

# Capacitate



Resumen Imprimible

Curso Indemnizaciones laborales

## Módulo 5

### Contenidos:

- Rubros que integran la liquidación por Despido
- Indemnización por antigüedad. Artículo 245 LCT
- Topes indemnizatorios máximos y mínimos
- El preaviso
- Integración del mes de despido
- El Sueldo Anual Complementario y su proporcionalidad
- Vacaciones proporcionales y no gozadas.
- Intereses aplicables a los procesos laborales

### **Indemnización por antigüedad**

El artículo 245 prevé una indemnización por antigüedad o despido equivalente a un mes de sueldo por cada año de antigüedad que tuviera el trabajador o fracción mayor a tres meses.

Por “fracción mayor a 3 meses” debemos entender que si la antigüedad superara los 3 meses se computará para los efectos legales como 1 año de antigüedad. Por ejemplo: 3 años, 3 meses y 4 días, para nuestro ordenamiento laboral son 4 años de antigüedad.

Se debe tomar para el cálculo de este rubro la “*mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada*” durante el último año trabajado o el tiempo de prestación de servicios si fuese menor a 1 año la antigüedad.

Al respecto la jurisprudencia dispuso que al tomar este módulo como punto de referencia para la determinación del resarcimiento, se puede inferir que el fin propuesto por la norma fue otorgar al trabajador una base para el cálculo indemnizatorio que fuera suficientemente representativa de su nivel de ingresos en circunstancias en que éstos sufrieran variaciones, ya sea de tipo real o nominal, su finalidad no fue otra que ponderar la base de cálculo de la indemnización sobre pautas reales.

Asimismo en la misma norma se establecían los topes máximos para dicha indemnización, es decir que aquella no podía superar el equivalente a 3 veces el importe mensual de la suma que resultara del promedio de todas las remuneraciones previstas en el Convenio Colectivo aplicable al trabajador según su actividad.

A lo largo de los años, este tope máximo fue muy criticado por la doctrina y jurisprudencia, decidiéndose en muchos decisorios judiciales la declaración de inconstitucionalidad de esta parte de la norma con basamento en el derecho de

propiedad y la confiscatoriedad que implicaba este tope máximo en trabajadores que percibían un salario más alto del común de los trabajadores.

Esta cuestión fue resuelta definitivamente por nuestra CSJN en el fallo “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido”.

En el fallo Vizzoti, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio previsto en el artículo 245, LCT. Para así decidir sostuvo –entre otros argumentos- lo siguiente:

El tope indemnizatorio puede producir tensiones con los propósitos de alcanzar la reparación frente al despido incausado. La evaluación legal del daño, que en un primer momento busca, naturalmente, anclar en la realidad por vía del cómputo de la "mejor remuneración mensual normal y habitual" del trabajador despedido, comienza a alejarse de dicha realidad, a desentenderse de ésta, por el obrar de un tope. Y ello, en medida directamente proporcional al quantum en que dicha remuneración supere el promedio citado (Considerando 5° del fallo Vizzoti).

Si el propósito de la indemnización por antigüedad es reparar, 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. No podría considerarse que la ley lograra su declarada finalidad reparadora si terminara desconociendo la concreta realidad a la que quiso atender, a causa de limitaciones en la evaluación de uno de los elementos de cálculo que, precisa e inequívocamente constituye uno de los dos indicadores de esa realidad: el salario realmente percibido por el trabajador despedido y no por otro u otros (Considerando 6°)

Determinadas diferencias entre la remuneración establecida en el primer párrafo del artículo 245, LCT, y el máximo previsto en su segundo párrafo, podrían tornar irreales las pautas indemnizatorias en juego y, por tanto, censurables con base en la Constitución Nacional (Considerando 7°).

No resulta razonable, justo ni equitativo que la base salarial prevista en el primer párrafo del citado artículo 245, LCT, vale decir, "la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor", pueda verse reducida en más de un 33%, por imperio de su segundo y tercer párrafos. Permitir que el importe del salario devengado regularmente por el trabajador resulte disminuido en más de un tercio, a los fines de determinar la indemnización por despido sin justa causa, significaría consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable enunciado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes, y que éstas asegurarán al trabajador protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor. Significaría, asimismo, un olvido del citado artículo 28 de la Constitución Nacional (Considerando 11).

Así ha quedado superada la discusión temática, estableciéndose que cuando la remuneración del trabajador supere en más de 3 veces el importe promedio de los salarios establecidos en el CCT que le fuera aplicable, el salario sólo podrá reducirse hasta un 33% a los fines del cálculo del art. 245.-

No obstante también se estableció en la misma norma el tope mínimo para la indemnización, el que actualmente es de 1 mes de salario.

La indemnización por antigüedad puede ser reducida en un 50% si el despido ha operado por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo, como bien expresa el artículo 247 de la Ley de Contrato de Trabajo. En el primer caso, existe una imposibilidad de cumplir con la obligación de dar ocupación efectiva y adecuada, en el segundo existe una dificultad que torna esa obligación excesivamente onerosa. <sup>[5]</sup>

Cabe el interrogante de qué pasa con aquellos trabajadores cuya antigüedad no supera los 3 meses: ¿deberían tener ellos también derecho a la indemnización por despido? La antigüedad mínima requerida es de tres meses y medio. Esta tesitura surge de un fallo plenario Nro. 218 "sawady v. SADAIC, 30/3/1979 y de la

redacción del artículo 92 bis de la LCT, en cuanto especifica que el contrato por tiempo indeterminado se entiende celebrado a prueba durante los primeros 3 meses y como bien sabemos el despido operado dentro del periodo probatorio no da derecho a indemnización alguna.

Una vez abordado sumariamente los ítems de la norma analizada, debemos determinar qué se entiende por “*mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada*”

- Mejor remuneración mensual: Esto implica que de las últimas 12 remuneraciones mensuales devengadas al trabajador o 24 quincenales según sea el caso -ya que el artículo menciona en el último año de prestación de servicios- deberá tomarse como base de cálculo la mejor, lo que significa la más alta.-
- No obstante, al encontrar la remuneración más alta, debemos observar en el recibo salarial correspondiente si dicha remuneración se compone de rubros habituales, es decir, normales según letra de la ley y no extraordinarios.
- Normal y habitual: Significa que la remuneración esté compuesta de rubros habituales, que sean percibidos por el trabajador con habitualidad y mensualidad y que no sean rubros extraordinarios, como por ejemplo el pago de vacaciones, el pago de un premio único anual, el aguinaldo, horas extras si no se realizan todos los meses, etc.
- Devengada: Aquí hay que distinguir este vocablo con el concepto de “percibida”. Este tema generó muchas discusiones a nivel doctrinario y jurisprudencial. “Devengada” es la remuneración a la cual tiene derecho el trabajador, es decir, al mínimo que por Convenio debió percibir o al salario adquirido por derecho como un premio que se abona mensualmente.

Nuestra CSJN ha culminado la discusión estableciendo que: *Es descalificable lo decidido con respecto a la base del cálculo de la indemnización por despido si no se consideró que, pese a la redacción del art. 245 del Régimen de Contrato de Trabajo, en el que literalmente se alude a la mejor remuneración mensual, normal y habitual "percibida", tanto el espíritu de la ley como el propósito del legislador fueron establecer que el módulo para el cálculo de la indemnización por despido es la remuneración "que se debió percibir" pues, de lo contrario, no sólo se permitiría el indebido beneficio del empleador deudor (cuya única base sería el incumplimiento de éste) sino que, también, se dejaría librada la determinación del importe del resarcimiento al exclusivo arbitrio del moroso". (C.S.J.N., CAUSA B. 198. XXII.; Bagolini, Susana c/ ITH. Instituto Tecnológico de Hormigón SA., 12/11/1991, T. 314, P. 1445)*

### **Gratificaciones y premios**

La jurisprudencia mayoritaria en este tema se inclina por considerar que todo aquello que le sea abonado al trabajador por el hecho de su trabajo, sin distinguir rubro alguno, es considerado como parte integrante de su remuneración a los fines de una eventual liquidación por despido.

Este tema es bastante controvertido, y si bien en los últimos años la postura de la mayoría de nuestros tribunales ha sido favorable en este tema, existe una postura negatoria de lo expresado, entendiendo que la base de cálculo para las indemnizaciones, como bien lo expresa el art. 245 de la L.C.T. es la remuneración que además de ser mensual, debe ser la habitual. Este carácter de habitualidad es lo que hace que gratificaciones aisladas o premios dados por los empleadores en determinadas épocas del año, y que por ende, no se devenguen todos los meses, hace que las mismas no sean consideradas como parte integrante de la remuneración para esta postura negatoria. Veamos a continuación algunos extractos de jurisprudencia: "Las gratificaciones tienen carácter remunerativo, porque todo aquello que perciba el trabajador como consecuencia de su débito

laboral -por el hecho o en ocasión del trabajo- debe considerarse parte integrante de la remuneración, pues la onerosidad, carácter esencial del contrato de trabajo, excluye la gratuidad de las prestaciones del trabajador y de las obligaciones contraídas por el empleador”. (SCBA, L 42570 S 21-11-1989, Irigoyen borde, Héctor Adolfo y otros c/ Calera Avellaneda S.A. s/ Diferencia de sueldos, DJBA 138, 9-89 - TSS 1991, 113 - AyS 1989-IV, 235)

“La bonificación anual por eficiencia en su parte proporcional dada su naturaleza salarial que el trabajador adquiere como consecuencia de su prestación habitual, debe integrar asimismo la base de cálculo de la mejor remuneración a los fines del cómputo de las indemnizaciones derivadas del despido”. (SCBA, L 68416 S 3-10-2001, CARATULA: Martín, Rosa L. y otro c/ ESEBA s/ Diferencia salarial, DJBA 161, 247; LLBA 2002, 448; SCBA, L 69459 S 19-2-2002, CARATULA: Canosa, Zulma N. y otros c/ ESEBA S.A. s/ Dif. Salarial; SCBA, L 70295 S 12-3-2003, CARATULA: Patierno, Carmelo y otros c/ ESEBA SA s/ Diferencias salariales; SCBA, L 71861 S 28-5-2003, CARATULA: Cendoya, Héctor P. y otro c/ ESEBA SA s/ Diferencias salariales; SCBA, L 80466 S 29-5-2002, CARATULA: Zapico, Héctor Eduardo y otros c/ ESEBA S.A. s/ Indemnizaciones)

De igual modo, “La gratificación es una forma de remuneración de los servicios prestados, que como tal es onerosa y representa un concepto amplio y genérico de pago al dependiente, importando poco si en su origen ha sido facultativo u obligatorio del empleador, puesto que en ambos supuestos la finalidad y naturaleza de la suma dada al trabajador por este concepto es idéntica”. (SCBA, L 40049 S 23-6-1992, D’Aquila, Francisco c/ Principi, Alberto y/o otro s/ Despido; SCBA, L 55732 S 14-3-1995, Azparren, Pedro Alfredo c/ Vidriería Argentina S.A. s/ Indemnización, ley 9688, daños y perjuicios y art.212, AyS 1995 I, 335, SCBA, L 55736 S 12-3-1996, Scardini, Salvador Argentino c/ Vidriería Argentina S.A. (V.A.S.A.) s/ Indemnización por enfermedad del trabajo (ley 9688), SCBA, L 58990 S 27-12-1996, Balzi, Luis A. c/ Cervecería y Maltería Quilmes SAICA y G. s/ Enfermedad accidente; SCBA, L 59730 S 6-5-1997, Vidal, Guillermo M. c/ Banco Platense S.A. s/ Despido, DJBA 153, 83; AyS 1997 II, 638; SCBA, L 63158 S 24-

11-1998, Frías, Carlos A. c/ Cafrán SAIC s/ Despido, AyS 1998 VI, 162; SCBA, L 75144 S 26-2-2003, Mottet, Jorge L c/ Cometarsa SA s/ Enfermedad accidente ley 9688, art. 212; SCBA, L 75738 S 2-4-2003, Zozaya, Claudia E c/ Citibank s/ Despido, etc.)

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, también era un tema controvertido que ha tenido fin con el fallo PLENARIO 322 TULOSAI, ALBERTO P. c/ BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA s/ LEY 25.561" (19/11/2009).

Este Plenario dispone Fijar la siguiente doctrina: "...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 L.C.T.*"

### **Remuneraciones en especies**

La contraprestación del trabajador puede encontrarse integrada por prestaciones complementarias, ya sean en dinero o en especie, las cuales integran la remuneración del trabajador, con excepción de las taxativamente enumeradas en el art. 105 LCT. En la práctica los empleadores reintegran ciertos gastos u otorgan ciertos beneficios al personal, los cuales, según las características y modalidades en su devengamiento, podrán revestir o no carácter remunerativo.

El art. 105 LCT establece que: *"El salario debe ser satisfecho en dinero, especie, habitación, alimentos o mediante la oportunidad de obtener beneficios o ganancias.*

*Las prestaciones complementarias, sean en dinero o en especie, integran la remuneración del trabajador, con excepción de:*

- a) Los retiros de socios de gerentes de sociedades de responsabilidad limitada, a cuenta de las utilidades del ejercicio debidamente contabilizada en el balance;*
- b) Los reintegros de gastos sin comprobantes correspondientes al uso del automóvil de propiedad de la empresa o del empleado, calculado en base a*

*kilómetro recorrido, conforme los parámetros fijados o que se fijen como deducibles en el futuro como la DGI;*

*c) Los viáticos de viajantes de comercio acreditados con comprobantes en los términos del artículo 6 de la Ley N. 24.241, y los reintegros de automóvil en las mismas condiciones que las especificadas en el inciso anterior;*

*d) El comodato de casa-habitación del propiedad del empleador, ubicado en barrios o complejos circundantes al lugar de trabajo, o la locación, en los supuestos de grave dificultad en el acceso a la vivienda.*

Las remuneraciones en especie no pueden superar el 20% de la remuneración total del trabajador, el restante 80% debe ser abonado en dinero (art. 107 LCT).

### **Viáticos, comisiones y propinas**

Cuando dentro de la remuneración se encuentre destinado una parte de ella al pago de los viáticos, los mismos serán considerados parte de la remuneración habitual.

Con el tema de las comisiones la ley nada dice, pero la doctrina laboral mayoritaria entiende que si las mismas se devengan en forma habitual, esto es, todos los meses, forman parte de la remuneración del trabajador.

Lo mismo sucede con aquellos rubros en donde se perciben propinas; si las mismas son habituales, forman parte de la remuneración.

Veamos las normas correspondientes de la LCT: **Art. 106:** *Los viáticos serán considerados como remuneración, excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes, salvo lo que en particular dispongan los estatutos profesionales y convenciones colectivas de trabajo.*

**Art. 108.** *Cuando el trabajador sea remunerado en base a comisión, ésta se liquidará sobre las operaciones concertadas.*

**Art. 113.** *Cuando el trabajador, con motivo del trabajo que preste, tuviese oportunidad de obtener beneficios o ganancias, los ingresos en concepto de*

*propinas o recompensas serán considerados formando parte de la remuneración, si revistieran el carácter de habituales y no estuviesen prohibidas.*

### **Remuneración base de cálculo**

Existen dos posturas extremas y encontradas acerca de cuál es la remuneración que se toma en cuenta para liquidar las indemnizaciones por despido en el caso que las mismas hayan sido variables.

#### **a) Postura que toma la remuneración más alta devengada al trabajador:**

Para esta postura la remuneración que debe tomarse en el caso de ser las mismas variables mes a mes, es la más alta que se haya devengado para el trabajador.

Esta postura es aplicada en el fuero del trabajo de la provincia de Buenos Aires, ya que es avalada por nuestra Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

Esta postura tiene en cuenta la frase que nos trae el art. 245 de la LCT que dice “MEJOR REMUNERACION”, entendiendo por ello la remuneración más alta devengada en el último año de prestación de servicios.

*Veamos la jurisprudencia del caso:*

“No puede admitirse una interpretación del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo que sustituya la expresión "mejor remuneración" por "remuneración promedio" y menos aún de los últimos "seis meses trabajados"; sin que resulte un obstáculo para ello la circunstancia que el trabajador perciba retribuciones variables, ya que por el contrario, es en ese caso cuando dicha disposición normativa adquiere mayor significación”. (SCBA, L 54646 S 14-3-1995, CARATULA: Ginobili, Carlos Alberto c/ Casa Dellepiane S.A. s/ Antigüedad, etc., DJBA 148, 217 - AyS 1995 I, 321 - LLBA 1995, 581).

En idéntico sentido: “Cualquiera sea la particularidad del caso, no puede admitirse que la expresión "mejor remuneración" que el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo ordena tomar como base indemnizatoria, sea entendida como la "remuneración promedio" percibida durante el último año o el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor”. (SCBA, L 57060 S 18-11-1997, CARATULA:

Reyes, Angel Roberto c/ Stagnaro, Juan Bautista R. s/ Despido, DJBA 154, 273 - DT 1998 B, 1865 - LLBA 1998, 731)

Este es el criterio unificado de nuestra Suprema Corte de Justicia Provincial, entendiendo que, en el caso de existir remuneraciones variables, debe tomarse como base para el cálculo de la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT la mejor remuneración del actor percibida en el último año de prestación de servicios, sumando además los rubros variables tales como comisiones, premios, propinas, etc., que tienen carácter remuneratorio.

En este mismo sentido nuestro máximo Tribunal ha expresado que: “Para dar cumplimiento debidamente con el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo la determinación de la indemnización por antigüedad debe efectuarse sobre la base de la mejor remuneración mensual percibida en el año anterior al despido”. (SCBA, L 75575 S 1-4-2004, CARATULA: Morselli, Tiberio c/ Transporte Co-Ba S.A. y otro s/ Indemnización despido, cobro haberes, certificación de servicios y otros)

En igual sentido: “Es contrario al art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo el fallo que no tiene en cuenta para establecer la base de la indemnización por antigüedad la mejor remuneración percibida por el trabajador durante el año anterior a la cesantía”. (SCBA, L 59599 S 10-12-1996, CARATULA: Pardo, Liliana Edith c/ Colomba Viajes S.R.L. s/ Despido, DJBA 152, 176)

**b) Postura que toma la remuneración promedio devengada al trabajador:**

La postura contraria es aplicada en el fuero del trabajo de la Capital Federal, por nuestros Juzgados Nacionales del Trabajo, entendiendo que además de ser la mejor remuneración, aquella debe ser la habitual y mensual.

Es decir que no basta con tomar la remuneración más alta, sino que ella debe tener el carácter de habitualidad.

Esta postura entiende que en el caso de existir remuneraciones variables debe efectuarse un promedio de las remuneraciones devengadas en el último año de prestación de servicios.

### **Omisión de Preaviso**

La regulación de la relación laboral admite la extinción del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, por voluntad de cualquiera de las partes. El empleador puede despedir al trabajador sin invocación de una justa causa, y el trabajador puede renunciar a su trabajo, decisión que puede tomar en ejercicio de su libertad contractual. Estos modos de extinción son plenamente eficaces para finalizar la relación laboral, pero la ley impone a ambas partes la obligación de preavisar. Por lo tanto, el empleador que despide al trabajador deberá avisarle previamente su decisión para facilitar a éste la búsqueda de un nuevo empleo. Por su parte si el trabajador decide renunciar también debe cursar un preaviso a su empleador para que éste pueda buscar un nuevo trabajador que ocupará la vacante que creará la extinción del contrato cuando venza el plazo del preaviso. Como las situaciones no son iguales, la ley puede imponer un plazo mayor de preaviso al empleador al considerar que éste enfrentará menos dificultades que las que debería afrontar el empleado al que se anunciara la extinción del contrato de trabajo. La ley de contrato de trabajo establece que el contrato de trabajo no podrá ser disuelto por voluntad de una de las partes, sin previo aviso, o en su defecto, indemnización..” Agrega que “El preaviso, cuando las partes no lo fijan en un término mayor, deberá darse con la anticipación siguiente: a) por el trabajador, de quince días; b) por el empleador, de quince días cuando el trabajador se encontrare en período de prueba, de un mes cuando el trabajador tuviese una antigüedad en el empleo que no exceda de cinco años y de dos meses cuando fuere superior” (LCT, artículo 231).

El incumplimiento del deber de preavisar genera la obligación de pagar una indemnización. La ley establece que “la parte que omita el preaviso o lo otorgue de

modo insuficiente deberá abonar a la otra una indemnización substitutiva equivalente a la remuneración que correspondería al trabajador durante los plazos señalados en el artículo 231” (LCT, artículo 232).

El deber de preavisar ha sido impuesto a ambas partes del contrato de trabajo, por lo que se ha denominado a esta característica la bilateralidad del preaviso, sin que la desigualdad en la regulación de este deber para una u otra parte del contrato excluya la bilateralidad del instituto, como lo ha señalado la doctrina.

Además de la diferencia entre los plazos de preaviso correspondientes al despido del trabajador, que varían en función de la antigüedad del mismo, y el que debe dar el trabajador que renuncia, en el caso de la omisión del preaviso por parte del trabajador no se genera la obligación de integrar la indemnización substitutiva con el monto de los salarios que faltaran para completar el mes, pues la ley establece esa consecuencia solamente para el empleador. La norma dispone que “Cuando la extinción del contrato de trabajo dispuesta por el empleador se produzca sin preaviso y en fecha que no coincida con el último día del mes, la indemnización substitutiva debida al trabajador se integrará con una suma igual a los salarios por los días faltantes hasta el último día del mes en que se produjera el despido. La integración del mes de despido no procederá cuando la extinción se produzca durante el período de prueba establecido en el artículo 92 bis” (LCT, artículo 233).

### **Excepciones al deber de preavisar**

Existen supuestos en que el deber de preavisar la renuncia del trabajador no rige o no es exigible. Se ha señalado, que así ocurre cuando la trabajadora que ha tenido un hijo y cuenta con una antigüedad en el empleo no inferior a un año, opta por extinguir la relación laboral, al término de la licencia por maternidad. La ley dispone que la mujer puede optar por rescindir su contrato de trabajo, percibiendo la compensación por tiempo de servicio que le asigna la norma, o los mayores beneficios que surjan de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo (LCT, artículo 183, inciso b) En la situación contemplada por la norma, la finalidad protectora de “..la continuación en el cuidado del hijo al terminar la

licencia obligatoria, no resulta compatible con el reintegro al puesto para cumplir el preaviso”. Además, el legislador ha asignado a la no reincorporación de la mujer a su empleo cuando haya vencido el plazo de la licencia por maternidad, sin que comunicara al empleador, dentro de las 48 horas anteriores a la finalización de la misma, que se acoge a los plazos de excedencia, el significado de una opción tácita por la extinción del contrato de trabajo y la percepción de la compensación por tiempo servicio mencionada (LCT, artículo 186).

En casos en los que antecede un grave incumplimiento del empleador, que podría haber dado ocasión a que el trabajador se considerara despedido (despido indirecto) si éste optó por renunciar, no correspondería exigirle la indemnización sustitutiva de preaviso, pues sería contrario a la moral y a la buena fe. Basta pensar en el incumplimiento del pago de remuneraciones o en un supuesto de acoso ejercido por el empleador ¿Qué desviado criterio podría exigir el cumplimiento del preaviso en el caso de la renuncia del trabajador o la indemnización por el no otorgamiento del mismo, si la extinción se produjera para evitar la continuación de ese tipo de situaciones?

Un fallo resolvió que “si bien la obligación de preavisar es bilateral, no debe olvidarse que no sólo el empleador cuenta con mayores medios para paliar en forma inmediata la ausencia del trabajador, sino que en casos en que a la renuncia le anteceden incumplimientos contractuales graves del empleador, a los efectos pretendidos, la misma resulta asimilable al despido indirecto” Concluyó también que “no puede razonablemente exigir al trabajador otorgar preaviso y trabajar un mes más, cuando a la fecha de su renuncia ya se le adeudaban tres remuneraciones mensuales y nada hacía presumir que no se obraría de igual modo respecto del mes correspondiente al preaviso que se omitiera,” (CNTrab, sala II, 21/08/97, “Lombardo, Alberto c/ Omagi S.A.” LL Online).

### **Incumplimiento del deber de preavisar**

Frente al supuesto del trabajador que renuncia sin cumplir el deber de preavisar, se han planteado diferencias de criterio sobre la existencia de requisitos que el empleador debería cumplir para conservar el derecho de reclamar la indemnización sustitutiva del preaviso.

Una interpretación postula que ante la renuncia intempestiva el empleador debería requerir al trabajador que previamente a la extinción del contrato de trabajo, cumpliera el preaviso que la ley establece, para evitar los perjuicios que su conducta omisiva generaría al empleador. Igualmente, se sostiene que si el empleador no reclama el cumplimiento efectivo del preaviso, aquél habría abdicado su facultad de exigir el preaviso, pues el deber de buena fe lo obligaría a fijar su posición ante la renuncia y su silencio perjudicaría el derecho a reclamar una indemnización sustitutiva de preaviso.

En este sentido, un fallo dictado en un caso referido a la renuncia de pilotos de aviones de una línea comercial que habían omitido el preaviso, rechazó la demanda del empleador por esa razón y confirmó la sentencia de primera instancia que consideró que no había sido acreditada ni la mala fe de los actores ni la intimación cursada a los mismos para que dieran cumplimiento al débito contractual de prestar servicios durante el preaviso (CNTrab, sala IV, 21/02/2000, “Líneas Aéreas Privadas Argentinas S.A. c/ Costa, Rubén y otros”, DT, 2000-B, p. 1419) Se había tenido en cuenta que en el caso de pilotos de aeronaves comerciales, si se habría causado perjuicio en el diagrama de vuelos, lo lógico hubiera sido exigir el cumplimiento de las tareas durante el plazo del preaviso dispuesto por la ley. Se extendía al caso de la renuncia del trabajador la solución del plenario Podestá que resolvió que el empleador no tiene derecho a reclamar la indemnización por falta de preaviso, cuando el trabajador se da por despedido, salvo que quede acreditada la mala fe de éste (CNTrab, plenario 206, 22/05/75, “Podestá, Olivo c/ Antártida Argentina S.A.”).

Otra interpretación sostiene la renuncia es un acto jurídico unilateral e incausado que no requiere de justificación y extingue el contrato de trabajo, con lo que cesa el deber de trabajar, por lo que todo supuesto de renuncia tiene que ser

acompañado de su respectivo preaviso (Ojeda, Raúl en “Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada” Santa Fe, 1era edición, tomo III, p.289) También se ha señalado que la ley no pone condicionamiento alguno al derecho de la otra parte a ser preavisada de la dimisión por lo que no parece que deba exigirse el cumplimiento de requisitos que la ley no impone para reclamar una indemnización sustitutiva del preaviso omitido, cuando la ley establece para ambas partes del contrato la obligación de preavisar la extinción incausada del mismo.

### **Descuento de la indemnización sustitutiva del preaviso**

Algunos empleadores, ante la omisión del preaviso del trabajador que renuncia, descuentan de la liquidación final que a éste corresponde, el importe de la remuneración que se habría devengado durante el preaviso (en el caso, el monto será el del salario correspondiente a 15 días, que es el lapso del preaviso que debía dar el trabajador) Esta práctica genera una cuestión relativa a las facultades del empleador para resarcirse de esa forma.

Si el trabajador que ha renunciado omitió el otorgamiento del preaviso al que estaba obligado, el empleador podría demandar el pago de la indemnización sustitutiva. Pero el empleador ¿está facultado al descuento del monto de la indemnización mencionada si el empleado no dio el preaviso? Interpretamos que no, pues la ley protege la integridad de la remuneración (LCT, artículo 131) y determina los casos expresos en que el descuento es posible, sin mencionar el descuento del importe del preaviso omitido. En este sentido, se ha resuelto que es ilegítimo descontar de la liquidación final del trabajador, el importe equivalente a la indemnización sustitutiva de preaviso omitido por el trabajador que renunció a su empleo, pues ese descuento está prohibido por el artículo 131 de la LCT, y no ha sido contemplado por el artículo 132 ni en el artículo 135 de la citada norma.

### **Pago de SAC proporcional**

Según la Ley de Contrato de Trabajo, El sueldo anual complementario será abonado en 2 (dos) cuotas: la primera será en Junio y la segunda en Diciembre de cada año calendario. El sueldo anual complementario consiste en el pago del cincuenta por ciento (50%) de la mayor remuneración devengada por todo concepto dentro del semestre.

A los efectos del cálculo del aguinaldo deben computarse tanto las remuneraciones principales, como las complementarias, sean en dinero o en especie, las que deben ser valorizadas a este fin. A modo ilustrativo se enuncian los siguientes rubros:

- Salario básico
- Comisiones
- Viáticos sin comprobantes
- Remuneraciones en especie - casa/habitación/comida- Bonificaciones adicionales
- Propinas habituales y no prohibidas
- Premios/Gratificaciones
- Salarios por enfermedad accidente profesional
- Horas extraordinarias
- Vacaciones y plus vacacional

No se incluyen para el cálculo del aguinaldo las remuneraciones que tengan carácter "no remunerativo." No se contemplan como base para el cálculo del de SAC. A manera de ejemplo algunos de esos conceptos son los siguientes:

- Asignaciones familiares
- No se calcula el AGUINALDO sobre los importes abonados en concepto de licencia por maternidad Ya que es una asignación familiar.
- Prestaciones dinerarias de la ley de ART

- Beneficios sociales otorgados por el empleador conforme al artículo 103 bis Ley de Contrato de Trabajo.

### **Vacaciones proporcionales**

En términos prácticos la palabra “licencia” es usada en general para referirse a los descansos remunerados por amparo de la ley o las convenciones colectivas de trabajo. Las Licencias pueden clasificarse en: Ordinarias y Extraordinarias (por nacimiento, fallecimiento, exámenes, donación de sangre, citaciones judiciales, almuerzos y refrigerios, etc.). Entre las primeras se encuentra la Licencia Anual por Vacaciones cuyo objetivo es proteger la capacidad psicofísica del trabajador. La LCT en su art. 150 establece los plazos mínimos y continuados de descanso anual remunerado en función de la antigüedad en el empleo que el trabajador tenga al 31 de diciembre del año a la que correspondan las mismas. Antigüedad Menor a 6 meses y que no exceda de 5 años 14 días corridos Mayor a 6 meses y que no exceda de 5 años 14 días corridos Mayor a 5 años y que no exceda de 10 años 21 días corridos Mayor a 10 años y que no exceda de 20 años 28 días corridos Mayor a 20 años 35 días corridos Para tener derecho al beneficio vacacional completo, el trabajador deberá haber prestado servicios durante la mitad de los días hábiles del año. La fecha de iniciación de las vacaciones es designada por el empleador, según lo establece el art. 154 LCT debiendo concederlas dentro del período comprendido entre el 01 de octubre y el 30 de abril, y por lo menos en una temporada de verano cada tres períodos. La licencia deberá comenzar en día hábil. Tratándose de trabajadores que presten servicios en días inhábiles, las vacaciones deberán comenzar el día siguiente a aquel en que el trabajador gozare del descanso semanal. La LCT establece que los días de vacaciones son corridos y no hábiles y no admite que se fraccionen. Solo acepta que de un período se deje de tomar la tercera parte, la cual se acumulará para el período siguiente. Cuando un matrimonio se desempeña a las órdenes de un mismo empleador, las vacaciones deben

otorgarse en forma conjunta, siempre que no afecten el normal desenvolvimiento del establecimiento (art. 154 LCT)<sup>12</sup>. La fecha de iniciación deberá ser comunicada con 45 días de anticipación sin perjuicio de lo que establezcan las CCT. Si cumplido el plazo el empleador no la hubiese emitido, el trabajador hará uso de ese derecho previa notificación fehaciente, de modo que las vacaciones concluyan antes del 31 de mayo. Vencido el plazo que surge del art. 154, queda excluida la posibilidad que la licencia vacacional no otorgada genere derecho al cobro o a su reclamo de goce (art. 152 LCT).

En caso de desvinculación, por cualquier motivo, tiene el trabajador derecho a la indemnización por vacaciones no gozadas proporcionales al tiempo trabajado durante el año. A los efectos de estos cálculos se considerarán como trabajados los días en que el trabajador no preste servicios por gozar de una licencia legal o convencional, o por estar afectado por una enfermedad inculpable o por un accidente laboral, o por causas no imputables al mismo (art. 152 LCT). El pago por vacaciones proporcionales al egreso debe incrementarse con el SAC proporcional.