

El sistema de estabilidad relativa impropia y el cálculo indemnizatorio. Cuestiones suscitadas a partir de las interpretaciones del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Por Nicolás Roberti Kamuh¹

El cálculo de la indemnización por despido ha generado diversos conflictos derivados de su interpretación, dado que las normas vigentes no siempre ofrecen criterios claros y uniformes para su aplicación. Otrora, esta situación ha dado lugar a pronunciamientos dispares y a debates doctrinarios sobre los alcances y límites de cada concepto indemnizatorio.

En este contexto, han surgido interrogantes -hoy en día apañados- respecto de la base de cálculo, la inclusión de determinados rubros salariales y la incidencia de factores exógenos de la relación laboral. Esto ha propiciado litigiosidad y respuestas disímiles.

Por ello, resulta pertinente analizar los principales criterios jurisprudenciales y doctrinarios que han intentado dar respuesta a estos conflictos, así como evaluar la conveniencia de una nueva norma que unifique criterios y brinde mayor previsibilidad en la materia.

1 - El tope y el principio constitucional de protección contra el despido arbitrario.

En principio la fijación de una indemnización tarifada desde un punto de vista abstracto no es cuestionable, aclarando que es de exclusivo imperio del legislador nacional. Pero la tarifa que se establezca debe respetar las pautas supralegales que emanan de la Constitución Nacional.

¹ Abogado (USAL). Especialista en Asesoría Jurídica de Empresas (UBA). Graduado de Posgrado en Asesoramiento Jurídico de Empresas (UCA), Derecho Bancario y Financiero (UCA). Diplomado en *Corporate Lawyers* (UCEMA).

La Norma Fundamental de nuestro ordenamiento jurídico establece que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, garantizando, asimismo, la protección contra el despido arbitrario (art. 14 bis).

Así entonces, el trabajador ante el daño que le ocasiona la pérdida de su empleo recibe una respuesta protectoria del ordenamiento jurídico. Sin embargo, nada expresa nuestra Carta Magna en relación a la manera en que esa protección debe actualizarse; ergo, ha dejado en manos del legislador la mentada tarea.

Existen diversos mecanismos que resguardan dicha garantía, por ejemplo la estabilidad absoluta, la estabilidad relativa (propia e impropia), fondo de desempleo, etc. El sistema elegido por el legislador nacional y consagrado en la Ley de Contrato de Trabajo es el sistema de estabilidad relativa impropia y en el mismo el empleador tiene la facultad para despedir al trabajador, mas si el despido es arbitrario o injustificado debe pagar como contrapartida una indemnización. Y esta indemnización no es discrecional sino que, es “tarifada”. Esto significa que el propio legislador estableció los parámetros que deben tenerse en cuenta para fijar la indemnización, evitando así todo sesgo discrecional.

De esta manera, se busca brindar seguridad y previsibilidad respecto del costo laboral que eventualmente deberá enfrentar el empleador, pero, por otra parte, prescinde de una evaluación de los daños concretos y reales sufridos por el empleado. Dicho sistema fue establecido por la Ley de Contrato de Trabajo, a través del art. 245, esta norma establece los parámetros que deben tenerse en cuenta a los efectos del cálculo del monto de la indemnización por antigüedad o despido.

Se yuxtaponen las garantías constitucionales de protección al despido arbitrario (artículo 14 bis); de propiedad (artículo 17) y la de razonabilidad (art. 28, CN). Como el despido es un acto ilícito que origina un daño, el mismo, en principio, debe ser reparado en su totalidad y la indemnización que se le reconozca a la

víctima debe ser suficiente en el sentido de que debe reflejar, en la mayor medida posible, la totalidad del daño originado por la pérdida del empleo pues, como lo ha dicho la Corte en “**Provincia de Santa Fe c/Nichi**”, indemnizar es eximir de todo daño o perjuicio mediante un resarcimiento. Esta doctrina aplicada respecto de una expropiación y con base en el artículo 17 de la Constitución Nacional, con mayor razón deberá afirmarse cuando se trata del daño derivado de la privación del empleo -medio de sustento del hombre- por cuanto la reducción de la responsabilidad establecida en el artículo 245 de la LCT beneficia al empleador y no otorga ninguna contrapartida al empleado.

El artículo 19 de la Constitución Nacional establece el principio “*Alterum non laedere*”, según el cual se prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. Tal se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación y la extensión que se confiera al principio *alterum non laedere* merece toda la amplitud que amerita, evitando interpretaciones o limitaciones reglamentarias en la medida en que impliquen alterar los derechos reconocidos por la Constitución Nacional.

Por ello la prohibición de dañar y consecuentemente la obligación de reparar todo daño que se produzca y, en especial, frente a los supuestos de los trabajadores debe relacionarse directamente con el artículo 14 bis de la propia Constitución; lo que lleva a determinar los alcances del resarcimiento que debe establecerse para el despido arbitrario. En orden a lo expresado, en principio, la reparación debe ser plena pues así lo indica el principio de indemnidad que resulta del artículo 19 citado. En este sentido, la reglamentación de la protección contra el despido arbitrario debe considerarse como la constitución de una excepción a la regla de reparar integralmente el daño y, como toda excepción, debe ser interpretada con alcance restringido y la disposición del artículo 245 de la LCT, como lo ha dicho la Corte Suprema, debe ser proyectada al caso concreto para determinar su viabilidad.

La indemnización tarifada intentó concretar la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario armonizándola con el derecho de propiedad de los empresarios. La protección contra el despido arbitrario busca disuadir de este acto ilegítimo y para ello el resarcimiento debería ser acorde con el fin perseguido por la CN, sin fijación de topes.

Con respecto al tope de tres salarios promedio de Convenio que establece el artículo **245 de la LCT**, la CSJN en fallo del 14/9/2004, en autos “**Vizzoti, Carlos Alberto c/AMSA SA**”, estableció que:

“La limitación a la base salarial de la indemnización por despido sin justa causa - art. 245, párrs. 2 y 3, LCT- solo debe aplicarse hasta el treinta y tres por ciento de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable, pues lo contrario significaría consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes y que estas asegurarán al trabajador protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor, contrariando el principio de razonabilidad del artículo 28 de la ley suprema”.

No resulta razonable, justo ni equitativo que la base salarial prevista en el artículo 245 de la ley 20.744 de contrato de trabajo -mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o fracción de tiempo menor- pueda verse reducida en más del treinta y tres por ciento, por imperio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 de la citada disposición, concordando esta pauta de razonabilidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativa a que la confiscatoriedad se produce cuando la presión fiscal excede el señalado porcentaje.

El resarcimiento del empleado despedido sin justa causa debe ser equitativo, lo que importa afirmar que la reglamentación legal del derecho a la llamada “estabilidad impropia”, constitucionalmente reconocido, debe ser razonable -en el

caso, se consideró que no lo era el tope indemnizatorio del art. 245, párrs. 2 y 3, ley 20.744, cuando su aplicación a la base salarial de la indemnización por despido produce un recorte en la misma del 33%-, razonabilidad que implica la adecuación a los fines que contempla y la no descalificación por iniquidad.

Si bien es constitucionalmente válido el régimen tarifario de indemnizaciones por despido sin justa causa -que resigna la puntual estimación del daño en pos de la celeridad, la certeza y previsibilidad de la cuantía del resarcimiento-, 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 -en el caso, se consideró irrazonable la limitación a la base salarial de la indemnización por despido, según el artículo 245, párrafos 2 y 3, ley 20744 (t.o. 1976), cuando supera el 33%-, pues de lo contrario no puede afirmarse que la ley logre su finalidad reparadora.

Con posterioridad a la decisión mencionada, las distintas salas de la Cámara Nacional del Trabajo uniformaron sus doctrinas aplicando como tope del salario base de la indemnización por despido el 67% de la remuneración mensual, normal y habitual que indica el artículo 245 de la LCT.

La existencia de topes, como está prevista en la LCT, significa que algunos trabajadores perciben el 100% del importe que corresponde liquidar según las pautas del artículo 245 de la LCT, primer párrafo (en cuanto el sueldo a tomar en cuenta no supere tres veces el importe “del promedio de todas las remuneraciones previstas en el CCT”), mientras que, respecto de los que superan ese monto, se les aplica el nuevo tope del 67%, no hace a un problema de igualdad (se trata de categorías diversas), sino a la procedencia de la utilización de topes. Según reiterada doctrina judicial de la CSJN, el establecimiento de estos respecto del monto de la indemnización por despido no es inconstitucional, en tanto el mismo no pueda ser considerado irrazonable, o sea, si se mantiene dentro de un límite de prudencia, de razonabilidad (situación que la CSJN consideró se daba en el caso

“Vizzotti” respecto del párr. 2 de la norma). En tal sentido, la decisión de la CSJN en modo alguno se atribuyó facultades de tipo legislativo, sino que, en ejercicio de sus propias funciones, ante una situación concreta, consideró que la disposición legal resultaba inconstitucional en cuanto reconocía un determinado derecho que, según el Tribunal, no podía limitar más allá del 33% del salario. No se trata de una disposición de tipo legal, sino un criterio fijado por el Tribunal respecto a un caso concreto, que normalmente los jueces inferiores adoptan por evidentes razones de seguridad jurídica (CNTrab. - Sala IV - 11/11/2004, “**Berdina, Hugo c/Peugeot Citröen Argentina SA s/despido**”) y -agrego- porque sus decisiones en contrario serán injusta e irreversiblemente revocables por el Alto Tribunal. La aplicación - hoy no discutida- de esa doctrina justifica que se aplique de oficio.

La interpretación del artículo 245 de la LCT ha suscitado numerosas cuestiones. Así, lo relativo al tope de la base de cálculo, a la consideración de cuál es la mejor remuneración devengada, a los elementos que integran la base de cálculo, y el cómputo de las remuneraciones variables.

Toda esta problemática justificaría que se dictara una nueva norma que recogiera las soluciones jurisprudenciales firmes, o que se mantengan conflictivas, a modo ejemplificativo: el cómputo del aguinaldo.

II - El texto legal.

El **artículo 245** de la ley de contrato de trabajo dispone que:

“En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, este deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si este fuera menor.

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

Para aquellos trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al 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 este 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.”

III - Las finalidades de la indemnización por despido

La indemnización debe ser suficiente para cumplir su función reparadora, debiendo excluirse la legitimidad constitucional de montos irrisorios o confiscatorios. Para determinar la suficiencia del monto del resarcimiento la clave consiste en la conjunción de dos principios que tienen raigambre constitucional: el de indemnidad (**art. 19, CN**) y el de razonabilidad (**art. 28, CN**), al punto de que reconocido el primero como un derecho fundamental, no puede la ley, so pretexto de hacerlo operativo, terminar negándolo o provocar un resarcimiento reducido, mezquino o irrazonable.

Del principio de indemnidad, en orden al contenido de la tarifa, derivan las siguientes reglas: **a)** no es admisible que el trabajador soporte parte del daño originado causal o concausalmente por el despido, salvo en la medida de lo no comprendido en la tarifa, lo que en principio excluye el daño moral ; **b)** dicho daño es objetivamente injusto; y **c)** el principio de indemnidad impide entender que la percepción de una indemnización menguada lleve a la renuncia de los mejores derechos que puedan corresponder.

La tarifa debe ser punitiva, resarcitoria y disuasiva.

a) Punitiva: En tanto la cláusula penal no puede servir como excusa anticipada del dolo, ella no puede contemplar las consecuencias mediatas del acto antijurídico por las que debe responder el autor del hecho en caso de inejecución maliciosa determinándose así los bienes jurídicos no contemplados en la tarifa y su condición de resarcimiento. El resarcimiento de las consecuencias mediatas en el supuesto de malicia es una imposición del principio de igualdad ante la ley (art. 16 CN) desarrollado por la CSJN en el caso “Aquino”. Por otra parte, en la medida que la cláusula penal no es una obligación alternativa, no puede quedar agotada en la mera acción resarcitoria sino que es menester que la reacción jurídica frente al ilícito contemple un elemento punitivo.

b) Resarcitoria: el acto antijurídico no debe provocar en la víctima efectos que no sean compensados.

c) Disuasiva: Como se ha señalado previamente, una cláusula penal no es una obligación alternativa. Sin efecto disuasorio, el cumplimiento de la obligación resultaría indiferente y no protegería contra el despido arbitrario.

La indemnización por despido debería ante todo proteger contra el despido arbitrario, y servir como elemento disuasivo para el empleador, según lo ha

previsto el artículo 14 bis de la CN, y observo que las leyes antidiscriminatorias, la punición de la violencia en el trabajo y la represión de todo acto deshonesto que conlleve el despido han ampliado considerablemente los límites establecidos en el artículo 245 de la LCT acercándose, en estos casos, a la reparación plena que prevé el Código Civil y Comercial de la Nación. El **artículo 1740** de este código establece que “la reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie” y el **artículo 1741** establece “indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo”.

En la generalidad de los casos, la indemnización por despido no cumple con las finalidades básicas que se han atribuido a este resarcimiento forfatorio porque ni cubre los daños derivados del incumplimiento del contrato (por tiempo indeterminado); ni el riesgo de desempleo (para el cual se ha previsto un magro subsidio); ni compensa por la pérdida de la antigüedad y los beneficios a ella conexos. No debe olvidarse que todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia (y con mayor razón con dolo) ocasiona un daño a otro está obligado a la reparación del perjuicio (**arts. 1716 y 1717, CCyCN.**) en la medida de lo ordenado por el artículo 1740 del CCyCN.

Por vía de su jurisprudencia, la CSJN en el caso **“Vizzoti”** ha mejorado la tarifa con cuya base de cálculo no puede ser inferior al 67% de la mejor remuneración mensual normal habitual del empleado, modificando el segundo párrafo del artículo 245 citado, por lo que en mi opinión, como no es admisible la declaración de inconstitucionalidad de las líneas de un artículo que desarticula el texto, la decisión del Alto Tribunal ha hecho caer la norma en su totalidad. Aunque resulta obvio que la Corte no legisla, en este caso se puede decir que ha legislado al crear una tarifa “a nuevo”, que es seguida inexorablemente por todos los Tribunales del país.

IV - Cálculo de la indemnización e indemnización mínima

La LCT, en el artículo 245, fija el importe del resarcimiento en base a la retribución de 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 percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicio si este fuera menor. Dicha indemnización no puede ser menor a un mes de la mejor remuneración normal y habitual del lapso considerado.

V - Consideración de la mejor remuneración devengada (normal y habitual)

Debe tomarse la mejor remuneración devengada, y no la percibida, pues esta última es la efectivamente cobrada, y aquella es la que debería ser pagada. Lo normal es aquello que ordinariamente ocurre.

La remuneración que se toma para el cálculo debe ser la mejor con la condición de que a la vez sea normal y habitual, que es aquella que está compuesta por rubros que, aunque no se devenguen constantemente, sí integren el salario en una notable proporción de los períodos. Ninguna de esas calificaciones remite a la cuantía económica variable del salario total o de cualquiera de sus rubros: por el contrario, la misma idea comparativa contenida en el adjetivo “mejor” indica una relación de desigualdad cuantitativa que ha de resolverse prefiriendo la remuneración más elevada.

VI - Disponibilidad del tope legal

Debe recordarse que el tope es disponible por el empleador y en consecuencia es una defensa que debe oponer para que el juez pueda considerarla. Por ello no es válido que los jueces intimen al demandante a denunciar el convenio colectivo aplicable ni menos hacerlo de oficio.

VII - El tope en circunstancias especiales

a) Topes no publicados

El artículo 245 (modificado por la ley 24.013) no faculta al empleador o a las partes a efectuar un promedio de salarios para fijar el límite del crédito. Por 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.

b) Individualización del convenio colectivo y determinación del tope

Cuando se pretenda que la indemnización por despido arbitrario se reduzca de acuerdo al tope vigente del artículo 245 de la LCT -que se refiere al salario de convenio colectivo-, el interesado debe denunciar el convenio colectivo aplicable y demostrar que el resarcimiento supera el tope. Debo insistir -porque es una práctica frecuente- que el juez no puede aplicar los convenios colectivos de oficio y que estos deben ser denunciados por las partes si se pretende que se los aplique (art. 8 LCT). “La ley aplicable al cálculo de la indemnización por despido es la vigente al momento en que se produzca el distracto”. Esto es válido también para los montos y topes vigentes a dicho momento.

c) Empresas sin convenio colectivo

Si la empresa no tiene convenio colectivo se toma como base la remuneración del propio trabajador (CNTrab. - Sala X - 20/9/2000, “**Castro, José c/Bolsa de Comercio de Buenos Aires s/despido**”), ya que no podría aplicarse por analogía algún convenio de una actividad similar (**art. 16, LCT**).

VIII - Los regímenes generales y los regímenes indemnizatorios especiales

Aquellos regímenes indemnizatorios correspondientes a Estatutos especiales en que no se aplica el artículo 245 de la LCT para calcular la indemnización por despido se rigen por su propio sistema especial (vgr., periodistas, trabajadores de casas de renta) conforme al principio de que la ley especial desplaza a la ley general.

IX - Monto irrisorio

A opinión de quien suscribe, cuando el monto de la indemnización resulte irrisorio, debería computarse como daño más grave la imposibilidad de conseguir otro puesto. De ahí que podría revisarse la doctrina tradicional en materia de lucro cesante, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1740 del CCyCN., en orden a que ***“la reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución del damnificado al estado anterior al hecho dañoso. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea total o parcialmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo. En caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia o de sus partes pertinentes a costa del responsable”*** – el resaltado me pertenece -.

X – De las sanciones por falta de pago oportuno de la indemnización por despido derogadas por la Ley Bases (Ley N° 27.742)

El Título V de la llamada Ley Bases, denominado “Modernización Laboral”, en su Capítulo VI deroga -entre otras- las sanciones establecidas por la Ley 25.013 y la Ley 25.323.

Empero, y a los efectos de dar un análisis acabado del cuerpo normativo en su conjunto, es dable su estudio en orden de abordar armónicamente el principio de estabilidad relativa impropia consagrado a partir del régimen indemnizatorio impuesto.

a) Presunción de temeridad y malicia

El artículo 9 de la ley 25.013, derogado ahora pero que ha estado vigente desde el 03/10/1998 hasta la sanción de la Ley Bases, prescribió que en caso de falta de pago en término y sin causa justificada por parte del empleador de la indemnización por despido incausado o de un acuerdo rescisorio homologado se presumirá la existencia de temeridad y malicia contemplada en el artículo 275 de la ley de contrato de trabajo.

Ello implicaba que quien no paga en tiempo oportuno un despido injustificado (indemnizando al tiempo del distracto) o un acuerdo rescisorio homologado sea condenado a pagar un interés de hasta dos veces y media el que cobren los bancos oficiales para operaciones corrientes de descuento de documentos comerciales, el que será graduado por los jueces atendiendo a la conducta procesal asumida.

b) Multa prevista por el artículo 2 de la ley 25.323

La ley 25.323 agravaba en un 50% las indemnizaciones por despido cuando no se las abonare al distracto, obligando al trabajador afectado a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las.

La norma de marras preveía que si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio hasta la eximición de su pago.

Se descarta que pueda invocarse como causa atenuante o eximente de responsabilidad las dificultades financieras, pues la norma trata de incentivar el pago de las indemnizaciones en épocas de elevado desempleo.

Si se trataba de un trabajador que al momento del despido se encontraba deficientemente registrado o no lo estaba en modo alguno las indemnizaciones por despido se duplicaban como lo establece el artículo 1 de la ley 25.323.

Control de constitucionalidad

El artículo 2 de la ley 25.323 se refería a la mora del empleador, debidamente intimado, al pago de las indemnizaciones derivadas del distracto. Por ello, no se superpone con las sanciones fundadas en la ley 24.013 (también derogada por la Ley Bases) en cuanto al empleo no registrado o registrado en forma deficiente. No existía una superposición normativa y por tanto la norma citada en primer término no puede ser atacada de inconstitucional con tal fundamento (CNTrab. - Sala I - 30/9/2003, **“Silvestre, Gabriela c/Ukimar SRL y otro s/despido”**).

El artículo 2 de la ley 25.323 tendía a resarcir daños distintos e independientes de la cesantía en sí, ya que buscaba indemnizar los perjuicios que sufre el trabajador como consecuencia de la falta de pago en tiempo oportuno de las reparaciones consagradas por la LCT y por la ley 24.013; esto es, pretendía que el acreedor laboral sea satisfecho de modo inmediato en atención al carácter alimentario de sus créditos sin tener que padecer la pérdida de tiempo y los mayores gastos que implica el inicio de un procesal administrativo o judicial. Con tales fundamentos, y ante la ausencia de distinción legal según que el despido fuera o no causado, se juzgó inatendible la pretensión de que la norma se considerara aplicable solo a los casos de despido sin causa (CNTrab. - Sala III - 22/3/2004, **“Espasandín, Noemí c/San Sebastián SA s/despido”**).

Ámbito de aplicación

El incremento indemnizatorio del artículo 2 de la ley 25.323 se encontraba supeditado a los supuestos de despidos en los que el empleador resultaba moroso

en el pago de las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la LCT.

Improcedencia de la extensión a la indemnización por incapacidad absoluta

Si la extinción del vínculo contractual se operaba en virtud de lo normado en el artículo 212, cuarto párrafo, de la LCT, el hecho de que deba abonarse una indemnización igual a la contemplada en el artículo 245 de la LCT no autorizaba a hacer una interpretación extensiva del incremento del artículo 2 de la ley citada (CNTrab. - Sala I - 13/5/2004, “**Boccolini, René c/Sebamar SA y otros s/cobro de salarios**”).

Aplicación de despidos en regímenes especiales

Únicamente cabe comprender en sus disposiciones a aquellos estatutos profesionales cuyos regímenes remitan a los dispositivos resarcitorios de preaviso y despido sin justa causa, similares a los previstos en los artículos 232, 233 y 245 de la LCT.

La ley 12.908 presenta un sistema indemnizatorio específico, cuya comparación con el de la ley general, mediante el método de conglobamiento por instituciones (art. 9, LCT), revela su perfil más favorable para el trabajador que el de la norma general, excluyendo la aplicación de esta, y la admisibilidad lógica de una remisión implícita (CNTrab. - Sala VIII - 16/7/2004, “**Santourian, Daniel c/News World Argentina SA s/despido**”). De ahí que no sea aplicable el incremento de las indemnizaciones previsto en el artículo 2 de la ley 25.323.

Condiciones de procedencia

La intención del legislador al sancionar en su momento el artículo 2 de la ley 25.323 fue multar a aquellos empleadores que sin motivo o causa válida omitieran

dar cumplimiento con la obligación de pago de las indemnizaciones debidas al trabajador, induciendo a este a recurrir a la justicia a fin de percibir aquel pago, supuesto que no se asimila al caso en que el empleador abonó una indemnización, aunque fuera insuficiente. En este caso no se evidencia la existencia de una conducta evasiva o reticente, y por ello correspondería dejar sin efecto la aplicación de la norma en cuestión. Especialmente si, como en este caso, el trabajador intimó sin aludir a lo ya efectivamente cobrado y, ante la respuesta de la empleadora, guardó silencio e inició directamente las acciones judiciales (CNTrab. - Sala V - 29/9/2003, **“Gambarte, José c/Fundación Club Hindú Asoc. Civil s/despido”**).

Las condiciones para que se condene al pago de la indemnización que se preveía en el artículo 2 de la ley 25.323 eran dos: **a)** que la actora hubiera intimado a su empleadora para que le abonaran las indemnizaciones propias del distracto, y **b)** que ante la conducta reticente de esta, la trabajadora deba iniciar las actuaciones judiciales tendentes al cobro de las indemnizaciones no abonadas oportunamente (CNTrab. - Sala VII - 19/5/2004, **“Medina, Edith c/Promotion & Fun SA s/despido”**).

La indemnización establecida en el artículo 2 de la ley 25.323 se aplicaba tanto cuando el empleador despide sin causa o cuando los motivos invocados como receptados en el concepto normativo de “justa causa” no fueron probados, como en este caso concreto de despido indirecto. Máxime si el trabajador, para cobrar la indemnización correspondiente, tuvo que iniciar la acción judicial (del voto del Doctor Capón Filas, en mayoría). (CNTrab. - Sala VI - 11/5/2004, **“Guerra, Analía c/Jorge Alfredo Alberto s/despido”**.)

El presente es un inicial análisis de la cuestión propuesta y propende a ser un disparador en una temática de notable importancia en la actualidad; que necesariamente y a partir de los nuevos escenarios sociales armados tras la un renovado cuerpo normativo laboral y cambio legislativo impulsado en parte por la

globalización, el avance tecnológico y el estatus post pandémico, imponen revisar y repensar la legislación laboral en el tópico en particular abordado y en general en todo el régimen dedicado a la relación de empleo.