

INDEMNIZACION POR DESPIDO

intersindical.com

INDEMNIZACION POR DESPIDO. CALCULO DE LA MEJOR REMUNERACION NORMAL Y HABITUAL. REMUNERACIONES VARIABLES

BRANDI, ROBERTO ANTONIO c/LOTERIA NACIONAL SE - CNTRAB. - FALLO PLENARIO N° 298 - 5/10/2000

Para el cálculo de la indemnización por despido no deben ser promediadas las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales.

Dictamen del señor Fiscal General doctor Eduardo Alvarez y opiniones fundantes del Acuerdo

El Señor Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo dijo:

El artículo 245 de la ley de contrato de trabajo, al descubrir la fórmula de la indemnización por antigüedad, establece que su monto será el resultado de multiplicar 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...".

Ahora bien, el interrogante que nos convoca se refiere al supuesto singular de aquellos trabajadores que perciben, con habitualidad, remuneraciones mensuales variables y lo que se trata de elucidar es si corresponde o no efectuar un promedio para calcular la indemnización respectiva o si se debe partir, lisa y llanamente, de "la mejor" retribución,

entendida como la de mayor cuantía.

No es la primera vez que me pronuncio sobre la cuestión que nos reúne y, como lo he sostenido en un caso idéntico al presente y referido a la misma demandada, considero que se impone, con claridad, una respuesta negativa (ver Dict. 25012 - 26/5/1998, en autos "Orlandi, Rodolfo Víctor c/Lotería Nacional SE s/despido", que la Sala IV hiciera suyo en la sentencia definitiva 81.367 - 28/5/1998).

La norma citada, al aludir a la "mejor remuneración", parte de la premisa misma de la variabilidad, porque es obvio que nadie puede llevar a cabo un juicio que implique afirmar que una cifra es "mejor" si todas son idénticas.

En consecuencia, la alusión a la normalidad y a la habitualidad debe entenderse dirigida a prescindir del cómputo de aquellas remuneraciones que, más allá de las posibles subas y bajas, devienen excepcionales o extraordinarias y ésta ha sido la tesis de la doctrina y de la jurisprudencia mayoritaria al interpretar el ya mencionado artículo 245 de la ley de contrato de trabajo (ver López, Justo: "Ley de contrato de trabajo comentada" - T. II - pág. 1238 y ss.; Fernández Madrid, Juan C.: "Tratado práctico de derecho del trabajo" - T. II - pág. 1736; Herrera, Enrique: "Tratado de derecho del trabajo" - dirigido por Antonio Vazquez Vialard - T. V - pág. 276 y ss.; Etala, Carlos A.: "Contrato de trabajo" - pág. 578; y, entre otros, Sala IV - 31/3/1988, en autos "Garigliano, Marcelo C. c/Sáenz Briones y Cía."; íd. Sala V - 23/2/1988, en autos "Benedetto, Ernesto Constantino c/ENTel", etc.). Desde esta perspectiva de análisis, para fijar el monto de la indemnización por antigüedad, correspondería partir de la cifra más elevada percibida durante el último año o durante el plazo de prestación de servicios, si fuese menor.

En aras de optar por la base de cómputo de una tarifa, relacionada a los ingresos del dependiente, la imaginación del legislador pudo elegir "la mayor", "un promedio" o, incluso, "la menor", en el marco de un viento regresivo. Pero lo cierto es que se escogió como pauta "la mejor". No encuentro ninguna razón que justifique "promediar" y una respuesta afirmativa al interrogatorio implicaría una inexplicable modificación de la ley por parte del organismo jurisdiccional, violatoria del más elemental principio de división de poderes y peyorativa para los trabajadores.

Señalo, con el riesgo de ser reiterativo, que el adjetivo "mejor" conlleva el cotejo de lo diferente y se neutralizaría la norma si se partiera de la premisa del promedio de lo disímil.

En síntesis, no existe motivo para soslayar lo dispuesto por el artículo 245 de la ley de contrato de trabajo en su literalidad más llana y sólo cabría prescindir de las cifras mensuales más elevadas cuando su monto se origina en algún concepto retributivo extraordinaria o poco habitual. Propongo, como lo adelantara, que se responda con una negativa a la pregunta inicial.

Por la negativa en mayoría, votan los doctores: Guibourg, Lasarte, Morando, Fernández Madrid, Boutigue, Capón Filas, Scotti, Simón, Pasini, Eiras, Porta, Balestrini, Bermúdez, Lescano, Moroni, De la Fuente, Ruiz Díaz, Rodríguez, González, Morell, Guthmann y Corach.

El doctor Guibourg dijo:

El artículo 245 de la ley de contrato de trabajo dispone que, al calcular la indemnización por antigüedad, se tome como base "la mejor remuneración mensual, normal y habitual, percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor". A partir de este texto, el tema de este plenario pregunta si las retribuciones variables se encuentran alcanzadas por la regla de "la mejor remuneración" o si, por el contrario, debieran promediarse para integrar la base de cálculo.

Adelanto en el tema mi respuesta negativa, pero considero conveniente hacer referencia a la evolución histórica del problema, porque, a mi juicio, éste no se habría planteado, ni la norma sería la que es, ni este plenario habría tenido oportunidad de convocarse, si el país no hubiese sufrido largos períodos inflacionarios, matizados por agudos picos de depreciación monetaria, o si las reacciones legislativas frente a tal fenómeno hubieran sido algo menos espasmódicas.

El artículo 157 del Código de Comercio, en el texto introducido por la recordada ley 11729 y modificado por otras posteriores (entre las que se cuentan las 18523, 18913 y 19054), establecía explícitamente un promedio: "tomándose como base de retribución el promedio de los últimos tres años o de todo el tiempo del servicio cuando sea inferior a aquel plazo". Y agregaba: "Para fijar el promedio se computarán, como formando parte de los sueldos y salarios, las comisiones u otra remuneración y todo pago hecho en especie, en provisión de alimentos o en uso de habitación".

La inflación convirtió este promedio en una fuente de perjuicios para los trabajadores, ya que a lo largo de tres años el salario nominal se multiplicaba en proporción

aproximadamente semejante a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y, practicado el cálculo, la suma promediada resultaba muy inferior al valor real del salario. Es más, todos los rubros del salario se volvían variables, no ya por su sujeción a factores aleatorios (como las comisiones), sino por hallarse afectados por una desigual carrera contra la depreciación monetaria.

Mientras las causas de inflación no fueran atacadas, la manera razonable de evitar sus efectos sobre los derechos del trabajador era la indexación; si no de los salarios, por lo menos de los créditos exigibles o -en el caso- de los pagos pretéritos para su inclusión homogénea en el cálculo de un promedio. Pero el concepto de la actualización monetaria sólo se incorporó a la vida económica nacional -por la vía del derecho del trabajo- con la ley 20695, sancionada cuando se hallaba en sus postrimerías el tratamiento legislativo de la ley 20744 e incorporada a ésta en la última etapa como artículo 301 (más tarde 276).

Lo dicho implica que la idea de indexación sólo fue introducida en ese punto, pero no sirvió como pauta para adaptar otras cláusulas de la misma ley. Si el legislador la hubiera tomado en cuenta, le habría bastado exigir que las retribuciones tomadas para integrar el cálculo del promedio fuesen indexadas al momento de la disolución del vínculo para dejar el problema correctamente zanjado. De ese modo, no sólo se habría dado cuenta adecuada de las remuneraciones variables por su naturaleza: además, se habrían suavizado los bruscos vaivenes impresos al salario real por una inflación paulatina y constante y aumentos de sueldo nominales esporádicos. Como la indexación no entraba en los planes legislativos, la ley 20744 intentó un remedio más burdo, pero eficaz a su manera: estableció que debía tomarse en cuenta la "mejor remuneración mensual, normal y habitual", que en épocas de alta inflación sería, con toda probabilidad, la última devengada.

Ese marco legal atravesó un período de cultura económica indexatoria que duró entre 1974 y 1991. Tras nueve años de paridad cambiaria inalterada (bajo cuyo manto hubo notables variaciones en precios y en salarios), podría justificarse que el legislador volviese a la institución del promedio, al menos para los rubros específicamente variables de la remuneración. Pero la norma legal no ha sido modificada, por lo que sólo cabe aplicarla interpretando lealmente sus cláusulas.

La remuneración mensual es la que se percibe mensualmente o en períodos menores; la remuneración normal y habitual es la que está compuesta por rubros que, aunque no se devengue cada uno de ellos constantemente, sí integren el salario en una notable proporción de los períodos. Ninguna de esas calificaciones, estimo, 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.

Voto, en consecuencia, por la negativa.

El doctor Lasarte dijo:

El llamado "principio protectorio", que se confunde con el fin mismo de nuestro derecho, al contener la regla del "in dubio pro operario" ordena al intérprete a que, en caso de duda (destaco) sobre el alcance de un término dentro de una sola norma, aplique el más favorable al trabajador. Esta duda debe ser real, debe existir realmente en el texto pues, de lo contrario, y "a socaire" de una "interpretación" los intérpretes, en el caso los jueces, se convierten en pretores, violando el principio republicano de la división de poderes. Formulo estas reflexiones que más parecen una lección elemental para alumnos recién iniciados, porque el artículo 245 de la ley de contrato de trabajo no admite otra interpretación que la que surge de su claro texto "la mejor remuneración mensual, normal y habitual". Luego, si los rubros que integran al mejor sueldo mensual reúnen tales atributos -normales y habituales- no hay duda alguna posible: debe tomarse como módulo de cálculo ese sueldo. Cuando el legislador, por motivos harto comprensibles, ha querido establecer -en otros institutos- un diferente criterio, lo ha hecho de modo también claro adoptando otro sistema. Tal el caso del artículo 208 de la ley para liquidar los salarios del trabajador enfermo o el artículo 155, inciso c), para determinar el jornal diario para el cálculo de la licencia anual ordinaria.

Por cierto que nada agrego en este voto al enjundioso y exhaustivo dictamen del señor Fiscal General sobre el tema que nos convoca, pero la mención que formula el precedente "Orlandi" de esta Sala me decidió a expedirme. Deberá darse una respuesta negativa al temario que nos convoca.

El doctor Morando dijo:

Las remisiones a la habitualidad y a la normalidad del artículo 245 de la ley de contrato de trabajo poseen una virtualidad excluyente de especies remuneratorias excepcionales, no de las que constituyen la estructura remuneratoria vigente en la empresa. En el caso concreto, las bonificaciones variables participan de las notas de habitualidad y normalidad, ya que no se ha demostrado la excepcionalidad de su prestación en el análisis de la serie anual que constituye el marco de la comparación. No se debe confundir los conceptos de normalidad y habitualidad con el de variabilidad. El sistema del artículo 245 de la ley de contrato de trabajo reconoce como presupuesto la variabilidad. Si la intención del legislador hubiera sido que sólo las partes salariales normales, habituales e invariables constituyeran la base,

hubiera escogido la remuneración fija del trabajador. Al escoger la mejor de la serie anual, partió de la realidad de que los trabajadores no suelen percibir, mes por mes -agrego: en concepto de pago de rubros remuneratorios normales y habituales-, sumas idénticas. Esta particularidad de la ley de contrato de trabajo ha sido claramente expuesta por el señor Fiscal General: "El adjetivo 'mejor' conlleva el cotejo de lo diferente, y se neutralizaría la norma si se partiera de la premisa del promedio de lo disímil".

Voto por la negativa.

El doctor Fernández Madrid dijo:

En mi opinión la remuneración a ser tomada para el cálculo en cuestión debe ser la mejor, con la condición de que a la vez sea normal y habitual. Cuando el salario se compone de elementos fijos y variables, antes de adicionar éstos a los primeros debe resolverse si han sido normales y habituales. Si así fuese, sus montos se adicionan período por período a los fijos: el resultado más importante económicamente es el mejor en los términos de la normativa analizada a excepción de aquellos casos en los que se diera un mes de ganancias exorbitantes, supuestos en los cuales considero que se las debería excluir de la base de cálculo.

El doctor Scotti dijo:

Como lo ha dicho la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ante planteos análogos no puede admitirse una interpretación del artículo 245 de la ley de contrato de trabajo que sustituya la expresión "mejor remuneración" por "remuneración promedio" y menos aun de los últimos "seis meses trabajados"; sin que resulte un obstáculo para ello la circunstancia de que el trabajador perciba retribuciones variables, ya que por el contrario, es en ese caso cuando dicha disposición normativa adquiere mayor significación (SC Bs. As. causa L. 54646 del 14/3/1995, "Ginobili, Carlos Alberto c/Casa Dellepiane SA s/ antigüedad, etc."; causa L. 57600 - 18/11/1997, "Reyes, Angel Roberto c/Stagnaro, Juan Bautista R. s/despido"; citadas en la sentencia definitiva 6.824 - 17/8/1999, "in re" "Casas, Anastasio M. c/DGI Dirección General Impositiva s/despido").

En esa misma línea de pensamiento se inscribe la propuesta del señor Fiscal General (con la cual, obviamente, coincido plenamente) en cuanto a que el adjetivo "mejor" implica la comparación de lo diferente y se modificaría la norma si se partiera de la premisa de promediar lo que es disímil.

En este orden de ideas, parece claro que si el legislador (el citado art. 245, LCT) estableció como pautas la "mejor" remuneración, lo hizo otorgándole particular atención a los casos en que el trabajador perciba retribuciones variables, único supuesto en el cual podrían existir meses con ingresos diferenciados y justificar así la utilización de algún módulo preciso a considerar. Es que de otro modo, no se comprendería cuál podría ser la inteligencia de la norma dado que si no se utiliza la "mejor" en el caso de remuneraciones variables, no se advierte en qué caso puede acudirse a esa pauta, dado que si los salarios son siempre "fijos" nunca se va a configurar uno superior al otro o a los otros.

No quisiera finalizar mi ponencia sin destacar la existencia de algunos casos en que sí deba efectuarse alguna suerte de promedio, como por ejemplo, cuando se trata de la incidencia del sueldo anual complementario (la Sala que integro tiene formado criterio en el sentido de que este rubro debe computarse a los efectos de la reparación por despido, aspecto sobre el cual no me extenderé por resultar ajeno a la convocatoria), la llamaba BAE que se abonaba al personal de SEGBA (CNTrab. - Sala II - 31/5/1988, "in re" "Díaz, Roberto c/ SEGBA" y 17/5/1989, "Espinosa, Alberto y otros c/SEGBA s/cobro de pesos"; Sala X - 22/9/1997, "Piaggio, Marta S. c/SEGBA Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires s/ indemnización por fallecimiento") o la "bonificación por productividad" establecida convencionalmente para el personal de Telefónica de Argentina SA (Sala X - 27/3/2000, "Fernández, Orlando W. c/Telefónica de Argentina SA s/diferencias de salarios"), entre otros. Sin embargo, estos supuestos no constituyen una excepción al principio general ya indicado sino que obedecen a la circunstancia de que si bien se abonan anual o semestralmente, se devengan mes a mes por lo que su importe (a los fines siempre de la aplicación del art. 245, LCT) corresponde sea dividido por doce o seis meses según el caso.

En definitiva, por estas breves consideraciones y lo dictaminado por el señor Fiscal General voto por la negativa a la cuestión planteada.

El doctor Eiras dijo:

Cuando un trabajador percibe remuneraciones mensuales variables, corresponde tomar el mes en que aquéllas fueron cuantitativamente mayores, sin considerar si el monto fue o no extraordinario en relación con el promedio de los restantes meses.

En esta inteligencia y conforme lo he señalado al votar en la causa "Delacroix, María Cristina Susana c/Blumies SRL s/despido", cabe concluir que para fijar el monto de la

indemnización por despido, en el caso de remuneraciones mensuales variables, corresponde partir de la suma más elevada percibida durante el último año o el plazo correspondiente si fuese menor.

Por lo expuesto, y lo dictaminado por el señor Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, voto por la negativa al interrogante planteado.

El doctor Morell dijo:

Adhiero a los votos de los colegas que se expiden por la negativa, en mérito a los fundamentos concordantes -en lo sustancial- que he dado como Juez de la Sala V que integro al votar en causas donde se debatía una cuestión similar. Sólo procedería hacer una salvedad para algún caso excepcional en el que el ingreso mensual de un rubro variable sea ostensible e inequívocamente desproporcionado con los restantes del período que se considere en cada caso. En tales supuestos, la equidad como justicia del caso particular quizá pueda llegar a imponer una excepción a la regla interpretativa que consagra este Acuerdo Plenario.

Acto seguido, el Tribunal por mayoría, RESUELVE: FIJAR la siguiente doctrina.

"Para el cálculo de la indemnización por despido no deben ser promediadas las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales (art. 245, LCT)".

Con lo que terminó el acto, firmando los señores Jueces y el señor Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, previa lectura y ratificación.

Fernández Madrid - Vilela - Puppo - Vazquez Vialard - González - Bermúdez - Rodríguez - Eiras - Guibourg - Porta - Lasarte - Moroni - Guthmann - Lescano - Morell - Capón Filas - De la Fuente - Boutigue - Ruiz Díaz - Billoch - Morando - Balestrini - Pasini - Scotti - Simón - Corach - Alvarez

EL CALCULO DE LAS REMUNERACIONES VARIABLES EN EL CASO DE LA INDEMNIZACION POR DESPIDO: LA MEJOR REMUNERACION NORMAL Y HABITUAL

NOTA AL FALLO

Amanda B. CAUBET

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en una doctrina cuya importancia deriva de su relación con el cálculo de la indemnización por despido, estableció que "las remuneraciones variables mensuales, normales y habituales, no deben ser promediadas". A esa conclusión arribó la mayoría contestando al interrogatorio que fue propuesto a los jueces. Sin embargo, deben distinguirse tres posiciones que a mi juicio determinan que el problema que se plantea no esté definitivamente cerrado.

Primera posición

La mejor remuneración normal y habitual surge del artículo 245 en su literalidad más llana, y sólo cabría prescindir de las cifras mensuales más elevadas cuando su monto se origina en algún concepto retributivo extraordinario o poco habitual. El señor Fiscal General y los jueces, doctores Fernández Madrid, De la Fuente y Morell, formularon aclaraciones a la doctrina del plenario. Al respecto el doctor Fernández Madrid expresamente excluye de la solución general a "aquellos casos en los que se diera un mes de ganancias exorbitantes", supuesto en los cuales considera que se las debería excluir de la base del cálculo. El doctor Morell, en términos igualmente claros, dice que a la doctrina plenaria corresponde "hacer una salvedad para algún caso excepcional en el que el ingreso mensual de un rubro variable sea ostensible e inequívocamente desproporcionado con los restantes del período que se considere en cada caso. En tal supuesto, la equidad como justicia del caso particular quizá pueda llegar a imponer una excepción a la regla interpretativa", antes mencionada.

Segunda posición

Los doctores Guibourg, Lasarte, Boutigue, Bermúdez, Lescano, Morando, Capón Filas, Simón, Passini, Eiras, Porta, Ballestrini, Moroni, Ruiz Díaz, Rodríguez, González,

Guthman, Scotti y Corach se pronunciaron por la doctrina plenaria, sin formular aclaración alguna, o poniendo énfasis -como lo hace Eiras- en que en todo caso corresponde tomar la suma más elevada percibida durante el último año o el plazo correspondiente si fuese menor.

Tercera posición

En una tesis totalmente minoritaria se pronunciaron los doctores Vazquez Vialard, Biloch, Vilela y Pippo, quienes afirmaron, con la palabra de Vazquez Vialard que debe tomarse en cuenta el salario real que el empleado percibe, a cuyo efecto desecha que deban tomarse meses aislados y se pronuncia por considerar un período ponderado a través del cual se logra obtener el ingreso del que participa el trabajador y que ha dispuesto para la atención de sus gastos personales y familiares (se homogeinizan sus ingresos).

Aclaración de los doctores Simon, Scotti y Corach

Estos jueces señalan que en algunos casos debe efectuarse una suerte de promedio: por ejemplo, cuando se trata de la incidencia del sueldo anual complementario, o ciertas bonificaciones especiales, como la bonificación por productividad, establecida convencionalmente para el personal de Telefónica Argentina SA, pero se aclara que estos supuestos no constituyen una excepción al principio general ya indicado, sino que obedecen a la circunstancia de que si bien estos rubros se abonan anual o semestralmente, se devengan mes a mes, por lo que su importe, a los fines de calcular la indemnización por despido, deben ser divididos por 12 o 6 meses, según el caso.

Mi opinión

Por mi parte apoyo el criterio expresado en la doctrina del plenario, sin salvedades, porque considero que la ley es clara y que traería inseguridad jurídica dejar librado a los jueces la determinación del carácter exorbitante de ciertos pagos.

intersindical.com