

## **LA "BASE" DEL ARTÍCULO 245, LCT: ¿MEJOR? ¿REMUNERACIÓN? ¿MENSUAL? ¿NORMAL Y HABITUAL?**

**Revista: Revista de Derecho Laboral**

**Tomo: 2011 - 2. Extinción del contrato de trabajo - IV.**

**AUTOR: DR. ALEJANDRO SUDERA**

Autor:

Sudera, Alejandro

Cita:

RC D 557/2013

Sumario:

I. Algunas consideraciones previas. II. Los elementos de cálculo de la tarifa. III. La base. 1. Remuneración. 2. Mensual. 3. Habitual. 4. Normal. 5. Mejor.

Indice:

- I. Algunas consideraciones previas
- II. Los elementos de cálculo de la tarifa
- III. La base

[Ver texto completo](#)

### **LA "BASE" DEL ARTÍCULO 245, LCT: ¿MEJOR? ¿REMUNERACIÓN? ¿MENSUAL? ¿NORMAL Y HABITUAL?[1]**

#### **I. Algunas consideraciones previas**

La cuestión de la permanencia en el empleo ha sido abordada por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional desde dos posiciones distintas: consagrando la estabilidad del empleado público y de los representantes gremiales -por un lado-, y estableciendo -por el otro- la protección contra el despido arbitrario para los trabajadores del sector privado [2].

Esto ha dado lugar a la recurrente clasificación doctrinaria que distingue entre la estabilidad absoluta [3] y la relativa [4], y a esta última entre propia [5] e impropia [6].

Si se considera que la estabilidad es la cualidad de lo estable, y estable es el adjetivo que califica a lo que se mantiene

sin peligro de cambiar, caer o desaparecer [7], mal podemos convenir con la existencia de una estabilidad relativa, porque la estabilidad no es un concepto susceptible de gradación. Algo es estable, o es inestable: no es muy estable, ni tampoco -por lógica- poco estable [8].

Nuestro sistema legal es, entonces -y en mi opinión [9]-, de estabilidad o de inestabilidad. Y siendo la estabilidad la excepción, la regla estaría dada por la inestabilidad [10].

Aquellos trabajadores que no se encuentran firmemente resguardados por el paraguas protector de la estabilidad (bajo el cual se encuentran los empleados públicos y los delegados gremiales) nadan -flotando de mejor o peor manera- en las procelosas aguas de la inestabilidad [11].

Para estos trabajadores que se desempeñan dentro del régimen de la inestabilidad es que la Constitución Nacional dispone asegurar una protección legal contra el despido arbitrario [12].

Esta idea de "protección contra el despido arbitrario" lleva, necesariamente, a recordar que se protege algo o a alguien, cuando se lo resguarda de un perjuicio o peligro.

La protección debe, por lógica, preceder al daño -en tanto que está destinada a operar respecto del peligro de su configuración-, intentando evitarlo.

La indemnización, por el contrario, no protege: repara (o intenta hacerlo). Su existencia, ontológicamente, está determinada por el presupuesto de daño.

Esa protección comienza con la consideración del despido arbitrario como un ilícito contractual [13], complementada con la inexistencia de regulación de ese modo de disolución del vínculo laboral-dependiente [14], y sigue con la consagración -derivada de la admisión de la validez de la ruptura [15]- de una tarifa legalmente calificada como indemnización -maguer la posibilidad de su procedencia aun ante la inexistencia de daño [16], con el solo requisito de que se configure la situación objetiva del despido dispuesto por el empleador sin invocación de causa [17]-.

El pago de la tarifa regulada en el artículo 245 de la LCT no protege al trabajador contra el despido arbitrario, sino respecto de sus consecuencias dañosas (de existir éstas).

Por ello, el propósito principal de esa tarifa no es indemnizatorio, sino -en primer término- disuasivo. Tiene como fin convencer al empleador, con el propósito de disuadirlo de despedir arbitrariamente, y para ello se vale de la amenaza del costo económico que tal proceder le generaría. Lógica consecuencia de esto sería considerar que cuanto mayor sea la cuantificación dineraria de la tarifa, mayor será la "protección contra el despido arbitrario".

En tal orden de ideas, el segundo propósito de aquella tarifa es sancionatorio, en la medida en que está destinada a castigar al empleador que -no disuadido por la amenaza legal de imposición de la carga económica aludida en el párrafo que antecede- despide sin causa [18].

Finalmente, el tercer y último propósito de la tarifa es reparador, para lo cual el legislador se vale de la regulación de una fórmula de cálculo destinada a lograr una cuantificación dineraria en favor del trabajador, en caso de configurarse la situación objetiva del despido dispuesto por el empleador sin invocación de causa [19].

## **II. Los elementos de cálculo de la tarifa**

La fórmula establecida en el artículo 245 de la LCT requiere de la utilización de dos variables de cálculo: la antigüedad y el sueldo [20] - [21].

Pero para realizar en concreto el cómputo de la indemnización deben tenerse en consideración cuatro elementos, dos

de los cuales (el primero y el tercero) derivan de esas variables: la *base* -que va a estar constituida por la parte del sueldo que cumpla con determinados requisitos, que analizaremos más adelante-, el *tope* -que afecta al *quantum* de la base, colocándole un techo por arriba del cual no puede, en principio, ser considerada su cuantía dineraria-, los *períodos indemnizables* -que son la forma que adopta la antigüedad, convertida ésta en aquéllos a razón de uno por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses-, y el *piso* -que afecta al monto total de la indemnización, fijándole un *quantum* mínimo por debajo del cual no puede quedar *en ningún caso* [22]-.

### **III. La base**

Es éste el primero de los cuatro elementos a los que se hiciera referencia precedentemente, y el único que será objeto de análisis en este trabajo.

Constituye la porción del sueldo del trabajador que se va a considerar como una de las dos variables de cálculo de la indemnización. El legislador ha restringido la porción del sueldo del trabajador que se debe considerar para establecer la base de cálculo de la tarifa de dos modos:

- Estará limitada a la *mejor remuneración mensual, normal y habitual*, lo que excluye todo crédito salarial que no responda a esas características, y

- se podrá considerar únicamente la correspondiente al último año de prestación o período inferior si no se hubiere alcanzado dicha antigüedad, lo que excluye todo crédito salarial devengado con anterioridad.

La redacción dada al artículo 245 por la ley 25.877 ha remplazado la alusión que se hacía a la "*remuneración percibida*" por la de "*remuneración devengada*", precisando el término en relación con lo que se quiere conceptualizar, tal cual lo habían entendido invariablemente la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Resulta -y resultaba antes- evidente que la remuneración a considerar debe ser la devengada, y no la percibida, porque -de lo contrario- se otorgaría al empleador una herramienta para beneficiarse con su propio incumplimiento en relación con su obligación indemnizatoria, toda vez que el no pagar (en forma total o parcial) los haberes -generando la no percepción por parte del trabajador- le permitiría reducir la base de cálculo de la tarifa.

Para fijar la base debe seguirse el procedimiento que se analizará a continuación.

#### **1. Remuneración**

En primer lugar, deben considerarse únicamente los rubros remuneratorios, de modo tal que hay que excluir los que no revistan tal naturaleza.

Constituye un error común de quien realiza una primera aproximación a la cuestión, el pretender caracterizar a la remuneración por los efectos que genera su condición de tal: de este modo, un rubro sería remuneratorio si respecto del mismo se deben realizar retenciones al trabajador y aportes patronales. Pero es evidente que resulta imposible saber si respecto de un rubro se deben realizar tales retenciones y aportes si -previamente- no se determinó su naturaleza remuneratoria.

Como la LCT no contiene una enumeración taxativa -ni siquiera una meramente enunciativa- de qué rubros son remunerativos (y bien que así sea), sino una conceptualización -en su artículo 103- de la remuneración como la

"contraprestación que debe recibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo", a los fines prácticos resultará de utilidad enunciar algunas guías o pautas de reconocimiento de la remuneración [23].

Para ello, debe también considerarse que para el Convenio 95 de la OIT (que tiene jerarquía suprallegal en nuestro ordenamiento positivo por haber sido ratificado por nuestro país, de acuerdo con lo normado en el inc. 22 del art. 75 de la Const. Nac.) "el término salario, significa remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar" (art. 1).

Así las cosas, a fin de realizar el análisis del rubro cuya naturaleza remuneratoria o no se quiere determinar, es posible establecer las siguientes *pautas de reconocimiento*:

1. Que el trabajador haya resultado acreedor a ese rubro como consecuencia del contrato de trabajo.

El rubro en análisis debe resultar una contraprestación realizada por el empleador a favor del trabajador, como consecuencia de la puesta a disposición de la fuerza del trabajador (lo que igualmente se configura cuando exista una exigencia de hacerlo, salvo que legalmente esté establecido lo contrario).

Consecuentemente, no superan el análisis a la luz de esta pauta aquellos rubros debidos por el empleador al trabajador, que reconocen una causa extralaboral (por ejemplo, por una locación, un mutuo, etc.).

Tampoco las prestaciones de seguridad social, que son abonadas por un sujeto distinto del empleador (por ejemplo, asignaciones familiares o asignación durante la prohibición de trabajar del art. 177 de la LCT -que son abonadas por el sistema de seguridad social, aunque parezcan canceladas por el empleador, quien en realidad compensa los créditos con el sistema-, etc.), ni los créditos debidos al trabajador en concepto de reparación de daños provocados por el empleador, que no retribuyen la fuerza de trabajo (indemnizaciones dentro del contrato o como consecuencia de su ruptura, etc.).

2. Que su devengamiento configure una ventaja patrimonial para el trabajador.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 103 de la LCT, el trabajador -como consecuencia del contrato de trabajo- debe recibir una contraprestación; lo que recibe es algo que antes no tenía, de modo tal que ese algo viene a incrementar su patrimonio. Este incremento puede tener lugar de dos formas:

- En forma directa, por incorporar al mismo lo que antes no tenía;
- en forma indirecta, por impedir una disminución del mismo al evitarle una erogación, incorporando -no obstant- un bien (por ejemplo, la prestación de un servicio, en el caso del pago por parte del empleador del servicio de guardería del hijo del trabajador).

Incrementan el patrimonio, entonces, tanto un ingreso como un ahorro.

Un caso particular se da con los viáticos, en tanto que si bien la regla del artículo 106 de la LCT establece su carácter remuneratorio, se encuentran exceptuados "en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes". La excepción da clara cuenta de que en ese supuesto no ha existido ventaja patrimonial para el trabajador, ya que se le compensa lo que gasta, y nada queda en su patrimonio. El propio artículo 106 deja, no obstante, librada a los estatutos y convenios colectivos la posibilidad de disponer su naturaleza remuneratoria o no, lo que ha dado lugar a no pocas patologías normativas.

3. Que la prestación no haya sido legalmente caracterizada como no remunerativa, y en tanto no haya sido imputada y declarada inconstitucional la norma que así la caracteriza.

Es ésta una pauta negativa, que hemos tenido que incorporar como consecuencia de la tendencia normativa imperante

en los años '90 -y con resabios actuales-, de empobrecimiento del concepto de remuneración.

El artículo 103 bis de la LCT -de dudosa constitucionalidad- es el resultado de un periplo peyorativo de los derechos del trabajador, y genera un quiebre en el equilibrio patrimonial que debe existir entre las prestaciones fundamentales - trabajo y remuneración- recíprocamente otorgadas por el trabajador y el empleador.

No obstante ello, creemos que la declaración de inconstitucionalidad requiere de petición de parte interesada, de modo tal que si tal cuestionamiento no tiene lugar, el rubro en cuestión no puede ser considerado remuneratorio, y debe ser excluido de la base del artículo 245 de la LCT.

## 2. Mensual

Discriminados los rubros no remunerativos de los remunerativos, y prosiguiendo el análisis únicamente con estos últimos, deben excluirse de los mismos los que -aun siendo remuneratorios- no se liquidan con periodicidad mensual, como ocurre en general con ciertas gratificaciones o bonus. El sueldo anual complementario es descartado -por ese motivo- por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo [24], pero la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires lo considera a fin de integrar la base.

La modificación introducida por la ley 25.877 a la parte final del primer párrafo del artículo 245, al sustituir la alusión que se hacía a la "remuneración *percibida*" por la de "remuneración *devengada*", que entendemos recepta la invariable jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en tal sentido -ya que de otro modo se podía llegar a premiar al empleador que no cancelaba su obligación remuneratoria, por vía de sustraer de la base la remuneración devengada pero no percibida, como ya se destacara antes-, ha sido interpretada por algunos autores como el fundamento para incorporar a la base de cálculo las remuneraciones que - devengadas durante el último año de la relación- se tornaron exigibles en períodos distintos del mensual.

Según esta posición, el requisito de mensualidad del artículo 245 de la LCT demandaría que tal remuneración - bimestral, trimestral, cuatrimestral, semestral o anual- sea reexpresada en términos mensuales -dividiéndola entre dos, tres, cuatro, seis o doce, respectivamente-.

Algunos de los sostenedores de esta interpretación invocan que si bien la exigibilidad puede no ser mensual, sí lo es su devengamiento. No podemos compartir esta postura, ya que toda remuneración -en realidad- no se devenga por cada mes, sino por cada día, hora, minuto y hasta segundo (momento, en realidad) durante el que la fuerza de trabajo del dependiente es puesta a disposición del empleador.

Por otra parte, de seguirse el criterio de la reexpresión mensual de rubros con devengamiento en períodos distintos, carecerían de todo sentido los posteriores requisitos de normalidad y habitualidad, ya que el producido de la división sería un monto atribuible a todos los meses -habitual, según se verá más adelante-, por una cantidad siempre igual - insospechable, por tanto, de anormalidad, conforme también se analizará-.

Es cierto que a la interpretación de que el requisito de mensualidad excluye la posibilidad de considerar las remuneraciones de exigibilidad en períodos distintos (bimestral, semestral, etc.), podría oponerse el argumento de que -siguiendo tal línea de razonamiento- también deberían quedar fuera de la base de cálculo del artículo 245 las remuneraciones de exigibilidad semanal y quincenal, por no coincidir con la periodicidad mensual aludida.

La primera respuesta a este razonamiento por el absurdo la da su propio fundamento, y consiste en destacar que -de llegarse a tal exclusión- los trabajadores remunerados con esa periodicidad semanal o quincenal carecerían de derecho

a indemnización por despido en los términos del artículo 245 de la LCT, lo cual no puede considerarse una interpretación válida, ya que vaciaría de contenido a la norma que constituye su objeto y constituiría una inadmisibles discriminación, a la par que una flagrante violación de la regla constitucional de "protección contra el despido arbitrario".

Pero más importante resulta recordar que la utilización legal de la fórmula "mejor remuneración mensual normal y habitual", establecida en el primer párrafo del artículo 245, constituye una limitación al sueldo como base de cálculo, como también lo es el tope regulado en el segundo párrafo de la misma norma.

El legislador no ha querido que se tome cualquier sueldo, sino sólo el que reúna tales requisitos, y siempre que no supere el tope que se fija como techo de la base.

Se puede o no estar de acuerdo con el criterio adoptado, y propiciar *-de lege ferenda-* la fijación de otros distintos, pero en la medida en que no repugne la disposición constitucional antes aludida debe ser aplicado, y *-para ello-* resulta menester atribuir a cada recaudo un alcance, cuestión que quizá podría haber dado lugar al ejercicio de la facultad regulada en el inciso 2 del artículo 99 de la Constitución Nacional.

Nos hemos propuesto, en este trabajo, delimitar los alcances de cada uno de aquellos requisitos. Aceptar el criterio de la reexpresión mensual de rubros con devengamiento en períodos distintos del mensual torna, como ya lo hemos anticipado, inoperantes los requisitos de normalidad y habitualidad, lo que resulta *-como regla de interpretación-* inadmisibles.

Creemos que la solución al dilema transita por interpretar que la ley, al establecer como recaudo que la remuneración a considerar para constituir la base sea "mensual", coloca un límite máximo a la periodicidad de exigibilidad de aquélla. Así, quedará comprendida la remuneración de los trabajadores mensualizados, y también la de aquellos a quienes se les cancelan los haberes por quincena y por semana, y excluidos los rubros remuneratorios de exigibilidad en períodos más amplios (premios bimestrales, SAC, bonus anuales [25], etc.).

### **3. Habitual**

Una vez descartados los rubros no remuneratorios y no mensuales, corresponde proseguir el análisis a la luz de los dos restantes requisitos: "normalidad" y "habitualidad" [26].

Resultaría tedioso e inútil, a los fines de este análisis, hacer referencia a los infinitos y prácticamente unánimes precedentes judiciales en los cuales concienzudamente se analiza si un rubro resulta "normal y habitual", sin detenerse a determinar que si la ley utiliza dos vocablos está fijando dos requisitos distintos, ya que habitual y normal - empecemos a desatar el nudo- no son sinónimos ni, mucho menos, un neologismo mal escrito por el legislador. Otro tanto ocurre con la doctrina que en general parece considerar a la cuestión como menor (quizá efectivamente lo sea), y no discrimina el alcance concreto de cada uno de los recaudos legales [27].

Consideramos metodológicamente conveniente dedicarnos *-en primer lugar-* a analizar si los rubros que quedan subsistentes son habituales, o si deben ser excluidos por no cumplir con tal recaudo.

La LCT no contiene pauta alguna de habitualidad, de modo que resulta imprescindible establecer una a la luz de la cual analizar si un rubro determinado puede o no ser incluido en la base del artículo 245.

Según el *Diccionario* de la Real Academia Española, la definición de habitual es "Que se hace, padece o posee con continuación".

Podría decirse que se deben considerar habituales los rubros que se devengan a favor del trabajador en forma reiterada y persistente, pero esto -en verdad- no nos dice nada en concreto, ante la inexistencia de un criterio que permita mensurar esa reiteración o persistencia.

Una aproximación intuitiva al problema nos sugiere como respuesta, ante la hipótesis de un rubro devengado en sólo uno, dos o tres meses del período de doce a considerar, la negativa a considerarlo habitual, y lo contrario ocurre si la hipótesis es de los doce meses, once, o aun diez. La cuestión se complica si se analizan hipótesis de cuatro o cinco meses -que ya parecen insuficientes, pero no tan pocos-, u ocho o nueve -que parecen bastantes, pero van escaseando-, y decididamente se empantana cuando se trata de seis o siete meses.

Parecería, en este tanteo de ensayo-error, que habría que considerar habitual al rubro devengado en más de la mitad de los meses correspondientes al período considerado, y no habitual al devengado en menos de la mitad. Esta respuesta nos deja, no obstante, con un problema irresoluto: ¿qué pasa cuando el rubro bajo análisis se devengó en la mitad de los meses del período considerado?

Tratándose de un supuesto en el cual se está intentando desentrañar la interpretación o alcance de una norma (¿qué significa el recaudo "habitual" contenido en el art. 245 de la LCT?), y existiendo duda a su respecto, rige sin mengua la regla *in dubio pro operario* del artículo 9, párrafo 2, de la LCT.

Hecho este análisis, estamos en condiciones de establecer como pauta de habitualidad la siguiente: que el rubro en análisis se hubiere devengado en favor del trabajador al menos en la mitad de los meses correspondientes al período a considerar.

#### **4. Normal**

Dentro de los rubros que consideramos remunerativos, mensuales, y devengados habitualmente, para lo cual hemos realizado un análisis vertical -o sea, considerando todos los meses correspondientes a cada rubro individual, dentro del período determinado por el último año de prestación-, debemos ahora excluir aquel mes (del rubro que ya consideramos que satisface los requisitos de ser remunerativo, mensual y habitual) cuya cuantía no resulte normal; por ejemplo, si habitualmente se realizan entre 10 y 30 horas extra con recargo al 50%, y en un mes se trabajan 100 (con su consiguientemente mayor retribución), parecería que ese período podría arrojar una cuantía remuneratoria no calificable como normal. El ejemplo grosero no resulta, en principio, problemático.

La dificultad reside en que -nuevamente- la ley no dice qué debe ser considerado anormal.

Resulta entonces imprescindible establecer un criterio de normalidad, y compatibilizarlo con la regla que manda a considerar la mejor remuneración, como se verá más adelante.

La jurisprudencia y la doctrina no nos resultan -en torno al punto- de demasiada ayuda, como ya hemos mencionado.

Si buscamos en el *Diccionario* de la Real Academia Española, encontramos como definición de normal: "Dícese de lo que por su naturaleza, forma o magnitud se ajusta a ciertas normas fijadas de antemano". Para el mismo *Diccionario*, norma es la "Regla que se debe seguir o a que se deben ajustar las conductas, tareas, actividades, etcétera".

Es evidente que para poder determinar si el *quantum* correspondiente a un mes de cualquier rubro en análisis es normal -o no-, debemos "de antemano" fijar una regla o norma a la luz de la cual analizarlo.

Resulta esencial, en orden a la consecución de tal propósito, recordar que nada ni nadie es normal per se, "en abstracto", sino que es normal "en relación o comparación con" otro de su misma especie, lo que lleva a la necesidad

de establecer un punto u objeto de comparación, al que se considerará "normal".

Establecido esto, se advierte que si se va a comparar el objeto de estudio con otro de su misma especie considerado - modo de hipótesis de trabajo- normal, resulta imprescindible también fijar de antemano lo que podría llamarse una "*ratio* de normalidad", esto es, la medida de cuánto estamos dispuestos a alejarnos de ese punto de comparación sin dejar de considerar al objeto en comparación como normal [28].

Para ello, cuidando de no caer en la irrazonabilidad, deberemos echar mano a nuestro arbitrio, bien que en las acepciones según las cuales utilizaremos una "facultad que tenemos de adoptar una resolución con preferencia a otra", o un "medio extraordinario que se propone para el logro de algún fin".

Nos parece evidente que el legislador, que al introducir estos requisitos al sueldo del trabajador que se va a considerar para calcular su indemnización, lo ha hecho con un propósito limitativo: no ha querido que la "mejor remuneración" surja de una elección indiscriminada, sino más bien restringida. Ha dispuesto que para ello no puedan considerarse rubros que excepcionalmente se devengaron a favor del trabajador (requisito de habitualidad), y que -aun dentro de los habituales- no pueda incluirse el mes cuya cuantía exceda una medida que -lamentablemente- no determina (requisito de normalidad).

Consideramos plausible, por tanto, fijar como punto de comparación al promedio del rubro al cual pertenezca el mes cuya cuantía estamos analizando, y como *ratio* de normalidad un 100% de aquel promedio.

Así las cosas, es posible establecer como *pauta de normalidad* que, para ser considerada normal, la cuantía dineraria devengada en el mes en análisis no deba ser superior en más de un 100% al promedio de ese rubro en el último año o período menor considerado.

No debe confundirse este promedio que proponemos realizar para establecer esta pauta de normalidad con el que algunos autores proponen aplicar respecto de todas las remuneraciones variables, en reemplazo -y violación- del requisito que analizaremos en el punto siguiente: esto es, que de entre las remuneraciones mensuales, habituales y normales del último año, deba tomarse la "mejor".

Un ejemplo sencillo servirá para aclarar la cuestión: si durante el último año el trabajador realizó horas extra en los doce meses, en diez de ellos haciéndose acreedor a la suma de \$ 100, en uno a la de \$ 200 y en el restante a la de \$ 300, siendo el promedio del período en consideración de \$ 125 el mes de \$ 200 no lo supera en más de un 100% (para lo cual tendría que ser de más de \$ 250), por lo cual será considerado normal e incluido dentro de los que se utilizarán para fijar la base de la tarifa, mientras que el de \$ 300 sí lo excede más allá de aquel porcentaje, por lo cual debe ser excluido por anormal. Queda subsistente el rubro horas extra, que es remuneratorio, mensual y -en el ejemplo- habitual, y excluido el mes en que su cuantificación alcanza a \$ 300, que no es normal.

## **5. Mejor**

Realizados los procesos analizados precedentemente, y obtenidas las remuneraciones mensuales, normales y habituales devengadas durante el último año aniversario (o período menor, si fuere el caso), corresponde tomar -de entre ellas- la mejor, esto es, la correspondiente al mes de mayor cuantía dineraria una vez sumados horizontalmente todos los rubros no excluidos.

La existencia de componentes variables en las remuneraciones torna, en la inmensa mayoría de los casos, imprescindible seguir el procedimiento que se ha venido desarrollando a lo largo de los puntos precedentes.

Algunos intérpretes y autores han entendido que, en tales casos, por un imperativo de equidad y justicia debe aplicarse un promedio a fin de lograr la retribución mensual, normal y habitual requerida por la ley (el promedio de remuneraciones fue utilizado para establecer la base de cálculo de la tarifa desde la sanción de la ley 11.729, y durante las décadas posteriores). En el ámbito de la Justicia Nacional del Trabajo la cuestión ha sido resuelta por el fallo plenario 298, dictado en la causa "Brandi, Roberto Antonio c/Lotería nacional SE", por el cual se estableció que "para el cálculo de la indemnización por antigüedad no se deben promediar las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales".

Entendemos que ésta, y no otra, es la solución adecuada a la cuestión, ya que el artículo 245 de la LCT expresamente requiere que se tome la "mejor" ("superior a otra cosa"), y no el "promedio" ("punto medio de una cosa"), que incluye tanto a la mejor cuanto a la peor, y la diluye, ya que el promedio es un "término medio" que resulta de la "suma de varias cantidades, dividida por el número de ellas".

- 1 Una primera versión de este opus, de la cual ésta pretende ser su evolución, fue publicada hace años en Y considerando..., revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional.
- 2 O de aquellos respecto de los cuales no rija la garantía de la estabilidad.
- 3 "...la violación por parte del empleador del derecho a conservar el empleo ocasiona la ineficacia del despido, garantizándose la reincorporación del trabajador", LAS HERAS, Horacio y TOSCA, Diego, en Extinción de la relación laboral, dir. por Mario Ackerman, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, parte I, capítulo VI, ps. 33/34.
- 4 "...indica que las formas de protección contra el despido arbitrario serán más o menos eficaces para mantener el empleo ya que no aseguran una efectiva reinstalación del trabajador...", LAS HERAS y TOSCA, ob. cit.
- 5 "El despido es ineficaz, pero el empleador puede mantener vigente el contrato de trabajo abonando el salario sin reincorporar al despedido o inclusive, para algunos, tiene derecho a sustituir la obligación de reincorporarlo abonando los salarios hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de acogerse a los beneficios de la jubilación", LAS HERAS y TOSCA, ob. cit.
- 6 "Sería aquella que admite el despido, éste es eficaz como acto de ruptura, gravándose tal acto ilícito con el pago de una indemnización", LAS HERAS y TOSCA, ob. cit.
- 7 Conforme la acepción primera del vocablo, según la vigésima segunda edición del Diccionario de la Lengua Española, editado por la Real Academia Española.
- 8 O relativamente estable, considerando que -en principio- lo relativo es lo opuesto de lo absoluto, o lo que es en poca cantidad, o lo que es discutible o susceptible de ser puesto en cuestión.
- 9 Que no es la única, ni novedosa, ni -mucho menos- la más autorizada. Enrique Fernández Gianotti sostuvo - en concreto- que "no estamos ante un sistema de estabilidad" (Aspectos del derecho constitucional de

estabilidad laboral, en D. T. 1988-B-2055).

**10** Que si siguiéramos el esquema de la clasificación tradicional, sería "inestabilidad absoluta".

**11** Lo que no es bueno ni malo per se, pero cuya admisión simplemente deja de lado ciertas hipócritas pretensiones y sus consiguientes conceptualizaciones.

**12** Se encuentra generalizadamente aceptado que se utiliza "arbitrario" como sinónimo de "injustificado" -o sea, no fundado en justa causa-. No obstante esto, es de recordar que una de las pocas opiniones discrepantes ha sido la de Bidart Campos -en posición que no compartimos, por las graves consecuencias que se seguirían de su validación-, quien estableció tres categorías de despido: 1) con justa causa; 2) sin causa justificada, o carente de ella, y 3) arbitrario; reservando la tutela constitucional para este último, que se configuraría en casos graves, agraviantes, ofensivos, de suma injuria o de irrazonabilidad (BIDART CAMPOS, Germán, Principios constitucionales de Derecho del Trabajo [individual y colectivo] y de la seguridad social en el art. 14 bis, en T. y S. S. 1981-503).

**13** El empleador, al celebrar el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, asume -según lo dispone el art. 91 de la LCT- la obligación contractual de mantener ese contrato "hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan los regímenes de seguridad social, por límites de edad y años de servicios, salvo que se configuren algunas de las causales de extinción previstas en la presente ley". El incumplimiento de esa obligación asumida, que se configura cuando el contrato no se extingue por medio de ninguna de las causales previstas en la LCT, constituye un acto contractual ilícito, en tanto que se encuentra implícitamente prohibido.

**14** Lo que adquiere relevancia a la luz de lo establecido en el art. 91 de la LCT, transcrito en la nota anterior, según el cual si el vínculo no se extingue por el agotamiento de su objeto -supuesto que opera al disolverse el contrato por encontrarse el trabajador en condiciones de jubilarse-, sólo podría hacerlo por "alguna de las causales previstas (reguladas)..." en la LCT; causales entre las que -demás está decirlo- no se encuentra el despido sin causa, en relación con el cual sólo está prevista la consecuencia de la ruptura, pero no regulado el modo disolutorio, ya que nada dispone la ley en cuanto a forma ni demás requisitos de su validez.

**15** El art. 18 del Código Civil establece que "Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención". En el caso de incumplimiento por parte del empleador de la obligación asumida de mantener el contrato, y consiguiente contravención a la implícita prohibición de despedir sin causa, el art. 245 de la LCT establece otro efecto distinto de la nulidad de ese acto, por lo cual se mantiene su validez.

**16** ACKERMAN, Mario, Indemnización tarifada y reparación integral; posibilidad de su concurrencia y acumulación, en L. T. XXVI-A-485, en posición que compartimos, y que ha mantenido y desarrollado en publicaciones posteriores, por lo que cabría concluir que aún no ha encontrado argumentos para cambiar.

**17** O del indirectamente dispuesto por el trabajador, con invocación de causa.

**18** Así es como, al mismo tiempo, "se protege al trabajador futuro, cuando se sanciona al empleador que incurrió en el ilícito contractual consistente en disolver el contrato -incausadamente- antes del agotamiento

de su objeto por jubilación del trabajador, ya que -al mismo tiempo- esta sanción al ilícito contractual que no se pudo evitar opera como disuasivo de tal conducta en otras situaciones futuras que involucren al mismo empleador, en relación con otros trabajadores" (ver mi trabajo, Indemnización por despido durante los tres primeros meses de relación [clínicamente conocida como "inflamación de Sawady"], en La relación de trabajo, libro homenaje al profesor Jorge Rodríguez Mancini, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 555).

- 19** O con invocación de una causa que -controvertida judicialmente por el trabajador- no acredita; o que -acreditada- no guarda proporcionalidad con el incumplimiento que sanciona. O de configuración de la situación objetiva de despido dispuesto indirectamente por el trabajador, con invocación de causa.
- 20** Que representan -según claramente suele expresar mi distinguida colega, la Dra. Liliana Rodríguez Fernández- los dos elementos centrales a considerar, incluso desde un punto de vista integral: el "tiempo de su vida" que el trabajador ha destinado al servicio de otra persona, valorado de acuerdo con su horizonte económico personal, que se establece con sus propios ingresos.
- 21** Al tiempo que descarta otras variables que pueden tener un fuerte carácter subjetivo o requerir de una profusa prueba (como, por ejemplo, el impacto psicológico en el trabajador despedido), y que sólo tenderían a judicializar la totalidad de los conflictos (ídem nota anterior).
- 22** Éste "en ningún caso" es un absoluto que -claramente- no admite excepciones (y, menos aún, las que no estén expresamente previstas por la ley), por lo que cubre el supuesto del trabajador cuyo contrato se disuelve por despido incausado o despido indirecto con causa, dispuestos dentro de los tres primeros meses de relación que no pueden ser considerados período de prueba merced a lo dispuesto en los incs. 1º y 3º del art. 92 bis de la LCT, supuestos en los cuales el empleador que infringe la ley no puede verse beneficiado por una interpretación que otorgue un alcance dirimente a la regla -del primer párrafo del art. 245- de conversión de la antigüedad en períodos indemnizables, expresada como "por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses", ya que tal interpretación introduciría una severa inconsistencia en la regulación del instituto del período de prueba antes aludido.
- 23** Ver mi trabajo Pautas de reconocimiento de la remuneración, en Tutela del salario. Aspectos laborales y tributarios, Colección Temas de Derecho Laboral, Nº 3, Errepar, Buenos Aires, junio de 2009, p. 25.
- 24** "1º) No corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la LCT, la parte proporcional del sueldo anual complementario", fallo plenario 322, del 19-11-2009, in re "Tulosai, Alberto Pascual c/Banco Central de la República Argentina s/Ley 25.561". Doctrina plenaria dictada luego de décadas de jurisprudencia mayoritaria en tal sentido.
- 25** La respuesta al segundo interrogante del fallo plenario de la CNAT, individualizado en la nota anterior, establece que "2º) Descartada la configuración de un supuesto de fraude a la ley laboral, la bonificación abonada por el empleador sin periodicidad mensual y en base a un sistema de evaluación del desempeño del trabajador, no debe computarse a efectos de determinar la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la LCT". Es interesante analizar esta doctrina plenaria, porque el presupuesto fáctico con que comienza permite concluir -a contrario sensu- que acreditado el supuesto de utilización fraudulenta del bonus, el mismo debe computarse para conformar la base de cálculo de la tarifa del art. 245 de la LCT. Bien que, en tal caso, reexpresado mensualmente dentro de todo el año (en caso de tratarse de un bonus anual, o en el período correspondiente en otros casos) anterior al mes de su exigibilidad. ¿Y cuándo se configuraría

ese fraude? En caso de que se invoque y acredite que sólo se ha introducido el rubro en el salario del trabajador para disminuir la responsabilidad indemnizatoria, por vía de reducir su base de cálculo. Considerando que la mensualidad -como periodicidad máxima- en la exigibilidad de la remuneración constituye una regla implícita dentro del régimen de contrato de trabajo (y la exigibilidad semestral la excepción, en el caso del sueldo anual complementario), incumbe al empleador que introduce dentro del régimen retributivo del trabajador un rubro de exigibilidad con periodicidad superior a la mensual, la invocación y acreditación de las razones objetivas que lo justifican. La falta de invocación y/o acreditación de esas razones objetivas permite entender configurada la situación de fraude antes aludida.

- 26** A menos de un mes de usurpado el poder, la dictadura autodenominada "Proceso de Reorganización Nacional" dictó la norma conocida como ley 21.297 (prom. el 23-4-76 y publ. en el B. O. el 29-4-76), por la cual desguazó la redacción original del Régimen de Contrato de Trabajo aprobada por la ley 20.744. En lo atinente a la tarifa procedente en caso de despido arbitrario, el art. 266 originario pasó a ser el 245 en el texto ordenado por el dec. 390/76, y -en virtud de la reforma- a la ya existente formulación de la base de cálculo ("...mejor remuneración mensual...") se le agregaron los requisitos "...normal y habitual..."
- 27** BRITO PERET, GOLDIN e IZQUIERDO, en La reforma de la Ley de Contrato de Trabajo. Ley 21.297, Zavalía, Buenos Aires, 1976, llegan a hablar del "carácter normal o habitual", en forma disyuntiva (p. 213). En el Tratado de Derecho del Trabajo, dir. por Antonio Vázquez Vialard (Astrea, Buenos Aires, 1993), Enrique Herrera, en su excelente opus sobre extinción del contrato de trabajo, no hace distinción conceptual alguno (t. V, ps. 276/282). Por el contrario, Carlos Etala (en su Contrato de trabajo, Astrea, Buenos Aires, 1999) acude al significado de los vocablos habitual y normal en el Diccionario de la Real Academia Española, pero no llega a elaborar conceptos autónomos. Más aquí en el tiempo, Daniel Machado y Raúl Ojeda, en el Tratado de Derecho del Trabajo, dir. por Mario Ackerman (Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005), si bien sostienen que "cuándo un importe será extraordinario y cuándo será normal, es una pregunta que no puede responderse dogmáticamente", establecen acertadas distinciones conceptuales entre lo normal y lo habitual, aunque sin llegar a delinear pautas para el reconocimiento práctico de tales características (t. IV, ps. 292/294).
- 28** Resulta útil para esto recurrir a la imagen de la órbita trazada a partir de un punto con un radio determinado, dado que lo anormal bien puede ser percibido como exorbitante. A fin de dibujar la órbita para nuestro análisis, el punto estaría determinado por el "punto de comparación", y el radio por la "ratio de normalidad". Si el objeto en análisis y comparación queda fuera de la órbita es exorbitante y no puede ser considerado normal (o debe ser considerado anormal).