

Material Imprimible

Curso Indemnizaciones laborales

Módulo Indemnizaciones por despido indirecto del trabajador

Contenidos:

- Rubros que la integran la liquidación por Despido.
- Indemnización por antigüedad. Artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo. Vigencia hasta la reglamentación del fondo de cese laboral.
- El despido discriminatorio en el nuevo artículo 245 bis de la Ley de Contrato de Trabajo
- Fondo de cese laboral
- Topes indemnizatorios máximos y mínimos.
- Período a prueba en la ley bases
- 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

Indudablemente, con la nueva modificación experimentada a través de la reforma laboral introducida por la ley bases 27.742, la revaloración de los rubros que integrarán la liquidación final por despido incidirá en la manera de efectuar las liquidaciones tanto judiciales como extrajudiciales en un futuro, teniendo en cuenta la potestad de crear un fondo de desempleo en negociaciones paritarias -y subrayamos esto porque es de suma importancia- como nueva figura legal por ley, existiendo aún varias cuestiones a reglamentar conforme evolucione la viabilidad o no de dicho fondo en el contexto de la aceptación gremial.

Efectuada la aclaración anterior, debemos decir que la forma y las variables que se deben tener en cuenta al momento de un despido son muy numerosas, a raíz de que existen factores situacionales que incidirán en el **cálculo indemnizatorio final** de una desvinculación.

Dichas variables son:

- Si estamos en presencia de un despido con causa o sin él,
- Si se ha otorgado el preaviso,
- Si se está en presencia de algunas de las situaciones especiales contempladas por la Ley de Contrato de Trabajo, es decir, embarazo, matrimonio, incapacidad, despido discriminatorio (nuevo agregado como art. 245 bis en la Ley de Contrato de Trabajo), Etc.

Y he aquí que lo importante, lo que debemos identificar en principio -y siempre y cuando estamos ante un contrato laboral registrado en debida forma-es si estamos o no en presencia de un despido injustificado, porque si estamos frente a un despido con justa causa, los conceptos indemnizatorios no tendrán lugar, y se considerará muy similar el pago al de una renuncia.

El paso siguiente será estimar la antigüedad del trabajador despedido, así como conocer cuál será su remuneración base para el cálculo.

Los rubros para calcular indemnización por despido que sí aparecen en todos los casos de despido sin causa o injustificado, son los siguientes:

- Indemnización por antigüedad (artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo) 1 mes de sueldo por cada año trabajado.

- Proporcional de aguinaldo (SAC) de acuerdo a la cantidad de días trabajados en el semestre del despido (primer o segundo semestre del año)
- Proporcional de vacaciones no gozadas: 1 día por cada 20 días trabajados, o completas si trabajó más de 6 meses del año.

Más adelante nos abocaremos a su tratamiento particular

Indicado ello, diremos que el principio básico para calcular la indemnización por despido laboral, de acuerdo a la legislación Argentina, es el siguiente: Se le debe abonar al trabajador una **indemnización por antigüedad** equivalente a un sueldo por cada año de servicios o fracción mayor a tres meses, que el empleado tuviere en el trabajo a la fecha del despido.

El artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo es la norma base que regula la indemnización por despido arbitrario y lo hace en función de dos elementos: el salario y la antigüedad del trabajador en el empleo.

El proyecto de reforma prevé la modificación del artículo, excluyendo del cómputo el SAC, los premios y/o bonificaciones y cualquier otra compensación o reconocimientos de gastos que el empleador efectúe al trabajador. Dependerá en última instancia, si el texto tal cual proyectado es o no aprobado.

Si el trabajador no alcanzó a prestar servicios más de tres meses, en principio, no tiene derecho a percibir indemnización porque rige el “período de prueba” previsto en el artículo 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, donde cualquiera de las partes puede rescindir el contrato de trabajo sin causa alguna.

Sin embargo, el artículo 245 admite situaciones en que cabe presumir la renuncia al período de prueba, o sanciona la conducta abusiva del empleador, o existen supuestos que la jurisprudencia ha considerado que no rige el período de prueba. Por ejemplo, una trabajadora que se encuentra en situación del artículo 182 de la Ley de Contrato de Trabajo, es decir, embarazada. En todos estos casos, el empleador deberá abonar la indemnización legal pese a que el contrato de trabajo no ha superado los tres meses.

En los casos de contratos de trabajo a plazo fijo no rige la indemnización del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, ya que la fijación de la indemnización por resolución ante *tempus* del contrato es fijada prudencialmente por los jueces.

Continuando con lo establecido en el 245, la norma manifiesta que debe tomarse “...la mejor remuneración mensual, normal y habitual (...)”, y en este párrafo, debe interpretarse

que la habitualidad está referida a los conceptos que se pagaron con bastante frecuencia durante el último año -8 a 12 meses- o el tiempo de prestación de servicios si es menor (horas extras, premios por asistencia o puntualidad, viáticos sin rendición de cuentas, futuros aumentos, falla de caja, etc.).

Para algunos autores, la normalidad responde a un concepto cuantitativo, y por ello excluyen la posibilidad de tomar un monto salarial cuantitativo extraordinario. Por ejemplo: si todos los meses el trabajador gana, en promedio, \$2.000 de comisión por venta, y un mes ganó la suma de \$ 5.000 porque vendió mucho, no podría tomarse ese salario porque el valor es anormal o extraordinario.

La práctica judicial antes indicada, llevó a que en los supuestos de remuneraciones variables (y discordantes) algunos jueces promediaran los importes a fin de obtener el “salario variable normal”.

Esta forma de cálculo quedó sin efecto a raíz del plenario N° 298 de la CNAT del 05/10/2000 en los autos: “Brandi Roberto Antonio c/ Lotería Nacional s/ despido”, obligatorio para los jueces del fuero en virtud de lo prescripto por el artículo 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que fijó la siguiente doctrina: “para el cálculo de las indemnizaciones por despido no deben ser promediadas las remuneraciones variables mensuales, normales y habituales”.

De allí que en caso de remuneraciones variables debería tomarse la mejor remuneración, salvo que el intérprete considere que cuantitativamente esta no es “normal”, sino extraordinaria, y queda excluida del parámetro fijado por el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

La norma del 245 continua indicando que: “(...) devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si este fuere menor...”

En principio, cabe aclarar que la ley 25.877/2004 modificó el vocablo “percibida” por “devengada”, porque podría ocurrir que el empleador que quería despedir al dependiente, con intención le liquidaba mal: venía un aumento y no se lo consideraba. Dado que en definitiva debía considerarse la “mejor remuneración percibida” si le quitaba las horas extras, si no le consideraba los aumentos, no era remuneración percibida, y la base, era una base menor.

Esto significa que debe computarse el salario que pertenece al trabajador (porque prestó servicios y ya lo ganó) aunque materialmente no lo haya percibido efectivamente, ya sea

porque no se lo pagaron, porque no fue a cobrarlo, porque el despido se produjo antes de la fecha de cobro u otra causa. Es decir, más allá de su percepción efectiva, se encuentra incorporado a su patrimonio al menos como crédito.

La introducción de la palabra “devengada” originó que algunas Salas de Capital Federal comenzaran a interpretar que debía considerarse la incidencia del S.A.C. para el cálculo de la indemnización por despido, -lo que interpreta la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, desde hace muchísimos años- en contraposición a la postura que habían adoptado hasta antes del 2004 en forma unánime de no considerarla.

Esto dio lugar a un fallo Plenario: “TULOSAI, Alberto Pascual c/ Banco Central de la República Argentina” de fecha noviembre de 2009, que finalmente estableció que no corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245, la parte proporcional del SAC. En la actualidad, está en sintonía con lo propugnado por la reforma laboral.

También resolvió un tema colateral en el mentado fallo respecto a la ley laboral: la bonificación abonada por el empleador sin periodicidad mensual y con base en un sistema de evaluación de desempeño del trabajador, no debe computarse a los efectos de determinar la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

El jurista Justo López ha entendido que no constituye una remuneración mensual “normal” a la luz de la normativa del 245, la que no se percibe mensualmente, como una gratificación extraordinaria o incluso el sueldo anual complementario, que se cobra en dos cuotas semestrales.

Respecto de las remuneraciones variables o contingentes, como las que corresponden a las horas extras, premios, viáticos, bloqueo de título, servicios de comedor, vales alimentarios, celular, automóvil, la ropa de trabajo, el pago de la guardería o jardín de infantes del hijo, etc., corresponderá su cómputo cuando reúnan los requisitos de normalidad y habitualidad. Dicha cuestión tampoco será aplicable si prosperare la reforma.

En este sentido, vale recordar que, hasta la Corte Suprema de la Nación, en el caso González contra Polimat, determinó que las sumas no remunerativas otorgadas por decreto deben ser consideradas para el cálculo de liquidación final.

En los casos de remuneraciones variables como el pago a comisión, habrá que tomar el mejor mes como base de cálculo, salvo que resulte anormalmente alto a causa de algún hecho que por sus características permitan calificarlo como extraordinario.

La ley bases introduce a través de su artículo 95 una nueva norma a la ley de contrato de trabajo por medio del artículo 245 bis al indicar: “Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio. Será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de raza o etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo o género, orientación sexual, posición económica, caracteres físicos o discapacidad. En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal, y en caso de sentencia judicial que corrobore el origen discriminatorio del despido, corresponderá el pago de una indemnización agravada especial que ascenderá a un monto equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la establecida por el artículo 245 de la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias o de la indemnización por antigüedad del régimen especial aplicable al caso. Según la gravedad de los hechos, los jueces podrán incrementar esta indemnización hasta el cien por ciento (100%), conforme los parámetros referidos anteriormente. La indemnización prevista en el presente artículo no será acumulable con ningún otro régimen especial que establezca agravamientos indemnizatorios. El despido dispuesto, en todos los casos, producirá la extinción definitiva del vínculo laboral a todos los efectos”.

En esta nueva norma, se establece un agravamiento indemnizatorio para el caso de despido motivado por un acto discriminatorio, en razón de la opinión política, gremial, raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual. Tal discriminación deberá ser probada por quien la alega y por sentencia judicial que así lo corrobore, corresponderá el pago del 50% de la indemnización que le atañe por aplicación del artículo 245, la que puede ser incrementada al 100% por los jueces según la gravedad de los hechos.

Esta indemnización no es acumulable con otro régimen, y el despido producirá plenos efectos extintivos, es decir, el acto no será considerado nulo, y por lo tanto, no corresponderá reinstalación en el puesto de trabajo.

Dicho de otro modo: Se recepta el “despido discriminatorio”, caracterizándolo y determinando los requisitos para su procedencia, estableciendo una indemnización agravada cuando sea reconocido judicialmente, pero otorgando al acto de desvinculación plenos efectos extintivos.

Ahora bien. Se deberá tener muy en cuenta un gran obstáculo que tendrán los litigios a la hora de tarifar esta indemnización, y es lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Cejas.c/fate S.A” del 2013, donde la Corte refiere que ante un hecho probado de despido por discriminación, lo que primero se deberá realizar es la reinserción del trabajador nuevamente a su puesto de tareas, respetando así, el principio de continuidad laboral.

Con ello, queda revocada así la sentencia anterior de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que había admitido que el empleador eligiera entre reincorporar al trabajador o abonarle una indemnización adicional por falta de reinstalación en el puesto. Asimismo, la prohibición de reinstalación constituye un quiebre a la doctrina del fallo “Álvarez” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, más una derogación implícita de la ley 23.592 en materia laboral.

En efecto, aún ante la acreditación de hechos o actos discriminatorios, y sin perjuicio de que la citada ley contra aquellos actos imponía la obligación de “dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”, la Ley Bases no solo limita el daño que puede reclamarse, sino que impide dejar sin efecto el despido.

Y... ¿qué ocurre con el fondo de cese laboral? La ley bases en su artículo 96 indica que: “Mediante convenio colectivo de trabajo, las partes podrán sustituir la indemnización prevista en el artículo 245 de la ley 20.744 por un fondo o sistema de cese laboral conforme los parámetros que disponga el Poder Ejecutivo nacional. Los empleadores podrán optar por contratar un sistema privado a su costo, a fin de solventar la indemnización prevista en el presente artículo y/o la suma que libremente se pacte entre las partes para el supuesto de desvinculación por mutuo acuerdo conforme artículo 241 de la ley 20.744. En todos los casos, las empresas podrán auto-asegurarse en el sistema que se defina”.

Adviértase que la norma es conteste en referir que las partes, es decir, empleador y trabajadores, “podrán”, en negociación colectiva, o sea, sujeto a decisión paritaria de cada sector o empresa, por la creación de un fondo o sistema de cese laboral que sustituya la indemnización por antigüedad. Se deberá ajustar a los parámetros que disponga el Poder Ejecutivo Nacional, y se permite que los empleadores puedan optar por contratar un sistema privado a su costo.

El fondo fue ideado como alternativa a las indemnizaciones y debería ser constituido mediante convenio colectivo, como hemos indicado anteriormente, con el aval de las cámaras empresariales y el principal gremio de la actividad. El monto del aporte mensual corre únicamente por cuenta del empleador sobre un porcentaje del salario y sustituye la indemnización.

Se pretende que este fondo sea similar al existente de desempleo para los trabajadores de la construcción, en el que el empleador deposita el 12% del salario que retiene mensualmente a cada trabajador en el mismo durante el primer año de la relación laboral y el 8% a partir del segundo año. El dinero se deposita en una cuenta bancaria, genera intereses para el trabajador y son inembargables. El dinero es de libre disponibilidad.

No obstante, esto se presume, ya que todavía no existen precisiones que el trabajador tendría el derecho a percibir los fondos una vez que el empleador le haya comunicado de forma fehaciente la decisión de extinguir la relación.

En ese instante rupturista, la empresa deberá enviarle una copia de la comunicación al instituto a cargo de la administración del fondo. Una vez recibido el telegrama de despido, el instituto tendrá cuatro días hábiles para depositar los fondos. El trabajador podrá retirar el total o podrá disponer de ellos de manera parcial y periódica. En ese ínterin, el monto será capitalizado por el instituto.

Si el administrador del fondo no abona, el dependiente puede intimar -bajo amenaza de realizar acciones legales- tanto a dicho ente como a su empleador. Si el empleador incumple total o parcialmente sus obligaciones con el fondo, quedará excluido total o parcialmente de la cobertura, y podrá ser objeto de reclamo por parte del trabajador de la construcción.

Volviendo al tema de la tarificación de la indemnización -que se abstrae de los daños reales del despido-, debemos indicar que tiene varias manifestaciones, entre ellas, el **tope legal**.

La remuneración tomada para el cálculo del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo no puede exceder “el equivalente a tres veces del importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador al momento del despido por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad”.

La misma norma dispone que en caso que al trabajador no se le aplique convenio alguno, se tomará como tope legal el convenio de actividad que se aplica al establecimiento -

lugar donde presta servicios el trabajador- o el más favorable en caso de que se aplique más de un convenio en el lugar.

Para los trabajadores con remuneraciones variables o a comisión, se le aplica el tope más conveniente-teniendo en cuenta lo anteriormente dicho sobre lo que propugna la reforma-, comparando al que pertenecen o al aplicable en el establecimiento o empresa donde prestan servicios.

La publicación de estos topes y de las escalas salariales están a cargo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos de la Nación, por lo que las partes no están habilitadas para fijar los promedios correspondientes. En caso que el Ministerio omita hacerlo, consideramos que esa circunstancia es inoponible al trabajador y deberá abonarse la indemnización sin tope legal en tanto no existe una norma jurídica que así lo establezca.

Por otro lado, el tope legal funciona como una medida de defensa del empleador, y por ello puede dispensar su aplicación y abonar la indemnización en base a un salario liberado del tope.

Es importante destacar que para la aplicación de un convenio colectivo y su tope, se requiere que las partes lo hayan individualizado, y en caso de que no lo hagan, no podría aplicarse convenio alguno, ya que tampoco puede utilizarse otro convenio por analogía. De igual manera, no corresponde fijar tope para los trabajadores que se desempeñan en establecimientos donde no se aplica convenio colectivo alguno.

Ahora bien. Existen situaciones donde la aplicación del tope legal puede tornar ilusoria la indemnización prevista en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, en supuestos donde existe un desfasaje entre la remuneración del trabajador y el tope legal que debe aplicarse.

Ante la existencia de situaciones injustas e irrazonables, la Corte Suprema de Justicia de la Nación fijó doctrina el 14.09.2004 en autos "Vizzoti Carlos c/ AMSA SA". Allí declaró la inconstitucionalidad del tope legal del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo cuando supera el 33% del salario del trabajador, siguiendo así los criterios que mantiene en materia impositiva para considerar confiscatorio cualquier impuesto, tasa o contribución que excede esos límites.

En otras palabras, conforme a la doctrina sentada por el máximo tribunal, el tope legal sólo puede aplicarse hasta mermar el 33% del salario del trabajador.

Por último, cabe destacar que la norma establece un piso mínimo de indemnización por antigüedad, equivalente a un mes de sueldo de la mejor remuneración mensual, normal y habitual del trabajador.

Acá 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 un día. Esta tesis surge de un fallo plenario Nro. 218 “sawady v. SADAIC, 30/3/1979 y de la redacción del artículo 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, 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.

La indemnización por despido para los empleados a plazo fijo se calcula como el salario restante que se habría pagado cuando los empleados hubieran terminado el proyecto o período para el que fueron contratados. Por otra parte, los empleados a plazo fijo de más de un año de servicio tendrán derecho al 50% de la indemnización por despido que un empleado permanente hubiera recibido si el término del empleo para los que fueron contratados se hubiese completado.

El desarrollo del preaviso y la integración del mes de despido

Debemos tener en cuenta la modificación realizada por la ley bases al periodo a prueba en los contratos laborales. En efecto, el artículo 91 de dicha ley indica: “Sustitúyese el artículo 92 bis de la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias por el siguiente: Artículo 92 bis: Período de prueba. El contrato de trabajo por tiempo indeterminado se entenderá celebrado a prueba durante los primeros seis (6) meses de vigencia. Las convenciones colectivas de trabajo podrán ampliar dicho período de prueba:

a) hasta ocho (8) meses, en las empresas de seis (6) y hasta cien (100) trabajadores; y b) hasta un (1) año en las empresas de hasta cinco (5) trabajadores.

Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo a la extinción...”

El período de prueba se regirá por las siguientes reglas:

(i) Un empleador no puede contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el período de prueba. De hacerlo, se considerará de pleno derecho, que el empleador ha renunciado al período de prueba.

(ii) El uso abusivo del período de prueba con el objeto de evitar la efectivización de trabajadores será pasible de las sanciones previstas en los regímenes sobre infracciones a las leyes de trabajo. En especial, se considerará abusiva la conducta del empleador que contratare sucesivamente a distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente...”

(iii) Las partes tienen los derechos y las obligaciones propias de la relación laboral, con las excepciones que se establecen en este artículo. Tal reconocimiento respecto del trabajador incluye los derechos sindicales.

(iv) Las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la seguridad social, con los beneficios establecidos en cada caso...”

(v) El trabajador tiene derecho, durante el período de prueba, a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo. También por accidente o enfermedad inculpable, que perdurará exclusivamente hasta la finalización del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato de trabajo durante ese lapso. Queda excluida la aplicación de lo prescripto en el cuarto párrafo del artículo 212.

(vi) El período de prueba se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la seguridad social.

El empleador deberá registrar al trabajador desde la fecha de inicio de la relación; caso contrario, se considerará que ha renunciado al período de prueba”.

Es decir, de ahora en más, todo contrato de trabajo por tiempo indeterminado se considerará en período de prueba durante los primeros seis meses de su vigencia.

Debemos destacar además que siguen vigentes las normas sobre preaviso y sobre la integración del mes de despido. Respecto al **preaviso**, tenemos que indicar que como hemos estudiado anteriormente, cualquiera de las partes puede rescindir un contrato con un preaviso o pagar en su lugar.

Como sabemos, la duración legal del plazo de preaviso es:

- 1 mes para los empleados con más de 3 meses, pero menos de 5 años de servicio;
- 2 meses para los empleados con más de 5 años de servicio.

Anteriormente, el período a prueba era de 15 días, pero la ley bases quitó esta disposición de la redacción original del artículo 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo.

Tengamos en consideración que el plazo de preaviso se cuenta desde el día siguiente a la comunicación de aviso previo.

Asimismo, cuando el preaviso hubiera sido otorgado por el empleador, el trabajador podrá considerar extinguido el contrato de trabajo antes del vencimiento del plazo, sin derecho a la remuneración por el período faltante del preaviso, pero conservará el derecho a percibir la indemnización que le corresponda en virtud del despido.

Esta manifestación deberá hacerse en la forma prevista en el artículo 240 (mediante despacho telegráfico colacionado cursado personalmente por el trabajador a su empleador o ante la autoridad administrativa del trabajo).

El artículo 233 de la Ley de Contrato de Trabajo indica 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 sustitutiva debida al trabajador se integrará con una suma igual a los salarios por los días faltantes hasta el último día del mes en el 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.

El preaviso aparece como un elemento de una manifestación de voluntad compleja que contiene la decisión concreta y ya adoptada de extinguir la relación contractual, y como consecuencia directa e inmediata de ella puede adicionar un término o plazo para su eficacia, de modo que su operatividad, sus efectos, en suma, son trasladados en el tiempo según lo que establecen la ley o el acuerdo de las partes, y por supuesto y eventualmente, también los convenios colectivos.

La manifestación de voluntad extintiva que forma la materia contenida en la norma derogatoria que el contratante “pone” dentro del círculo del contrato que él mismo contribuyó a crear, es el modo pleno de ejercitar una facultad genérica que le otorga el ordenamiento, de fijar un término extintivo o final de una relación contractual que hasta ese momento no lo tiene, porque precisamente es de plazo indeterminado.

La cuestión de qué es el preaviso en la extinción del contrato de trabajo, es aún hoy un punto que no parece definitivamente resuelto.

Según el tenor literal de la norma del artículo 231 de la Ley de Contrato de Trabajo, puede entenderse que el legislador subordina la extinción del contrato (receso) al cumplimiento de una carga de aviso anticipado con las formas y por el plazo que establece, de modo que el no cumplimiento de esta carga contractual coloca al contratante autor de la omisión, en la condición de obligado al pago de una prestación dineraria, que es el equivalente de la remuneración que hubiera devengado y percibido el trabajador durante el plazo de preaviso.

La extinción, como tal, queda perfeccionada según el efecto propio de los actos recepticios cuando el medio que la documenta, contiene y transmite, llega a la esfera jurídica del destinatario, pero su eficacia -eficacia derogatoria de la norma contractual constitutiva y de todas aquellas otras que son su consecuencia- queda sujeta al transcurso del término del preaviso.

El ordenamiento confiere a los sujetos contratantes el poder alternativo de extinguir el contrato con un plazo que dilaciona o posterga en el tiempo su eficacia -plazo llamado de preaviso-, durante cuyo transcurso el contrato conserva vigente su estructura ordenadora, aunque de modo precario o provisorio; consecuentemente, durante el transcurso de este plazo de preaviso, se mantienen en plena exigibilidad los deberes de prestación y de conducta.

Pero también pueden los sujetos contratantes provocar la extinción inmediata de la relación contractual sin satisfacer ese plazo de dilación o de preaviso, de suerte que el contrato se extingue al perfeccionarse el acto recepticio que contiene la denuncia.

En el primer caso, el contratante autor de la extinción no queda obligado a satisfacer ninguna prestación en relación al preaviso; en el segundo caso, la extinción inmediata (por oposición a la extinción con efectos dilacionados del supuesto anterior) le impone la obligación de satisfacer una indemnización que reviste caracteres especiales que han dificultado su comprensión.

La Ley de Contrato de Trabajo asigna una función “sustitutiva” a la atribución patrimonial, que llama “indemnización”.

En realidad, con ella no se sustituye el preaviso, porque éste, en sí mismo, no es sustituible ni reemplazable, desde que no es el equivalente lógico de la indemnización; pero lo que sí es sustituible y reemplazable es la atribución patrimonial remuneratoria que el trabajador debió percibir durante el término de preaviso si éste le hubiera sido otorgado, es decir, si el empleador autor de la extinción del contrato hubiera adicionado a la misma el plazo previsto en la ley para su eficacia extintiva.

La Ley persigue que, en este caso, cualquiera sea el contenido material de la manifestación de voluntad que forma la denuncia del contrato de trabajo (salvo, se entiende, el supuesto de existencia de justa causa), el prestador de servicios perciba una atribución patrimonial dineraria, igual -equivalente- a la remuneración que debió devengar y percibir durante el plazo estipulado por la normativa laboral, de preaviso.

En tanto la indemnización por despido -que es indemnización típica- es tarifaria, esta atribución patrimonial debida en caso de omisión del preaviso es plena o total porque es el equivalente (relación de igualdad, o de entidad) de la remuneración del trabajador.

Muchas veces ocurre que el trabajador se niega a recibir la notificación del preaviso, o en caso de estafeta por ejemplo, concurre a retirar la correspondencia varios días después. Y ¿porque el trabajador se niega a ello?, la respuesta es porque la doctrina dice que es improcedente pretender el cobro de haberes de integración del mes de despido si de la causa resulta que tal medida fue notificada al dependiente el último día del mes de la cesantía.

El concepto de **integración del mes de despido** está impuesto en el artículo 233 de la ya mencionada Ley 20.744. Esta norma dice que si el despido se produjera sin preaviso y en fecha distinta a fin de mes, el empleador deberá abonar al trabajador el salario por los días que faltaran para completar la mensualidad; es decir, percibir lo que hubiese cobrado en caso de haber continuado trabajando todo el mes.

Adviértase que la misma no está contemplada en el proyecto de reforma laboral, ya que de su texto no se hace alusión a esta clase de indemnización, considerándose, en consecuencia, que el pago de la misma queda en cabeza del empleador.

La integración del mes de despido no procederá cuando la extinción se produzca durante el período de prueba. Este rubro se abona cuando el despido no coincide con el último día del mes en que se efectúa el mismo, y no se otorgó el preaviso, debiéndose abonar los días faltantes hasta que termine el mes. Por ejemplo, si al trabajador lo despiden un

20 de marzo, le deben pagar los 10 días faltantes para que termine el mes, como si los hubiera trabajado, siempre y cuando el empleador haya omitido otorgar el preaviso.

Si no se reclamó la integración en la demanda, resulta claro entonces que los jueces no pueden suplir dicha omisión y debe rechazarse dicho rubro al momento de dictar la sentencia.

Además podemos manifestar que la integración no está prevista por el artículo 212 de la Ley de Contrato de Trabajo toda vez que dicho instituto constituye un complemento de la sustitutiva del preaviso, institución cuya procedencia queda descartada cuando se trata de casos de incapacidad absoluta, ya que elimina toda posibilidad de que el trabajador obtenga otra ocupación, por lo que el preaviso carece de todo sentido.

La integración del mes de despido tiene la misma naturaleza que la correspondiente por falta de preaviso, y por ello, la parte proporcional del sueldo anual complementario debe tomarse en cuenta a los fines de su determinación.

En los supuestos de extinción automática, sin preaviso, como el caso de quiebra, no procede la indemnización por integración, ya que la misma es debida cuando el contrato se disuelve por voluntad de alguna de las partes y no cuando la extinción se produce en forma automática por imperio del artículo 186 de la ley 19.551 ante la quiebra del empleador. Tampoco resulta procedente su pago en la causal de extinción por muerte del trabajador.

Como ya hemos visto, el **Sueldo Anual Complementario** puede definirse como una remuneración de carácter suplementaria que equivale al 50% de la mayor remuneración devengada mensualmente en cada semestre del año.

También sabemos que se trata de una especie de salario diferido por el que el trabajador va devengando esta retribución cada día que ha trabajado de conformidad a la modalidad, periodo y frecuencia de pago (tal como se indica en los artículos 121 y 122 de la Ley de Contrato de Trabajo).

A ello adicionamos que el aguinaldo le corresponde a todos los trabajadores en relación de dependencia, sin importar la forma de su contratación, es decir, si es por tiempo indeterminado o determinado (a plazo fijo, eventual). Al mismo tiempo, al ser una suma remunerativa se efectúan los descuentos por jubilación y obra social que son establecidos por ley.

De acuerdo a lo que establece la normativa legal, el pago del aguinaldo corresponde al tiempo efectivamente trabajado y por el que se han devengado remuneraciones. Esto

quiere decir que, si por ejemplo, el empleado comienza a trabajar en un día que no coincide con el primer día del semestre o deja de hacerlo un día que no es el último del período, se le debe abonar el SAC proporcional al tiempo que estuvo desarrollando sus tareas. Allí se debe tomar la mayor remuneración mensual devengada en dicho semestre y a ese monto aplicarle el 50%.

Para el cálculo del aguinaldo se debe tener en cuenta que para establecer la mejor retribución del semestre hay que considerar todos los conceptos remunerativos devengados. Por ende, estarían incluidos el sueldo, los jornales, las comisiones, gratificaciones, propinas, viáticos siempre que tengan carácter remuneratorio, horas extras, antigüedad, adicional por función, adicional por título, etc. No obstante, no estarían incluidos las asignaciones familiares, los beneficios sociales, las sumas no remunerativas y los conceptos indemnizatorios.

En la base del cálculo quedan incluidas todas las remuneraciones, aunque ellas correspondan a una periodicidad distinta a la mensual, sea menor (diaria, semanal, quincenal) o mayor (como ocurre con los premios anuales, participación en las ganancias, etc.). Lo relevante entonces es la remuneración que se devenga y no la periodicidad de ésta.

Por ello, en el caso de premios o gratificaciones anuales, deberá computarse en la base de cálculo sólo la parte de ésta que se hubiere devengado en el semestre y según la incidencia mensual que represente.

Hagámoslo más claro y puntualicemos la cuestión en términos acotados: El premio anual se recibe, por ejemplo, a fines de diciembre, pero se ha ido “ganando” en cada mes del año, razón por la que incidirá en el cálculo del aguinaldo la parte proporcional correspondiente a “un mes”. Las recomposiciones salariales o acuerdos que se celebran fuera del término normal, obligan habitualmente a realizar pagos retroactivos por reajustes de meses anteriores.

Para calcular el aguinaldo no se tomará en cuenta el “total percibido”, sino que se imputará el reajuste al mes o bien a los meses en que se ha “devengado” tal remuneración. No importa entonces cuándo se paga, sino a qué mes corresponde el pago.

En lo atinente al pago del SAC proporcional, debemos tener en cuenta lo estipulado por el artículo 123 de la ley de contrato de trabajo, que expresa puntualmente: “Cuando se

opere la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa, el trabajador o los derechohabientes que determina la ley, tendrán derecho a percibir la parte del sueldo anual complementario que se establecerá como la doceava parte de las remuneraciones devengadas en la fracción del semestre trabajado, hasta el momento de dejar el servicio”.

Para calcularlo, se toma, como dijimos, el mejor sueldo devengado por todo concepto (la remuneración más alta) del semestre donde se produjo la extinción (no importa que no sea normal y habitual) y se saca el 50%. (No se computan rubros no remuneratorios).

Luego debe calcularse la cantidad de días trabajados en el semestre (el SAC se devenga diariamente) y se hace un cálculo de lo que le corresponde hasta el día del despido. A tal fin se hace una regla de 3 simple: Cantidad de días trabajados X 50% del mejor sueldo / 180 días (medio año)).

Por ejemplo: si una persona trabajó hasta el día 30 de Marzo habiendo cobrado como mejor remuneración del semestre la suma de \$500.000, el cálculo es el siguiente:

- Días trabajados en el semestre: 90 días (se toma 30 para cada mes)
- SAC que le hubiera correspondido: \$250.000 (50% del sueldo)

Entonces: Si hubiera trabajado 180 días (360 / 2) le hubiera correspondido \$250.000. Como trabajó 90: le corresponde: $90 \times 250.000 / 180$, es decir: \$125.000.

Existieron posiciones encontradas en cuanto a la inclusión o no de la parte proporcional del sueldo anual complementario en la base de cálculo de la indemnización por antigüedad.

En la Provincia de Buenos Aires se sustentó desde largo tiempo atrás el criterio de que el sueldo anual complementario es una remuneración que, si bien se paga semestralmente, se devenga mes a mes revistiendo, en consecuencia, el carácter de mensual, normal y habitual, debiendo adicionárselo a la base de cálculo.

En la Capital Federal, la Cámara Nacional de Apelaciones del trabajo mayoritariamente, hasta la aparición de los fallos (entre otros) “Balzaretto Eduardo Carlos c/ente administrador astillero Rio Santiago s/despido de 2006 e Hidalgo, Guillermo José c/Eseka sa s/despido del 2007”, había sostenido la posición contraria, ya que consideraba que la parte proporcional del aguinaldo no debía sumarse a la mejor remuneración mensual, normal, y habitual, dado que el pagarse dos veces por año no revestía el carácter de remuneración mensual.

El nuevo texto del artículo 245 de la ley de contrato de trabajo, modificado por la ley 25.877, actualmente se refiere a la mejor remuneración normal, mensual y habitual “devengada”, y considerándose al sueldo anual complementario un salario diferido que se va devengando mes a mes- prueba de ello es que ante la extinción del contrato por la causa que fuera debe abonarse la parte proporcional devengada a dicha fecha-. Esto podría llegar a interpretarse como que formaría parte de esa mejor remuneración mensual, normal y habitual “devengada” a tomarse en cuenta para determinar la base de cálculo de la indemnización por antigüedad.

Al respecto, en el caso “Hidalgo” han aplicado la interpretación precedente mencionada, admitiendo el origen de la inclusión del SAC en la base de cálculo de la indemnización por antigüedad establecida por el artículo 245 de la ley de contrato de Trabajo. Sin perjuicio de ello, debemos advertir que la postura se encuentra hoy en día controvertida dado que la jurisprudencia no es pacífica al respecto.

Las **vacaciones** se deben pagar, y de la forma que lo establece el artículo 156 de la Ley de Contrato de Trabajo, siempre que se extingue la relación laboral, ya sea por despido o por renuncia. Siempre corresponde y siempre se liquida de la misma manera.

A tal efecto, en primer lugar deben calcularse los días devengados de vacaciones. Para ello se tiene en cuenta la antigüedad del trabajador a fin de determinar qué cantidad de días le hubiera correspondido (14, 21, 28, 35). Luego se tiene en cuenta los días trabajados y se hace una regla de 3 simple.

$$\text{Días trabajados} \times \text{días que le corresponde de vacaciones} / 360 (\text{días del año}) = \text{cantidad de días de vacaciones.}$$

Ahora bien. La ley estipula que en caso de extinción, los días proporcionales de vacaciones deben ser abonados como indemnización. Para ello, hay que multiplicar los días proporcionales de vacaciones, por el valor de un día de vacación. ¿Cómo se calcula un día de vacación? Tomando el salario y dividiéndolo por 25.

El artículo 155 inciso 3, estipula que, en caso de que las remuneraciones a tener en cuenta sean variables, debe hacerse un promedio de los meses correspondientes al año a la que corresponden las vacaciones.

En caso de que el trabajador perciba un salario mixto (parte suma fija parte variable) hay que hacer un promedio de todos los salarios mensuales devengados del año al que corresponden las vacaciones. Por otro lado, la ley estipula que dicho promedio debe hacerse sobre todos los meses correspondientes al año al que atañen las vacaciones o sobre los últimos 6 meses a elección del trabajador, siempre dentro del año en el que pertenezcan de vacaciones.

Referente a la liquidación del aguinaldo sobre vacaciones no gozadas, una primera lectura de la Ley de Aguinaldo (N° 23.041) impondría una respuesta negativa a esta liquidación, ya que la misma ley dice en su artículo 1° que “es el 50% de la mayor remuneración mensual devengada por todo concepto...”

Al hablar de remuneración y referirnos a ella como “todos los pagos sujetos a aportes y contribuciones”, directamente excluimos la posibilidad que el Sueldo Anual Complementario tenga injerencia en la liquidación por vacaciones no gozadas o en el preaviso no otorgado, ya que son dos conceptos “indemnizatorios”, y por aplicación del artículo 7° de la Ley N° 24.241, no remunerativos.

Asimismo podemos decir que la jurisprudencia ha aceptado, en general, la procedencia del sueldo anual complementario sobre la indemnización por vacaciones no gozadas.

Siguiendo a Julián de Diego, al tener el SAC el carácter de una remuneración diferida, este se devenga día por día junto con el salario. Para su cálculo deberá tomarse en cuenta todos los conceptos de naturaleza remuneratoria, inclusive aquellos de naturaleza cuestionable, como el caso de las vacaciones no gozadas.

En lo que respecta a los **intereses aplicables a los procesos laborales**, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cabe recordar que la Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo, a través del Acta 2600/14 (del 07/05/2014), modificó lo establecido por el Acta CNAT 2357/02 (del 07/02/2002) y estableció que la tasa de interés aplicable sea la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación Argentina para un plazo de 49 a 60 meses, bastante superior a la anterior.

Atento a tratarse de una nueva tasa, tuvo que fijarse la fecha a partir de la que debía aplicarse, estableciéndose a través del Acta de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT) 2601 (del 21/05/2014) que comienza a regir desde que cada suma es

debida respecto de las causas que se encuentran sin sentencia y con relación a los créditos del trabajador.

Pero, a partir del Acta de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo 2630 (del 27/04/2016), y con motivo de la inexistencia de la tasa establecida, desde el 22/03/2016 se mantiene la última publicación de la tasa nominal anual vigente para préstamos personales libre destino del Banco Nación (Acta CNAT 2601) que asciende al 36% anual. Cabe recordar que la resolución de la Cámara no tiene efectos vinculantes, pero exterioriza su criterio en la materia.

Por otro lado, en la Provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires aplica la tasa pasiva del Banco de la Provincia de Buenos Aires, que en la actualidad lleva a un interés anual de alrededor del 11%.

Esta afirma que los intereses devengados por los créditos laborales reconocidos judicialmente deben liquidarse con arreglo a la tasa que pague el Banco Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprometidos, y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario con igual tasa.

Esta postura, vertida en el fallo Ginossi de 2009, se vio interrumpida en su aplicación con motivo de la sanción de la ley 14.399 dictada en fecha 4/10/2012, por el Poder Legislativo de la Provincia de Buenos Aires, que modificó el artículo 48 de la ley 11653.

Desde el dictado de dicha ley hasta fines del año 2013, resultaba aplicable en materia de intereses en la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires la tasa activa, según lo ordenado por el legislador provincial. Pero a fines del año 2013, la Corte Provincial tuvo oportunidad de expedirse respecto de la constitucionalidad de esta ley en las causas Abraham, Héctor Osvaldo c/ Todoli Hnos. SRL; Ojer, Horacio Alberto c/ Cooperativa de Trabajo Pesquera 9 de Julio y otra s/ Cobro de salarios, Campana, Raúl Edgardo c/ Banco de la Pampa Sociedad de Economía Mixta s/ despido” entre otros.

En los referidos fallos, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires decretó la inconstitucionalidad de la ley 14.399, ratificó la doctrina vertida en el fallo “Ginossi” y resolvió la aplicación de la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de depósito a treinta (30) días, vigentes en el inicio de cada uno de los períodos comprendidos (tasa pasiva).

Posteriormente, varios Tribunales laborales provinciales comenzaron a aplicar la tasa pasiva “digital” BIP -“Banca Internet Provincia” (que surge del interés que la entidad bancaria paga a través de internet <http://www.bip.gov.ar/> y muy distinta a la que abona a quienes efectúan sus colocaciones en forma presencial).

Finalmente, esta nueva modalidad de aplicación fue recepcionada por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en el caso Ubertalli Carbonino, Silvia, contra Municipalidad de Esteban Echeverría de 2016. Allí se expidió respecto de la doctrina Legal en materia de intereses sentada en los precedentes “Ginossi” y “Ponce” (entre tantos otros) a la luz de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

En el fallo “Ubertalli”, sentó, por mayoría, la siguiente doctrina Legal: “....correspondiente a los intereses que, por mayoría, se deja establecido que deberán calcularse exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a 30 días, durante los distintos períodos de devengamiento, conforme las condiciones determinadas en las reglamentaciones aplicables en cada caso (artículos. 622 y 623, Código Civil; 7, 768 inciso “c” y 770, Código Civil y Comercial; 7 y 10, ley 23.928).”