

Poder Judicial de la Nación

Fallo Plenario N° 322

Acta N° 2.547

USO OFICIAL

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los diecinueve días del mes de noviembre de 2009; reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal bajo la Presidencia de su Titular doctor Juan Carlos Fernández Madrid, los señores Jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, doctores Julio Vilela, Graciela Aída González, Miguel Ángel Pirolo, Miguel Ángel Maza, Ricardo Alberto Guibourg, Elsa Porta, Héctor César Guisado, María Cristina García Margalejo, Oscar Zas, Beatriz Inés Fontana, Néstor Miguel Rodríguez Brunengo, Estela Milagros Ferreirós, Juan Carlos Eugenio Morando, Luis Alberto Catardo, Gabriela Alejandra Vázquez, Álvaro Edmundo Balestrini, Mario Silvio Fera, Gregorio Corach y Daniel Eduardo Stortini; y con la asistencia del señor Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo doctor Eduardo O. Álvarez, a fin de considerar el expediente N° 8.448/2006 - Sala VII, caratulado **"TULOSAI, ALBERTO PASCUAL c/ BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA s/ LEY 25.561"**, convocado a acuerdo plenario en virtud de lo dispuesto por el art. 288 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, para unificar jurisprudencia sobre la siguiente cuestión: "1°) *¿Corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la L.C.T., la parte proporcional del sueldo anual complementario?-----* 2°) *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, ¿debe computarse a efectos de determinar la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la L.C.T.?*"-----

Abierto el acto por el señor Presidente, **el señor Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Dr. Eduardo O. Álvarez, dijo:**-----

El doble interrogante que nos reúne, más allá de las diferencias puntuales, confluye en la interpretación del art. 245 de la L.C.T. porque, en definitiva, lo que estamos llamados a resolver en instancia plenaria es, si la base de cómputo de la indemnización por antigüedad, debe incluir –o no- aquellas sumas de innegable esencia salarial, cuyo pago se efectúa en períodos superiores al mes, por imposición del ordenamiento que crea el derecho al cobro, ya sea que provengan de la ley, de la autonomía colectiva o de la voluntad unilateral.-----

El legislador, en ejercicio de potestades que le son privativas y con la intención de cumplir con el mandato constitucional de protección contra el despido arbitrario,

creó una tarifa para resarcir la ilicitud y, al establecer la fórmula de su cálculo, eligió, entre plurales variables, multiplicar “la mejor remuneración mensual, normal y habitual” por la antigüedad fijada en años, incrementados cuando la fracción superase los tres meses.-----

Cuando se sancionó la Ley de Contrato de Trabajo ya existían sistemas que establecían el derecho a la percepción de importes retributivos que se pagaban por semestre o por año y, pese a ello, el Poder Legislativo optó por la remuneración mensual como “factor” de la operación matemática que concluye en el importe del resarcimiento. Más aún, la Ley 25.877, que podríamos considerar reciente, en su art. 5, modificó el art. 245 de la L.C.T. y mantuvo el mismo parámetro temporal, como lo he señalado en otra oportunidad, aunque era por todos conocida la polémica en torno a la inclusión proporcional de los rubros que se percibían “sin periodicidad mensual”, para utilizar la gráfica expresión de nuestra convocatoria (ver “La Ley 25.877 y el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo”, en Derecho del Trabajo, 2004-B, págs. 101 y sgtes. edit. La Ley).-----

Desde esta perspectiva, no existe espacio alguno, a mi modo de ver, para incorporar un rubro como el vulgarmente denominado “aguinaldo”, al que la propia ley bautiza como “sueldo anual complementario”.-----

No soslayo, claro está, la argumentación que se ha expuesto, referida al momento en que las remuneraciones “se van devengando”, ni desconozco la trascendencia que, en esta tesis, cabría atribuirle a la reforma introducida por la ya citada Ley 25.877 que, con gran acierto, reemplazó el participio pasado del verbo “percibir”. He descripto mi opinión acerca de cómo nace el derecho al sueldo anual complementario, al dictaminar en el añejo Fallo Plenario Nro. 274, recaído el 18/9/90, en autos “Kicsa S.A.” y en aquella oportunidad sostuve que no debía confundirse el nacimiento de un derecho con la fecha a partir de la cual la obligación se torna exigible, o sea el plazo como modalidad, en los términos del Título VI del Libro Segundo del Código Civil.-----

El aguinaldo se devenga con el trabajo cotidiano, pero se torna exigible en las fechas precisas a las que alude el art. 122 de la L.C.T. y por eso es “anual”. La alusión a lo “mensual” en el art. 245 de la L.C.T. sólo hace a la parcialización temporal del pago de la remuneración. Con el criterio que todo lo sustenta en el verbo “devengar”, perdería sentido la referencia temporal en la normativa, porque también podría decirse, con el mismo estatuto de verdad, que el sueldo mensual se devenga día a día y que el sueldo diario se devenga hora tras hora. El tiempo humano que, como diría Quevedo, “no vuelve, ni tropieza”, admite subdivisiones infinitas.-----

Al comentar la reforma de la Ley 25.877, consideré que la supresión de la palabra

Poder Judicial de la Nación

“percibida” y la inclusión del giro verbal “devengada” era muy positiva, porque implicaba la recepción normativa de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la Sentencia dictada el 1/10/2001, en el caso “Bagolini, Susana c/ Instituto Tecnológico de Hormigón S.A.”, que subyace en los distintos votos del Fallo Plenario Nro. 288, recaído el 1/10/94, en la causa “Torres, Elvio Ángel c/ Pirelli Técnica S.A.”. En verdad, la modificación tuvo por finalidad disipar las situaciones litigiosas que se planteaban en hipótesis de cobros inferiores a lo debido (ver “La Reforma Laboral”, Edit. Rubinzal Culzoni, págs. 84 y sgtes.) y no estuvo pensada para incluir las remuneraciones que se percibían en lapsos superiores al mes.-----

Lo expresado y, en especial ese adecuado deslinde entre el nacimiento de un derecho y su exigibilidad, unido a la diáfana expresión literal del art. 245 de la L.C.T., me inclinan a proponer una respuesta negativa a la primera de las preguntas que integran el temario.-----

Las argumentaciones vertidas sellarían, de alguna manera, la suerte del segundo interrogante, pero se impone efectuar algunas precisiones al respecto, porque no son del todo indiferentes las fuentes de las que puede provenir el pago “no mensual” de un rubro retributivo.-----

Digo esto porque, si el derecho se origina en la ley (como el aguinaldo mismo) o en el convenio colectivo, el intérprete tendrá la certeza cabal de que la iniciativa de remunerar al trabajador por lapsos superiores al mes no encierra un intento de “debilitar” la base de cálculo de la indemnización por antigüedad, para desactivar la protección contra el despido arbitrario y “abaratar los costos” de la desvinculación del dependiente.-----

Pero si emerge de la ficción del contrato individual o, de la voluntad unilateral del empleador, se impone una cuidadosa evaluación de sus condiciones de legitimidad, tanto en lo referido a las exigencias para el pago del crédito, como a su cuantía, para evitar una maniobra como la descrita que implicaría, en los hechos, crear una elevada “bonificación” trimestral o semestral o incluso anual, dirigida a “convivir” con una retribución mensual baja y facilitar el despido, no sólo por razones de mezquindad, sino como forma barroca de “desactivar” una tutela esencial, que concierne a la posición del trabajador dentro de la estructura empresarial.-----

Por estos motivos y sin dejar de advertir cierta sobreabundancia, considero prudente el condicionante al que se supedita la pregunta, porque si bien mi respuesta es, en principio, negativa, nada obstaría a que, en determinados casos concretos, se decidiera, en un trámite jurisdiccional, neutralizar una conducta fraudulenta como la reseñada e integrar la base de cálculo de la indemnización con la parte proporcional

de lo abonado, en especial cuando la suma no es el emergente de un régimen que la supedita a requisitos objetivos, como ser, la productividad, las ganancias o el desempeño del trabajador, al que se hace mención en el temario.-----

En síntesis, y como ya lo he adelantado, propongo una respuesta negativa a ambos interrogantes.-----

Por la **NEGATIVA** a ambos interrogantes, constituyendo **MAYORÍA**, votan los doctores: GUIBOURG, PIROLO, PORTA, MAZA, GARCÍA MARGALEJO, FONTANA, GONZÁLEZ, GUISADO, MORANDO, VILELA, ZAS, VÁZQUEZ y CATARDO.-----

EL DOCTOR GUIBOURG, dijo:-----

La Sala III que integro ha declarado en numerosas oportunidades (entre otras, en la causa “Petelín, Sonia Fabiana c/ Bodes Sociedad de Hecho”, sentencia 88.209 del 20/10/06) que el cálculo de la indemnización prevista en el artículo 245 L.C.T. debe ejercitarse a partir de la mejor remuneración normal, mensual y habitual. Como el sueldo anual complementario (pese a su denominación subsistente) es una prestación semestral, no integra aquel cálculo aunque su pago sea ciertamente normal y habitual. Otro tanto cabe decidir acerca de las bonificaciones otorgadas por la empresa de manera esporádica o con periodicidad menor que la mensual. Sin embargo, en este punto es preciso enfatizar la condición prevista en el tema del presente plenario: “descartada la configuración de un supuesto fraude a la ley laboral”. En efecto, la perspectiva de reducir costos de despido mediante la entrega de bonificaciones abultadas que vengan a complementar un sueldo mensual magro es una tentación siempre presente en el ámbito empresario, que viene a sumarse, mediante un complejo entramado de criterios habitualmente denominados en inglés, al deseo de controlar más estrechamente el comportamiento de los trabajadores reduciendo la seguridad del monto global de remuneración que cada uno de ellos pueda esperar.-----

Hasta cierto punto, configurado por el peso relativo de las bonificaciones y la mayor o menor objetividad de los criterios empleados para asignarlas, esas prácticas pueden ser lícitas. A partir de ese punto, pueden configurar una actitud fraudulenta destinada a burlar diversos derechos del trabajador. En este sentido comparto las lúcidas reflexiones del señor Fiscal General y enfatizo que la condición de hecho empleada en el tema de este plenario para proponer la exclusión de las bonificaciones abonadas sin periodicidad mensual ha de examinarse con sumo cuidado y en cada caso a resolver, según las circunstancias que efectivamente se

Poder Judicial de la Nación

acrediten y ejercitando un criterio de valoración fundado en el principio protector.---
De acuerdo con lo expuesto, voto por la negativa a ambos interrogantes.-----

EL DOCTOR PIROLO, dijo:-----

Como es sabido, el “sueldo anual complementario”, como lo indica su propia denominación, es una remuneración de carácter “anual” que por expresa previsión normativa se debe abonar en dos cuotas: una de ellas el 30 de junio y la restante el 31 de diciembre de cada año (arts. 121 y 122 L.C.T.).-----

Una conocida corriente doctrinaria y jurisprudencial sostiene que, a partir de la modificación introducida en el art. 245 de la L.C.T. por la Ley 25.877, al suplantarse el término “percibido” por “devengado”, el sueldo anual complementario, en su proporción mensual, debería ser tomado en cuenta para determinar la “mejor remuneración mensual, normal y habitual” a la que hace referencia la norma citada pues –según esa tesis– el S.A.C. se estaría devengando “día a día” y, por lo tanto, mes a mes.-----

No comparto esa corriente de opinión pues estimo que se confunde el cumplimiento de los presupuestos fácticos a los que está condicionado el nacimiento del derecho con el momento a partir del cual se “devenga” el crédito correspondiente. En efecto, con el transcurso de cada jornada o, incluso, de cada minuto en el que se mantiene vigente el vínculo laboral en un determinado semestre, no se va “devengando” S.A.C., sino que aquello que se va “generando” día a día, minuto a minuto, es el derecho del trabajador a percibir el S.A.C., en las fechas que la ley prevé para el “devengamiento” de cada cuota, al final de cada ciclo semestral. Obviamente, el hecho de que se extinga el vínculo por cualquier causa antes de que concluya un determinado semestre, hace que el “devengamiento” del S.A.C. proporcional al tiempo trabajado en ese período semestral, se produzca en el momento mismo de la extinción; pero ello es así ante la imposibilidad de que continúen devengándose remuneraciones hasta el último día del semestre, que es el legalmente previsto como aquél en el que normalmente se “devenga” el S.A.C.. En consecuencia, estimo que el sueldo anual complementario, no es una remuneración de pago “mensual”, como lo exige el art. 245 de la L.C.T. como condición para su consideración en la base de cálculo de la indemnización por despido; y, por ello, doy respuesta negativa al primer interrogante planteado.-----

Sobre la base de similares consideraciones, si una bonificación es abonada sin periodicidad “mensual”, descartada la configuración de un supuesto de fraude, tampoco debe incluirse en proporción alguna en la base de cálculo de la

indemnización indicada. En consecuencia, también me expido en sentido negativo con relación al segundo interrogante planteado.-----

LA DOCTORA PORTA, dijo:-----

La presente convocatoria consta de dos interrogantes referidos a la determinación de la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 de la L.C.T., el primero de los cuales es si corresponde incluir en dicha base la parte proporcional del sueldo anual complementario.-----

En mi criterio, la respuesta debe ser negativa, pues la norma citada exige tomar en cuenta la mejor remuneración **mensual**, normal y habitual del trabajador, por tal motivo, no cabe más que la exclusión del referido rubro, ya que si bien posee innegable carácter salarial y se devenga día a día no es de percepción mensual, sino semestral, dado que se percibe en las oportunidades que expresamente fija la ley (art. 122, en igual sentido, entre muchas otras, S.D. Nro. 69.119 del 30.3.95, en autos “Zech, Ricardo y otros c/ Autolatina Argentina S.A.”, S.D. Nro. 89.286 del 30.11.2007 en autos “Saint Jean, Alejandro Roberto c/ Disco S.A.”, S.D. Nro. 89.133 del 11.10.2007 en autos “Villalba, Lidia Inés c/ Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires”, todas del registro de la Sala III que tengo el honor de integrar).-----

Por idénticos motivos y descartada la existencia de fraude a la ley laboral, también he de responder por la negativa a la segunda pregunta referida a la inclusión en la aludida base salarial de las bonificaciones abonadas por el empleador sin periodicidad mensual y sobre la base de un sistema de evaluación del desempeño anual del trabajador (en igual sentido, S.D. Nro. 79.516 del 31.8.99, “Magliolo, Norberto Guillermo c/ Y.P.F. S.A.”, sentencia Nro. 88.171 del 10.10.2006 “Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.”, ambas del registro de esta Sala).-----

En mi criterio, la modificación dispuesta por la ley 25.877 (B.O. 19.3.2004) al art. 245 de la L.C.T. no afecta las conclusiones expuestas. El texto ahora vigente establece como base de cálculo “la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año...”, mientras que el anterior utilizaba la expresión “percibida”. He sostenido de modo reiterado que tal modificación es positiva porque deja en claro que la remuneración que debe computarse es sin lugar a dudas la que debió ser pagada y disipa las situaciones litigiosas que se plantean en hipótesis de cobro de salarios inferiores a los que debían abonarse y se evita así que los incumplimientos del empleador logren la disminución de la referida base de cálculo (en sentido análogo, sentencia del 28.2.95 “Chaile, Adán c/ Glas Serr S.A.”, pub. D.T. 1995-B, 1630, S.D. Nro. 88.228 del 23.10.2006 “Verdura, Silvia Graciela c/

Poder Judicial de la Nación

Juárez Monteagudo, Gabriel Jorge y otros”, S.D. Nro. 89.404 del 28.12.2007 en autos “Martínez, Paola Valeria c/ Pimay S.A.”, todas del registro de esta Sala).-----

Es mi criterio que la referida reforma debe ser entendida a la luz de la doctrina que sentara la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver el caso “Bagolini, Susana c/ Instituto Tecnológico de Hormigón S.A.”, Fallos 213:5001, y que invoqué expresamente al votar en el Fallo Plenario N° 288 de esta Cámara, recaído en autos “Torres, Elvio Ángel c/ Pirelli Técnica S.A.”.-----

Por los fundamentos expuestos, contesto por la negativa a ambos interrogantes y resalto que en relación con la bonificación mi respuesta está condicionada a la inexistencia de fraude a la ley laboral.-----

EL DOCTOR MAZA, dijo:-----

1.- Anticipo que voy a responder negativamente a los dos interrogantes que nos convocan en este Acuerdo Plenario en virtud de que me expediré “de lege datae”, aún cuando considero que el art. 245 L.C.T. debería ser modificado receptando el criterio que en esta ocasión no acompañaré porque creo que los jueces debemos atenernos al texto de la ley vigente cuando es claro.-----

2.- En efecto, opino “lege ferendae” que la indemnización por despido injusto, que nuestra Ley de Contrato de Trabajo vigente construye sobre la base del ingreso salarial del último año trabajado y la antigüedad del trabajador, debería calcularse en los casos de retribuciones variables considerando un promedio de toda retribución que el trabajador haya devengado durante el último año o semestre anterior al cese, el que fuese más favorable al dependiente, ya que esos guarismos reflejaría con exactitud el valor económico de ese término de la ecuación reparatoria del despido.- Por otra parte, la actual fórmula que remite a la “mejor remuneración mensual normal y habitual” es generadora de una gran inseguridad jurídica ya que pocas veces hay certeza acerca de cuál ha sido la retribución mensual que reviste tales características e, incluso, no hay criterios homogéneos para establecer cómo se identifica ese valor salarial.-----

De hecho, la Sala II, que tengo el alto honor de integrar, sostiene el criterio de que para determinar la mejor remuneración normal y habitual deben contarse los rubros normales y habituales y seguidamente seleccionar la mejor retribución, por así haber sido establecido por el voto mayoritario de mis distinguidos colegas a partir de la causa “Bodegas y Viñedos Santiago Graffigna Ltda.. S.R.L. y otro c/ Pennesi, Mauricio Javier s/ consignación” (Sala II, S.D. N° 95.571 del 29-2-08). Sin embargo, aunque acato ese criterio mayoritario por razones de economía procesal,

por mi parte considero que el texto del art. 245 del R.C.T. manda tomar la mejor remuneración que patrimonialmente resulte normal y habitual, examinando pura y sencillamente los valores salariales de cada mes sin atender a la circunstancia atinente a si están compuestos por rubros habituales o no, bastando con que tales conceptos integrativos del ingreso tengan carácter remuneratorio.-----

3.- Ahora bien, por encima de estas otras opiniones, lo cierto y a mi juicio insoslayable es el actual texto del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo que reza lo siguiente en lo que aquí importa:-----

*“En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor **remuneración mensual, normal y habitual devengada** durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor...”* (la negrita es mía).-----

Creo que la controversia interpretativa que motiva este Plenario ha renacido o ha tomado algún protagonismo gracias a la reforma que la ley 25.877 introdujo al citado precepto, al reemplazar el vocablo “percibida” por la expresión “devengada”. Y bien, tal como lo he sostenido al votar en reiteradas ocasiones como integrante de la Sala II de esta Cámara, considero que tal mutación no permite entender que deban computarse para el cálculo indemnizatorio otras retribuciones percibidas por el trabajador distintas de aquellas abonadas en forma mensual.-----

Afirmé en repetidos precedentes que ese cambio de vocablos sólo adecuó con 10 años de tardanza legislativa el texto de la norma al criterio que la jurisprudencia ya había aclarado al sostener masivamente que debían tenerse en cuenta las retribuciones mensualmente devengadas y no solamente las efectivamente percibidas. Ello había ocurrido frente a los planteos literalistas que pretendían que los resarcimientos por despido injusto se calculasen considerando exclusivamente los salarios que habían sido cobrados, excluyendo aquellos no pagados por el empleador pero igualmente devengados.-----

Pienso, en efecto, que el legislador de 2004 en este punto sólo aprovechó, después de 10 años de consolidación del criterio, para actualizar el texto siguiendo la postura sentada definitivamente por esta Cámara en el Acuerdo Plenario 288 in re “Torres, Elvio A. c/ Pirelli Técnica S.A. s/ despido” del 1-10-94 y ratificado por la Corte Suprema de Justicia in re “Bagolini, Susana c/ Instituto Tecnológico de Hormigón S.A.” (fallo del 12/11/91).-----

En cambio, no encuentro razones para suponer que el Congreso Nacional haya

Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

pretendido efectuar un giro relevante en esta materia y para creer que la reforma haya buscado disponer que para el cómputo indemnizatorio deban ser contabilizadas todas las retribuciones que se devenguen durante el año anterior, ya que la ley 25.877 mantuvo la expresión lingüística “*mejor remuneración mensual*” ya puntualizada y sobre la que remarco con las negritas la ratificación del módulo mensual de devengamiento, exigibilidad, liquidación y cobro, pautas estas que delimitan los momentos de la generación contable, jurídica y material de los créditos.-----

Desde esta concepción, me parece evidente que el legislador eligió en 1974 un módulo salarial mensual como representativo de los ingresos que, en ese lapso, el trabajador despedido genera, y prescindió voluntariamente de incluir en la fórmula reparatoria otras remuneraciones que se liquiden y paguen con otras frecuencias (semestral, como el aguinaldo desde la década del 70; o anual como las participaciones en las ganancias, las bonificaciones por eficiencia, etc.). La referencia a ese parámetro mensual, reitero, fue mantenida en 2004 por la ley 25.877.-----

A mi modo de ver el texto legal, si se computaran en la ecuación resarcitoria del art. 245 L.C.T. retribuciones de liquidación y pago semestral como el sueldo anual complementario (conf. ley 23.041) se estaría prescindiendo voluntaria y concientemente del parámetro de devengamiento, liquidación y exigibilidad mensual fijado expresamente por el Congreso y se lo dejaría merced a la interpretación judicial –muy bien intencionada, por cierto- huérfano de sentido.-----

Ello sería, en mi opinión, una forma de abrogación de un recaudo de la ley por vía de la interpretación judicial que, me parece claro, no resulta factible por más equitativo que resulte el criterio subyacente tras tal hermenéutica.-----

Repito: aunque crítico el criterio del legislador y propicio su modificación futura, entiendo que la interpretación judicial no puede soslayar que la norma positiva vigente refiere a remuneraciones de carácter “*mensual*”.-----

Con este marco normativo, veo indiscutible que el aguinaldo o, más precisamente, el medio aguinaldo que debe liquidarse y abonarse al fin de cada semestre (conf. ley 23.041), no es una remuneración de carácter mensual sino semestral, por lo que no puede incluirse en la base salarial de la fórmula indemnizatoria del despido injusto. No me parece atendible el argumento de que esa media remuneración de pago semestral se devenga mensualmente porque, como lo destaca el Sr. Fiscal General, Dr. Eduardo O. Álvarez, aunque jugase con el concepto más lato del verbo “devengar”, no puedo concluir que el SAC se devenga mensualmente sino, en todo

caso, día a día, minuto a minuto y, aún si se me permite llevar el razonamiento al extremo, segundo a segundo de la prestación laboral.-----

Y debo recordar una vez más que nuestra ley vigente se refiere a remuneraciones de tipo “mensual”, de manera que, aún cuando se ponga el foco en la unidad de devengamiento no contable y no en la de liquidación, exigibilidad y pago, estaríamos en presencia de retribuciones de devengamiento no mensual. Si no se consiente soslayar el expreso y claro parámetro temporal adoptado por el Congreso Nacional, ni siquiera desde esa concepción el aguinaldo o el medio aguinaldo pueden considerarse remuneraciones mensuales.-----

4.- Aunque el enfoque jurídico a emplear para responder el segundo interrogante es el mismo que acabo de delinear, no puedo soslayar que en los supuestos allí englobados (bonificaciones anuales abonadas sin periodicidad mensual y en base a un sistema de evaluación del desempeño del trabajador) resulta imprescindible dejar señalada una vía jurisdiccional de resguardo y en tal sentido luce muy adecuada la aclaración condicionante que precede al interrogante: “Descartada la configuración de un supuesto fraude a la ley laboral...”.-----

Es que mientras en el pago salarial complementario referido en el primer punto de esta convocatoria media un módulo temporal fijado por el legislador que no permite dudar de su naturaleza y de la sinceridad de la exigibilidad semestral, las bonificaciones, premios, incentivos productivos y gratificaciones retributivas nacidas de la voluntad unilateral del empleador no garantizan esas circunstancias y no puede ser olvidado que el Derecho del Trabajo se nutre de la realidad en la que, lamentablemente, en muchos casos el sujeto contractualmente más poderoso aprovecha su capacidad de imponer su voluntad para regular las condiciones contractuales a su conveniencia.-----

Por ende, no puede descartarse en abstracto que algún empleador decidiera parcelar artificialmente la remuneración mensual pagando sólo una parte con tal periodicidad y postergando la liquidación y pago de otro segmento para ser liquidado y abonado con periodicidades distintas, a fin de que no repercutan en eventuales indemnizaciones por despido.-----

De ahí que me parece decisiva la aclaración formulada en la convocatoria y opino que la respuesta negativa que corresponde darle al segundo interrogante debe entenderse claramente acotada por las innegables facultades que cada magistrado tendrá caso por caso para desenmascarar comportamientos fraudulentos (conf. arts. 14 y concs. L.C.T.) si no median razones serias, fundadas y objetivamente respaldadas que justifiquen que un determinado componente de la remuneración del

Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

dependiente deba ser liquidado y abonado con una periodicidad distinta de la mensual, vr. gratia por su vinculación con el balance de la empresa o con otra circunstancia concreta, racional y objetivamente comprobable en el pleito, máxime que, en definitiva, las periodicidades de devengamiento, exigibilidad y pago de las remuneraciones no están libradas a la voluntad de las partes sino que están gobernadas por reglas legales (conf. art. 126/28 y concs. L.C.T.) que integran el orden público laboral relativo, según la clasificación que nos legara el maestro Justo López.-----

Ahora bien, entiendo que si la empresa invoca y demuestra que la tipología de la retribución adicional o complementaria, examinada con los parámetros ya señalados, justifica determinarla, liquidarla y pagarla en períodos distintos al mensual, tal ingreso adicional o complementario no debería ser computado para el cálculo de la mejor remuneración mensual normal y habitual del art. 245 L.C.T. por carecer de la ya descripta característica del devengamiento, liquidación y exigibilidad mensual.---

Por ende, respondo negativamente también al segundo interrogante de la convocatoria, dejando remarcada la reserva antes efectuada para aquellos supuestos en los que haya mediado un diferimiento artificial o al menos infundado del período de liquidación y pago.-----

5.- Doy, pues, respuesta negativa a ambas interrogaciones.-----

LA DOCTORA GARCÍA MARGALEJO, dijo:-----

Comparto la postura sostenida por el Sr. Fiscal General ante esta Cámara Dr. Eduardo O. Álvarez, y adhiero a los fundamentos que expresa en cuanto a la claridad de la fórmula legal (art. 245 L.C.T.), en tanto el legislador eligió como resarcimiento del despido sin justa causa –indemnización por antigüedad– multiplicar la mejor remuneración en cuanto reuniera los requisitos de ser: mensual, normal y habitual (sin perjuicio del tope allí previsto), por los años de antigüedad del trabajador; también comparto sus argumentos en tanto referidos a la ley 25.877 y al alcance del vocablo “devengada” en la reforma del art. 245 cit., la cual claramente mantiene como “base” de aquella reparación *la mejor remuneración mensual, normal y habitual*, lo que lleva a concluir como dicho magistrado lo hace, que no existe espacio para incorporar un rubro tal como el “aguinaldo”, cuyas fechas de pago la ley ha fijado al finalizar los meses de junio y diciembre de cada año (art. 122 L.C.T.).-----

En relación con la actual redacción del artículo 245 antes citado, resulta pues que dicha redacción, al igual que la anterior, se refiere expresamente a la mejor

remuneración “mensual” normal y habitual, y el aguinaldo no es una remuneración mensual normal, sino un importe que se cobra dos veces por año. Y agrego por mi parte en cuanto al tema del vocablo “devengada” que, en mi opinión, en modo alguno tiene la significación según la cual como el sueldo anual complementario se devengaría día a día y es de pago diferido, debe incluírsele en la base de cómputo de la mejor remuneración mensual a que se refiere la norma precitada.-----

Como es sabido, en su anterior redacción la normativa se refería a la mejor remuneración “percibida” lo que, literalmente interpretado –o sea como equivalente a “cobrada”-, podía llevar a la conclusión de que si el patrono había pagado menos de lo que legalmente correspondía en carácter de remuneración mensual, sobre esa errónea base había que calcular la reparación del art. 245 L.C.T. porque tal era el sueldo que el trabajador había “percibido” y no otro. Aunque numerosa jurisprudencia había llevado a desechar esta última interpretación, el texto actual puede decirse que corrigió el tópico o más bien disipó las dudas que se habían generado, estableciendo como parámetro la remuneración “devengada”. Paso a analizar el significado de esta última palabra.-----

Conforme Diccionario de la Real Academia Española, devengar es “Adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título”. Así lo indica por su parte Carlos A. Etala cuando señala que *devengar* significa adquirir un derecho a alguna percepción y *percibir* quiere decir, precisamente, recibir el importe del crédito devengado (“Contrato de Trabajo”, 5ta. Edición actualizada y ampliada, pág. 674). Tal y no otra es la significación de aquella palabra. El tema de la periodicidad con que se percibe determinado rubro remuneratorio es otro, y lo cierto es que el aguinaldo no es una remuneración mensual normal.-----

Este que he expuesto precedentemente, es el sentido que debe otorgarse –a mi juicio- al término “devengada”, se devengó tal o cual remuneración o crédito porque se adquirió el derecho a cobrarlo; así por ejemplo, si se trabajó todo el mes se adquirió el derecho a cobrar la respectiva remuneración y esta, por ende, *se devengó* por tal razón, la haya o no abonado el patrono. Pero la base de cálculo del art. 245 reiteradamente citado ha de reunir determinadas características específicas, pues se trata de la mejor remuneración –devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si fuera menor-: a) mensual, b) normal y c) habitual; y, como es sabido, sucede muchas veces que determinados rubros remuneratorios no la integran (algún premio que no se cobra habitualmente, importes por horas suplementarias que solo en algunas ocasiones se trabajan y no normalmente), y así sucede con el denominado “aguinaldo” que no es un sueldo

Poder Judicial de la Nación

“mensual”.-----

Del mismo modo y *contrario sensu*, tampoco puede válidamente concluirse que la indemnización por antigüedad devengue por sí, aguinaldo, pues aquella no reviste carácter remuneratorio y conforme lo dispuesto en el art. 121 de la L.C.T. el sueldo anual complementario es la “doceava parte del total de las remuneraciones definidas en el art. 103 de esta ley”.-----

Por las razones expuestas mi voto es negativo al primer interrogante planteado.-----

Lógicamente, lo antes expresado se proyecta también sobre la segunda parte del interrogante respecto del cual son válidas similares consideraciones en tanto se trate de importes que no han formado parte del sueldo “mensual”. Y, nuevamente, he de coincidir con el dictamen del Fiscal General en cuanto a que habría que extremar los cuidados en la evaluación que se efectúe, ante un hipotético supuesto en el que quedara demostrado –para el caso del contrato individual y no estando originado el crédito en una disposición legal, reglamentaria o del convenio colectivo de trabajo– alguna maniobra fraudulenta, que escondiese bajo la apariencia de un “bonus” sumas que en realidad no lo son, y que nada tienen que ver con gratificación alguna. Pero ello no altera la interpretación que debe darse al texto legal que aquí se analiza, ni cambia el hecho de que, si se trata de una gratificación, bonificación o “bonus” que no forma parte de la remuneración mensual, normal y habitual, no integra la base de cálculo del art. 245 L.C.T.-----

Mi voto es, por lo tanto, por la negativa al segundo interrogante planteado.-----

LA DOCTORA FONTANA, dijo:-----

Los interrogantes que nos convocan conducen a establecer si deben computarse en la base de cálculo de la indemnización prevista por el art. 245 L.C.T., las sumas salariales que se abonan en períodos superiores al mes.-----

En ese sentido, el primero de los interrogantes nos plantea si corresponde incluir la parte proporcional del Sueldo Anual Complementario en la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 L.C.T.-----

En mi opinión, la respuesta a dicho interrogante debe ser negativa, en tanto aún cuando no cabe duda alguna respecto de la naturaleza salarial del sueldo anual complementario, no es posible soslayar que se trata de una prestación complementaria que carece del carácter de “mensual” que también es exigido por el art. 245 L.C.T.-----

En efecto, de la lectura del art. 245 L.C.T. se desprende que, a los fines de establecer la base de cálculo de la indemnización por despido sin causa o injustificado, el legislador optó por “la mejor remuneración mensual, normal y habitual”, por lo que

ninguna de esas características puede ser obviada por el intérprete.-----

La reforma introducida por el art. 5° de la ley 25.877 mantuvo los mismos requisitos para establecer la base salarial para el cálculo de la indemnización por despido. En todo caso, lo que puede suscitar la necesidad de interpretación es que esa remuneración “mensual, normal y habitual” no será la “percibida” sino la “devengada” de acuerdo con la modificación introducida por la Ley de Ordenamiento Laboral.-----

Sin embargo, en mi opinión, la modificación apuntada no tiene efectos sobre la respuesta al interrogante que vengo proponiendo.-----

En efecto, desde antaño la doctrina mayoritaria había señalado que cuando el art. 245 L.C.T. se refería a la remuneración “percibida” debía ser interpretado como la remuneración “devengada”, en tanto lo contrario significaba dejar en manos del empleador-deudor de la indemnización, la posibilidad de incidir sobre la base de cálculo de la misma, mediante el simple recurso de no abonar al dependiente lo que le correspondía.-----

Ese efecto perverso era más notorio aún en el caso de remuneraciones variables como son las comisiones, lo que permitiría al empleador evitar computar dentro de la base de cálculo de la indemnización por despido, aquellas comisiones por operaciones ya concertadas, pero aún no liquidadas al dependiente.-----

Esas discusiones doctrinarias se vieron reflejadas también en decisiones jurisprudenciales que culminaron con el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Bagolini, Susana c. Instituto Tecnológico de Hormigón S.A.”, en el cual, entre otras cuestiones, el Alto Tribunal sostuvo que “Es descalificable lo decidido con respecto a la base de 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, o no, 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”.-----

Por ello, en mi opinión, la reforma del art. 245 L.C.T. por parte de la Ley 25.877, al establecer que se trata de la remuneración “devengada” y no de la “percibida”, vino a zanjar aquella antigua discusión del concepto.-----

Pero en tanto dicha reforma mantuvo vigentes las demás calificaciones que esa remuneración debe respetar, no considero que exista duda alguna respecto de la

Poder Judicial de la Nación

plena vigencia del carácter mensual que debe contener para integrar al base de cálculo de la indemnización por despido. En este punto coincido con lo señalado por el señor Fiscal General respecto de la distinción a tener en cuenta entre el nacimiento de un derecho y el momento a partir del cual la obligación se torna exigible.-----

Por lo expuesto, reitero, voto por la negativa al primer interrogante.-----

En cuanto al segundo punto del cuestionario, creo necesario efectuar algunas consideraciones.-----

Ante todo, destaco que los argumentos vertidos precedentemente resultan, en principio, aplicables a este segundo interrogante, y por ello debo adelantar también mi respuesta negativa al mismo.-----

Pero en mi opinión corresponde destacar la importancia de la condición a la que se ha sometido la pregunta formulada.-----

En efecto, aún cuando pudiera afirmarse que la configuración del fraude no requiere ser descartada porque de existir fraude no sería aplicable la norma, creo que no se puede dejar de considerar que en este segundo punto del cuestionario no estamos frente a una remuneración cuyo plazo fue establecido por la ley o por la negociación colectiva, sino que se trata de decisiones unilaterales de los empleadores.-----

Por ello, considero necesario señalar que la respuesta por la negativa a dicho interrogante está condicionada fuertemente por la ausencia de fraude, que deberá ser determinada en cada caso concreto; pero además también depende de que se trate de una remuneración sujeta a un sistema de evaluación del desempeño, aspecto este último que también deberá ser objeto de prueba y de prudente valoración en cada caso concreto.-----

Por lo expuesto precedentemente voto entonces por la negativa a ambos interrogantes sometidos a consideración.-----

LA DOCTORA GONZÁLEZ, dijo:-----

La presente convocatoria a plenario tiene por interrogantes, 1º) si corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la L.C.T., la parte proporcional del sueldo anual complementario y, 2º) si, 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 anual del trabajador, debe computarse a efectos de determinar la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la L.C.T.-----

Liminarmente cabe señalar, que el primer párrafo del artículo 245 de la L.C.T. establece que debe computarse para la determinación de la indemnización por antigüedad un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de (3) tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor.-----

El artículo en análisis fue modificado por la ley 25.877, que reemplazó el término “percibida” por el de “devengada”, circunstancia que vino a generar variadas interpretaciones acerca del alcance del nuevo término utilizado. “Devengar” es, según la definición de la Real Academia Española “adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título”.-----

En principio, menester es señalar que dicha modificación terminológica resultó por demás auspiciosa, y tendió básicamente, a evitar que las irregularidades de los empleadores, recayeran en perjuicio del trabajador a la hora de un despido incausado, al liquidársele indemnizaciones basadas en salarios inferiores a los que debía percibir. Así, la ley vino a plasmar el criterio ya sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Bagolini, Susana c/ Instituto Tecnológico de Hormigón S.A.” del 12/11/91.-----

De todos modos, ya con anterioridad a la reforma introducida por la ley 25.877 en el artículo 245 de la L.C.T., la jurisprudencia entendía que aun cuando la norma dijera “percibida”, debía computarse a los efectos del cálculo de la indemnización por despido, la remuneración “devengada”, o sea, la que debió ser pagada. Como señaló Carlos Alberto Etala, una solución en contrario hubiera provocado que la determinación de la remuneración base quedara al arbitrio del empleador, que podría disminuirla incumpliendo o retaceando su obligación de pago (“Contrato de Trabajo - Ley 20.744 texto ordenado según decreto 390/76”, Carlos Alberto Etala, Editorial Astrea).-----

En tal sentido, se expidió la Sala que integro en una anterior composición, ya por el año 1989, al entender que “a los fines del cálculo de la indemnización por antigüedad ha de considerarse todo concepto que se hubiese devengado en los términos del art. 245 de la L.C.T., con prescindencia de que haya sido efectivamente percibido o no (sentencia del 10/10/89 en autos “Aranda Saavedra, Isaac c/ Deheza S.A.”, del registro de la Sala II).-----

Sin embargo, opiniones doctrinarias y jurisprudenciales dieron otro alcance al nuevo término utilizado, pretendiendo que debía computarse todo concepto devengado, aunque no se percibiera mensualmente (tales como el sueldo anual complementario

Poder Judicial de la Nación

o las bonificaciones abonadas semestral o anualmente), poniendo énfasis en el presupuesto de la percepción del beneficio, con prescindencia de la periodicidad con que fuera abonado el mismo.-----

En mi criterio, no fue ese el sentido que la ley pretendió darle al término “devengada”, sino que apuntó a incluir aquellas remuneraciones que, adeudadas por el empleador, no habían sido percibidas aunque sí devengadas.-----

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, señaló reiteradamente que “la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan, y a ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos que consulta la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de los objetivos de la norma” (Fallos, 310:572; 310:799; 310:1390; 311:2751; 312:1036). También sostuvo que “Por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente. En esta indagación no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere (Fallos, 311:2751; 312:1614)”. “Es propio de la interpretación indagar el verdadero sentido o alcance de la ley mediante un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, que no debe ser obviada por posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal que dificulten la consecución de los fines perseguidos por la norma” (Fallos, 290:56).-----

La Sala que integro sostuvo reiteradamente que “las retribuciones devengadas y/o percibidas con una frecuencia de pago distinta a la mensual, salvo supuestos de diferimiento fraudulento no deben computarse para la base de cálculo de la indemnización del artículo 245 de la L.C.T., aun con la redacción de la ley 25.877” (S.D. 95.122 de la Sala II, de fecha 16/7/07 dictada en autos “Ruiz Huidobro, Rafael Claudio c/ Nextel Communications Argentina S.A.”).-----

En efecto, el artículo 245 de la L.C.T refiere a la “mejor remuneración mensual, normal y habitual” y, cabe recordar, que tanto el sueldo anual complementario como las bonificaciones abonadas a los trabajadores sin periodicidad mensual, si bien resultan “normales” y “habituales” no se perciben mensualmente, ya que no se pagan todos los meses aunque se devenguen en cada momento. Tal circunstancia determina que, en mi criterio, la indemnización de marras deba calcularse únicamente sobre el salario que mensualmente perciba el trabajador, resultando irrelevante para este específico punto el hecho de que se trate de remuneraciones

“devengadas”, ya que lo determinante está dado por la periodicidad de su percepción.-----

En el caso puntual de las bonificaciones que, de acuerdo a las previsiones del artículo 104 de la L.C.T. pueden integrar la remuneración del trabajador, debe atenderse especialmente, al carácter de la misma y a la situación del empleador que las otorga. Resulta habitual que las empresas integren los salarios de sus empleados con premios, destinados a obtener una mayor producción con la consecuente recompensa salarial a la contratación laboral y al mayor esfuerzo. Existen modernos métodos de incentivación, principalmente destinados al personal jerárquico, entre los que se encuentran los bonus, que representan sumas por lo común anuales, supeditadas al cumplimiento de determinadas condiciones.-----

Rodríguez Mancini, al analizar dicha forma de contraprestación, efectúa una distinción entre primas y premios, clasificando a las primeras como una subclase de salario por resultado, en razón de que los premios más comunes, por la asistencia y puntualidad, no tienen esa calidad. Contrariamente, Cabanellas, no los distingue y califica a ambos como un sobresueldo que se concede a los trabajadores buscando una producción por encima de la señalada (Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo III, La relación individual del trabajo II, pág. 533, Director: Mario Ackerman, Coordinador: Diego M. Tosca, Rubinzal- Culzoni Editores).-----

No debe soslayarse que muchas veces el pago de bonificaciones semestrales o anuales de grandes montos, puede encubrir situaciones fraudulentas, que tornen menos oneroso para el empleador el pago de otros rubros salariales o de indemnizaciones, entre ellas, la derivada de la extinción del vínculo, justamente por la falta de pago mensual, pero lo cierto es que, en los casos en que los presupuestos fácticos acreditados conducen a descartar tal hipótesis, no cabe sino excluirlas de la base remuneratoria tenida en cuenta para el cálculo de aquéllas.-----

Finalmente, destaco que una solución en contrario, podría derivar en la adopción de posturas empresarias reticentes a abonar tales bonificaciones, decisión que no es la deseada, en tanto no puede soslayarse que las mismas resultan pagos extraordinarios que benefician económicamente al trabajador y lo alientan en el desempeño habitual de sus tareas.-----

En definitiva, considero que no corresponde computar el sueldo anual complementario ni la bonificación abonada por el empleador sin periodicidad mensual y en base a un sistema de evaluación del desempeño anual del trabajador, en la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la L.C.T., por lo que corresponde brindar una respuesta negativa a ambos interrogantes.---

Poder Judicial de la Nación

EL DOCTOR GUISADO, dijo:-----

Siempre he sostenido que el art. 245 de la L.C.T., al establecer que la base de la indemnización será la “*mejor remuneración mensual, normal y habitual*”, excluye toda prestación que no se perciba mensualmente, como, por ejemplo, el sueldo anual complementario o las gratificaciones anuales (cfr., de mi autoría: “Cálculo de la indemnización por despido arbitrario [art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo]”, D.T., 1984-B, 1.091; “Remuneración mensual e indemnización por despido”, D.L.E. I- 149; y “Algo más sobre el cálculo de la indemnización por despido arbitrario”, D.T., 1996-B, 2.954).-----

También he sostenido, antes de ahora, que dicha solución no resultó alterada por la modificación introducida por la ley 25.877 al citado art. 245.-----

En efecto, como lo señala Álvarez, la intensa similitud entre el nuevo texto y anterior, en lo que respecta al primer párrafo, “*torna aplicable tanto la interpretación jurisprudencial como doctrinaria elaborada en torno a la forma del cómputo del resarcimiento*” (Álvarez, Eduardo O., “La ley 25.877 y el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo”, D.T. 2004-B, 1.001). El reemplazo de la expresión “percibida” por “devengada” importa la recepción normativa de la tesis sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia dictada el 11/11/91 en el caso “Bagolini, Susana c/ Instituto Tecnológico de Hormigón S.A.” y apunta a disipar las situaciones litigiosas que se planteaban en hipótesis de cobros inferiores a lo que debió devengarse (Álvarez, ob. citada), pero en nada influye –a mi juicio- sobre el tema en cuestión, pues no se han modificado los requisitos que debe cumplir la remuneración computable, entre las que se cuentan la habitualidad mensual. En la práctica, entonces, para fijar la indemnización, se debe partir del mes de sueldo “*excluyendo, claro esta, los rubros que no son salariales y aquellos que no se liquidan mensualmente*” (Álvarez, ob. citada).-----

De ahí que –reitero- la reforma introducida por la ley 25.877 al citado art. 245 de la L.C.T., no autoriza a computar el S.A.C. en la base de cálculo de la indemnización por antigüedad (cfr. mi voto como Juez de la Sala IV en S.D. 92.932 del 27/12/07, *in re*: “Romero, Laura Ramona c/ South Convention Center S.A.”).-----

Por análogas razones, tampoco cabe considerar, a ese efecto, cualquier otro concepto de periodicidad no mensual, como son las bonificaciones anuales.-----

Sin embargo, respecto de las bonificaciones, gratificaciones o conceptos similares, reitero las reservas que he formulado en otras oportunidades: la solución debería ser distinta si el empleador incurriera en una práctica fraudulenta, como sería, por ejemplo, la de abonar un sueldo mensual bajo con complementos no mensuales (v. gr., bimestrales o cuatrimestrales) elevados. En casos como estos no sería razonable

atenerse estrictamente a la remuneración mensual, ya que ésta no representaría el verdadero nivel de ingresos del trabajador (cfr. “Cálculo de la indemnización por despido arbitrario...”, Capítulo IV y “Algo más sobre el cálculo...”, Capítulo VII). Por ello, voto por la negativa a los dos interrogantes propuestos.-----

EL DOCTOR MORANDO, dijo:-----

I.- Las cuestiones planteadas giran en torno al concepto de devengamiento, que reconozco haber utilizado, en el pasado, con cierta imprecisión, al referirme al modo de adquisición de ciertos créditos caracterizados como salarios diferidos, criterios que más tarde corregí.-----

II.- No es correcto afirmar que tales créditos –como el aguinaldo- son devengados día por día, o con la ejecución de cada prestación a la que corresponden, porque devengar quiere decir adquirir un crédito por cumplimiento de todos los presupuestos de su adquisición, en condiciones de exigibilidad. Cuando la Ley 25.877 reemplazó en el texto del artículo 245 L.C.T. el adjetivo “percibida”, por “devengada”, para calificar a la remuneración base de la indemnización por despido, recogió precedentes judiciales, especialmente el fallo “Bagolini” de la Corte Suprema de Justicia, que, específicamente, mandó entender como “percibida” a la remuneración “devengada”, esto es, exigible, aún no abonada por el empleador, dejando en claro, más allá del análisis semántico, la inadmisibilidad de invocar el incumplimiento de una obligación, como fundamento de la pretensión de limitar el monto del crédito. Es cierto que con cada adquisición del salario de una unidad de tiempo el trabajador adquiere el derecho a que su dozavo le sea abonado al final de semestre, o al extinguirse la relación, si es anterior. Pero esto no significa que devengue una porción de ese dozavo, lo que sólo ocurrirá cuando se cumpla el plazo fijado por la ley para el pago del aguinaldo, ocasión en la que esta partida habrá sido devengada porque, al cumplirse todos los requisitos, será exigible.-----

III.- El mismo principio resulta aplicable a los “bonus” de frecuencia no anual. En este caso convendría agregar algunas precisiones, sin ánimo de polemizar, ya que se han expuesto conceptos de cuño extrajurídico, que no necesariamente se comparten. Sin embargo, dado que sobre esos tópicos no se habrá de emitir doctrina legal, he decidido abstenerme de intervenir en una discusión que, estrictamente, es ajena a la temática del debate.-----

Voto, respecto de ambos temas, por la NEGATIVA.-----

Poder Judicial de la Nación

EL DOCTOR VILELA, dijo:-----
Compartiendo los fundamentos del dictamen del señor Fiscal General y del voto del Doctor Guibourg, voto por la negativa a los dos interrogantes.-----

EL DOCTOR ZAS, dijo:-----
Por las razones expuestas por la Dra. Fontana, mi respuesta a los dos interrogantes planteados será negativa.-----

LA DOCTORA VÁZQUEZ, dijo:-----
Comparto lo dictaminado por el señor Fiscal General. Por ello, voto en sentido negativo respecto de los dos interrogantes.-----

EL DOCTOR CATARDO, dijo:-----
Adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. Juan Carlos E. Morando.-----

Por la **AFIRMATIVA** a ambos interrogantes, votan los doctores: FERREIRÓS, BALESTRINI, FERNÁNDEZ MADRID, RODRÍGUEZ BRUNENGO y STORTINI.-----

LA DOCTORA FERREIRÓS, dijo:-----
En esta oportunidad y con arreglo a lo que dispone el art. 295 del C.P.C.C., nos convoca el siguiente interrogante: “1º) *¿Corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la L.C.T., la parte proporcional del sueldo anual complementario? 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, ¿debe computarse a efectos de determinar la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la L.C.T.?”*-----

Con profunda preocupación me aboco a la tarea de expresar mi voto en este plenario.-----

Alguien podría preguntarse el por qué de esa preocupación, de manera tal que, previo a todo, debo aclarar que no estoy de acuerdo, y así lo hice saber a mis colegas, con que se dicten plenarios, sin integrar este honorable cuerpo que integro, con otros jueces de cámara o sin que se busque la solución adecuada a la falencia que significa que se dicten fallos plenarios, con la ausencia de un tercio de los integrantes de este organismo.-----

Aceptar esta situación significa, como es obvio, someter las decisiones jurídicas de

todos los jueces de primera instancia y de los veinte camaristas que nos encontramos hoy en funciones, a una voluntad mayoritaria, dentro de los citados veinte, que resulta a mi modo de ver insuficiente desde el punto de vista de la fortaleza jurídica que una decisión de este tipo debe poseer.-----
Creo que estamos dictando plenarios con debilidad jurídica y que esto es grave, en una herramienta que ya de por sí ofrece importantes dudas.-----
Señalo esto último habida cuenta que ningún juez está obligado a someterse de manera tajante ni siquiera ante los fallos del más alto tribunal de la Nación; empero, en estos casos de fallos plenarios, como se ha señalado antes de ahora, se somete la libertad de decidir, a la decisión de los pares.-----
Esta situación, ya dudosa de por sí, en cuanto a su constitucionalidad, hace que, por lo menos, tales fallos no posean una robustez jurídica, y personalmente entiendo que en estos casos de reducción numérica importante de la Cámara, se agudiza.-----
No es novedad para nadie que, esta pretendida forma de unificación de la jurisprudencia, ha sido atacada como inconstitucional por destacados juristas, considerando que aceptar la constitucionalidad de la obligatoriedad de los fallos plenarios, significa una violación a la división de poderes.-----
Lo dicho va más allá de que puede también, luego resultar inconstitucional el resultado del fallo, en cuyo caso, un nuevo debate se reabrirla.-----
Obviamente yo no conozco el resultado del plenario que nos convoca, pero cualquiera fuere aquél, significará la imposición del pensamiento de un reducido número de juristas, que resultan ser, salvo que hubiere unanimidad, cosa harto difícil, menos de los dos tercios de esta cámara. Se podrá interpretar que legalmente es suficiente, opinión no pacífica, pero lo que algunos de nosotros planteamos oportunamente, es que detentará una debilidad jurídica que hubiera podido evitarse. A esta altura de los acontecimientos, resulta obvio, que nuestro planteo fue rechazado, por el honorable cuerpo, de manera tal que, como corresponde, acato la decisión de la mayoría y procedo a elaborar mi voto. Claro está que no podía hacerlo, sin dar a conocer a quienes quedarán sometidos a la decisión que resulte, que lo hago disciplinaria pero preocupadamente, y que por tanto sentí la necesidad de dar a conocer, los prolegómenos acontecidos.-----
Asimismo, también he planteado, acompañada por otros colegas, pero minoritariamente, que no corresponde comenzar el temario diciendo que se excluye el fraude. En ese andarivel, habría que haber señalado también la exclusión de otros vicios, como el dolo, el error, la violencia, etc..-----
Sabido es, por otra parte, que reiteradamente las bonificaciones son producto del fraude y que esos planteos no siempre quedan sometidos a los jueces.-----

Poder Judicial de la Nación

De tal manera, parecería ser que interpretamos la ley, sólo para considerar lo litigioso.-----

1º) LA INCLUSIÓN DEL S.A.C. EN LA BASE DE CÁLCULO DEL ARTÍCULO 245 DE LA L.C.T..-----

Después de casi treinta años de haberme desempeñado como jueza de trabajo en la Provincia de Buenos Aires (San Isidro), debo aclarar, que siguiendo la doctrina legal de la S.C.B.A., que funciona como tribunal de casación, he incluido siempre, como todos los jueces de esa provincia y de muchas otras, en la base de la norma en cuestión, el sueldo anual complementario.-----

Esto era sí, y así lo he hecho, aún antes de la reforma de la L.C.T. por la ley 25.877, que cambió la palabra “percibido” por “devengado”. Cuanto más, a posteriori de ello, cuando el legislador nacional advirtió que había que cambiar lo que se hacía cuando se resolvía distinto.-----

Existen en la provincia de Buenos Aires, de la cual no se puede decir que sea una provincia escasa de juristas de nota, fallos en ese sentido, de antigua data, entre los cuales cabe citar “*Hellman, Raúl Alberto c/ Rigolleau S.A.*”, L.T., 1.983, XXXI-B, 931).-----

Recuerdo aun las consideraciones del maestro Juan Manuel Salas, luego presidente de la S.C.B.A., y coordinador de la comisión de reforma de la ley procesal laboral, refiriéndose al tema y votando en tal sentido.-----

La historia, también en el derecho, posee su importancia; así lo considero, porque luego, como adelanté el legislador reformador de la L.C.T., explicitó la situación para que no quedaran dudas y reformó la ley.-----

Ello significó, nada más y nada menos, que indicarle a quienes consideraban lo contrario, que estaban interpretando mal el texto legal y que se estaban apartando del principio protectorio, de rango constitucional, porque aplicaban un criterio contrario al favor operarii.-----

Algo similar puede ocurrir con este fallo plenario, como advierto que ha ocurrido en otros, en los cuales ante la duda, se olvida que lo que debe privilegiarse es la Constitucional Nacional.-----

Bueno es recordar que así lo ha interpretado la C.S.J.N., cuando señaló que el trabajador es sujeto de tutela especial.-----

Llama especialmente mi atención, que se ha señalado en ocasiones, que no significa un cambio en la decisión, el reemplazo de la palabra “percibido”, por “devengado”. Me pregunto yo, si el legislador, cambia el texto legal, para no cambiar la ley. Me pregunto si quienes así opinan habrán analizado la exposición de motivos, de donde surge claro, a mi modo de ver, que se quiere agiornar la ley, poniéndola a nivel de lo

que la jurisprudencia venía diciendo, en muchos casos.-----

Después de todo, la L.C.T. es una ley nacional y el país es un todo que va mucho más allá del límite de la avenida General Paz.-----

En ese andarivel, he señalado antes de ahora que cuando la ley hace referencia al tema que nos convoca, la tésis de la misma es brindar no sólo un marco de legalidad, sino también de equidad, y cierta seguridad al trabajador que resulta, en el despido, víctima de un daño producido por un acto arbitrario, que el legislador presume iuris et de iure, y que no quiere tolerar, porque significaría la violación del orden jurídico “in Totum”.-----

Ante la negativa de algunos a interpretar la ley de esta manera, el legislador, les dijo: señores no es lo percibido, no es aquello que entró en el bolsillo en tal o cual momento, es lo devengado, es lo que se incorporó, aún cuando todavía no se haya efectivizado el pago.-----

Es, en suma, saber diferenciar la incorporación de un derecho, al patrimonio del trabajador, de la incorporación del objeto de ese derecho que es el dinero.-----

La profesora Cristina Vázquez, suele señalar que en rigor de verdad el trabajador “le fia” su trabajo al empleador, que va, así, convirtiéndose en acreedor continuatorio de un acreedor de una obligación a plazo.-----

Sabido es, que en las obligaciones a plazo, la prestación es debida desde su nacimiento, aunque se encuentre su exigibilidad suspendida y sujeta a un hecho futuro y cierto. En ese caso, nadie diría que la prestación no esta devengada, empero, no esta percibida, ni tampoco puede exigirse su pago, hasta el vencimiento del plazo.-----

El S.A.C. que reviste naturaleza salarial, más allá de que sea una obligación accesoria, debe considerarse devengado en cada unidad de tiempo de pago, y por eso, debe integrar la base de cálculo del artículo 245 de la L.C.T., cuando se produce un despido arbitrario.-----

2º) LA INCLUSIÓN DE LAS BONIFICACIONES O BONUS EN LA MISMA BASE DE LA NORMA.-----

Inquieta, como estuve, por el avance del pago en “bonus”, ya en el año 2005, abordé el tema, señalando lo siguiente: “...Cuando la norma hace referencia a la mejor remuneración mensual, normal y habitual, está generando un concepto propio, para la indemnización por antigüedad o despido, que no resulta de aplicación en otros institutos.-----

La tésis de la ley es brindar un marco no sólo de legalidad, sino también de equidad y cierta seguridad al trabajador que resulta víctima de un daño que el legislador no quiere tolerar.-----

Poder Judicial de la Nación

De tal manera, un análisis de la terminología utilizada puede ayudar a comprender el “mix” elaborado a los efectos expuestos.-----

Cuando se habla de “remuneración”, se hace referencia a los rubros que componen la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo, aun cuando no preste servicios, por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición del empleador.-----

Así surge del art. 103 de la propia L.C.T.-----

Es consecuencia de lo expuesto, que haya que analizar la naturaleza jurídica de lo que percibe el dependiente, excluyendo los ítems que no poseen dicha naturaleza y entendiendo por tal (la naturaleza jurídica), lo que hace que la cosa sea lo que es.----

De tal forma no deben incluirse las asignaciones familiares, los beneficios sociales, los rubros de naturaleza indemnizatoria, los viáticos con comprobantes, pero entiendo que sí debe incluirse el sueldo anual complementario, tal como lo acaba de resolver la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (“Bretaña, Juan A. c/ Escuela Superior de Hotelería s/ despido”)...”.-----

“...En lo que se refiere a la necesaria mensualidad a tener en cuenta, a los efectos de la liquidación, considero que en la actualidad hace consideración a lo que se devenga cada mes y la habitualidad...”.-----

“...En tal sentido, empero, corresponde recordar el fallo plenario 298 de octubre de 2000, que se refiere a las remuneraciones variables y que estableció que para el cálculo de la indemnización por despido no deben ser promediadas dichas remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales: se debe tener en cuenta la mejor (“Brandí, Roberto A. c/ Lotería Nacional”, 5/10/2000)...” (ver trabajo completo: Estela Milagros Ferreirós, “La indemnización por despido contemplada en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo”; D.L.E., ERREPAR, octubre/2005).-----

Respecto de los “bonus”, señalé que dicho rubro se pacta como prestación por el trabajo llevado a cabo, de manera tal que no se puede excluir del concepto de remuneración, en los términos de la ley argentina y del recordado convenio 95 (O.I.T.).-----

No puede tampoco excluirse de la consideración del art. 245, por más que se efectivicen, en ocasiones, de manera anual, y así lo digo en razón de que la norma en análisis habla de la mejor remuneración “devengada” y no efectivizada, y los bonus se van devengando a lo largo de la relación y no aparecen automáticamente ese día del año en que se pagan.-----

Sostuve asimismo que, en suma, hay que distinguir lo devengado de lo pagado, y como consecuencia de eso, los bonus, tan habituales en los tiempos que corren, no

pueden ser un medio de fraude, para cuando ocurra el despido, sino que, por el contrario, se trata de un rubro remuneratorio, sujeto a todos los avatares propios de las sumas remuneratorias.-----

No se puede afirmar que lo que se utiliza como medio para remunerar al trabajador, es no remuneratorio, porque ello vulnera el principio de identidad, uno de los cuatro principios de la lógica formal, que establece que algo no puede ser y no ser al mismo tiempo, no olvidemos que los principios de la lógica formal son los primeros principios del derecho (ver Estela Milagros Ferreirós, “Cobro de bonus por parte de un trabajador despedido”, D.L.E., ERREPAR, Práctica Laboral, septiembre/2008). En el sentido expuesto, me he expedido al votar en la causa “Rodríguez, Antonio c/ H.S.B.C. Bank Argentina S.A.”, sent. 40.706 del 22-02-08, entre otros).-----

En atención a todo lo expresado y analizado, mi respuesta a los interrogantes que se plantean es AFIRMATIVA.-----

EL DOCTOR BALESTRINI, dijo:-----

La presente convocatoria se dirige a establecer una respuesta a un doble interrogante compuesto por los siguientes cuestionamientos: a) ¿Corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la L.C.T., la parte proporcional del sueldo anual complementario?, y b) 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, ¿debe computarse a efectos de determinar la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la L.C.T.?-----

Para dar respuesta, comenzaré por dar mi opinión en torno del primer interrogante y a su respecto, señalo que si bien durante un largo período participé de un criterio que, en el caso, implicaría otorgar una respuesta “negativa” al cuestionamiento que nos convoca, lo cierto es que, a partir del dictado de la ley 25.877 y la modificación que, por su intermedio, se introdujo en la redacción del art. 245 de la L.C.T., he reformulado el criterio que venía sosteniendo, ello en atención a la literalidad de los términos en que ha quedado redactada la norma al modificar la expresión “percibida” por la de “devengada” al referir a la base salarial que corresponde tener en cuenta al momento de determinar el cálculo de la indemnización que allí se establece.-----

En efecto, he tenido oportunidad de expedirme sobre el tópico al votar en segundo término en los autos caratulados “Novile, Martín Olivo c/ Frávega S.A. s/ despido” (S.D. N° 14.649 del registro de la Sala IX del 29/10/2007), donde este Tribunal sostuvo que, a partir de la nueva redacción del art. 245 de la L.C.T. según la reforma

Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

introducida por la ley 25.877 corresponde la inclusión de la incidencia del sueldo anual complementario en la base de cálculo de la indemnización por antigüedad, siempre que el despido se haya producido durante la vigencia de la norma en su actual redacción, por cuanto es ese el efecto que, en mi opinión, debe otorgarse al reemplazo del término “percibida” por el de “**devengada**”, que efectuó el legislador al referir a “...la mejor remuneración mensual, normal y habitual, devengada durante el último año...”.

En consecuencia, un análisis de la nueva redacción de la norma, efectuado a la luz de la interpretación que invariablemente he sostenido sobre la naturaleza jurídica del sueldo anual complementario o “aguinaldo”, en cuanto a que este concepto que se percibe en dos períodos anuales taxativamente enunciados por la ley, debe entenderse devengado día a día por el trabajador, me llevan a concluir en el sentido anticipado, es decir que corresponde su inclusión en la base salarial a la que alude el art. 245 de la L.C.T. toda vez que, más allá de la periodicidad fijada para su pago o para el momento a partir del cual se tornan exigibles, lo cierto es que, en el marco de diseño legal aplicable, el derecho al mismo se origina diariamente, y de allí que su expresión proporcional debe ser abonada a la extinción del vínculo con imputación al momento de dejar el servicio por cualquier causa (conf. art. 122 de la L.C.T.).

En mérito a estas consideraciones, voto por la **AFIRMATIVA** al primer interrogante planteado.

Ahora bien, analizado lo anterior, habré de abocarme al tratamiento del segundo cuestionamiento y, si bien lo expuesto para responder al primer interrogante puede implicar, de algún modo, un adelanto de la opinión sobre este segundo tópico, estimo propicio efectuar algunas consideraciones en torno al tema que nos convoca en atención a los múltiples factores que, en mi opinión, deben ser considerados al momento de dirimir la cuestión.

En numerosos precedentes en los que tuve oportunidad de expedirme en torno a este tema, me incliné por sostener una tesitura afirmativa al considerar –al menos “prima facie”- que avalar una posición en sentido contrario podría llevar a admitir que el empleador se sienta facultado a diferir en el tiempo el pago de una proporción salarial (o bien acumularlo por períodos de periodicidad mayor a la mensual) con el único fin de establecer una base salarial “mensual” de menor entidad y, de tal modo, obtener una reducción de la base del cálculo de las indemnizaciones tarifadas al tomento de ocurrir un despido que genere derechos indemnizatorios a favor del trabajador.

Como corolario de esta interpretación, me incliné por la viabilidad de incluir la incidencia de dicho rubro sobre la determinación de la mejor remuneración del

trabajador, dado que dejarla de lado podría llevar a avalar una evasión parcial de la finalidad de la norma, dirigida a reflejar plenamente en la base indemnizatoria el alcance de la contraprestación salarial que integra el vínculo cuya ruptura injustificada se compensa (cfr. Sala IX “in re” “Kozaczuk, Eugenio c/ Telecom Argentina –Stet-France Telecom S.A. s/ diferencias de salarios”, S.D. N° 11.999 del 25/11/04).-----

Ahora bien, más allá de lo expuesto como lineamiento general, considero que en relación a este punto se impone examinar puntual y concretamente cada caso particular, máxime si se repara en que, en la hipótesis del temario propuesto, ha quedado fuera de toda consideración cualquier supuesto de fraude a la ley laboral dado que así ha sido expresamente formulado el interrogante y toda vez que, de verificarse esta hipótesis no existirían –al menos a mi ver- dudas sobre el modo de resolver.-----

Y hago esta aclaración porque si bien, en líneas generales y para dar respuesta al interrogante planteado, me inclino por la afirmativa, considero prudente dejar a salvo que serán las circunstancias particulares de cada caso las que definirán el modo de resolver desde que, tal como lo he plasmado en la mayoría de los casos en los que he tenido que emitir opinión sobre este tema, no resultan indiferentes las notas particulares tales como los parámetros que se tienen en miras al momento de otorgar y cuantificar esa “bonificación” al trabajador (esto es, el régimen o las condiciones a las que se supedita el derecho a su percepción o la estimación de su importe), el carácter remuneratorio de la suma abonada, la habitualidad en su cobro y todo otro dato que permite inferir –al menos indiciariamente- que su devengamiento es mensual más allá que su pago resulte anual, semestral o trimestral –según el caso-.-----

Por otra parte, esta tesitura que propongo, encuentra sustento en el criterio que viene sosteniendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su actual composición y en numerosos fallos en relación con el criterio de interpretación que corresponde adoptar al momento de valorar circunstancias propias de la relación de trabajo, aspecto en torno al cual encuentro sumamente ilustrativo lo recientemente decidido por el Alto Tribunal en el caso “**Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.**” del 1° de septiembre del corriente año, que declaró la inconstitucionalidad del inciso c) del art. 103 bis de la L.C.T., mediante argumentos que, en mi opinión, recobran plena importancia al momento de analizar la temática que aquí nos convoca.-----

En efecto, tanto en el dictamen de la Sra. Procuradora General como en los votos de los Ministros intervinientes, se advierten sólidos lineamientos de carácter general relativos al “salario” y su composición, que aún cuando correspondan a otra esfera

Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

de análisis (dado que allí se circunscribió a la temática referida a la exclusión de los beneficios sociales de la base salarial a considerarse al momento de cuantificar la indemnización por despido) resultan –a mi ver- sumamente esclarecedores para dirimir una cuestión como la que motiva esta convocatoria a plenario.-----

Reárese en que, tal como lo puntualiza la Dra. Marta A. Beiró de Goncalvez, “...la pauta salarial que debe considerarse como la base de cálculo de la indemnización por despido arbitrario, debe guardar una razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación, como es el salario y éste no es otro que la contraprestación que recibe el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo (art. 103 L.C.T.). La regla señala la existencia de una presunción de carácter remunerativo a todo pago por el trabajo recibido, en el marco del contrato de trabajo y por la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, salvo las excepciones que por existir causa distinta surjan de la ley... ello no significa que el legislador pueda crear categorías no remunerativas con sólo hacer referencia a ellas y atribuirle sin más tal categoría sin que se pueda examinar la razonabilidad o incluso la coherencia de tales excepciones; lo contrario significaría atribuir a la ley una capacidad desmedida de reglamentación de la garantía constitucional referida a la retribución justa a que se refiere el artículo 14 bis de la C.N....” .-----

Y para dar más énfasis a la posición, añadió que “... En tal sentido, en el caso “Vizzoti”, la Corte señaló que no podía considerarse que la ley lograra su declarada finalidad reparadora si terminara desconociendo la realidad a la que quiso atender, a causa de las 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 y no por otro u otros (Fallos 327:3677, considerando 6° párrafo 2°)... esa finalidad no se cumple fijando conceptos no remunerativos, razón por la cual el legislador debe garantizar un salario justo que integre la masa de lo que después será la base para calcular la protección contra el despido arbitrario...” (ver punto IV del dictamen referido).-----

Y, en refuerzo de la tesis referida, encuentro oportuno citar los argumentos dados por los magistrados del Alto Tribunal en el ya referido fallo “Pérez c/ Disco” en el cual se señaló con especial ahínco que la cuestión salarial no ha cesado de emerger en la historia de la humanidad desde antiguo, con la gravedad que significa poner en juego créditos de evidente naturaleza alimentaria (Fallos 264:367, entre muchos otros), por lo que sostuvo que “...es preciso entender que el recordado principio protectorio y el plexo de derechos que de él se derivan, así como los enunciados de las declaraciones y tratados con jerarquía constitucional, que han hecho del

trabajador un sujeto de “preferente tutela constitucional” (“Vizzoti”, Fallos 327:367, 3689 y 3690; “Aquino”, Fallos 327:3753, 3770 y 3797), perderían buena parte de su sentido y efectividad si no expresaran una conceptualización del salario que posibilitara su identificación. Los derechos constitucionales, ha sostenido esta Corte al examinar una cuestión de índole laboral aunque con alcances no acotados a ese campo, tienen un contenido inserto en la propia Constitución, pues, de lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra todo control de constitucionalidad: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último...” (ver considerando 5° del fallo de la CSJN del 1/09/09, in re “Pérez c/ Disco”).-----

En el considerando referido se añadió, con mayor aplicabilidad que aquí nos ocupa que, “...corresponde centrar la atención en los arts. 6° y 7° del PIDESC... proporcionan, con entera sencillez y elocuencia, pautas decisivas para esclarecer la antes mencionada conceptualización y, por ende, para resolver el sub lite ... dado que califica ... como “salario” o “remuneración” la prestación debida por el empleador al empleado, es necesario concluir entonces, en que resulta inadmisibles que caiga fuera del alcance de estas últimas denominaciones una prestación que, como valores alimentarios en cuestión, entrañó para el actor, inequívocamente una “ganancia” y que, con no menor transparencia, sólo encontró motivo a resultó consecuencia del mentado contrato o relación de empleo...”-----

Transpolando lo dicho a la cuestión aquí tratada, parece claro que la percepción de una importante porción salarial diferida en el tiempo, constituye sin duda salario o “ganancia” para decirlo en los mismos términos de la Corte Federal, de modo tal que su exclusión de la base salarial (en aquellos supuestos donde se verifica periodicidad en el pago) no se condice con los parámetros legales y supraleales que otorgan lineamientos de interpretación de lo que debe denominarse “salario” a los fines de la composición de la base de cálculo de indemnizaciones por despido que derivan en derecho a su cobro.-----

Sin perjuicio que todo lo que aquí se expone tiene por finalidad, abundar en el marco argumentativo de la decisión que propongo, nuevamente encuentro esclarecedor lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en el ya citado caso “Pérez”, cuando señaló lisa y llanamente que “...Empero, tanto la voluntad del legislador o la del empleador, cuanto la espontaneidad de éste, son inválidas, aún cuando se motiven en propósitos tan levantados como los antedichos, para modificar el título con el cual se corresponde una prestación a la luz constitucional... que la determinación y

Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

alcances de las prestaciones debidas por el empleador al trabajador derivadas del empleo ... rebasan el cuadro conmutativo que regula las prestaciones interindividuales sobre la base de una igualdad estricta...” (ver considerando 6° “in fine”). Para concluir en el considerando 7° y al referir a la necesidad del reconocimiento a la persona del trabajador de manera plena y sincera que “...**toda ganancia que obtiene del empleador con motivo o a consecuencia del empleo, resulta un salario, i.e. una contraprestación de este último sujeto y por esta última causa... Luego dichos reconocimientos y contraprestación sólo pueden y deben ser llamados, jurídicamente, salario, remuneración o retribución...**”-----

Por último y también argumentando en términos de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación a la base salarial y el cómputo de los rubros que deben incidir en su base, encuentro sumamente importante lo dicho en el considerando 8° del fallo “Pérez c/ Disco” cuando se sostuvo que *la Comisión de Expertos de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, haciendo expresa referencia al art. 103 bis, le recordó a la Argentina que el art. 1 del Convenio N° 95 si bien no tiene el propósito de elaborar un modelo vinculante de definición del término salario, si tiene como objeto garantizar las remuneraciones reales de los trabajadores, independientemente de su denominación o cálculo y que estas serán protegidas íntegramente en virtud de la legislación nacional, acotando que ... “con respecto a las políticas de “desalarización”, practicadas en algunos países, las obligaciones derivadas del Convenio en materia de protección de los salarios de los trabajadores, no pueden eludirse mediante la utilización de subterfugios terminológicos”. Por el contrario es necesario que la legislación nacional proteja la remuneración del trabajo, cualquiera sea la forma que adopte de manera amplia de buena fe...*”-----

Por todo lo expuesto, voto por la AFIRMATIVA al segundo interrogante, sin perjuicio de dejar a salvo lo expuesto en cuanto al carácter relativo que, en mi parecer, debe otorgarse a la respuesta otorgada.-----

EL DOCTOR FERNÁNDEZ MADRID, dijo:-----

Los interrogantes que se someten a mi consideración relativos a si corresponde incluir en la base salarial prevista en el párrafo primero del art. 245 L.C.T., la parte proporcional del SAC; y si descartada la configuración de un supuesto 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, y debe computarse a efectos de determinar la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 de la L.C.T..-----

A mi modo de ver, los temas que se debaten, de singular trascendencia, requieren una reflexión previa ligada a la razón por la cual se convoca a la Cámara para que emita opinión sobre estos puntos.-----

Al respecto, la jurisprudencia de este Tribunal, de la que en definitiva he participado, se ha pronunciado de manera abrumadora por la consideración de la remuneración del mes de sueldo como base de cómputo con abstracción de otras sumas que el trabajador podría haber devengado por el hecho de su trabajo con una periodicidad diferente a la mensual.-----

Inicialmente, tuve dudas sobre la solución de la cuestión y más adelante acepté el pronunciamiento, en ese entonces, unánime de esta Cámara, porque carecía de sentido útil la afirmación solitaria de un criterio diferente.-----

En el momento actual, a partir de su reforma el art. 245 de la L.C.T., quedó redactado en los siguientes términos: “...en los casos de despidos dispuestos por el empleador sin justa causa, habiendo mediado o no preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicio si éste fuera menor...”.-----

La inclusión en el nuevo texto del término “remuneración mensual, normal y habitual devengada” obliga a un replanteo profundo del problema que no puede dejar de lado la interpretación que se sostiene en otras jurisdicciones.-----

Sobre el punto, he efectuado una consulta a diversos Tribunales del país que arroja los siguiente resultados:-----

Entre Ríos, Buenos Aires, Santa Fe, La Pampa, Córdoba, Río Negro, Mendoza, La Rioja, Santiago del Estero, San Luis, consideran que la mejor retribución mensual, normal y habitual devengada comprende también las remuneraciones de pago no mensual ya que el trabajador, en estos casos, gana su monto por el hecho de trabajar día a día, sin perjuicio de que su pago sea diferido a otro momento.-----

Sobre este punto, Machado (Tratado dirigido por Ackerman, pág. 290/292) dice que desde la reforma el término “percibido” cambió por el “devengado” lo que llevaría a entender que, más allá, de que un rubro determinado se liquide en períodos distintos al mensual (vacaciones, habilitaciones, bonus, etc.), podría estar incluido en la base indemnizatoria obviamente en la expresión proporcional (1/12), siempre que se devengue diaria, semanal o mensualmente.-----

Y le llama la atención el criterio sustentado por esta Cámara pues históricamente, la misma sostuvo, en relación a la redacción anterior del art. 245 L.C.T., que cuando decía “percibida” debía entenderse que se refería a la “devengada” (para que los

Poder Judicial de la Nación

incumplimientos del empleador no operen disminuyendo la base; y cita fallos de la Sala I, VII y VI que individualiza).-----

Por su parte, Pablo M. Grassis, luego de un estudio sobre el SAC, se pronuncia en igual sentido, cita el trabajo de Carlos M. del Bono, en Ley de Contrato de Trabajo comentada, dirigida por Rodríguez Mancini, La Ley, Tomo III, pág. 387; que extiende la incorporación del SAC a cualquier base indemnizatoria, a excepción del preaviso contrariando la opinión del propio director de la obra, y cita el fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires, en la causa “Martín, Rosa L. c/ A.S.E.B.A.”, Diario de Jurisprudencia Judicial, del 5/12/01 cuya doctrina establece “...A los fines del cálculo de la indemnización del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, la mejor remuneración mensual, normal y habitual debe incluir la totalidad de los ingresos de carácter remuneratorio cualquiera sea su modalidad, a cuyo fin deben computarse además del básico las remuneraciones variables o las que se originan como incentivos otorgados libremente por el empleador siempre que se perciban en forma normal y habitual, como así también el sueldo anual complementario, en razón de tratarse de un salario diferido... 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...”.-----

En la misma línea anota un pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, en orden a que el sueldo anual complementario posee naturaleza remuneratoria pues se trata de un salario diferido devengado a medida que el empleado realiza su actividad (TSJ sala laboral, CVA sentencia 232 del 4/12/07 en la causa “Kavarzan, Jorge Luis c/ Constantino, Juan Eligio Pauleti y otros”), y como conclusión de estas citas trae dos fallos de esta Cámara, uno de la Sala IX del 25/11/04 “Kozakuk, Eugenio c/ Telecom Argentina Stet France S.A.” y otro de la Sala X del 27/3/00 “Fernández, Orlando W. c/ Telefónica de Argentina S.A.”, en los que se puntualizó la naturaleza del salario diferido, SAC, cosa que nadie discute, y se arribó a la conclusión de que toda remuneración por más que se abone anualmente debe ser contemplada a los fines del art. 245 L.C.T. si se devenga proporcionalmente al tiempo trabajado dividiéndola por los meses del año.-----

La suma de aquellas decisiones jurisprudenciales y de estas opiniones doctrinarias, así como la aplicación del principio a favor establecido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, en las Declaraciones Internacionales con incidencia en lo laboral del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, especialmente, el PIDESC y las normas receptadas desde antiguo por la Ley de Contrato de Trabajo, en orden a

que en caso de duda sobre la aplicación de normas legales prevalecerá la más favorable al trabajador, art. 9 L.C.T., me inclinan a responder en forma afirmativa en ambos interrogantes.-----

Por último, creo que la cuestión de que se trata tiene gravedad institucional y que en todo caso debería ser resuelta en definitiva por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya que en el momento actual, constituye un escándalo jurídico que en la mayoría de las Jurisdicciones se aplique un criterio diferente al que hasta ahora se sustentó mayoritariamente en esta.-----

EL DOCTOR RODRÍGUEZ BRUNENGO, dijo:-----

Nos convocan en el presente caso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 295 del C.P.C.C. los siguientes interrogantes: **“1º) ¿Corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la L.C.T., la parte proporcional del sueldo anual complementario?-----**

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, ¿debe computarse a efectos de determinar la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la L.C.T.?”-----

En primer lugar, veo necesario señalar que comparto plenamente las consideraciones que, al formular su voto, ha vertido la Dra. Estela Ferreirós al referirse sobre la inseguridad jurídica y falta de validez que traería aparejada el dictado de un Fallo Plenario cuando, como sucede en este caso, para la conformación de la votación de la Cámara no se ha integrado una verdadera mayoría, sino que el cuerpo de votantes es menor aún a los dos tercios de los miembros totales de los jueces que componen el organismo colegiado.-----

Obiter dicta, maestros del derecho muy prestigiosos (tales como Eduardo J. Couture en “Estudios de Derecho Procesal Civil”, Bs. A., Ediar, 1.949, T. I, p. 107; Sebastián Soler en “Derecho Penal Argentino”, 4a. Ed. Bs. As., TEA, 1.976, T. I, p. 124; Jorge Sartorio en “La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad”, en LL 96-799; y Mario L. Deveali en “Fallos Plenarios y anarquía jurisprudencial”, D.T. 1962-387) han puesto en tela de juicio la validez constitucional de los plenarios que dictan las diversas Cámaras de cada fuero, ejerciendo funciones de casación que pudieron tener fundamento durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1.949, que confería tales poderes a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero abrogada ésta provocan cavilaciones sobre su compatibilidad con la Ley Suprema, en una controversia que sigue vigente.-----

Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

En el “*sub lite*” además, votar en sentido negativo a alguna de las cuestiones propuestas implicaría un apartamiento no sólo del Principio “Favor operari” consagrado en la Ley de Contrato de Trabajo, artículo 9º, al elegir la opción más estrecha en la interpretación del derecho del trabajador, sino –lo que es más grave– un quebrantamiento del mandato constitucional, concretamente, del Principio Protectorio instaurado en el artículo 14 Bis de la Ley Címera, en tanto reza que “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes...” y del Principio de Progresividad, expresado en el inciso 19 del artículo 75 C.N. que manda: “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social...” y sabido es que las normas constitucionales no se dividen en programáticas y directamente operativas, sino que –como enseña Bidart Campos– todas las disposiciones de la Constitución tienen fuerza directamente operativa.-----

A tales expresiones debo agregar también que –como es sabido– el resultado de un voto sujeto a plenario y en particular, la labor resultante de dicha votación, tienen una doble función: por un lado unifica jurisprudencia y, por otro lado, es concretamente creador de legislación.-----

Por ende, mal puede entonces adoptarse una decisión colectiva de tal envergadura con un número escaso de jueces, cuya decisión –lo reitero– tendrá una incidencia en los juicios venideros y fijará doctrina Plenaria, con todos sus efectos, en los sucesivos casos que se planteen.-----

Efectivamente, el pronunciamiento dictado en tales débiles condiciones crearía una importante inseguridad jurídica; de hecho, no puede soslayarse que los jueces (de ambas instancias) bien podrían –lo digo hipotéticamente– apartarse de la doctrina fijada en esas condiciones, porque una decisión de tal naturaleza no reflejaría en forma auténtica la opinión jurídica de –cuando menos– la mayoría de los miembros que componen una Cámara, y ése es precisamente el espíritu que recoge o debe recoger el dictado del fallo Plenario.-----

Tampoco puede soslayarse que ello acarreará los seguros pedidos de inconstitucionalidad que, lejos de ser un presagio negativo, ya pueden vislumbrarse que han comenzado a interponerse (ya ha acontecido ello cuando menos en dos casos).-----

Se ha dicho que el plenario es una “suma de muchos casos” según las palabras vertidas por el Dr. Alberto Bianchi, Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, quien ostenta una profusa e intensa actividad académica, y profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica Argentina y de Derecho Procesal Constitucional de la Escuela de Abogados del Estado.-----

En la disertación que éste efectuara con relación a los efectos de la revocación de la

doctrina fijada en un Fallo Plenario por parte de la Corte Suprema, a propósito del Plenario de la Cámara Civil dictado en los autos: “*Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. y otros*”, ha expresado que precisamente del resultado de esa suma de casos aplicados en diferentes hechos surge una doctrina plenaria.-----
Entonces la discusión que se plantea por ante la mayoría de jueces de Cámara no es tal sino sólo se da ello con relación a una “mayoría aparente” que, en mi opinión, no refleja válidamente y a ciencia cierta, una verdadera representación mayoritaria al estar establecida por unos pocos miembros.-----
Por todo ello, insto a que –tal como lo impone la delicadeza del asunto que menciono- se inste y propicie a brindar una pronta solución al problema de fondo.---
Sentado lo expuesto, y con relación al planteo de los interrogantes planteados en la presente convocatoria, he de señalar que he tenido la oportunidad de pronunciarme sobre el tema, encabezando el acuerdo al votar en las causas “*Camperchioli, Patricia Lucía c/ Laboratorios Argentinos Farmesa S.A. s/ despido*”; S.D. 38.906 del 01.12.05, pleito que tramitara por ante la Sala VII de esta Cámara que tengo el honor de integrar, en el sentido de afirmativo a las preguntas que aquí se plantean.---
En efecto, allí se ha sostenido que: “... *la directiva de la mencionada norma es clara cuando señala que debe tomarse la “mejor remuneración devengada”: La prestación se devenga día a día y es de pago diferido, por lo que entiendo, como ha venido resolviendo la Suprema Corte de Buenos Aires, desde el caso “Hellman, Raúl Alberto c/ Rigolleau S.A.”, LT, 1.983, XXXI-B, 931), que debe computarse en dicha base...*” (vid. otro Fallo de la Sala VII, con primer voto de la Dra. Ferreirós, dictado en los autos “*Bretaña, Juan Antonio c/ Escuela Superior de Hotelería S.A. s/ despido*”; S.D. 38.760 del 13.9.05).-----
En cuanto a la segunda cuestión, también he de señalar que la impropia forma en que se formulara el segundo de los interrogantes, al descartar la hipótesis de “fraude” en su redacción (y sobre el cual, en su formación, me opuse expresamente al circular el temario previo), impide dar una solución práctica a la cuestión e inclusive contiene una contradicción jurídica insalvable.-----
Lo señalado se explica porque, normalmente, en los casos en que se abona con al remuneración un suplemento adicional o *bonus* (en muchos supuestos sujeto aparentemente al cumplimiento de pautas objetivas o mediante evaluación, y que normalmente no se realizan), ello ocurre en la realidad de los hechos, precisamente, para evitar que lo abonado recaiga en un supuesto de cómputo para el aguinaldo, y así “abaratar” (permítaseme el concepto vulgar) costos laborales.-----
Es decir que sería muy cómodo para quien, basado en este mecanismo de “reforzar” los salarios de sus dependientes de mayor jerarquía (normalmente los destinatarios

Poder Judicial de la Nación

de tales beneficios), mediante una simple operación de diferir ciertos pagos de gran parte de la remuneración, en forma semestral o anual y esquivar así la inclusión de dichas sumas para determinar el SAC.-----

Ya a esta altura del análisis de las circunstancias bien puede concluirse sin hesitación que resulta insostenible la defensa de un mecanismo que apañe el fraude, que –aunque el interrogante refiera a una hipótesis de descartarlo, pero ello es prácticamente imposible desde un punto de vista fáctico- acaece como premisa siempre o cuando menos en la mayoría de los casos en que se pagan tales conceptos adicionales en carácter de “bonus”, “sueldo 13 o 14”, “sueldo complementario”, etc. y un sinnúmero de calificaciones diversas que se otorgan a lo que, en definitiva, no hay ninguna duda en que es Remuneración en los términos del art. 103 de la L.C.T.- Como corolario de lo que dejo expresado, debo recordar que, tal como lo he sostenido en otro voto Plenario (v. el Nro. 321 del 05.06.09, dictado en los autos “*Couto de Capa, Irene Marta c/ Aryva S.A. s/ ley 14.546*”, Expediente N° 9.589/05), si existiera alguna cavilación acerca de la forma de resolver, son las directivas de los artículos 9 y 10 de la Ley de Contrato de Trabajo las que marcan la solución.----- Voto, en consecuencia, por la afirmativa de ambos interrogantes.-----

USO OFICIAL

EL DOCTOR STORTINI, dijo:-----

Me inclino a dar respuesta afirmativa a cada uno de los dos interrogantes que suscita esta convocatoria plenaria.-----

En mi opinión, la interpretación que cabe asignar a la normativa del art. 245 de la L.C.T. ha sido alterada, en lo que aquí interesa, a partir de la vigencia de la ley 25.877 en cuanto cambió el término remuneración mensual, normal y habitual “percibida” por “devengada”.-----

Es que a partir de ese momento es válido incluir la proporción del S.A.C. y la bonificación emergente de un sistema de evaluación del desempeño del trabajador, aunque sean de pago no mensual. No importa a los fines de la citada norma legal que esos conceptos sean liquidados en lapsos no mensuales en la medida en que ambos se devenguen día a día ya que, de ese modo, pueden integrar la calificación de remuneración mensual.-----

Durante largos años como juez de la anterior instancia y hasta la puesta en vigor de la mentada ley 25.877, he desechado la incorporación de la incidencia del S.A.C. en la base salarial de cálculo del citado art. 245. Sin embargo, con la sanción de dicha ley, tanto en primera como en segunda instancia, tuve oportunidad de decidir que, al resultar modificado el vocablo “percibida” por “devengada”, la situación interpretativa se ha alejado de la *percepción mensual* de la remuneración.-----

De acuerdo con lo dicho con más lo establecido en el art. 9° de la L.C.T. en orden a que la duda interpretativa cabe decidirla en el sentido más favorable al trabajador, voto por dar respuesta afirmativa a las preguntas que han motivado esta convocatoria.-----

Por la **AFIRMATIVA** al primer interrogante y por la **NEGATIVA** al segundo, vota el doctor: CORACH.-----

EL DOCTOR CORACH, dijo:-----

Previo a entrar al análisis de las cuestiones que aquí nos reúnen considero necesario recordar que el art. 245 de la L.C.T. a partir de la reforma introducida por la Ley 25.877 establece que *“En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor...”* (el destacado me pertenece).-----

Ahora bien, en lo que respecta al primer interrogante que nos convoca me remitiré a lo expuesto en los siguientes pronunciamientos dictados por este Tribunal en sus diferentes integraciones, S.D. 195 del 29/8/96 “Giannotta De Ayesa, María del Carmen c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ diferencias de salarios”, S.D. 325 del 25/9/96 “Gutiérrez, Patricia Alejandra c/ Centro de Ortopedia y Traumatología Centenario S.A. s/ despido”, S.D. 3.302 del 26/2/98 “Spinassi, Jorge Omar c/ Anticipar A.F.J.P. S.A. s/ despido”, S.D. 16.209 del 15/8/08 “Gallardo, Sergio David c/ Limpiax S.R.L. y otro s/ despido”, en los cuales se señaló que para el cálculo de la indemnización prevista en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo corresponde admitir la procedencia de la inclusión del S.A.C. en la base remuneratoria referida.-----

Si bien la modificación dispuesta por la Ley 25.877 reemplazó el término de remuneración “percibida” por el de “devengada” que resulta comprensiva de la incidencia del concepto en cuestión que se devenga mensualmente, esta Sala desde sus primeras decisiones tiene dicho –también en la anterior redacción- que la referencia del art. 245 del texto mencionado a la remuneración mensual percibida había de entenderse como devengada en tanto dicha expresión (“remuneración percibida”) se refería a lo que el trabajador ganaba o devengaba en cada período mensual.-----

En consecuencia, en la actualidad con la nueva redacción del plexo normativo

Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

antedicho con mayor razón corresponde incluir en la base la incidencia del S.A.C. pues el subordinado lo devenga con cada prestación aunque su percepción se difiera para la oportunidad prevista por la ley.-----

Entiendo que debe incluirse en la base la incidencia del sueldo anual complementario que se devenga con cada mes, incluso cada día, de modo que no es obstáculo para el cómputo la circunstancia de que su pago o exigibilidad quede sujeta a un plazo semestral.-----

Así las cosas, voto por la afirmativa al primer interrogante.-----

En cuanto al segundo interrogante que nos ocupa debo señalar que –de la manera en que ha quedado planteada la cuestión- descartada la configuración de un supuesto de fraude a la ley laboral no puede incluirse en el cómputo del art. 245 de la L.C.T. al bono otorgado por una empresa sin periodicidad mensual y en base a un sistema de evaluación del desempeño del trabajador, en tanto no puede considerarse en la hipótesis del temario propuesto que el mismo se devengara mes a mes, motivo suficiente –a mi ver- para excluirlo de la base de cálculo utilizada para la determinación de la indemnización por antigüedad.-----

Las gratificaciones o bonos que emanan de una decisión unilateral del empleador, cuando reúnen los requisitos de normalidad y habitualidad tienen carácter remuneratorio; precisamente por configurar un reconocimiento que efectúa el empleador y tiene su origen y razón en la actividad del trabajador subordinado.-----

Ahora bien, más allá de que los conceptos mencionados tengan carácter remuneratorio, lo cierto es que no pueden ser incluidos en el cómputo de la indemnización mencionada toda vez que –como anticipé- siendo normales y habituales los mismos no pueden reputarse mensuales en tanto no constituye un salario que se devenga con cada día de prestación sino en forma excepcional supeditada a requisitos objetivos como es el desempeño del trabajador.-----

En efecto, si el bono es otorgado sin periodicidad mensual no cumple con las condiciones de mensualidad que específicamente exige el art. 245 de la L.C.T. puesto que en el interrogante planteado no ha quedado determinado que éste se devengara mensualmente.-----

Tampoco –reitero, conforme quedó estructurada la pregunta- no puede inferirse que el bono se devengara proporcionalmente al tiempo de trabajo. Por su naturaleza, y en orden a la periodicidad reconocida, en lineamientos generales teniendo en cuenta el cuestionamiento bajo análisis, el mismo no es susceptible de ser ganado todos los meses no se confiere la condición de mensualidad que la norma requiere.-----

Considero prudente dejar a salvo que la solución por la que me inclino en esta convocatoria se encuentra limitada a la pregunta del plenario, por lo que habrá de

analizarse en cada caso concreto y particular los extremos que a pesar de guardar aristas similares no coincidan íntegramente con el que aquí se analiza.-----

Por ello, manteniendo la tesitura sostenida en precedentes de esta Sala (S.D. 2.613 del 30/10/97 “Blanco, Octavio c/ Banco Comafi S.A. s/ despido”, S.D. 3.480 del 18/3/98 “Mastroianni, Juan Pablo c/ Sade s/ diferencias de salarios”) voto por la negativa al segundo interrogante.-----

Por la **NEGATIVA** al primer interrogante y por la **AFIRMATIVA** al segundo, vota el doctor: FERA.-----

EL DOCTOR FERA, dijo:-----

Me anticipo a señalar que mi respuesta al primer interrogante será negativa y al segundo afirmativa.-----

En cuanto al sueldo anual complementario, estimo –tal como lo señalé como juez de la Sala IX de esta Cámara al votar en los autos “Zoanni, Miriam Amalia c/ Patronato de Liberados de la Capital Federal Asoc. Civil s/ despido” (sentencia definitiva nro. 15.122, del 30/10/2008)- que, dadas las características de dicho instituto, definidas legalmente y no por voluntad de las partes, no puede ser considerado como remuneración “mensual” a efectos de realizar la comparación que presupone el artículo 245 L.C.T., para determinar la mejor de las remuneraciones normales y habituales devengadas con frecuencia mensual. Lo dispuesto en el art. 123 L.C.T., no es óbice para excluirlo de aquella base de cálculo, en tanto establece el derecho al pago proporcional en el caso de extinción del contrato, sin que ello modifique el carácter de sueldo “anual” establecido por la ley. Por tales razones, no juzgo relevante la modificación introducida al art. 245 L.C.T., por la ley 25.877.-----

En cuanto al “bonus”, en cambio, siguiendo el orden de ideas expuesto al votar en los autos “Horvath, Marta Susana c/ Banco Comafi S.A. s/ despido” (cf. Sala IX, sentencia definitiva nro. 15.176, del 25 de noviembre de 2008), entiendo que se trata de una modalidad remuneratoria producto de la autonomía de la voluntad, lo cual resulta relevante para establecer que –a diferencia del aguinaldo, previsto específicamente por la ley como un complemento “anual” calculado sobre el total de las remuneraciones percibidas en el respectivo año calendario- en principio debe evaluarse como retribución susceptible de cómputo a todos los efectos que derivan del art. 103 L.C.T., incluso al fin previsto en el art. 121 L.C.T.. A ello no obsta que el empleador califique el “bonus” como “anual”, en referencia al trabajo realizado durante todo un año, ya que en definitiva dicha calificación –no emanada de la ley- admite que se considere al año como un período susceptible de división entre los

Poder Judicial de la Nación

períodos mensuales que lo componen. Esto último autoriza a que, en cada caso, pueda efectuarse un examen de las circunstancias fácticas eventualmente alegadas por las partes acerca de los elementos en base a los cuales el trabajador se hizo acreedor de la gratificación de que se trate, a efectos de establecer el método más adecuado para traducir a valores mensuales lo que –fuera de la coherencia intrínseca del sistema legal que permite diferenciar la remuneración “mensual” computable a los fines indemnizatorios del sueldo “anual” complementario- el empleador abonó en concepto de gratificación con una periodicidad distinta.-----
Así me pronuncio.-----

Acto seguido, el **TRIBUNAL** por **MAYORÍA, RESUELVE**: Fijar la siguiente doctrina:-----

*“1°) No corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la L.C.T., la parte proporcional del sueldo anual complementario.---
2°) 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.”.-----*

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

USO OFICIAL