

La base del cálculo de la indemnización por antigüedad

Por Esteban Chiodo¹. Publicado en la Revista de Graduados de la Universidad Austral Número 10, Diciembre 2020. IJ Editores.

Sumario: 1. Introducción. 2. Origen y fundamento del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo. 3. La indemnización tarifada por despido incausado o arbitrario. 4. Cálculo de la indemnización. 5. Conclusión.

1. Introducción

En estas líneas abordaré sobre las distintas posturas que se tienen en torno a la base del cálculo de la indemnización por antigüedad. Comenzaré haciendo un breve repaso del origen y el porqué de la de indemnización prevista en el art. 245 LCT; explicaré la mecánica del articulado que servirá para comprender porque el cálculo de la indemnización por antigüedad es un tema que genera grandes aristas, ya que, si bien ha sido tratado ampliamente tanto jurisprudencialmente como doctrinariamente, no se ha logrado encontrar un consenso al respecto y en cada jurisdicción podemos encontrar distintas posturas.

Por mi parte, con estas líneas intentaré llegar a una conclusión cuanto menos original a esta controversia, que mucho distará de una solución, tan solo será un aporte a tan discutido y comentado tema.

Abordaré las distintas interpretaciones algunas en claro beneficio del trabajador, otras más favorable a la patronal, llegando hasta posturas extremas que pretenden erradicar la indemnización por antigüedad.

Finalmente esbozaré mi conclusión, valorando todos los puntos tratados, dejando de esta manera mi pequeña contribución al que considero un tema sumamente relevante en el derecho laboral.

¹ El autor es Abogado por la Universidad Nacional de Rosario, Master en Derecho Empresario por la Universidad Austral, posee una Diplomatura en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales por la Universidad Austral y una Diplomatura Internacional en Digital Companies and E Business por California State University, Northridge. Email: estebanchiodo@estudiochiodo.com

2. Origen y fundamento del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo

Con la reforma constitucional de 1957, se incorpora en nuestra Constitución Nacional el art. 14 bis² cuya redacción le es atribuida al dirigente radical Crisólogo Larralde. Dicho artículo establece que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, garantizando, asimismo, la protección contra el despido arbitrario. Es por ello, que con atino se puede afirmar que nuestra Constitución Nacional protege al trabajador por los perjuicios ocurridos al ser víctima de un despido arbitrario.

En este punto debo hacer una salvedad y decir que no todos los despidos gozan de protección constitucional; por un lado, se encuentra el empleo público el cual goza de una protección superior consagrada por la Constitución Nacional que es la de garantizarle la estabilidad en dicho empleo, por el otro se encuentra el empleo privado en donde la Constitución Nacional protege al trabajador que sufre un despido **arbitrario** y no así al despido con causa válida.

La Real Academia Española (en adelante RAE) define al adjetivo arbitrario como “sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón”³.

Algunos renombrados autores⁴ sostienen que en el empleo privado no todos los despidos gozan de garantía constitucional, sostienen que hay despidos arbitrarios, que tendrían protección constitucional, para estos autores el despido arbitrario sería el despido abusivo, irregular, injurioso y despidos que no tienen causa alguna pero no serían arbitrarios, esos despidos no gozarían de protección constitucional aunque de todas maneras serían indemnizados.

Me permito disentir con lo sostenido por esos autores, ya que la definición de arbitrario refiere a aquel que está sujeto a la libre voluntad del empleador. Por ende, desde mi punto de vista todos los despidos sin justa causa son arbitrarios y por ende todos gozan de garantía constitucional. El único despido que no se encuentra amparado por el art. 14 bis CN es el despido con justa causa, consagrado en el art. 242 LCT⁵, el cual no genera indemnización alguna.

² **Artículo 14 bis CN. (Ley 24.430)**

El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo

³ <https://dle.rae.es/arbitrario>. Obtenido en fecha: 22/09/2020

⁴ Bidart Campos, Germán (2009) “La Constitución Reformada”. Tomo II. Buenos Aires: Ediar.

⁵ **Art. 242. LEY 20744 —Justa causa.**

Ahora bien, nada expresa nuestra Carta Magna respecto de la manera en que esa protección debe materializarse, dejando, en consecuencia, en manos del legislador dicha tarea.

Nuestros legisladores han adoptado en la ley de Contrato de Trabajo el sistema de estabilidad relativa impropia en la cual “el despido siempre es eficaz pero se fija una reparación indemnizatoria en base al salario y a la antigüedad del trabajador en el empleo, y se prescinde del daño concreto ya que el parámetro responde a una fórmula aritmética.⁶ es decir, el empleador siempre tiene la facultad para despedir al trabajador, pero, si el despido es arbitrario o injustificado debe pagar a cambio una indemnización que siempre será tarifada. Ningún autor niega de la eficacia del despido, aunque algunos sostienen que el despido sin justa causa es un acto ilícito pero de eficacia extintiva.⁷

La indemnización funciona como una regla aritmética abstracta y su funcionalidad consiste en poder calcular a priori los costos laborales del despido y aportar a la previsibilidad del riesgo empresario. Por lo expuesto, puedo afirmar entonces que no es el trabajador el principal beneficiario del sistema, ya que se prescinde del daño concreto ocasionado por la ruptura intempestiva de un contrato de tracto sucesivo.

Dicho sistema fue establecido por la Ley de Contrato de Trabajo, a través del artículo 245, esta norma establece los parámetros que deben tenerse en cuenta para calcular el monto de la indemnización por antigüedad o despido, al disponer 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. Dicha base no podrá exceder el equivalente de TRES (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. AI MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo. Para aquellos trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio

Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación.

La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso.

⁶ Deveali, Mario "La estabilidad en las relaciones de trabajo de derecho privado", DT 1951, pag. 459 y ss.

⁷ Balbín, Adolfo Nicolás "El despido injustificado como instituto de control social".

<https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/5667/4682>. Obtenido el 20/07/2020

aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno. Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el convenio al que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde preste servicios, si éste fuere más favorable. El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a UN (1) mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo”.

Un modelo de ordenamiento como el argentino, es un sistema que trasunta “una dosis de violencia sobre la persona del trabajador”, quien, por ello, tiene internalizado desde el inicio de su relación y a lo largo de su desarrollo o devenir, la implícita amenaza del despido, que opera, además, como un condicionante perverso de “disciplinamiento” social inadmisibles. Esa amenaza de despido opera, también, contra el principio de la irrenunciabilidad de los derechos adquiridos por el trabajador durante el desarrollo de la relación laboral. La inestabilidad en el empleo condiciona la inestabilidad en las condiciones de trabajo. Y agrega en el mismo sentido que, por esa razón, el trabajador se ve empujado con frecuencia a someterse, durante el desarrollo de la relación laboral, a exigencias empresariales solapadas, para que resigne derechos adquiridos durante el curso de la relación laboral, o a inhibirse de plantear oportunamente las reivindicaciones de mejores derechos o reclamos por incumplimiento, todo por el temor al despido, que puede transformarse –como represalia perversa– en la reacción empresarial si persiste la resistencia o conducta reivindicativa del trabajador-.⁸

3. La indemnización tarifada por despido incausado o arbitrario

La indemnización tarifada por despido incausado o arbitrario en la Argentina es la llamada indemnización por antigüedad prescripta en el art. 245 de la LCT y está formada por tres variables preestablecidas por la ley: la antigüedad en el empleo calculada en años, el salario mensual del trabajador y los topes. Explica el Dr. Guisado⁹, el sistema de la indemnización tarifada o *forfaitaire* parte de dos supuestos fundamentales: la idea de que la reparación no debe ser total sino parcial y el principio de la supresión del arbitrio judicial mediante el establecimiento de indemnizaciones fijas. Ello importa dejar de lado el principio de la reparación integral del daño.

⁸ Meik, Moisés. “Tutela de la Estabilidad del Trabajador”

<http://www.intersindical.com/materias/page/contenido/05eventos/jornadas/VI%20Encuentro%20del%20Fro%20de%20Inst.%20Derechos%20del%20Trabajo/Tutela%20de%20la%20Estabilidad.htm> Obtenido el 22/09/2020.

⁹ Guisado, Héctor C., “Cálculo de la indemnización por despido arbitrario – Art. 245 de la LCT –”. DT, 1984- B-1091.

Excepcionalmente resulta procedente una reparación por daño moral si el despido estuvo acompañado de una conducta adicional que resulte civilmente indemnizable, como ocurre en los casos de injurias, como por ejemplo lo dicho por la sala V de la Cámara Nacional del Trabajo que resolvió que “resulta procedente otorgar una indemnización por daño moral a un trabajador que fue despido con imputación de un supuesto faltante de caja, pues se ha configurado un supuesto de injurias independientes del acto mismo de despido, que en modo alguno puede considerarse reparado por la cláusula penal que importa la tarificación del despido incausado”¹⁰. El daño moral también ha prosperado ante casos de amenazas: “El hecho protagonizado por una trabajadora que bajo amenazas e insultos fue coaccionada para extinguir la relación laboral fue lo suficientemente grave como para justificar su decisión de no proseguir su relación con la demandada y justifica también su pretensión con respecto al daño moral, pues si bien no se ha configurado estrictamente un supuesto de violencia de género, la situación de violencia verbal y amenazas vividas justifican la procedencia de la mencionada indemnización”¹¹, casos de despido por actividad sindical: “Resulta procedente otorgar una indemnización por daño moral a un trabajador que fue despedido por su actividad sindical, ya que ser despedido por causa de una medida de acción sindical es afectar la fe en la única garantía inmediata de los humildes, de los que necesitan la acción coordinada de las pequeñas voluntades plurales para establecer una cuenta por uno del interés colectivo por lo que se afectó una libertad pública fundamental con merma del proyecto de vida”¹², u hostigamiento laboral: Habiéndose acreditado mediante las declaraciones testimoniales los padecimientos y el hostigamiento laboral sufrido por el accionante en cumplimiento del contrato de trabajo, corresponde hacer lugar a la indemnización por daño moral reclamada, en tanto el empleador causó un daño ajeno al hecho mismo del despido¹³.

Como he expresado, salvo excepciones, dicha indemnización es un mecanismo de valuación legal del daño que funciona como una regla aritmética abstracta, derivado del incumplimiento del alcance previsto en el art. 91 LCT¹⁴, es decir de la indeterminación del tiempo de los contratos de trabajo.

Surge la pregunta de si dicha indemnización resulta alta, la respuesta debe ser negativa. En primer lugar, porque es sólo una y, en segundo término, porque no

¹⁰ CNAT, Sala V, 29/4/2016, "Ramírez, Valeria Soledad c. INC S.A. s/despido", AR/JUR/26428/2016. La Ley.

¹¹ CNAT Sala V, 29/4/2016, "Nemirovsky, Ariana Denis c. Enriquez, Susana Teresa s/despido", AR/JUR/26386/2016. La Ley

¹² CNAT Sala V, 28/4/2016, "Figueroa, Cristian Ariel c. Cordero Cavallo y Lautaret S.A. s/diferencia de salarios", AR/JUR/26438/2016. La Ley.

¹³ CNAT, sala VIII, 26/4/2016, "Burda, Alejandro Luis c. Aerolíneas Argentinas SA s/despido", AR/JUR/25543/2016. La Ley.

¹⁴ **Art. 91. LEY 20744 —Alcance.**

El contrato por tiempo indeterminado dura hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan los regímenes de seguridad social, por límites de edad y años de servicios, salvo que se configuren algunas de las causales de extinción previstas en la presente ley.

puede ser desproporcionada a la realidad salarial y de tiempo del servicio del trabajador en la empresa. “El error conceptual radica en no circunscribir, como corresponde, la indemnización por el despido arbitrario a la prevista en el art. 245 de la LCT, y no querer entender que los demás rubros que se adicionan son producto de incumplimientos adicionales del empleador, que se deben pagar cuando el empleador decide hacerlo, ya sea por la omisión a cumplir con un deber impuesto por la norma—no otorgar preaviso, lo que genera la indemnización sustitutiva y la integración del mes de despido— o por incurrir en una conducta específicamente penada —despido por maternidad, matrimonio, etcétera.”¹⁵

En el extremo opuesto podemos encontrar a quienes sostienen que el Art. 245 LCT debería desaparecer, sustituyéndolo por un fondo de desempleo tal como el previsto en la Ley 22.250. Estas posturas <radicales> en contra de los trabajadores, o mejor dicho desconociendo la desigualdad que existe en casi todos los casos entre empleado y empleador, pretendiendo que los contratos laborales son paritarios, manifiestan que el Art. 245 LCT es “la causa de todos los males en el mercado laboral de la República Argentina”¹⁶ y que es por ello que debería desaparecer. Según ellos, “el artículo 245 LCT se ha convertido en una suerte de “plazo fijo” o “caja de ahorro” donde el empleado suma, todos los años, un crédito que le permite retirarlo “a la vista”. El derecho a este crédito nace sin importar si la relación se ha extinguido con o sin causa, y lo más grave, sin distinguir si el empleado es tornero o Chief Executive Officer de una multinacional”¹⁷. Posición la cual desde ya no comparto en absoluto.

4. Calculo de la indemnización

Como se ha dicho, los parámetros que deben ser considerados para efectuar el cálculo de la indemnización prevista en el 245 LCT son la antigüedad, el salario y la existencia de topes.

4.1. ANTIGÜEDAD

El punto de partida para calcular la antigüedad es la fecha de inicio de la relación laboral y el punto culmine es la fecha en que la notificación del despido es recibida por el destinatario. Es decir que para el cálculo de la indemnización por despido injustificado se debe computar todo el tiempo en que el trabajador estuvo a las

¹⁵ Grisolia, Julio Armando. “Tratado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social” Tomo IV, pag. 2844, 2845.

¹⁶ Van Thienen, Pablo A. “Derogar el artículo 245 LCT es la única reforma válida de la ley laboral para generar más empleo”. <http://www.cedeflaw.org/pdfs/201711719657-180.pdf>. Obtenido el 22/09/2020.

¹⁷ Van Thienen, Pablo A. “Derogar el artículo 245 LCT es la única reforma válida de la ley laboral para generar más empleo”. <http://www.cedeflaw.org/pdfs/201711719657-180.pdf>. Obtenido el 22/09/2020.

órdenes de la patronal. Contabilizándose la sumatoria de los distintos lapsos efectivamente trabajados desde su ingreso y hasta la extinción, sin perjuicio de que en el intermedio la relación laboral haya cesado por cualquier causa, sea renuncia o despido, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 18¹⁸, 19¹⁹ y 255²⁰ de la LCT.

Resulta necesario tener en cuenta por un lado lo prescripto en el artículo 252 LCT²¹ el cual manifiesta que obtenido el beneficio jubilatorio el contrato queda extinto sin la obligación para el empleador de abonar la indemnización prevista en el art. 245 LCT y las excepciones previstas en primer lugar, en el art. 253²² de dicha ley para el caso del trabajador jubilado que continúa trabajando o reingresa a prestar servicios para el mismo empleador, la cual se entiende que desde que obtuvo el beneficio jubilatorio será la nueva fecha de inicio para el cómputo de la antigüedad para el caso de indemnizaciones. De lo expresado, puede señalarse que según lo dispone el art. 253 LCT, por todos aquellos despidos incausados o con falsa causa, además del preaviso, se deberán abonar las indemnizaciones establecidas en los

¹⁸ **Art. 18. LEY 20744— Tiempo de servicio.**

Cuando se concedan derechos al trabajador en función de su antigüedad, se considerará tiempo de servicio el efectivamente trabajado desde el comienzo de la vinculación, el que corresponda a los sucesivos contratos a plazo que hubieren celebrado las partes y el tiempo de servicio anterior, cuando el trabajador, cesado en el trabajo por cualquier causa, reingrese a las órdenes del mismo empleador.

¹⁹ **Art. 19. LEY 20744 — Plazo de preaviso.**

Se considerará igualmente tiempo de servicio el que corresponde al plazo de preaviso que se fija por esta ley o por los estatutos especiales, cuando el mismo hubiere sido concedido.

²⁰ **Art. 255. LEY 20744—Reingreso del trabajador. Dedución de las indemnizaciones percibidas.**

La antigüedad del trabajador se establecerá conforme a lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de esta ley, pero si hubiera mediado reingreso a las órdenes del mismo empleador se deducirá de las indemnizaciones de los artículos 245, 246, 247, 250, 251, 253 y 254 lo pagado en forma nominal por la misma causal de cese anterior. En ningún caso la indemnización resultante podrá ser inferior a la que hubiera correspondido al trabajador si su período de servicios hubiera sido solo el último y con prescindencia de los períodos anteriores al reingreso.

²¹ **Art. 252. LEY 20744 —Intimación. Plazo de mantenimiento de la relación.**

A partir de que el trabajador cumpla setenta (70) años de edad y reúna los requisitos necesarios para acceder a la Prestación Básica Universal (PBU) establecida en el artículo 17, inciso a) de la ley 24.241 y sus modificaciones, el empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites pertinentes, extendiéndole los certificados de servicios y demás documentación necesaria a esos fines. A partir de ese momento, el empleador deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio y por un plazo máximo de un (1) año. Lo dispuesto en el párrafo precedente no afecta el derecho del trabajador de solicitar el beneficio previsional con anterioridad al cumplimiento de los setenta (70) años de edad. Concedido el beneficio o vencido dicho plazo, el contrato de trabajo quedará extinguido sin obligación para el empleador del pago de la indemnización por antigüedad que prevean las leyes o estatutos profesionales. La intimación a que se refiere el primer párrafo de este artículo implicará la notificación del preaviso establecido por la presente ley o disposiciones similares contenidas en otros estatutos, cuyo plazo se considerará comprendido dentro del término durante el cual el empleador deberá mantener la relación de trabajo. *(Artículo sustituido por art. 7° de la [Ley N° 27.426](#) B.O. 28/12/2017. Vigencia: el día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial)*

²² **Art. 253. LEY 20744—Trabajador jubilado.**

En caso de que el trabajador titular de un beneficio previsional de cualquier régimen volviera a prestar servicios en relación de dependencia, sin que ello implique violación a la legislación vigente, el empleador podrá disponer la extinción del contrato invocando esa situación, con obligación de preavisarlo y abonar la indemnización en razón de la antigüedad prevista en el artículo 245 de esta ley o en su caso lo dispuesto en el artículo 247. En este supuesto sólo se computará como antigüedad el tiempo de servicios posterior al cese. *(Párrafo incorporado por art. 7 de la [Ley N° 24.347](#) B.O. 29/6/1994).* También es aplicable lo dispuesto por el presente artículo al trabajador que sigue prestando servicios sin interrupción a las órdenes del mismo empleador, luego del goce del beneficio de la jubilación, considerándose la fecha del acuerdo de la prestación como inicio del cómputo de la antigüedad posterior al mismo. *(Párrafo incorporado por art. 8° de la [Ley N° 27.426](#) B.O. 28/12/2017. Vigencia: el día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial)*

arts. 245 o 247 de la LCT, en las que se computará sólo la antigüedad adquirida en la nueva etapa de la relación, aunque en el recibo de sueldo se ponga la fecha originaria de ingreso. Así lo ha entendido la jurisprudencia al decir que “si no existió un convenio expreso suscripto entre las partes por el cual se determinaba como condición de permanencia en la empresa un sistema específico de indemnización, el hecho de que en los recibos figurara la real fecha de ingreso de la actora, no implica un apartamiento de las disposiciones citadas, porque es deber del empleador consignar en los recibos los datos objetivos del trabajador”²³

Es importante resaltar que en el caso del trabajador que continúa trabajando, no se encuentra obligado a denunciar que se ha acogido al régimen de jubilación y por consiguiente el empleador que posteriormente despida dicho trabajador no podrá pretender extinguir la relación por el art. 252 LCT, escudándose en que desconocía que el trabajador había obtenido los beneficios jubilatorios. Así lo ha entendido importante jurisprudencia al decir: “Corresponde confirmar la procedencia de las indemnizaciones reclamadas toda vez que, si bien el actor obtuvo el beneficio jubilatorio, la empleadora consintió la continuación del vínculo laboral, sin que resulte válido el argumento de que el actor no le informó acerca de la obtención del beneficio jubilatorio, ya que estaba al tanto de dicha circunstancia... El comienzo del plazo del art. 252 LCT. debe confirmarse toda vez que el actor recibió el certificado de servicios para iniciar el trámite jubilatorio y el mismo fue concedido un año después, por lo tanto, el contrato de trabajo quedó extinguido cuando el actor obtuvo el beneficio jubilatorio... Toda vez que la extinción del vínculo decidida por la demandada produce en el caso, los efectos dispuestos por el art. 253 LCT. no puede alegar válidamente que era obligación del actor notificarla del otorgamiento del beneficio y que sólo se enteró a partir de averiguaciones en la ANSES; máxime siendo que consintió la continuación del vínculo laboral, no obstante la obtención del beneficio previsional por parte de su empleado... Si bien el hecho de que el actor no le haya comunicado a su empleadora la obtención del beneficio jubilatorio, en principio, podría constituir un elemento de convicción contrario a los intereses del reclamante para juzgar la procedencia de las indemnizaciones reclamadas, en el sub lite, aquella omisión no puede volcarse en contra del dependiente, porque lo cierto es que la obtención del beneficio jubilatorio por parte del trabajador no constituye en sí misma ninguna causal de injuria en los términos del art. 242 LCT”.²⁴

Por su parte la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) ha dicho que corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar al reclamo por despido y omisión de preaviso si no trató adecuadamente lo atinente a la concesión del beneficio jubilatorio y a su falta de comunicación por el trabajador a la

²³ CNAT, Sala V, 14/03/1997. – “Campo de Díaz, Alba c. Sud América Cia. de Seguros de Vida y Patrimoniales S. A. S/ despido”. DT, 1997-B, 2506

²⁴ CNAT, Sala V, 12/12/2013 “Frajlich Santiago Roberto c/ Asociación Civil Club Atlético Boca Juniors s/ despido”, MJ-JU-M-85184-AR | MJJ85184 | MJJ85184.

empleadora, ni a las consecuencias de la intimación prevista en el art. 252 de la LCT, norma con apoyo en la cual el accionado puso término a la relación laboral y sobre cuya base sustentó la aplicación del precepto del art. 253 segundo párrafo de dicha ley²⁵.

También ha dicho la CSJN que: “La sentencia que dispuso respecto de un trabajador jubilado al tiempo del cobro de la indemnización por despido, que el cálculo de la antigüedad prevista en el art. 245 de la LCT debía ser computado por la totalidad del período durante el cual el actor prestó servicios, por considerar que no se había probado el ingreso a la situación de pasividad y el posterior reingreso a la actividad laboral, es arbitraria, pues el dependiente probó ambos extremos, por lo que se prescindió, sin razón plausible, de la norma legal pertinente”²⁶.

En segundo lugar, la otra excepción es la transferencia del contrato de trabajo a un tercero en el contexto de un proceso de quiebra (art. 199 de la Ley 24.522²⁷). Al respecto, dicha norma establece que, producida la venta como tales de todas o alguna de las explotaciones, el personal involucrado, de continuar laborando para el adquirente, lo hará como si se tratara de una relación íntegramente nueva. La Ley de Concursos y Quiebras (en adelante LCQ) rompe con la tradición que se venía sosteniendo hasta el año 1995, por la derogada ley 19.551, de transferir al personal a la adquirente tal como si se hiciera en un proceso regulado por el art. 225 LCT (transferencia del establecimiento), por el cual pasan al sucesor o adquirente todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo que el transmitente tuviera con el trabajador al tiempo de la transferencia. Esa ruptura responde exclusivamente a la intención de incentivar la continuidad de la unidad económica instalada logrando de esta manera que la adquisición de las empresas sea más “tentadora” para los terceros, ya que adquieren una empresa con trabajadores experimentados en el rubro, con conocimiento del puesto de trabajo producto de su antigüedad en dichas posiciones pero sin pagar el costo que ese conocimiento genera, privilegiando el interés de la empresa por sobre los intereses de los trabajadores.

La antigüedad mínima requerida para el cobro de la indemnización prevista en el Art. 245 de la ley 20744 es de **tres meses y un día**. Esto surge del art. 92 bis LCT²⁸

²⁵ CSJN “Gomez, Ricardo c/ consorcio de Propietarios el Edificio O’Higgins 1785” 8/5/01. G. 609. XXXV. 08/05/2001 Fallos: 324:1528

²⁶ CSJN, 24/11/2015, “Quetglas Magnasco, Eduardo Antonio Cayetano c. Sullair Argentina S.A. y otro s/despido”, AR/JUR/63299/2015. La Ley.

²⁷ **Art. 199 LEY 24522.**- Obligaciones laborales del adquirente de la empresa. El adquirente de la empresa cuya explotación haya continuado sólo será considerado sucesor del concurso con respecto a los derechos laborales de los trabajadores cuya relación se mantuvo en este período. En consecuencia, no es sucesor del fallido sino en ese concepto y los importes adeudados con anterioridad a la quiebra serán objeto de verificación o pago en el concurso. En caso de que la adquirente sea la cooperativa de trabajo deberá estarse al régimen de la ley 20.337.

²⁸ **Art. 92 bis LEY 20744.** — El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el artículo 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros TRES (3) meses de vigencia. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, pero con obligación de preavisar según lo establecido en los artículos 231 y 232...

atento que dice que todo contrato por tiempo indeterminado se entiende celebrado a prueba durante los primeros tres meses y durante dicho plazo el empleador puede despedir sin que este despido genere derecho a la indemnización prevista en el Art. 245 LCT.

Gran parte de la doctrina y la jurisprudencia considera que en el lapso de esos tres meses si el trabajador es despedido sin invocación de justa causa no tiene derecho a indemnización alguna, aun, aunque se haya encontrado no registrado o deficientemente registrado; ellos se fundan en el fallo plenario "Sawady Manfredo c/ SADAIC"²⁹, en donde se resolvió que el trabajador con antigüedad no mayor de tres meses, despedido sin causa, no tiene derecho a la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT.

Debo hacer dos distinciones. En primer lugar, la situación del trabajador debidamente registrado que es despedido en el lapso de los primeros tres meses de la relación laboral. En este caso la ley es clara y dicho trabajador no tiene derecho a ser indemnizado conforme el art. 245 LCT, pero en este punto debo hacer una salvedad, porque el art. 19 de la Constitución Nacional³⁰, al consagrar el principio de Reserva, no admite la posibilidad de que haya daños sin su posible reparación, por ende si bien no se aplica la indemnización del art. 245 LCT, si se aplica entonces el Derecho Común, pudiéndose reclamar por los Daños y Perjuicios que se pudiesen haber ocasionados por dicho despido. Además, de una interpretación integral y armónica de la Ley de Contrato de Trabajo debo decir que se podría aplicar lo previsto en el Art. 24 LCT³¹, el cual prevé la aplicación del Derecho Común y además establece que dicho incumplimiento dará lugar a una indemnización que no podrá ser inferior al importe de un mes de la remuneración que se hubiere convenido, la que resultaría idéntica a la que si se aplicase el Art. 245 LCT.

En segundo lugar, debo tratar la situación del empleado no registrado o deficientemente registrado. Entiendo que, si el empleador incurrió en una conducta antijurídica, se debe entender que como mínimo renunció a los beneficios del período de prueba, ya que la no registración de un trabajador es un acto sumamente grave, que viola el orden público laboral, tanto es así que la jurisprudencia ha entendido que cuando los administradores de una sociedad no registren a sus

²⁹ CNAT, Fallo Plenario N°218, 30/03/1979 "Sawady Manfredo c/ SADAIC s/ Despido"

³⁰ **Artículo 19 CN.**- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

³¹ **Art. 24. LEY 20744 — Efectos del contrato sin relación de trabajo.**

Los efectos del incumplimiento de un contrato de trabajo, antes de iniciarse la efectiva prestación de los servicios, se juzgarán por las disposiciones del derecho común, salvo lo que expresamente se dispusiera en esta ley.

Dicho incumplimiento dará lugar a una indemnización que no podrá ser inferior al importe de un (1) mes de la remuneración que se hubiere convenido, o la que resulte de la aplicación de la convención colectiva de trabajo correspondiente.

trabajadores serán considerados como que no han actuado como un buen hombre de negocios en los términos del art. 59 de la Ley General de Sociedades (en adelante LGS)³² y responderán solidaria e ilimitadamente con todo su patrimonio, esto incluso ha sido extensivo a los socios y al Presidente del Directorio o Gerente: “En este sentido se ha resuelto que corresponde responsabilizar solidariamente en los términos del artículo 54 de la LGS³³ citado a los socios de la sociedad empleadora por la falta de registración del trabajador -en el caso, omisión de entrega de recibos y falta de aportes previsionales-, pues constituye una conducta que viola el orden público laboral, sin que sea necesario para ello la prueba de la intencionalidad de utilizar la sociedad para esos fines y aun cuando una persona física no fuera socia de la sociedad y en consecuencia no resulte aplicable el artículo 54 de la ley 19550, si se muestra su carácter de presidente del directorio, en virtud de lo dispuesto por el artículo 274³⁴ de dicho cuerpo legal, responde ilimitada y solidariamente ante los terceros -entre quienes se encuentra un trabajador de la empresa- por la violación a la ley, mientras que no se prueba que se haya opuesto a dicho actuar societario, ni que dejara asentada su protesta y diera noticia al síndico de la misma, único medio de eximirse de tal responsabilidad”³⁵.

Es imposible comprender que, si la jurisprudencia ha castigado al empresario que no ha registrado a sus trabajadores, haciéndolos responder solidaria e ilimitadamente con todo su patrimonio, en virtud de que han vulnerado el orden público laboral como podría siquiera pensarse que dicho accionar aún se podría encontrar amparado por el “beneficio” que otorga el período de prueba. Si el trabajador se encuentra deficiente o no registrado, se ha vulnerado el orden público laboral y por ende se debe considerar que el empleador ha renunciado al período de prueba, debiendo abonar el piso mínimo indemnizatorio, correspondiente a un salario mensual. Importante jurisprudencia, con criterio, avala esta postura: “La interpretación armónica de los arts. 92 bis y 245 de la ley 20.744, ambos según el

³² **ARTICULO 59 LGS.** — Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.

³³ **ARTICULO 54 LGS.** — El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios. El socio o controlante que aplicará los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva.

³⁴ **ARTICULO 274 LGS.** — Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia. La decisión de la asamblea y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones deben ser inscriptas el Registro Público de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párrafo.

³⁵ CNAT. - Sala III - 19/2/1998, “Duquelsy, Silvia c/Fuar SA y otro” (LL - 1999-B - 2)

texto reformado por la ley 25.877, con auténtico sentido constitucional y convencional, lleva a concluir que en casos en que la relación laboral no fue cabalmente registrada por el empleador, el despido incausado dispuesto por este último dentro de los tres meses contados a partir de la entrada en vigencia de aquella, genera el derecho del trabajador a la indemnización por despido”.³⁶

En igual sentido se sostiene que “la aplicación de la eximición indemnizatoria prevista en el art. 92 bis. de la L.C.T. está condicionada desde la sanción de la Ley 25.250 (aspecto mantenido por la Ley 25.587) a que el empleador registre la relación, presumiendo que si no lo hace renunció al período de prueba”.³⁷

VALIDEZ O NO DE DESPIDOS EN EL PERÍODO DE PRUEBA (ART. 92 BIS, LCT), EN PLENA VIGENCIA DEL DECRETO 329/2020

Producto del COVID-19 el Poder Ejecutivo Nacional ha tenido una importante actividad regulatoria en el ámbito del Derecho del Trabajo, entre las cuales se constituyó el Decreto de Necesidad y Urgencia (en adelante DNU) 329/2020³⁸ que entre otras cosas dispone la prohibición de despedir por un período de 60 días.

Surge como problemática qué sucede con los despidos en los términos del art. 92 bis, en vigencia del DNU 329/2020. ¿Se aplica la prohibición de despedir para los despidos fundados en el Art. 92 bis? Por mi parte entiendo que no, ya que el período de prueba no ha sido expresamente derogado, con lo cual no cabe presumir su abrogación a partir de una norma general dictada en el contexto de emergencia, la cual debe ser interpretada en forma restrictiva dada las características de excepcionalidad por las cuales surge.

Debo decir que la postura contraria manifiesta que tal como se desprende del Art. 92 bis, se trata de un contrato por tiempo indeterminado y por las circunstancias temporales referidas puede despedir sin causa y sin derecho a indemnización y que justamente eso es lo que prohíbe este DNU.

La jurisprudencia manifiesta que sobre el derecho reconocido al empleador en el art. 92 bis LCT debe prevalecer la garantía consagrada en el DNU N° 329/2020 en el marco de la pandemia provocada por el COVID-19, en cuando prohíbe los

³⁶ CNAT., sala V, 9/3/2015, "Privitera, Fabián Alejandro c. Confederación Argentina de la Mediana Empresa C.A.M.E.", AR/JUR/13928/2015. La Ley.

³⁷ INDEMNIZACIÓN POR ANTIGÜEDAD O DESPIDO. Prof. José Daniel Machado. www.aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar. Obtenido 04/04/2020.

³⁸ DNU 329/2020. 31/03/2020. VISTOS... y CONSIDERANDO... DECRETA:

ARTÍCULO 1°.- El presente decreto se dicta en el marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social establecida por la Ley N° 27.541, la ampliación de la emergencia sanitaria dispuesta por el Decreto N° 260/20 y su modificatorio, el Decreto N° 297/20 que estableció la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, su prórroga hasta el día 12 de abril inclusive, y sus normas complementarias.

ARTÍCULO 2°.- Prohíbense los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de SESENTA (60) días contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto en el Boletín Oficial.

despidos sin causa por el plazo de sesenta días. La previsión del art. 92 bis es una norma de carácter general plasmada en la LCT, aplicable para todos los casos ocurridos en tiempos normales, mientras que el DNU 329/2020, con plena vigencia y jerarquía equivalente a las Leyes -conforme art. 17 de la Ley 26.122- califica como especial frente a la Ley de fondo, destinada a paliar los terribles efectos de la pandemia sobre el ya golpeado mercado de trabajo; y su finalidad no refiere a cuestiones sanitarias (generales), sino justamente a la protección del empleo en estas especiales condiciones que afectan al mundo del trabajo.³⁹

“Cualquier despido (sin justificar, por falta o disminución de trabajo y fuerza mayor) que ocurriere dentro del plazo estipulado, es de objeto prohibido (le falta licitud, art. 259 Código Civil y Comercial), y su consecuencia es que el trabajador pueda pedir la nulidad del despido dispuesto en contravención a la norma, y su consiguiente reinstalación. Solicitar la reinstalación al puesto de trabajo es facultativo del trabajador, y ante la resistencia del empleador, cabe la ejecución forzada de la obligación de hacer (art. 777 Código Civil y Comercial)”⁴⁰

4.2. SITUACIONES DE EXCLUSIÓN DEL CALCULO DE LA ANTIGÜEDAD

Otro punto a tratar es la exclusión del cálculo de la antigüedad de todas aquellas situaciones en que el trabajador no prestó servicios y ni se encontraba a disposición del empleador, siempre que haya sido por causas imputables al trabajador. Esta situación encuentra fundamento en el Art. 103 CPL⁴¹, el cual prescribe que el empleador debe al trabajador la remuneración, aunque éste no preste servicios, siempre que haya puesto su fuerza de trabajo a disposición de aquél.

Puedo enumerar como situaciones excluidas del cálculo de la antigüedad a:

1. Las suspensiones disciplinarias contempladas en los Arts. 67, 68, 219 y 220 LCT⁴², siempre que se ajusten a derecho. Es decir, que no se excedan de treinta

³⁹ Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral N° 4 de Santa Fe. “Yori Melisa c/ Adecco Argentina S.A. s/ Medidas cautelares y preparatorias” Fecha: 28-abr-2020. Cita: MJ-JU-M-125387-AR | MJJ125387 | MJJ125387

⁴⁰ Cám. 4ª Trab. Mendoza “Cufre Gazal, Laura Julieta C/Mediterránea Clean Srl P/Acción De Reinstalac. En El Trabajo”, 14/05/2020, ERREIUS Cita digital: IUSJU000659F

⁴¹ **Artículo 103. LEY 20744—Concepto.**

A los fines de esta ley, se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo. Dicha remuneración no podrá ser inferior al salario mínimo vital. El empleador debe al trabajador la remuneración, aunque éste no preste servicios, por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición de aquél.

⁴² **Art. 67. LEY 20744 — Facultades disciplinarias. Limitación.**

El empleador podrá aplicar medidas disciplinarias proporcionadas a las faltas o incumplimientos demostrados por el trabajador. Dentro de los treinta (30) días corridos de notificada la medida, el trabajador podrá cuestionar su procedencia y el tipo o extensión de la misma, para que se la suprima, sustituya por otra o limite según los casos. Vencido dicho término se tendrá por consentida la sanción disciplinaria.

Art. 68. LEY 20744 —Modalidades de su ejercicio.

El empleador, en todos los casos, deberá ejercitar las facultades que le están conferidas en los artículos anteriores, así como la de disponer suspensiones por razones económicas, en los límites y con arreglo a las condiciones fijadas por la ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas de trabajo, los consejos de empresa y, si los hubiere, los reglamentos internos que éstos dictaren. Siempre se cuidará de satisfacer las

días en un año, contado desde la primera suspensión, que se lo haya notificado fehacientemente al trabajador, que se le haya especificado expresamente la causal de dicha suspensión y siempre que no hayan sido cuestionada dentro del plazo de treinta días corridos desde que fue notificado el trabajador.

2. La suspensión preventiva contemplada en el art. 224 LCT⁴³ Esta situación reconoce distintas variables, por un lado vemos la situación del trabajador que es denunciado por el empleador, en caso de ser el trabajador sobreseído o absuelto se deberá incluir el plazo de suspensión al cálculo de la antigüedad, como también se deberán abonar los salarios adeudados. Por otro lado, vemos el caso de que el trabajador sea denunciado por un tercero, en ese caso en principio entiendo que se debe excluir del cómputo de la antigüedad, todo el plazo en que el trabajador no preste servicios para la patronal, sea que fuese condenado, sobreseído o absuelto. Pero el Art. 224 LCT en su último párrafo establece una excepción al decir “salvo que se tratara de hecho relativo o producido en ocasión del trabajo”, es por ello que entiendo que si el hecho delictivo fue producido o relativo a la relación laboral, deberá incluirse al cómputo de la antigüedad todo el plazo que el trabajador no prestó servicios para el empleador, debiéndosele abonar también los salarios adeudados.

3. Estado de excedencia contemplado en el Art. 183 inc C LCT⁴⁴ en que se coloca voluntariamente la mujer una vez finalizada la licencia por maternidad. Al Respecto el Dr. Ackerman ha dicho: “Si atendemos a la finalidad del instituto -la protección de la familia a través de la presencia de la mujer en el hogar para la

exigencias de la organización del trabajo en la empresa y el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso del derecho.

Art. 219. LEY 20744 —Justa causa.

Se considera que tiene justa causa la suspensión que se deba a falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, a razones disciplinarias o a fuerza mayor debidamente comprobada.

Art. 220. LEY 20744—Plazo máximo. Remisión.

Las suspensiones fundadas en razones disciplinarias o debidas a falta o disminución de trabajo no imputables al empleador, no podrán exceder de treinta (30) días en un (1) año, contados a partir de la primera suspensión.

⁴³ **Art. 224. LEY 20744 —Suspensión preventiva. Denuncia del empleador y de terceros.**

Cuando la suspensión se origine en denuncia criminal efectuada por el empleador y ésta fuera desestimada o el trabajador imputado, sobreseído provisoria o definitivamente, aquél deberá reincorporarlo al trabajo y satisfacer el pago de los salarios perdidos durante el tiempo de la suspensión preventiva, salvo que el trabajador optase, en razón de las circunstancias del caso, por considerarse en situación de despido. En caso de negativa del empleador a la reincorporación, pagará la indemnización por despido, a más de los salarios perdidos durante el tiempo de la suspensión preventiva.

Si la suspensión se originara en denuncia criminal efectuada por terceros o en proceso promovido de oficio y se diese el caso de la privación de la libertad del trabajador, el empleador no estará obligado a pagar la remuneración por el tiempo que dure la suspensión de la relación laboral, salvo que se tratara de hecho relativo o producido en ocasión del trabajo.

⁴⁴ **Art. 183. —Distintas situaciones. Opción en favor de la mujer.**

La mujer trabajadora que, vigente la relación laboral, tuviera un hijo y continuara residiendo en el país podrá optar entre las siguientes situaciones:

... c) Quedar en situación de excedencia por un período no inferior a tres (3) meses ni superior a seis (6) meses. Se considera situación de excedencia la que asuma voluntariamente la mujer trabajadora que le permite reintegrarse a las tareas que desempeñaba en la empresa a la época del alumbramiento, dentro de los plazos fijados. La mujer trabajadora que hallándose en situación de excedencia formalizara nuevo contrato de trabajo con otro empleador quedará privada de pleno derecho de la facultad de reintegrarse.

atención del hijo recién nacido o enfermo-, la solución legal no parece ser la aconsejable, ya que, en los hechos, tal criterio se transforma en un nuevo motivo para desalentar el ejercicio de ese derecho".⁴⁵ Las ausencias injustificadas, las cuales configuran un incumplimiento contractual imputable al trabajador configurativo de injuria que eventualmente puede derivar en abandono de trabajo contemplado en el art. 244 LCT⁴⁶

4. El período entre la renuncia o el despido y el nuevo reintegro, sin perjuicio de que al momento de la reincorporación el empleador deba registrarlo con la fecha histórica. Así lo ha entendido la jurisprudencia: "Es improcedente la pretensión del trabajador relativa a la percepción de los salarios caídos desde la fecha de la extinción del contrato de trabajo hasta su reingreso posterior, ya que su reincorporación no fue producto de la anulación del despido sino el fruto de un acto voluntario posterior que, en modo alguno, da vida al lapso en el que el contrato estuvo extinguido y durante el cual no sólo no prestó servicios sino que ni siquiera estuvo a disposición del principal".⁴⁷ "A fin de calcular la indemnización del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, y en base a lo normado en el art. 255 de la Ley de Contrato de Trabajo —reingreso del trabajador—, se debe tomar la mejor remuneración del actor y la antigüedad acumulada a lo largo de la relación laboral y a la suma resultante descontarle las sumas abonadas por tal concepto en los distractos previos".⁴⁸

5. Las originadas en la adhesión a huelgas u otras medidas de fuerza. Ello encuentra su fundamento en el Art. 243 LCT⁴⁹ el cual expresamente dice que se suspenden los efectos de la relación laboral por todo el tiempo que dure la huelga. Dicha suspensión no puede ser imputada al empleador. La participación en una huelga es un derecho que tienen los trabajadores y participar o no queda en la esfera de su voluntad, siendo un acto imputable solo al trabajador.

6. Las licencias sin goce de haberes que no son más que aquellas en las cuales el trabajador por motivos personales, durante el transcurso de la relación laboral, solicite al empleador que lo exima de prestar servicios durante un determinado lapso de tiempo durante el cual no devengará salarios. Esta licencia no tiene regulación legal expresa, por lo que, su otorgamiento es facultativo para el empleador, quién puede negarse a concederla. Si bien el Art. 152 LCT dice que "Se computarán como trabajados, los días en que el trabajador no preste servicios por gozar de una licencia legal o convencional, o por estar afectado por una enfermedad inculpable o

⁴⁵ ACKERMAN, Mario. La antigüedad del trabajador en el empleo. Hammurabi, Bs. As., 1989, pág. 67

⁴⁶ **Art. 244 LEY 20744. —Abandono del trabajo.**

El abandono del trabajo como acto de incumplimiento del trabajador sólo se configurará previa constitución en mora, mediante intimación hecha en forma fehaciente a que se reintegre al trabajo, por el plazo que impongan las modalidades que resulten en cada caso.

⁴⁷ CNAT, Sala II, 11/6/2007, "Maneglia, Adrián A. c. P.A.M.I. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados", DJ, 26/3/2008, 813; AR/JUR/3834/2007. La Ley.

⁴⁸ CNAT, Sala I, 30/4/2007, "Laguzzi, Raúl Víctor c. Hochtief Argentina S.A.", AR/JUR/1891/2007. La Ley.

⁴⁹ **Art. 243. LEY 20744** — La huelga y las otras medidas de acción directa que interrumpen la prestación de los servicios sólo suspenderán los efectos de la relación laboral por todo el tiempo que duren.

por infortunio en el trabajo, o por otras causas no imputables al mismo”, nada dice en relación a los días en que el trabajador no presta servicios por una causa o motivo que le es imputable. Es por ello, que considero que los períodos de licencias sin goce de haberes deben estar excluidos del cómputo de la antigüedad. Con esto no quiero decir que la relación laboral quede suspendida, por el contrario la relación laboral se mantiene vigente, debiendo el empleador reincorporar al trabajador al vencimiento de dicha licencia.

4.3. SITUACIONES QUE DEBEN INCLUIRSE EN EL CALCULO DE LA ANTIGÜEDAD

En la vereda opuesta, como ya he manifestado, el Art. 18 LCT consagra que para el cálculo de la antigüedad se debe tomar todo “tiempo efectivamente trabajado desde la vinculación” que incluye al contrato de trabajo por tiempo indeterminado con o sin periodo de prueba y al de temporada y los “sucesivos contratos a plazo” con reingreso del trabajador.

Pero este no es el único plazo que debe ser considerado “tiempo de servicio” ya que la LCT contempla expresamente otros que integran dicho concepto. Podemos encontrar su fundamento en el Art. 152 LCT⁵⁰, el cual expresa que se considerará tiempo de servicio o tiempo trabajado, los días en que el trabajador no preste servicios por gozar de una licencia legal o convencional, o por estar afectado por una enfermedad inculpable o por infortunio en el trabajo, o por otras causas no imputables al mismo.

Puedo enumerar como situaciones incluidas en el cálculo de la antigüedad a:

1. Suspensión preventiva contemplada en el Art. 224 LCT: me remito a lo expresado ut supra.
2. La licencia por maternidad consagrada en el Art. 177 LCT⁵¹, el cual expresamente garantiza la estabilidad en el empleo durante dicho período.

⁵⁰ **Art. 152. LEY 20744 —Tiempo trabajado. Su cómputo.**

Se computarán como trabajados, los días en que el trabajador no preste servicios por gozar de una licencia legal o convencional, o por estar afectado por una enfermedad inculpable o por infortunio en el trabajo, o por otras causas no imputables al mismo.

⁵¹ **Art. 177. LEY 20744—Prohibición de trabajar. Conservación del Empleo.**

Queda prohibido el trabajo del personal femenino durante los cuarenta y cinco (45) días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco (45) días después del mismo. Sin embargo, la interesada podrá optar por que se le reduzca la licencia anterior al parto, que en tal caso no podrá ser inferior a treinta (30) días; el resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto. En caso de nacimiento pre-término se acumulará al descanso posterior todo el lapso de licencia que no se hubiere gozado antes del parto, de modo de completar los noventa (90) días.

La trabajadora deberá comunicar fehacientemente su embarazo al empleador, con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto, o requerir su comprobación por el empleador. La trabajadora conservará su empleo durante los períodos indicados, y gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal, todo de conformidad con las exigencias y demás requisitos que prevean las reglamentaciones respectivas.

3. Los accidentes o enfermedades inculpables consagrados en el art. 208 LCT⁵² Al respecto la jurisprudencia ha manifestado que “El art. 208 de la Ley de Contratos de Trabajo otorga el derecho a licencia por "cada" accidente o enfermedad inculpable, por lo cual si el trabajador padeció dos afecciones distintas, tenía derecho a gozar de otra licencia paga aun cuando las patologías pudieran haberse superpuesto en un mismo período de tiempo, si la segunda dolencia le impedía concurrir a trabajar de la misma manera en que lo venía haciendo”.⁵³ Es importante resaltar que vencido el plazo de interrupción del trabajo por causa de accidente o enfermedad inculpable (3, 6 o 12 meses dependiendo la antigüedad y las cargas de familia), si el trabajador no estuviese en condiciones de reincorporarse a trabajar, el empleador tiene la obligación de conservarle el empleo por el plazo de un año desde el vencimiento de dicho plazo, ello se encuentra consagrado en el Art. 211 LCT⁵⁴ Al respecto importante jurisprudencia ha considerado que “deben incluirse como tiempo de servicio los lapsos en los cuales el trabajador esté eximido del deber de prestar tareas por causas que no le son imputables, con independencia de que durante tales períodos perciba o no remuneración. De acuerdo a ello deben computarse como tiempo de servicio los períodos de ausencia por accidente o enfermedad inculpable y el período de reserva del puesto previsto por el art. 211 de

Garantízase a toda mujer durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la trabajadora practique la notificación a que se refiere el párrafo anterior.

En caso de permanecer ausente de su trabajo durante un tiempo mayor, a consecuencia de enfermedad que según certificación médica deba su origen al embarazo o parto y la incapacite para reanudarlo vencidos aquellos plazos, la mujer será acreedora a los beneficios previstos en el artículo 208 de esta ley.

⁵² **Art. 208. LEY 20744 —Plazo. Remuneración.**

Cada accidente o enfermedad inculpable que impida la prestación del servicio no afectará el derecho del trabajador a percibir su remuneración durante un período de tres (3) meses, si su antigüedad en el servicio fuere menor de cinco (5) años, y de seis (6) meses si fuera mayor. En los casos que el trabajador tuviere carga de familia y por las mismas circunstancias se encontrara impedido de concurrir al trabajo, los períodos durante los cuales tendrá derecho a percibir su remuneración se extenderán a seis (6) y doce (12) meses respectivamente, según si su antigüedad fuese inferior o superior a cinco (5) años. La recidiva de enfermedades crónicas no será considerada enfermedad, salvo que se manifestara transcurridos los dos (2) años. La remuneración que en estos casos corresponda abonar al trabajador se liquidará conforme a la que perciba en el momento de la interrupción de los servicios, con más los aumentos que durante el período de interrupción fueren acordados a los de su misma categoría por aplicación de una norma legal, convención colectiva de trabajo o decisión del empleador. Si el salario estuviere integrado por remuneraciones variables, se liquidará en cuanto a esta parte según el promedio de lo percibido en el último semestre de prestación de servicios, no pudiendo, en ningún caso, la remuneración del trabajador enfermo o accidentado ser inferior a la que hubiese percibido de no haberse operado el impedimento. Las prestaciones en especie que el trabajador dejare de percibir como consecuencia del accidente o enfermedad serán valorizadas adecuadamente.

La suspensión por causas económicas o disciplinarias dispuestas por el empleador no afectará el derecho del trabajador a percibir la remuneración por los plazos previstos, sea que aquélla se dispusiera estando el trabajador enfermo o accidentado, o que estas circunstancias fuesen sobrevinientes.

⁵³ CNAT, Sala VIII, 28/5/2009, "Almirón, Aurora del Carmen c. SPM Sistema de Protección Médica S.A.", AR/JUR/21028/2009. La Ley.

⁵⁴ **Art. 211. LEY 20744—Conservación del empleo.**

Vencidos los plazos de interrupción del trabajo por causa de accidente o enfermedad inculpable, si el trabajador no estuviera en condiciones de volver a su empleo, el empleador deberá conservárselo durante el plazo de un (1) año contado desde el vencimiento de aquéllos. Vencido dicho plazo, la relación de empleo subsistirá hasta tanto alguna de las partes decida y notifique a la otra su voluntad de rescindirla. La extinción del contrato de trabajo en tal forma, exige a las partes de responsabilidad indemnizatoria.

la LCT”⁵⁵. (En igual sentido CNAT Sala III Expte n° 728/99 sent. 84964 25/6/03 in re “GIORDANO, ISABEL C/ PROANÁLISIS SA S/ DESPIDO” y Sala VI Expte n° 6554/07 SD 61562 22/9/09 “LAZARO, ALDANA C/ BENEFITS SA S/ DESPIDO”). Otro punto a resaltar es que vencido el plazo del año previsto en el art. 211 LCT no produce la extinción automática de la relación de trabajo, la que requiere la manifestación expresa de la parte interesada. Esa desvinculación no tiene consecuencias indemnizatorias. Así lo ha entendido importante jurisprudencia⁵⁶. Mientras ello no se comunique la relación de trabajo en principio sigue vigente y el trabajador si recupera su capacidad laboral plena podría presentarse a retomar sus tareas, aun habiendo finalizado el periodo de conservación de empleo. De todas maneras, considero que no podría considerarse que, ante el incumplimiento de la formalidad de notificar expresamente la extinción del contrato de trabajo, este tenga vigencia indeterminadamente, ya que podría operar la extinción tácita prevista en el último párrafo del art. 241 LCT⁵⁷, el cual dice: “Se considerará igualmente que la relación laboral ha quedado extinguida por voluntad concurrente de las partes, si ello resultase del comportamiento concluyente y recíproco de las mismas, que traduzca inequívocamente el abandono de la relación”.

4. En el caso de accidentes y/o enfermedades de trabajo, la Ley de Riesgos del Trabajo N° 24557, en su artículo 7 inciso C⁵⁸ (modificado por el Art. 10 de la Ley 27348) establece que el período de incapacidad laboral temporaria (en adelante ILT) cesa por el transcurso de dos años desde la primera manifestación invalidante. En caso de que haya transcurrido el período de ILT, sin que el trabajador pudiese volver a reintegrarse a las órdenes de la patronal, se deberá proceder a aplicar por analogía el art. 211 LCT, es decir a conservar el empleo por el plazo de un año desde el vencimiento de la ILT. La obligación de conservar el empleo opera en este

⁵⁵ CNAT Sala I Expte. N° 51.428/2011 Sent. Def. N° 90.155 del 11/09/2014 “Calviño, Alejandro Omar c/DIFEPA SA s/despido”.

⁵⁶ CNAT, Sala I, 25/2/2014, "S., M. L. c. Sensebyte S.R.L. s/despido", AR/JUR/4688/2014. La Ley.

⁵⁷ **Art. 241. LEY 20744 —Formas y modalidades.**

Las partes, por mutuo acuerdo, podrán extinguir el contrato de trabajo. El acto deberá formalizarse mediante escritura pública o ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo.

Será nulo y sin valor el acto que se celebre sin la presencia personal del trabajador y los requisitos consignados precedentemente.

Se considerará igualmente que la relación laboral ha quedado extinguida por voluntad concurrente de las partes, si ello resultase del comportamiento concluyente y recíproco de las mismas, que traduzca inequívocamente el abandono de la relación.

⁵⁸ **ARTICULO 7° LEY 24557 —Incapacidad Laboral Temporaria.**

1. Existe situación de Incapacidad Laboral Temporaria (ILT) cuando el daño sufrido por el trabajador le impida temporariamente la realización de sus tareas habituales.

2. La situación de Incapacidad Laboral Temporaria (ILT) cesa por:

a) Alta médica;

b) Declaración de Incapacidad Laboral Permanente (ILP);

c) Transcurso de dos (2) años desde la primera manifestación invalidante;

d) Muerte del damnificado.

3. Si el trabajador damnificado, dentro del plazo previsto en el inciso c) del apartado anterior, se hubiera reincorporado al trabajo y volviera a estar de baja por idéntico accidente o enfermedad profesional, su situación de Incapacidad Laboral Temporaria (ILT) continuará hasta el alta médica, declaración de Incapacidad Laboral Permanente, en caso de corresponder, su deceso o hasta completar dos (2) años efectivos de baja, sumándose todos los períodos en los cuales se hubiera visto impedido de trabajar.

(Artículo sustituido por art. 10 de la Ley N° 27.348 B.O. 24/02/2017)

caso cuando cesa la situación de incapacidad laboral temporaria, debiéndose computar a los fines de la antigüedad el plazo de la ILT (2 años), como el de reserva del puesto (un año). Debo decir que mi postura no es unánime, en la vereda opuesta, se ha sostenido que “el actual régimen legal la responsabilidad por las remuneraciones referidas a los periodos de licencia por accidente o enfermedad inculpable se encuentra exclusivamente en cabeza del empleador. Dado que la reserva de puesto implica la privación al trabajador de su remuneración no es posible su aplicación sin haber transitado previamente por la licencia de enfermedad inculpable, no pudiendo asimilarse en ningún contexto la ILT a la licencia por enfermedad inculpable”⁵⁹.

5. Feriados Obligatorios y días no laborables, consagrados en los Arts. 165⁶⁰ Es menester resaltar que en los días no laborables el trabajo es optativo para el empleado, siendo que si este opta por continuar trabajando y un trabajador no se presentase sin causa alguna, se deberá considerar como una inasistencia injustificada, no pudiendo el trabajador escudarse en que se trataba de un día no laborable. “El cálculo del salario por cumplimiento de tareas los días feriados debe hacerse de la siguiente manera: a) trabajadores remunerados con base fija mensual: devengan el 100% del salario diario. El parámetro debe ser el día anterior al feriado y debe utilizarse el coeficiente 25 previsto para el cálculo de la licencia por vacaciones. Es decir, al sueldo mensual se le agregará un día más de salario. b) trabajadores remunerados en base a jornal diario, comisión u hora: debe calcularse conforme al salario devengado el día anterior, ya que es el que se encuentra más actualizado. Incluso en el supuesto de salario mixto, la comisión debe calcularse de esta manera. c) trabajadores remunerados a destajo: debe promediarse el salario percibido en los últimos 6 (seis) días anteriores al feriado, o lapso menor de tiempo, si el empleado trabajó menos de seis días. d) trabajadores remunerados por otra forma variable: debe promediarse el salario correspondiente a los últimos 30 días. e) trabajadores a domicilio: rige el propio estatuto para el cálculo del salario (artículos 166, 167, 168, 169, 170, 171 y 201 LCT). Estos criterios son aplicables también para los días no laborales -que recordemos su festividad queda a elección del propio empleador- y que genera el derecho de cobro para los trabajadores remunerados a destajo, comisión, jornal, hora u otra forma variable. La diferencia con los trabajadores con remuneración mensual es que estos no ven modificadas sus condiciones salariales, ya que van a cobrar su jornada diaria normal, trabajen o no los días no laborales. En todos los casos la diferencia con el día feriado radica en que en los días no laborables no se están cumpliendo prestaciones adicionales o extraordinarias asimilables a las horas extras, por lo cual el devengamiento en

⁵⁹ Diario Laboral Nro 69, 21.04.2016 “La Reserva de Puesto de Trabajo y su compatibilización con la LRT”. Por Jorge A. Insúa.

⁶⁰ **Art. 165. LEY 20744**

Serán feriados nacionales y días no laborables los establecidos en el régimen legal que los regule.

todos los casos es un salario diario normal se cumplan o no tareas”.⁶¹ Personas afectadas a servicio o convocatoria Militar, consagrado en el Art. 214 LCT⁶². El presente artículo expresamente establece que el tiempo de permanencia en el servicio será considerado período de trabajo a los efectos del cómputo de su antigüedad. Es menester resaltar que deben ser convocatorias obligatorias. Al respecto la jurisprudencia ha dicho que “las convocatorias especiales a las que refiere el art. 214 de la LCT, son aquellas convocatorias militares de carácter obligatorio cuando mediare amenaza exterior o interior de la Nación o cuando la convocatoria tenga por fin garantizar la seguridad de la Nación, situación no alcanzada por las misiones de paz”⁶³. Por otro lado, con la sanción de la ley 24429 el Servicio Militar dejó de ser obligatorio para pasar a ser voluntario pero dicha ley en su art. 19⁶⁴ dispone que en el caso excepcional que no se llegaran a cubrir con soldados voluntarios los cupos fijados de acuerdo con el artículo 3 de la misma Ley, el Poder Ejecutivo podrá convocar, a los ciudadanos que en el año de la prestación cumplan 18 años de edad y por un período que no podrá exceder de un año.

6. Personal afectado a cargos electivos consagrado en el Art. 215 LCT⁶⁵, el cual expresamente prevé que el período de tiempo durante el cual los trabajadores hubieran desempeñado cargos electivos será considerado período de trabajo a los efectos del cómputo de su antigüedad. Los trabajadores que, por razón de ocupar cargos electivos en el orden nacional, provincial o municipal, deban dejar de prestar servicios, tienen derecho a la reserva de su empleo por parte del empleador, y a su reincorporación hasta treinta (30) días después de concluido el ejercicio de sus funciones. Si el trabajador no fuere reincorporado dentro de los 30 días de terminada

⁶¹ Notas sobre feriados, días no laborables y fines de semana. Características y forma de computar el salario por SANTIAGO JOSÉ RAMOS. Agosto de 2008. www.saij.jus.gov.ar Id SAIJ: DACF080070. Obtenido el 04/04/2020.

⁶² **Art. 214. LEY 20744—Reserva del empleo. Cómputo como tiempo de servicio.**

El empleador conservará el empleo al trabajador cuando éste deba prestar servicio militar obligatorio, por llamado ordinario, movilización o convocatorias especiales desde la fecha de su convocación y hasta treinta (30) días después de concluido el servicio.

El tiempo de permanencia en el servicio será considerado período de trabajo a los efectos del cómputo de su antigüedad, frente a los beneficios que por esta ley, estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo le hubiesen correspondido en el caso de haber prestado servicios. El tiempo de permanencia en servicio no será considerado para determinar los promedios de remuneraciones a los fines de la aplicación de las mismas disposiciones.

⁶³ CNAT, Sala II, 17/6/2010, "Lastero, Luis L. c. Fresenius Medical Care Argentina S.A.", 70062917

⁶⁴ **ARTICULO 19 LEY 24429** -En el caso excepcional que no se llegaran a cubrir con soldados voluntarios los cupos fijados de acuerdo con el artículo 3, el Poder Ejecutivo podrá convocar, en los términos establecidos por la ley 17.531, a los ciudadanos que en el año de la prestación cumplan 18 años de edad y por un período que no podrá exceder de un año.

⁶⁵ **Art. 215. LEY 20744—Reserva del empleo. Cómputo como tiempo de servicio.**

Los trabajadores que por razón de ocupar cargos electivos en el orden nacional, provincial o municipal, dejen de prestar servicios, tendrán derecho a la reserva de su empleo por parte del empleador, y a su reincorporación hasta treinta (30) días después de concluido el ejercicio de sus funciones.

El período de tiempo durante el cual los trabajadores hubieran desempeñado las funciones precedentemente aludidas será considerado período de trabajo a los efectos del cómputo de su antigüedad, frente a los beneficios que por esta ley, estatutos profesionales y convenciones colectivas de trabajo le hubiesen correspondido en el caso de haber prestado servicios. El tiempo de permanencia en tales funciones no será considerado para determinar los promedios de remuneración a los fines de la aplicación de las mismas disposiciones.

la función electiva, tendrá derecho a reclamar las indemnizaciones correspondientes a un despido sin causas, computándose a los fines de la antigüedad el período en el cual el trabajador ocupó el cargo electivo (Art. 216 LCT).⁶⁶ Es menester resaltar que opera una licencia sin goce de sueldo hasta que cesen los efectos del ejercicio del cargo electivo.

7. Actividades sindicales consagradas en el Art. 217 LCT⁶⁷, el cual establece que los trabajadores que por razón del desempeño de cargos electivos o representativos en Asociaciones Sindicales con personería gremial o en Organismos o Comisiones que requieran representación sindical dejaren de prestar servicios a las órdenes de su empleador, tendrán derecho a la reserva de su empleo y a su reincorporación hasta treinta (30) días después de concluido el ejercicio de sus funciones, El período de tiempo durante el cual los trabajadores hubieran desempeñado las funciones precedentemente aludidas será considerado período de trabajo en las mismas condiciones y con el alcance de los artículos que regulan el Servicio Militar y el desempeño de cargos electivos. La jurisprudencia ha establecido que “el art. 217LCT determina que el comienzo del cómputo del lapso de treinta días comienza a correr a partir de concluido el ejercicio de las funciones gremiales por parte del trabajador”⁶⁸. Por su parte la Cámara de Apelaciones del Trabajo de Tucumán (Sala IV) en un fallo ha establecido que “el pago realizado por la entidad gremial no es considerado un sueldo sino que obedece al principio de compensación por la pérdida total que los mismos padecen de remuneraciones que dejan de ser abonadas por sus empleadores con los cuales no han quebrado el vínculo laboral, resulta una simple compensación por la pérdida de éste en razón de su servicio sindical”⁶⁹.

8. Vacaciones consagradas en el Art. 150 LCT⁷⁰. Los plazos para el otorgamiento de esta licencia obligatoria se incrementan a medida que aumenta la

⁶⁶ **Art. 216. LEY 20744 —Despido o no reincorporación del trabajador.**

Producido el despido o no reincorporación de un trabajador que se encontrare en la situación de los artículos 214 o 215, éste podrá reclamar el pago de las indemnizaciones que le correspondan por despido injustificado y por falta u omisión del preaviso conforme a esta ley, a los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo. A los efectos de dichas indemnizaciones la antigüedad computable incluirá el período de reserva del empleo.

⁶⁷ **Art. 217. LEY 20744—Reserva del empleo. Cómputo como tiempo de servicio. Fuero sindical.**

Los trabajadores que se encontraren en las condiciones previstas en el presente capítulo y que por razón del desempeño de esos cargos, dejaren de prestar servicios, tendrán derecho a la reserva de su empleo por parte del empleador y a su reincorporación hasta treinta (30) días después de concluido el ejercicio de sus funciones, no pudiendo ser despedidos durante los plazos que fije la ley respectiva, a partir de la cesación de las mismas. El período de tiempo durante el cual los trabajadores hubieran desempeñado las funciones precedentemente aludidas será considerado período de trabajo en las mismas condiciones y con el alcance de los artículos 214 y 215, segunda parte, sin perjuicio de los mayores beneficios que sobre la materia establezca la ley de garantía de la actividad sindical.

⁶⁸ CNAT, Sala X, 16/2/2010, "Ríos, Silvia M. c. Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia", 70059548.

⁶⁹ CAT. Tucumán, Sala IV, 30/8/2007, "Aquino de Catalán, Rita c. Grafa S.A y otros", 70042845

⁷⁰ **Art. 150. LEY 20744 —Licencia ordinaria.**

El trabajador gozará de un período mínimo y continuado de descanso anual remunerado por los siguientes plazos:

- a) De catorce (14) días corridos cuando la antigüedad en el empleo no exceda de cinco (5) años.
- b) De veintiún (21) días corridos cuando siendo la antigüedad mayor de cinco (5) años no exceda de diez (10).

antigüedad a las órdenes del empleador. Las vacaciones van desde catorce (14) hasta treinta y cinco (35) días. A los fines de determinar la extensión de las vacaciones atendiendo a la antigüedad en el empleo, se computará como tal aquella que tendría el trabajador al 31 de diciembre del año que correspondan las mismas.

9. El descanso semanal consagrado en el Art. 204 LCT⁷¹ el cual establece la prohibición de la ocupación del trabajador desde las trece (13) horas del día sábado hasta las veinticuatro (24) horas del día siguiente, salvo en los casos de excepción previstos por ley, en cuyo caso el trabajador gozará de un descanso compensatorio de la misma duración.

El computo preciso de la antigüedad es necesario para determinar la extensión de los derechos que de ella se deriva.

4.4. EL SALARIO

Conforme al primer párrafo del Art. 245 LCT la forma para calcular la indemnización por antigüedad será 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.

Ahora bien, ¿qué se entiende por mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada? Será necesario desmenuzar y analizar dicho concepto en forma separada. Comenzaré por **remuneración**, luego seguiré por **devengado, mensual, habitual, normal**, finalizando con **mejor**.

REMUNERACIÓN:

La RAE en su diccionario del español jurídico define a remuneración como “el pago que se realiza por un servicio prestado.” Sinónimos son retribución, salario y sueldo.⁷² Por ende, debo afirmar que cuando la norma en cuestión habla de remuneración refiere al salario o al sueldo, es decir al pago que se le realiza al trabajador por su trabajo.

c) De veintiocho (28) días corridos cuando la antigüedad siendo mayor de diez (10) años no exceda de veinte (20).

d) De treinta y cinco (35) días corridos cuando la antigüedad exceda de veinte (20) años.

Para determinar la extensión de las vacaciones atendiendo a la antigüedad en el empleo, se computará como tal aquella que tendría el trabajador al 31 de diciembre del año que correspondan las mismas.

⁷¹ **Art. 204. LEY 20744—Prohibición de trabajar.**

Queda prohibida la ocupación del trabajador desde las trece (13) horas del día sábado hasta las veinticuatro (24) horas del día siguiente, salvo en los casos de excepción previstos en el artículo precedente y los que las leyes o reglamentaciones prevean, en cuyo caso el trabajador gozará de un descanso compensatorio de la misma duración, en la forma y oportunidad que fijen esas disposiciones atendiendo a la estacionalidad de la producción u otras características especiales

⁷² <https://dej.rae.es/lema/remuneraci%C3%B3n>. Obtenido el 22/09/2020.

Por su parte el Convenio N° 95 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), ratificado por Argentina mediante decreto-ley N°11594, en su Art. 1 define al salario como la remuneración o ganancias, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo.⁷³

En este punto es importante recordar que los Tratados ratificados tienen jerarquía superior a las leyes, es decir que el Convenio 95 de la OIT, es un tratado internacional de rango superior al de la misma LCT. Es decir, teniendo en cuenta el Convenio N°95 OIT, debo afirmar que cuando la norma refiere a retribución no se centra únicamente en las prestaciones denominadas remunerativas, como la contraprestación que recibe el trabajador en razón del contrato de trabajo, por haber puesto a disposición del empleador su fuerza de trabajo, sino que deben ser incluidas también todas las prestaciones no remuneratorias, como las asignaciones familiares, los beneficios sociales, etc.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que cuando la Nación Argentina ratifica un tratado se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación "inmediata" (Fallos: 315:1492, considerando 20; 318:2639, considerando 6°; 331:2663, considerando 7°, entre otros)⁷⁴.

Sin embargo, esta no es la postura que ha predominado en la doctrina, aunque si, en la más reciente jurisprudencia.

Importantes doctrinarios han dicho que "únicamente cabe tener en cuenta los conceptos definibles como remuneración, sin contar aquellas prestaciones que no tienen naturaleza remuneratoria"⁷⁵. "Están excluidos los conceptos que no tienen naturaleza remuneratoria (asignaciones familiares, beneficios sociales, indemnizaciones, viáticos con comprobantes, etcétera)"⁷⁶. "Se alude a la remuneración, lo que excluye todas las prestaciones no remuneratorias, como las asignaciones familiares, los beneficios sociales (por ejemplo, el servicio de comedor de las empresas o el reintegro documentado de gastos de medicamentos)."⁷⁷

No obstante lo expresado por la doctrina, la más reciente jurisprudencia se ha pronunciado en favor de la postura que adhiero, los fallos más resonantes son:

⁷³ **Art. 1. Convenio 95 OIT.**- A los efectos del presente convenio, el término "salario" significa la remuneración o ganancias, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

⁷⁴ **CSJN**, "Díaz, Paulo Vicente c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A."04/06/13, D.485.XLIV, Id SAIJ: FA13000073

⁷⁵ Maza, Miguel Angel, *Ley de Contrato de Trabajo 20744 Comentada*, 3° ed. Actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires 2009, pag 396 (Maza, 2009)

⁷⁶ Grisolia, Julio Armando, *Tratado del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*" Tomo IV, 1° ed. Abeledo Perrot 2014, pag 3095

⁷⁷ De Diego, Julián A., *"Tratado del Derecho del Trabajo"* Tomo IV, 1° ed.- Buenos Aires: La Ley, 2012 (De

Diego, 2012)

El Fallo BlockBuster:

La Sala X de la CNAT, consideró, que, si bien el Ministerio de Trabajo abaló y homologó con carácter no remunerativo un incremento acordado por la Federación Argentina de Comercio y Servicios y por la Cámara Argentina de Comercio en el marco del CCT 130/75, dicho aumento debe tener naturaleza remuneratoria, atento constituye una ganancia que está directamente ligada a la prestación de servicios, ello por aplicación del art. 1° del convenio 95 de la OIT y del art. 103LCT.⁷⁸

El Fallo Disco

La CSJN declaró la inconstitucionalidad del Art. 103 bis, inc c) de la LCT relativo a los vales alimentarios, en cuanto niega a éstos naturaleza salarial, atento consideró que no existe diferencia alguna entre la concesión de los vales alimentarios asumida por el empleador de un mero aumento de salarios adoptado a iniciativa de éste, siendo el distingo sólo "ropaje". Consideró que es inadmisibles que los vales alimentarios no tengan naturaleza salarial, ya que constituyen una prestación que —como en el caso— entrañó para el trabajador una "ganancia" y que sólo resultó consecuencia del contrato o relación de empleo. Sostuvo que es necesario que a la persona trabajadora le sea reconocido que toda ganancia que obtiene del empleador con motivo o a consecuencia del empleo resulta un salario, esto es, una contraprestación de este último sujeto y por esta última causa, razón por la cual, dichos reconocimiento y contraprestación sólo pueden y deben ser llamados, jurídicamente, salario, remuneración o retribución.

Fundó su postura en los establecido en el art. 6° del Pacto Internacional de los derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual dispone que el derecho a trabajar comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo, y el art. 7°, el cual califica cuando dicha oportunidad se materializa mediante un trabajo en relación de dependencia, como "salario" o "remuneración" la prestación debida por el empleador al empleado. Asimismo sostuvo que la calificación establecida por el derogado inc. c del art. 103 bis de la ley 20.744 se encuentra en pugna con el Convenio 95 de la OIT —art. 1°— y viola los principios constitucionales protectorios del salario, pues, la base de cálculo de la indemnización salarial debe guardar razonable proporción con los elementos que componen la remuneración, y la indebida exclusión de conceptos que —como los vales alimentarios— se encuentran comprendidos dentro de la noción de salario que brindan tanto las normas internacionales como la legislación nacional afecta el principio constitucional de retribución justa, que se encuentra en correlación con la base remuneratoria que compone el derecho, también constitucional, a la protección

⁷⁸ CNAT Sala X, "Giménez, Patricia Dolores c. Blockbuster Argentina S.A.", 26/6/2009, DT, 2009 (setiembre), 1051. Cita Online: AR/JUR/25670/2009. La Ley.

contra el despido arbitrario (del voto de los doctores Highton de Nolasco, Fayt y Argibay)⁷⁹.

El fallo Polimat

Aquí la CSJN declaró inconstitucionales los decretos de necesidad y urgencia 1273/02, 2641/02 y 905/03 en cuanto desconocen la naturaleza salarial de las prestaciones que establecen, toda vez que trastornan la finalidad reparadora del régimen indemnizatorio consagrado en el Art 245 LCT, reglamentario del art. 14 bis que ordena que la ley protegerá al empleado contra el "despido arbitrario", ya que conducen a que la indemnización termine desconociendo la concreta realidad a la que quiso atender, a causa de limitaciones a uno de los elementos de cálculo de aquella que, precisa e inequívocamente, constituye uno de los dos indicadores de esa realidad: el salario realmente percibido por el trabajador despedido.

El decreto de necesidad y urgencia 1273/02 —junto a los decretos 2641/02 y 905/03—, en cuanto estableció que los trabajadores del sector privado debían percibir de su empleador una "asignación" mensual "no remunerativa de carácter alimentario", parte, según sus considerandos, de la comprobación de que se había "deteriorado sensiblemente el poder adquisitivo de los salarios perjudicando a los trabajadores" y de la necesidad de recuperar el "ingreso alimentario", para tender "a corregir el deterioro que vienen padeciendo las remuneraciones en general y los salarios de menor cuantía en especial", razón por la cual, mal pudo esa norma dar naturaleza "no remunerativa de carácter alimentario" a la "asignación" que dispuso, sobre todo cuando el carácter alimentario es naturalmente propio del salario.⁸⁰

En este último fallo la Corte consideró a las normas precitadas inconstitucionales por estar en clara contradicción nuevamente con el Convenio 95 de la OIT y con las normas vigentes en materia de salarios (art. 103 LCT).

En la provincia de Santa Fe, la Cámara Civil, Comercial y Laboral de Reconquista se pronunció diciendo que "la subordinación de la autonomía colectiva al orden público laboral no puede utilizarse como instrumento válido para su vulneración. Más allá de la incuestionable representatividad ejercida por la entidad gremial, lo cierto es que ésta no puede acordar válidamente con la parte empresaria condiciones menos beneficiosas para el trabajador que las que emanan de la aplicación de la ley imperativa"⁸¹. "La negociación colectiva no puede utilizarse como instrumento válido para la vulneración del orden público laboral, con lo cual no puede el Sindicato acordar válidamente con la parte empresaria condiciones

⁷⁹ CSJN., "Pérez, Aníbal Raúl c. Disco S.A.", 1/9/2009, DT, 2009 (setiembre), 1011; LL, 25/9/2009, 7; LL 2009-E, 701, con nota de Pablo Alberto Gasquet; IMP, 2009-19 (octubre), 1550; DJ, 28/10/2009, 3025, con nota de Gustavo J. Gallo; IMP, 2009-21, 1795. Fallos: 332:2043. Cita Online: AR/JUR/29031/2009. La Ley

⁸⁰ CSJN, "González, Martín Nicolás c. Polimat S.A. y otro", 19/5/2010, LL, 8/6/2010, 7; LL, 2010-C, 700, con nota de Ricardo J. Cornaglia; DT, 2010 (julio), 1754, con nota de Amanda Lucía Pawlowski de Pose; Juan José Etala (h.); DJ, 14/7/2010, 1911. Fallos: 333:699. Cita Online: AR/JUR/17063/2010. La Ley.

⁸¹ CCCL RECONQUISTA, "Silva, Sebastián Gabriel c/ Friar S.A. y/o Q.R.J.R. s/ Laboral". Tomo 24 – Resolución 547/2018-Fs. 483. <https://www.editorialjuris.com/jurisprudencia>.

menos beneficiosas para el trabajador que las que emanan de la aplicación de la ley imperativa.”⁸²

Como ya he expresado, adhiero a la postura de la Corte en estos fallos, ya que ello contribuye a dificultar el fraude laboral, de lo contrario se podría prestar a que se encubra parte del salario con prestaciones no remuneratorias. Sin embargo, ello no quita la existencia de beneficios sociales que tienen carácter no remuneratorio, los cuales se encuentran consagrados en el Art. 103 bis LCT⁸³ y 105 LCT⁸⁴

Ahora bien, no obstante lo resuelto por la Corte, hay jurisprudencia de salas que han fallado de acuerdo a la postura de los doctrinarios mencionados. A modo de ejemplo puedo citar lo dictaminado por la Sala VIII en el fallo Ramírez c/ BICE: “La sentencia de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda laboral instada por el trabajador despedido y condenó a la accionada al pago de una diferencia en la indemnización por antigüedad y la del art. 16 de la ley 25.561. Apela tanto la sociedad empleadora por entender que la sentencia del a quo aplicó la doctrina jurisprudencial "Vizzoti", como también el trabajador, reclamando que no se hubiese otorgado naturaleza remuneratoria a las sumas que percibía en concepto de asistencia médica y valores de almuerzo, no habiéndoselos incluido en la base del

⁸² **CCCL RECONQUISTA**, “Ballester, Carlos Ramón c/Algodonera Avellaneda S.A. y/o q.r.j.r. s/Laboral”.” Tomo 25 – Resolución 573/2018-Fs. 56. <https://www.editorialjuris.com/jurisprudencia>

⁸³ **Art. 103 BIS. LEY 20744— Beneficios sociales.**

Se denominan beneficios sociales a las prestaciones de naturaleza jurídica de seguridad social, no remunerativas, no dinerarias, no acumulables ni sustituibles en dinero, que brinda el empleador al trabajador por sí o por medio de terceros, que tiene por objeto mejorar la calidad de vida del dependiente o de su familia a cargo.

Son beneficios sociales las siguientes prestaciones:

- a) Los servicios de comedor de la empresa,
- b) *(Inciso derogado por art. 1º de la Ley Nº 26.341 B.O. 24/12/2007)*
- c) *(Inciso derogado por art. 1º de la Ley Nº 26.341 B.O. 24/12/2007)*
- d) Los reintegros de gastos de medicamentos y gastos médicos y odontológicos del trabajador y su familia que asumiera el empleador, previa presentación de comprobantes emitidos por farmacia, médico u odontólogo, debidamente documentados;
- e) La provisión de ropa de trabajo y de cualquier otro elemento vinculado a la indumentaria y al equipamiento del trabajador para uso exclusivo en el desempeño de sus tareas;
- f) Los reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos de hasta seis (6) años de edad cuando la empresa no contare con esas instalaciones;
- g) La provisión de útiles escolares y guardapolvos para los hijos del trabajador, otorgados al inicio del período escolar;
- h) El otorgamiento o pago debidamente documentado de cursos o seminarios de capacitación o especialización;
- i) El pago de gastos de sepelio de familiares a cargo del trabajador debidamente documentados con comprobantes.
(Artículo incorporado por art. 1º de la Ley Nº 24.700 B.O. 14/10/1996)

⁸⁴ **Art. 105. LEY 20744 —Formas de pago. Prestaciones complementarias.**

Forma de pago. Prestaciones complementarias. El salario debe ser satisfecho en dinero, especie, habitación, alimentos o mediante la oportunidad de obtener beneficios o ganancias. Las prestaciones complementarias, sean en dinero o en especie, integran la remuneración del trabajador, con excepción de:

- a) Los retiros de socios de gerentes de sociedades de responsabilidad limitada, a cuenta de las utilidades del ejercicio debidamente contabilizada en el balance;
- b) Los reintegros de gastos sin comprobantes correspondientes al uso del automóvil de propiedad de la empresa o del empleado, calculado en base a kilómetro recorrido, conforme los parámetros fijados o que se fijen como deducibles en el futuro por la DGI;
- c) Los viáticos de viajantes de comercio acreditados con comprobantes en los términos del artículo 6 de la Ley N. 24.241, y los reintegros de automóvil en las mismas condiciones que las especificadas en el inciso anterior;
- d) El comodato de casa-habitación del propiedad del empleador, ubicado en barrios o complejos circundantes al lugar de trabajo, o la locación, en los supuestos de grave dificultad en el acceso a la vivienda.

cálculo de la indemnización del art. 245 LCT. La Cámara confirma la resolución recurrida. El hecho de que el art. 103 bis de la LCT excluya a los vales alimentarios y a los gastos de asistencia médica de la base de cómputo de otras prestaciones salariales o indemnizatorias, no constituye violación del Convenio 95 de la OIT, pues de sus preceptivas no se desprende que los beneficios sociales deban necesariamente quedar equiparados a las remuneraciones en todos sus aspectos, es decir, que sea válido sustentar la transgresión de la norma internacional en todas las oportunidades es que aquéllos no sean computados para cuantificar prestaciones indemnizatorias”.⁸⁵

4.5. PRESTACIONES QUE PUEDEN SER CONSIDERADAS REMUNERACIONES

Es necesario destacar que prestaciones deben ser consideradas indefectiblemente remuneratorias, es decir que integran el salario y si ello es en todos los supuestos o admite excepciones:

Gastos y uso del celular provisto por la empresa

En concordancia con lo dispuesto por el Art. 1 del Convenio 95 de la OIT, el otorgamiento de un celular y su uso no limitado exclusivamente a las cuestiones netamente laborales, es decir autorizándose el uso del celular en horarios no laborales y para cuestiones personales, deberá ser incluido en el concepto de remuneración, ya que la adjudicación del celular para uso personal le evita al trabajador de un gasto que este de todos modos hubiese realizado e importa una ventaja patrimonial que debe considerarse contraprestación salarial en los términos del art. 103 y 105 LCT. Importante jurisprudencia avala esta postura: “Debe concederse carácter parcialmente remuneratorio a los importes abonados por el empleador por el teléfono celular que el trabajador utilizaba, pues si bien la contratación de la línea telefónica estaba destinada a facilitar las comunicaciones y el desarrollo de las actividades laborales, quedó acreditado que también podía ser aprovechada para fines personales del dependiente, por lo que constituyó, en esa medida, un beneficio patrimonial para éste”.⁸⁶ Como he dicho, para que sea considerado como retribución el uso no debe estar limitado exclusivamente a las cuestiones laborales, sino que se debe permitir el uso para cuestiones personales del trabajador. Así lo ha entendido la jurisprudencia: “Resulta improcedente incluir en la indemnización por despido los montos que la accionada le abonaba al actor en concepto de telefonía celular y de seguro de automóvil, ya que el accionante

⁸⁵ **CNAT, Sala VIII**, 14/7/2008, "Ramírez, Alfredo Ramón c. Banco de Inversión y Comercio Exterior S.A. BICE", LL Online; AR/JUR/4760/2008. La Ley.

⁸⁶ **CNAT, Sala II**, "Aiassa, Eduardo Francisco c. Culligan Argentina S.A.", 17/2/2010, LL Online; AR/JUR/4011/2010. La Ley.

expresamente señaló que ambos elementos eran utilizados como herramientas de trabajo, y que fue en la medida de lo efectivamente gastado en la función laboral lo que la demandada habría abonado por tales conceptos, por lo que no cabe entonces considerarlos remuneración por cuanto no importaron una ventaja patrimonial para el actor sino que estaban destinados a cubrir exclusivamente un gasto efectuado en la realización de sus tareas”⁸⁷.

A fin de no ser considerados una retribución encubierta en la práctica se enumerado una serie de condiciones y requisitos que se deben dar para la exclusión del celular como parte integrante del salario. Estos requisitos son:

- I. La provisión del celular y su utilización debe ser una necesidad y una herramienta de trabajo propia de las tareas, funciones y actividad desarrollada por el trabajador.
- II. Su provisión, empleo y utilización debe reglamentarse en un acuerdo escrito suscripto por el trabajador, en el cual se determine claramente los alcances del uso, y las restricciones, especificándose claramente la prohibición de realizar cualquier tipo de llamadas en el orden personal o que sean ajenas al trabajo.
- III. Se deberá puntualizar qué llamadas particulares serán descontadas del salario, como un gasto impropio.
- IV. Se debe aclarar que violar estos deberes configura una falta grave, que no sólo importa el descuento en el salario, sino la posibilidad de que se impongan sanciones disciplinarias.

Cuando estas condiciones no se dan, la telefonía debe considerarse como un gasto particular suplido por el empleador, debiéndose considerar indefectiblemente como una forma de remuneración encubierta.

Provisión de vehículo y sus gastos

El automóvil provisto por la empresa como elemento de transporte o de confort, no es otra cosa que una prestación remunerativa, y debe ser cuantificada al efecto.

Distinto es, cuando el vehículo provisto más sus gastos, son herramientas de trabajo compatibles con la actividad o funciones desempeñadas, en cuyo caso no integrarían el salario, sería el caso por ejemplo de un gerente que deba visitar todas las sucursales o un médico con visitas a domicilio, cuyo vehículo sea provisto por el empleador. Sin embargo debo hacer una salvedad, en caso de que el empleador abonase los gastos del auto de propiedad del trabajador, tales como seguro, patentes, estos gastos deberán ser incluidos como remuneratorios ya que representan un beneficio patrimonial para el trabajador que exceden del uso meramente laboral.

⁸⁷ **CNAT, Sala X**, "Lenzo, Miguel Ángel c. Disco S.A.", 14/12/2006, DT, 2008 (octubre), 925, Cita Online: AR/JUR/10930/2006. La Ley

Así lo ha entendido la jurisprudencia al decir que “el suministro de automóvil a un empleado jerárquico que, por su posición social, derivada de su cultura e ingresos, tenía el automóvil incorporado necesariamente a su estilo de vida y disponía de él sin limitación alguna y en forma permanente, importó una ventaja patrimonial que puede y debe considerarse contraprestación salarial en los términos de los arts. 103 y 105 de la Ley de Contratos de Trabajo.”⁸⁸ Con mismo criterio la Sala IX de la CNAT, dijo que “El hecho de haber proporcionado la empresa vehículo al trabajador y afrontar los gastos que insumía debe considerarse una ventaja patrimonial a modo de contraprestación salarial en los términos de los arts. 103 y 105, LCT”⁸⁹ “Se debe incluir en la base salarial la suma abonada por la empresa en concepto de gastos de patente y seguro del vehículo utilizado por la actora, aun cuando el mismo se mantuviera dentro del patrimonio de la empresa durante el lapso de los 36 meses previos a que se configurara el traspaso al dependiente. Ello así, dado que la accionante evitaba erogar ambos conceptos de su peculio personal, implicando de tal modo una mejora en su calidad de vida, toda vez que contaba no sólo con la libre disposición del vehículo, sino también con los pagos que necesariamente debía realizar a los fines de su uso legítimo”⁹⁰.

La cochera provista al trabajador

La cochera debe ser considerada una prestación que suple un gasto propio del trabajador, y por ende, si ese gasto lo abona el empleador, debe ser computado como parte de la remuneración. Así lo ha entendido la jurisprudencia al decir que “la provisión de cochera al trabajador que concurría con su automóvil para el desarrollo de sus tareas debe considerarse como un beneficio apreciable en dinero, en tanto evitó que debiera afrontar con sus propios recursos el gasto que tal servicio le ocasionaba, lo que indudablemente adquiere naturaleza salarial a la luz de las previsiones de los arts. 103 y 105, LCT, y de la doctrina de la Corte Sup. sobre la materia, al fallar en la causa "Pérez, Aníbal Raúl v. Disco SA" (sent. del 1/9/2009, P. 1911. XLII)”.⁹¹ “Corresponde computar como salarial la entrega por parte de una empresa de telefonía móvil de un teléfono móvil y la cochera, pues dichas herramientas estuvieron asignadas al actor en virtud de su rango de gerente para el cumplimiento de las funciones propias del actor”⁹²

La provisión de vivienda

⁸⁸ **CNAT, Sala III**, "Oreste, Eduardo Jorge c. YPF S.A.", 31/7/2009, Cita Online: AR/JUR/29314/2009. La Ley

⁸⁹ **CNAT, Sala IX**, "Urzua, Hernán v. Fratelli Branca Destilerías SA", 22/03/2010.

⁹⁰ **CNAT, Sala IX**, 13/11/2014, "Semeraro, Judith Graciela c. Cosméticos Avon S.A. s/despido", AR/JUR/68106/2014. La Ley

⁹¹ **CNAT Sala IV**, 31/8/2010, "Jelinskas, Pablo Daniel v. Primera Red Interactiva de Medios Argentinos Prima SA".

⁹² **CNAT, Sala IV**, "Basualdo, Alejandro Nicolás c. CTI Compañía de Teléfonos del Interior S.A.", 30/6/2010, IMP, 2010-12, 250; DT, 2010 (noviembre), 2944, con nota de Osvaldo A. Maddaloni; Cita Online: AR/JUR/38173/2010. La Ley.

El art. 105 LCT que establece las excepciones a la remuneración, admite la provisión de vivienda al trabajador cuando se trate de un comodato de casa habitación de propiedad del empleador en barrios o complejos circundantes al lugar de trabajo, o la locación en los supuestos de grave dificultad para acceder a la vivienda. En esta hipótesis la provisión de vivienda no integra el salario y no por ende no debe ser considerado como base de cálculo de la indemnización por antigüedad.

Ahora, cuando la provisión de vivienda no reúna los requisitos ut supra descriptos debe ser considerado como prestaciones remuneratorias.

En el caso de los trabajadores expatriados considero que de igual forma deben ser considerados prestaciones remuneratorias, no obstante, jurisprudencialmente la situación se encuentra discutida. La Sala III de la CNAT ha dicho que “la vivienda que la empresa otorgaba al trabajador destinado a prestar servicios en otro país por razones operativas y junto a su familia, debe ser considerada remuneración en especie en tanto corría con los gastos locativos, lo que le generaba al empleado una oportunidad de obtener ganancias al posibilitarle alquilar su vivienda o dejar de pagar el alquiler, según sea el caso”.⁹³ En contraposición la Sala VIII de la CNAT dijo que “resulta improcedente computar a los efectos del art. 245 de la LCT las asignaciones que no se deben como recompensa al trabajo prestado sino como compensación tarifada al trabajador expatriado por los eventuales gastos que en esa situación acarrea, en concepto de pasajes de viajes al país de radicación y por el alquiler de vivienda en el destino, pues, su función es compensatoria por los mayores gastos que implica residir temporalmente en un país extranjero, independientemente de las tareas cumplidas”⁹⁴

Es menester resaltar que todas estas prestaciones son consideradas computables como salario a los fines de los aportes y contribuciones a la seguridad social y el empleador deberá realizar dichas contribuciones siempre que no demuestre el carácter no remuneratorio de las mismas en cada caso concreto.

Salario e impuesto a las Ganancias

La indemnización por antigüedad prevista en el art. 245 LCT se encuentra exenta del pago del Impuesto a las Ganancias. Ello ha sido previsto en el Art. 26 inc. I de la Ley de Impuesto a las Ganancias⁹⁵ el cual expresamente establece que se

⁹³ **CNAT, Sala III**, "Oreste, Eduardo Jorge c. YPF S.A.", 31/7/2009, Cita Online: AR/JUR/29314/2009. La Ley.

⁹⁴ **CNAT, Sala VIII**, "Cortina, Carlos Gustavo c. Esso Petrolera Argentina S.R.L.", 27/8/2010, AR/JUR/49016/2010. La Ley

⁹⁵ **ARTÍCULO 26 inc. I, DEC. 824/19**.- Están exentos del gravamen: Los intereses reconocidos en sede judicial o administrativa como accesorios de créditos laborales. Las indemnizaciones por antigüedad en los casos de despidos y las que se reciban en forma de capital o renta por causas de muerte o incapacidad producida por accidente o enfermedad, ya sea que los pagos se efectúen en virtud de lo que determinan las leyes civiles y especiales de previsión social o como consecuencia de un contrato de seguro.

encuentran exentas del pago del impuesto a las ganancias, las indemnizaciones por antigüedad en los casos de despidos. Como se aprecia la norma en cuestión solo se limita a exceptuar a la indemnización por antigüedad del pago de dicho impuesto, sin imponer limitación alguna, por lo que debo entender que esa excepción no tiene ni límite, ni tope alguno.

Así lo ha entendido también la jurisprudencia: “La "gratificación por cese laboral", por carecer de la periodicidad y de la permanencia de la fuente productora de rentas gravadas, no está sujeta al Impuesto a las Ganancias en los términos del art. 20, inc. 10, de la ley del tributo”.⁹⁶ “El pago de la suma abonada en concepto de "indemnización por antigüedad", en el marco de un acuerdo espontaneo de desvinculación, en exceso de lo que le hubiera correspondido al dependiente, se encuentra íntegramente exento del impuesto a las ganancias, por cuanto ninguna especificación realiza la norma tributaria relativa a la forma o modo de cálculo de la indemnización por antigüedad, sino que se limita a contemplarla dentro de sus taxativas excepciones, no pudiéndose en materia fiscal otorgarse a los montos abonados en concepto de indemnización por antigüedad un carácter diferente al establecido en la ley laboral”⁹⁷.

También ha quedado excluido del impuesto a las Ganancias sumas recibidas como indemnización por despido por razones de maternidad o embarazo (Art. 178 de la LCT)⁹⁸, esto es relevante ya que se extiende el ámbito de exención previsto en el Art. 20 de la ley de impuesto a las ganancias y surge del fallo de la CSJN “De Lorenzo c/DGI”⁹⁹.

4.6. DEVENGADO

Para la R.A.E. devengar es “adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título. Devengar salarios, costas, intereses¹⁰⁰”. Devengado es el participio, es decir es una forma no personal del verbo devengar que funciona como adjetivo. Por ello debo decir que cuando el Art. 245 LCT habla de devengado, se refiere al derecho que ha adquirido el trabajador a ser retribuido por razón de su trabajo.

El mencionado artículo en su texto anterior a la reforma hablaba de la mejor remuneración mensual normal y habitual *percibida*, palabra que fue reemplazada por *devengada*. Aún antes de la reforma la jurisprudencia ya había criticado la

⁹⁶ CSJN, 15/7/2014, "Negri, Fernando Horacio c. EN - AFIP-DGI", AR/JUR/32382/2014. La Ley

⁹⁷ CNAT, Sala V, 21/8/2014, "Argentini Jorge Humberto c. Gtech Foreign Holdins Corporation s/reintegro p/sumas de dinero", AR/JUR/49764/2014. La Ley.

⁹⁸ Art. 178 LEY 20744. —Despido por causa del embarazo. Presunción.

Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio (7 y 1/2) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así, en su caso, el del nacimiento. En tales condiciones, dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el artículo 182 de esta ley.

⁹⁹ CSJN “DE LORENZO AMELIA BEATRIZ (TF 21504-I) c/ DGI” SENTENCIA 17 de junio de 2009.

¹⁰⁰ <https://dle.rae.es/devengar> 22/09/2020

palabra "percibida" porque hacía referencia a la suma cobrada efectivamente cuando debió establecer la suma bruta, y no contemplaba el principio de devengamiento. Para la doctrina, "la diferencia entre ambos términos es que en caso de pago insuficiente por parte del empleador –por ejemplo, omitió para prestaciones complementarias u horas extras– lo percibido por el trabajador es menor a lo devengado y la indemnización debe calcularse sobre lo que le correspondía percibir y no sobre lo percibido"¹⁰¹. "El empleo de la palabra "percibido" no fue reemplazado por la suma bruta, sino por la expresión "devengada", la que obviamente indica que debe computarse toda suma remunerativa que se ha devengado dentro del período de cómputo"¹⁰².

Salario Bruto

Para el pago de las indemnizaciones se debe tomar a los fines del cálculo el llamado "sueldo bruto" que no es otro que el que se compone por el total de la remuneración a percibir previo a la deducción de las retenciones. A los fines del cálculo de la indemnización del art. 245 de la L.C.T la mejor remuneración mensual, normal y habitual debe incluir el total de los ingresos de carácter remuneratorio cualquiera sea su modalidad¹⁰³

4.7. MENSUAL

El legislador consideró para el cálculo de la indemnización por antigüedad un período "mensual", sirviendo este como límite, pero no como exclusión.

Parte de la doctrina considera que no existe "ninguna norma que disponga que el pago de los salarios deba efectuarse mensualmente, sino que de acuerdo con el art. 128 de la LCT se señala que la erogación de los mismos debe ser efectuada en determinados términos de tiempo de acuerdo a los momentos en que se realiza el pago, ya sea semanal, quincenal, o mensual, por lo cual creemos que sería imposible que se pactara un salario fundamental —pongamos por ejemplo— de pago bimestral o trimestral. Por ello una correcta lectura, a nuestro entender, del art. 245 de la LCT es que se considera únicamente a los fines del mismo los pagos de frecuencia mensual, y no otros que lo superan, siendo que evidentemente el hecho de efectuarse pagos en menores términos de tiempo no implicaría que los trabajadores que los percibieran no tendrían acceso a indemnización alguna, sino que se los computa como mensuales a los fines indemnizatorios, pero de ahí no

¹⁰¹ Emilio Elías Romualdi "Cálculo de las Indemnizaciones Laborales" Ediciones dyd, Pag 88. (Romualdi)

¹⁰² Fernández Madrid, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", t. II (Madrid)

¹⁰³ **CSJ LA PLATA**, 27/10/1987 "Ojeda, Aparicio Delfino y otros c/ Swift Armour Argentina S.A. s/ Diferencia indemnización por despido, etc" AyS t. 1987-IV p.503, Id SAIJ: FA87010163. "Ginobili, Carlos Alberto c/ Casa Dellepiane S.A. s/ Antigüedad, etc". 14/03/1995, DJBA t. 148 p. 217 - AyS t. 1995 I p. 321, Id SAIJ: FA95010102. "Rinaldi, Rodolfo Hugo c/ Siderca S.A.I.C. s/ Indemnización ley 9688; art. 1113, C.C., etc".01/04/04. Id SAIJ: FA04010012.

puede sostenerse que ingresos que superan el término de los treinta días puedan ser prorrateados para considerárselos como tales. En definitiva, y como corolario, devengar no quiere decir prorratear, que es en realidad la necesaria operación para incluir este tipo de pagos de frecuencia superior al mes en la indemnización del art. 245 LCT¹⁰⁴. Importante jurisprudencia, está de acuerdo con esta postura, a modo de ejemplo puedo citar lo dicho por la Sala II de la CNAT: “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 reparación tarifada prevista en el art. 245 de la LCT”¹⁰⁵.

Me permito disentir con dicha postura doctrinaria, ya que a mi entender en primer lugar el legislador ha previsto expresamente el pago de un salario por un período que excede el mensual, este es el Sueldo Anual Complementario (en adelante SAC), que no es otra cosa que un salario cuyo pago se encuentra diferido en un tiempo mayor a treinta (30) días, ya que se paga semestralmente. Como he expresado ut supra devengar según la RAE es “adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título”. Es decir que el derecho a la retribución se va adquiriendo con el transcurso de tiempo trabajado. En definitiva, el salario siempre se devenga día a día y en el caso del SAC no es la excepción, la única diferencia radica en que el pago del SAC se encuentra diferido en un plazo mayor al mensual, con lo que el SAC debe ser incorporado a la base del cálculo de la indemnización por antigüedad, pero tan solo lo devengado en el período de un mes. Paso a explicar:

El legislador eligió la mensualidad para el cálculo de la indemnización, pero no por ello desconoce o prohíbe los pagos con frecuencia distinta a la mensual, si no por el contrario, expresamente los prevé en los Arts. 122¹⁰⁶ y 128¹⁰⁷ LCT. La frecuencia mensual establecida en el Art. 245 LCT, opera como un **límite** al devengamiento del salario para el cálculo de la indemnización, pero en ningún caso constituye una **exclusión** de los pagos con una frecuencia temporal mayor o menor a la mensual. Si fuese una exclusión todos los trabajadores que perciben su remuneración en forma semanal o quincenal no tendrían derecho a indemnización alguna.

¹⁰⁴ **González Rossi, Alejandro**; “El requisito de mejor remuneración "mensual" en el art. 245 de la LCT. A propósito de dos posiciones encontradas”. (González Rossi)

¹⁰⁵ **CNAT, Sala II**, “P. M. E. c/Banco Itaú Argentina SA y otros s/despido” 11/04/2017

¹⁰⁶ **Art. 122. LEY 20744 —Épocas de pago.**

El sueldo anual complementario será abonado en dos (2) cuotas: la primera de ellas con vencimiento el 30 de junio y la segunda con vencimiento el 18 de diciembre de cada año. El importe a abonar en cada semestre será liquidado sobre el cálculo del cincuenta por ciento (50%) de la mayor remuneración mensual devengada por todo concepto dentro de los dos (2) semestres que culminan en los meses de junio y diciembre de cada año. A fin de determinar la segunda cuota del sueldo anual complementario, el empleador debe estimar el salario correspondiente al mes de diciembre. Si dicha estimación no coincidiera con el salario efectivamente devengado, se procederá a recalcular la segunda cuota del sueldo anual complementario. La diferencia, que resultare entre la cuota devengada y la cuota abonada el 18 de diciembre se integrará al salario del mes de diciembre.

¹⁰⁷ **Art. 128. LEY 20744 —Plazo.**

El pago se efectuará una vez vencido el período que corresponda, dentro de los siguientes plazos máximos: cuatro (4) días hábiles para la remuneración mensual o quincenal y tres (3) días hábiles para la semanal.

Ahora bien, ¿A qué me refiero cuando hablo de límite y no exclusión? Cuando digo que la frecuencia mensual es un límite y no una exclusión quiero decir que todo el salario, entendido en los términos del Convenio 95 OIT, se encuentra comprendido dentro de dicha indemnización, más allá que los pagos se difieran con una frecuencia mayor o menor a la mensual, porque lo que la norma contempla es el salario devengado y no el percibido, pero el límite que dicha norma establece a devengarse será el del plazo de un mes, por ello no nos interesará si un trabajador percibe su salario en forma quincenal o semanal, ya que para el cálculo de la indemnización contemplaremos lo devengado durante un mes (es decir 2 salarios percibidos en forma quincenal o 4 semanal); de igual forma, si el trabajador percibe un bono en forma trimestral, a los fines del cálculo de la indemnización el límite será lo devengado en un mes, es decir que si el bono es de \$9, a los fines del cálculo de la indemnización solo se podrá computar lo devengado en un mes, es decir \$3. En el caso del SAC, el devengamiento total es a los 12 meses, más allá que el pago se perciba en forma semestral, es decir que si por ejemplo un trabajador percibe como sueldo anual complementario total la suma de \$24, pagaderos \$12 al 30 de junio y \$12 al 18 de diciembre, a los fines del cómputo de la indemnización por antigüedad solo podremos tomar lo devengado en un mes, es decir \$2.

Es importante resaltar que el derecho a percibir el salario se va devengando día a día pero que en todos los casos el pago del salario se difiere en el tiempo, en algunos casos el pago se difiere en forma semanal, en otros quincenal, otros mensual y en otros semestral, como es el caso del SAC. "Es común confundir el devengamiento con el pago efectivo del salario. A partir de allí muchas veces se excluyen numerosos rubros que se devengan diariamente y como no se pagan mensualmente quedan excluidos de la base indemnizatoria"¹⁰⁸ A mi entender, este error conceptual se ha visto numerosas veces en la jurisprudencia, a modo de ejemplo cito lo dicho por la Sala IX de la CNAT: "Corresponde recalcular la indemnización por despido sobre la base de un nuevo haber mensual que reúne las cualidades de periodicidad, normalidad y habitualidad enunciadas en el art. 245 LCT, toda vez que el rubro gratificación trimestre no era abonado con la frecuencia temporal a la que remite el artículo citado"¹⁰⁹.

No obstante lo expresado debo decir que existe una gran discrepancia entre la jurisprudencia respecto de que si debe incluirse el sueldo anual complementario en la base indemnizatoria, ya que este rubro si bien es un salario que se devenga diariamente se termina abonando en forma semestral¹¹⁰.

¹⁰⁸ Etala Carlos Alberto, "Contrato de Trabajo", Editorial Astrea, 1999, págs. 580 y ss (Etala)

¹⁰⁹ **CNAT, Sala IX**, 11/6/2010, "Lerman, Sergio Marcelo c. Disco S.A.", AR/JUR/32269/2010. La Ley.

¹¹⁰En el ámbito provincial se ha señalado que "A los fines del cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT la mejor remuneración mensual, normal y habitual debe incluir el total de los ingresos de carácter remuneratorio cualquiera sea su modalidad, como así también el sueldo anual complementario en razón de tratarse de un salario diferido. Ley 20.744 art. 245 (t.o.)" (SCBA, L 38483 S 27-10-1987, Ojeda, Aparicio Delfino y otros c. Swift Armour Argentina S.A. s/ Diferencia indemnización por despido; SCBA, L 54646 S 14-3-1995, Ginobili, Carlos Alberto c. Casa Dellepiane S.A. s/ Antigüedad, etc. Publicaciones: DJBA 148, 217 - AyS 1995-I, 321 - LLBA 1995, 581).

En la ciudad de Buenos Aires, se resolvió esta dicotomía a través del fallo Plenario "Tulosai"¹¹¹ por el cual la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en este fallo plenario buscó unificar la jurisprudencia sobre este tema que divide a la doctrina y jurisprudencia laboral y también sobre la inclusión o no de los bonos abonados sin periodicidad mensual, con base en sistema de evaluación de desempeño y siempre que se haya descartado el fraude a la ley laboral.

Dicho Tribunal fijó la siguiente doctrina plenaria:

- 1) No corresponde incluir en la base salarial prevista en el párr. 1º del art. 245, LCT, 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 párr. 1º del art. 245, LCT.

Con relación al bono sin periodicidad mensual, la exclusión queda condicionada no sólo a que se descarte la configuración de un supuesto de fraude a la ley laboral, sino además a que se reconozca con base en un sistema de evaluación de desempeño del trabajador, así lo ha entendido entre otras la Sala IX.¹¹² En igual sentido se ha pronunciado la Sala VII de La Cámara Nacional del Trabajo, al manifestar que el plenario "Tulosai" impone descartar el supuesto de fraude, así como también que la bonificación abonada por el empleador sin periodicidad mensual lo sea sobre la base de un sistema de evaluación del desempeño del trabajador, para descartar su cómputo, a los fines del art. 245, LCT, por imperio de la distribución de la carga de la prueba, la empleadora debió acreditar la utilización de un sistema de evaluación del desempeño del trabajador, detallarlo y hacerlo saber.¹¹³

La Sala X ha expresado que "La sentencia que excluyó de la base de cálculo de la indemnización por despido la incidencia del "*bonus* anual" percibido por el trabajador debe ser confirmada, si se acreditó que dicho *bonus* se abonaba en base al desempeño individual, al cumplimiento de objetivos laborales y al comienzo del año posterior y por ello no se trata de una remuneración mensual fraudulentamente postergada a periodicidad anual".¹¹⁴

En igual sentido se ha expedido la Suprema Corte Justicia de Mendoza¹¹⁵, expresando que "no puede prosperar la pretensión del actor en el sentido de que para el cálculo de la base remuneratoria a tener en cuenta para la determinación de

¹¹¹ CNAT -en Pleno- S 5/6/2009 "Tulosai, Alberto P. c/Banco Central de la República Argentina s/Ley Nº 25.561 (Fallo Plenario N° 321)

¹¹² CNAT, sala IX, 26/2/2010, "Cobice, Oscar v. Danone Argentina SA".

¹¹³ CNAT, Sala VII, "Gagliardi, Andrea F. v. Axa Assistance Argentina SA" (29/12/2009)

¹¹⁴ CNAT., sala X, 4/11/2014, "Durán, Alejandro Oscar c. Cablevision S.A. s/despido", AR/JUR/79751/2014. La Ley.

¹¹⁵ Sup. Corte Just. Mendoza, Sala 2ª, causa 92.123, "Giménez Tomasa Neli en j° 19.083 'Giménez T. N. vs. Redepa S.A. p/Ord.' s/Inc. - Cas." sent. del 25-2-09. <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php> Obtenido el 06/10/2020.

la indemnización del art. 245 LCT se contemple la incidencia del SAC. Ello así, por cuanto si bien con el transcurso de cada jornada e incluso de cada minuto en que se mantiene vigente el vínculo laboral en un determinado semestre se va 'generando' SAC, su 'devengamiento' procede en las fechas que la ley lo prevé: 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 SAC 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. En consecuencia, dicho Sueldo Anual Complementario no es una remuneración de pago 'mensual', como lo exige el art. 245 LCT, como condición para su consideración en la base de cálculo de la indemnización por despido. Esto, no se modifica con la nueva redacción del art. 245 de la LCT, según la reforma introducida por la Ley 25.877, que sustituyó el término 'percibida' por 'devengada', pero aplicando el límite de que la misma revistiera el carácter de 'mensual y habitual'. Y precisamente el sueldo anual complementario carece de esas notas, en tanto aun cuando se lo devengue mensualmente, lo cierto es que no constituye una 'remuneración mensual, normal y habitual' en el sentido del artículo referido. Lo dispuesto en el art. 123 LCT no es óbice para lo sostenido, en tanto solamente pretende resguardar el derecho al pago proporcional en el caso del despido, sin que ello modifique el carácter de la prestación. Por lo tanto, en la base de cálculo de la indemnización por antigüedad no cabe computar la parte proporcional del S.A.C.”.

En cambio, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires tiene un criterio opuesto¹¹⁶.

Resultan sumamente enriquecedores los argumentos vertidos por la Dra. Ferreirós, en su voto por a favor de la inclusión del SAC y de los bonos, en el fallo plenario Tulosai. Dicho magistrado ha manifestado que su criterio no solo debe excluirse el fraude, sino también otros vicios como el dolo, el error, la violencia, etc. A su criterio el legislador al reformar la LCT, indicó a quienes consideraban que el SAC no debía ser incluido en base de cálculo de la indemnización por despido, 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.

Explica la Dra. Ferreirós que la LCT cuando 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". Para ella, el S.A.C. que reviste naturaleza salarial, más allá de que sea una obligación accesoria, debe considerarse devengado en cada unidad de tiempo

¹¹⁶ "Hellman, Raúl Alberto c. Rigolleau S.A. ", L.T., 1.983, XXXI-B, 931

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. Con relación a la inclusión de las bonificaciones o bonus en la misma base de la norma dicha profesional señala 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, 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. La Dra. Ferreirós sostuvo que 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.¹¹⁷

4.8. HABITUAL

La RAE¹¹⁸ lo define como un adjetivo. "Que se hace, padece o posee con continuación o por hábito." Para algunos doctrinarios habitual es sinónimo de periodicidad, son considerados habituales los rubros que se devengan a favor del trabajador en forma reiterada y persistente; están excluidos los rubros que se devengan excepcionalmente o por única vez.¹¹⁹

Lo que debe revestir el carácter habitual y normal, son los rubros que componen la remuneración, no sus montos.¹²⁰ Para estos autores, la "habitualidad" está dada por la reiteración en el pago del concepto remuneratorio, y que es normal y habitual cuando su percepción no depende de ningún evento¹²¹.

La condición de habitual, refiere al hecho de que debe ser de pago mensual o que se debe repetir en la mayoría de los meses de los doce (12) en donde se calcula la base.

La habitualidad indica repetición por una cantidad tal de períodos que pueda considerársela como tal. En rigor, la palabra habitual proviene de hábito (*habitus* en latín), con lo cual se alude a una conducta o proceder que se adquirió por repetición

¹¹⁷ CNAT -en Pleno- S 5/6/2009 Tulosai, Alberto P. c/Banco Central de la República Argentina s/Ley Nº 25.561 (Fallo Plenario N° 321)

¹¹⁸ <https://dle.rae.es/habitual>. Obtenido el 22/09/2020

¹¹⁹ Julio Armando Grisolia. "Tratado Del Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social". Tomo IV, pag. 3102.

¹²⁰ Ojeda Raúl H., "Ley De Contrato De Trabajo Comentada Y Concordada", Antonio Vázquez Vilard (Dir.), t. III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, pag. 500. (Ojeda, 2005)

¹²¹ Pirolo, Miguel A. "Legislación Usual Comentada. Derecho Laboral". La Ley, Tomo I, pag 545. (Pirolo)

de actos iguales o semejantes, o a prácticas en base al constante y reiterativo de un mismo acto o ejercicio¹²².

En síntesis, en el período de cómputo de doce (12) meses o en el menor tiempo trabajado, deberíamos considerar habitual a toda prestación que se abone en forma regular, o por lo menos la mitad más uno de los meses de cómputo, teniendo presente que lo habitual deberán ser los rubros que componen la remuneración, no sus montos.

4.9. NORMAL

La RAE tiene varias definiciones sobre el adjetivo normal, rescato las siguientes:

1. adj. Habitual u ordinario.
2. adj. Dicho de una cosa: Que, por su naturaleza, forma o magnitud, se ajusta a ciertas normas fijadas de antemano.

De la primera definición del adjetivo normal, puedo ver que es un sinónimo de habitual, por lo cual podríamos entender que el legislador al decir “normal y habitual” se refería a un sinónimo, es decir que se podría haber sustituido por la mejor remuneración mensual, ordinaria, devengada durante el último año o simplemente quitado el término normal.

De la segunda definición puedo observar que normal sería que se ajusta a ciertas normas, con lo que toda remuneración es normal, siempre que se ajuste a las normas establecidas tanto en el Convenio 95 OIT, como en la Ley 20.744. Me quedo con esta definición.

Por consiguiente, desde mi punto de vista y haciendo un análisis de la definición “NORMAL”, entiendo que la mejor remuneración mensual, habitual, durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor, se debe ajustar a lo normado tanto en la ley 20744, Convenios Colectivos de Trabajos, como así también en el Convenio 95 OIT.

No obstante mi punto de vista, sostiene la doctrina que cuando el legislador utilizó el adjetivo normal, lo hizo refiriéndose al monto del rubro. Dentro de los rubros devengados habitualmente se deberían excluir aquellos cuya cuantía resulte anormal.

Para estos autores, *anormal* es cuando se da solo en un determinado mes y no se repite regularmente¹²³, pero esta tesitura resulta imposible en la práctica, nunca una remuneración se repite exactamente en forma regular. Siguiendo estos

¹²² De Diego, Julián A., “Tratado del Derecho del Trabajo” Tomo IV, 1° ed.- Buenos Aires: La Ley, 2012

¹²³ Grisolia, Julio Armando. “Tratado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social” Tomo IV, pag. 3102

lineamientos un trabajador debe realizar siempre la misma cantidad de horas extras para que sea considerada normal. No comparto.

Además, la jurisprudencia ha resuelto que, si el trabajador percibía normal y habitualmente comisiones, éstas deben ser consideradas para calcular la indemnización por antigüedad, debiéndose considerarse para el cálculo el mes en que el salario resultó más elevado.

“Debe tomarse en cuenta el mes en que las comisiones han sido mayores, sin considerar si dicho monto ha sido o no extraordinario en relación con el promedio de los restantes meses. Ello es así, dado que los adjetivos *normal* y *habitual* no se refieren al monto de las remuneraciones, sino al concepto o circunstancias concretas que determinaron su adquisición”¹²⁴

Sostienen que la "normalidad" se diferencia de la habitualidad porque mientras este último es un concepto que hace a la temporalidad del pago la normalidad responde a una idea de exorbitancia, monto o "quantum" del salario. En ese sentido quedarían excluidos los montos "no habituales", los montos salariales exorbitantes que percibe excepcionalmente el trabajador y no son cuantitativamente habituales.¹²⁵

En conclusión, sostengo que o bien el legislador utilizó los adjetivos normal y habitual como sinónimos, debiéndose entonces equiparar ambos adjetivos, o si no fue así, el adjetivo normal, como su definición lo dice significa que la remuneración debe adecuarse a la norma, pero no puede equiparse el adjetivo normal a los montos salariales. Quienes consideran que los adjetivos habitual y normal son sinónimos, sostiene que lo habitual y normal deben ser los rubros y no los montos.¹²⁶, en mi caso si bien no sostengo que ambos adjetivos hayan sido utilizados como sinónimos, la conclusión sigue siendo la misma, no debe equiparse el adjetivo normal a los montos salariales.

4.10. MEJOR

Habiéndose obtenido las remuneraciones mensuales, normales y habituales, devengadas durante el último año, corresponde considerar la de mayor cuantía dineraria. Nunca podrá tomarse promedio de salario alguno, aun cuando el trabajador perciba salarios variables, ya que la norma es muy clara al respecto.

Por su parte el fallo plenario N° 298 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo estableció que para el cálculo de las indemnizaciones por despido no deben

¹²⁴ CNAT, Sala IV, 31/8/2010, "Jelinskas, Pablo Daniel v. Primera Red Interactiva de Medios Argentinos Prima SA".

¹²⁵ Ramos, Santiago José, "La base salarial del artículo 245 de la LCT según la reciente jurisprudencia en la materia" www.infojus.gov.ar, Id SAI: DAF140429. 16 de julio de 2014. (Ramos, La base salarial del artículo 245 de la LCT según la reciente jurisprudencia en la materia)

¹²⁶ Ojeda Raúl H., "Ley De Contrato De Trabajo Comentada Y Concordada", Antonio Vázquez Vilard (Dir.), t. III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, pag. 500.

ser promediadas las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales: se debe tomar en cuenta la mejor¹²⁷.

Se ha sostenido, que cuando el trabajador es remunerado a comisión, a los fines del cálculo de la indemnización del Art. 245 LCT, corresponde tomar el mes en que dichas comisiones han sido mayores, sin considerar si dicho monto ha sido extraordinario en relación al promedio de los restantes meses.¹²⁸

El alcance de las expresiones "la mejor remuneración mensual normal y habitual devengada", en síntesis, implica: que cada una de estas palabras que integran una definición de condiciones acumulativas, esto es, que se deben dar todas las condiciones impuestas por el legislador para encontrar el monto apropiado para que constituya la base de la indemnización tarifada¹²⁹.

4.11. EXISTENCIA DE TOPES

El Art. 245 LCT, establece un sistema de topes mínimos y máximos para aplicar al cálculo de la indemnización por antigüedad.

El tope mínimo, o mejor denominado piso, está previsto en el último párrafo del mencionado artículo, en donde establece un piso indemnizatorio de un mes de sueldo, calculado sobre la base de la mejor remuneración mensual, normal y habitual sin tope. Expresamente la norma dice "El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a UN (1) mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo". En la redacción previa a la reforma introducida por la Ley 25.877 se fijaba en dos veces ese valor, lo que la Ley de Ordenamiento Laboral bajó a una vez de esa base, en lo que implicó un temperamento moderado entre las dos normas que se estaban afectando (Art. 245 LCT y la derogación del Art. 7 de la Ley 25.013).

Por su parte el tope máximo se encuentra establecido en el segundo y tercer párrafo del Art. 245 LCT. Expresamente la norma dice: "Dicha base no podrá exceder el equivalente de TRES (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo". El tercer párrafo de la norma dice: "Para aquellos trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo

¹²⁷ CNAT, Fallo Plenario N° 298 "Brandi, Roberto A. v. Lotería Nacional SE" 5/10/2000,

¹²⁸ CNAT, Sala III, noviembre 25-994. - Delacroix, María Cristina Susana c/ Blumes S.R.L.: S, 68.521. Manual de jurisprudencia La Ley, Ley de Contrato de Trabajo, 4° Edición, Ed. La Ley, Bs. As., 2002, Pág. 681

¹²⁹ De Diego, Julián A., "Tratado del Derecho del Trabajo" Tomo IV, 1° ed.- Buenos Aires: La Ley, 2012

el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno”.

Importa aclarar que si el Ministerio De Trabajo, Empleo Y Seguridad Social omitiera fijar y publicar el tope, el crédito indemnizatorio debe ser calculado con las restantes pautas de la ley, pues no resulta pertinente la fijación de límites por parte de otra entidad que no sea el poder estatal erigido en autoridad de aplicación¹³⁰

Este tope actúa como techo máximo de la base tarifaria, siendo un límite a la indemnización por el despido sin justa causa dispuesto unilateralmente por el empleador. Se aplica sobre la base de cálculo, no sobre la indemnización, la que se ve afectada indirectamente por influjo de la limitación de uno de sus factores¹³¹

Esta limitación no puede ser considerada un elemento distorsivo del régimen resarcitorio, ya que como he manifestado al inicio, nuestra Carta Magna nada expresa respecto de la manera en que la protección al despido arbitrario debe materializarse, dejando, en consecuencia, en manos del legislador dicha tarea. Así lo ha entendido la CSJN a lo largo del tiempo: Vemos en los casos "Ulman"¹³² y "Paluri"¹³³, como la Corte ratificó la potestad del Congreso, sosteniendo que es obligación del Estado en cuanto al ejercicio de su función legislativa establecer cuál es la medida de la protección contra el despido arbitrario, disponiendo los parámetros jurídicos aplicables a la indemnización por ruptura del contrato laboral, quedando la fijación de dichas pautas fuera de la potestad de la función judicial del Estado.

Dicha posición fue reiterada en el fallo "Grosso"¹³⁴, en donde es preciso destacar que además se agregó que no necesariamente el parámetro del resarcimiento por despido incausado debía guardar proporción con el salario. En ese caso en particular, el propio procurador de la Corte señaló que, aunque la indemnización tan sólo alcanzaba a un cuarto de lo que hubiera correspondido de no mediar la aplicación de tope, dicho monto no podía considerarse "irrazonable".

Finalmente y actualmente, con el fallo "Vizzoti"¹³⁵ por un lado la Corte ha ratificado la validez constitucional de un régimen tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa y por el otro no desconoce la existencia del tope, el cual lo considera en principio constitucional, siendo inconstitucional únicamente cuando del cálculo de la remuneración, la reducción resulte "confiscatoria". En conclusión, los topes

¹³⁰ CNAT, dictamen 17.133 del 21/2/95 "Cervantes, Telmo c/ Río Luján Navegación S.A.", citado en autos CNAT, Sala X, junio 27-000. - De Sousa, Gustavo c/ Flehmer Films S.A. s/ despido": BJC NAT, 221-2000

¹³¹ CNAT., Sala VII, 1995/12/15. - Pino, Mario E. c. Chapaleo S. A.. - DJ, 1996-2-789 - DT, 1996-B, 1482

¹³² CSJN, "Ulman, Miguel A. c/ V.A.S.A". 1984 Fallos: 306:1311

¹³³ CSJN "Paluri, Heino c/ Establecimientos Metalúrgicos Santa Rosa S.A". 1984. Fallos: 306:1964

¹³⁴ Grosso, Bartola c/ San Sebastián S.A.", La Ley, 1991-B, 221

¹³⁵ CSJN, "Vizzoti, Carlos c/ AMSA S.A. s/ Despido" 14 de Septiembre de 2004, Nro. Interno: V.967XXXVIII

establecidos por el Art. 245 LCT son constitucionales, lo que es inconstitucional es si la reducción que genera ese tope en el caso concreto resulta "confiscatoria".

La Corte ha establecido en el fallo Vizzoti que no puede válidamente aceptarse que la relación entre la mejor remuneración normal y habitual y el tope indemnizatorio provoque una disminución de la pauta inicial de tal magnitud que resulte confiscatoria y que dicha reducción se traslade aritméticamente a la reparación pretendida.

La Corte ha sentado, en dicho precedente que "no resulta razonable, justo ni equitativo que la base salarial prevista en el primer párrafo del Art. 245 LCT, pueda verse reducida en más de un 33%, por imperio de su párrafos segundo y tercero. Esta pauta, recuerda conocida jurisprudencia del Tribunal, relativa a que la confiscatoriedad se produce cuando la presión fiscal excede el señalado porcentaje ...Permitir que el importe del salario devengado regularmente por el trabajador resulte disminuido en más de un tercio, a los fines de determinar la indemnización por despido sin justa causa, significaría consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable enunciado en el citado art. 14 bis, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes, y que éstas asegurarán al trabajador protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor..."¹³⁶.

Por consiguiente, es admisible que el legislador reduzca las indemnizaciones al aplicar un tope salarial, pero no es posible aceptar que esa reducción supere el 33%, dado que resultaría confiscatoria.

Así, en los casos en que el tope previsto en el respectivo CCT supere el máximo nivel de confiscación tolerable, corresponderá declarar su inconstitucionalidad y, consecuentemente, aplicar la limitación a la base salarial prevista en los párrafos 2º y 3º del citado art. 245, LCT, sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable¹³⁷

5. Conclusión

De lo expresado en estas líneas podemos ver la importancia que tiene entender la correcta base del cálculo de la Indemnización por antigüedad. Considero que desde el Art. 245 LCT se puede analizar prácticamente toda la ley 20.744.

Debo aclarar que lo manifestado en esta tesis parte de la lógica que entiendo tuvo el legislador al redactar dicha ley.

¹³⁶ CSJN, "Vizzoti, Carlos c/ AMSA S.A. s/ Despido" 14 de Septiembre de 2004, Nro. Interno: V.967XXXVIII

¹³⁷ Criterio que ha sido adoptado por las diez Salas que integran la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo; entre otras, sala I, 26/10/2004, sent. def. nro. 82.077, "Severino, Nilda c. Smurfit SA s/Despido"; sala II, 31/5/2006, "Gómez Crespo, Daniel J. c. San Sebastián SA y otros"; sala IV, "Rodríguez, Matías D. A. c. Taraborelli Automobile SA s/Despido", sent. def. nro. 96.871 del 28/12/2012; sala VII, 28/2/2013, "Battistoni, Leonardo c. Telecom Personal SA s/Despido".

Entiendo que todo cálculo sobre la base de la indemnización prevista en el Art. 245 LCT, deberá hacerse desde la premisa que tuvo el legislador al sancionar la ley y esta es que entre el trabajador y el empleador no hay una relación de paridad.

La lógica dice que los contratos laborales no son contratos paritarios. Las partes no se encuentran en igualdad de condiciones. Es el trabajador el sujeto débil de la relación contractual y la forma de equiparar esa desigualdad es a través de la Ley de Contratos de Trabajo, que es una ley que desde su espíritu favorece al trabajador, con el fin de lograr la paridad.

Entonces, si consideramos que todas las normas que contiene la ley 20744 deben ser consideradas en favor de la parte débil de la relación laboral, y esa no es otra que el trabajador, los presupuestos para el cómputo de la base del cálculo de la indemnización del Art. 245 LCT, deberán ser considerados con esa lógica.

Con esta situación no quiero decir que en la realidad siempre el trabajador sea la parte débil, seguramente hay muchos casos que no, muchos casos en que ambas partes se encuentren en situación de paridad, pero lo cierto es que la ley a esos supuestos no los previó.

Desde esa lógica, es que redacté estas líneas, intentando dejar al menos una contribución a tan controversial tema.