

## CAPITULO X

### DESPIDO. REGIMEN INDEMNIZATORIO



#### **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.

- **Estabilidad propia.** Puede ser absoluta o relativa; se presenta cuando la norma aplicable prevé la imposibilidad jurídica de extinguir la relación sin causa: el empleador tiene vedada la posibilidad de despedir sin invocar una causa y está obligado a reincorporar al trabajador -absoluta- (caso "Madorrán" - CSJN del 3/5/07) o, en caso de negarse, debe pagar una indemnización agravada -relativa- (por ejemplo, la del representante gremial).

- **Estabilidad impropia.** Es la que se aplica en nuestra legislación: no se le garantiza al trabajador la perduración del vínculo jurídico, pero en caso de despido sin causa el empleador debe pagar una indemnización; intenta evitar el despido imponiendo una sanción indemnizatoria al empleador.

#### **PROTECCION CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO.**

La protección contra el despido es una de las medidas adoptadas por las legislaciones para evitar el despido arbitrario del trabajador. El art. 14 bis de la C.N. garantiza la protección contra el despido arbitrario, pero no obliga en forma genérica a establecer la estabilidad propia. La protección consiste en la obligación de abonar una indemnización basada en el salario mensual y la antigüedad del trabajador: en la práctica existe un régimen de "libertad de despido" con indemnización tarifada, que cubre los daños y perjuicios ocasionados. No queda al arbitrio judicial y tiene una triple función: reparatoria, sancionatoria y disuasiva.

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

Es decir que excepcionalmente puede otorgarse otra reparación (agravada o extratarifada) o inclusive decidirse la reinstalación en el trabajo. Esta decisión puede 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 CC), 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 del Código Civil)

Es importante el fallo dictado el 7 de diciembre de 2010 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Alvarez, Maximiliano y otros v. Cencosud SA s/ acción de amparo", que dispone que la ley antidiscriminatoria -ley 23.592- se aplica también

a las relaciones laborales privadas y prevalece sobre la libertad contractual y de comercio del empleador. Dispone que 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. 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.

Refiere que nada tiene que ver la cuestión con el caso "De Luca", ya que el marco normativo constitucional difiere del de aquel entonces; cabe recordar también el caso "Madorrán", que también enarbola la protección al derecho a trabajar.

### **REFORMAS DE LA LEY 25.877**

El Capítulo II del Título I de la ley de Ordenamiento Laboral 25.877 (BO, 19/3/2004) introdujo importantes cambios al Título XII de la Ley de Contrato de Trabajo referido a la extinción del contrato de trabajo (Capítulos I y IV) y derogó los arts. 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 y 13 de la ley 25.013.

Hasta esa derogación y la reforma de los arts. 92 bis, 231, 233 y 245 de la L.C.T. 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.

La ley 25.877 unificó las disposiciones relativas a la extinción e indemnizaciones; cabe recordar que desde el 3 octubre de 1998 regían dos normas distintas (LCT y ley 25.013) que se aplicaban a diferentes trabajadores según su antigüedad, lo que generó confusión y un trato discriminatorio. Derogó el Capítulo II de la ley 25.013 (arts. 5 a 11) con excepción del art. 9 que presume la existencia de conducta temeraria y maliciosa (art. 275, LCT) cuando el empleador omitiera pagar en término y sin causa justificada la indemnización por despido incausado o de un acuerdo rescisorio homologado.

Si bien resulta superadora de la ley 25.013, la ley 25.877 es menos beneficiosa para el trabajador que la LCT en su redacción anterior. Ello se evidencia tanto en la disminución del piso mínimo a un salario mensual –“mejor remuneración mensual, normal y habitual”- (la LCT establecía 2 salarios) y en la restricción de la aplicación de la integración del mes de despido sólo para los casos en que no se otorga el preaviso, el cual, como en el art. 6 de la ley 25.013 (que se derogó), comienza a regir a partir del día siguiente al de la notificación.

En materia de preaviso, modificó los arts. 231 y 233 de la LCT. El art. 231 fija un plazo de preaviso para el trabajador de 15 días, mientras que para el empleador es: de 15 días cuando el trabajador está en período de prueba, de 1 mes cuando el trabajador tiene una antigüedad en el empleo que no exceda de 5 años y de 2 meses cuando sea superior.

En cuanto al art. 233 de la L.C.T., la ley 25.877 mantuvo el segundo párrafo referido a la integración del mes de despido pero modifica el primero y agrega un tercer párrafo. El primer párrafo dispone que los plazos de preaviso corren a partir del

día siguiente al de la notificación del preaviso. En cambio, el tercero aclara que la integración del mes de despido no procede cuando la extinción se produzca durante el período de prueba.

También modificó el art. 245 de la LCT y, aunque mantiene en términos generales el texto original, en primer lugar, reemplaza la palabra “percibida” por “devengada” cuando hace referencia a las remuneraciones; en segundo lugar, en el tercer párrafo del artículo sustituye la expresión “no amparados” por la palabra “excluidos” cuando se refiere a los trabajadores no convencionados; y, en tercer lugar, reduce el piso mínimo a 1 mes de sueldo en lugar de 2, como consignaba su redacción anterior.

### **Perfeccionamiento de la extinción.**

El hecho de la extinción de la relación -distracto- es de carácter instantáneo: produce efectos desde el momento en que se perfecciona; es decir, cuando la voluntad de extinguirlo llega a la esfera de conocimiento de la otra parte.

### **PREAVISO**

#### **a) Concepto.-**

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

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

#### **b) Plazos.-**

No se requiere de una antigüedad mínima en el puesto para que el empleador tenga la obligación de preavisar. Durante el período de prueba es de 15 días. Este plazo se da sólo cuando se encuentre vigente el período de prueba y no genéricamente durante los primeros 3 meses de la relación laboral, ya que si las partes prescindieran 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 1 mes y no de 15 días.

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

El trabajador debe otorgarlo siempre con 15 días de antelación.

c) Forma.-

El art. 235 de la LCT dispone que "*la notificación del preaviso deberá probarse por escrito*". Se trata de una declaración unilateral de voluntad recepticia: 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).

En la LCT en su redacción anterior el plazo comenzaba a correr desde el primer día del mes siguiente al de la notificación (art. 233 de la LCT.). 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 de la Ley de Ordenamiento Laboral 25.877 al art. 233 de la LCT, el preaviso comienza a correr a partir del día siguiente al de la notificación. En caso de no otorgarse preaviso se debe abonar la integración del mes de despido.

d) Circunstancias especiales.-

Si el contrato está suspendido por alguna causa que genera derecho a percibir remuneración el preaviso no tiene efecto, salvo que haya sido otorgado para empezar a correr una vez finalizada la suspensión. Si la suspensión no genera derecho a percibir remuneración el preaviso es válido, pero a partir de su notificación y hasta el fin del plazo el empleador tiene la obligación de pagar salarios. Si la suspensión del contrato fuese sobreviniente a la notificación del preaviso (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.

En los casos de despido por falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, no se produce la extinción automática del contrato: por lo tanto, el empleador debe otorgar preaviso.

e) Efectos.-

Sin perjuicio de la comunicación del preaviso el contrato continúa y ambas partes mantienen no sólo los deberes de prestación sino también todos los derechos y obligaciones. El empleador está obligado por todos los hechos que ocurran durante dicho lapso, se trate de aumentos de remuneraciones, enfermedad del dependiente o accidentes, entre otros. Si omite otorgarlo la relación finaliza el mismo día en que se notificó el despido: el trabajador no puede invocar ningún hecho acaecido con posterioridad porque el contrato se extinguío.

El art. 237 de la LCT dispone que: "*durante el plazo del preaviso el trabajador tendrá derecho, sin reducción de su salario, a gozar de una licencia de dos 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*". Es una licencia para que busque un nuevo empleo. Si el empleador no otorga la licencia, el trabajador la puede tomar por sí (no hay derecho a licencia en caso de preaviso otorgado por el trabajador).

**f) Indemnización sustitutiva de preaviso.-**

El incumplimiento del deber impuesto por el art. 231 de la LCT genera el derecho a la denominada indemnización sustitutiva del preaviso omitido. Procede ante el incumplimiento total o parcial (si se otorga por un plazo menor al legal). Dispone el art. 232 de la LCT que "*la parte que omita el preaviso o lo otorgue de modo insuficiente deberá abonar a la otra una indemnización sustitutiva equivalente a la remuneración que correspondería al trabajador durante los plazos señalados en el art. 231*".

El monto de la indemnización debe reflejar el ingreso normal del trabajador y será equivalente a uno 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 base de cálculo es la remuneración del trabajador: se excluyen los rubros no remuneratorios, como las asignaciones familiares y los beneficios sociales. Deben tomarse en cuenta los aumentos salariales dispuestos para el período en que debería haber corrido el preaviso y la parte proporcional del sueldo anual complementario, que es un salario de pago diferido.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la indemnización sustitutiva del preaviso no es remuneración, sino que tiene carácter indemnizatorio: no está sujeta a descuentos por aportes jubilatorios, sindicales, o de obras sociales.

**g) Integración del mes de despido.-**

El art. 4 de la ley 25.877 modificó el art. 233 de la LCT. El primer párrafo del art. 233 LCT 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 despidे al trabajador sin otorgarle preaviso o bien en el despido indirecto con justa causa (ver Fallo Plenario nº 30 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo).

Ello es así porque si se otorga el preaviso comienza a correr a partir del día siguiente 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, establece que sólo le corresponde al trabajador en caso de que el preaviso no le sea otorgado.

El último párrafo del art. 233 de la L.C.T. reformado por el art. 4 de la ley 25.877, prevé que la integración del mes de despido no procede cuando la extinción se produce 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.

**DESPIDO.****a) Concepto. Carácteres.-**

Es una las formas de extinción del contrato de trabajo. Surge de la voluntad de alguna de las partes y puede fundarse en una justa causa o disponerse sin expresión de causa. Es un acto unilateral del empleador (despido directo) o del trabajador (despido indirecto) que extingue el contrato, receptivo (es eficaz desde el momento en que el

acto llega al conocimiento del destinatario) y extintivo (desde que es recibida la notificación los efectos del contrato cesan para el futuro y ninguna de las partes puede invocar hechos posteriores para justificar la medida).

En principio es un acto informal; se puede manifestar verbalmente o por escrito. Pero en los casos de despido con preaviso y de despido con justa causa, es requisito ineludible la forma escrita.

#### **b) Comunicación y efectos.-**

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

#### **c) Clasificación.-**

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

**1. Despido directo:** es la extinción decidida unilateralmente por el empleador; puede consistir en un despido sin causa o con justa causa.

- DESPIDO SIN CAUSA O INCAUSADO: el empleador no invoca ninguna causa para despedir (arbitrario o inmotivado). Genera el derecho del trabajador a percibir la indemnización por antigüedad, la indemnización sustitutiva de preaviso, integración del mes de despido y las que correspondan según cada caso particular.

- DESPIDO CON JUSTA CAUSA: el empleador extingue el contrato de trabajo por el incumplimiento grave de alguna de las obligaciones en que incurre el trabajador. El empleador debe expresar por escrito, en forma suficientemente clara, la causa que 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 indemnizaciones. En cambio, si invoca la causa en forma genérica o no logra probarla, debe las indemnizaciones por despido.

**2. Despido indirecto:** el que decide dar por terminado el contrato es el trabajador ante un incumplimiento patronal (injuria) que considera de suficiente gravedad e impide la continuación del contrato. Debe ser notificado por escrito (previa intimación al empleador para que subsane su incumplimiento), expresando en forma suficientemente clara los motivos que justifican su decisión. El trabajador tiene la carga de la prueba de la causa invocada; de demostrarla genera el derecho a cobrar las mismas indemnizaciones que en caso de despido directo sin causa o sin causa justificada. Así lo dispone el art. 246 de la LCT al consignar que "*cuando el trabajador hiciese denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa, tendrá derecho a las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245*".

## DESPIDO CON JUSTA CAUSA.

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

### Expresión de la causa. Invariabilidad.-

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

El art. 243 de la LCT, dispone que "*el despido por justa causa dispuesto por el empleador como la denuncia del contrato de trabajo fundada en justa causa que hiciera el trabajador, deberán comunicarse por escrito, con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato. Ante la demanda que promoviere la parte interesada, no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones antes referidas*".

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

Se debe expresar el hecho que determina la disolución con precisión y claridad: no tienen eficacia manifestaciones genéricas, imprecisas o ambiguas. No cumplen el requisito de precisión suficiente expresiones tales como "queda despedido por injurias" o por "injurias graves" o por "incumplimientos"; se debe especificar el tipo de injurias o incumplimientos en forma clara y detallada; por ejemplo, falta de respeto a los superiores, impuntualidad, agresión a compañeros, o presentarse a trabajar en estado de ebriedad.

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

### Injuria.-

Para que se exista una justa causa debe producirse una inobservancia de las obligaciones de alguna de las partes de tal entidad que por su gravedad torne imposible la continuidad del vínculo. La injuria es un grave ilícito contractual que justifica la aplicación de la máxima sanción (despido). Teniendo en cuenta los principios generales

del derecho del trabajo y el principio de continuidad y estabilidad en el empleo, el primer párrafo del art. 242 de la LCT limitó las posibilidades al determinar que “*una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación*”.

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

- Puede tratarse tanto de una injuria de orden patrimonial como moral, y no requiere dolo, siendo suficiente que lesione los intereses legítimos de las partes y sea lo suficientemente grave para impedir la continuación de la relación laboral.

- Debe valorarse relacionándola con el contexto laboral y sociocultural en el cual se produce; por ejemplo, puede constituir injuria que amerite un despido o no -según las circunstancias- un trato descomedido o vulgar o inclusive un insulto.

- Los hechos anteriores sancionados se pueden invocar como antecedentes, pero siempre debe existir un hecho que justifique por sí mismo el despido; los no sancionados no pueden ser invocados.

- Si se trata de un trabajador con varios años de antigüedad que nunca fue sancionado, la gravedad de la injuria debe ser valorada más estrictamente.

- Los hechos posteriores a la extinción del vínculo no pueden ser tomados en cuenta para valorar la entidad de la injuria, como tampoco la actitud que haya asumido el empleador respecto de incumplimientos similares de otros dependientes.

- Para constituir injuria no es suficiente que las partes hayan pactado expresamente que determinado hecho tiene tal carácter; solo el juez puede decidirlo.

- En caso en que una ley, un estatuto profesional o un convenio colectivo establezcan que el despido sólo puede disponerse después de instruido un sumario, su ausencia torna arbitrario el despido.

## REGIMEN INDEMNIZATORIO.

Cuando el despido es dispuesto por el empleador sin causa o sin causa justificada o el trabajador se colocó en situación de despido con justa causa, le corresponde la indemnización por antigüedad prevista en el art. 245 de la LCT., la indemnización sustitutiva de preaviso (art. 232, LCT) y la integración del mes de despido (art. 233, LCT), además de los rubros de pago obligatorio: días trabajados hasta el momento del despido, vacaciones proporcionales (art. 156, LCT) y el SAC proporcional (art. 123, LCT).

Pero además, según el caso, podrán corresponderle algunas de las indemnizaciones agravadas -por maternidad, matrimonio, despido de representantes sindicales-, las multas previstas en la Ley Nacional de Empleo (arts. 8º, 9º, 10 y 15, ley 24.013), los incrementos indemnizatorios de los arts. 1º y 2º de la ley 25.323 (BO, 11/10/

2000), el art. 132 bis de la LCT (incorporado por la ley 25.345) y el 80 de la LCT (modificado por el art. 45, ley 25.345) y las que puedan surgir de los estatutos y convenios colectivos que resulten aplicables.

### I.- Indemnización por antigüedad.-

Está contemplada en el art. 245 de la LCT (texto según art. 5 ley 25.877), al establecer que: "*En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a UN (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de TRES (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor.*

*Dicha base no podrá exceder el equivalente de TRES (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo.*

*Para aquellos trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno.*

*Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el convenio al que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde preste servicios, si éste fuere más favorable.*

*El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a UN (1) mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo".*

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

Remuneración: se debe tomar la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o tiempo de prestación de servicios si fuese menor. Están excluidas las asignaciones familiares, los beneficios sociales (salvo vales de almuerzo alimentarios) y todo rubro que no tenga naturaleza remuneratoria.

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

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

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

- **HABITUAL:** es sinónimo de periodicidad; son habituales los rubros que se devengan a favor del trabajador en forma reiterada y persistente; se excluyen los rubros que sólo se devengan excepcionalmente o por única vez.
- **NORMAL:** dentro de los rubros devengados habitualmente se excluye aquel cuya cuantía resulte groseramente anormal; por ejemplo, si habitualmente se realizan entre diez y treinta horas extra, y en un mes se trabajan cien, ese período podría ser considerado anormal.
- **MEJOR:** obtenidos las remuneraciones mensuales, normales y habituales devengadas durante el último año aniversario (o período menor), corresponde tomar de entre ellas la mejor (la mayor).

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

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

Si se trata de personal fuera de convenio (por ejemplo, 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). Si no existe convenio aplicable es discutible si se le debe pagar la indemnización sin tope o no. A los trabajadores que perciben remuneraciones variables o a comisión se aplica el convenio de actividad al que pertenecen, o el que se aplique en la empresa o establecimiento si es más favorable.

El 14 de setiembre de 2004 la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Vizzoti, Carlos A. v. AMSA S.A. s. despido" declaró la constitucionalidad del límite de la base salarial previsto en el art. 245 de la LCT (según ley 24.013) para calcular la indemnización por despido sin justa causa. En el caso, consideró que co-

responde aplicar la limitación a la base salarial prevista en los párrafos 2º y 3º del citado art. 245 de la LCT, sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable. Modifica el criterio sentado en la causa "Villarreal v. Roemers", 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 criterio sentado por la CSJN en "Vizzoti" fue reiterado en distintos fallos. Por ejemplo, en autos "Roldán de Nicolini, Blanca L. v. Brodsky, Luis J." (29/4/2008).

Cuando a los efectos de efectuar el cálculo de la indemnización por antigüedad del art. 245 de la LCT la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada por el trabajador es afectada por una reducción superior al 33%, atenta contra la pretensión reparadora de la norma y violenta el mandato de la Constitución. El fallo 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 10 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).

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 considerando 6to, entre muchos otros, en cuestiones relativas a la confiscatoriedad que se produce cuando la presión fiscal excede el señalado porcentaje.

En el caso "Vizzoti" el actor era un director médico con una remuneración mensual de \$11.000 y una antigüedad de 26 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 de la LCT se había calculado tomando en consideración ese tope, resultando menor al 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 (\$ 7.370), por lo cual, la indemnización que percibirá asciende a \$ 191.620.

Antigüedad: en principio, la antigüedad mínima requerida es de tres meses y un día, de conformidad a lo establecido en el fallo plenario 218 de la CNAT ("Sawady v. Sadaic", 30/3/1979) y en el art. 92 bis de la LCT (según la redacción de la ley 25.877, BO, 19/3/2004) que establece el período de prueba para todas las empresas en tres meses.

Sin embargo, si el empleador no registrara la relación laboral (se entiende que ha renunciado al período de prueba) o asume la conducta prohibida prescripta en el apartado 1 del 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 3 meses y un día. El sector mayoritario de la doctrina entiende que no, ya que al reformarse el art. 245 de la LCT y retornar a la fracción mayor de 3 meses, recobra su operatividad la doctrina plenaria de los autos "Sawady, Manfredo v. SADAIC", que establecía que no correspondía abonar la indemnización por antigüedad si el despido se produjo dentro de los 3 primeros meses de la relación laboral.

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

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

### **II.- Indemnización sustitutiva de preaviso.-**

Dispone el art. 232 de la LCT que "*la parte que omita el preaviso o lo otorgue de modo insuficiente deberá abonar a la otra una indemnización sustitutiva equivalente a la remuneración que correspondería al trabajador durante los plazos señalados en el art. 231*". Es un resarcimiento que tiene como base las remuneraciones que el trabajador hubiera percibido durante el lapso de preaviso omitido, que se calcula según el salario vigente al momento del cese. Como tiene carácter indemnizatorio no sufre descuentos por aportes jubilatorios, ni sindicales, ni para obras sociales. En caso de los trabajadores a jornal que se desempeñan en horario normal de ocho horas, el cálculo se debe hacer sobre la base del último jornal horario multiplicado por doscientos (número de horas del mes), más el sueldo anual complementario sobre el rubro.

### **III.- Integración del mes de despido.-**

Es la suma debida al trabajador correspondiente a los días faltantes del mes, comprendidos desde el despido hasta el último día del mes en que se produjera el despido. Como quedara dicho, el art. 4 de la 25.877 modificó el art. 233 de la LCT. El primer párrafo dispone que el plazo de preaviso corre a partir del día siguiente al de su notifica-

ción. Esto significa que la integración del mes de despido sólo procede si el empleador despidió al trabajador sin otorgarle preaviso o bien en el despido indirecto con justa causa (ver Fallo Plenario nº 30 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo).

El segundo párrafo del art. 233 de la LCT establece que “*cuando la extinción del contrato de trabajo dispuesta por el empleador se produzca sin preaviso y en fecha que no coincida con el 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 coincide 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.

#### IV. Conceptos de pago obligatorio cualquiera sea la causa de la extinción.-

♦ SUELDO ANUAL COMPLEMENTARIO PROPORCIONAL: tomando como base un salario mensual de \$ 4800 el cálculo del SAC proporcional, es el siguiente:

- Si trabajó todo el semestre: \$4.800 % 2 = \$2.400.
- Si trabajó 3 meses y 22 días: \$4.800 % 2 = \$2.400; \$2.400 % 182,5 = \$13,16; \$13,16 x 112 días = \$1473,92.
- Si trabajó menos de 1 mes (por ejemplo, 25 días): \$4.800 % 2 = \$2.400; \$2.400 % 182,5 (días) = \$13,16; \$13,16 x 25 (días) = \$329.
- Si gozó de licencia por maternidad dentro de un semestre (se extingue el vínculo al final del semestre): \$4.800 % 2 = \$2.400; \$2.400 % 182,5 = \$13,16; \$13,16 x 90 (días efectivamente trabajados) = \$ 1184,40.
- En el mismo caso anterior, si el vínculo se extingue el 15 de noviembre: \$4.800 % 2 = \$2.400; \$2.400 % 182,5 = \$13,16; \$13,16 x 45 (días desde el 1º de julio a la extinción menos 90 días: 135 - 90 = 45); \$13,16 x 45 = \$592,20.

♦ VACACIONES PROPORCIONALES: el cálculo de la indemnización por vacaciones no gozadas del año que se inicia el 1º de enero hasta el último día efectivamente trabajado, sobre la base de un salario mensual de \$ 4800, es el siguiente.

- *Trabajador mensualizado*: Antigüedad 3 años; extinción: 10/10/2012.

(283 días corridos desde el 1º/1).

$283 \times 14 \text{ (días que le corresponde)} \% 365 \text{ (días del año)} = 10,85$  (cantidad de días de vacaciones).

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

10,85 días x \$192 = \$ 2.083,20

- *Trabajador jornalizado*: Idem caso anterior.

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

86,84 horas x \$12 (valor hora = salario mensual \$4.800 % 25 %) = \$ 2084,16.

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

• **DÍAS TRABAJADOS HASTA EL DESPIDO:** se debe abonar los días trabajados durante el mes en que se produjo el despido y que no fueron pagados por haber cesado el contrato de trabajo con anterioridad al momento del pago del salario.

### **ART. 255 BIS LCT (CONF. LEY 26.592, BO 26/5/2010). PLAZO DEL PAGO DE LAS INDEMNIZACIONES.-**

El art. 255 bis de la LCT (texto según ley 26.592, BO 26/5/2010) pone fin al debate sobre el plazo de pago de las indemnizaciones adeudadas por la extinción del contrato de trabajo. Un sector de la doctrina entendía que el pago debía efectuarse dentro de los cuatro o tres días hábiles desde la fecha de la extinción, entendiendo aplicable el art. 128 LCT. Otro sector, consideraba que al no existir norma que lo regulara debía abonarse en forma inmediata.

El art. 128, LCT dispone que el pago de la remuneración se debe efectuar una vez vencido el período que corresponda, dentro de los siguientes plazos máximos: cuatro (4) días hábiles para la remuneración mensual o quincenal y tres (3) días hábiles para la semanal.

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

En consecuencia, los conceptos remuneratorios debido por el hecho de la extinción (días trabajados, SAC proporcional y vacaciones proporcional) y las indemnizaciones que correspondan por el despido (vacaciones no gozadas, art. 232, 233 y 245, LCT, multas, indemnizaciones agravadas, etc.) deben abonarse, cualquiera fuera la causa de terminación del 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.

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

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

**INCREMENTO INDEMNIZATORIO DEL ART. 2º DE LA LEY 25.323**

El art. 2 de la ley 25.323 (BO, 11/10/2000) dispone un incremento del 50% en las indemnizaciones previstas por los arts. 232, 233 y 245 de la LCT -indemnización sustitutiva del preaviso, integración del mes de despido e indemnización por antigüedad- (o de los derogados arts. 6º y 7º de la ley 25.013 -preaviso e indemnización por antigüedad-) o las que en el futuro las reemplacen, cuando el empleador fehacientemente intimado por el trabajador no las abonare y lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio (por ejemplo, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Seclo). Su objetivo es compelir al empleador a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido y evitar litigios, y su presupuesto de procedencia es el no pago de la indemnización en tiempo oportuno y la existencia de un despido sin invocación de causa producido a partir del 20/10/2000 (se hace extensivo a los despidos indirectos con una causa justificada).

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 y la mora del empleador. Se exime del incremento indemnizatorio si abona al trabajador las indemnizaciones (o las consigna judicialmente) antes de que el trabajador inicie acciones administrativas o judiciales. Es compatible con el previsto por el art. 1º de la ley 25.323 y con las multas de la Ley Nacional de Empleo. Los jueces por resolución fundada pueden reducir el incremento hasta eximirlo, si hubiesen causas que justificaran la conducta del empleador.

El 10/9/2008 la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, resolvió por mayoría en el Fallo Plenario N° 320 en autos Iurleo, Diana Laura v. Consorcio de Propietarios del Edificio Luis Sáenz Peña 1.195 s/ despido”, que “*El recargo previsto en el art. 2º 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, cuarto párrafo, de esta última ley. Tampoco se aplica a la indemnización establecida en el quinto párrafo del mismo artículo*”.

**EL DEROGADO ART. 16 DE LA LEY 25.561. DECRETOS DE PRORROGA. DECRETO 1224/2007 (BO, 11/9/2007)**

Se trataba de una norma transitoria que duplicó la indemnización que le correspondía al trabajador despedido en un determinado período. El segundo párrafo del art. 16 de la ley 25.561 (BO, 7/1/2002 y que entró en vigencia el día 6 de enero de 2002, en virtud del decreto 50/2002) -conocida como Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Tributario- establece que “*....por el plazo de 180 días quedan suspendidos los despidos sin causa justificada. En caso de producirse despidos en contravención a lo aquí dispuesto, los empleadores deberán abonar a los trabajadores perjudicados el doble de la indemnización que les corresponda, de conformidad a la legislación laboral vigente*”.

Su objetivo fue evitar despidos y sancionar la decisión rupturista del empleador en ese período: no prohibía ni nulificaba los despidos incausados sino que les imponía temporalmente causalidad. Por diversos decretos tuvo vigencia hasta el 11 de setiembre de 2007 (cfr. dec 1224/2007, BO, 11/9/2007). Así lo ratificó la Camara Na-

cional de Apelaciones del Trabajo en el Fallo Plenario N° 324 "Lawson, Pedro José v. Swiss Medical S.A. s. despido" (30/6/2010) al decidir que "La condición prevista en el artículo 4º de la ley 25.972, en lo referente a la derogación del incremento indemnizatorio del artículo 16 de la ley 25.561, solo debe considerarse cumplida a partir del dictado del decreto 1224/07".

Se aplicó a los casos de despido sin causa, despido con invocación de causa invérosímil, carente de sustento o manifiestamente falsa, despido indirecto con causa justificada. No se aplicó 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 decreto 328/1988), formas de extinción que no generan indemnización por despido (por ejemplo, arts. 240, 241, 244, 248, 249, 250, 251, 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).

El 1º/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.

El art. 4 del decreto 264/2002 (BO, 11/2/2002), que reglamentó el art. 16 de la ley 25.561, dispuso que "*la duplicación prevista en el art. 16 de la ley 25.561 comprende todos los rubros indemnizatorios originados con motivo de la extinción del contrato de trabajo*". Al hacer referencia a los rubros indemnizatorios que le correspondía por la extinción del contrato de trabajo y no solamente por el despido, la duplicación abarcaba no sólo la indemnización por antigüedad y la sustitutiva de preaviso (y en su caso la integración del mes de despido), sino también las indemnizaciones agravadas si correspondiesen (por ejemplo, por maternidad, matrimonio).

Distintos rubros resultaban casos dudosos de incremento y la doctrina y la jurisprudencia no fueron pacíficas al respecto.

Ante las distintas posiciones respecto a los rubros sobre los que se aplicaba el incremento del art. 16 de la ley 25.561, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo dictó dos fallos Plenarios durante 2007.

El Fallo Plenario N° 314, en autos "Busquiazo, Guillermo E. v. Gate Gourmet Argentina S.A., s/despido (9/10/2007) estableció la siguientes 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 L.C.T. último párrafo (texto según art. 45 de la ley 25.345)".

También dictó el Fallo Plenario N° 316, en autos "Tartaglini, Gustavo M. v. La Papelera del Plata S.A." (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".

El decreto 883/2002 (BO, 29/5/2002) prorrogó la suspensión de los despidos sin causa justificada y demás disposiciones contenidas en la última parte del art. 16 de la ley 25.561 por el plazo de 180 días hábiles administrativos contados a partir de su

vencimiento originario. El decreto 662/2003 (BO, 21/03/2003) lo prorroga hasta el 30 de junio de 2003, el decreto 256/2003 (26/6/2003) hasta el 31 de diciembre de 2003, el decreto 1351/2003 (BO, 6/1/2004) hasta el 31/3/2004, y el decreto 369/2004 (BO 2/4/2004) hasta el 30/6/2004.

El decreto 823/2004 (BO del 28/6/2004) lo prorrogó desde el 1º de julio de 2004, pero estableció que el incremento de los montos indemnizatorios se reducía al 80%. Esto en la inteligencia de que el art. 1º de la ley 25.820 ratifica la subsistencia 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 de diciembre de 2004, y el decreto 1353/2003 prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2004 la Emergencia Ocupacional Nacional.

Estos decretos de necesidad y urgencia fueron atacados por un sector de la doctrina por entenderlos inconstitucionales. Si la justicia hubiese declarado inconstitucional todos ellos la vigencia del art. 16 de la ley 25.561 se hubiese extendido solamente del 16/1/2002 al 14/7/2002, es decir, los 180 días originales que establecía la norma.

Consideré, en su momento, que las disposiciones reglamentarias que extendieron temporalmente la vigencia del art. 16 de la ley 25.561, no excedían las potestades del PEN y, por ende, eran constitucionales, ya que fueron emitidos dentro del ámbito temporal de la emergencia delineada en el art. 1º, ley 25.561, y existió en el legislador una delegación de facultades positiva y expresa, que tendió a proteger el nivel de empleo.

La ley 25.972 (BO del 17/12/2004) -que entró en vigencia el 18/12/2004- 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 artículo 16 de ley 25.561 y sus modificatorias, hasta que la tasa de desocupación elaborada por el INDEC resulte inferior al 10% por ciento.

El 7 de enero de 2005 se publicó en el Boletín Oficial el decreto 2014/2004 del 29/12/2004, que estableció que a partir del 1º de enero de 2005 los empleadores debían abonar a los trabajadores afectados un 80% adicional por sobre los montos indemnizatorios que les correspondan, aclarando que comprendía todos los rubros indemnizatorios originados con motivo de la extinción del contrato de trabajo.

El decreto de necesidad y urgencia 1433/2005 (BO del 23/11/2005) redujo el incremento indemnizatorio -originalmente del 100%- del 80% al 50% a partir del 1/12/2005 y derogó el DNU 2014/2004 (BO, 7/1/2005).

Por lo tanto, partiendo de la base de considerar -como finalmente sucedió- constitucional los DNU de prórroga 883/2002 (BO, 29/5/2002), 662/2003 (BO, 21/03/2003), 256/2003 (BO, 26/6/2003), 1351/2003 (BO, 6/1/2004), 369/2004 (BO, 2/4/2004), 823/2004 (BO, 28/6/2004), 2014/2004 (BO, 7/1/2005), 1433/2005 (BO, 23/11/2005) y 1224/2007 (BO, 11/9/2007), el incremento indemnizatorio era 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, 28/6/2004), ratificado por el dec. 2014/2004 (BO, 7/1/2005)- y del 50% en despidos producidos desde el 1/12/2005 -conf. dec. 1433/2005 (BO del 23/11/2005)- hasta que el

11/9/2007, dec. 1224/2007 (BO, 11/9/2007). El incremento era aplicable sólo a los trabajadores ingresados hasta el 31 de diciembre de 2002, siempre que implicara un aumento en la plantilla total de trabajadores que el empleador poseía al 31 de diciembre de 2002 (decreto 2639/2002, BO, 20/12/2002).

La ley 26.204 (BO, 20/12/2006) prorrogó a partir del 1º de enero de 2007 y hasta el 31 de diciembre de 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, 22/12/2009) la prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2011. La ley 26.729 (BO del 28/12/2011) prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2013 la vigencia de la ley 26.204.

Una cuestión controvertida fue determinar sobre qué rubros se debe calcular el incremento del 50% en los despidos producidos a partir del 1/12/2005.

La postura mayoritaria -interpretación estricta o literal de la norma que finalmente imperó- llevó a que sea calculado exclusivamente sobre la indemnización por antigüedad (art. 245 LCT), ya que el decreto 1433/2005 derogó el decreto 2014/2004 y, por ende, se debe analizar exclusivamente el art. 4 de la ley 25.972. La posición minoritaria afirmó que este aspecto no había sido modificado por la ley 25.972 ni por el decreto 1433/2005, y que los rubros sujetos al incremento eran los mismos que hasta ese momento había decidido la jurisprudencia mayoritaria.

### **REGIMEN INDEMNIZATORIO DE LA LEY 25.013. DEROGADO POR LEY 25.877.**

El art. 41 de la Ley de Ordenamiento Laboral 25.877 (BO, 19/3/2004) derogó todo el régimen indemnizatorio regulado por esa ley (arts. 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 y 13), aplicable a las relaciones laborales que se iniciaron a partir del 3/10/98 y se extinguieron hasta el día 27/3/2004. Para un análisis detallado del régimen en cuestión ver mi obra "Manual de Derecho Laboral", Abeledo Perrot, 8º edición, 2012.

## Estabilidad en el empleo:

*Propia*

- \* absoluta (el empleador tiene vedada la posibilidad de despedir sin invocar una causa y está obligado a reincorporar al trabajador)
- \* relativa (en caso de negarse a reincorporar al trabajador despedido, el empleador debe pagar una indemnización agravada)

*Impropia:*

es la que se aplica en nuestra legislación: no se le garantiza al trabajador la perduración del vínculo jurídico, pero en caso de despido sin causa el empleador debe pagar una indemnización tarifada (preestablecida).

**Preaviso.-**

Es el deber de notificar la extinción del contrato de trabajo con la antelación dispuesta por la ley. Lo debe otorgar tanto el empleador como el trabajador.

**Plazos:** - en período de prueba: 15 días de preaviso

- hasta 5 años de antigüedad: 1 mes de preaviso;
- más de 5 años de antigüedad: 2 meses de preaviso;
- si el trabajador presta servicios en una Pyme: siempre 1 mes de preaviso.
- preaviso que debe otorgar el trabajador: 15 días

**Indemnización sustitutiva de preaviso omitido:** procede ante el incumplimiento del deber de preavisar, ya sea por incumplimiento total o parcial (si se otorga por un plazo menor al legal).

**Integración del mes de despido:** si la extinción del contrato de trabajo dispuesta por el empleador se produce sin preaviso y en fecha que no coincida con el último día del mes, la indemnización sustitutiva debida al trabajador se integra con una suma igual a los salarios por los días faltantes hasta el último día del mes en que el despido se produjera (también se aplica en caso de despido indirecto).

**Despido directo:** extinción decidida unilateralmente por el empleador.

**Despido:  
clasificación**

**Sin causa:** el empleador no invoca ninguna causa para despedir o expresa la causa en forma insuficiente.

**Con justa causa:** el empleador extingue el contrato por el incumplimiento grave de alguna de las obligaciones en que incurre el trabajador.

**Despido indirecto:** la extinción es decidida por el trabajador ante un incumplimiento patronal (injuria) que considera de suficiente gravedad e impide la continuación del contrato.





<b>Indemnización por antigüedad (despido incausado) despido directo</b>	Art. 245 de la LCT (conf. Ley 25.877)
<b>Base de cálculo</b>	Mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada en el año o período de trabajo por año de antigüedad o fracción mayor que 3 meses.
<b>Tope máximo mensual</b>	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.
Ver fallo de la CJSN "Vizzoti c/ AMSA".	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.
<b>Mínimo legal</b>	1 mes de la mejor remuneración mensual, normal y habitual (sin tope).
<b>Antigüedad mínima exigida</b>	3 meses y 1 día.