

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los cinco días del mes de octubre de 2000, siendo las diez horas; reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal bajo la Presidencia de su Titular doctor Juan Carlos Fernández Madrid, los señores Jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, doctores Antonio Vázquez Vialard, Julio Vilela, Jorge del Valle Puppó, Jorge Guillermo Bermúdez, María Laura Rodríguez, Graciela Aída González, Ricardo Alberto Guibourg, Elsa Porta, Roberto Omar Eiras, Bernardo Joaquín Argentino Lasarte, Julio César Moroni, Diana María Guthmann, José Emilio Morell, Roberto Jorge Lescano, Rodolfo Ernesto Capón Filas, Horacio Héctor de la Fuente, Luis Raúl Boutigue, Juan Andrés Ruiz Díaz, Horacio Vicente Billoch, Juan Carlos Eugenio Morando, Alvaro Edmundo Balestrini, Alcira Paula Isabel Pasini, Héctor Jorge Scotti, Julio César Simón y Gregorio Corach; y con la asistencia del señor Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo doctor Eduardo O. Alvarez, a fin de considerar el expediente N° 48.098/95 - Sala VIII, caratulado "**BRANDI, Roberto Antonio c/ Lotería Nacional S.E. s/ despido**", convocado a acuerdo plenario en virtud de lo dispuesto por el art. 288 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, para unificar jurisprudencia sobre la siguiente cuestión: "Para el "cálculo de la indemnización por despido, ¿deben ser promediadas "las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales (art. "245 L.C.T.)?".-----

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

El artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, al describir la fórmula de la indemnización por antigüedad, establece que su monto será el resultado de multiplicar un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, "...tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual...".-----

-----Ahora bien, el interrogante que nos convoca se refiere al supuesto singular de aquéllos trabajadores que perciben, con habitualidad, remuneraciones mensuales variables y lo que se trata de

elucidar es si corresponde o no efectuar un promedio para calcular la indemnización respectiva o si se debe partir, lisa y llanamente, de "la mejor" retribución, entendida como la de mayor cuantía.-----

-----No es la primera vez que me pronuncio sobre la cuestión que nos reúne y, como lo he sostenido en un caso idéntico al presente y referido a la misma demandada, considero que se impone, con claridad, una respuesta negativa (ver Dictamen nro. 25.012, del 26 de mayo de 1998, en autos "Orlandi, Rodolfo Víctor c/ Lotería Nacional S.E. s/ despido", que la Sala IV hiciera suyo en la sentencia definitiva nro. 81.367 del 28/5/98).-----

--La norma citada, al aludir a la "mejor remuneración", parte de la premisa misma de la variabilidad, porque es obvio que nadie puede llevar a cabo un juicio que implique afirmar que una cifra es "mejor" si todas son idénticas.-----

-En consecuencia, la alusión a la normalidad y a la habitualidad debe entenderse dirigida a prescindir del cómputo de aquellas remuneraciones que, más allá de las posibles subas y bajas, devienen excepcionales o extraordinarias y esta ha sido la tesis de la doctrina y de la jurisprudencia mayoritaria al interpretar el ya mencionado artículo 245 de la L.C.T. (ver Justo López en "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", tomo II, págs. 1.238 y sgtes.; Juan Carlos Fernández Madrid en "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Tomo II, pág. 1.736; Enrique Herrera en "Tratado de Derecho del Trabajo", dirigido por Antonio Vázquez Vialard, tomo V, págs. 276 y sgtes., Carlos Alberto Etala en "Contrato de Trabajo", pág. 578; y, entre otros, Sala IV, sentencia del 31/3/88, en autos "Garigliano, Marcelo C. c/ Saenz Briones y Cía."; íd. Sala V, sentencia del 23/2/88, en autos "Benedetto, Ernesto Constantino c/ E.N.Tel."; etc.). Desde esta perspectiva de análisis, para fijar el monto de la indemnización por antigüedad, correspondería partir de la cifra más elevada percibida durante el último año o durante el plazo de prestación de servicios, si fuese menor.-----En aras de optar por la base de cómputo de una tarifa, relacionada a los ingresos del dependiente, la imaginación del legislador pudo elegir "la mayor", "un promedio" o, incluso, "la menor", en el marco de un viento regresivo. Pero lo cierto es que escogió como pauta "la mejor". No encuentro ninguna razón que justifique "promediar" y una respuesta afirmativa al interrogatorio implicaría una inexplicable modificación

de la ley por parte del organismo jurisdiccional, violatoria del más elemental principio de división de poderes y peyorativa para los trabajadores.-----Señalo, con el riesgo de ser reiterativo, que el adjetivo "mejor" conlleva el cotejo de lo diferente y se neutralizaría la norma si se partiera de la premisa del promedio de lo disímil.-----En síntesis, no existe motivo para soslayar lo dispuesto por el artículo 245 de la L.C.T. en su literalidad más llana y sólo cabría prescindir de las cifras mensuales más elevadas cuando su monto se origina en algún concepto retributivo extraordinario o poco habitual.--Propongo, como lo adelantara, que se responda con una negativa a la pregunta inicial.-----

Por la **NEGATIVA** en **MAYORIA**, votas los doctores: GUIBOURG, LASARTE, MORANDO, FERNANDEZ MADRID, BOUTIGUE, CAPON FILAS, SCOTTI, SIMON, PASINI, EIRAS, PORTA, BALESTRINI, BERMUDEZ, LESCANO, MORONI, DE LA FUENTE, RUIZ DIAZ, RODRIGUEZ, GONZALEZ, MORELL, GUTHMANN y CORACH.-----

EL DOCTOR GUIBOURG, dijo:-----

El artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo dispone que, al calcular la indemnización por antigüedad, se tome como base "la mejor remuneración mensual, normal y habitual, percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor". A partir de este texto, el tema de este plenario pregunta si las retribuciones variables se encuentran alcanzadas por la regla de "la mejor remuneración" o si, por el contrario, debieran promediarse para integrar la base de cálculo.-----

Adelanto en el tema mi respuesta negativa, pero considero conveniente hacer referencia a la evolución histórica del problema, porque, a mi juicio, éste no se ha habría planteado, ni la norma sería la que es, ni este plenario habría tenido oportunidad de convocarse, si el país no hubiese sufrido largos períodos inflacionarios, matizados por agudos picos de depreciación monetaria, o si las reacciones legislativas frente a tal fenómeno hubieran sido algo menos espasmódicas.-----

-----El artículo 157 del Código

de Comercio, en el texto introducido por la recordada ley 11.729 y modificado por otras posteriores (entre las que se cuentan la 18.523, la 18.913 y la 19.054), establecía explícitamente un promedio: "tomándose como base de retribución el promedio de los últimos tres años o de todo el tiempo del servicio cuando sea inferior a aquel plazo". Y agregaba: "Para fijar el promedio se computarán, como formando parte de los sueldos y salarios, las comisiones u otra remuneración y todo pago hecho en especie, en provisión de alimentos o en uso de habitación".-----La inflación convirtió este promedio en una fuente de perjuicios para los trabajadores, ya que a lo largo de tres años el salario nominal se multiplicaba en proporción aproximadamente semejante a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y, practicado el cálculo, la suma promediada resultaba muy inferior al valor real del salario. Es más, todos los rubros del salario se volvían variables, no ya por su sujeción a factores aleatorios (como las comisiones), sino por hallarse afectados por una desigual carrera contra la depreciación monetaria.--Mientras las causas de inflación no fueran atacadas, la manera razonable de evitar sus efectos sobre los derechos del trabajador era la indexación; si no de los salarios, por lo menos de los créditos exigibles o -en el caso- de los pagos pretéritos para su inclusión homogénea en el cálculo de un promedio. Pero el concepto de la actualización monetaria sólo se incorporó a la vida económica nacional -por la vía del derecho del trabajo- con la ley 20.695, sancionada cuando se hallaba en sus postrimerías el tratamiento legislativo de la ley 20.744 e incorporada a ésta en la última etapa como artículo 301 (más tarde 276).-----

-----Lo dicho implica que la idea de indexación sólo fue introducida en ese punto, pero no sirvió como pauta para adaptar otras cláusulas de la misma ley. Si el legislador la hubiera tomado en cuenta, le habría bastado exigir que las retribuciones tomadas para integrar el cálculo del promedio fuesen indexadas al momento de la disolución del vínculo para dejar el problema correctamente zanjado. De ese modo, no sólo se habría dado cuenta adecuada de las remuneraciones variables por su naturaleza: además, se habrían suavizado los bruscos vaivenes impresos al salario real por una inflación paulatina y constante y aumentos de sueldo nominales esporádicos. Como la indexación no entraba en los planes legislativos, la ley 20.744 intentó un remedio más burdo, pero eficaz a

su manera: estableció que debía tomarse en cuenta la "mejor remuneración mensual, normal y habitual", que en épocas de alta inflación sería, con toda probabilidad, la última devengada.-----
-----Ese marco legal atrevesó un período de cultura económica indexatoria que duró ente 1974 y 1991. Tras nueve años de paridad cambiaria inalterada (bajo cuyo manto hubo notables variaciones en precios y en salarios), podría justificarse que el legislador volviese a la institución del promedio, al menos para los rubros específicamente variables de la remuneración. Pero la norma legal no ha sido modificada, por lo que sólo cabe aplicarla interpretando lealmente sus cláusulas.-----La remuneración mensual es la que se percibe mensualmente o en períodos menores; la remuneración normal y habitual es la que está compuesta por rubros que, aunque no se devengue cada uno de ellos constantemente, sí integren el salario en una notable proporción de los períodos. Ninguna de esas calificaciones, estimo, remite a la cuantía económica variable del salario total o de cualquiera de sus rubros: por el contrario, la misma idea comparativa contenida en el adjetivo "mejor" indica una relación de desigualdad cuantitativa que ha de resolverse prefiriendo la remuneración más elevada.-----Voto, en consecuencia, por la negativa.-----

EL DOCTOR LASARTE, dijo:-----

El llamado Principio Protectorio, que se confunde con el fin mismo de nuestro Derecho, al contener la regla del in dubio pro operario ordena al intérprete a que, en caso de duda (destaco) sobre el alcance de un término dentro de una sola norma, aplique el más favorable al trabajador. Esta duda debe ser real, debe existir realmente en el texto pues, de lo contrario, y a socaire de una "interpretación" los intérpretes, en el caso los jueces, se convierten en pretores, violando el principio republicano de la división de poderes. Formulo estas reflexiones que más parecen una lección elemental para alumnos recién iniciados, porque el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo no admite otra interpretación que la que surge de su claro texto "la mejor remuneración mensual, normal y habitual". Luego, si los rubros que integran al mejor sueldo mensual reúnen tales atributos -normales y habituales- no hay duda alguna posible: debe tomarse como módulo de cálculo ese sueldo. Cuando el legislador, por motivos

harto comprensibles, ha querido establecer -en otros institutos- un diferente criterio lo ha hecho de modo también claro adoptando otro sistema. Tal el caso del artículo 208 de la ley para liquidar los salarios del trabajador enfermo o el 155 inciso c) para determinar el jornal diario para el cálculo de la licencia anual ordinaria.-----

-----Por cierto que nada agrego en este voto al enjundioso y exhaustivo dictamen del Sr. Fiscal General sobre el tema que nos convoca, pero la mención que formula el precedente "Orlandi" de esta Sala me decidió a expedirme. Deberá darse una respuesta negativa al temario que nos convoca.-----

EL DOCTOR MORANDO, dijo:-----

I.- Tal como lo expliqué al votar en esta causa, en mi opinión el art. 245 L.C.T., al apartarse del sistema de promedios de los antecedentes legislativos -e incluso, del texto del art. 266 del proyecto del Poder Ejecutivo- para la determinación de la base de cálculo de la indemnización por despido, no consiente la introducción de aquél para el caso de las remuneraciones que, siendo normales y habituales y de frecuencia no superior a la mensual, se expresan en montos variables durante la serie anual a la que se limita la comparación. La circunstancia de que la Sala que tengo el honor de integrar se encuentre funcionando, de hecho, desde hace largo tiempo, con sólo dos jueces, obliga, en los casos de disidencia, a recurrir al voto dirimente del Dr. Vilela, distinguido magistrado que, convocado al efecto, adhirió al criterio sustentado por el Dr. Billoch, favorable a la admisión del régimen de promedios para dichas retribuciones. En homenaje a los fines prácticos del proceso, con vistas a la economía procesal, adherí desde entonces a la tesis mayoritaria, compromiso del que me releva la presente convocatoria. II.- Repito lo dicho entonces: las remisiones a la habitualidad y a la normalidad del art. 245 L.C.T. poseen una virtualidad excluyente de especies remuneratorias excepcionales, no de las que constituyen la estructura remuneratoria vigente en la empresa. En el caso concreto, las bonificaciones variables participan de las notas de habitualidad y normalidad, ya que no se ha demostrado su excepcionalidad de su prestación en el análisis de la serie anual que constituye el marco de la comparación. No se debe confundir los conceptos de normalidad y habitualidad con el de

variabilidad. El sistema del art. 245 L.C.T. reconoce como presupuesto la variabilidad. Si la intención del legislador hubiera sido que sólo las partidas salariales normales, habituales e invariables constituyeran la base, hubiera escogido la remuneración fija del trabajador. Al escoger la mejor de la serie anual, partió de la realidad de que los trabajadores no suelen percibir, mes por mes -agrego: en concepto de pago de rubros remuneratorios normales y habituales-, sumas idénticas. Esta particularidad de la Ley de Contrato de Trabajo ha sido claramente expuesta por el Señor Fiscal General: "El adjetivo 'mejor' conlleva el cotejo de lo diferente, y se neutralizaría la norma si se partiera de la premisa del promedio de lo disímil".-----
-Voto por la negativa.-----
--

EL DOCTOR FERNANDEZ MADRID, dijo:-----

El temario sometido a consideración está referido a si en el caso particular de trabajadores que perciben remuneraciones mensuales variables con habitualidad, corresponde o no promediar las mismas para calcular la indemnización prevista por el art. 245 L.C.T. o si, como sostiene el señor Fiscal General ante la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, se debe partir lisa y llanamente de la "mejor" retribución, entendida ésta como la de mayor cuantía.---
En este sentido, cabe poner de resalto los términos del propio artículo 245, L.C.T. conforme a los cuales se tomará como base para el cálculo de la indemnización por antigüedad o despido la "mejor remuneración mensual, normal y habitual, percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor".-----
-Desde esta perspectiva, me pronuncio por la negativa puesto que en mi opinión la remuneración a ser tomada para el cálculo en cuestión debe ser la mejor, con la condición de que a la vez sea normal y habitual. Cuando el salario se compone de elementos fijos y variables, antes de adicionar éstos a los primeros debe resolverse si han sido normales y habituales. Si así fuesen, sus montos se adicionan período por período a los fijos: el resultado más importante económicamente es el mejor en los términos de la normativa analizada a excepción de aquellos casos en los que se diera un mes de ganancias exorbitantes, supuestos en los cuales considero que se las debería excluir de la base de cálculo.-----

EL DOCTOR BOUTIGUE, dijo:-----

-I. El señor Fiscal General ha enunciado con suma claridad los datos del tema a decidir, lo que me exime de repetirlo aquí.-----

Comparto plenamente su conclusión en el sentido de que la norma del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, aún con las reformas dispuestas por la ley 24.013 (art. 153) es más que clara al disponer que debe computarse, como base remuneratoria mensual para determinar el monto de la indemnización por despido, aquella que sea "mejor" (esto es, de mayor cuantía), además de "normal" y "habitual".-----

Ninguna parte de su texto contradice esta pauta de modo que pueda inferirse que haya querido el legislador remitir a un promedio de remuneraciones mensuales, cuando fuesen variables. Lo ha hecho, sin ninguna duda, para otros institutos propios del contrato de trabajo, tales como el de la determinación del salario por goce de vacaciones (art. 155 inc. c), de la L.C.T.), o por licencia motivada en enfermedad o accidente (art. 208, ib.).-----

--Más aún: el haber previsto en particular tales situaciones al disponer que se obtenga un promedio de remuneraciones variables, para cada una de ellas, refuerza la certeza de que no ha de ser así para determinar el monto del salario base de la indemnización por despido.-

-----II. A mayor abundamiento, y aunque en este tema -por lo que acabo de apuntar- el texto legal no se exhibe dudoso, no es ocioso recordar que, ante la duda hay que estar a la interpretación más favorable al trabajador, tal como está dispuesto en el art. 9º, 2a. parte, de la misma Ley de Contrato de Trabajo. Así lo vengo sosteniendo al votar en anteriores pronunciamientos plenarios de esta Cámara (Plenario N° 265, en "Medina, Santiago c/ Flamingo S.A. y ot.", 27.XII.88; Plenario N° 280, en "Kaufman, José L. c/ Frigorífico y Matadero Argentino S.A.", 12.VIII.92; Plenario N° 286, en "Vieyra, Iris c/ Fiplasto S.A.", 13.VIII.96; Plenario N° 289, en "Baglieri, Osvaldo D. c/ Nemecc, Francisco y cía. S.R.L. y otro", del 8.VIII.97; "Plenario N° 290, en "Gómez, Eugenio O. c/ Compañía Argentina de Estibajes S.A.", del 28/VIII/97, entre otros), criterio que juzgo inexcusable seguir. Es un imperativo legal.-----Por cuanto dejo expuesto, y por compartir también los claros términos del

dictamen del señor Fiscal General, voto por la negativa al interrogante planteado-----

EL DOCTOR CAPON FILAS, dijo:-----

1.- Reiterando lo afirmado hace 20 años (cr. Derecho Laboral, Tomo II, pág. 414; Platense, La Plata, 1980), cabe señalar que R.C.T., mientras refiere a las remuneraciones variables ordenando promediarlas en caso de vacaciones y licencias por enfermedad, silencia el tema en materia de indemnización por despido.-----

Ante este diferente tratamiento, una elemental lógica indica que en tal supuesto las remuneraciones variables *no deben promediarse* ya que nadie está obligado a hacer lo que la ley no le ordena (C. N. art. 19), mucho menos el juez laboral quien debe cumplir la directiva constitucional de proteger el Mundo del Trabajo.-----

2.- En el caso de remuneraciones fijas se trata de describir la percibida en cada uno de los períodos y describir la más importante que, en el caso, será la mejor dentro de las normales y habituales. Cuando el salario se compone de elementos fijos y elementos variables, antes de adicionar éstos a los primeros se debe resolver si han sido normales y habituales. Si así fueron, sus montos se adicionan período por período a los fijos: el resultado más importante económicamente es el mejor. Se tiene así la remuneración mejor, normal y habitual.-----

Los elementos variables no se promedian ya que ninguna norma así lo exige, máxime considerando que el objetivo del cálculo es mirar *para atrás*, mientras en el pre/aviso, vacaciones no gozadas, salarios durante la licencia por enfermedad, el objetivo es mirar *para adelante*.-----

-----No puede menoscabarse que el calificativo "mejor" supone diferencias económicas entre las remuneraciones, con lo cual la dis/paridad, aunque sea manifiesta, se inscribe dentro del sistema en que la norma está vigente.-----

3.- No existe ana/logía alguna entre la indemnización por despido, que cierra el ciclo laboral, y las sumas que deben percibirse durante el mismo ya sea el pre/aviso, las vacaciones o entre la indemnización por despido y las remuneraciones durante la licencia por enfermedad, porque entre ambas variables (duración del ciclo, fin del mismo) no existe ningún término común que funcione como ana/logado principal. En vez de mirar para adelante, como en el tema del preaviso, de las vacaciones

no gozadas o del salario por enfermedad, el régimen indemnizatorio del despido mira *para atrás* ordenando al decisor descubrir la mejor remuneración (la más importante económicamente) dentro de la normal y habitual percibida durante el último año anterior a la extinción o el tiempo de servicios si fuese menor (R.C.T. art. 254).----

4. Por ello la respuesta a la pregunta emitida en este Plenario es negativa.-----

--

EL DOCTOR SCOTTI, dijo:-----

-El Tribunal ha sido convocado para determinar si para el cálculo de la indemnización por despido prevista en el art. 245 L.C.T., las remuneraciones variables -mensuales y habituales- deben ser promediadas, interrogante que, a mi juicio, sólo merece una respuesta negativa.-----

--En efecto, tal como reiteradamente lo ha resuelto la Sala X que integro, si se trata de un concepto normal y habitualmente percibido, si el art. 245 L.C.T. exige que se escoja la "mejor" remuneración, parece obvio que no corresponde efectuar promedio alguno sino, lisa y llanamente, escoger aquel mes en que se devengó la retribución más beneficiosa (ver, entre muchos otros, S.D. 3.302 del 26-2-98 "Spinassi, Jorge O. c/ Anticipar AFJP", S.D. 5.128 del 30-10-98 "Secreto, Luis A. c/ Fe. Me. S.A. s/ despido" y S.D. 7.499 del 30-11-99 "Palacio, Ramón F. y otro c/ Fe. Me. S.A. s/ despido").-----

-----En algunos de esos precedentes recordé también que como lo ha dicho la Suprema Corte de la Pcia. de Buenos Aires ante planteos análogos, no puede admitirse una interpretación del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo que sustituya la expresión "mejor remuneración" por "remuneración promedio" y menos aún de los últimos "seis meses trabajados"; sin que resulte un obstáculo para ello la circunstancia que el trabajador perciba retribuciones variables, ya que por el contrario, es en ese caso cuando dicha disposición normativa adquiere mayor significación (SCBA causa L. 54.646 del 14-3-95 "Ginobili, Carlos Alberto c/ Casa Dellepiane S.A. s/ antigüedad, etc."; causa L. 57.600 del 18-11-97 "Reyes, Angel Roberto c/ Stagnaro, Juan Bautista R. s/ despido" citadas en la S.D. 6.824 del 17-8-99 in re "Casas, Anastasio M. c/ D.G.I. Dirección

General Impositiva s/ despido").-----En esa misma línea de pensamiento se inscribe la propuesta del señor Fiscal General (con la cual, obviamente, coincido plenamente) en cuanto a que el adjetivo "mejor" implica la comparación de lo diferente y se modificaría la norma si se partiera de la premisa de promediar lo que es disímil.-----

-----En este orden de ideas, parece claro que si el legislador (el citado art. 245 L.C.T.) estableció como pautas la "mejor" remuneración, lo hizo otorgándole particular atención a los casos en que el trabajador perciba retribuciones variables, único supuesto en el cual podrían existir meses con ingresos diferenciados y justificar así la utilización de algún módulo preciso a considerar. Es que de otro modo, no se comprendería cuál podría ser la inteligencia de la norma dado que si no se utiliza la "mejor" en el caso de remuneraciones variables, no se advierte en que caso puede acudir a esa pauta, dado que si los salarios son siempre "fijos" nunca se va a configurar uno superior al otro o a los otros.-----

-----No quisiera finalizar mi ponencia sin destacar la existencia de algunos casos en que si deba efectuarse alguna suerte de promedio, como por ejemplo, cuando se trata de la incidencia del sueldo anual complementario (la Sala que integro tiene formado criterio en el sentido de que este rubro debe computarse a los efectos de la reparación por despido, aspecto sobre el cual no me extenderé por resultar ajeno a la convocatoria), la llamaba BAE que se abonaba al personal de SEGBA (C.N.Trab. Sala II S.D. 62.117 del 31-5-88 in re "Díaz, Roberto c/ SEGBA" y S.D. 65.053 del 17-5-89 "Espinosa, Alberto y otros c/ SEGBA s/ cobro de pesos"; Sala X S.D. 2.341 del 22-9-97 "Piaggio, Marta S. c/ SEGBA Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires s/ indemn. por fallecimiento") o la "Bonificación por productividad" establecida convencionalmente para el personal de Telefónica de Argentina S.A. (Sala X S.D. 7.870 del 27-3-00 "Fernández, Orlando W. c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ diferencias de salarios") entre otros. Sin embargo, estos supuestos no constituyen una excepción al principio general ya indicado sino que obedecen a la circunstancia de que si bien se abonan anual o semestralmente, se devengan mes a mes por lo que su importe (a los fines siempre de la aplicación del art. 245 L.C.T.) corresponde sea dividido por doce o seis meses según el caso.-----

En definitiva, por estas breves consideraciones y lo dictaminado por el señor Fiscal General, voto por la negativa a la cuestión planteada.-----

EL DOCTOR SIMON, dijo:-----

La Sala X que integro, en forma reiterada y unánime, ha resuelto que no corresponde promediar los conceptos que integran mensual, normal y habitual el salarios a los fines del art. 245 de la L.C.T., ya que si la norma citada exige que se escoja "la mejor remuneración" parece obvio que no puede efectuarse ningún promedio, sino, lisa y llanamente, elegir aquél mes en que se devengó la retribución más beneficiosa (conf. S.D. 2.646 del 31/10/97 in re: "Romero, Helton c/ Tran S.A."; S.D. 84 del 12/7/96 in re: "Ordoñez c/ Bonafide s/ despido"; S.D. 94 del 15/7/96, in re: "Cáseres c/ A.A. S.A. s/ despido"; S.D. 7.740 del 28/3/00 in re: "Romero, Juan Salvador c/ Y.P.F."; S.D. 7.485 del 30/11/99 in re: "Antelmi, José Walter c/ A.F.J.P. Previnter S.A. s/ despido"; entre otros).-----

--A mi juicio, y conforme lo dispuesto en numerosas oportunidades por la C.S.J.N., no es admisible una interpretación que equivalga a prescindir del texto literal de las leyes, sin que medie debate y declaración de inconstitucionalidad, ya que la exégesis de la norma debe practicarse sin violación de su letra (conf. C.S.J.N. Fallos: T° 300, p. 687, p. 958; T° 301, p. 849; T° 304, p. 1.745; T° 301, p. 595; entre otros).-----

--En esa inteligencia, coincido con el señor Fiscal General -Dr. Eduardo Alvarez- que el legislador pudo elegir otra pauta en relación a la remuneración a considerar para el pago de la indemnización por despido, en el caso de las remuneraciones variable -que, en principio, son las que pueden dar origen a una cuestión como la que se plantea en el interrogante-, pero si escogió "la mejor", y su elección no fue cuestionada a la luz de una norma superior, no cabe que el intérprete se aparte del mandato legal.-----

-Por todo ello, voto por la negativa.-----

-

LA DOCTORA PASINI, dijo:-----

-Tal como quedó formulado el interrogante que nos convoca acerca de si para el cálculo de la indemnización por despido deben ser promediadas las remuneraciones variables mensuales, normales y

habituales (art. 245 de la L.C.T.), en mi opinión, sólo puede tener una respuesta negativa.-----

Efectivamente, el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo al establecer la fórmula del cálculo de la indemnización por antigüedad, dispone que el monto será el que resulte de multiplicar un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual.-----

--Partiendo del supuesto de la adjetivación que se formula de las remuneraciones variables, como mensuales, normales y habituales, no corresponde de acuerdo al texto de la ley, efectuar un promedio para el cálculo de la indemnización respectiva.-----

En consecuencia, voto por la negativa.-----

EL DOCTOR EIRAS, dijo:-----

El interrogante que convoca al Tribunal en pleno, refiere a dilucidar si corresponde o no, promediar las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales, para el cálculo de la indemnización por despido (artículo 245 R.C.T.).-----El

artículo 245 R.C.T. dispone tomar como módulo a los fines de practicar el cálculo de la indemnización por antigüedad "la mejor remuneración mensual, normal y habitual"; por lo que debe entenderse que dichos calificativos se refieren a los rubros que componen el salario, para excluir gratificaciones extraordinarias, sueldo anual complementario u otras prestaciones que por su naturaleza no sean susceptibles de ser ganadas todos los meses; en tanto el adjetivo "mejor" se refiere al monto. Cuando un trabajador percibe remuneraciones mensuales variables, corresponde tomar el mes en que aquéllas fueron cuantitativamente mayores, sin considerar si el monto fue o no extraordinario en relación con el promedio de los restantes meses.-----En esta

inteligencia y conforme lo he señalado al votar en la causa "Delacroix, María Cristina Susana c/ Blumies S.R.L. s/ despido", cabe concluir que para fijar el monto de la indemnización por despido, en el caso de remuneraciones mensuales variables, corresponde partir de la suma más elevada percibida durante el último año o el plazo correspondiente si fuese menor.-----

-Por lo expuesto, y lo dictaminado por el Sr. Fiscal General ante la

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, voto por la negativa al interrogante planteado.-----

--

LA DOCTORA PORTA, dijo:-----

Como integrante de la Sala III de esta Cámara he expuesto que cuando el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo dispone tomar como módulo "la mejor remuneración mensual normal y habitual" se refiere a los rubros que componen el salario, para excluir gratificaciones extraordinarias, sueldo anual complementario u otras prestaciones que por su naturaleza no sean susceptibles de ser ganadas todos los meses, en tanto el adjetivo "mejor" se refiere al monto... (entre otras, S.D. Nro. 72.405 del 30.9.96, recaída en autos "Bordón, Daniel Orlando c/ Sanatorio Colegiales S.A. s/ despido", del registro de esta Sala).-----

-----Por tales razones mi respuesta al interrogante planteado es negativa y agregó, como bien lo señalan en votos distinguidos colegas, que el legislador al disponer que para determinar la reparación por despido debe computarse como base salarial la "mejor" claramente descartó el sistema de promedios que sin embargo adoptó en relación con otros institutos (salarios por enfermedad, vacaciones, arts. 208 y 155 inc. c)).-----

-----En síntesis, voto por la negativa.-----

EL DOCTOR BALESTRINI, dijo:-----

Tal como lo ha resuelto reiteradamente esta Sala IX que integro, no se desprende de las previsiones del art. 245 de la L.C.T. -ni de ninguna otra norma- circunstancia o justificativo que avale la postura de promediar los montos percibidos por el trabajador, respecto de los rubros variables que componen su remuneración, con la finalidad de determinar la base de cálculo de la indemnización por antigüedad o despido que le corresponda percibir. Ello, en virtud que a los fines de determinar dicha base, tal norma únicamente establece que deberá estar integrada por los conceptos remuneratorios percibidos mensualmente, en forma normal y habitual, requisito que se cumple aún cuando el monto correspondiente resulte variable en términos nominales (ver autos: "Millo, Liliana Beatriz c/ Lotería Nacional S.E. s/ despido" S.D. 4.974 del 7/12/98; "Esquivel, Margarita Susana y otro

c/ Bagley S.A. s/ diferencias de salarios", S.D. 5.451, del 29.3.99; "Iriarte, Lidia N. c/ Sanatorio Güemes S.A. s/despido", S.D. 33 del 28/6/96, entre otros).-----

-Es así que, una vez determinados los rubros remuneratorios percibidos mensualmente que resulten normales y habituales, la normativa en cuestión obliga a tomar la "mejor" remuneración compuesta por tales conceptos, sin entrar en consideración alguna acerca de su significación, ni de la posible variabilidad mensual de los montos que resulten de la misma, descartándose así someter a promediación alguna su resultado.-----

-----Por lo expuesto, adhiriendo en todas sus partes al dictamen del Sr. Fiscal General, considero que la respuesta al interrogante planteado debe ser negativa.-----

EL DOCTOR BERMUDEZ, dijo:-----

Adhiero a los argumentos del Fiscal General y a los fundamentos expuestos por el Dr. Ricardo A. Guibourg, y voto por la negativa.-----

EL DOCTOR LESCANO, dijo:-----

Al interrogante que se plantea al convocar este Acuerdo Plenario, acerca de si para el cálculo de la indemnización por despido deben ser promediadas las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales (art. 245 L.C.T.), emito opinión por la negativa sobre la base de los fundamentos vertidos por los Dres. Guibourg y Morando, coherente con el criterio sustentado por esta Sala en los autos "Groppa, Osvaldo c/ Lotería Nacional Sociedad del Estado s/ despido", sent. nro. 58.417.-----

EL DOCTOR MORONI, dijo:-----

De conformidad con los fundamentos vertidos por el Sr. Fiscal General y el doctor Lasarte, a quien acompañé con mi voto en el precedente "Orlandi", me pronuncio por la negativa.-----

EL DOCTOR DE LA FUENTE, dijo:-----

Que adhiero a los fundamentos expuestos por el Dr. Eduardo Alvarez y por el Dr. Fernández Madrid, por lo que voto por la negativa.-----

EL DOCTOR RUIZ DIAZ, dijo:-----

Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto del doctor Luis Raúl Boutigue.-----

--

LA DOCTORA RODRIGUEZ, dijo:-----

La directriz emanada del art. 245 L.C.T. para la adopción de la remuneración base de cálculo de la indemnización por antigüedad es a mi juicio clara al erigir como tal a la "MEJOR remuneración mensual, normal y habitual" puesto que tal como lo puntualizara el señor Fiscal General -a cuyo dictamen me adhiero por compartir sus fundamentos- "la norma citada, al aludir a la "mejor remuneración" parte de la premisa misma de la variabilidad, porque es obvio que nadie puede llevar a cabo un juicio que implique afirmar que una cifra es "mejor" si todas son idénticas", por lo que no corresponde promediar remuneraciones variables sino lisa y llanamente adoptar la "mejor" tal como lo sostuviera, entre otros, al adherir al voto del Dr. Jorge Guillermo Bermúdez in re "Alfonso, Elena N. c/ Lotería Nacional Sociedad del Estado", sentencia Nro. 84.655 del 26.10.98 del registro de la Sala II C.N.A.T..-----

En consecuencia, por lo expuesto, voto por dar respuesta negativa al interrogante planteado.-----

--

LA DOCTORA GONZALEZ, dijo:-----

Se convoca al Tribunal a fin de establecer si para el cálculo de la indemnización por despido prevista en el art. 245 L.C.T. (t.o. 1976) las remuneraciones variables -mensuales y habituales- deben ser promediadas.-----

-

La respuesta negativa a tal interrogante la impone el propio texto legal sobre cuya interpretación se sustenta el planteo puesto que claramente se ha erigido a la "MEJOR remuneración mensual, normal y habitual" y no a la "remuneración promedio" o a cualquier otro parámetro como base salarial a considerar en la fórmula tarifaria en cuestión, siendo dable destacar que, como lo puntualizara el señor Fiscal General -a cuyo dictamen me adhiero por compartir sus fundamentos- "la norma citada, al aludir a la "mejor remuneración" parte de la premisa misma

de la variabilidad, porque es obvio que nadie puede llevar a cabo un juicio que implique afirmar que una cifra es "mejor" si todas son idénticas", por lo que corresponde promediar remuneraciones variables sino lisa y llanamente adoptar la "mejor" en términos absolutos tal como lo sostuviera la Sala que integro entre otros in re "Alfonso, Elena N. c/ Lotería Nacional Sociedad del Estado", sentencia Nro. 84.655 del 26.10.98; in re "Nieva c/ Omint", sent. 84.491 del 30.9.98 e in re "Constantino c/ Sidra La Victoria", sent. 71.801 del 31.8.93.----
--En consecuencia, por lo expuesto, voto por dar respuesta negativa al interrogante planteado.-----
-

EL DOCTOR MORELL, dijo:-----

-Adhiero a los votos de los colegas que se expiden por la negativa, en mérito a los fundamentos concordantes -en lo substancial- que he dado como juez de la Sala V que integro al votar en causas donde se debatía una cuestión similar. Sólo procedería hacer una salvedad para algún caso excepcional en el que el ingreso mensual de un rubro variable sea ostensible e inequívocamente desproporcionado con los restantes del período que se considere en cada caso. En tales supuestos, la equidad como justicia del caso particular quizá pueda llegar a imponer una excepción a la regla interpretativa que consagra este acuerdo plenario.-

LA DOCTORA GUTHMANN, dijo:-----

-Por los fundamentos expuestos por el señor Fiscal General del Trabajo para analizar el claro mandato legal, voto por la negativa al interrogante planteado.-----
-

EL DOCTOR CORACH, dijo:-----

-Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto del Dr. Héctor J. Scotti.-----
--

Por la **AFIRMATIVA** en **MINORIA**, votan los doctores: VAZQUEZ VIALARD, BILLOCH, VILELA y PUPPO.-----
-

EL DOCTOR VAZQUEZ VIALARD, dijo:-----

De acuerdo con lo que prescribe el art. 245 L.C.T., la indemnización por despido se determina en función de la "mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año...". Estimo que la misma hace referencia a los casos en que los emolumentos hayan tenido una modificación hacia el futuro, en cuyo caso, la ley opta por establecer la mejor que, en la mayoría de los casos, coincide con la última remuneración percibida (en la inteligencia que, durante el desarrollo de la tarea, ha habido aumentos).-----

-Cuando la misma es de carácter variable, caso típico de la realización de horas extras, comisiones, etc., a mi juicio, la norma no establece un criterio preciso al respecto, por lo que correspondería formalizar, en el caso, una interpretación. Obviamente, sólo deben calcularse dichas remuneraciones variables, en tanto fueran habitual y normalmente percibidas durante los meses que integran el último año de trabajo.----
Estimo que debe tomarse en cuenta el salario real que el empleado percibe, a cuyo efecto, considero que deben tomarse no meses aislados, sino un período ponderado -operación a través de la cual-, se logra obtener el ingreso del que participa el trabajador y que ha dispuesto para la atención de sus gastos personales y familiares (se homogeneiza dicho ingreso).-----

--Cabe tener en cuenta que las situaciones más complicadas en el tema que analizo, se dan cuando se trata de ciertas comisiones, las que suelen no ser el fruto de la tarea realizada en un período mensual, sino en uno más amplio, aunque la percepción se realice respecto de uno de ellos. En ese caso, podrían darse situaciones de exorbitancia, que no conciben con la real situación planteada entre las partes.-----Por ello, considero que, a los fines de determinar una solución lógica y, por lo tanto justa, en el caso de remuneraciones variables, las mismas deben promediarse.-----

EL DOCTOR BILLOCH, dijo:-----

Ha sido convocada la Cámara a Acuerdo Plenario para pronunciarse sobre el siguiente temario: "Para el cálculo de la indemnización por despido, ¿deben ser promediadas las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales (art. 245 L.C.T.)?".-----
Mi respuesta será afirmativa y reitera de tal modo mi criterio expuesto,

entre otros, en autos: "García Pultie, María Cristina c/ A.F. Previnter S.A. s/ despido", Sentencia nro. 27.194 del 30/11/98, pronunciamiento en el que consideré adecuado promediar las remuneraciones percibidas por la actora en su último año de labor, habida cuenta que los valores informados por la experta contable daban cuenta de diferencias importantes, excedentes de la remuneración normal y habitual contemplada por el art. 245 L.C.T.--En su dictamen el señor Fiscal General, producido con su reconocida ilustración, expresa no encontrar ninguna razón que justifique "promediar", y entiende que una respuesta afirmativa al interrogante implicaría una inexplicable modificación de la ley por parte del organismo jurisdiccional, lo que no le impide concluir que "... sólo cabría prescindir de las cifras mensuales más elevadas cuando su monto se origina en algún concepto retributivo extraordinario poco habitual". Lo que supone entonces que la norma no resultaría rígida, lo cual considero disvalioso en orden a la labor interpretativa. Resulta a mi ver razonable y positivo interpretar el art. 245 aludido en la forma que propicio, por cuanto así el intérprete jurisdiccional dispondrá de una pauta clara que tornará innecesario adentrarse en consideraciones sobre la habitualidad del concepto retributivo o de su "quantum".-----
-----Reitero, en consecuencia, mi voto por la afirmativa.-----

EL DOCTOR VILELA, dijo:-----

-Corresponde que me expida conforme al temario propuesto si para el cálculo de la indemnización por despido ¿deben ser promediadas las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales?.-----
El art. 245 de la L.C.T. (t.o.) se refiere a la mejor remuneración mensual, normal y habitual. Mejor se refiere al monto de la remuneración. La mención normal y habitual referida a mensual pondrían énfasis en la repetición y a la exclusión de que conceptos que, dentro del mes, sean extraordinarios por su volumen o falta de regularidad (Luis Ramírez Bosco, Manual del Despido). Por lo que en el caso de remuneraciones variables, cuando la remuneración mensual y habitual resulte extraordinaria o anormal por las circunstancias concretas que determinaron su adquisición y volumen debería recurrirse al promedio para tener una regla de liquidación

indemnizatoria y evitar convertir a la indemnización en algo azaroso.
En estos términos me expido por la afirmativa.-----

EL DOCTOR PUPPO, dijo:-----

La Sala I que integro, en forma reiterada, ha resuelto que a los fines del art. 245 de la L.C.T. sólo se deben computar las remuneraciones mensuales normales, por lo que deberá dejarse de lado la que no sea habitual, es decir, la que corresponde a circunstancias especiales de un determinado mes que no se repiten regularmente y si el trabajador percibió, en forma normal y habitual, remuneraciones accesorias, tiene derecho a que las mismas sean computadas para fijar la base de la indemnización por despido (conf. esta Sala, S.D. Nro. 70.506 del 30.04.97 in re: "Medrano, Ana Rosa c/ Gese S.A. s/ despido", S.D. Nro. 70.397 del 18.04.97 in re "Barreiro c/ Y.P.F."; 30.06.98 in re "López, Gustavo M. c/ Radiomensajes S.A. s/ despido", T. y S.S. 98-979; entre otros). En estos términos me expido por la afirmativa.-----

-

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

"Para el cálculo de la indemnización por despido no deben ser promediadas las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales (art. "245 L.C.T.)".-----

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