



NEUQUEN, 4 de agosto del año 2021.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"BRAVO LEONARDO PATRICIO C/ SAEM S.A. S/ DESPIDO"**, (JNQLA4 EXP N° 528279/2020), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **Patricia CLERICI** dijo:

I.- Contra la sentencia dictada el día 19 de abril de 2021 (fs. 43/51 vta.) que hace lugar a la demanda y condena a Saem S.A. a abonar al actor la suma de \$ 682.679,49 -en concepto de varios ítems indemnizatorios: antigüedad, preaviso, SAC s/ preaviso, entre otros-, apela la accionada expresando agravios a fs. 54/56, cuyo traslado ordenado a fs. 57 es contestado por la contraria a fs. 58/63 vta.

II.- a) Se agravia la demandada en primer lugar porque el juzgador consideró aplicable el DNU 34/2019. Alega que no hubo relación directa entre la emergencia y el agraviamiento indemnizatorio para los despidos sin justa causa.

Expresa que el DNU 329/2020 que dictó la prohibición de despidos y suspensiones por sesenta días a partir del 31/3/2020 toma como fundamento las obligaciones asumidas por el país -al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Pidesc), protección constitucional de derecho al trabajo (art. 14 bis CN). Asimismo se remarca en el documento las normas de la OIT y el covid 19 de la OIT (23/3/20202) e invoca la Recomendación 166 sobre terminación de la relación del trabajo.

Señala que el citado decreto -como salida para paliar los efectos del despido- no admite otra posibilidad que



la estabilidad, y a diferencia de su contenido el DNU 34/2019 solo prescribe la duplicación indemnizatoria con lo cual no puede argumentarse la constitucionalidad de tal norma sobre otra -DNU 329/2020- dictada con posterioridad. Esgrime además que se omitió analizar el procedimiento administrativo obligatorio, más allá que los pilares que menciona aquél -de mantener la estabilidad laboral-, no son mencionados por el DNU 34/2019.

Expresa que la situación de autos es muy particular: el empleador no puede retractarse unilateralmente de la extinción sin causa y conforme los arts. 2 y 4 del DNU 34/2019 la duplicación procede respecto de los despidos producidos durante su vigencia, para el caso desde el día de su publicación en el Boletín oficial, el 13/12/2020; en tanto la comunicación del despido -preaviso- fue anterior -el 21/11/2019-, a la vigencia de dicho decreto.

Invoca que la empresa incursionó en un despido sin conocimiento formal de las consecuencias futuras de la norma dictada. Que por tal motivo, debe evaluarse no sólo la buena fe como exigencia bilateral que incluye a las conductas al tiempo de la extinción (art. 63 LCT), sino que el presupuesto de aplicación de la ley es el acto del despido y no la extinción del contrato. Por ello le agravia que se le impute a su parte responsabilidad sobre una normativa que no estaba vigente al momento del despido.

Se queja también por la indemnización del art. 2 ley 25.323. Alega que del mismo articulado se desprende la existencia de dos factores a los efectos de su procedencia: uno objetivo y el otro subjetivo. Dice que el objetivo está constituido por la intimación fehaciente y la situación de hecho relativa al vínculo laboral mientras que el subjetivo está dado por la conducta del empleador y que en los hechos su parte obró de buena fe.



Manifiesta que el juez de grado se equivoca al condenarlo a abonar un importe en función del art. 2 de la ley 25.323, ya que solo analizó la intimación del actor, pero omitió que su parte abonó la liquidación debida en tiempo y forma.

Expresa además que la normativa del art. 2 ley 25.323 no incluye la doble indemnización regulada por el DNU 34/2019.

b) Al contestar el memorial, el actor refuta que llega firme a esta instancia la constitucionalidad del DNU n° 34/2019 porque la demandada no articuló ni al momento de contestar demanda ni en esta oportunidad la inconstitucionalidad de la norma.

Manifiesta que el decreto 34/2019 ha sido valorado por el juzgado destacando que cumple con la garantía constitucional de proteger el empleo.

Refuta que la constitucionalidad de la norma se halle justificada con una ley posterior, porque dice que el juez de grado sostuvo que el DNU 34/2019 no se limita a duplicar la carga indemnizatoria por despido sin justa causa, sino que su objeto es resguardar y/o proteger el empleo, por ello que su dictado se da en el marco de emergencia pública en materia ocupacional.

Dice que en la sentencia se efectuó un análisis ponderando la finalidad de la norma y arribándose a la conclusión de que por su transitoriedad y situación de emergencia no merece objeción constitucional y cumple con la garantía constitucional del proteger al empleo.

Cita y transcribe doctrina y jurisprudencia acerca de la aplicación de decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo nacional, alegando que la normativa en cuestión cumple con la función constitucional



dispuesta en el art. 14 bis ya que en este caso el trabajador se encontró despedido por el solo arbitrio de la demandada y ante el umbral de una pandemia de gravísimas consecuencias.

Califica de equívoca la interpretación de la demandada en cuanto a que el preaviso implicó la extinción del vínculo laboral, porque dice que la relación continuó vigente hasta el 31/12/19 manteniendo las partes los deberes de prestación, derechos y obligaciones.

Manifiesta que la apelante pretende modificar la fecha de extinción de la relación laboral, borrando la fecha en que estipula la finalización del vínculo, ya que el preavisar no implica modificar la fecha en la que se produce las consecuencias del despido.

Señala que el preaviso en tanto comunicación en la que se indica al receptor cuando se producirá el despido o la finalización del vínculo laboral en este caso, no se encuentra controvertido ni el despido incausado, ni la fecha de ingreso a prestar tareas y tampoco la del despido.

Dice que no es cierto que el preaviso se efectuó en debida forma, ya que por la antigüedad del actor -7 años, 5 meses y 8 días-, le correspondía dos meses de preaviso -y no uno como se le comunicó-, y por ello lo califica de extemporáneo.

Respecto a la queja por la multa prevista en el art. 2 de la ley 25.323, rebate que la demandada se encontraba intimada y que habiendo su parte iniciado esta actuación judicial, corresponde su aplicación.

III.- Entrando al estudio del memorial, la recurrente se queja del rechazo del planteo de inconstitucionalidad del DNU n° 34/2019, sosteniendo que el juez de grado pretende justificar la constitucionalidad del decreto apelando a una ley posterior, y omitiendo el análisis



del procedimiento administrativo obligatorio, sobre los mismos pilares que el decreto n° 329/2020, cuando ésta última norma persigue mantener la estabilidad laboral y el que la parte cuestiona, no.

Asiste razón a la parte apelante respecto a que el análisis que se hace de la sentencia de primera instancia omite toda consideración de los recaudos formales del dictado de un decreto de necesidad y urgencia, haciendo hincapié solamente en la razonabilidad de la norma.

Sin embargo, tratándose la declaración de inconstitucionalidad de una norma de un acto de trascendencia institucional, requiere de quién pretende tal invalidación que desarrolle una argumentación que explique claramente cuál es la norma constitucional o convencional presuntamente vulnerada, y por qué (cfr. TSJ Neuquén, "Cifuentes c/ Provincia del Neuquén", expte. 6.311/2015, Acuerdo n° 4, de fecha 8/8/2016, del registro de la Secretaría de Demandadas Originarias).

Y esta fundamentación se encuentra ausente en la petición formulada por la parte demandada, ya que ella se limita a invocar que se habría omitido transitar el trámite administrativo previo, pero no indica a qué trámite se refiere, no surgiendo del art. 99 de la Constitución Nacional la exigencia de trámite previo alguno al dictado de un DNU, solamente se requiere que su dictado sea decidido en acuerdo general de ministros, recaudo que, en lo que se refiere al DNU n° 34/2019 ha sido cumplido.

En cuanto a la necesidad de que el Congreso de la Nación declarara la emergencia con carácter previo a la emisión del DNU, no encuentro que ello sea un recaudo que influya sobre su validez, más allá que tampoco la parte explica por qué se necesitaba de la sanción previa de la ley.



El art. 99 de la Constitución Nacional otorga al titular del Poder Ejecutivo Nacional la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia, sin necesidad de delegación legislativa previa. Solamente le impone una condición sustantiva, cuál es que concurran circunstancias excepcionales que hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes, a la vez que veda su dictado en cuatro materias: penal, tributaria, electoral y sobre partidos políticos.

Desde esta perspectiva, entonces, el Presidente de la Nación estuvo facultado para el dictado del DNU cuestionado.

Finalmente, y en lo que refiere a la justificación de las razones de urgencia con una ley posterior al dictado del DNU, no encuentro que el juez de primera instancia haya procedido de ese modo.

El dictado del DNU n° 34/2019 no tuvo relación con la crisis generada por la pandemia covid 19, en tanto fue emitido antes de que ella se manifestara en nuestro país. Tampoco su texto refiere a la pandemia.

La crisis que se describe en los Considerandos del DNU es solamente ocupacional, y basada en los altos índices de desocupación verificados en el segundo trimestre de 2019, y el marcado descenso del empleo asalariado durante el año aniversario comprendido entre septiembre de 2018 y septiembre de 2019. Indudablemente que ella se incrementó con la manifestación de la pandemia (y por eso la prórroga de la vigencia del decreto) y es a este aspecto que se refirió el juez de grado cuando aludió a "la crisis que se vio agravada por la pandemia". Pero esta última referencia no importa que el juez a quo haya justificado el dictado del DNU en un acontecimiento posterior.



Tampoco tiene asidero la crítica formulada por la similitud de tratamiento con el DNU n° 329/2020, en tanto la referencia a este DNU se encuentra dentro de una cita doctrinaria, donde también se señala al DNU n° 3419. No ha existido análisis alguno del DNU n° 329/2020 por parte del juez de grado.

Luego, y no habiendo la parte cuestionado los motivos dados en la sentencia de primera instancia para considerar razonable la norma de emergencia aplicable en el sub lite, se rechaza el primer agravio.

IV.- Sentado lo anterior, advierto que el núcleo del agravio guarda estrecha relación con la concepción del "preaviso" que postula el apelante como su argumento defensivo, pero de manera inexacta, en tanto pretende proyectar en aquél los efectos del despido.

Resulta ilustrativo para el caso transcribir algunos de los conceptos expuestos por el Fiscal General del Trabajo Eduardo Álvarez sobre la naturaleza y efectos del preaviso, al dictaminar en el plenario "Vieyra" (plenario n° 286 del 13/8/96) donde señaló:

"¿Quien preavisa despide?". Pero no cabría soslayar los aspectos temporales, que son muy relevantes, y tal vez tendríamos que replantear el problema tratando de averiguar si el empleador que preavisa "comienza" a despedir y si el acto de disolución sigue siendo esa iniciativa "instantánea", de efectos recepticios, que siempre imaginó la doctrina o una suerte de proceso por etapas, que se inicia con el preaviso y se perfecciona cuando el plazo de éste expira".

"Esbozo estos razonamientos porque la controversia que nos reúne se refiere a los sistemas de tutela contra el despido arbitrario, que afectan la potestad rescisoria del empleador durante un período determinado, y si



partimos de la premisa de que "preavisar" es, más allá de la dinámica del instituto, "despedir", es obvio que se vulneraría la garantía temporal a la que alude el temario, sea cual fuere la fuente de la que provenga".

"Ahora bien, ¿qué es el preaviso? Es el deber de "avisar que se va a despedir" y consiste, como lo ha sostenido la doctrina desde antiguo, en forma pacífica y unánime, tanto durante la vigencia de la ley 11729, como a partir de la sanción de la la Ley de Contrato de Trabajo, en la obligación de hacer saber al co-contratante la denuncia futura del vínculo, para paliar los eventuales perjuicios de una ruptura brusca o inoportuna (ver Víctor M. Roussomano, "El preaviso en el Derecho del Trabajo", Ed. Depalma, Bs. As., 1965, p. 4 y ss.; Juan C. Fernández Madrid, "Tratado práctico de Derecho del Trabajo", t. II, Ed. La Ley, p. 1584 y ss. y las monografías allí citadas)".

"Como claramente lo señala Justo López, el deber de preavisar se justifica para "prevenir y evitar el daño que puede ocasionar a la otra parte de la relación de trabajo el ejercicio sorpresivo del poder de denuncia, dándole tiempo para evitar el perjuicio. Ese 'dar tiempo' es la finalidad inmediata o propia del deber de preavisar: 'dar tiempo al otro' para que, antes de que rija el efecto extintivo de la denuncia, pueda tomar las medidas necesarias para evitar que la extinción de la relación de trabajo lo perjudique" (ver, en particular, "El deber de preavisar", en Legislación del Trabajo, vol. XXV-A, p. 193 y "Ley de Contrato de Trabajo Ver Texto Comentada", t. II, Ed. Contabilidad Moderna, 2ª ed., p. 1130 y ss.)".

"Creo necesario destacar que nuestro ordenamiento jurídico establece expresamente que "durante el transcurso del preaviso subsistirán las obligaciones emergentes del contrato de trabajo" (art. 238 LCT. y este dispositivo podría juzgarse



sobreabundante, porque en la propia naturaleza del aviso de lo que va a ocurrir está la permanencia misma del vínculo, hasta que el acto jurídico resolutorio cobre operatividad y no se podría lograr la teleología ya descripta del instituto, si no fuera en base a la prosecución de la relación laboral. El art. 237 LCT prescribe, incluso, el derecho a una licencia horaria por jornada, sin reducción del salario, durante el plazo del preaviso y para que se intente conseguir otro empleo y el art. 236 de la mencionada norma, faculta al dependiente a "considerar extinguido el contrato antes del vencimiento del plazo", lo que ratifica, una vez más, que el preaviso es un acto separable de la resolución del vínculo".

"En este orden de ideas, cabe recordar que la jurisprudencia tuvo tan presente que "preavisar no era despedir", sino preanunciar una rescisión, que admitió, ante una modificación legal, que se aplicara una norma al preaviso y otra al despido ya "anunciado" (ver Sup. Corte Bs. As., sent. del 19/5/69, en autos "López, Jorge y otros v. Marccone S.A.", DT 29 p. 16 y ss.; C. Nac. Trab., sala 2ª, sent. n. 44065 del 29/3/77, en autos "Pérez, Gonzalo v. Asoc. Civil Instituto de Enseñanza Lamennais" y la reseña de Juan Carlos Fernández Madrid en la obra ya citada, t. II, p. 1586)."

"Asimismo, y en coherencia con lo ya expuesto, se sostuvo que el preaviso en curso no impide que una de las partes pueda incurrir en una injuria laboral y que la otra se coloque en situación de despido indirecto, precisamente por la injuria de que es objeto, del mismo modo que una falta o incumplimiento grave, cometido por el dependiente, durante el curso del preaviso, puede dar lugar a la resolución inmediata de la relación y a la pérdida de los derechos adquiridos con motivo del mismo preaviso (ver C. Nac. Trab., sala 5ª, sent. del 29/3/68, LL 133-923, citada por Fernández Madrid en el referido "Tratado Práctico", p. 1595)". (Fernandez Madrid Juan



Carlos, "Tratado Practico de Derecho del Trabajo", T.II, p. 1821/1822).

Asimismo en el citado plenario "Vieyra", el juez Guibourg dijo que: *"La finalidad del deber de preavisar reside, a mi juicio, en el conocimiento anticipado de la finalización del contrato de trabajo como modo de atemperar, siquiera parcialmente, los efectos perjudiciales de la ruptura. El preaviso es la advertencia de que el trabajador será despedido, pero no es asimilable al despido mismo. Durante el plazo del preaviso el contrato sigue en vigencia. Puede haber despido sin preaviso y también preaviso sin despido, ya que el anuncio puede retractarse por acuerdo de partes o interrumpirse por una ruptura fundada en justa causa, ya sea por parte del trabajador o del empleador. Y, finalmente, el preaviso no es suficiente por sí solo para extinguir el contrato a partir de su propio vencimiento: el despido debe ser comunicado al trabajador de manera autónoma"* (La ley on line, TR LA LEY 964054).

Ackerman señala acerca de la ley aplicable al preaviso y a sus consecuencias que: *"La cuestión tiene trascendencia cuando, una vez notificado el preaviso, y estando en curso los respectivos plazos, se modifica el régimen legal. De suceder ello, salvo previsión contraria del legislador, la nueva norma no afectaría los alcances del preaviso ya comunicado. La cuestión no es diversa si lo que se modifica es el régimen de despido, por ejemplo reconociéndose un mejor derecho indemnizatorio, como ocurrió con el dictado de la ley 25.561, en este caso una será la normativa aplicable al instituto del preaviso y otra la referida a los efectos del despido"* (en "Ley de Contrato de Trabajo" comentada, T.III, p. 105).

En función de estos conceptos señalados que comparto es que coincido con la decisión del juez de grado,



porque en la inteligencia de que el preaviso es sólo un anoticiamiento al trabajador -de que en un plazo mediano se extinguirá la relación laboral- tal comunicación no puede asimilarse al despido, tal como lo pretende el apelante. De hecho no siempre debe efectivizarse, como en el caso de despido con justa causa, fuerza mayor, entre otras (conf. ob. ya citada, pags. 100/103). Y cuando existe la omisión a tal obligación es que opera la indemnización sustitutiva prevista en el art. 232 LCT.

Por consiguiente, habiendo operado el despido sin causa el 31/12/2019 -ambos, hechos no controvertidos-, es decir con posterioridad a la vigencia del DNU 34/2019 (13/12/2019), conforme lo dispuesto en su artículo 5, resulta aplicable la manda del artículo 1 que dispone: *"En caso de despido sin justa causa durante la vigencia del presente decreto, la trabajadora o el trabajador afectado tendrá derecho a percibir el doble de la indemnización correspondiente de conformidad a la legislación vigente"*.

Además si bien es cierto que cuando llega a conocimiento del trabajador la comunicación del preaviso no puede ser retractado en forma unilateral, sí es posible mediante acuerdo de partes y lo cierto es que el empleador ni siquiera mencionó haberlo intentado, razón por la cual no puede esquivar la consecuencia de su decisión.

Al respecto, Ackerman indica dos posibilidades con que cuenta el empleador a fin de dejar sin efecto la comunicación de despido recepcionada en supuestos como el que nos ocupa: *"La primera sería la invocación del vicio de error de hecho esencial y plantear la nulidad del acto, en la inteligencia de que, al emitir la notificación, el empleador no podía haber conocido la decisión política que se adoptaría al día siguiente. Error que, como también reclama el artículo*



265 del Código Civil y Comercial de la Nación, era perfectamente reconocible por el destinatario".

"La segunda posibilidad habría sido -pero esto debió haberlo hecho el mismo día 13 de diciembre- plantear el trabajador la retractación del despido, según admite el artículo 234 LCT".

"En este caso, como claramente señala la norma, tal retractación reclama aceptación del trabajador quien, también en los términos del art. 63 de la LCT, tampoco debe sustraerse al cumplimiento del deber de obrar de buena fe al momento de extinguir el contrato".

"Y la eventual negativa del trabajador, frente a la reglan general de resolución en favor de la continuidad o subsistencia del contrato (art. 10, LCT) y, especialmente, de la exclusión legal del amparo del ejercicio abusivo de los derechos (art. 10, Código civil y comercial de la Nación), en un hipotético reclamo judicial debería llevar al rechazo de la pretensión de la duplicación" (en "Duplicación de la indemnización por despido sin justa causa decreto de necesidad y urgencia 34/2019", editorial Rubinzal -Culzoni, ed. Febrero 2020, págs. 39/40).

Consecuentemente, considero que la decisión en tal sentido debe confirmarse. Las sumas fijadas en tal concepto devienen firmes atento la falta de agravio.

V.- En cuanto a la queja sobre la aplicación de la multa prevista en el art. 2 de la ley 25.323, el apelante pone foco en el aspecto subjetivo -sumas adeudadas- que valoró el juez de grado. Respecto a la aplicación de la multa referida, en la causa "Poo" (Expte. N° 383879/9, del 6/12/11), sostuve que:

"El art. 2° de la Ley 25.323 toma un hecho objetivo para la aplicación de la sanción que impone, la falta



de pago de las indemnizaciones por la extinción unilateral arbitraria del contrato de trabajo. Y como falta de pago debe entenderse también el pago insuficiente, toda vez que éste no resulta cancelatorio de lo debido al no ser íntegro".

"Ahora bien, en supuestos de pago insuficiente, el incremento debe aplicarse sobre la base económica constituida por la diferencia indemnizatoria no satisfecha, y no por la totalidad de los rubros previstos en la norma (cfr. CNAT, Sala II, 20/12/2007, "Lucero c/ YPF S.A.", TySS 2008, pág. 334; ídem., Sala III, 30/11/2007, "Saint Jean c/ Disco S.A.", TySS 2008, pág. 53). De otro modo no existe relación de proporcionalidad entre la falta y la penalidad."

Aplicando estos criterios al caso que nos ocupa tomando los rubros considerados por el juez de grado: indemnización por antigüedad -\$ 360.094,67- y sustitutivo del preaviso -\$ 90.023,67-, rubros que contempla el art. 2 de la ley 25.323 y que debían ser abonados en virtud del DNU 34/2019; y considerando la especial situación de autos que pudo generar en el empleador la creencia que el pago realizado fue íntegro, entiendo que la penalidad a aplicar debe ser reducida al 25% de los montos indicados ascendiendo entonces la misma a la suma de \$ 112.529,58.

VI.- Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la demandada. En consecuencia, corresponde modificar la sentencia dictada el 19 de abril de 2021 -a fs. 43/51 vta.- en cuanto al importe de la multa prevista en el art. 2 de la ley 25.323, fijándolo a la suma de \$ 112.529,58, reduciéndose el capital de condena a la suma de **\$ 570.149,90**, confirmándola en todo lo demás que ha sido materia de agravio.

Costas de Alzada a la demandada atento su calidad de vencido (art. 17, ley 921).



Regulo los honorarios profesionales por las tareas desarrolladas en esta instancia en el 30% de los importes que se liquiden en la instancia de grado todo de conformidad con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.

José I. NOACCO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **SALA II**

RESUELVE:

I.- Modificar la sentencia dictada el 19 de abril de 2021 (fs. 43/51 vta.), fijando el capital de condena en la suma de **\$ 570.149,90**, confirmándola en todo lo demás que ha sido materia de agravio.

II.- Imponer las costas de Alzada al demandado (art.68, del CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales por las tareas desarrolladas en esta instancia en el 30% de los importes que se liquiden en la instancia de grado (art. 15 de la ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria