

# El Fallo Plenario Nro.233 'Tulosai' y su contradicción con el Art.245 LCT.

"...para las gentes de bien, para los hombres piadosos bastan pocas leyes, para los malos no alcanzan ninguna..."

**Gonzalo V.Montoro Gil**

**Abogado**

**Tº 10 Fº 896 CPACF**

## I.-Introducción

En el vértigo de sucesión de normas y fallos con las que nos atiborran a diario nos viene a la memoria aquella sentencia que decía que la fortaleza o debilidad de un Estado viene dada por la mayor o meno cantidad de leyes que posee.

A mayor cantidad de leyes mayor es la debilidad de aquél. Un Estado saludable posee pocas leyes y estas son generales o sirven de directriz para el comportamiento de una sociedad.

Asi MARTINEZ MARINA dice que *"...para las gentes de bien, para los hombres piadosos bastan pocas leyes, para los malos no alcanzan ninguna. El gran número de leyes es un testimonio auténtico de la corrupción de un pueblo. Los romanos al principio de la Republica con muy pocas leyes fueron virtuosos"* [1].

Y en esta sucesión de leyes interminables, se van superponiendo unas a otras, junto con fallos ad-hoc, que en muchas de las veces terminan contradiciéndose unas a otras.

Dentro de este cuadro, podemos tal vez entender que parte del artículo 245 de la LCT se ve contradicha por un Fallo Plenario Nro.233 (en su 2do.párrafo)- *"Tulosai, Alberto Pascual c/ Banco Central de la República Argentina s/ LEY 25.561"* – CNTRAB – EN PLENO – 19/11/2009

Y si bien existen contradicciones entre leyes o entre leyes y fallos en forma habitual en nuestro mundo jurídico diario, hay casos como el presente que los efectos o las consecuencias según se adopte uno u otro criterio son importantes.

Veamos.

## II.-Artículo 245 LCT.

El Art.245 establece –en la parte que nos compete- como base indemnizatoria por despido arbitrario o incausado “... 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”.

En general se focaliza en la mejor remuneración bruta que se ha percibido y se descuida los otros elementos condicionantes: tomar como base la mejor remuneración MENSUAL, NORMAL Y HABITUAL. Por lo que si una mejor remuneración no es mensual o normal o habitual, ese monto no podrá ser tomado como base indemnizatoria.

GRISOLÍA [2] explica claramente este tema, diciendo que deben darse los tres términos para la base mencionada.

“*Mensual*”: Se incluyen aquellas que **se liquidan mensualmente** (se incluyen las comisiones, premios por producción o asistencia) y no se incluyen las que no se liquidan mensualmente, mas allá de ser remuneratorias (ej. Las gratificaciones anuales).

“*Normal*”: Se refiere al **monto** del rubro. Es decir, dentro de los rubros devengados habitualmente se deben excluir aquel cuya cuantía resulte groseramente anormal. *Contrario sensu*, se deben tener en cuenta aquellos cuya cuantía es regular . (Por ejemplo, si las horas extras son generalmente entre 10 y 30 por mes y hay un mes que se hacen 100 horas extras, este período es anormal).

“*Habitual*” es sinónimo de ‘**periodicidad**’; son consideradas habituales los rubros que se devengan a favor del empleado en forma reiterada y persistente por lo que se excluyen los rubros que solo se devengan en forma excepcional o por única vez.. Entonces, se cuentan las horas extras, bonificaciones, comisiones, viáticos si eran habituales (estos últimos, sin rendición de cuentas), etc.

Esto significa, por ejemplo, que no basta tomarse como base indemnizatoria el mejor sueldo bruto del último año, si –por ejemplo- en ese monto existiese algún monto que mas allá de ser remuneratorio, no es liquidado todos y cada uno de los meses sino que se liquidan todos los años en un mes determinado ( no es, pues, ‘mensual’).

Tampoco se tomarían aquel mes en que no es ‘normal’ la cantidad de horas extras, o comisiones que haya hecho el empleado. Por ejemplo si un trabajador ganase entre \$3000 y \$5000 pesos por mes durante todo el año (incluyendo horas extras y/o comisiones) y hubiese un mes que el sueldo bruto fuese \$12.000 (por existir mayor cantidad de horas extras trabajadas o mayor cantidad de comisiones devengadas, por encima de lo habitual) entonces ese mes no podrá tomarse como mejor remuneración mensual pues no es ‘normal’ ese monto.

Tampoco se tomarían en cuenta aquellos meses en que existiesen rubros que no se devengaran ‘habitualmente’ sino por alguna ocasión excepcional.

Estos requisitos que establece el art.245 LCT para poder considerar un mejor sueldo bruto no son advertidos en la generalidad de los casos por la representación letrada de las partes demandadas en un juicio que solo se limitan a chequear si lo que se denuncia por la actora coincide registralmente, sin percatarse que podrían acotar la base indemnizatoria pasando la mencionada suma bruta por el tamiz de los tres requisitos acumulables mencionados;

esto es, el mejor monto mensual bruto tiene que tener rubros que se liquiden mensualmente; que el monto sea normal en comparación a los otros meses y que se devenguen periódicamente.

Tampoco quienes juzgan las controversias aplican de 'oficio' correctamente lo que prescribe el art.245 LCT siendo que deberían hacerlo puesto que las normas son de orden público.

### **III.-Fallo "Tulosai, Alberto Pascual c/ Banco Central de la República Argentina s/ LEY 25.561" – CNTRAB – EN PLENO – 19/11/2009**

Pues bien, hasta acá todo se deslizaba dentro de una coherencia a fin de la aplicación de estas prescripciones.

Pero, apareció el fallo 'Tulosai' que –en su 2do párrafo- en el afán de clarificar lo relativo a las '**bonificaciones**' viene a sumar una nueva oscuridad y contradicción con lo que ordena el art.245 LCT.

Este fallo viene a regular reclamos de la parte empleadora que conceptualizaban el hecho de que sumas dadas como 'bonificaciones' no podían ser consideradas a los efectos de la base para fijar las indemnizaciones por despido.

Hasta aquí en un todo coherente con lo que prescribe el art.275 LCT en la parte que dice que la remuneración a tener en cuenta para con el mencionado objetivo debe ser –entre otros requisitos como 'mensual' y 'normal'- 'habitual'.

Pero el fallo comentado subordina el hecho de que no se tenga en cuenta al hecho de que no haya habido fraude –lo que es lógico-; esto es, que el empleador no haya realizado maniobras para que aparezca como una suma sin periodicidad mensual y que además haya habido un sistema de evaluación –el fallo no determina cómo se va a calibrar dicho sistema de evaluación del desempeño del empleado: Este último requisito no está contemplado por el art.245 LCT en lo que se refiere a 'habitualidad'.

Este artículo solo exige para su no consideración para la base indemnizatoria de la bonificación o de cualquier otra suma abonada, que NO SEA HABITUAL; nada dice acerca de que exista una evaluación del trabajo del empleado.

El fallo en su 2do.párrafo dice lo siguiente:

*"...Descartada la configuración de un supuesto de fraude a la ley laboral, la **bonificación** abonada por el empleador sin periodicidad mensual y en base a un sistema de evaluación del desempeño del trabajador, no debe computarse a efectos de determinar la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la L.C.T.."*

Analicemos este fallo y su compatibilización con el art.245 LCT.

Pero antes debemos tener en cuenta este dato: la duda o contradicción está referida no a cualquier rubro 'no habitual' o 'no periódico' sino solo cuando tal rubro fuese el de BONIFICACIONES.

El fallo dice que:

Una bonificación dada sin periodicidad mensual no debe computarse en la base indemnizatoria, siempre y cuando....

- No haya fraude ( lo cual es una obviedad)
- Y exista un sistema de evaluación del desempeño del trabajador

Esto coincide con lo que prescribe el art.245 LCT en lo tocante a que el mismo requiere para que el rubro (en este caso que nos importa, 'bonificaciones') estuviese incorporado que fuese 'habitual', es decir, que tenga 'periodicidad'. Si no hay periodicidad mensual, no se computa en la base indemnizatoria.

Pero, como se expresó ut-supra, el fallo dice que para que las bonificaciones no se tomen en cuenta para la base indemnizatoria requiere que no haya habido fraude y, acá viene el dilema, EXISTA UN SISTEMA DE EVALUACION DEL DESEMPEÑO DEL TRABAJADOR. Circunstancia que no contempla la norma legal y que el fallo crea como un nuevo requisito.

Por lo que, a *contrario sensu*, SI EXISTIESE UN SISTEMA DE EVALUACIÓN, por mas que no tenga periodicidad mensual, SI SE TENDRIA EN CUENTA PARA LA BASE INDEMNIZATORIA las bonificaciones no periódicos, no habituales. Lo cual contradice abiertamente lo que prescribe el art.245 LCT que no lo prescribe como requisito para su incorporación.

Veamos un ejemplo concreto.

Supongamos que un trabajador NO percibe habitualmente bonificaciones pero un mes en todo el año sí las percibe. El trabajador habitualmente percibe entre \$4000 y \$4200 pesos por mes, pero ese mes por recibir una bonificación que no es habitual percibe \$4800.

Si se tiene en cuenta el art.245 LCT, antes del fallo 'Tulosai' no hay problemas de interpretación: al no ser 'habituales', 'periódicas' las bonificaciones, la sumas en tal concepto no se tendría en cuenta para la base indemnizatorias.

Pero a partir del fallo 'Tulosai' se crea un dilema, como se dijo, puesto que supongamos que NO HA HABIDO UN SISTEMA DE EVALUACION del empleado. Entonces, según el fallo, dicha suma aunque sean 'no habituales', se incorporarían a la base indemnizatorias.

¿Y donde queda la prescripción del art.245 LCT que solo pone como condición respecto a sumas a tener en cuenta para la base indemnizatoria que sean mensuales, normales y habituales?

No existe norma que diga que aunque no sean habituales igual podrán incorporarse a la base indemnizatoria si se dan algunas otras condiciones, como lo hace el fallo 'Tulosai' respecto a las 'bonificaciones'.

En un caso concreto, si la representación de la parte demandada se opusiese a la base indemnizatoria planteada por la actora aduciendo que determinado rubro incorporado NO ES HABITUAL, acá no habría problemas interpretativos, SALVO QUE SEA DICHO RUBRO EL DE 'BONIFICACIONES' ya que la parte actora reclamaría que, por más que no sea habitual, como NO HA HABIDO UNA EVALUACIÓN DEL TRABAJO DEL EMPLEADO, SÍ DEBE TENERSE ESE RUBRO PARA LA BASE INDEMNIZATORIA.

Y los tribunales como fallarían? Es un problema creado por el fallo de marras que es de difícil solución.

#### **IV.Epílogo**

No está de más reiterar, aunque parezca harto redundante, que el problema no se plantea ante cualquier rubro 'no habitual' o 'no periódico' sino solo a las 'bonificaciones' no habituales.

Y la solución al problema podría ser que ante una controversia entre una norma jurídica y un fallo (plenario o no) que modifica lo que la norma prescribe, debe prevalecer la norma puesto que el poder judicial no puede legislar sino solo interpretar y aplicar las normas. Todo esto favorecería a la parte demandada.

Pero, también se podría decir que ante tal contradicción debería aplicarse aquello que favorece al trabajador, en este caso el fallo plenario, puesto que por mas que las sumas percibidas como bonificación no fueran 'habituales' o 'periódicas', como no ha habido evaluación a su trabajo, en el ejemplo que aquí proponemos, la bonificación 'no habitual' se incorporarían a la base indemnizatoria.

Nuestra opinión es que aunque en una primera lectura uno estaría tentado a aplicar aquello que favorezca al trabajador, acá no están en juego dos normas que se contradicen sino que la contradicción está dada entre una norma y un fallo plenario.

Y siendo que los fallos solo pueden interpretar las normas pero no legislar ni cambiar el sentido de éstas; solo reglamentarlas, creemos que el fallo 'Tulosai' en su segunda parte referido al tema bonificaciones se extralimita en cuanto a los requisitos y es un fallo que es inconstitucional.

Así el art.245 LCT es incólume y siendo su aplicación de orden público, en caso de que una 'bonificación' no sea habitual no debe incorporarse a la base indemnizatoria sin importar si ha habido evaluación o no de la tarea del empleado, de lo contrario se estaría permitiendo que un fallo modifique una norma jurídica sumamente clara al respecto y solidificada a lo largo del tiempo.

[1] MARTINEZ MARINA, Francisco ('TEORIA DE LAS CORTES o Las Grandes Juntas Nacionales de los Reinos de Castilla y Aragón'-Primera Parte-tomo 1- Madrid 1813-Pag. 119)

[2] GRISOLÍA, Julio Armando "Protección Contra el Despido Arbitrario"- en 'Art.14 bis de la C.N. Paula Sardegna y otros', pag.138. Ed.La Ley 2007