por lo tanto, la falta de inclusión expresa en su texto del SAC no importa, en modo alguno, la prohibición legal de tomarlo en consideración para calcular las indemnizaciones que dicha norma prevé (incs. b], c] y d]). No debe olvidarse que para liquidar las reparaciones por despido para los trabajadores amparados por el Estatuto del Pe-

riodista no corresponde tener en cuenta el art. 245, LCT, sino lo establecido por la norma especifica que rige la actividad en cuanto dispone que se tomará como base el promedio que resulte de lo percibido por el dependiente en los últimos seis meses. Asimismo, el SAC constituye un salario diferido que por su índole, aunque se devengue cotidianamente, se hace efectivo en el tiempo y oportunidad que la ley establece (ver VAZQUEZ VIALARD, *Tratado de derecho del trabajo*, t. VI, Astrea, Buenos Aires, p. 382; en sentido análogo SD 78.549 del 25/3/1999, "Caira, Mario v. Editorial Perfil SA" del registro de esta sala). Sala 3ª, 11/7/2006, "Pousa, Rodolfo Ernesto v. Sistema Nacional de Medios Públicos SE y otro".

La ley 12.908 no contempla como causal de extinción del contrato de trabajo la caída de las labores previstas en el art. 247, LCT, y tampoco resulta aplicable a los periodistas el régimen indemnizatorio de la Ley de Contrato de Trabajo, y, por ende, el tope previsto en el art. 245, LCT, no debe aplicarse a la indemnización contemplada en el art. 43, inc. c), ley 12.908. Sala 3ª, 29/3/2006, "Toni, Luis Pedro v. América TV SA".

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. 2°), 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. Sala 3ª, 27/3/2008, "Szatmary, Bárbara v. Editorial Televisa Argentina SA".

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, Ley Nacional de Empleo, deben duplicarse. En efecto, 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. Sala 3ª, 27/3/2008, "Szatmary, Bárbara v. Editorial Televisa Argentina SA".

## 2. Encargados y ayudantes de casas de renta

En tanto el estatuto especial del encargado de casa de renta, establece en su art. 6° que el período de prueba es de sesenta días a partir de los cuales el trabajador comienza a gozar del derecho a la estabilidad, no puede aplicarse el art. 92 bis, LCT, ya que frente a un estatuto especial que regula la actividad del trabajador, las normas del régimen común sólo podrán ser aplicables en la medida en que resultaren compatibles con la naturaleza y la actividad profesional de aquél. Sala 10ª, 30/12/2002, "Martínez, Alberto v. Cons. Prop. Amenábar 3435".

Carece de legitimación sustancial para demandar judicialmente al empleador el trabajador "encargado permanente con vivienda" de un edificio sometido al régimen de la ley 13.512 a fin de obtener del consorcio la designación de un "ayudante media jornada", conforme al art. 7°, inc. e), CCT 306/1998. Así como la demandada no está facultada para obligar al actor a desempeñar otras tareas que aquellas que el convenio describe como propias de su categoría, éste tampoco lo está para conminar a su apreciación de la conveniencia de hacerlo, en el marco de los arts. 64 y 65, LCT. El interés del trabajador —el cumplimiento del contrato— es del todo ajeno a este tipo de cuestiones. Sala 8ª, 22/4/2005, "Bombana, Iris v. Consorcio de Propietarios Edificio Yerbal 4032/4034/4036".

La elaboración instrumentada de un reglamento de copropiedad y administración y su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble son requisitos que determinan la posibilidad del o los titulares registrales de un edificio que acordaron acogerse al régimen de la ley 13.512 y dan nacimiento a la existencia de un "consorcio". Si tales requisitos no fueron cumplidos no existe un consorcio empleador. Sala 8ª, 31/3/2010, "Herrera, Antonio v. Cons. Prop. Rivadavia 954/64".

Las horas laboradas por el encargado de edificios, en forma extraordinaria, deben abonarse con recargo del 100% si prestaba tareas los fines de semana después de las 13 del sábado y el domingo, conforme lo dispuesto por el art. 204, LCT. Sala 6ª, 26/2/2009, "Carrasco Vergara, Héctor v. Nostra SA".

La obligación de entregar en forma periódica ropa de trabajo, establecida en la norma convencional, no puede ser probada solamente por testigos, en tanto constituye una obligación a cargo del empleador, debe ser documentada con los correspondientes recibos suscriptos por el dependiente. Sala 6ª, 16/2/2010, "Rodríguez, Juan v. Cons. Prop. Perú 353/59".

## 3. Docentes de establecimientos privados

El art. 13, Estatuto del Docente Privado, establece que el personal sólo podrá ser removido por las causales que allí se indican y previa sustanciación del correspondiente sumario por autoridad oficial competente. Por ello, la omisión del sumario previo, por sí, descalifica la posibilidad de despedir con justa causa. Sala 10ª, 30/5/2000, "Tripodi, Graciela Mónica v. Instituto Erna Escuela de Recuperación de Niños Atípicos SRL y otro s/despido", RDL 2000-II-568; sala 2ª, 12/7/1999, "Paglilla, Raúl v. Colegio León XIII".

No es aplicable a los docentes de enseñanza privada los incrementos dispuestos por el dec. 1273/2002, pues como señala en sus considerandos la res. 921 MT (6/12/2004), el art. 38, ley 24.195, consagra la equiparación salarial entre los docentes que trabajan en establecimientos oficiales y los que se desempeñan en igual cargo y función en establecimientos privados, en virtud del principio constitucional de igual remuneración por igual tarea. Sala 3ª, 14/4/2006, "Zuccarelli, Lidia Nora v. Belgrano Day School SA".

La Alianza Francesa es un instituto comprendido en el régimen de la ley 13.047 (punto 5), dependiente del Consejo Gremial de Enseñanza Privada, organismo éste que fija las retribuciones del personal que se desempeña en los establecimientos privados de enseñanza comprendidos en el inc. c), art. 2°, ley citada, incluido el personal de maestranza y servicios. En dicho organismo tienen representación las asociaciones de empleadores y trabajadores y, en consecuencia, son inaplicables los convenios laborales como el 88/90 suscripto ante el Ministerio de Trabajo, cuyo ámbito abarca al personal de los colegios incorporados a la enseñanza oficial y no comprendidos en la ley citada. Sala 8ª, 16/6/2000, "Trejo, Andrés v. Alianza Francesa Asociación Civil".

## 4. Servicio doméstico

### *4.1. Alcance. Ámbito de aplicación*

Frente a un planteo de inconstitucionalidad del régimen especial del servicio doméstico y del art. 2°, LCT, por una trabajadora despedida, que realizaba tareas de limpieza en un hogar, la cuestión debe resolverse con el recurso que el art. 23, inc. f), dec. 7979/1956, prevé contra las decisiones del tribunal del servicio doméstico, a sustanciarse ante los jueces nacionales de primera instancia del trabajo (conf. art. 22, inc. a], ley 18.345). Es en esta instancia judicial donde la apelante tiene la oportunidad que la ley le acuerda para discutir la fuente constitucional de su pretensión. Sala 4ª, 13/8/2010, "Lastra, Sara Ubaldina v. Carlino Lorena Cintia".

La actividad de casero o encargado de una quinta no importa un beneficio económico para los propietarios de la misma, si no se demostró que ella fuera un establecimiento en los términos del art. 6°, LCT, por lo que corresponde encuadrarla en el régimen de servicio doméstico regulado por el dec. 326/1956. Sala 9ª, 12/6/2003, "Gómez, Lorenzo v. Barbaricca, Mónica V. y otro".

El art. 2°, dec.-ley 326/1956, sólo excluye a quienes fueran contratados exclusivamente para cuidar enfermos pero no a quienes, además, realizan las tareas de cocina y limpieza de la vivienda. Sala 3ª, 24/8/2001, "Zelaya, Marta Evarista v. Troncoso, Manuel".

Cuando no se cuestiona que la relación que unió a las partes se desenvolvió en el ámbito doméstico familiar de domicilio particular de la accionada, y que, en virtud de ello se trata de una actividad excluida del marco de la Ley de Contrato de Trabajo (conf. art. 2°) y regulada específicamente por el dec.-ley 326/1956 y su dec. regl. 7979/1956, corresponde se declare la incompetencia de la justicia nacional del trabajo para seguir entendiendo en tales actuaciones. No corresponde el rechazo de la demanda por aplicación de la doctrina que emerge del fallo plenario "Goldberg v. Szapiro" del 13/10/1950, acordado por las cámaras de apelaciones en lo comercial y del trabajo, conjuntamente, ya que en aquella oportunidad se entendió que el peticionario no tenía derecho ni por la ley laboral, ni por la comercial, situación que no se encuentra configurada en las presentes actuaciones. Sala 2ª, 21/12/2005, "Soria Arce, María v. Cortijo, Hilda".

Según la descripción de la propia actora, en el inicio ella se dedicaba al cuidado de niños y la realización de tareas generales en el hogar de los demandados, es decir, labores propias del *domus*. En tal caso, resulta innecesario producir prueba para concluir que las labores se habían desarrollado en el ámbito del hogar (lo que llevaría a excluirlo de la Ley de Contrato de Trabajo, art. 2°, inc. b]), y a su vez el receptor del trabajo no tenía fines de lucro, ni beneficio económico (esencial de acuerdo con el art. 1°, dec.-ley 326/1956, para ser considerado servicio doméstico), por lo que se impone confirmar el rechazo liminar de la demanda (del dictamen del fiscal general 34.252, 5/7/2002 al que adhiere la sala). En igual sentido se resolvió en una causa en la que la actora se desempeñó como dama de compañía y realizaba tareas generales en el domicilio de una anciana: C. Nac. Trab., sala 4ª, "Suárez, Yolanda v. Belda, Jorge"; sala 4ª, 16/7/2002, "Cajal, Yolanda v. Capria de Cantarini, Mercedes y otro", expte. 18.883/01, SI 40545 30/08702.

## 5. Viajantes de comercio y de la industria

### *5.1. Alcance. Ámbito de aplicación*

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 2°, CCT 308/1975, quedan comprendidos los viajantes —cualquiera sea su denominación genérica— que "concierten negocios relativos al comercio o industria de su o sus representados vendiendo bienes, mercaderías y/o servicios mediante una remuneración convenida". Es decir, que debe considerarse viajante a quien venda servicios, tal el caso de la venta de planes de medicina privada. Sala 6ª, 8/9/2010, "Colombi, Margarita María Inés v. Swiss Medical SA".

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 14, ley 14.546, la indemnización por clientela resulta equivalente al 25% de lo que le hubiere correspondido al trabajador en caso de despido intempestivo e injustificado. La base de cálculo para liquidar dicho rubro se encuentra integrada por las sumas correspondientes a las indemnizaciones por despido (art. 245,

LCT) y sustitutiva del preaviso (art. 232, LCT), más la incidencia del SAC sobre esta última. Sala 9ª, 12/8/2010, "Battagliese, Nilda Valentina v. Mataron, Héctor Enrique y otros".

Cabe considerar como viajante de comercio a la vendedora que visitaba clientes provistos por Publicom SA, con la finalidad de venderle pautas publicitarias para las guías telefónicas, o para renovar las de quienes ya eran clientes. El art. 1°, ley 14.546, es suficientemente amplio como para comprender no sólo a quienes venden cosas muebles sino también a los que conciertan negocios relativos a servicios. El lenguaje cotidiano recoge este significado cuando llama "venta" a esas concertaciones de negocios, porque el carácter material o inmaterial del bien que en definitiva deba transferirse en nada influye en la actividad del trabajador, en el tipo de capacitación o habilidad que se requiere para ejercerla ni en las dificultades o expectativas que el trabajo pueda comportar. Sala 6ª, 31/8/2010, "Cravez, Graciela Noemí v. Publicom SA".

Si bien el fallo plenario "Bono de Cassaigne, María v. Entel" del 16/4/1971 no le reconoce el carácter de viajante de comercio a quienes venden avisos publicitarios para las guías que publicaba la ex Entel, es necesario tener en cuenta que el CCT 308/1975 incluyó expresamente a los vendedores de servicios entre los viajantes, con lo que creó para estos trabajadores una norma más favorable que ha de prevalecer (arts. 7° y 8°, ley 14.250). Las propias partes involucradas en uso de la autonomía colectiva, reconocieron el carácter de vendedores viajantes a los dependientes a quienes el plenario citado se empeñó en colocar fuera de dicha categoría laboral. Sala 6ª, 31/8/2010, "Cravez, Graciela Noemí v. Publicom SA".

Para que el trabajador encuadre en el Estatuto de Viajantes de Comercio, deviene necesario que concierte operaciones por cuenta de su empleador en forma frecuente y repetida, de modo que constituya el objeto principal de su prestación de servicios. La gestión o concertación de negocios, habitual o incidental pero secundaria respecto de otras prestaciones del dependiente, no alcanza para la aplicación de la ley 14.546; el dependiente debe tener como función primordial concertar negocios por cuenta de su empleador. Sala 4ª, 31/8/2010, "Jelinskas, Pablo Daniel v. Primera Red Interactiva de Medios Argentinos Prima SA".

La intermediación "en la venta de tarjetas de crédito o débito, o cuentas corrientes o cajas de ahorro o inversiones, así como seguros de retiro y seguros patrimoniales", no tiene por objeto la celebración de contratos de compraventa mercantil, que son los que definen la figura del viajante, sino estrictamente, la suscripción de servicios. La ley 14.546 se refiere, inequívocamente, a la intervención del sujeto trabajador en la concertación de contratos de compraventa, esto es, en los que tienen por objeto la transmisión del dominio de una cosa —mueble por tratarse de negocios aprehendidos por el Código de Comercio—. La ambigüedad del art. 1° —fuera de la utilización de la voz "mercaderías", que es utilizada en nuestro medio para denotar cosas, no servicios, aunque ambos son "mercancías", en cuanto se cambian por un precio en el mercado—, aparece suficientemente superada por la presencia del vocablo "venta" en los arts. 2°, 5°, 7°, 8°, 10 y 11, que regulan aspectos esenciales de la actividad de los viajantes (del voto de Morando, en mayoría). Sala 7ª, 12/8/2010, "Vacatello, Mirta Liliana v. Consolidar Comercializadora SA".

La actividad del viajante de comercio básicamente se centra en la información y persuasión de la clientela, a fin de lograr la obtención de un pedido de un producto ya existente o la introducción de uno nuevo, y en la búsqueda e incorporación de nuevos clientes. El viajante de comercio es un sujeto que actúa como intermediario entre la oferta y la demanda de bienes y servicios, y se encuentra relacionado con la empresa a través de un vínculo de dependencia laboral. De esta forma, ante el caso de una trabajadora que realizaba tareas de promotora, ofrecía los productos, contactaba clientes y operaciones con ellos, cabe concluir a través de una interpretación razonable y discreta que encuadran dentro de lo establecido en el art. 1°, ley 14.546 (del voto de Ferreirós, en minoría). Sala 7ª, 12/8/2010, "Vacatello, Mirta Liliana v. Consolidar Comercializadora SA".

Las notas tipificantes que se enumeran en el art. 2° del Estatuto no son más que pautas indicativas pero no imperativas a los fines de determinar si una concreta relación encuadra o no en la ley 14.546. La enumeración no es taxativa y nada impide que el intérprete tome en consideración otras pautas a los fines de determinar la existencia de un contrato de trabajo (FERNÁNDEZ MADRID, *Los viajantes de comercio ante las leyes del trabajo*, Contabilidad Moderna, p. 71). Uno de los elementos más relevantes a tener en cuenta es la habitualidad en la concertación de negocios para un empleador y, además, que esa prestación de servicios se realice fuera del establecimiento de la empresa. A ello cabe agregar la percepción de comisiones y la realización de las tareas conforme a las condiciones impuestas por el empleador, en un radio geográfico determinado con el riesgo a cargo de éste. Sala 1ª, 10/9/2009, "Aragonés, Pablo v. Elías, Héctor y otro".

Uno de los elementos más relevantes para que un trabajador sea aprehendido por el Estatuto del Viajante es la "habitualidad", es decir que debe realizar habitualmente la concertación de negocios para un empleador y que tal tarea sea la labor más importante dentro de la prestación de servicios. Viajante es quien debe concretar operaciones por cuenta de su empleador de forma frecuente y repetida, de modo que constituya el objeto principal de su prestación de servicios. No alcanza, para aplicar la ley 14.546, la gestión o

concertación de negocios habitual o incidental pero secundaria respecto de otras tareas del dependiente. Sala 7ª, 30/6/2009, "Ramírez, Virginia v. SPM SA".

Las notas esenciales de la figura del viajante son dos: que exista venta por cuenta y orden del principal y que la misma se realice principalmente fuera de la empresa. Si, como afirman los testigos en este caso, la accionante desarrollaba su actividad principalmente en el establecimiento de la demandada vía telefónica, no es posible encuadrar su actividad dentro del estatuto de viajantes. En efecto, el viajante debe ofrecer los productos de un lugar a otro del mercado y buscar clientela fuera de la sede el principal. Sala 10ª, 22/10/2009, "Chaves, Florencia v. Laboratorios Aton SA y otro". En igual sentido, sala 2ª, 12/2/2009, "Di Si, Gabriel v. Grey Sand SRL y otro".

Toda vez que ha quedado demostrado que las tareas principales del accionante, desarrolladas en forma personal y habitual, eran las visitas a los clientes para levantar pedidos, al tiempo que, secundariamente, ofrecía promociones, organizaba exhibición de productos de la demandada y reponía *stock*, su labor debe encuadrarse dentro del Estatuto del Viajante. No obsta a tal conclusión la circunstancia de que la trabajadora, en el caso, una vez finalizada la recorrida por su zona de clientes, retornaba a la empresa y permanecía en ella volcando los datos de pedidos y efectuando planificaciones relacionadas con su labor. Ello así, porque no puede soslayarse que la mayor parte de la jornada era dedicada a la concertación de ventas por cuenta de la demandada. Sala 2ª, 22/9/2009, "Magallanes, María v. Alimentos y Bebidas Cartellone SA y otro".

Toda vez que la labor del accionante consistía en distribuir, en una zona determinada, el material de publicidad y promociones de los productos de la demandada, así como la colocación y retiro, en comodato, de los equipos de frío para la exhibición y expendio de tales productos, sus tareas no comprendían específicamente la concertación y levantamiento de pedidos de tales productos, por lo que no cabe encuadrarlo en el Estatuto del Viajante de Comercio. En el caso, el actor no demostró que la concertación de operaciones de venta constituyera parte esencial de sus prestaciones y tampoco consiguió acreditar que en su zona de actuación no operara el comercializador de la empresa. Sala 2ª, 10/2/2009, "Linares, Aldo v. Coca Cola Femsa de Bs. As. SA".

Si ha quedado demostrado que la actora vendía los productos que comercializa el laboratorio demandado, en forma habitual y permanente, a diferentes centros de salud (Hospital Italiano, Fundaleu, Médicus SA, etc.), la calificación de su actividad como enmarcada dentro del Estatuto de Viajantes es ajustada a derecho, toda vez que las tareas cumplidas así lo justifican. Sala 10ª, 31/7/2009, "Schor, Elizabeth v. Laboratorio LKM SA y otros".

La concertación de negocios a que se refiere el art. 1°, ley 14.546, no significa que el viajante de comercio deba vender el producto o mercadería de su representado o deba concluir el negocio, sino que aquél sólo presenta el negocio a su principal para su aprobación. La gestión del empleado debe, por lo menos, estar directamente dirigida a la venta, es decir, debe permitir la formalización del contrato respectivo por la sola aceptación del vendedor. En tal sentido, si el accionante tomaba los pedidos de los comerciantes en un *hand held* y a su vez luego eran volcados al sistema de la empresa demandada, resulta clara su actividad como enmarcada dentro de los viajantes de comercio. Sala 5ª, 17/4/2009, "Williner, David v. Coca Cola Femsa Buenos Aires SA". En igual sentido, sala 6ª, 31/8/2006, "Masenga, Maximiliano v. Coca Cola Femsa de Bs. As. SA".

Los estatutos particulares, que crean condiciones laborales especiales por encima del nivel genérico protector de la LCT, no pueden extender su operatividad, con criterios amplios, a los casos no contemplados precisamente en el estatuto mismo. Por ello, la concertación de negocios relativos a contratos de prestación de servicios (tal el caso de cobertura de salud) no constituye actividad prevista por la ley 14.546. Y en cuanto a la aplicación del CCT 308/1975, sería sólo posible a quienes suscribieron o pueden ser considerados empleadores de "viajantes" pero para que opere esta segunda línea de inclusión representativa, hay que atenerse al concepto del oficio dado por la norma mencionada en primer término y no caer en el error de definir al "viajante" por la norma creada por el mismo convenio. Sala 2ª, 11/3/2009, "Sollevato, Marta v. Sociedad Italiana de Beneficencia de Bs. As. Hospital Italiano".

La condición de viajante debe atribuirse a la accionante, quien vendía suscripción a planes de medicina prepaga, toda vez el art. 1°, ley 14.546 califica como tal a quien concierte ventas y es extendida por el CCT 308/1975 también a quienes vendan servicios. Para más, el art. 1° de la mencionada ley se refiere a la "concertación de negocios" y es fácil advertir que la actividad desplegada por quien concierta contratos de compraventa no es sustancialmente diversa de la de quien acuerda prestaciones de servicios. Es el hecho de intermediar para llevar a cabo la negociación lo que permite asignarle la condición de viajantes, sin importar que sea la única y exclusiva artífice de una operación determinada sino que sea una intermediaria necesaria. Sala 6ª, 29/4/2009, "Sberna, Carmen v. Elvira Felici y Asociados SRL".

El Estatuto del Viajante ciñe su ámbito a la compraventa de mercaderías, esto es de cosas, en el sentido de objetos materiales susceptibles de tener valor económico (art. 2311 y nota al art. 2312, CCiv.), excluyendo de su universo a la negociación de bienes que no sean cosas, es decir, derechos, como ocurre con los planes de salud. La doctrina plenaria emanada de "Bono de Cassaigne, María v. Entel" (fallo plenario 148) no puede desconocerse sin pasarse por alto, más allá de su especificidad, porque lo cierto es que el

argumento central de la mayoría del tribunal, para excluir la aplicación de la ley 14.546 fue, justamente, que la actividad debía entrañar una compraventa comercial según los arts. 450 a 477, CCom. Sala 8ª, 10/3/2009, "Álvarez, Carlos y otros v. Nationale Nederlanden Cía. de Seguros de Vida NV s/diferencias de salarios".

Los estatutos particulares, que crean condiciones laborales especiales por encima del nivel genérico protector de la LCT, no pueden extender su operatividad a los casos no contemplados precisamente en el estatuto mismo, teniendo en consideración las muy peculiares motivaciones que en general han inspirado esas normas estatales especiales a fin de regular parcelas particulares y específicas de determinadas actividades. Por ello, la concertación de negocios relativos a contratos de prestación de servicios (como es el caso de venta de espacios de publicidad, es decir venta de derechos y no cosas o mercaderías) no constituye actividad de la prevista en la ley 14.546. Y si bien el CCT 308/1975 incluyó la venta de servicios, en el caso, la demandada no estuvo representada en dicha convención, pues los sujetos convocados no incluyen a empresas comercializadoras de espacios publicitarios ni a una asociación patronal de esa actividad (del voto del Dr. Maza, integrante de la mayoría). Sala 3ª, 26/8/2009, "Beretta, Sergio v. Publicom SA y otro".

La demandada procedió a disminuir el porcentaje de las comisiones sobre ventas, argumentando que esa situación estaría compensada por el rubro "cumplimiento de objetivos", que ya venía abonando con anterioridad. Tal circunstancia no se encontró corroborada en la realidad, dado que la composición del rubro "cumplimiento de objetivos" dependía de cálculos y promedios, no explicados suficientemente por la demandada, pero que no compensaban la reducción en el porcentaje de las ventas. Por ello y toda vez que la modificación introducida en la estructura salarial no implicó una mejora ni una compensación con los importes remuneratorios, debe concluirse que se afectó indebidamente una porción sustancial de un elemento fundamental de la relación laboral y los accionantes tienen derecho al cobro de las diferencias reclamadas. Sala 1ª, 17/6/2009, "Yannotto, Sonia y otros v. Aguas Danone de Argentina SA s/ley 14.546".

No se puede válidamente incorporar en un único porcentaje, las comisiones por ventas y por cobranzas, pues se limita la posibilidad de un control adecuado tratándose de un régimen de retribución por resultado. Sala 8ª, 25/2/2009, "Garay, Ernesto v. Rodados Junior SA y otros".

Es doctrina legal de esta Cámara según fallo plenario 69 que "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 respecto a los primeros, la suma correspondiente al sueldo mensual" (*in re* "Nucifora, Domingo v. Siam Di Tella SA", 28/12/1960). De tal modo que el actor, viajante, tiene derecho a que se le liquiden los feriados correspondientes, en función del promedio de las comisiones (Sala 8ª, 7/3/2001, "Vilella, Adriana v. Nextel Argentina SRL"). Sala 4ª, 31/3/2009, "Pierangeli, Alberto v. Castells, Jorge y otro s/ley 14.546".

El hecho de que los viajantes deban ser remunerados a comisión no significa que si durante la ejecución de la relación de trabajo fueron remunerados mediante un sueldo fijo tengan derecho a que se les reconozca por añadidura el pago de comisiones no convenidas a una tasa arbitrariamente fijada. Podrán sí, conforme a la doctrina plenaria de esta Cámara (fallos plenarios 112 y 191), requerir —incluso en sede judicial— la conversión de ese sueldo fijo en comisión, incluso con un efecto retroactivo que deberá aplicarse si así se peticionara (sala 8ª, 25/3/2002, "Pallonari, Julio v. Frigorífico San Carlos SA"). Pero una cosa es convertir el sueldo fijo en comisión y otra muy distinta es adicionar al sueldo fijo pactado un porcentaje arbitrariamente fijado en concepto de comisión. Proceder éste que carece de fuente normativa y que tampoco se encuentra autorizado por la jurisprudencia plenaria citada. Sala 4ª, 31/7/2009, "Geosistemas SRL v. Carmona, Juan s/consignación".

El art. 11, ley 14.546, tiene dos párrafos, el primero alude al juramento y el segundo indica que cuando se controvierta el monto o el cobro de la remuneración "la prueba contraria a la reclamación corresponderá a la patronal". Esto es que en esas materias —monto y cobro— ni siquiera, de acuerdo con el texto expreso de la ley, es necesario que el trabajador formule el juramento; claro está, probadas las tareas que dieron origen al crédito (conf. SIMÓN, Julio - PERUGINI, Eduardo, *Viajantes de comercio*, p. 56 y jurisprudencia allí citada) (del voto del Dr. Zas.). Sala 5ª, 15/9/2009, "Gherstenfeld, Jorge v. Luzzi, Miguel".

*5.2. Remuneración. Comisiones*

Si quedó demostrado que el actor efectuaba, además de la concertación del negocio o venta de mercadería al demandado, las cobranzas como una tarea adicional, asumía el riesgo que todo cobro implica, por lo que tiene derecho a percibir una comisión diferenciada (art. 8°, ley 14.546). El art. 22, CCT 308/1975 determina que dicho rubro debe calcularse en base a un 33% de las comisiones por ventas. En el caso concreto resulta procedente dicha estimación teniendo en cuenta que hubo imposibilidad de realización de la prueba pericial contable por exclusiva culpa del accionado que no llevaba los libros correspondientes (art. 52, LCT), lo que hace aplicable al caso la presunción del art. 55, LCT (del voto del Dr. Zas. La Dra. García Margalejo adhiere teniendo en cuenta que la demandada negó la relación laboral y se da un supuesto de ausencia total de registración). Sala 5ª, 15/9/2009, "Gherstenfeld, Jorge v. Luzzi, Miguel".

A partir del fallo plenario 112, los viajantes remunerados sólo a sueldo fijo pueden exigir la conversión del mismo en comisión, dado que la doctrina de dicho fallo faculta al trabajador a exigir la conversión de su remuneración si no es retribuido de conformidad con lo dispuesto por el art. 7°, ley 14.546. Tal el caso del viajante que percibía una retribución mixta, compuesta de sueldo fijo más unas sumas de dinero trimestrales denominadas por la empresa como "incentivo variable". Dicho concepto no se abonaba en función de un porcentaje del importe de toda nota de venta o pedido aceptado, sino que respondía a parámetros y criterios ajenos a los establecidos en el Estatuto del Viajante y tampoco se liquidaba mensualmente. Resultando evidente que el salario del actor no estaba constituido ni en todo ni en parte por comisión sobre venta, resulta aplicable la conversión solicitada en virtud del plenario invocado y observando especialmente el carácter de orden público de la ley 14.546, art. 4°, que no permite dejar librado este elemento del contrato al arbitrio de las partes. Sala 2ª, 26/3/2009, "Ayus, Gonzalo v. Mattel Argentina SA".

La base de cálculo de la indemnización por clientela está integrada por las indemnizaciones por despido (art. 245, LCT) y la sustitutiva del preaviso (art. 232, LCT), que en los casos en que el cese no coincide con el último día del mes, se completa con el importe de los salarios que el trabajador hubiera devengado hasta finalizar el mes en que se perfeccionó el despido (art. 233, LCT). En la medida en que el despido dispuesto por la demandada resultara injustificado, procede la indemnización de referencia. Sala 2ª, 25/9/2009, "Sánchez, Alejandro v. La Ley SA". En igual sentido, sala 4ª, 31/7/2009, "Geosistemas SRL v. Carmona, Juan s/consignación".

El art. 7°, párr. 2°, ley 14.546, dispone que "los viáticos de los viajantes de comercio, revisten siempre carácter salarial". A su vez, en el fallo plenario 139 del 14/10/1970, recaído en la causa "Hidalgo, Armando v. Nestlé", se decidió que "...conforme el art. 7°, ley 14.546, los gastos de movilidad, hospedaje, comida, viáticos y desgaste del automóvil, reintegrados al viajante, previa rendición de cuentas, forman parte de la remuneración". Sin embargo, tanto la disposición legal como la doctrina del fallo plenario quedaron implícitamente derogados a partir de octubre de 1996 con la sanción de la ley 24.700, que al modificar el art. 105, LCT, privó de carácter remuneratorio a "los viáticos de viajantes de comercio acreditados con comprobantes en los términos del art. 6°, ley 24.241...". Sala 3ª, 30/4/2008, "Cano, Francisco Javier y otro v. Alas de Águila SA y otro".

El art. 105, inc. b), LCT, establece, respecto de los "reintegros por gastos del uso del automóvil sin comprobantes y calculados en base a kilómetro recorrido" a los fines de no reconocerle carácter remuneratorio, una limitación cuantitativa a las sumas abonadas en dicho concepto ya que expresamente establece "...conforme los parámetros fijados o que se fijen como deducibles en el futuro por la Dirección General Impositiva...". Es decir, el carácter no salarial de las sumas abonadas en dicho concepto está sujeto al cumplimiento de una condición: que no supere los parámetros fijados como deducibles por la DGI. Sala 3ª, 30/4/2008, "Cano, Francisco Javier y otro v. Alas de Águila SA y otro".

### 6. Jugadores de fútbol profesional

La calidad de persona jurídica privada de la AFA y las particularidades de sus incumbencias en el régimen jurídico del fútbol en nuestro país y las que le vienen por sus vínculos asociacionales con sus clubes afiliados y los que mantiene con la FIFA, exceden el concepto de un órgano con funciones registrales totalmente ajeno a los intereses en conflicto de los futbolistas, aficionados o profesionales, con los clubes. Máxime si está investida de la potestad y competencia para librar o no, certificaciones o habilitaciones de las que depende el efectivo ejercicio de la libertad de contratar y de trabajar. Sala 5ª, 12/11/2002, "Brandan, Antonio y otro en repr. v. AFA y otro".

Son las medidas cautelares que alcanzan al club las que imposibilitan que la AFA otorgue la libertad de contratación al actor en los términos del art. 15, CCT 430/1975, por lo que el accionante debió efectuar sus reclamos ante el club y no sólo limitarse a iniciar una acción amparista fundada en los arts. 14 y 14 bis, CN, ya que existían numerosas resoluciones judiciales que no podían desconocerse y que impedían a la AFA obrar de una manera contraria a la que lo hizo. Sala 5ª, 21/11/2002, "Rodríguez, Fernando Domingo v. Asociación del Fútbol Argentino".

### 7. Trabajadores a bordo de buques de bandera nacional

Los salarios de asistencia y salvamento son procedentes para la tripulación, en los casos, y en la medida, que éstos han colaborado con dicha asistencia o salvamento, ya que el fundamento de su resarcimiento son las tareas extraordinarias o ajenas a sus respectivos contratos de ajuste. Sala 8ª, 29/11/2001, "Cabral, Héctor Rodolfo v. Sanar SA".

Si el actor acreditó fehacientemente una antigüedad en la demandada no menor a ciento cincuenta días, revestía el carácter de efectivo en los términos del art. 13, CCT 219/1993, y por ello, la demandada debió recurrir al procedimiento establecido por el art. 52, ley 23.551, a fin de desvincularlo de su plantel. Sala 2ª, 10/9/1999, "Souza, Leonardo v. Comando de Transportes Navales Ara".

Si bien la libreta de embarque es título hábil para reclamar por vía ejecutiva el cobro de salarios y otras sumas que se adeuden al tripulante, ello lo es en relación al contrato de ajuste. Las constancias de la libreta

de embarque solamente no habilitan la vía ejecutiva para el cobro de los créditos cuando éstos se vinculan con circunstancias fácticas y de tales instrumentos no se infiere con absoluta certeza su exigibilidad y cuantía, requisitos esenciales para el cobro por la vía compulsiva. Sala 1ª, 7/2/1994, "Tito, Alexander v. Armador y Prop. Buque Soycarco"; sala 3ª, 29/4/1997, "Escalante, Ramón v. Rosales, José".

La indemnización por incapacidad absoluta establecida en el art. 212, LCT, no es aplicable a la gente de mar comprendida en el acta convenio del 25/2/1972 (CCT 370/1971). C. Nac. Trab., en pleno (nro. 227), 25/6/1981, "Molinari, Elvio v. Elma".

Cuando, como en el caso, la relación habida entre las partes, de acuerdo con los contratos de ajustes sucesivos acompañados, fue regida por el CCT 370/1971, el tripulante reviste carácter de efectivo cuando haya prestado servicios a las órdenes de un armador por un período no menor de ciento cincuenta días dentro del año aniversario para el personal afectado a la navegación de ultramar. Conforme lo normado por el art. 984, párr. 4°, CCom., cuando un tripulante es contratado por viaje o por tiempo, la relación laboral se extingue automáticamente a su terminación, pero no es correcta la invocación del art. 97, LCT, porque el trabajo marítimo es uno de los supuestos de exclusión de la aplicación directa de la ley general, se encuentra sujeto a un régimen jurídico específico conformado por diversas normas del libro III del Código de Comercio y de la ley 20.094, compatible con la naturaleza y modalidades de la ejecución de la actividad (art. 2°, LCT), respecto de determinados aspectos, entre los que no se encuentran las normas que se refieren al trabajo de temporada, práctica ajena a la navegación marítima y fluvial. Sala 8ª, 18/2/2009, "Barrios, Francisco v. Agua Marina SA".

La libreta de embarque expedida por la Prefectura Naval argentina resulta indispensable para la contratación de los tripulantes (conf. art. 107, ley 20.094), y da cuenta de los sucesivos embarcos y desembarcos de éstos, conforme al control que oportunamente realiza la autoridad mencionada, sin perjuicio de que el empleador abone los salarios —por marea—, en virtud de lo cual los períodos consignados en los recibos de haberes no siempre coinciden con aquellos. Sala 4ª, 30/11/2009, "Medina, Gustavo v. Argenova SA y otro".

### *7.1. Actividad pesquera*

El CCT 307/1999 fue suscripto entre el Sindicato de Obreros Marítimos Unidos y la Cámara de Armadores Pesqueros Congeladores de la Argentina, quienes convinieron "aprobar el texto del CCT que a partir del 1/11/1998 se aplicará al personal de marinerías y maestranza enrolado en buques pesqueros congeladores, en sustitución del CCT 155/1991". Sin perjuicio de que hubiera sido deseable que la suscripción de un nuevo convenio motivara la fijación de nuevos topes, lo cierto es que el CCT 307/1999 vino a ocupar el mismo espacio normativo del CCT 155/1991, por lo que las escalas salariales correspondientes a este último convenio deben considerarse subsistentes para el universo de trabajadores comprendidos, sucesivamente, en ambos convenios. Sala 3ª, 9/9/2003, "Torres, Pablo v. Empresa Pesquera de la Patagonia y Antártida SA".

Tal como lo establece el art. 19, CCT 356/2003, "teniendo en cuenta que la captura de la especie calamar se produce desde el 1 de febrero al 31 de agosto de cada año, se entenderá que la contratación para esta actividad específica se regirá por el régimen de trabajo de temporada previsto en los arts. 96 y siguientes de la LCT". No resulta ocioso recordar que, en atención a las particularidades del régimen del trabajo de mar, es frecuente que el trabajador embarque y desembarque y en caso de no estar embarcado en su unidad o en cualquier otra, pasa a revistar en calidad de personal "a órdenes", con derecho a percibir remuneraciones y beneficios como si se encontrara embarcado. Sala 7ª, 24/9/2008, "Patricelli, Rafael v. Muelle Ocho SA". En igual sentido, sala 5ª, 30/10/2009, "Larrosa, Mauricio v. Muelle Ocho SA".

## 8. Trabajadores de la industria de la construcción

### *8.1. Ámbito de aplicación*

La ley 22.250 excluye, de conformidad con su art. 2°, inc. a), del régimen de la construcción, al "personal técnico". Por personal técnico debe entenderse empleados altamente capacitados en determinada especialidad vinculada con la construcción, como ser electricista, entre otros. En estos casos cabe encuadrar la relación laboral en el régimen establecido por la Ley de Contrato de Trabajo. Sala 9ª, 12/8/2010, "Galván, Roberto Augusto v. Servicios Urbanos R y T SA y otro".

A los efectos de la ley 22.250, la refacción de edificios preexistentes constituye una obra. Sala 8ª, 21/9/2001, "Ledezma Villalba, Francisco y otros v. Fiorello Leiva y Asociados SA y otros", DT 2002-A-90.

El trabajador que integra el plantel permanente de una empresa y que desempeña funciones gremiales como delegado conserva el derecho a la estabilidad pese a la conclusión de la obra donde prestaba servicios. Ello quedó establecido en el fallo plenario 166 del 30/9/1971 recaído en los autos "Vázquez, Francisco E. v. BB y J. Pampuro SA". Sala 3ª, 30/5/2006, "Pereyra, Luis Ramón v. Construcciones Madero y Cía. SA".

A los fines del cálculo de la multa del art. 19, ley 22.250, debe computarse también el rubro "adicional por presentismo", pero para que dicha multa prospere debe efectuarse "la intimación fehaciente" a la que hace referencia dicha norma, debiendo ser cir-

cunstanciada, y, en consecuencia, contener la exigencia del pago de lo adeudado, con suficiente individualización de la suma, de suerte que la empleadora no tenga duda de aquello que se le reclama. Sala 7ª, 19/5/2006, "Quintana, Eudelio v. Estructuras Especiales SRL y otros".

*8.2. Generalidades*

En atención a la redacción del art. 2°, ley 25.323, el incremento allí previsto permite advertir que se aplica a las indemnizaciones derivadas de los arts. 232, 233 y 245, LCT, por lo que no resulta aplicable a la relación jurídica regida por la ley 22.250, la cual desplaza al régimen de la LCT en los aspectos indemnizatorios por otro distinto no contemplado en el dispositivo sancionatorio (arts. 15 y 35). Sala 2ª, 28/4/2003, "González, Juan C. v. Brickasa SA", DT 2003-A-836.

Atento a la naturaleza jurídica que reviste el Fondo de Desempleo (art. 17, ley 22.250), no procede la duplicación reclamada con fundamento en el art. 16, ley 25.561, en tanto ella se refiere a las "indemnizaciones" que, de conformidad a la legislación laboral vigente, corresponden a los trabajadores para el caso de despido sin causa justificada (resarcimientos que la ley 22.250 no prevé). Sala 3ª, 28/5/2003, "Guzmán, Leopoldo v. Petersen Thiele y Cruz SA de Construcciones y Mandatos".

Es improcedente la indemnización reclamada por el accionante —pintor— por falta de registración laboral con fundamento en el art. 1°, ley 25.323, toda vez que ni la ley 22.250 ni el CCT 76/1975 que rigen la relación existente entre las partes prevén la indemnización por antigüedad o despidos contempladas en el art. 245, LCT, y ello configura recaudo imprescindible para la aplicación de la sanción de que se trata. C. Civ. Com. Trab. y Familia Villa Dolores, sala unipersonal 1ª, 27/8/2002, "Quinteros, Néstor R. v. Rodríguez, Miguel", DT 2003-B-1276.

*8.3. Responsabilidad solidaria*

Aun cuando la comitente está inscripta en el RNIC, lo cierto es que se trata de una empresa dedicada a la faena e industrialización de animales vacunos que contrató la reparación del techo del peladero. No lo hizo como contratista principal de una obra de construcción para coadyuvar en ella, por lo que no resulta responsable en los términos del art. 32, ley 22.250. En la economía de la ley, la "obra" es el establecimiento (en el sentido del art. 6°, LCT) de un empresario de la industria de la construcción. Sala 8ª, 27/3/2003, "Zalazar, Elva y otros v. Finexcor SA y otro".

A partir del dictado de la ley 25.013 ha perdido vigencia la doctrina plenaria sentada *in re* "Medina, Santiago v. Nicolás y Enrique Hernán Flamingo SA" del 27/12/1988 (plenario 265, C. Nac. Trab.). Ante la contundencia del nuevo texto del art. 30, LCT (modificado por el art. 17, ley 25.013), aplicable a supuestos en los que el principal subcontrata ciertos servicios con terceros, aun no asumiendo aquél el carácter de empleador directo de los trabajadores del contratista, debe responder por las obligaciones laborales incumplidas por éste en tanto no adopte las medidas de contralor que especifica y puntualmente establece el párr. 2° del art. 30 ya citado, por lo que la mera inscripción del subcontratista en el Registro Nacional de la Industria de la Construcción resulta a todas luces insuficiente para eximir a la principal de la responsabilidad que en forma solidaria le impone la norma. Sala 2ª, 4/9/2000, "Navarro, Lino v. Altairac, Jorge y otro".

## 9. Ejecutantes musicales

Normalmente la productora discográfica no contrata la puesta a disposición de la capacidad de trabajo del artista, sino su obra y los derechos de su reproducción y difusión, porque la producción de uno o varios discos compactos, por sí sola, no llega a evidenciar que la productora haya asumido la organización y dirección del grupo como para entender desplazada la modalidad de autoorganización de tales grupos musicales, hacia una verdadera relación de trabajo. Sala 1ª, 16/10/2003, "Castro, María y otros v. Oíd Mortales SA y otro".

Si bien la facultad del actor de designar a su reemplazante en caso de no poder concurrir y de pagarle el precio de sus servicios choca claramente con el carácter personal e insustituible que —como principio— tiene el vínculo laboral, considero que en la especie (el actor ejecutaba un instrumento musical e integraba un conjunto), teniendo en cuenta las claras disposiciones de la ley 14.597, debe concluirse que la prestación del actor estuvo enmarcada en el régimen de la LCT. En efecto, el procedimiento mencionado seguramente tiene la finalidad de facilitar la integración y el funcionamiento del grupo musical en caso de ausencia de algunos de sus integrantes titulares, pues es de suponer que son éstos quienes —en virtud de los especiales conocimientos que se requieren para su prestación y a las relativamente pocas personas que se hallan preparadas y disponibles para asumirla de inmediato— se encuentran en mejores condiciones para elegir a los candidatos idóneos para asumir tal reemplazo, lo que obviamente redunda en beneficio de la contratante. Esta circunstancia lleva a considerar que el aspecto en análisis no resulta suficiente en el caso para excluir el carácter laboral del vínculo. Sala 3ª, 10/9/2004, "Pagano, Francisco R. v. Quetra SA".

## 10. Trabajo a domicilio

Las instrucciones impartidas por el dador de trabajo al momento de la entrega del material, el hecho

de recibir la trabajadora en su domicilio los insumos, el diseño y la marca, la circunstancia de tener que exceder el horario de la jornada de trabajo a fin de cumplir con la entrega en tiempo oportuno de los materiales ya elaborados, evidencian la existencia de subordinación jurídica. Si a su vez a la trabajadora se le abonaba por producto entregado, estamos en presencia del pago a destajo, medido por unidad de obra, previsto expresamente en el art. 112, LCT. Sala 3ª, 19/9/2005, "Cardozo Franco, Bárbara Virina v. Nostarco SA".

En principio, el hecho de que un sector determinado de trabajadores se halle comprendido en un estatuto especial no implica que sus miembros sean independientes (nótese el caso de los viajantes, los empleados de casa de renta, etc.). En términos generales, la regulación por separado sólo implica que las normas establecidas por la Ley de Contrato de Trabajo se aplicarán en los supuestos de compatibilidad previstos en su art. 2°. Pero el caso de los trabajadores comprendidos en la ley 12.713 es diferente, puesto que esta norma incluye tanto a los talleristas —casi siempre pequeños empresarios (art. 5°, LCT)— como a los operarios a domicilio, cuyo desempeño puede reunir o no las características de una relación dependiente (arts. 21 y 22, LCT). Por lo tanto, sólo cuando se trata de un trabajador en los términos del art. 25, LCT, las disposiciones de la mencionada Ley de Contrato de Trabajo serán aplicables al trabajador a domicilio de acuerdo con lo previsto en el art. 2°. Sala 3ª, 30/6/2006, "Villalba, Mónica Alejandra v. Mundo Comercial SRL y otro".

### 11. Trabajo portuario

El sereno, desde el sorteo por el que se le asigna y un turno de trabajo, y hasta la finalización de la prestación comprometida, se ve impedido de prestar servicios en otros buques, por lo que, por aplicación del principio contenido en el art. 103, LCT, deben abonársele los salarios correspondientes a dicho lapso. En el caso, deben respetarse las características particulares del trabajo marítimo y las que, en especial, regulan la tarea de los serenos, resultando razonable la interpretación que se efectúa, pues el sereno no puede ser privado de su remuneración si tiene que esperar al comienzo de las prestaciones, lo que puede llevar algunos días. Sala 6ª, 17/5/2006, "Yacoi, Adolfo v. Agencia Marítima Tagsa SA".

Los trabajadores denominados serenos de buques se encuentran imposibilitados de utilizar su fuerza de trabajo en beneficio propio desde la oportunidad en que son "despachados" y están afectados a un nuevo puesto y turno de trabajo que no pueden modificar (ello conforme al procedimiento de rigor), dándose la situación a la que se refiere el art. 103, LCT. Dichos trabajadores no pueden ser contratados por ningún otro agente marítimo hasta que finalice su función con la partida del barco, lo que se encuentra expresamente reglamentado por el Poder Ejecutivo. De ese modo, 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, teniendo en cuenta los principios generales de derecho del trabajo en materia de remuneración y jornada. Sala 7ª, 19/4/2005, "Reyes, José v. Ultramar SA".

### 12. 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, 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, ley 22.250. Sala 4ª, 22/10/2010, "Alcaraz, Nicolás Alberto v. Ofek SA".

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, 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, 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, cit. Sala 4ª, 28/10/2010, "Lobato, Eduardo Augusto v. Elenet SA y otros".

## CAPÍTULO XXI: ASOCIACIONES SINDICALES DE TRABAJADORES

### 1. Asociaciones sindicales de trabajadores. Derechos

La tipología de organización sindical del art. 10, ley 23.551, es meramente indicativa. De la literalidad de los términos de la norma no parece desprenderse que deba interpretarse necesariamente que esa enumeración sea exhaustiva, pues de haber sido ésa la intención del legislador habría utilizado una terminología más enfática (v.gr., "sólo" o "únicamente"). Se impone armonizar dicho artículo con el art. 2°, convenio 87, que garantiza a los trabajadores el derecho de

"constituir las organizaciones que estimen convenientes". De ello se sigue que cabe otorgar a dicho precepto legal un alcance amplio. Por ello, y dado que el convenio 87, ratificado por nuestro país, tiene rango superior a las leyes, cabe concluir que la interpretación restrictiva del art. 10, ley 23.551, en cuanto contraría los principios recogidos por ese Convenio, resulta también contraria al orden normativo establecido por nuestra Constitución Nacional (arts. 31 y 75, inc. 22). Sala 4ª, 24/9/2010, "Ministerio de Trabajo v. Asociación del Personal Jerárquico del Jockey Club s/ley de asoc. sindicales".

La asociación gremial que acciona, si bien puede invocar la representación de los intereses individuales y colectivos de los trabajadores de la actividad de conformidad con lo dispuesto por el art. 31, inc. a), ley 23.551, su legitimación se ciñe a las contiendas de carácter colectivo, ya que para representar los intereses individuales o pluriindividuales, es necesario que acredite por escrito el consentimiento de los trabajadores en los términos del art. 22, dec. 467/1988. Sala de feria, 29/1/2002, "Sindicato Flota Petrolera e Hidrocarburífera v. Secretaría de Asuntos Fluviales Ministerio de Economía".

### *1.1. Asociaciones sindicales simplemente inscriptas*

El art. 23, ley 23.551, que distingue entre las asociaciones sindicales simplemente inscriptas y las que poseen personería gremial, determina los derechos de las mencionadas en primer término. Tal enumeración no es taxativa, por lo tanto es importante destacar que además de los derechos allí señalados estas asociaciones gozan de determinados derechos o protecciones entre los que se encuentra la estabilidad de los delegados, cuando no existe entidad con personería gremial. Sala 8ª, 28/8/2000, "Fascie, Ricardo v. AFJP Previnter SA s/despido".

### *1.2. Aportes sindicales. Contribuciones de solidaridad. Prescripción*

Si bien los afiliados a una organización sindical tienen como deber inherente a su calidad de tales, y en la medida en que su ingreso voluntario a ella presupone la aceptación de sus estatutos, el de contribuir al sostenimiento económico de la entidad, los únicos aportes que el sindicato puede imponer a sus integrantes son los que nacen de la afiliación misma que tienen por base lo dispuesto por el art. 37, ley 23.551, y emergen de las decisiones de las asambleas ordinarias, de acuerdo con el art. 20, inc. e), del mencionado cuerpo legal, y las llamadas contribuciones de solidaridad. No es posible sostener con fundamento jurídico alguno que las distintas ofertas de las diferentes prestaciones que, potencialmente, puede brindar un sindicato, faculten a afectar el ingreso del dependiente con una contribución cuando éste no quiso aceptar una proposición que presenta autonomía, y no integra la cotización básica de toda afiliación. Sala 5ª, 10/9/2002, "Valle, Néstor A. y otros v. EFA".

En los casos en que se persigue el cobro de la cuota sindical la actora debe acreditar haber cumplido con los recaudos previstos en el art. 38, ley 23.551, y 24, dec. 467/1988. La exigibilidad de la obligación del empleador a actuar como agente de retención de los importes relativos a cuotas de afiliación u otros aportes está supeditada a la existencia de una resolución del Ministerio de Trabajo que disponga la retención y que debe ser dictada a pedido de la asociación sindical y debe comunicarse mediante copia auténtica cursada al empleador con una antelación no menor a diez días al primer pago al que resulte aplicable. Sala 10ª, 27/2/2003, "Uoyep v. Menlik SA".

No existe una discordancia abierta entre el art. 9º, ley 14.250, y el principio de libertad de afiliación desde que la norma citada sólo consagra imposiciones cuando los trabajadores no afiliados hayan sido beneficiados por la actuación del sindicato a través de la celebración de un convenio colectivo. Sala 5ª, 25/2/2002, "Sindicato de Empleados de Comercio de la Capital Federal v. Rabello y Cía. SA".

El plazo de prescripción de la acción dirigida a obtener el cobro de las cuotas sindicales es de cinco años, conforme lo dispuesto por el art. 4027, CCiv. Sala 7ª, 4/10/2001, "Uoyep y otro v. Isamar SA".

## 2. Conflictos sindicales. Representación. Encuadramiento sindical

Ante la confluencia de entidades horizontales y verticales no debe prevalecer la actividad, porque ello implicaría la desaparición del sindicato de tipo horizontal y vulnera el principio de libertad sindical. Sala 1ª, 23/8/2002, "Ministerio de Trabajo v. Sindicato Guincheros y Maquinistas de Grúas Móviles".

La personería gremial que se le otorga a una asociación profesional, comprende el reconocimiento de ésta para actuar en representación del gremio en un determinado sector geográfico o de actividad, designado como zona de actuación, por lo tanto la resolución que reconoce personería gremial a un sindicato debe establecer en forma clara el ámbito de actividad y geográfico que comprende. El encuadramiento sindical tiende a determinar, en un caso concreto, el ámbito al que pertenece un grupo de trabajadores de un sector o de una empresa, en caso de conflicto. Si esta última se halla involucrada en la resolución, lo es en razón de que para determinar qué sindicato representa al grupo de trabajadores, es preciso establecer cuál es la actividad que desarrolla la persona que los emplea. La resolución de encuadramiento sindical tiene carácter declarativo y no constitutivo de derechos, por lo que sus efectos se remontan a la fecha de la resolución administrativa de otorgamiento de la

personería gremial, en tanto, en rigor, no es más que una resolución aclaratoria o interpretativa, que al igual que las normas del mismo carácter tienen efecto retroactivo. La resolución administrativa de encuadramiento no es constitutiva de un derecho sino declarativa frente a una situación planteada, por lo cual el sindicato a quien se le atribuye la representación siempre mantuvo su derecho, aunque éste fuera en los hechos impugnado. Si se realizó la nominación y se cumplieron los requisitos legales, se ha ejercido el cargo con derecho y por lo tanto quienes lo han desempeñado, gozan de la estabilidad que les concede la ley, no pudiendo resolver la empresa por sí sola cuál es la asociación profesional que inviste la representación. Si con anterioridad, no se ha reconocido representatividad a ninguna organización gremial, no puede proyectarse la doctrina del fallo plenario 156 y la empresa, en caso de duda real, deberá abstenerse de resolver una relación jurídica de un supuesto delegado, al encontrarse en pleno conflicto con el sindicato que éste representa. Sala 2ª, 11/2/2003, "Coppola, Carlos C. v. Gejinsa SA".

Para resolver la cuestión del cambio de encuadramiento del personal de una empresa, debe ameritarse si se induce a ésta al acatamiento de una convención colectiva en cuya negociación y suscripción no había participado (ni siquiera en forma ficta), desplazándose a la interesada del ámbito específico de otro convenio en cuya contratación estuvo representada. Corte Sup., 13/8/1996, "Sindicato de Trabajadores de la Alimentación v. Ministerio de Trabajo".

Es cierto que nuestra legislación vigente referida a las asociaciones sindicales, ley 23.551, no resulta aplicable —sin más— a los agentes públicos cuyo "estado militar o policial" los sujeta a una estructura de carácter marcadamente jerárquica, estructurada sobre pilares de disciplina y un ejercicio de la cadena de mandos que no sería compatible con el planteo de conflictos colectivos o negociaciones convencionales que colocarían a dichas instituciones en estado que deliberadamente podría demorar decisiones cuya urgencia sea vital para la seguridad de las personas y aun la supervivencia del Estado. También es de considerar la necesidad de elaborar una legislación específica para que dichas personas alcanzadas por el "estado militar o policial" puedan gozar del derecho de asociación que se les reconoce en algunas naciones avanzadas. En todo caso, los actores deberían peticionar a los legisladores la proyección de una normativa que habilite los derechos programáticos que la Ley Cimera y los convenios de la OIT determina (del voto del Dr. Rodríguez Brunengo) (en el caso, agentes policiales en actividad discutieron la resolución ministerial que les negó la inscripción gremial, y en la alzada se rechazó el pedido con el voto en disidencia del Dr. Capón Filas). Sala 7ª, 15/2/2006, "Ministerio de Trabajo v. Sindicato Único del Personal de Seguridad".

**3. Prácticas desleales**

La empleadora actuó con una improcedente discrecionalidad arbitraria al privar infundadamente al accionante de la utilización de instrumentos materiales y posibilidades de realizar horas extras cuando se le concedían tales derechos a los demás trabajadores que se desempeñaban en idéntica categoría y área, debiéndose presumir que lo hiciera a partir de su carácter de representante gremial y en consecuencia la práctica desleal prevista expresamente en el art. 53, inc. j), ley 23.551. Sala 9ª, 23/10/2001, "Campos, Juan Carlos y otro v. Telefónica de Argentina SA".

La suspensión aplicada a un representante del personal que poseía estabilidad gremial, sin acudirse al procedimiento de exclusión de la tutela que contempla el art. 52, ley 23.551, constituye, de manera terminante, la práctica antisindical descripta en el art. 53, inc. i), de la misma. Para que se configure una práctica antisindical se exige un comportamiento subjetivo e intencional, no bastando un mero incumplimiento de obligaciones contractuales para tener por configurada la práctica desleal. Sala 10ª, 4/12/2002, "Moreno, Eduardo v. Anses".

Configura práctica desleal en los términos del art. 53, incs. b) y c), ley 23.551, la conducta de la empresa que procedió a desafiliar del sindicato a quienes así lo manifestaron en el seno de la empresa sin haberlo hecho previamente ante aquél e interrogar a los ingresantes como empleados acerca de su voluntad de afiliarse o no al mismo, atribuyéndose así facultades que la ley no le otorga, pues ello revela su intencionalidad de obstruir, dificultar o impedir la afiliación de trabajadores a la asociación sindical. Sup. Corte Bs. As., 18/4/2001, "Asociación de Trab. de la Sanidad Argentina de Mar del Plata v. Fundación Médica de Mar del Plata", DT 2002-A-94.

Teniendo en cuenta que el CCT 126/1975, regulador de las relaciones entre la Asociación Argentina de Árbitros y la Asociación Argentina de Fútbol, fue ampliado de común acuerdo con el sindicato permitiendo a la AFA "celebrar contratos de servicios arbitrales sin relación de dependencia, con los árbitros que integran o integren sus planteles oficiales", y que dicha ampliación, aceptada por la asamblea de la entidad sindical, no fue observada por la administración del trabajo, y fue por ésta homologada, podemos concluir que se trata de un supuesto de práctica desleal. La discriminación es objetiva y notoria, porque la labor de los árbitros en relación de dependencia y la de quienes prestan "servicios arbitrales" es la misma. Los contratos de servicios arbitrales son meras máscaras formales para simular la relación laboral subyacente, son nulos de acuerdo con el art. 14, LCT, pese a que los trabajadores los hubieran aceptado y no cuestionaran en su momento en la asamblea la modificación convencional que los permitían. Sala 7ª, 22/3/2006, "Asociación Argentina de Árbitros - AAA v. Asociación del Fútbol Argentino - AFA".

El medio para cuestionar la conducta del empleador (gobierno de la Ciudad de Buenos Aires), que en las elecciones del Sindicato Único de Trabajadores del Estado excluyera al actor de la lista de candidatos, no era mediante la vía de amparo tendiente a lograr la revocación del acto eleccionario, sino promover la *querella* por "prácticas desleales", prevista por los arts. 53, 54 y concs., ley 23.551. Sala 3ª, 6/3/2006, "Curbelo, Miguel v. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

## 4. Delegado de personal

### *4.1. Licencia gremial. Reserva de puesto*

Reconocer el derecho liso y llano a la percepción de una compensación conduciría a desnaturalizar la función gremial; la obligación de mantener tal compensación debe ser analizada en cada caso concreto *sin que la regla del art. 1627, CCiv.*, sea aplicable, ya que quien ejerce una función representativa o de militancia política o gremial involucra un interés personal que, en principio, no puede generar una obligación económica —del voto del Dr. Eiras—. Sala 3ª, 21/5/2002, "Alarcón, Oscar Fermín v. Sindicato de Conductores Navales de la República Argentina".

En el supuesto del dirigente o representante sindical en uso de licencia, se mantiene su régimen laboral, asistencial y previsional, pero se trasladan a la organización sindical respectiva las obligaciones remuneratorias y los aportes o contribuciones asistenciales o previsionales que corresponde al empleador desde el comienzo de la licencia hasta la reincorporación del trabajador a sus tareas, lo que no significa que exista una transferencia del contrato de trabajo ni que las sumas que los dirigentes perciben de éste durante la licencia, constituyan un salario o remuneración, sino una compensación económica por los haberes que el trabajador deja de percibir. Si la organización sindical le abona al dirigente gremial viáticos y gastos de representación, que habitualmente no forman parte de la retribución que el empleador le abonaba cuando prestaba servicios, tales viáticos y rubros especiales no deben tributar cargas de la seguridad social, puesto que tienen su causa en las necesidades que la representatividad de los dirigentes crea, en orden al ejercicio de sus mismas funciones. Sala 7ª, 28/12/2000, "Eneine, Norma Z. v. Obra Social de Conductores Camioneros y Personal del Transporte Automotor de Cargas".

### *4.2. Tutela. Alcance. Calidad de delegado*

Corresponde suspender el proceso de exclusión de tutela por la comisión de ciertos hechos delictivos, hasta tanto recaiga resolución firme sobre la responsabilidad del demandado, en la causa penal tramitada por la imputación de esos mismos delitos. Sala 4ª, 30/6/2010, "Administración Nacional de la Seguridad Social v. Sroka, Jorge Iberto s/juicio sumarísimo".

La detenida lectura de los arts. 49 y 52, ley 23.551, permite deducir, sin lugar a dudas, que sólo tienen derecho a la estabilidad los trabajadores que poseen lo que podríamos llamar "una representación sindical orgánica actual" y no aquellos activistas o militantes, vinculados a la entidad profesional, pero que no han accedido a los cargos ni han sido electos delegados o han cesado en el mandato, con expiración al lapso de ultraactividad. En el caso, no se hizo lugar al reclamo de un trabajador que no detentaba ningún cargo gremial y consideraba ser víctima de las represalias de su empleadora por haber participado en un reclamo colectivo de los trabajadores de la sucursal donde se desempeñaba y por ello haber sido despedido durante el período de prueba. Fiscalía General, 28/7/2005, dictamen 40.702/2005, "Castillo, Agustín Ignacio v. Bachino SRL".

No puede concluirse que hubo actitud antisindical o discriminatoria por parte de la empresa que, junto con gran parte de su personal, también despidió a los miembros de la comisión directiva de una asociación gremial que agrupaba personal superior, cuya personería gremial se hallaba en trámite ante las autoridades nacionales. Los actores no gozaban de una "estabilidad laboral" diferente a la de sus propios compañeros, ya que la simple circunstancia de pertenecer a una asociación gremial no necesariamente les otorgaba la "estabilidad sindical" consagrada en los arts. 48 y concs., ley 23.551 (conf. art. 81, LCT). Sala 8ª, 20/5/2004, "Castía, Ricardo y otros v. Alto Paraná SA y otro s/juicio sumarísimo".

El art. 48, ley 23.551, no excluye o distingue de la tutela sindical a los integrantes de la Junta Electoral y, en tanto la participación como integrante de dicho órgano hace a la libertad sindical de los trabajadores, corresponde considerarlos incluidos. Sala 9ª, 20/8/2003, "Batallanes, Ángel A. v. Pirelli Neumáticos SA".

En el régimen de la ley 23.551 la operatividad de la tutela no está subordinada al ejercicio efectivo del cargo gremial y si la empleadora no objetó formalmente el nombramiento del actor en calidad de vocal suplente, no es legítimo que posteriormente intente discutir el título de representante gremial. La buena fe que debe imperar en las relaciones obrero-patronales (art. 63, LCT) lleva a que cualquier observación que merezca un nombramiento de representante gremial se materialice en la oportunidad de recibir la notificación de la designación y no después. Sala 3ª, 28/9/2001, "Toledo, Omar v. Ministerio de Defensa, Estado nacional Comando de Transportes Navales".

La persona elegida suplente de una comisión directiva del gremio que nunca ejerció funciones sindicales carece de derecho a la indemnización especial prevista en la ley 23.551, pues de acuerdo con

el art. 14 bis, CN, y con los arts. 47 y ss., ley mencionada, el bien jurídico tutelado es la actividad sindical o la representación de tal carácter. La procedencia de la indemnización prevista en el art. 52, ley 23.551, en el caso de un delegado suplente, se sujeta a los siguientes requisitos: a) que al momento del despido haya estado reemplazando al titular —arts. 40 y concs., ley 23.551—; b) que haya sido obstaculizado o impedido por la empleadora de ejercer en forma regular los derechos sindicales —art. 47, ley cit.—; y c) que entre las causales invocadas para el despido indirecto, se mencione expresamente que la actitud injuriosa de la patronal se relaciona con la calidad de dirigente gremial o con sus derechos sindicales. C. Trab. Tucumán, sala 5ª, 31/7/2000, "Martínez, Atilio E. v. Ibáñez de Fernández, María M.", DT 2001-A-306.

La tutela sindical, tal como lo destaca Néstor Corte, no es absoluta en sus alcances y ha sido limitada para compatibilizarla con los derechos e intereses que el legislador ha considerado necesario garantizar a la parte empleadora y que refieren al ejercicio legítimo de facultades o poderes (de dirección, de organización, disciplinario) del titular de la empresa, o incluso en situaciones en que está en juego la subsistencia de la misma (*El modelo sindical argentino*, Rubinzal-Culzoni, p. 474). Por ello el mero hecho de que el grupo colectivo elija un representante no significa la derogación del art. 252, LCT, y, por ende, la representación no tiene efectos para otorgar ultraactividad a un contrato que está llamado a regir hasta el acceso a la pasividad, de acuerdo con lo previsto en el art. 91, LCT (ver dictamen del Dr. Álvarez en estos autos). Sala 2ª, 5/7/2005, "Terminal 4 SA v. Romero, Luis Alberto".

La decisión de la demandada referida al llamado a concurso del cargo que desempeñaba el actor (rector de un centro educativo, quien gozaba de garantía de estabilidad gremial) no vulnera el principio de libertad sindical, pues éste se desempeñaba en un cargo que, de acuerdo con las res. 425/1983 y 816/2001, duraba tres años, con la posibilidad de que el agente pudiera, en su caso, continuar dictando clases. La tutela de los arts. 48, 52 y concs., ley 23.551, debe entenderse ceñida, en situaciones como la presente, a la permanencia durante el lapso correspondiente al período en que se desempeñaba como rector. Sala 7ª, 29/3/2005, "Hamilton, Richard William v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires".

No puede considerarse como una medida de "carácter general" el cierre de un sector (planta industrial) donde continuaron prestando servicios algunos trabajadores respecto de los cuales los accionantes ejercían su representación en carácter de delegados, para considerarlos como argumento exculpatorio válido por parte de la demanda, para tornar operativo el supuesto de excepción previsto en el art. 51, ley 23.551. Sala 3ª, 30/3/2005, "Torres, Otilia y otros v. San Sebastián SA".

*4.3. Excepciones. Cesación de actividades. Cierre de establecimiento*

El cambio de lugar de trabajo del delegado cuando la empresa está por cerrar no impide el progreso de la indemnización especial, porque justamente en esos momentos es cuando más necesaria es la representación de los intereses de los trabajadores en la empresa. Si la patronal adopta alguna medida con el personal por cierre del establecimiento, el delegado debe ser el último en sufrirlas, caso contrario, aquélla no puede eximirse del pago de la indemnización especial si el trabajador opta por ponerse en situación de despido, tal cual lo contempla la norma expresada. Sala 7ª, 7/5/2004, "Valdebenito, Marcelo v. San Sebastián SA".

Toda vez que el término "buque" debe asimilarse al término "establecimiento" utilizado en la ley 23.551, no corresponde la indemnización por estabilidad gremial —art. 51, ley 23.551— si se demuestra la cesación de actividades de la principal. Sala 5ª, 21/10/2002, "Whittall, Alfredo Hugo y otros v. Astramar Cansa", DT 2003-B-1013.

A los fines del art. 51, ley 23.551, resulta indiferente que la accionada contara con otras plantas que siguieron funcionando, pues en modo alguno estaba obligada a trasladar a la accionante por el solo hecho de que la misma tuviera un cargo sindical. Sala 3ª, 9/12/2003, "Gianoli, María A. v. San Isidro Textil Argentina SA".

*4.4. Acción de exclusión de tutela*

Con independencia de que las modificaciones y reestructuración dispuestas por la empresa resulten razonables y válidas, para resultar aplicables al actor —delegado gremial— debía instar la vía sumarísima para obtener la exclusión judicial de la tutela sindical y allí alegar y probar que se daban los supuestos que legitimaban las modificaciones, sin perjuicio de obtener la medida cautelar provisoria autorizada por la ley. Sala 5ª, 28/4/2003, "Ramos, Fabricio L. v. Multicanal SA".

La supresión de "premios" por parte de la demandada constituye una clara modificación de las condiciones de trabajo que para ser adoptada en el caso de un representante sindical exige la autorización judicial previa prevista en el art. 52, ley 23.551, aun cuando fuera sustancialmente procedente (del voto del Dr. Simón). La dación de horas extras por parte de la empleadora depende de las necesidades y requerimientos de la empresa y no existe ni un derecho adquirido del trabajador a realizar tareas extraordinarias, ni la obligación de llevarlas a cabo (art. 203, LCT), aun en el caso de un representante gremial amparado por la ley. Sala 10ª, 20/7/2001, "Iacono, Claudio v. Televisión Federal SA s/juicio sumarísimo".

Si la empleadora deseaba trasladar a trabajadores amparados por la tutela sindical, a fin de que reali-

zaran cursos de capacitación y entrenamiento, debió seguir el procedimiento especificado en el art. 52, ley 23.551. Aunque considerara que con el traslado no se afectaban las funciones sindicales, debió igualmente instar el procedimiento mencionado toda vez que no resulta menester demostrar la naturaleza antigremial de la conducta empresarial, dado que éste se presume *iuris et de iure*. Sala 10ª, 10/5/2001, "Kovac, Daniel y otros v. Correo Argentino SA".

Conforme al art. 91, LCT, 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 tiempo de servicio, principio general del que claramente se deriva una causa objetiva de extinción no vinculada con sus conductas personales, que no compromete la protección conferida por la ley al representante gremial, la que por cierto tiene límites temporales y no es indefinida. "Si bien es cierto que es facultativo para el empleador practicar o no la intimación para que el trabajador inicie los trámites jubilatorios, lo relevante es que en el caso existe una causa objetiva de extinción, que descarta la existencia de una conducta antisindical por parte de la empresa" (conf. sala 3ª, sent. 83.340, 20/3/2002, "Finadiet SA v. Canal, Pedro s/sumarísimo"). Sala 5ª, 28/8/2003, "Finadiel SA v. Oviedo, Alcides s/juicio sumarísimo".

### *4.5. Reinstalación en el puesto*

Si la empresa condenada a la reinstalación en el puesto del delegado gremial es una sociedad anónima, el método natural para lograr el cumplimiento compulsivo de su obligación lo constituyen las *astreintes* (doc. art. 52, ley 23.551, y arts. 623 y concs., CCiv.). En caso de renuencia, correspondería solicitar el incremento del monto de las mismas, pero no acudir a la fuerza pública por cuanto el art. 269, CCiv., impide la utilización de la fuerza en los deudores de obligaciones de hacer. Sala 8ª, 30/4/1992, "Arte Gráfico Editorial Argentino SA v. Llonto, Pablo s/sumarísimo".

El delegado gremial que, mediante una sentencia obtenida en un juicio sumarísimo, obtuvo el derecho a la reinstalación en "las tareas y destino laboral anterior a su designación", no puede ser reinstalado en otra sucursal, pues esto implicaría el incumplimiento de la sentencia por parte de la demandada o justificaría el despido indirecto decidido por el trabajador. Sala 4ª, 30/4/1992, "Ruiz, Ricardo v. Banco del Buen Ayre SA".

### *4.6. Art. 52, ley 23.551. Acciones. Opción*

Es improcedente el reclamo indemnizatorio fundado en el art. 52, ley 23.551, pues si bien la demandada al despedir al trabajador sin solicitar la exclusión de la tutela sindical infringió el mandato legal, con posterioridad arbitró los medios necesarios para hacer cesar el acto lesivo, de modo que podría el actor haber recobrado plenamente la facultad de ejercer la función sindical encomendada y tutelada, sin embargo rechazó la retractación privilegiando su derecho individual. Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Laboral, 18/10/2002, "Carletto, Juan Carlos v. Cooperativa Agrícola Ganadera Los Cóndores Ltda.", DT 2003-A-375.

Frente a una injuria, el dirigente gremial debe intentar la acción de reinstalación antes que el despido indirecto, pues lo que se busca es una solución ética y no económica. C. Trab. Tucumán, sala 5ª, 31/7/2000, "Martínez, Atilio E. v. Ibáñez de Fernández, María M.", DT 2001-A-306.

Para que resulte válida la intimación a jubilarse a un delegado gremial que cumple con los recaudos legales (aun cuando se refiera a hacerla efectiva con posterioridad al vencimiento del mandato), debe invariablemente realizarse a través del trámite judicial de exclusión de tutela del art. 52, ley 23.551. Sala 10ª, 25/10/2010, "Telecom Argentina SA v. Galván, Cándido Alfonso".

### *4.7. Art. 47, ley 23.551*

La acción interpuesta por la asociación sindical tendiente a obtener la nulidad del traslado del lugar de trabajo del delegado y además, el "cese inmediato de los comportamientos que menoscaban la libertad sindical" de aquel organismo enmarca en el art. 47, ley 23.551, ya que se pretende el reintegro no en función del derecho individual del protegido, sino en defensa del interés colectivo que representa. La acción sumarísima contemplada en el art. 47, ley 23.551, se encuentra circunscripta a aquellos actos que no pueden ser cuestionados mediante recursos o acciones de contenido específico por ante la justicia del trabajo y presupone la configuración de un comportamiento que se está llevando a cabo en ese instante y que impide, dificulta u obstaculiza el ejercicio de la libertad sindical. Sala 10ª, 9/5/2001, "Unión del Personal Civil de las Fuerzas Armadas de la República Argentina v. Estado Mayor de la Fuerza Aérea - Círculo de la Fuerza Aérea", TySS 2001-582.

### *4.8. Notificación. Empresa continuadora de una del Estado*

El art. 49, ley 23.551, no debe ser objeto de una lectura extremadamente lineal. La acreditación de que se ha realizado la comunicación escrita puede válidamente dispensarse cuando de las circunstancias de hecho y prueba del juicio resulta efectivo el conocimiento por el empleador de la función sindical o política. Sólo gozan de los derechos previstos en la Ley de Asociaciones Sindicales los trabajadores que ocu-

pen cargos electivos o representativos en entidades con personería gremial. Para que surta efecto la garantía establecida en el art. 48, ley 23.551, se requiere que el nombramiento se haya efectuado cumpliendo con los requisitos legales y que fuera comunicado al principal. Tal notificación por imperio legal es constitutiva del derecho a la estabilidad que el ordenamiento sindical garantiza —del voto del Dr. Salas—. Sup. Corte Bs. As., 9/10/2003, "Garayoa, María M. v. Escuela de Capacitación Laboral San Roque".

Aun cuando la lista hubiera sido presentada ante el órgano electoral competente de la entidad gremial, si la demandada no se hallaba en conocimiento de la postulación y el distracto se produjo con anterior a la comunicación de la misma, no rige la tutela prevista por el art. 50, ley 23.551. Sala 4ª, 29/5/2003, "Villalonga, Eduardo H. v. Hoteles Sheraton de Argentina SA".

### *4.9. Despido del delegado gremial sin exclusión de tutela*

Estando el delegado suspendido por el gremio en sus funciones sin afectación de la tutela establecida por el art. 48, ley 23.551, la exoneración posterior sin cumplir con lo expresamente señalado por el art. 52 de aquella ley es nula, por lo que es procedente el pago de los salarios hasta la finalización del período de estabilidad. Sala 8ª, 27/4/2001, "Correa, Jorge R. v. Estado nacional, Secretaría de Cultura de la Nación", TySS 2001-579.

La protección al accionar sindical no se restringe a aquellos trabajadores que ostentan cargos electivos sino que se extiende a cada uno de los afiliados y militantes. Sala 7ª, 29/2/2008, "Sosa, Evaristo v. Furco SRL".

El traslado de quien fuera director médico del Hospital Moyano, ejerciendo una activa actuación profesional y sindical, en consonancia con un sumario y una medida general, debe relacionarse con la secuela preventiva de una investigación y no con una intención lesiva a la ética de las relaciones colectivas. Si bien es cierto que la ley 23.551 exige, como principio, instar la acción de exclusión de garantía para afectar el vínculo, no es menos cierto que en el caso simplemente se lo relevó de su prestación en un marco general de intervención que no sólo estuvo referido a su actuación y que concernía a hechos de inusitada gravedad, más allá de lo que podría llegar a decidirse acerca de quiénes fueron los responsables y el mero traslado con sustento en razones objetivas no incidió en la situación de los trabajadores que representa. En este sentido la suspensión precautoria rige también la situación de los delegados gremiales, para los cuales no hay que pedir exclusión de tutela, ni permiso alguno porque dentro de las facultades implícitas del empleador se encuentra este tipo de investigaciones. Sala 7ª, 15/4/2008, "Marchant, Néstor Feliciano v. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/juicio sumarísimo".

El trabajador (en el caso una enfermera que desarrollaba actos sindicales) tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial (despido) es discriminatorio, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto de aquél. Configurado el cuadro indiciario, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de discriminación antisindical, así como que dichas causas han sido las únicas que han motivado la decisión patronal, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito discriminatorio. En definitiva, el empleador debe probar que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que el despido ocultó un acto de discriminación antisindical respecto del trabajador (del voto de Zas en mayoría). Sala 5ª, 14/6/2006, "Parra, Vera Máxima v. San Timoteo SA s/amparo".

El derecho a la no discriminación arbitraria no sólo está tutelado por normas de jerarquía constitucional y supralegal, sino que ha ingresado al dominio del *ius cogens*, cuando el trabajador se considera injustamente discriminado, debiéndose producir una inversión de la carga de la prueba. Esta específica mecánica probatoria responde a las exigencias de tutela de los derechos fundamentales del trabajador (en el presente caso: el derecho a no ser discriminado por motivos antisindicales) y a las serias dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o lesivo del derecho fundamental. Así existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación, y en todo caso la duda debe beneficiar a ésta (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, estudio general de 1998 sobre "Igualdad en el empleo y la ocupación") (del voto de Zas en mayoría). Sala 5ª, 14/6/2006, "Parra, Vera Máxima v. San Timoteo SA s/amparo".

# CAPÍTULO XXII: NEGOCIACIÓN COLECTIVA. CONVENIOS COLECTIVOS

## 1. Convenios colectivos

### *1.1. Ultraactividad*

El concepto de ultraactividad de los convenios colectivos de trabajo —relacionado con la permanencia de su efecto temporal— se refiere a la sobrevivencia que tiene una cláusula de determinada convención colectiva con posterioridad a su caducidad o extinción. De ello se colige que los beneficios reconocidos por una pretérita CCT no resultan afectados por la extinción de la misma, pues el contenido de tales cláusulas se transforma en uso y prácticas que amparan a todos los trabajadores, no sólo a los ya amparados sino a los que ingresaron *a posteriori*. En nuestro ordenamiento legal tal principio fue receptado en el art. 6º, ley 14.250, modificada por la ley 23.545. Sala 1ª, 30/9/2003, "Morales, José y otros v. Acenaf SRL".

### *1.2. Prueba. Aplicación. Individualización*

Las convenciones colectivas no son susceptibles de aplicación extensiva o analógica y si bien pueden ser tenidas en cuenta para la resolución de casos concretos, según la profesionalidad del trabajador, el juez debe ceñirse a los términos en que se constituyó el litigio y lo cierto es que estas peticiones no integraron la presentación inicial, razón por la cual está vedado pronunciarse al respecto ya que se trata de capítulos que no han sido sometidos ni siquiera de modo subsidiario, al juez de la instancia previa, pues en caso de accederse a lo solicitado se vulneraría el derecho de defensa de la contraria y el principio de congruencia. Sala 3ª, 22/2/2002, "Alberdi Colino, Santiago Javier P. v. Máxima Servicios SA".

### *1.3. Encuadramiento convencional. Ámbito de aplicación*

El alcance general de un convenio colectivo no depende de la representatividad empresaria sino de la sindical y, en el caso argentino, de la homologación de la Administración del Trabajo que extiende a todos los trabajadores de las actividades descriptas las normas negociadas. Sala 6ª, 9/6/2003, "Cardinali, Diego J. v. SGS Société Générale de Surveillance SA".

La aplicación de una norma convencional se determina en función de la actividad principal desarrollada por la empresa para la cual presta labores el trabajador, pero en los supuestos en los que una empresa cuenta con distintas unidades técnicas de ejecución del fin societario (comercial, industrial y financiero) dicha determinación deberá realizarse tomando en consideración el tipo de trabajos desarrollados por el dependiente. Sala 2ª, 30/3/2001, "Almaraz, Luisa v. Montisol Argentina SA".

El ámbito de validez personal de los convenios está dado por la representatividad de los respectivos firmantes por lo que ningún empleador no afiliado queda obligado por el convenio si no intervino en él por el sector patronal, una asociación gremial o al menos un grupo de empleadores de la actividad. El Ministerio de Trabajo no tiene la facultad de declarar obligatoria una convención colectiva para un sector de actividades que estuvo representado en la negociación respectiva por una asociación que no suscribió la convención. En el derecho colectivo laboral la convención supone el acuerdo previo de los participantes y nunca la imposición estatal, la ley no autoriza la aplicación obligatoria o coercitiva de ella, a una asociación profesional que no la hubiere suscripto. Sala 1ª, 17/11/2000, "Federación Empresarios de Transporte de Pasajeros de Córdoba v. Estado nacional y otro".

### *1.4. Homologación. Efectos. Cláusulas normativas y obligacionales*

El sistema adoptado por la ley 14.250 otorga plena eficacia a las normas convencionales que han sido homologadas y cuyo contenido y alcance quedan por ende delimitadas por las propias previsiones que determine, resultando en tales términos obligatorias para empleadores y trabajadores. No es eficaz el agravio que se sustenta en la eventual falta de representatividad del sindicato respecto de la disposición de derechos individuales de los trabajadores, cuando el acuerdo se vincula con la interpretación, alcance y precisión de cláusulas de linaje convencional. Sup. Corte Bs. As., 21/8/2002, "Rodríguez, Rubén César v. Eseba SA".

El acto de homologación establece los ámbitos personal, territorial y temporal de aplicación de la convención, al mismo tiempo que extiende sus efectos a todos los trabajadores en actividad o categoría, abstracción hecha de que tanto ellos como los empleadores invistan o no el carácter de afiliados a las asociaciones pactantes, pero sin perjuicio de que se puedan crear derechos y obligaciones de alcance limitado a sus signatarios. El efecto *erga omnes* que la homologación otorga a dichas convenciones —previa evaluación acerca de la violación de normas de orden público o dictadas en protección del interés general— se refiere fundamentalmente a las cláusulas normativas, esto es, a las que regulan las condiciones generales de trabajo, pero no a las obligacionales. Corte Sup., 30/10/1990, "Asociación Empleados de la DGI v. DGI s/rec. de hecho".

*1.5. Ámbito de negociación*

El empleador signatario de un convenio colectivo representado por una asociación patronal puede ejercer su derecho en forma directa al momento de la renovación, modificando el nivel de negociación por uno de ámbito menor, y peticionando concertar un convenio de empresa. La presentación administrativa directa de la empresa peticionando negociar por empresa implica una revocatoria a la autorización conferida a la asociación de empleadores. Sala 1ª, 18/9/2000, "Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina v. Estado nacional, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación s/juicio sumarísimo", TySS 2000-1077.

*1.6. Épocas de emergencia económica. Garantías constitucionales*

Las convenciones colectivas de trabajo —fuente material de derecho de origen paraestatal— también se encuentran alcanzadas en su contenido y efectos por las situaciones de emergencia económica que pudieran acontecer durante su vigencia. De otro modo, si se las considerase a cubierto de toda restricción de origen legal aun en circunstancias excepcionales —que justifican la adopción de remedios extraordinarios extensivos a toda la sociedad— se consagraría una situación de privilegio para los sectores comprendidos en estas formas de contratación, exentos por esta vía del esfuerzo solidario que demanda la gravedad de la crisis, y se vulneraría por consiguiente la garantía de la igualdad ante la ley (art. 16, CN) al relevar —injustificadamente— a una parcialidad de los habitantes de la Nación del sacrificio proporcional exigible en la emergencia, que debe incidir, por eso mismo, sobre la totalidad del cuerpo social sin exclusiones. Corte Sup., 4/12/1990, "Rickert, Néstor v. EFA s/cobro de pesos".

Un convenio colectivo homologado puede ser derogado por una ley si ha sido sancionada en consecuencia de la Constitución, si la legislación está dirigida a un fin legítimo y si las medidas adoptadas son razonables y apropiadas para esa finalidad. Corte Sup., "Nordensthol, G. J. v. Subterráneos de Buenos Aires".

*1.7. Convenio posterior*

Si bien en determinadas circunstancias una cláusula convencional podría reducir o dejar sin efecto acuerdos salariales que tuvieran también origen convencional, ello sólo podría ser válido en la medida en que dicha modificación se ajuste a las normas generales que rigen las instituciones del derecho del trabajo, y que existan razones de bien común que la justifiquen. Sala 3ª, 15/4/2002, "Rodríguez, Daniel v. Trenes de Buenos Aires SA".

La cuestión relacionada con la sucesión de normas convencionales debe realizarse a partir del negocio jurídico que configura el contrato de trabajo, de la intencionalidad inicial de las partes y de la naturaleza de las prestaciones comprometidas. En esa inteligencia, y en razón de que la modalidad introducida por un acuerdo posterior trajo aparejada una rebaja salarial producto del cambio de categorías y la consecuente afectación de un derecho incorporado a su patrimonio, debe desconocerse la eficacia de dicho acuerdo (del voto del Dr. Fernández Madrid, en mayoría). Sala 6ª, 13/12/1999, "Guntin, Haydée v. Administración Nacional de Seguridad Social".

*1.8. Exclusión de tutela*

Al adoptar la empleadora una de las medidas vedadas por el art. 52, ley 23.551 (no haber recurrido a la acción de exclusión de tutela del trabajador), implica haber incurrido en una maniobra prohibida que se presume así —*iuris et de iure*—. Consecuentemente, resulta innecesario demostrar la naturaleza antigremial de su conducta, ni si el ejercicio de los derechos gremiales se mantienen intactos o no. Sala 3ª, 22/11/2005, "Méndez, Carlos v. Administración General de Puertos SE".

*1.9. Reinstalación*

La crítica en torno a la inadmisibilidad de la medida cautelar (en el caso, reinstalación del actor en su puesto de trabajo), con fundamento en que la ley 23.551 no prevé la posibilidad de decretar una medida cautelar para el supuesto de juicio sumarísimo promovido por el trabajador —contrariamente a lo establecido en el supuesto del art. 52 de dicho cuerpo normativo—, debe ser desestimada. No existe óbice alguno para admitir la viabilidad de medidas precautorias como la aquí requerida, cuando se encuentran en juego los derechos de la libertad sindical, máxime cuando el ordenamiento procesal brinda un abanico de posibilidades al respecto, como lo disponen, por ejemplo, los arts. 230 a 232, CPCCN, por lo que ceñirse estrictamente a la letra del art. 52, Ley de Asociaciones Sindicales, carece, en este caso, de toda trascendencia. Sala 2ª, 28/2/2006, "Barreto, Raúl Gilberto v. Cercuru SA".

*1.10. Sindicalización de policías. Policía*

Un sindicato, para cumplir cabalmente con su función de representar los intereses de los trabajadores, debe tener autonomía de actuación respecto del Estado y de los empleadores, impidiéndose que se someta a otros poderes sociales o que éstos interfieran en su actuación; y que la fuerza policial no es independiente del Estado sino que lo representa e integra, por cuanto es depositaria del monopolio de la fuerza

pública y garante de su seguridad interna. Sala 5ª, 10/12/2010, "Sindicato Policial Buenos Aires v. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asoc. Sindicales".

La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las Fuerzas Armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio. "No puede sostenerse válidamente que se esté sin más ante un supuesto de discriminación" ya que "teniendo en cuenta la especial naturaleza no sólo de la organización sino de las funciones de los efectivos policiales —caso de aristas parecidas al de las fuerzas armadas— su situación no es asimilable sin más a las de los trabajadores previstos en la normativa general", consignan los jueces en la sentencia. Se trata entonces —continúan los magistrados— de excepciones específicamente previstas que surgen de diversos tratados de jerarquía constitucional. Sala 5ª, 10/12/2010, "Sindicato Policial Buenos Aires v. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asoc. Sindicales".

Las limitaciones permanentes en el sistema de derechos que remiten al poder de policía, en sentido estricto abarcan el poder del Estado ejercido para la protección entre otros valores de la seguridad pública, y esas limitaciones —como ya se ha visto— están previstas en lo que aquí concierne, incluso por los tratados internacionales de derechos humanos. En el caso particular del derecho a asociarse con fines laborales, ya se ha visto que dicha convención admite aun la privación de tal facultad en el caso del personal militar y policial. Sala 5ª, 10/12/2010, "Sindicato Policial Buenos Aires v. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asoc. Sindicales".

## CAPÍTULO XXIII: CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO. MEDIDAS DE ACCIÓN DIRECTA

### 1. Huelga

El hecho de haber participado en un paro de actividades no constituye injuria suficiente para desplazar del primer plano el principio de continuidad del contrato de trabajo, ya que la huelga configura una medida de autotutela individual que la Constitución Nacional, los tratados internacionales y los convenios de la OIT garantizan a todos los trabajadores en defensa de sus derechos, más aún si la demandada, al contestar, reconoció que incurrió en atrasos en los pagos de algunas quincenas laboradas por el trabajador. Sala 10ª, 7/2/2005, "Cáceres, Ismael Oscar v. Cayetano D'Ángelo e Hijos SA".

#### *1.1. Titularidad del derecho de huelga*

El ejercicio legítimo del derecho de huelga por parte de los sindicatos con personería gremial, originado en un conflicto de intereses —en el caso, un reclamo de incremento salarial— supone no sólo que la medida de acción directa haya sido dispuesta por los órganos competentes del gremio conforme a un procedimiento normativamente preestablecido, sino también que se haya observado el trámite previsto en la ley 14.789. Corte Sup. Just. Tucumán, sala Lab. y Cont. Adm., 28/12/1999, "Villoldo, José R., y otros v. Satra SA", DT 2000-B-2205.

Más allá de las diversas interpretaciones que se plantean respecto de la "titularidad del derecho de huelga", nuestro ordenamiento positivo resulta contundente en cuanto a reconocer dicha titularidad a las organizaciones sindicales. Ello así, ante la falta de reconocimiento administrativo de la entidad que agrupa a los trabajadores, resulta obvia la inexistencia del sujeto legalmente habilitado para invocar el ejercicio del derecho de huelga. Sala 3ª, 28/10/1993, "Alderete, Carlos v. Proveeduría para el Personal del Banco Provincia de Buenos Aires".

#### *1.2. Ilegalidad de la huelga. Justa causa de despido*

Es procedente descontar a los trabajadores, los haberes por los días de huelga que hubieren dispuesto, cuando la medida no haya sido provocada por la conducta culposa o dolosa de la patronal, siendo irrelevante que la huelga no se haya declarado ilegítima. Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 26/12/2000, "Sindicato Unido de Trabajadores de la Educación de Mendoza v. Dirección General de Escuelas".

El derecho de huelga no autoriza a los trabajadores a apropiarse de la planta industrial del empleador, sino únicamente, a abstenerse de prestar servicios. La participación activa del delegado en la toma de posesión de la planta industrial, con independencia de que constituya o no un delito de tipo penal, implica una clara violación de los deberes de un trabajador y exceden las conductas que un delegado debe desplegar en el ejercicio de su función, lo que justifica excluirlo de la tutela sindical de la cual goza. Sala 3ª, 28/12/2000, "Editorial Atlántida SA v. Pitrola, Néstor Antonio y otro s/juicio sumarísimo".

La ocupación de un establecimiento sin violencia sobre las personas o sobre los bienes, sin ánimo de ejercer ningún derecho real, constituye un modo razonable del derecho de huelga, a valorarse dentro del contexto normativo vigente en un momento dado. Sala 6ª, 7/3/2000, "Suñiga, Ricardo E. v. Autolatina SA", TySS 2000-517.

# CAPÍTULO XXVI: ACCIDENTES Y ENFERMEDADES DEL TRABAJO

## 1. Ámbito de aplicación

Si no se acreditó la fecha de la toma de conocimiento denunciada en el inicio, corresponde en principio estar a la fecha de interposición de la demanda, por lo que si en dicho momento regía la ley 24.557, la cuestión debe analizarse a la luz de sus disposiciones. Sala 3ª, 10/2/2003, "Recaman, Enrique v. Pilar Parte SA y otros".

El art. 49, cláusula adicional 5ª de la ley 24.557, contradice evidentemente el principio del art. 3°, CCiv., en armonía y consonancia con los arts. 17 y 31, CN, y 10 de la local, siendo que contrariamente la disposición citada, en tanto dispone retroactivamente su aplicación a las situaciones anteriores a su vigencia, infringe de ese modo las aludidas normas constitucionales antes citadas. Sup. Corte Bs. As., 2/4/2003, "Sánchez, Francisco S. v. Lácteos Longchamps SA y otra". En igual sentido, 23/4/2003, "Saucedo, Francisco v. Cervecería y Maltería Quilmes SA".

La condena de una ART en los términos de una demanda sustentada en el derecho común ante el caso de un trabajador acreedor a las prestaciones de la ley 24.557 respondería a una fuente diversa sin que mediara demanda, lo que equivaldría a una condena de oficio sin previa sustanciación del contradictorio. La ART no debe responder como asegurador, por no serlo respecto de la responsabilidad civil de la empleadora del pretensor (en el caso, el actor demandó directamente con remisión a los arts. 1109, 1111 [párr. 2°, 1ª parte] y 1113 [párr. 2°, 2ª parte], CCiv., a Consolidar ART SA). Sala 8ª, 23/7/2006, "Escalante, Roberto Carlos v. Consolidar ART SA".

No habiéndose cuestionado específicamente el ámbito de aplicación material de la Ley de Riesgos del Trabajo (conf. art. 2°, ley 24.557), resulta aplicable la doctrina del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* "Mengual, Juan v. Estado nacional, Ministerio de Defensa" del 19/10/1995, señalando que "no existe óbice alguno para otorgar una indemnización... a un integrante de las fuerzas armadas o de seguridad —ya sea que su incorporación haya sido voluntaria o consecuencia de las disposiciones sobre el servicio militar obligatorio— cuando las normas específicas que rigen a las citadas instituciones no prevén una indemnización sino un haber de retiro de naturaleza provisional". Sala 2ª, 30/8/2005, "Ríos, Pablo Ernesto v. Estado nacional - Presidencia de la Nación - Secretaría de Seguridad Interior - Policía Federal Argentina".

## 2. Relación entre el accidente y el trabajo

El fallecimiento de un policía, con motivo de la herida de bala recibida durante un enfrentamiento con delincuentes, debe considerarse acto de servicio, aun cuando viajara en un auto particular y vestido de civil, si su actitud estuvo encausada a investigar una situación que le resultó cuando menos sospechosa, ya que en virtud de su especial sujeción, el policía está permanentemente en servicio. Sala 1ª, 16/3/2001, "Muñoz de Álvarez, Estela Mirta v. Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina".

Son accidentes del trabajo, no sólo los ocurridos durante el tiempo de prestación de los servicios, en el establecimiento del empleador, por *el hecho del trabajo*, sino los acaecidos *en ocasión del trabajo*, locución que alude a los eventos dañosos que no provienen de la ejecución en concreto del débito laboral sino que constituye un nexo funcional, en el sentido de que se trata de un complejo de circunstancias relacionadas con la intención de ejecutar la prestación laboral, excepto la ejecución misma, que proporcionan el marco en el que se sitúa el acontecimiento lesivo. Sala 8ª, 8/2/2001, "Olguín, René v. González Transporte SA".

## 3. Prueba

En los juicios por accidentes de trabajo, para demostrar la incapacidad que denuncia el actor en su libelo de inicio, no es suficiente la rebeldía del demandado, sino que es necesaria la realización de la prueba pericial médica, medio probatorio por excelencia para acreditar la existencia de la minusvalía laborativa. Sala 9ª, 22/12/1998, "Romero, José Timoteo v. Metalúrgica Tor Matic SRL".

La única forma de establecer científicamente en un juicio el nexo causal o concausal entre las tareas cumplidas por el trabajador y la enfermedad que padece es produciendo la prueba pericial médica, toda vez que los conocimientos médicos necesarios para tal determinación no son de incumbencia de los jueces letrados. Sup. Corte Bs. As., 9/4/2003, "Salas, Apolinar v. Municipalidad de La Plata".

## 4. Concausa

Lo que significa la teoría de la indiferencia de la concausa es que cuando, como regularmente sucede, diversos factores —uno de ellos laboral— inciden en la causación de un daño, se debe considerar al factor laboral como única causa y los factores extralaborales son desdeñables como indiferentes. Dado que la concausa es una causa concurrente con otras, para ser así calificada debe ser adecuada, esto es, idónea —susceptible por sí misma de generar el resultado— y previsible en abstracto. Sala 8ª, 23/10/2001, "De Santo, Miguel Ángel v. EFA".

### 5. Accidente *in itinere*

El concepto básico del accidente *in itinere* es el de trayecto, esto es, el recorrido del espacio de vía pública entre el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador. La expresión "domicilio" no debe ser entendida en el sentido técnico jurídico de los arts. 89 y 90, CCiv., sino en el más amplio de residencia, que puede coincidir o no con el domicilio. El concepto de "trayecto" no debe ser enfocado con un criterio rígido, ya que es, en esencia, dinámico, por lo que no se entiende que lo ha interrumpido, colocándose fuera del amparo de la ley, por la mera circunstancia de introducir en él variaciones que la dinámica consiente. Sala 8ª, 29/6/2001, "Licantica, Isabel v. B y C Asociación SRL".

Una acción civil planteada para obtener el resarcimiento de daños, que se fundara en un accidente *in itinere* carecería de base normativa dentro del Código Civil para imputar responsabilidad al empleador. No se trata de un accidente ocurrido en el lugar de trabajo, con motivo y en ocasión de las tareas realizadas y como consecuencia de un daño producido por una cosa cuyo dueño o guardián es el empleador. Sala 7ª, 29/6/2010, "Leiva, Marcelo Andrés v. SAN UP SA y otro s/accidente-acción civil".

El trayecto al que alude la Ley de Accidentes es un concepto dinámico, pues la acción de dirigirse de un lugar a otro no se efectúa mecánicamente, sino que pueden introducirse variables propias y normales. No debe concebirse circunscripto a un desarrollo riguroso y concordando un viaje con otro, sino que los cambios circunstanciales no alteran su naturaleza conformada por el *animus* del empleado de dirigirse a su trabajo. La ley especial se aplica aun en aquellos supuestos en los que el trabajador que se dirige a cumplir la prestación ve interrumpida su decisión por motivos fortuitos, ocasionales o que le son ajenos, siempre y cuando no alcancen para considerar modificado el propósito inicial manifestado con el comienzo del trayecto. Trib. Sup. Just., sala Laboral, 23/6/2003, "Guari, Juan B. v. Constructa SRL".

Cuando el accidente *in itinere* ocurre, sin el posible control de la patronal a quien se hace responsable de sus consecuencias, las probanzas para acreditarlo deben ser concluyentes, sin dejar lugar a dudas que se han cumplido los requisitos establecidos en la ley. Sup. Corte Bs. As., 8/7/2003, "Ares, Vicente v. Transportes Unidos".

### 6. Subcontratación e intermediación

Resultando una codemandada la dueña o guardiana de la cosa riesgosa —escalera con la que se accidentara el actor— y la otra, la empleadora que tenía a su cargo el deber de seguridad y de resguardar la integridad psicofísica del trabajador —art. 75, LCT—, ambas responden solidariamente por la reparación del daño material y moral ocasionado. Sala 6ª, 15/7/2003, "Artigas, José L. v. Curtiembres Fonseca SA y otro".

Las condiciones de la subcontratista codemandada que justifican la aplicación del art. 30, LCT, no podría extenderse a una obligación civil como la del art. 1113, CCiv. Sala 3ª, 24/11/2003, "Cruz, Fidencio R. v. Fontana, Victorio A. y otro".

### 7. Reagravación

Si la agravación de una enfermedad preexistente y propia del trabajador obedece, aunque sea parcialmente, al cumplimiento de sus tareas habituales, puede considerarse la aplicación del art. 6º, párr. 2º, ley 24.557, con su modificación del dec. 1278/2000, conforme a la cual también se considerarán enfermedades profesionales aquellas otras que, en cada caso concreto, la Comisión Médica central determine como provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo (en el caso, el actor se desempeñaba como encargado de un edificio de casa de renta y sufrió una caída, que el perito médico interviniente no valoró como causa eficiente de una amputación acontecida un año y medio después de la misma). Sala 1ª, 27/12/2005, "Gaona, Pablo N. v. Consorcio de Propietarios Edificio Montevideo 770 y otros".

### 8. Enfermedades. Falta de inclusión en el régimen

Cuando las enfermedades que motivan el reclamo no integran el listado de afecciones resarcibles en los términos de la ley 24.557, no funciona la exención de responsabilidad civil del empleador allí prevista, de modo que la pretensión resultará admisible sin necesidad de declaración alguna de inconstitucionalidad en la medida en que se demuestren los presupuestos fácticos de procedencia. Sala 10ª, 25/10/2010, "O. A. V. v. Coto Cicsa y otro".

Por no encontrar recepción en el Listado de Enfermedades Profesionales la afección de discos columnarios, no puede conceptualizársela como enfermedad profesional para la ley 24.557. Ello torna inaplicable al caso el art. 39, ap. 1º, del citado régimen legal, resultando de toda evidencia que por ser una contingencia incapacitante no amparada por esa norma el empleador no queda eximido de su responsabilidad civil. En este sentido la Corte Suprema en el caso "Silva, Facundo Jesús v. Unilever de Argentina SA" (sent. del 18/12/2007) declaró por mayoría que el art. 6º, LRT, no veda la reparación según las reglas del derecho común. Sala 2ª, 23/8/2010, "Ledesma, Marcia Magali Aixa v. La Segunda ART y otro".

Aun cuando la hipertensión no es considerada enfermedad por la Ley de Riesgos del Trabajo, al existir un nexo de causalidad adecuado entre el régimen de jornada de un trabajador de 70 años que se desempeñaba como custodio en una empresa transpor-

tadora de caudales, y la patología sufrida (hipertensión arterial que ocasionó una hemorragia cerebral), resultando las condiciones de trabajo manifiestamente predisponentes de la enfermedad, cabe otorgarle carácter laboral a la dolencia. Por ello, la empresa demandada es responsable por la incapacidad que padece el actor, por su obrar negligente y culposo (arts. 512, 902 y 1109, CCiv.) al infringir los arts. 14 y 14 bis, CN, y con ello las normas de seguridad e higiene, la ley 19.587, su dec. regl. 351/1979, con sus modificaciones (del voto del Dr. Catardo, en mayoría). Sala 8ª, 16/7/2010, "Suárez, José Manuel v. Maco Transportadora de Caudales SA y otro".

El "trabajo" no es una cosa riesgosa o viciosa de la que su empleador sea dueño o guardián. El estrés no constituye un factor objetivo, sino que traduce el modo en que diferentes sujetos reaccionan ante estímulos externos, generalmente en función de su propia estructura de personalidad. Por otra parte, la Ley de Riesgos de Trabajo no prevé a la hipertensión como enfermedad indemnizable. Y si bien las situaciones de estrés pueden relacionarse con accesos de hipertensión, ello no equivale a afirmar que son aptas para generarlos, esto es, que constituyen causas adecuadas de la enfermedad, antecedente lógico y jurídico imprescindible para su admisión como causas relevantes (arts. 901/906, CCiv.) (del voto de Morando, en minoría). Sala 8ª, 16/7/2010, "Suárez, José Manuel v. Maco Transportadora de Caudales SA".

De conformidad con lo enseñado por Emilio Bonnet, se conceptualiza como enfermedad profesional aquel "estado patológico... que tiene su origen en el ejercicio normal, habitual, repetido y prolongado de una determinada profesión, incluida o no en una ley laboral", siendo una característica específica de la "enfermedad profesional", la íntima relación etiológica de aquélla con la fuente de trabajo (*Medicina legal*, t. I, 2ª ed., López Libreros, 1980, p. 747). En este sentido, las hipoacusias, las várices y los problemas de columna no pueden ser catalogadas como "enfermedad profesional", ya que no son propias y típicas de una determinada profesión, en tanto pueden contraerse en múltiples tipos de empleo y aun fuera del ámbito laboral. Sala 2ª, 25/4/2008, "Espinosa, Raimundo Marcos v. Danone Argentina SA y otro".

No resulta procedente el planteo de inconstitucionalidad del art. 6º, ley 24.577, que en la parte final del ap. 2º, inc. a), de acuerdo con la redacción que le dio el decreto de necesidad y urgencia dispone que "las enfermedades no incluidas en el listado, como sus consecuencias, no serán resarcibles", con la única excepción que la incluida en el inc. b) del mismo ap. 2º, es decir, cuando la Comisión Médica central, examinando casos particulares, determine que la enfermedad es efecto directo y exclusivo del empleo. El hecho de que el Congreso haya decidido que algunas enfermedades gocen de la ventaja transaccional de un reconocimiento teóricamente automático por la sola circunstancia de estar identificadas en el listado, y obtener entonces un régimen especial y tarifado, no resulta ilegítimo ni mucho menos inconstitucional puesto que ninguna norma constitucional obsta a que el Poder Legislativo otorgue un régimen especial a unas contingencias y no a todas, sin privar a éstas otras del régimen común de responsabilidad. Sala 2ª, 25/4/2008, "Espinosa, Raimundo Marcos v. Danone Argentina SA y otro".

La falta de inclusión de la dolencia por la que se reclama en el listado de enfermedades resarcibles de acuerdo con la ley 24.557 viola los arts. 17 y 19, CN, esto es que por vía legal se limita el valor del patrimonio del trabajador y se exime al empleador del deber de no dañar. Sala 6ª, 24/2/2003, "Corzo, Leovino T. v. Frigorífico Buenos Aires SA".

Resulta irrazonable la prohibición de considerar resarcibles a las enfermedades no incluidas en el listado, en tanto niega la reparación de un daño a una persona, lo que agrede al criterio de lógica elemental, presupuesto de la vida comunitaria. Sup. Corte Just. Mendoza, sala 2ª, 9/5/2003, "Díaz, Luis v. Maldonado Servicios y Repuestos SA".

La eventualidad de una reparación extraña al régimen es sólo posible por medio del reproche constitucional de las tres normas que lo estructuran —arts. 6º, 39, 1ª parte, LRT, y 75, LCT reformado—. Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Laboral, 14/11/2003, "Gambone, David R. v. Benito Roggio e Hijos SA".

## 9. Fundamentos de la responsabilidad. Eximentes

Si bien la institución policial hizo saber a los reclamantes que no contaba con las partidas necesarias que permitieran la contratación de una ART, la ley 24.557 prevé esta situación. Así, si el empleador omitiera —total o parcialmente— afiliarse a una aseguradora de riesgos del trabajo, responderá directamente ante los beneficiarios por las prestaciones previstas en dicha ley (art. 28, inc. 1º). En síntesis, la institución policial no está excluida de reparar los accidentes de trabajo que ocurren a su personal. Sala 6ª, 31/8/2005, "Hillier, Raúl Alberto y otro v. Estado nacional - Ministerio del Interior - Policía Federal".

## 10. Dolo o culpa grave

Aun en el caso de que hipotéticamente se considerara que el hecho dañoso se debió a la imprudencia del actor en el manejo de los balancines, ello no anularía la responsabilidad del empleador. Ello es así, toda vez que el acostumbramiento del operario a desarrollar su actividad en forma imperfecta soslayando el riesgo que ello trae aparejado, se puede revelar sin que la víctima haya incurrido en el *progre dolum*. El obrar culposo por imprudencia, torpeza, distracción o ligereza no enervan el derecho del damnificado de ser

resarcido, pues no es él quien debe correr con las consecuencias negativas. Sala 7ª, 25/8/2010, "Mohammad, Claudio Antonio v. Gestión Laboral SA y otro".

No debe considerarse que medió por parte del trabajador incumplimiento de las normas impartidas por su empleadora, ni haber incurrido en el no uso de los elementos de protección personal suministrados, ante el caso de haber estado trabajando con antiparras colocadas y haberlas retirado en un momento de mucho polvillo en el ambiente, instante en el que recibe en un ojo el impacto de un suncho proveniente de una máquina utilizada por un compañero de labores. La actitud del trabajador, de retirarse la antiparra en un momento de mucho polvo ambiental, no puede considerarse como eximente de responsabilidad del empleador. Con justicia se ha resuelto que cualquier elemento o inducción no muy claros o definidos no bastan para considerar la culpa de la víctima sin mayores ponderaciones, y que las presunciones legales se levantan sólo ante verdaderas pruebas convincentes y que no den lugar a dudas. Por lo que si el juzgador tiene dudas sobre la intervención de la víctima en el hecho ilícito, debe resolver a favor de ésta (*in dubio pro victimae*) —SAGARNA, Fernando, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. III-A, dirigido por Bueres, Hammurabi, Buenos Aires, ps. 422/423—. Sala 5ª, 10/6/2010, "Martínez, Aldo Laurens v. Alto Paraná SA y otro".

La culpa grave en el concepto de la ley 9688 difiere del concepto clásico de culpa del Código Civil. Para su configuración debe mediar una voluntaria y consciente exposición al peligro y una temeridad equivalente al dolo que confina el acto intencional, pero difiere de él en cuanto si bien supone el conocimiento del peligro no comprende la voluntad dirigida a la producción del daño. El accionar imprudente de quien conduciendo una motocicleta cruzó con luz roja la intersección de las calles, ocasionando la colisión no encuadra en el concepto de culpa grave de la ley 9688, habida cuenta que para su configuración debe mediar una voluntaria y consciente exposición al peligro, con una temeridad equivalente al dolo, es decir, a la intención de dañarse para obtener un beneficio. Quien no respeta la luz roja exhibe un desprecio por su propia suerte y una temeridad con relación a terceros equivalente al dolo —del voto en disidencia del Dr. Lázzari—. En todo conductor que se lanza a surcar una bocacalle pese a que el semáforo había dejado de habilitarlo instantes antes y para franquear el paso de quienes circulaban por la otra arteria, hay una representación del posible resultado dañoso, y desde ya no querido, pero acompañado por la firme creencia de que su pericia o velocidad lo evitará. Tal conducta tipifica una culpa grave del trabajador incurrida *in itinere* que exime de responsabilidad al empleador —del voto en disidencia del Dr. Roncoroni, al que adhiere el Dr. Soria—. Sup. Corte Bs. As., 19/2/2003, "Vallejos Villarreal, Mario A. v. Ministerio de Salud de la PBA".

## 11. Fuerza mayor extraña al trabajo

Toda vez que la demandada sostuvo que "el atentado ocurrido en julio de 1994 contra las sedes de la AMIA y la DAIA no fue un ataque dirigido al lugar de trabajo del causante" quien se desempeñaba como encargado de un edificio vecino y perdió la vida en tal atentado al estar barriendo la vereda de su lugar de trabajo, y el propio juez de primera instancia había admitido que "la fuerza mayor sería extraña al trabajo" en casos tales como "la agresión de un tercero ajeno al trabajo y por motivos extralaborales" se ha puesto de manifiesto que la conclusión sobre el punto a la que el *a quo* había arribado en el caso fue fruto de una confusa asimilación del encuadramiento del siniestro en el concepto genérico de "ocasión" —del trabajo— previsto en el art. 2º, ley 24.028, con la configuración de la eximente de responsabilidad del empleador y su asegurador respecto del atentado ocurrido (conf. art. 7º, inc. b], ley cit.). Corte Sup., 24/8/2000, "Delescabe, Hilda Ester v. Consorcio de Propietarios del Edificio Pasteur 632/34/36 y otros", D.232.XXXIV.

Debe desestimarse la invocación de fuerza mayor extraña al trabajo referida al hecho de la muerte del trabajador ocasionada por delincuentes que perpetraron un asalto al restaurante de la demandada donde el causante prestaba servicios. La prestación de tareas obró como condición eficiente para el acaecimiento del siniestro —o, dicho de otro modo, el mismo ocurrió "en ocasión del trabajo" (conf. art. 6º, LRT)—, sumándose a ello el no haberse alegado ni probado que dicho acontecimiento igualmente se habría producido de no haber se encontrado el causante en el desempeño laboral (en igual sentido SD 83914 del 28/6/1999, *in re* "Castillo, Carlos v. Gezstein Arnaldo y otros s/accidente-ley 9688", del registro de la misma sala). Sala 4ª, 9/6/2005, "Retamal, María Beatriz y otros v. Sarrosa SRL".

## 12. Baremos

La jurisprudencia ha dicho que no existe parámetro o baremo alguno cuya aplicación resulte obligatoria. El recurso a los baremos lo es a mero título instrumental puesto que su valor es sólo indiciario. Para justificar no seguir la opinión del experto, se deben enunciar argumentos científicos que pongan en evidencia el presunto yerro que habría cometido. Sala 10ª, 26/3/2001, "Carbonel, Pablo Antonio v. Con Ser SA".

La fórmula de Balthazard para establecer la incapacidad integral del trabajador es empleada para aquellos casos en que un segundo accidente, separado en el tiempo del primero, afecta al mismo órgano,

aparato o sistema —incapacidades múltiples sucesivas monofuncionales— pero no frente a incapacidades múltiples conjuntas polifuncionales. Sala 10ª, 29/5/2002, "Montiel, Antonio Adán v. Tintorería Industrial Del Sud SA".

### 13. Forma de pago

Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 15, ap. 2º, y del art. 18, que remite al primero, de la LRT, en cuanto prevén que la reparación parcial de daños y perjuicios que ocasiona a los derechohabientes del causante el fallecimiento de éste, se concrete a través de una prestación de pago mensual en lugar de que lo sea mediante la entrega en pago único e inmediato del capital que es necesario integrar para que dicha prestación mensual se genere. Así lo hizo la Corte Suprema en la causa "Díaz, Juana Rosa v. Orígenes AFJP SA", remitiendo a los fundamentos expuestos en "Milone, Juan v. Asociart SA ART" (con referencia al art. 14, ap. 2º, inc. b]). Sala 2ª, 31/9/2010, "Espinola Cáceres, María Felicitas por sí y en rep. de sus hijos men. R., F. y B. E. S. v. Anses y otros s/acción de amparo".

Corresponde imprimir el trámite sumarísimo o el del amparo (según si el sujeto pasivo de la pretensión sea un ente privado o público), a la causa en la que el cónyuge e hijo del trabajador fallecido como consecuencia de un accidente de trabajo, reclaman que se les abone en un solo acto la prestación a la que alude la ley 24.557, prescindiendo del sistema de renta que fuera juzgado inconstitucional por el Alto Tribunal en la sentencia dictada el 26/10/2004 en los autos "Milone, Juan Antonio v. Asociart SA Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/accidente ley 9688" (Fallos 327:4607). La pretensión encuadra en lo previsto en el art. 43, CN, y la esencia del reclamo justifica un trámite celérico, al estar vinculada a la incapacidad del trabajador y a un sistema que mediatiza el cobro del resarcimiento (del dictamen del fiscal general, al cual adhiere la sala). Sala 4ª, 22/9/2010, "Leale, Angélica Mabel y otro v. Administración Nacional de Seguridad social s/acción de amparo".

El sistema de pago por renta periódica no es en sí mismo y *a priori* inconstitucional, sino que por el contrario es un sistema compatible con las normas superiores. Admitida la constitucionalidad del sistema de pago por renta periódica, cabría considerar su monto mensual, de haberse provisto al juez los elementos necesarios para su valoración prudencial. Sup. Corte Just. Mendoza, 28/10/2003, "Morales, Jesús v. Liberty ART SA".

El sistema parte de la premisa de la integración instantánea del capital en una suma análoga a la diferida a condena, constitutiva de la base de la cual emerge la renta, por lo que no existe perjuicio alguno para la ART en abonarla, ya sea a la actora o a la entidad del sistema encargada del pago de la renta. El sistema de pago de renta implementado por la LRT que condena a percibir en forma mensual una renta con la que no se puede mínimamente afrontar las necesidades vitales resulta contrario a los preceptos constitucionales. Sala 4ª, 16/9/2002, "Mendoza Santa Cruz, María v. Siembra AFJP SA".

Si el accionante se ha acogido expresamente a las previsiones de la ley 24.557, resulta improcedente su pretensión de acumular, a las prestaciones previstas en el art. 39 de dicha ley, las que eventualmente emergerían de la aplicación de las normas del Código Civil. Ello en tanto no se cuestionara ni la tarifación del daño insita en la ley especial, ni lo dispuesto en su art. 39 en cuanto establece que las prestaciones de la ley 24.557 eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de éstos (con la sola excepción de la derivada del art. 1070, CCiv.). Sala 2ª, 30/8/2005, "Ríos, Pablo Ernesto v. Estado nacional - Presidencia de la Nación - Secretaría de Seguridad Interior - Policía Federal Argentina".

### 14. Prescripción

La ley 24.557 ha introducido un complejo sistema de determinación de incapacidades y de prestaciones debidas en diferentes momentos que impide dar una regla general al respecto, ya que el art. 44 en forma genérica establece como término el momento en que la prestación es debida, pero hay prestaciones provisorias, definitivas, únicas y periódicas. En un accidente con incapacidad parcial y permanente el momento inicial para el cálculo de intereses es desde la fecha en que se determina la incapacidad. Sup. Corte Just. Mendoza, 30/7/2003, "Funes, Ricardo R. v. Servicios Royar SRL".

En punto al momento inicial para el cálculo de intereses no debe ser contado ni desde la fecha del accidente, ni desde la fecha de la sentencia, ni de la pericia, sino desde la fecha en que se expidió la Comisión Médica. Si no existió dictamen de la Comisión Médica el cálculo de intereses debe efectuarse desde la fecha en que se determina la incapacidad. Sup. Corte Just. Mendoza, sala 2ª, 18/6/2003, "Luna, Fanny L. v. Disco SA y otro".

Negada por el principal la fecha de toma de conocimiento de la incapacidad por parte del dependiente, queda a cargo de la parte actora la demostración de tal extremo. Sup. Corte Bs. As., 17/7/2003, "Martínez, Roberto P. v. Cervecería Bieckert SA".

El momento inicial para el cálculo de intereses es desde la fecha en que se determinan las incapacidades y si no se sometió la cuestión a las comisiones médicas, dicha fecha es la del informe pericial médico. Sup. Corte Just. Mendoza, sala 2ª, 15/10/2003, "Yovanini, José A. v. Municipalidad de Guaymallén y otro".

Las indemnizaciones mensuales prescriben mes a mes a los dos años desde que cada una es debida,

mientras que las indemnizaciones definitivas por pago único lo hacen cuando son declaradas tales por las comisiones o han vencido todos los plazos de incapacidades provisorias que también devengan pagos mensuales. Sup. Corte Just. Mendoza, sala 2ª, 18/3/2004, "Freire, Abelardo v. Asociart ART SA".

El art. 4037, CCiv., dispone que la acción por responsabilidad civil extracontractual prescribe a los dos años. Según ilustrada doctrina, dicho plazo comienza a correr desde la comisión del hecho ilícito. En caso de que el perjuicio se produzca luego de transcurrido un tiempo de la producción del hecho generador, el curso de la prescripción principia desde que el daño acaezca. El agravamiento del daño producido con posterioridad no altera el curso de la prescripción, que corre desde la fecha de la producción del daño (conf. LLAMBÍAS, Jorge J. - MÉNDEZ COSTA, M., *Código Civil anotado*, t. V-C, ps. 914 y ss.). Sala 2ª, 4/4/2006, "Medina, Orlando v. Puertos Libres SA".

### 15. Muerte del trabajador

El accidente ocurrido en ocasión del trabajo hace referencia a eventos dañosos que no provienen del cumplimiento en concreto del débito laboral, que constituye, sin embargo, condición necesaria de su acaecimiento. La ocasión constituye un nexo funcional, en el sentido de que es el complejo de circunstancias relacionadas con la intención de ejecutar la prestación laboral, excepto la ejecución misma, lo que proporciona el marco en el que se sitúa el acontecimiento dañoso. Así, cabe tener como accidente ocurrido en ocasión del trabajo la muerte del trabajador a manos de personas que ingresaron con finalidad de robo a un galpón propiedad del empleador y que aquél ocupaba. Se trata de un supuesto en el que la conexión entre el siniestro y el contrato de trabajo es tenue, como en el accidente *in itinere*, dado que la jornada de trabajo ya ha terminado. Sala 8ª, 8/2/2006, "Sanabria Talavera, de Pérez, Estanislada y otros v. CNA Omega ART y otro".

### 16. Beneficiarios

La omisión en la que incurría el art. 18, ley 24.557, al no incluir como causahabientes del trabajador soltero a sus progenitores, fue salvada por el art. 9°, dec. 1278/2000. Pero si el contrato de seguro con la ART fue anterior a la entrada en vigencia de dicho decreto, no puede ésta responder ante quienes no estaban legalmente reconocidos al tiempo de celebración del contrato (arts. 19, ley 24.557, 1197, CCiv., y 143, ley 17.418). Frente al imperativo constitucional de "protección integral de la familia" la omisión de atribuirles a los progenitores condición de causahabientes del derecho a ser indemnizados ante el fallecimiento del trabajador soltero en ocasión del trabajo, viola la norma constitucional del art. 14 y las específicas de los pactos internacionales (art. XVI y XVII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 16, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 10, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 17, Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica). Sala 7ª, sent. 35.003, 16/5/2001, "Durán, Delicia y otro v. Correo Argentino SA y otro".

Los únicos parientes del trabajador fallecido que están legitimados para reclamar las prestaciones previstas en la ley 24.557, ante la ART contratada por la empleadora, son las personas taxativamente enumeradas en el art. 53, ley 24.241, al que alude el art. 18, ley citada en primer término. De modo que los hermanos del causante no resultan acreedores a dicha reclamación. Sala 9ª, 22/9/2005, "Cáceres, Ramona C. y otros v. Asociart ART SA".

Resulta correcto el pago indemnizatorio efectuado por la ART a los padres del trabajador fallecido, aun no siendo total y único, en la medida en que se lo haya hecho con anterioridad al dictado del fallo de la Corte Suprema "Milone". Caso contrario lo habría hecho al margen de lo que la ley exige y dicha actuación objeto de reproche. Sala 4ª, 17/3/2008, "Gioia, Américo y otro v. Consolidar ART SA y otro".

### 17. Seguro de accidentes y prestaciones. Responsabilidad de la ART

El fundamento legal de la responsabilidad de la ART yace en el territorio del art. 1074, CCiv., donde la responsabilidad contemplada es la que nace de la omisión que ocasiona un daño a otro, cuando una disposición de la ley impugna una obligación. Es doctrina mayoritaria en nuestro derecho la que admite la responsabilidad siempre que hubiera una obligación jurídica de obrar y sin que exista por tanto, una disposición expresa que imponga la obligación de cumplir el hecho. Claro está que no puede soslayarse la forma de apreciación de la culpa en uno y otro caso. Esto es así porque si existe la disposición basta con la omisión para que nazca la responsabilidad, y si no, será necesario un análisis de las circunstancias de lugar, tiempo y persona. En este sentido rigen los arts. 7°, 8° y 9°, ley 19.587, y la obligación legal de la empleadora de promover la capacitación del trabajador en materia de seguridad del trabajo, particularmente en lo relativo a la prevención de los riesgos específicos de las tareas asignadas (art. 9°, inc. k]). Sala 7ª, 29/6/2010, "Alvarracín, Rosa Carlota v. Reconquista ART SA y otros".

Si la ART no cumple en tiempo y forma con sus obligaciones, ello determina su responsabilidad con base en lo normado por el art. 1074, CCiv., pues cabe recordar que aquélla está obligada a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos laborales. Es una finalidad prioritaria, tan-

to de la ley como del sistema en general, la prevención de los accidentes y la reducción de la siniestralidad (art. 1°, ítem 2, ap. a], ley 24.557). El deber de prevención eficaz implica conductas específicas de asesoramiento (dec. 170/1996), de control de las medidas sugeridas, y de denuncia de los incumplimientos en que incurra el empleador por ante el ente de superintendencia. El incumplimiento al referido deber legal tiene consecuencias específicas dentro del aludido microsistema normativo, siendo legítimo que se carguen a la ART los riesgos derivados de una previsión ineficaz, ya que su obligación está descripta con precisión y es congruente con el límite indemnizatorio, todo lo cual permite el aseguramiento (en este sentido, Corte Sup., 10/4/2007, "Soria, Jorge Luis v. Ra y Ces SA y otro", S XXXIX). Sala 10ª, 28/6/2010, "Piedrabuena, Matías Ariel v. Federación Patronal Seguros SA".

Es de recordar que las ART desempeñan un papel fundamental en materia de seguridad y es esta función la que genera responsabilidad. Están obligadas a asesorar a los empleadores para prevenir y proteger (actividades permanentes de prevención y vigilancia) y la conducta omisiva de la ART en este sentido, implica una negligencia en su obrar que trae como consecuencia los daños en la salud del actor. Así el empleador directo es responsable por el daño causado y la ART al incurrir en una omisión culposa lleva a la aplicación del art. 1074, CCiv., por lo que debe responder no acotado al valor de la póliza sino plena e integralmente, en forma solidaria por el crédito reconocido al trabajador. Así entonces, resulta que el empleador es responsable directo por el daño causado y la ART cuando incurre en una omisión culposa determina la aplicación del mencionado art. 1074, CCiv., por lo que debe responder solidariamente y no sólo en los términos de la póliza. Sala 7ª, 29/6/2010, "Alvarracín, Rosa Carlota v. Reconquista ART SA y otros".

El planteo de inconstitucionalidad del art. 15, ap. 1°, ley 24.557, referido al cuestionamiento del pago en renta de las prestaciones dinerarias una vez determinado el carácter definitivo de la incapacidad laboral permanente total del trabajador, no guarda relación con lo peticionado mediante medida cautelar expresado en el pago del 70% del valor mensual del ingreso base mientras dure la situación de provisionalidad. Cabe asimismo destacar que después del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictado en "Camacho Acosta" (del 7/8/1997, LL 1197-E-653) la medida cautelar innovativa puede funcionar como tutela anticipada. Se trata de una verdadera "tutela coincidente" dado que se apunta a obtener por la vía precautoria todo o parte de lo que se pretende como postulación de fondo. Por ello, la legitimación sólo se daría cuando media la posibilidad de un perjuicio irreparable que justifica, excepcionalmente y por razones axiológicas, la violación del referido dogma. Sala 7ª, 21/4/2008, "Ponse, René David v. Frigorífico Los Ángeles SRL y otros".

## 18. Instancia administrativa. Comisiones médicas

El art. 46, ley 24.557, afecta los principios del juez natural y de acceso a la justicia. Al establecer la obligatoriedad de una instancia previa al trámite y duración inciertos, constituida tanto por la intervención de la autoridad de aplicación en materia laboral, como por la esencial actuación de las comisiones médicas, impiden al trabajador ocurrir ante un órgano independiente para exigir la reparación de sus infortunios, restringiendo el acceso a la justicia, excluyendo a la justicia del trabajo y vedando el derecho a reclamar, en consecuencia, ante jueces naturales mediante el debido proceso. Por ello la norma en cuestión es inconstitucional. Sala 7ª, 25/2/2004, "Sequeira, Juan v. Finexcor SA s/accidente".

La circunstancia de que el actor no hubiese realizado los trámites administrativos establecidos en la Ley de Riesgos no empece a ser indemnizado al amparo de dicha normativa, ya que no pudo seguir dos reclamos al mismo tiempo (Ley de Riesgos y acción civil), máxime teniendo en cuenta que la aseguradora haya rechazado la denuncia del accidente efectuada por el empleador. Sala 1ª, 27/12/2005, "Gaona, Pablo N. v. Consorcio de Propietarios Edificio Montevideo 770 y otros".

Si se interpuso el reclamo ante la Comisión Médica de la SRT, tal actuación administrativa sustanciada en el organismo específicamente previsto por la ley 24.557 es eficaz para interrumpir el plazo de prescripción de la acción que se pretende ejercer, puesto que reúne los recaudos establecidos en el párr. 1°, art. 3986, CCiv. Sala 4ª, 27/3/2008, "Borquez, Dante L. v. Víctor Masson Transportes Cruz del Sur SA".

### *18.1. Inconstitucionalidad. Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Castillo"*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Riesgos del Trabajo (art. 46, inc. 1°) en cuanto dispone la competencia federal, y determinó que la justicia provincial debe entender en las apelaciones presentadas contra dictámenes de las comisiones médicas.

"Desde su instalación, la Corte ha sostenido que la competencia de los tribunales federales es, por su naturaleza, restrictiva, de excepción y con atribuciones limitadas a los casos que menciona el art. 100 —actual art. 116— (Fallos 1:170; 190:170; 283:429 y 302:1209, entre muchos otros), tal como, por lo demás, lo establece la ley 27, e incluso la ley 48 para lo

concerniente a la competencia apelada extraordinaria del tribunal (art. 15).

"La reforma de la Constitución Nacional producida en 1994 no ha hecho más que profundizar este principio arquitectónico de nuestro orden constitucional, al precisar, como ya lo había puesto en claro la jurisprudencia del tribunal (Fallos 248:781, 782, consid. 1°, sus citas y otros), que el dictado de las normas mentadas en el art. 75, inc. 12, podía asumir, sin mengua de su naturaleza común, la forma de cuerpos 'unificados o separados'.

"No es constitucionalmente aceptable que la Nación pueda, al reglamentar materias que son como principio propias del derecho común, ejercer una potestad distinta de la que específicamente le confiere el citado art. 75, inc. 12. Lo contrario implicaría tanto como reconocer que las pautas limitativas que fija la Constitución Nacional cuando se trata de derecho común, referentes a la no alteración de las jurisdicciones locales y a la aplicación de esas leyes por los tribunales de provincias si las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones, pueden ser obviadas por la sola voluntad del legislador (Fallos 271:206, 209, consid. 4°).

"La LRT, en primer lugar, no contiene disposición expresa alguna que declare federal el régimen de reparaciones *sub lite* (doctrina de Fallos 248:781, 783, consid. 3°). Además, parece indudable que el régimen procesal que instrumenta el impugnado art. 46, inc. 1°, no puede revestir, si de intencionalidad inequívoca se trata, un carácter siquiera indicativo. En segundo término, un doble orden de circunstancias surge con toda nitidez a los fines del *sub discussio*: la citada ley, por un lado, regula sustancialmente sólo relaciones entre particulares, y, por el otro, de sus preceptos no aparece manifiesta la existencia de una específica finalidad federal para sustentar una declaración de tal naturaleza (ídem paréntesis anterior). En tal sentido, la aparición de las aseguradoras de riesgos del trabajo como nuevo sujeto en los nexos aludidos, lejos de enervar este aserto lo consolida, desde el momento en que aquéllas son 'entidades de derecho privado' (art. 26, inc. 1°, ley 24.557).

"Si a todo ello se suma que la mencionada ley no tuvo otro objeto, para lo que interesa, que establecer, bien que bajo algunas modalidades propias, la regulación de un universo jurídico que, materialmente considerado, es análogo al que contemplaban las leyes 9688 y 24.028, cabe concluir en la inexistencia de razón valedera alguna para prescindir de la reiterada y ya recordada jurisprudencia de esta Corte, que reconoce carácter común a las disposiciones que rigen las relaciones jurídicas de la presente causa.

"Toda pretensión tendiente a conferir naturaleza federal a normas que regularmente pertenecen al orden común, debe ser escrutada con el mayor rigor, sobre todo por cuanto es deber indeclinable del tribunal impedir que, a través de esos medios, se restrinjan indebidamente las facultades jurisdiccionales de las provincias, que son inherentes al concepto jurídico de autonomía (Fallos 248:781, 783, consid. 2°, y otros). Es menester no olvidar que la reserva de la jurisdicción provincial de la que daban cuenta los ya citados arts. 67, inc. 11, y 100, CN (actuales arts. 75, inc. 12, y 116), era ajena al texto de 1853 y fue introducida por la convención de 1860, con el deliberado propósito de impedir que las provincias carecieran de jurisdicción en las materias a que dicha norma hace referencia.

"La LRT, de tal manera, ha producido dos consecuencias incompatibles con la Constitución Nacional: impedir que la justicia provincial cumpla la misión que le es propia, y desnaturalizar la del juez federal al convertirlo en magistrado 'de fuero común' (Fallos 113:263, 269).

"Que, en suma, la competencia federal en cuestión no encuentra otro basamento que el mero arbitrio del legislador. En consecuencia, el fallo de la sala 1ª de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, que mantuvo la resolución de primera instancia en cuanto había declarado la inconstitucionalidad del art. 46, inc. 1°, ley 24.557, en el supuesto materia de este litigio, debe ser confirmado". Corte Sup., 7/9/2004, "Castillo, Ángel Santos v. Cerámica Alberdi SA", C.2605.XXXVIII.

### 19. Procedimiento

No cabe homologar un acuerdo con el alcance previsto en el art. 15, LCT, si no se aportan elementos de juicio suficientes como para determinar la razonabilidad de lo acordado. Cuando lo que se persigue es el resarcimiento de los daños padecidos en la salud del trabajador, debe determinarse con cierto grado de verosimilitud el grado de incapacidad que el dependiente porta. Éste es el criterio de interpretación prevalente en materia de accidentes del trabajo (criterio desarrollado en la discusión del plenario 57 de la C. Nac. Trab. *in re* "Correa Hernández, Ángel v. Compañía de Seguros El Sol Argentino", del 20/7/1959). Sala 2ª, 5/8/2010, "Jara Palacio, Edgardo Rubén v. Le Groupe servicios SRL y otros".

No existe la posibilidad de que la empleadora pueda efectuar una acción regresiva contra el Estado nacional como consecuencia del eventual resultado negativo de la causa a su respecto —inconstitucionalidad del art. 39, LRT—. De admitirse tal intervención, se llegaría al absurdo de admitir la citación del Poder Legislativo en cada supuesto de aplicación de una ley dictada por el Congreso nacional cuya constitucionalidad se cuestione. C. Nac. Trab., sala 9ª, 14/8/2001, "Trejo, Jorge E. v. Stema SA y otros".

Es cierto que en el procedimiento marcado por la Ley de Riesgos del Trabajo finalmente el trabajador tiene acceso a la jurisdicción, puesto que luego de concurrir a la comisión médica, y luego a la comisión médica central, se garantiza un recurso amplio ante la

Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, pero también lo es que la intervención del juez natural, que otorgaría certeza al derecho y podría decidir las divergencias jurídicas que existen se aleja ciertamente en el tiempo, perjudicando el derecho a la salud del trabajador, puesto que durante este trámite verá postergada la atención médica y el proceso de rehabilitación que asegura el régimen de riesgos del trabajo. Sala 6ª, 15/12/2004, "Abbondio, Eliana Isabel v. Provincia ART SA".

## 20. Derecho a opción. Art. 39, LRT. Inconstitucionalidad

*20.1. Inconstitucionalidad. Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Aquino"*

El art. 19, CN, establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero: *alterum non laedere*, que se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación.

La responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113, CCiv., sólo consagra el principio general, de manera que la reglamentación que hace dicho Código en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica.

En el ámbito del trabajo, corresponde indemnizar la pérdida de *chance*, cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera. Indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento, lo cual no se logra si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida. Las restantes prestaciones de la LRT, i.e., las llamadas "en especie" (art. 20, incs. 1°, a], b] y c]), nada agregan a lo que el régimen civil hubiese exigido al empleador.

Resulta fuera de toda duda que el propósito perseguido por el legislador, mediante el art. 39, inc. 1°, LRT, no fue otro que consagrar un marco reparatorio de alcances menores que los del Código Civil. El sistema de la LRT se aparta de la concepción reparadora integral, pues no admite indemnización por ningún otro daño que no sea la pérdida de la capacidad de ganancias del trabajador, la cual, a su vez, resulta conmensurable de manera restringida.

La Ley de Riesgos del Trabajo, mediante la prestación del art. 15, inc. 2°, párr. 2°, y la consiguiente eximición de responsabilidad del empleador de su art. 39, inc. 1°, sólo indemniza daños materiales y, dentro de éstos, únicamente el lucro cesante: pérdida de ganancias, que, asimismo, evalúa menguadamente.

La Ley de Riesgos del Trabajo, al excluir, sin reemplazarla con análogos alcances, la tutela de los arts. 1109 y 1113, CCiv., no se adecua a los lineamientos constitucionales.

La exclusión y eximición impuestas por la ley 24.557 también terminan mortificando el fundamento definitivo de los derechos humanos, enunciado desde hace más de medio siglo por la Declaración Universal de Derechos Humanos: la dignidad del ser humano, que no deriva de un reconocimiento ni de una gracia de las autoridades o poderes, toda vez que resulta "intrínseca" o "inherente" a todas y cada una de las personas humanas y por el solo hecho de serlo (Preámbulo, párr. 1°, y art. 1°; asimismo, Pidesc, Preámbulo, párr. 1°, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ídem y art. 10.1, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, párr. 2° y arts. 5.2 y 11.1, entre otros instrumentos de jerarquía constitucional).

El hecho de que los menoscabos a la integridad psíquica, física y moral del trabajador prohibidos por el principio *alterum non laedere* deban ser indemnizados sólo en los términos de la Ley de Riesgos del Trabajo, vuelve al art. 39, inc. 1°, LRT, contrario a la dignidad humana, ya que ello entraña una suerte de pretensión de reificar a la persona, por vía de considerarla no más que un factor de la producción, un objeto del mercado de trabajo.

El régimen de la Ley de Riesgos del Trabajo cuestionado tampoco se encuentra en armonía con otro principio señero de nuestra Constitución Nacional y del derecho internacional de los derechos humanos: la justicia social, que cobra relevante aplicación en el ámbito del derecho laboral a poco que se advierta que fue inscripto, ya a principios del siglo pasado, en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, como un medio para establecer la paz universal, pero también como un fin propio.

Mediante la eximición de la responsabilidad civil del empleador frente al daño sufrido por el trabajador, la LRT no ha tendido a la realización de la justicia social, antes bien; ha marchado en sentido opuesto al agravar la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo y, en consecuencia, formular una "preferencia legal" inválida por contraria a la justicia social.

Si el régimen anterior al de la Ley de Riesgos del Trabajo había demostrado su "fracaso para proveer una reparación integral y oportuna a quien sufre las consecuencias del siniestro", como lo asevera el Mensaje del Poder Ejecutivo, lo cierto es que su reemplazo, supuesto que hubiese logrado mejorar la reparación en términos de oportunidad, importó un franco retroceso del predicado carácter integral, por vía del art. 39, inc. 1°.

El art. 39, inc. 1°, LRT, es inconstitucional al eximir al empleador de responsabilidad civil mediante la prestación del art. 15, inc. 2°, párr. 2°, de aquélla.

Del hecho de ser constitucionalmente inválido que la mentada prestación de la LRT origine la eximición de responsabilidad civil del empleador (art. 39, inc. 1°) no se sigue que las aseguradoras de riesgos del

trabajo queden relevadas de satisfacer las obligaciones que han contraído en el marco de la citada ley.

Es contrario a las normas constitucionales en juego y a los principios generales del derecho que el causante de un daño se exima de las consecuencias de su accionar ilícito, defecto que no se ve superado por la automática asignación de una prestación dineraria a la víctima, desvinculada, además, de la realidad del perjuicio —del voto de la Dra. Highton—.

No es posible predicar en abstracto que el precepto impugnado en la especie conduzca inevitablemente a la concesión de reparaciones menguadas con menoscabo de derechos de raigambre constitucional —del voto del Dr. Boggiano—.

En el caso, se impone concluir que la indemnización tarifada conduce a la supresión o desnaturalización del derecho que se pretende asegurar —del voto del Dr. Boggiano—. Corte Sup., 21/9/2004, "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Industriales SA".

Si el accionante se ha acogido expresamente a las previsiones de la ley 24.557, resulta improcedente su pretensión de acumular a las prestaciones previstas en el art. 39 de dicha ley, las que eventualmente emergerían de la aplicación de las normas del Código Civil. Ello, en tanto no se cuestionara ni la tarifación del daño insita en la ley especial, ni lo dispuesto en su art. 39 en cuanto establece que las prestaciones de la ley 24.557 eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de éstos (con la sola excepción de la derivada del art. 1070, CCiv.). Sala 2ª, 30/8/2005, "Ríos, Pablo Ernesto v. Estado nacional - Presidencia de la Nación - Secretaría de Seguridad Interior - Policía Federal Argentina".

En materia de declaración de inconstitucionalidad del art. 39, LRT, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha mantenido desde el caso "Gorosito" el criterio de fijar la necesidad de los jueces de comparar las reparaciones que consagra el régimen de la Ley de Riesgos del Trabajo con las que establece el derecho común, con el fin de determinar si el trabajador siniestrado obtiene una adecuada reparación del daño sufrido. Sala 2ª, 9/8/2005, "Cabrera, Carlos Héctor v. Jovis SRL".

### 21. Requisitos del art. 1113, CCiv.

Frente a los daños causados con un revólver (homicidio de un trabajador a manos de otro), ausente el permiso oficial para portar armas (se hallaba vencido seis años antes del homicidio) y faltando los requisitos legales y reglamentarios para obrar con el uso de la fuerza para reprimir, la responsabilidad se rige por el art. 1113, párr. 2°, CCiv., y, desde esa perspectiva, el dueño de la cosa (la empresa de transporte para la que laboraban la víctima y el victimario) debe responder frente a la víctima por el simple carácter de tal, ya que el citado precepto legal impone que las cosas no deben dañar a terceros, y en todo caso la propietaria del arma, para eximirse de responsabilidad, debía demostrar que de su parte no existió negligencia en la guarda. Sala 5ª, 30/9/2010, "Esteban de Arias López, Graciela Beatriz y otros v. Interacción ART y otros".

Ante el caso de una trabajadora que laboraba sobreexigida, en jornadas extensas y expuesta a una sobrecarga de trabajo, por ser la única persona de tesorería a la que podía recurrir el personal de cajas sin que se le proveyeran relevos, cabe sostener que el ambiente de trabajo provocó un daño en su salud ocasionando una efectiva incapacidad (parálisis facial periférica izquierda y cuadro de reacción neurótica fóbico depresiva). De modo que dicho ambiente debe ser considerado como el riesgo o vicio de la cosa al que se refiere el art. 1113, CCiv. Sala 10ª, 25/10/2010, "O. A. V. v. Coto Cicsa y otro".

Si bien la manga de la red de pesca, donde quedó enganchada la bota del actor, quien se enganchó golpeándose al caer al piso, no puede ser considerada en forma genérica como una cosa riesgosa, no hay cosa peligrosa en función de su naturaleza sino de las circunstancias, y el damnificado no está obligado a comprobar el carácter peligroso de la cosa que lo ha dañado, sino que le basta establecer la relación de causalidad entre la cosa y el daño, quedando a cargo de la demandada, como dueña o guardiana, acreditar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder. Y toda vez que la red de pesca actuó en el caso en forma activa en la producción del daño, cabe considerarla cosa riesgosa. Sala 6ª, 16/7/2010, "Lobos, Miguel Ángel v. Agropez SA y otro".

La actividad de custodio de mercaderías en tránsito constituye una labor riesgosa, imponiéndosele a la empresa empleadora brindar una protección acorde al riesgo impuesto al dependiente que concreta el trabajo; la omisión en cuanto a las medidas de seguridad acentúa aún mas la responsabilidad de la empleadora. Toda persona debe resarcir el daño causado "por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado" de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1113, CCiv. (en el caso el actor se encontraba trabajando como custodio de mercaderías en tránsito cuando fue interceptado por un grupo de delincuentes quienes lo hirieron de bala). Sala 10ª, 30/9/2010, "Cappetto, Jorge Alberto v. Alpargatas SA y otros".

Frente a los daños causados con un revolver (homicidio de un trabajador a manos de otro), ausente el permiso oficial para portar armas (se hallaba vencido seis años antes del homicidio) y faltando los requisitos legales y reglamentarios para obrar con el uso de la fuerza para reprimir, la responsabilidad se rige por el art. 1113, párr. 2°, CCiv., y, desde esa perspectiva, el dueño de la cosa (la empresa de transporte para la que laboraban la víctima y el victimario) debe responder frente a la víctima por el simple carácter de tal, ya que el citado precepto legal impone que las cosas no deben dañar a terceros, y en todo caso la propietaria

del arma, para eximirse de responsabilidad, debía demostrar que de su parte no existió negligencia en la guarda. Sala 4ª, 30/9/2010, "Esteban de Arias López, Graciela Beatriz y otros v. Interacción ART y otros s/indemnización por fallecimiento".

Aun en el caso de que hipotéticamente se considerara que el hecho dañoso se debió a la imprudencia del actor en el manejo de los balancines ello no anularía la responsabilidad del empleador. Ello es así, toda vez que el acostumbramiento del operario a desarrollar su actividad en forma inperfecta soslayando el riesgo que ello trae aparejado, se puede revelar sin que la víctima haya incurrido en el *progre dolum*. El obrar culposo por imprudencia, torpeza, distracción o ligereza no enervan el derecho del damnificado de ser resarcido, pues no es él quien debe correr con las consecuencias negativas. Sala 7ª, 25/8/2010, "Mohammad, Claudio A. v. Gestión Laboral SA y otro".

Si bien el terreno o el campo de juego donde se practica un deporte como el fútbol no es de por sí una cosa naturalmente riesgosa por tratarse de un objeto inerte, en el caso, dado el deficiente estado en que encontraba, con desniveles y pozos, cabe considerar que revestía tal carácter como generador de un riesgo específico sobre el actor al realizar un entrenamiento propio a su función de profesional del fútbol, favoreciendo la causación del daño, esto es, la lesión en la rodilla que lo incapacitó para la práctica profesional del fútbol. Sala 10ª, 20/8/2010, "Traba, Hernán Gabriel v. Club Social Deportivo y Cultural Español de la República Argentina Asoc. Civil".

En el marco del derecho laboral, la expresión "cosas" utilizada por el art. 1113, CCiv., excede ampliamente la definición apuntada en el art. 2311 de dicho cuerpo legal, debiendo interpretarse tal concepto en un sentido amplio. En este sentido, los diversos materiales (chapas y varas de acero y hierro) que en el caso el trabajador debía levantar, trasladar y acomodar y que determinaron la producción del infortunio laboral, configuraron las cosas riesgosas en los términos del art. 1113, CCiv., tornándose aplicable la doctrina asentada por la Cámara Nacional del Trabajo en el fallo plenario 266 del 27/12/1988, en autos "Pérez, Martín v. Maprico SA", en la que se consideró que puede imputarse a riesgo de la cosa el daño causado por el esfuerzo desplegado por el trabajador para desplazar una cosa inerte siendo aplicable el art. 1113, CCiv. Sala 4ª, 30/6/2010, "González, Rosario v. Herpaco SA y otros".

La expresión "cosa" utilizada por el art. 1113, CCiv., no incorporó un sistema de responsabilidad que contemple el denominado riesgo de autoridad o profesional. El trabajo desempeñado no puede enmarcarse dentro de la definición de cosa productora de riesgo a que alude el art. 1113, CCiv. La expresión "cosa" utilizada por el art. 1113, CCiv., excede el marco restringido de la definición del art. 2311 y puede ser utilizada para designar conceptualmente una tarea —del voto de los Dres. Negri y Lázzari—. Sup. Corte Bs. As., 30/4/2003, "Pereyra, Graciela v. Banco Supervielle Société Générale SA".

Cuando se reclama por el art. 1113, 2ª parte, CCiv., es necesario demostrar: 1) la existencia del daño; 2) el carácter riesgoso de la cosa, lo que supone su concreta individualización y objetivización de su riesgo o vicio; 3) la incidencia de estos últimos en el daño causado, o sea, que éste obedece al riesgo o vicio de la cosa; 4) que contra quien se acciona es el responsable en virtud de revestir el carácter de "dueño o guardián" de aquélla. Sup. Corte Bs. As., 4/6/2003, "Olivetto, Héctor F. v. Olivetto, Claudio O.".

Si la citación de la ART se circunscribió a su responsabilidad por las prestaciones previstas por la LRT, resulta improcedente la condena impuesta por resarcimiento material y moral en los términos de los arts. 512, 902, 1074 y 1113, CCiv. Aun cuando se interprete en sentido amplio la citación en garantía, no se pueden transponer los términos en que la misma fue propuesta, indagando sobre elementos de responsabilidad autónoma. Sup. Corte Bs. As., 10/9/2003, "Barrionuevo, Américo v. Cimentaciones SA".

Los incumplimientos de las ART de las obligaciones impuestas por la LRT constituyen una conducta encuadrable en los términos del art. 512, CCiv., ya que se trata de una omisión de diligencias tendientes a prevenir la configuración de daños a los trabajadores. Sala 2ª, 3/6/2003, "Benítez, Mario E. v. Azzolini Construcciones SRL".

Las ART tienen la obligación legal de supervisar el cumplimiento de las condiciones mínimas y básicas en materia de higiene y seguridad en el trabajo. La preceptiva sobre riesgos laborales introduce una suerte de delegación del control del acatamiento a las disposiciones sobre higiene y seguridad en cabeza de las aseguradoras, generando así una ampliación de los sujetos responsables, en modo tal que deja de ser el empleador el único sujeto de imputación, aunque, es claro, con alcances e intensidades diferenciadas, siendo aquella función "cuasi estatal" la que, en caso de omitirse o de cumplirse deficientemente, puede generar responsabilidad, más allá de cuál sea, en concreto, el vínculo o nexo de causalidad adecuada necesario para efectivizarla. La ART no denunció al ente supervisor el incumplimiento del empleador —falta de uso de cinturones de seguridad en tareas de altura— conducta que, de haberse concretado, habría contribuido a salvar la vida del operario siniestrado —del dictamen del procurador fiscal que los Dres. Fayt y Moliné O'Connor hacen suyo en disidencia—.

El deficiente ejercicio del deber de control en materia de higiene y seguridad —más allá de su naturaleza jurídica, cuya determinación es ajena a la competencia extraordinaria de esta Corte— no puede generar responsabilidad con independencia del nexo causal adecuado, ya que éste es requisito indispensable para la procedencia de la acción resarcitoria. Aun

cuando la ART no haya denunciado a la SRT que la empleadora no entregaba cinturones de seguridad, ello resulta insuficiente para concluir que el fallo impugnado es arbitrario en los términos de la doctrina de esta Corte. El accidente de trabajo se produjo por el incumplimiento de la empleadora, que bien pudo haber persistido a pesar de la advertencia de la ART —que carece de facultades para impedir la realización de las tareas— o de la denuncia de ésta a la SRT. Tampoco puede soslayarse que, según el curso natural y ordinario de las cosas, el siniestro era susceptible de producirse antes de la intervención del ente supervisor aun cuando haya tenido tempestiva noticia de la falta de provisión del cinturón de seguridad. Corte Sup., 3/12/2002, "Rivero, Mónica E. por sí y en representación de sus hijos menores v. Techo Técnica SRL".

La falta de cumplimiento de las obligaciones de las aseguradoras tiene previstas las sanciones correspondientes de multas en el art. 32, inc. 1°, ley 24.557, y no se puede extender su responsabilidad más allá de lo que el sistema tiene establecido. La responsabilidad solidaria de la ART frente a una situación de dolo eventual del empleador y su responsabilidad extra sistémica constituye un verdadero exceso que no encuentra apoyo normativo en la ley 24.557, ni en el ordenamiento jurídico general. Sup. Corte Just. Mendoza, sala 2ª, 9/6/2003, "Márquez, D. F. v. Agroindustrias Molto SA".

### 22. Responsabilidad sistémica de las ART

El "trabajo" no es una cosa riesgosa o viciosa de la que su empleador sea dueño o guardián. El estrés no constituye un factor objetivo, sino que traduce el modo en que diferentes sujetos reaccionan ante estímulos externos, generalmente en función de su propia estructura de personalidad. Por otra parte, la Ley de Riesgos de Trabajo no prevé a la hipertensión como enfermedad indemnizable. Y si bien las situaciones de estrés pueden relacionarse con accesos de hipertensión, ello no equivale a afirmar que son aptas para generarlos, esto es, que constituyen causas adecuadas de la enfermedad, antecedente lógico y jurídico imprescindible para su admisión como causas relevantes (arts. 901/906, CCiv.) (del voto del Dr. Morando, en minoría). Sala 8ª, 16/7/2010, "Suárez, José Manuel v. Maco Transportadora de Caudales SA".

A partir de la sanción de la ley 26.425, arts. 7° y 18, y el dec. 2104/2008, art. 7°, las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones ya no resultan depositarias de la sumas oportunamente provistas por las ART en cumplimiento de lo dispuesto por la ley 24.557, toda vez que la Anses se subrogó tanto en los derechos como en las obligaciones de dichas administradoras. Sala 5ª, 30/9/2010, "Grasso, Ruth Patricia v. Consolidar Compañía de Seguros de Retiro SA y otro".

No corresponde condenar a la Anses al pago de intereses por haber retenido las prestaciones periódicas previstas en la ley 24.557, ante el pedido de declaración de inconstitucionalidad de los arts. 15, ap. 2°, y 18, LRT, de los derechohabientes del trabajador fallecido. Así como los derechohabientes no pudieron acceder al capital afectado al pago de la renta en función de lo dispuesto por la normativa en juego, tampoco medió por parte de la administración una retención indebida que pudiera haber sido evitada por simple allanamiento a las pretensiones de los particulares afectados (en el caso se declaró la inconstitucionalidad de las normas referidas). Sala 2ª, 31/8/2010, "Espinola Cáceres, María Felicitas por sí y en rep. de sus hijos men. R., F. y B. E. S. v. Anses y otros s/acción de amparo".

La condena sistémica contra la ART en una causa en la que se promovió acción civil, sosteniendo la inconstitucionalidad del art. 39, ley 24.557, no implica modificación de la *causa petendi* ni violación al principio de congruencia si el tribunal no modifica la plataforma fáctica esgrimida y se limita a calificar la relación sustancial de la *litis* determinando las normas que la rigen. Sup. Corte Just. Mendoza, 14/10/2003, "Dametto, Raúl E. v. Inti SA".

El daño sufrido por el trabajador derivado de la conducta de terceros extraños que ingresaron sorpresivamente a la propiedad de la demandada portando armas de fuego, no configura una ilicitud imputable al empleador por aplicación del art. 1109, CCiv. Sup. Corte Bs. As., 8/7/2003, "Basualdo, Ítalo v. Municipalidad de Campana".

### 23. Daño resarcible. Rubros y montos

Aun en los casos en que la controversia se sitúe en el marco del derecho común, la incapacidad del trabajador derivada de un infortunio del trabajo debe establecerse con relación a su capacitación profesional. No constituye una derivación razonable de las normas legales de aplicación la reducción del 50% de la incapacidad establecida en el fallo, como la quita del 50% del salario del trabajador utilizado como base de cálculo del monto del resarcimiento por la sola circunstancia de que el trabajador se desempeñara simultáneamente a las órdenes de otros empleadores. Sup. Corte Bs. As., 27/12/2002, "Del Papa, Sergio A. v. Toepfer International SA".

El *quantum* reparador debe recompensar la pérdida de capacidad de ganancia del trabajador durante el lapso de su vida laborativa, esto es: el detrimento salarial que provoca la incapacidad, determinado en función del porcentaje de esta última hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de acceder a su jubilación ordinaria por medio de una suma de dinero, cuya periódica renta mensual equivalga al aludido perjuicio durante el tiempo señalado, en forma tal que a la finalización de éste dicha suma se encuentre con-

sumida. Sala 2ª, 3/11/2003, "López, Eliseo v. Alto Paraná SA y otro".

Procede la reparación por daño moral aun cuando no se compruebe la existencia de daño material porque aquel resarcimiento es de carácter autónomo y la indemnización a la que se hace acreedor el accidentado alcanza a los padecimientos y molestias que debió soportar como consecuencia de las características del evento dañoso y del tratamiento a que fue sometido y el único requisito de procedencia es la comprobación del hecho dañoso que originó la pretensión. Sala 3ª, 30/4/2003, "Arellano, Julio R. v. Curtarsa Curtiembre Argentina SA y otro".

Corresponde ordenar el resarcimiento a los derechohabientes de los gastos de servicio funerario a que alude el art. 20.1, inc. e), LRT, cuando acreditado el daño, la empleadora no cumplió con el deber de contratar el seguro correspondiente y ello ocasionó un perjuicio a los sucesores (art. 1109, CCiv.). Sala 10ª, 29/9/2000, "Miranda, Walter v. Relañez de Cardalda, María y otros".

El daño patrimonial resarcible debe ser cierto, no eventual ni conjetural, se exige cierto grado de razonable certidumbre acerca de la posibilidad de obtener una ganancia o evitar una pérdida. Esto constituye una "chance", cuya frustración es indemnizable como tal, pues su valor puede estimarse por constituir un daño actual y cierto. No así el lucro cesante que alude a una posibilidad futura de ganancia sin certeza. Sala 8ª, 31/5/2006, "Almirón, Juan Ángel v. Carlos C. Ingolotti SA".

Cuando se trata de una cicatriz facial es lógico concluir que ello incidirá tanto en su capacidad de ganancia sino también en su posibilidad de conseguir trabajo, por lo cual resulta resarcible (conf. fallo plenario 56 de esta Cámara). Sala 3ª, 19/7/2006, "Serrano, Claudio v. Entel".

No es válido estimar el resarcimiento por el daño material del derecho civil mediante una tarifa, distinta en apariencia de la prevista en la LRT, pero análoga en su esencia, pues al modo de lo que ocurre con ésta, sólo atiende a la persona humana en su faz exclusivamente laboral, vale decir, de prestadora de servicios mediante la evaluación del perjuicio material sufrido en términos de disminución de la llamada "total obrera" y de su repercusión en el salario que ganaba al momento de los hechos, proyectado hacia el resto de la vida laboral de aquélla, y sin atender al valor de la vida humana en cuanto al serio perjuicio que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, entre otras, que deben ser también objeto de reparación, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable. Corte Sup., 8/4/2008, "Aróstegui, Pablo Martín v. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y otro".

Si la caída de un balde o lata de masilla sobre la mano del trabajador, se produce como consecuencia de la inapropiada forma en que fueron cargadas en la camioneta (que determinó por su inestabilidad que cualquier acto las pudiera convertir en una cosa riesgosa) debe responder el empleador, en su carácter de guardián o propietario, y en los términos del art. 1113, CCiv. C. Nac. Trab., sala 8ª —por mayoría—, 23/4/2008, "Godoy, Ariel G v. Pones Isocor SA y otro".

Se estableció un nuevo método de cálculo de la denominada "fórmula Vuoto" (utilizada para calcular el daño material en las acciones por accidente de trabajo fundadas en el derecho común), de acuerdo con las premisas estipuladas por la Corte Suprema en el fallo "Aróstegui" (Corte Sup., 8/4/2008). Sala 3ª, 28/4/2008, "Méndez, Alejandro D. v. Mylba SA y otro".

Se declaró inconstitucional el art. 18, ley 24.457, en tanto dicha norma (texto anterior al dictado del dec. 1278/2000) excluía a los padres del trabajador soltero de las prestaciones sobrevinientes a un accidente fatal. Corte Sup., 26/2/2008, "Medina, Orlando v. Solñar Servicios *on line*".

La petición por parte de la actora, tanto referida a una abstención de producir descuentos por la participación de una medida de acción directa como en lo concerniente a la devolución de lo ya descontado, no presenta una clara verosimilitud del derecho. Tampoco se advierte la existencia cabal de peligro en la demora, porque nada obstaría al reintegro oportuno de lo deducido si se corroborase, luego de agotado el proceso de cognición, que los hechos se sucedieron como sostiene al demandar y si se acredita que existió una intención lesiva de los derechos emergentes de la actividad sindical (doc. art. 230, CPCCN). Más si, como es sabido, la huelga genera una suspensión de la relación que afecta el salario y, en el caso, no existen elementos que permitan atribuir que el conflicto se originó en la culpa de la empleadora. Sala 4ª, 25/2/2008, "Colombo, Vicente v. Poder Judicial de la Nación s. Sumarísimo".

Las chapas de fibrocemento sobre las que caminaba el trabajador para realizar tareas de limpieza de una chimenea, constituyen una cosa generadora de un riesgo específico, pues resulta evidente que dicho material no es susceptible de resistir el tránsito de una persona (en el caso, el accidente tuvo lugar al romperse una de dichas chapas sobre las que el accionante debía transitar, cayendo al piso). Sala 2ª, 27/3/2008, "Lojko, Francisco v. Monarfil SA".

La Corte Suprema a través de los autos "Aróstegui, Pablo Martín v. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal Plus y Compañía SRL", por un lado objetó la formulación y aplicación de la fórmula Vuotto, y por otro lado rechazó el pago fraccionado de la indemnización por daños haciendo aplicación de la doctrina "Milone" (Corte Sup., 26/10/94). Sala 3ª, 28/4/2008, "Méndez, Alejandro Daniel v. Mylba SA y otro".

En el desarrollo de la fórmula Vuotto la estimación de una tasa de interés de 6% fue empleada en el

momento original porque —a esa tasa— era aproximadamente posible hacer un depósito bancario tal que mantuviese el poder adquisitivo original. Esta situación ha cambiado a lo largo de los años, por lo que parece prudente reducir dicha tasa al 4%, que es la estimada por la Corte Suprema, para depósitos en divisas, en el fallo "Massa, Juan Agustín v. PEN", del 27/12/2006. Sala 3ª, 28/4/2008, "Méndez, Alejandro Daniel v. Mylba SA y otro".

La Corte Suprema en los autos "Aróstegui, Pablo Martín v. Omega ART SA y Pametal Plus y Compañía SRL" del 8/4/2008, expte. 27.593/04, objetó que la fórmula Vuotto congela el ingreso de la víctima, para el objetivo de calcular la indemnización, en el momento del daño, sin tomar en cuenta la chance o perspectiva de mejora del ingreso futuro que seguramente el daño habrá disminuido. Si bien esto es exacto, no es ésa la única circunstancia, más o menos aleatoria, que puede incidir en la correspondencia entre el resarcimiento y el verdadero lucro cesante. También es posible que dicho ingreso disminuya o aun desaparezca: la víctima, de no haber sufrido el daño, no sólo podría mejorar de fortuna sino también sufrir otro daño posterior o aun fallecer. Es posible estimar que aproximadamente a los 60 años de edad el trabajador medio ha culminado su desarrollo laboral y su ingreso se halla estabilizado hacia el futuro. Estas circunstancias, en acatamiento a lo dispuesto por la Corte en "Aróstegui" y teniendo en cuenta los factores aleatorios de mejora laboral o riesgo de desempleo, pueden tomarse en cuenta mediante una fórmula, de tal modo que la disminución de la escala refleje la reducción de la probabilidad de mejoras respecto de las opuestas, hasta el punto en el que pueda estimarse probable la estabilización del ingreso. Ingreso a computar = ingreso actual x 60% edad (tope de 60 años). Sala 3ª, 28/4/2008, "Méndez, Alejandro Daniel v. Mylba SA y otro".

Para el examen de los perjuicios civilmente resarcibles, en la aplicación de la fórmula Vuotto, la sala 3ª de la Cámara Nacional del Trabajo aplica una taxonomía tradicional que los divide en tres segmentos, a saber, el daño emergente, el lucro cesante (ambos integrantes del daño económico) y el daño moral (o extrapatrimonial). Esta fórmula toma como punto de partida el ingreso de la víctima (no sólo el salario ganado a las órdenes del responsable, sino su ingreso total proveniente de cualquier fuente laboral, si así resultase de lo invocado y probado); lo extiende durante toda su vida útil y calcula una suma de dinero que, percibida de inmediato e idealmente depositada a una tasa de interés reducida (de tal modo de conservar tentativamente el poder adquisitivo del dinero en el que está expresada), le permita hacer retiros periódicos equivalentes al porcentaje de pérdida de ingreso resultante del cálculo del daño. Asimismo, el empleo de la fórmula "Vuoto" ha tomado en cuenta el fin de la "vida útil" de la víctima, estimable en 65 años. Pero el hecho es que la (presupuesta) merma de salario que el trabajador sufra como consecuencia de su incapacidad laboral se reflejará, en la etapa pasiva, en su haber previsional. Por esta razón, y frente a los señalamientos de la Corte en el fallo "Aróstegui, Pablo Martín v. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal Plus y Compañía SRL", del 8/4/2008, parece justificado elevar la edad tope a 75 años. Sala 3ª, 28/4/2008, "Méndez, Alejandro Daniel v. Mylba SA y otro".

### 24. Pérdida de chance

La pérdida de chance es resarcible cuando el daño eventual que implica dicha pérdida es probable, es decir, existe una circunstancia cierta de generar la oportunidad de la ganancia perdida. Sala 4ª, 30/6/2010, "González, Rosario v. Herpaco SA y otros".

### 25. Aplicación retroactiva del dec. 1694/2009

Aun cuando el accidente que costara la vida del trabajador hubiera acaecido con posterioridad a la publicación en el Boletín Oficial del dec. 1694/2009, ello no impide que pueda aplicarse el art. 1° de dicho decreto y declararse la inconstitucionalidad planteada contra el tope previsto en el art. 11.4, inc. c), LRT. Ello así, conforme lo resuelto por la Corte Suprema en la causa "Arcuri Rojas, Elisa v. Anses", del 3/11/2009, sobre la base de la finalidad protectora de las disposiciones que regulan la seguridad social, y la finalidad del legislador de promover la progresividad de los derechos sociales. Sala 7ª, 19/8/2010, "Ojeda, Anabela Vanesa p/sí y en representación de sus hijos menores A. N. y L. M. S. v. ART Interacción SA s/acción de amparo".

Si bien es cierto que el 5/11/2009 el Poder Ejecutivo nacional decidió suprimir el tope indemnizatorio previsto en el art. 18, inc. a), ley 24.557, y elevar los valores de las prestaciones adicionales a través del dec. 1694/2009, en el caso, el infortunio ocurrió casi dos años antes de dicho decreto por lo cual los jueces no pueden hacer aplicación retroactiva de dicha norma. Sala 4ª, 12/7/2010, "Sánchez, María Eugenia v. Liberty ART SA".

INVENTARIO 29/29
TOPOGRAFIA

# BIBLIOGRAFÍA GENERAL


ALDAO ZAPIOLA, Carlos M., "La negociación. Un enfoque transdisciplinario con específicas referencias a la negociación laboral", OIT/Cinterfor, Montevideo, 2009.

CAPÓN FILAS, Rodolfo, *Derecho del trabajo*, Platense, La Plata, 1998.

CORNAGLIA, Ricardo J., *Reforma laboral. Análisis crítico. Aporte para una teoría general del derecho del trabajo en la crisis*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2001.

DEVEALI, Mario L., *Tratado de derecho del trabajo*, Ediar, Buenos Aires.

ETALA, Carlos A., *Contrato de trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2006.

FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Tratado práctico del derecho del trabajo y la seguridad social*, La Ley, Buenos Aires, 2007.

FERREIRÓS, Estela M., *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, La Ley, Buenos Aires, 2003, col.: "Análisis Jurisprudencial".

GRISOLIA, Julio A., *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, 14ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011.

— (dir.), *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* (RDLSS), AbeledoPerrot, Buenos Aires, fascículos quincenales y *on line*.

— (dir.), *Compendio de legislación laboral*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011.

— (dir.), *Manual de jurisprudencia de derecho laboral*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011.

— (dir.), *Compendio de legislación de la seguridad social*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011.

GRISOLIA, Julio A. - AHUAD, Ernesto J., *Guía práctica profesional: el despido*, Estudio, Buenos Aires, 2010.

GRISOLIA, Julio A. - HIERREZUELO, Ricardo D., *Derechos y deberes en el contrato de trabajo*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010.

HIERREZUELO, Ricardo D. - NÚÑEZ, Pedro F., *Responsabilidad solidaria en el contrato de trabajo*, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

KROTOSCHIN, Ernesto, *Tratado práctico de derecho del trabajo*, Depalma, Buenos Aires, 1987.

LÓPEZ, Justo - CENTENO, Norberto - FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1987.

MARTÍNEZ VIVOT, Julio, *Elementos de derecho del trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1999.

PERUGINI, Alejandro H., *Relación de dependencia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

PODETTI, Humberto A., *Política social*, Astrea, Buenos Aires, 1982.

RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (dir.), *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2007.

— *Curso de derecho del trabajo y la seguridad social*, Astrea, Buenos Aires, 1999.

RUBIO, Valentín, *Derecho laboral*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.

SARDEGNA, Miguel Á., *Ley de Contrato de Trabajo*, Universidad, Buenos Aires, 2004.

VAZQUEZ VIALARD, Antonio y otros, *Tratado de derecho del trabajo y la seguridad social*, Astrea, Buenos Aires, 1984.

— "Ley de Contrato de Trabajo", *Digesto Práctico*, La Ley, Buenos Aires, 2003.

# ÍNDICE GENERAL


Palabras preliminares de la 7ª edición ..... 7
Palabras preliminares de ediciones anteriores ..... 9

CAPÍTULO I

**TRABAJO HUMANO. DERECHO DEL TRABAJO**

I. TRABAJO HUMANO ..... 11
1. Trabajo benévolo, amateur, religioso y familiar. El trabajo autónomo ..... 12
2. El trabajo en la LCT ..... 13
3. La relación de dependencia ..... 14
II. DERECHO DEL TRABAJO ..... 15
1. Concepto y división ..... 15
2. Contenido ..... 16
3. Caracteres ..... 17
4. El carácter protectorio. El orden público laboral ..... 18
5. Naturaleza jurídica ..... 20
6. Diferencias con el derecho común y relación con otras ciencias ..... 20

CAPÍTULO II

**HISTORIA DEL DERECHO DEL TRABAJO**

I. EL TRABAJO A LO LARGO DE LA HISTORIA ..... 21
1. Primera época: las prestaciones laborales "preindustriales" ..... 22
2. Segunda época: las prestaciones laborales de la etapa industrial ..... 23
3. La cuestión social: soluciones teórico-filosóficas ..... 25
II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO ..... 30
1. Antecedentes en el mundo ..... 30
2. La evolución en la Argentina ..... 30
III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO EN LA ARGENTINA ..... 31

CAPÍTULO III

**FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO**

I. FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO ..... 37
1. Concepto ..... 37
2. Clasificación ..... 38
2.1. Fuentes clásicas ..... 38
2.2. Fuentes propias ..... 41
Clasificación de las fuentes ..... 43
II. ORDEN JERÁRQUICO Y ORDEN DE PRELACIÓN. CONFLICTOS DE NORMAS ..... 44
III. CONSTITUCIONALISMO SOCIAL ..... 46
1. El art. 14 bis, CN ..... 46

CAPÍTULO IV

## PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

I. CONCEPTO ..... 53
II. FUNCIONES ..... 53
III. PRINCIPALES PRINCIPIOS ..... 54
1. Principio protectorio ..... 55
2. Principio de irrenunciabilidad ..... 57
2.1. Imperatividad de normas, irrenunciabilidad y disponibilidad de derechos ..... 57
2.2. Concepto y alcance ..... 58
2.3. Distintas posturas hasta la reforma al art. 12, LCT, por la ley 26.574 (BO del 29/12/2009)... 61
2.4. Excepciones ..... 63
3. Principio de continuidad de la relación laboral ..... 68
4. Principio de primacía de la realidad ..... 69
5. Principio de buena fe ..... 70
6. Principio de no discriminación e igualdad de trato ..... 71
7. Principio de equidad ..... 73
8. Principio de justicia social ..... 73
9. Principio de gratuidad ..... 74
10. Principio de razonabilidad ..... 76
11. Principio de progresividad ..... 76
IV. MEDIOS TÉCNICO-JURÍDICOS ..... 76

CAPÍTULO V

## CONTRATO DE TRABAJO. RELACIÓN DE DEPENDENCIA

I. CONTRATO DE TRABAJO ..... 79
1. Elementos ..... 79
2. Caracteres ..... 79
II. RELACIÓN DE TRABAJO ..... 80
III. SUJETOS DEL CONTRATO DE TRABAJO ..... 81
1. Trabajador ..... 81
2. Empleador ..... 82
3. El Estado ..... 83
IV. REQUISITOS DEL CONTRATO ..... 83
1. Consentimiento ..... 83
2. Capacidad de las partes ..... 84
3. Objeto ..... 88
4. Forma ..... 91
5. Causa ..... 91
V. RELACIÓN DE DEPENDENCIA ..... 92
1. Relación de dependencia y trabajo autónomo ..... 92
2. Contrato de trabajo y locación de servicios ..... 92
3. La crisis del contrato de trabajo. La parasubordinación ..... 93
4. Nuevas perspectivas del concepto de dependencia ..... 94
5. Casos dudosos de relación de dependencia ..... 95
6. Teletrabajo ..... 99
7. Empleo público ..... 100
8. Voluntariado social ..... 101
9. Diferencias del contrato de trabajo con otras formas de contratación ..... 102
VI. PRUEBA DEL CONTRATO DE TRABAJO ..... 103
1. Medios de prueba ..... 104
2. Presunciones ..... 104

CAPÍTULO VI

## REGISTRACIÓN DEL CONTRATO. EMPLEO NO REGISTRADO

I. REGISTROS. OBLIGACIÓN DE LOS EMPLEADORES DE LLEVAR LIBROS ..... 107
1. Simplificación y unificación de la inscripción registral ..... 111
2. SUSS. Res. 1891 AFIP (BO del 2/6/2005) y res. 2016 AFIP (BO del 17/3/2006) ..... 113
2.1. Plazos ..... 114
2.2. Requisitos. Información a suministrar ..... 114
2.2.1. Modificación de datos ..... 115
2.3. Presentación de las comunicaciones. Modalidades ..... 115
2.3.1. Casos especiales ..... 115
2.4. Acuse de recibo de la comunicación ..... 115
2.4.1. Vinculaciones iniciadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la res. gral. 2016/2006 ..... 116
2.4.2. Efectos del acuse de recibo ..... 116
2.4.3. Trabajadores contratados por terceros ..... 116
2.4.4. Oponibilidad de las fechas de inicio o cese de la relación laboral ..... 117
2.4.5. Incumplimientos. Efectos sancionatorios ..... 118
3. Trabajo decente ..... 118
4. Regímenes de regularización, promoción y protección del empleo registrado. Ley 26.476 (BO del 24/12/2008) ..... 118
5. Administración del trabajo. Ley 25.877 ..... 122
II. EMPLEO NO REGISTRADO Y DEFECTUOSAMENTE REGISTRADO ..... 122
1. El trabajo no registrado como problemática social ..... 122
2. Las multas de la ley 24.013 ..... 122
3. El art. 1°, ley 25.323 ..... 132
4. La ley 25.345 ..... 134

CAPÍTULO VII

## FRAUDE. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

I. FRAUDE Y SIMULACIÓN EN EL CONTRATO DE TRABAJO ..... 135
1. Fraude ..... 135
2. Simulación ..... 136
3. Error, dolo y violencia ..... 136
II. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN EL CONTRATO DE TRABAJO ..... 137
1. Solidaridad en el derecho civil. Su transvasamiento al derecho del trabajo ..... 137
2. Regla general del art. 14, LCT ..... 138
3. Arts. 29 y 29 bis, LCT. Interposición e intermediación. Empresa de servicios eventuales. Solidaridad ..... 139
4. Fallo plenario de la C. Nac. Trab., 30/6/2010, "Vázquez" ..... 141
5. Art. 30, LCT. Contratación y subcontratación. Fallos de la Corte Sup., 15/4/1993, "Rodríguez" y 22/12/2009, "Benítez" ..... 143
6. Fallo plenario 309 de la C. Nac. Trab., 3/2/2006, "Ramírez v. Russo Comunicaciones e Insumos SA" ..... 149
7. Art. 31, LCT. Empresas relacionadas y subordinadas. Solidaridad ..... 149
8. Responsabilidad de socios, gerentes, directores y administradores de sociedades comerciales ..... 153
8.1. Tesis amplia ..... 153
8.2. Tesis estricta ..... 158
III. TRANSFERENCIA Y CESIÓN DEL CONTRATO ..... 164
1. Novación subjetiva del contrato de trabajo ..... 164
2. Transferencia del establecimiento ..... 165
3. Supuestos particulares de transferencia ..... 167

4. Efectos de la transferencia del establecimiento ..... 169
5. Cesión del contrato y cesión temporaria de personal ..... 170
6. Situación de despido ..... 170
7. Transferencia en favor del Estado. Privatizaciones ..... 171

CAPÍTULO VIII

## PERÍODO DE PRUEBA. MODALIDADES

I. PERÍODO DE PRUEBA ..... 173
1. Finalidad ..... 173
2. Naturaleza jurídica ..... 174
3. Derecho comparado ..... 174
4. Antecedentes nacionales ..... 174
5. Régimen actual. El art. 92 bis, LCT (texto según ley 25.877) ..... 176
5.1. Reglas ..... 176
5.2. Plazo ..... 179
5.3. Indemnización y preaviso ..... 180
6. Supuestos especiales ..... 181
7. Despido de la mujer embarazada durante el período de prueba ..... 181
8. Despido de los representantes sindicales ..... 185
II. MODALIDADES DEL CONTRATO ..... 185
1. Los tipos de contrato según su duración ..... 185
1.1. Contrato a plazo fijo ..... 187
1.2. Contrato de temporada ..... 190
1.3. Contrato de trabajo eventual ..... 193
1.3.1. Generalidades ..... 193
1.3.2. Antecedentes ..... 193
1.3.3. Características ..... 194
1.3.4. Diferencias con el contrato a plazo fijo y de temporada ..... 195
1.3.5. Forma, prueba y registración ..... 196
1.3.6. Supuestos previstos ..... 197
1.3.6.1. Servicios extraordinarios determinados de antemano ..... 197
1.3.6.2. Exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento ..... 197
a) Sustitución de trabajadores permanentes ..... 197
b) Exigencias extraordinarias del mercado ..... 198
1.3.6.3. Contrato de obra determinada ..... 198
1.3.7. Régimen jurídico ..... 199
1.3.8. Conclusiones ..... 199
1.3.9. Empresas de servicios eventuales ..... 200
4. Contrato de equipo ..... 207
5. Contrato a tiempo parcial ..... 210
6. Contrato de aprendizaje ..... 211
III. CONTRATOS NO LABORALES ..... 214
1. Pasantías ..... 214
1.1. Pasantías educativas: ley 26.427 (BO del 22/12/2008) y reglamentación ..... 214
1.2. Decreto 1547/1994 (Pronapas) ..... 221
2. Becas ..... 222

CAPÍTULO IX

## DERECHOS Y DEBERES DE LAS PARTES

I. CONCEPTO Y ALCANCE ..... 225

II. CLASIFICACIÓN ..... 225
1. Según los intereses protegidos sean los del empleador o los del trabajador ..... 225
2. Según quién sea titular de los derechos y obligaciones ..... 226
III. DEBERES DE CONDUCTA COMUNES A LAS PARTES ..... 227
IV. DERECHOS DEL EMPLEADOR ..... 229
1. Facultad de organización ..... 229
2. Facultad de dirección ..... 230
3. Facultad de control ..... 231
3.1. Violación de la correspondencia electrónica. Ley 26.388 (BO del 25/6/2008) ..... 232
4. Poder reglamentario ..... 233
5. Facultad de alterar las condiciones del contrato. *Ius variandi* ..... 233
5.1. Generalidades ..... 233
5.2. Requisitos ..... 234
5.3. Consentimiento ..... 237
5.4. Cambios posibles ..... 238
5.5. Remuneración ..... 242
5.6. Acciones del trabajador frente al ejercicio abusivo del *ius variandi* ..... 243
6. Poder disciplinario ..... 245
6.1. Requisitos ..... 247
V. DEBERES DEL EMPLEADOR ..... 249
1. Pago de la remuneración ..... 249
2. Deber de seguridad y protección ..... 250
2.1. Deber de seguridad personal ..... 250
2.2. Deber de seguridad patrimonial o indemnidad ..... 252
2.3. Deber de protección, alimentación y vivienda ..... 253
3. Deber de ocupación ..... 253
4. Deber de diligencia e iniciativa ..... 254
5. Deber de observar las obligaciones respecto de los organismos sindicales y de la seguridad social. Entrega del certificado de trabajo ..... 255
5.1. Certificado de trabajo registrado ..... 261
6. Deber de no discriminar e igualdad de trato ..... 264
7. Deber de llevar libros ..... 268
8. Deber de formación profesional ..... 269
9. Deber de información. Balance social ..... 269
VI. DERECHOS DEL TRABAJADOR ..... 270
1. Invenciones o descubrimientos del trabajador ..... 271
2. Derecho a la formación profesional en las PyMEs ..... 272
3. Derecho a la intimidad: nuevas tecnologías y utilización del correo electrónico ..... 272
VII. DEBERES DEL TRABAJADOR ..... 273
1. Deber de diligencia y colaboración ..... 273
2. Deber de fidelidad ..... 274
3. Deber de obediencia ..... 275
4. Custodia de los instrumentos de trabajo ..... 276
5. Responsabilidad por daños ..... 276
6. Deber de no concurrencia ..... 277
VIII. COMPORTAMIENTO DEL TRABAJADOR FUERA DEL ÁMBITO DEL TRABAJO ..... 277

## CAPÍTULO X
## REMUNERACIÓN

I. CONCEPTO ..... 279
II. CARACTERES DE LA REMUNERACIÓN ..... 281
III. SALARIO MÍNIMO VITAL. SALARIO CONVENCIONAL Y GARANTIZADO ..... 282

IV. SAC ..... 285
V. INCREMENTO DE LA REMUNERACIÓN BÁSICA (DECRETOS 392/2003, 1347/2003 Y 2005/2004). Fallo de la Corte Sup., 19/5/2010, "González, Martín Nicolás v. Polimat SA y otro" ..... 287
VI. CLASIFICACIÓN DE LA REMUNERACIÓN ..... 291
1. Por tiempo y por resultado ..... 292
1.1. Por tiempo (art. 104, LCT) ..... 292
1.2. Por resultado o rendimiento (art. 104, LCT) ..... 293
2. Principales y complementarias ..... 296
2.1. Complementarias ..... 297
3. En dinero y en especie (arts. 105 y 107, LCT) ..... 305
4. Retribuciones especiales ..... 308
VII. PROTECCIÓN DE LA REMUNERACIÓN FRENTE AL EMPLEADOR ..... 308
1. Pago de la remuneración (arts. 124 a 129, LCT) ..... 308
1.1. Sujetos ..... 309
1.2. Tiempo ..... 309
1.3. Lugar ..... 310
1.4. Medios de pago ..... 310
2. Prueba del pago. Recibos (arts. 138 a 146, LCT) ..... 313
3. Adelantos (art. 130, LCT) ..... 316
4. Retenciones. Deducciones y compensaciones (arts. 131 a 133, LCT) ..... 316
VIII. PROTECCIÓN DE LA REMUNERACIÓN FRENTE A LOS ACREEDORES DEL EMPLEADOR (PRIVILEGIOS) Y DEL TRABAJADOR Y FRENTE AL PROPIO TRABAJADOR ..... 318
1. Protección frente a los acreedores del empleador. Privilegios ..... 318
2. Protección frente a los acreedores del trabajador ..... 320
3. Protección frente al propio trabajador ..... 320
IX. PRESTACIONES NO REMUNERATORIAS ..... 321
1. Beneficios sociales ..... 321
2. Prestaciones y compensaciones complementarias no remunerativas ..... 327

CAPÍTULO XI

## RÉGIMEN DE JORNADA

I. CONCEPTO DE JORNADA ..... 329
II. EXTENSIÓN. FUNDAMENTO ..... 330
III. EXCLUSIÓN DE LA LEGISLACIÓN PROVINCIAL ..... 331
IV. EXCLUSIONES Y EXCEPCIONES ..... 331
1. Trabajos exceptuados de la jornada máxima de la ley 11.544 ..... 332
2. Trabajos con jornada máxima sobre la cual se puede obligar, excepcionalmente, a trabajar horas extraordinarias ..... 336
V. JORNADA NORMAL DIURNA ..... 336
VI. JORNADA NOCTURNA ..... 337
VII. JORNADA INSALUBRE ..... 338
VIII. JORNADA PROMEDIO ADMITIDA POR LA DISPONIBILIDAD COLECTIVA (ART. 198, LCT) ..... 343
IX. HORAS EXTRAORDINARIAS ..... 344
1. Pago de las horas que exceden la jornada pactada inferior a la legal ..... 345
2. Límite a la realización de horas extraordinarias ..... 346
X. LA EXTENSIÓN DE LA JORNADA EN EL DERECHO COMPARADO ..... 348

CAPÍTULO XII

## DESCANSOS, FERIADOS, VACACIONES Y LICENCIAS

I. LAS PAUSAS EN LA RELACIÓN DE TRABAJO ..... 351
II. DESCANSO DIARIO ..... 351

III. Descanso semanal ..... 352
IV. Feriados y días no laborables ..... 354
Feriados nacionales inamovibles ..... 355
Feriados nacionales transferibles ..... 356
Feriados con fines turísticos o "días puente" (dec. 1585/2010, que complementa al dec. 1584/2010) . 356
Días no laborables ..... 356
V. Vacaciones anuales ..... 358
1. Concepto ..... 358
2. Requisitos para su goce ..... 359
2.1. Tiempo mínimo ..... 359
2.2. Antigüedad ..... 361
3. Distintas situaciones ..... 361
4. Plazos ..... 362
5. Acumulación y fraccionamiento ..... 363
6. Período de otorgamiento ..... 363
7. Omisión de otorgamiento ..... 364
8. Retribución ..... 365
9. PyMEs ..... 366
10. Extinción del contrato ..... 366
VI. Régimen de las licencias especiales ..... 367

Capítulo XIII

**ENFERMEDADES Y ACCIDENTES INCULPABLES**

I. Concepto y alcance ..... 371
II. Licencia por enfermedad. Cómputo de los plazos retribuidos ..... 373
III. Conservación del empleo ..... 374
IV. Distintas hipótesis: reincorporación al trabajo. Incapacidad absoluta ..... 377
1. Incapacidad definitiva parcial ..... 377
2. Incapacidad absoluta ..... 378
V. Obligaciones del dependiente. Facultades del empleador ..... 380
VI. Liquidación de salarios por enfermedad ..... 382
VII. Despido ..... 383

Capítulo XIV

**TRABAJO DE MUJERES Y MENORES**

I. Trabajo de mujeres ..... 385
1. Antecedentes ..... 385
2. La protección en la legislación actual ..... 385
II. Protección de la maternidad ..... 387
1. Licencia por nacimiento. Prohibición de trabajar ..... 387
2. Conservación del empleo ..... 388
3. Aplicación del régimen de enfermedades inculpables ..... 389
4. Obligación de comunicar el embarazo. Estabilidad ..... 389
5. Descansos diarios por lactancia ..... 391
6. Opciones de la trabajadora al finalizar la licencia por maternidad ..... 391
7. Estado de excedencia ..... 393
8. Reingreso de la trabajadora ..... 394
III. Protección del matrimonio ..... 395
IV. Trabajo de menores ..... 396
1. Capacidad. Prohibición de trabajar ..... 397
2. Régimen de jornada y descansos ..... 398
3. Ley 26.390 (BO del 25/6/2008): prohibición del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente . 399

CAPÍTULO XV

## SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

I. CONCEPTO DE SUSPENSIÓN ..... 405
1. Notas características ..... 405
II. SUSPENSIONES POR CAUSAS ECONÓMICAS Y DISCIPLINARIAS ..... 406
1. Requisitos de validez ..... 406
2. Plazos máximos ..... 407
3. Salarios de suspensión ..... 408
4. Causas de suspensión ..... 408
4.1. Suspensiones por causas económicas ..... 408
4.1.1. Procedimiento preventivo de crisis ..... 410
4.2. Suspensión disciplinaria ..... 415
4.3. Suspensión por quiebra ..... 417
4.4. Suspensión preventiva ..... 417
4.5. Suspensión precautoria o cautelar ..... 419
4.6. Suspensión por desempeño de cargos electivos y gremiales ..... 420
4.7. Servicio militar. Convocatorias especiales ..... 421

CAPÍTULO XVI

## DESPIDO

I. ESTABILIDAD EN EL EMPLEO ..... 423
II. REINSTALACIÓN EN CASO DE DISCRIMINACIÓN. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA, 7/12/2010, "ÁLVAREZ, MAXIMILIANO Y OTROS V. CENCOSUD SA" ..... 424
III. PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ..... 426
IV. PERFECCIONAMIENTO DE LA EXTINCIÓN. DEBERES DE LAS PARTES ..... 428
V. PREAVISO ..... 428
1. Concepto ..... 428
2. Plazos ..... 429
3. Perfeccionamiento ..... 430
4. Efectos ..... 431
5. Indemnización sustitutiva ..... 432
6. Integración del mes de despido ..... 433
VI. DESPIDO ..... 435
1. Concepto ..... 435
2. Comunicación. Efectos ..... 435
3. Clasificación ..... 437
3.1. Despido directo ..... 437
3.2. Despido indirecto ..... 437
VII. DESPIDO CON JUSTA CAUSA ..... 438
1. Expresión de la causa. Invariabilidad ..... 438
2. Injuria ..... 439
3. Casos de injuria del trabajador ..... 441
3.1. Inasistencias y falta de puntualidad ..... 441
3.2. Agresión a compañeros, riñas e insultos ..... 442
3.3. Estado de ebriedad y consumo de drogas ..... 442
3.4. Iniciación de juicios contra el empleador ..... 443
3.5. Pérdida de confianza ..... 443
3.6. Comisión de un delito ..... 444
3.7. Disminución del rendimiento ..... 444
3.8. Participación en una huelga ..... 444
3.9. Uso indebido del correo electrónico e internet ..... 444
3.10. Otros casos de injuria ..... 445

4. Casos de injuria del empleador ..... 446
4.1. Negativa de vínculo ..... 446
4.2. Falta de pago de las remuneraciones ..... 446
4.3. Exceso de *ius variandi* ..... 446
4.4. Suspensiones excesivas ..... 446
4.5. Falta de registración laboral ..... 446
4.6. Falta de depósito de aportes ..... 447
4.7. Negativa de tareas ..... 447
4.8. Acoso sexual ..... 447
4.9. *Mobbing* o acoso psicológico en el ámbito laboral ..... 448
4.10. Otros actos de discriminación ..... 449

CAPÍTULO XVII

## INDEMNIZACIONES

I. RÉGIMEN INDEMNIZATORIO ..... 451
1. Indemnización por antigüedad. Art. 245, LCT ..... 451
1.1. Remuneración ..... 452
1.2. Tope salarial ..... 455
1.2.1. Otros aspectos del art. 245, LCT ..... 456
1.2.2. Fallos de la Corte ..... 457
a) Evolución histórica ..... 457
b) Cambio de criterio: el fallo "Vizzoti" (14/9/2004) ..... 459
1.3. Indemnización mínima ..... 461
1.4. Antigüedad ..... 462
2. Indemnización sustitutiva de preaviso (arts. 231 y 232, LCT) ..... 463
3. Integración del mes de despido (art. 233, LCT) ..... 464
4. Conceptos de pago obligatorio cualquiera sea la causa de la extinción ..... 465
4.1. SAC proporcional (art. 123, LCT) ..... 465
4.2. Vacaciones proporcionales (art. 156, LCT) ..... 465
4.3. Días trabajados hasta el despido ..... 466
5. Indemnizaciones en distintos contratos ..... 466
5.1. Contrato a plazo fijo (arts. 90 a 95, LCT) ..... 466
5.2. Contrato eventual (arts. 99 y 100, LCT, y 68 a 80, ley 24.013) ..... 466
5.3. Contrato de temporada (arts. 96 a 98, LCT) ..... 466
5.4. Viajantes de comercio (indemnización por clientela) ..... 466
6. Plazo del pago de las indemnizaciones. Art. 255 bis, LCT (conf. ley 26.592, BO del 26/5/2010) 467
II. INDEMNIZACIONES AGRAVADAS. SITUACIONES ESPECIALMENTE PROTEGIDAS ..... 467
1. Despido por maternidad ..... 467
2. Despido por matrimonio ..... 468
3. Despido durante la licencia por enfermedad ..... 468
4. Despido de representantes sindicales ..... 468
5. Daño moral ..... 469
6. Multas de la ley 24.013 e incremento indemnizatorio del art. 1°, ley 25.323 ..... 470
7. Arts. 80 y 132 bis, LCT (según ley 25.345) ..... 470
III. FALTA DE PAGO EN TÉRMINO. ART. 9°, LEY 25.013 ..... 470
IV. INCREMENTO INDEMNIZATORIO DEL ART. 2°, LEY 25.323 ..... 471
V. REFERENCIA HISTÓRICA. EL DEROGADO ART. 16, LEY 25.561, DEC. 264/2002, LEY 25.972 Y DNU 1224/2007 (BO del 11/9/2007) ..... 473
VI. INTERESES EN LAS INDEMNIZACIONES ..... 479
1. Intereses punitorios ..... 481
VII. PAGO EN JUICIO ..... 482