

## EL FUTURO DE LOS CONCEPTOS NO REMUNERATIVOS PACTADOS A TRAVÉS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:  
"Perez c/Disco" (2009) y "González c/Polimat" (2010)

### THE FUTURE OF THE NOT REMUNERATIVE ASSIGNMENTS IN THE COLLECTIVE BARGAINING

Sentences of The Supreme Court of Justice of the Nation:  
"Perez c/Disco" (2009) and "González c/Polimat" (2010)

*Enrique A.M. Rolón (\*)*

#### I. Notas generales sobre el salario

1. El presente trabajo tiene por objeto analizar sendos decisorios emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("Perez c/Disco" -2009- y "González c/Polimat" -2010-) en los cuales se declara la inconstitucionalidad de dos conceptos no remunerativos, concretamente los vales alimentarios y asignaciones no remunerativas fijadas por decretos del Poder Ejecutivo Nacional dictados en los años 2002 y 2003.

2. Para lograr una cabal comprensión de los criterios fijados por el máximo Tribunal en ambas sentencias, pareció oportuno, a modo de introducción hacer referencia en dos capítulos a las notas generales del salario y a la distinción entre salario laboral y previsional.

3. Así y en el marco de la introducción señalada, se puede conceptualizar al salario como la contraprestación del trabajo dependiente.

De hecho así lo hace la ley de contrato de trabajo que en su artículo 103 expresa: *"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"*.

---

(\*) Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Magister en Derecho del Trabajo y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Tres de Febrero.

Se destaca que el término salario proviene del latín *sal*, pues en la antigüedad dicha substancia se utilizaba, conforme lo enseña Rodríguez Mancini, como forma de pago a los soldados romanos y empleados domésticos (1).

En el marco de la ley de contrato de trabajo lo referido al salario se encuentra regulado en los artículos 103 a 149.

4. La doctrina (2) señala como características del salario las siguientes:

- *Igualdad*: la misma torna operativo la garantía constitucional consagrada por el artículo 14 bis de la Carta Magna, en cuanto dispone la regla de “*igual remuneración por igual tarea*”, de modo tal que el empleador no puede hacer ningún tipo de discriminación entre los trabajadores; salvo por razones objetivas, entre ellas la de mayor rendimiento (art. 81 LCT).
- *Suficiencia*: en el sentido que el salario debe ser necesario para solventar las necesidades básicas del trabajador y su grupo familiar.
- *Inmutabilidad*: implica que durante la duración de la relación laboral el salario debe mantener inalterable su valor real, para lo cual se imponen mínimos normalmente a través de los convenios colectivos de trabajo.
- *Conmutatividad*: la cual abarca dos aspectos: el primero se refiere a la proporcionalidad que debe haber entre el salario y la tarea realizada y el segundo a que el salario del trabajador es ajeno a los riesgos de la actividad del empleador.
- *Justicia*: esta propiedad se encuentra también mencionada en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional que determina que la remuneración debe ser justa, en el sentido de que debe darse al trabajador lo que merece a los fines de poseer una vida digna junto a su familia.
- *Carácter alimentario*: constituye para el trabajador la única fuente de ingresos como así también el medio de subsistencia propio y de su grupo familiar

Precisamente esta característica es la que hace que la legislación imponga una serie de protecciones del salario frente al empleador, frente al propio trabajador y frente a los acreedores del empleador y del trabajador

- *Continuidad*: esta característica es agregada por Litterio (3) y se refiere a que el trabajador debe percibir el salario durante toda su actividad laboral y además porque constituye la prestación derivada de un contrato de tracto sucesivo.

---

(1) RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Tratado del Derecho del Trabajo - Director Vázquez Vialard, Antonio*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983, T. IV, pp. 457/458.

(2) RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, ob. cit., pp. 578/597.

(3) Cfr.: LITTERIO, Liliana H., “*Derecho del Trabajo*” - *Director: Rodríguez Mancini, Jorge*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010, T. 1, p. 497.

5. Entre las fuentes que determinan el salario se encuentra:

- *Voluntad o acuerdo de partes* o convenio entre trabajador y empleador. Dicho convenio, conforme lo establece el principio de irrenunciabilidad consagrado en el artículo 12 LCT, debe respetar los mínimos inderogables fijados por la ley, estatutos profesionales y convenios colectivos de trabajo.
- *Convenios colectivos de Trabajo* que constituyen, fruto de la negociación colectiva, acuerdos celebrados entre sujetos colectivos, es decir una asociación sindical con personería gremial y un empleador, grupo de empleadores o entidad representativa de ellos, que regulan condiciones de trabajo para una determinada actividad, rama de la actividad, profesión u oficio, empresa y/o establecimiento de empresa.

Dentro de las condiciones de trabajo se establecen categorías (a título de ejemplo comprenden desde operario a oficial especializado en el caso de la actividad o industria metalúrgica); a cada una de las cuales se le asigna un salario o bien una escala salarial mínima; así un trabajador que pertenezca a determinada categoría no puede percibir un salario inferior al establecido mediante la respectiva escala salarial.

- *Disposición del Estado*: al respecto es importante destacar que en épocas donde no hubo o bien era prácticamente era nula la negociación colectiva, el Estado fijó salarios mínimos para la actividad privada.

Igualmente y en tal dirección, pueden mencionarse que en nuestro país durante los años 2002 a 2004 el Poder Ejecutivo Nacional dictó varios decretos fijando asignaciones llamadas “no remunerativas” para el sector privado, como manera de recomponer el salario de los trabajadores, cuya constitucionalidad es cuestionada por el Máximo Tribunal de la Nación en el fallo “*González c/Polimat*” (2009) el cual será abordado en el capítulo cuarto del presente trabajo.

Se destaca que la ley nacional de empleo 24.013 (artículos 135 a 138) establece el denominado: “*Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil*” conformado por dieciséis representantes del sector trabajador, dieciséis del sector empleador designados por el Poder Ejecutivo Nacional y presidido por un funcionario nombrado por el Ministerio de Trabajo de la Nación, que se reúne periódicamente y fija el valor del salario mínimo, vital y móvil (horario, diario y mensual).

- *Fijación por los jueces*: se trata de un supuesto excepcional que irrumpe ante la falta de acuerdo de partes y/o de convenio colectivo de trabajo; así los jueces lo pueden establecer en función de la ley, los convenios colectivos y los usos y costumbres, conforme lo dispuesto por el art. 114 de la ley de contrato de trabajo.

En términos generales dicho supuesto, en opinión de Etala (4), se aplica para el personal de dirección o no comprendido por convenios colectivos, y también en

---

(4) ETALA, Carlos Alberto, *Contrato de Trabajo*, Ed. Astrea. Buenos Aires, 2000, p. 286.

aquellos casos en que se discuta la naturaleza misma de los servicios, es decir cuando el trabajador alega su onerosidad y el empleador su gratuidad.

## II. Clasificación del salario: salario laboral y previsional

1. Si bien son varios los criterios de clasificación propuestos por la doctrina nacional, existe uno de alcance genérico que distingue entre el salario laboral y el salario previsional (5).

2. Así se considera al *salario laboral* como el ingreso que percibe un trabajador que presta servicios en relación de dependencia, como consecuencia de la relación o contrato de trabajo.

El mismo está compuesto por conceptos remuneratorios o remunerativos y no remuneratorios o no remunerativos.

2.1. Los conceptos *remuneratorios* o *remunerativos* son aquellos que se derivan de las tareas o el desempeño del trabajador. Aquí se incluyen entre otros a la *horas extras*, *comisiones*, *premios*, *adicionales convencionales*, etc.

En el plano legislativo se encuentran enumerados en el artículo 6 de la ley de 24.241 que regula el sistema integrado de jubilaciones, que refiere:

“Se considera remuneración, a los fines del SIJP, todo ingreso que percibiére el afiliado en dinero o en especie susceptible de apreciación pecuniaria, en retribución o compensación o con motivo de su actividad personal, en concepto de sueldo, sueldo anual complementario, salario, honorarios, comisiones, participación en las ganancias, habilitación, propinas, gratificaciones y suplementos adicionales que tengan el carácter de habituales y regulares, viáticos y gastos de representación, excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes, y toda otra retribución, cualquiera fuere la denominación que se le asigne, percibida por servicios ordinarios o extraordinarios prestados en relación de dependencia.

La autoridad de aplicación determinará las condiciones en que los viáticos y gastos de representación no se considerarán sujetos a aportes ni contribuciones, no obstante la inexistencia total o parcial de comprobantes que acrediten el gasto.

Las propinas y retribuciones en especie de valor incierto serán estimadas por el empleador. Si el afiliado estuviera disconforme, podrá reclamar ante la autoridad de aplicación, la que resolverá teniendo en cuenta la naturaleza y modalidad de la actividad y de la retribución. Aun mediando conformidad del afiliado, la autoridad de aplicación podrá rever la estimación que no considerara ajustada a estas pautas.

---

(5) La clasificación aludida es mencionada entre otros por: DE DIEGO, Julián A., *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ed. La Ley, 7ª. Edición, Buenos Aires 2008, p. 314; DUARTE, David, *Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social - Director: Goldín, Adrián*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 342; LITTERIO, Hebe L., ob. cit., p. 497; PEREZ, Daniel G., *Ley de Contrato de Trabajo - Director: Altamira Gigena, Raúl E*, Ed. Errepar, Buenos Aires, 2009, Tomo I, p. 623; TOSELLI, Carlos A., *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Ed. Alveroni, 3ª. edición, Córdoba, 2009, Tomo 1, p. 497.

Se consideran asimismo remuneración las sumas a distribuir a los agentes de la administración pública o que éstos perciban en carácter de:

1. Premio estímulo, gratificaciones u otros conceptos de análogas características. En este caso también las contribuciones estarán a cargo de los agentes, a cuyo efecto antes de proceder a la distribución de dichas sumas se deberá retener el importe correspondiente a la contribución.

2. Cajas de empleados o similares, cuando ello estuviere autorizado. En este caso el organismo o entidad que tenga a su cargo la recaudación y distribución de estas sumas, deberá practicar los descuentos correspondientes a los aportes personales y depositarlos dentro del plazo pertinente”.

2.2. Los conceptos *no remuneratorios* o *no remunerativos* son aquellos que si bien son percibidos por el trabajador como consecuencia del contrato o relación de trabajo, responden a otras causas o motivos diferentes de su tarea.

A título de ejemplo se señalan a las asignaciones familiares, que responden a las cargas de familia del trabajador o las indemnizaciones que se originan en términos generales a raíz de la finalización del vínculo dependiente.

Específicamente se encuentran contemplados en el artículo 7 de la ya aludida ley 24.241 que dispone:

*“No se consideran remuneración las asignaciones familiares, las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo, por vacaciones no gozadas y por incapacidad permanente provocada por accidente del trabajo o enfermedad profesional, las prestaciones económicas por desempleo, ni las asignaciones pagadas en concepto de becas. Tampoco se considera remuneración las sumas que se abonen en concepto de gratificaciones vinculadas con el cese de la relación laboral en el importe que exceda del promedio anual de las percibidas anteriormente en forma habitual y regular”.*

2.3. Resulta útil destacar que esta distinción entre conceptos remuneratorios y no remuneratorios no sólo es teórica, sino que tiene consecuencias prácticas.

En efecto, a los fines del cálculo de las vacaciones, del aguinaldo, de las indemnizaciones derivadas de la extinción del vínculo laboral y de los salarios por enfermedades inculpables, se tienen en cuenta los conceptos remuneratorios.

Igualmente a los fines del cálculo de los aportes y contribuciones de la seguridad social que en su conjunto se denominan *cotizaciones*, únicamente se tienen en cuenta los conceptos remuneratorios.

3. A su vez, el *salario previsional* está integrado únicamente por conceptos remuneratorios, es decir los que se encuentran sujetos a aportes y contribuciones a los distintos subsistemas de la seguridad social.

### **III. Fallo: “Pérez, Anibal c/Disco S.A.”**

1. En el caso de marras, decidido el día 1º de Septiembre de 2009, la cuestión litigiosa giró en torno a la constitucionalidad del artículo 103 bis inciso c) de la ley de contrato de

trabajo, según la redacción introducida por la ley 24.700 del año 1996, y que textualmente disponía.

*“Se denominan beneficios sociales a las prestaciones de naturaleza jurídica de seguridad social, no remunerativas, 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 su cargo. Son beneficios sociales las siguientes prestaciones:...c) los vales alimentarios...otorgados a través de empresas habilitadas por la autoridad de aplicación hasta un tope máximo de veinte por ciento (20%) de la remuneración bruta de cada trabajador comprendido en convenio colectivo de trabajo y hasta un diez por ciento (10%) en el caso de trabajadores no comprendidos.”*

Expresado en otros términos, se debatió si dichos beneficios sociales –que eventualmente puede recibir el trabajador durante el transcurso del vínculo laboral- son compatibles con la definición de salario establecida en el artículo 1º del Convenio N° 95 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT- (1949).

1.1. Previo al análisis del decisorio en sí, se señala que el inciso c) del artículo 103 LCT transcripto fue derogado en forma expresa por la ley 26.341, publicada en el Boletín Oficial de la Nación el día 24 de Diciembre de 2007.

2. De los antecedentes del fallo se desprende, que el actor se desempeñó como gerente comercial de la empresa Disco S.A. y fue despedido sin causa en el mes de diciembre de 2004.

Parte de su salario estaba conformado por vales alimentarios, que según lo prescripto en el artículo 103 bis inciso c) de la LCT, según la redacción vigente a la fecha del despido, eran conceptos no remunerativos y por ende no fueron tenidos en cuenta en la remuneración base de cálculo de las indemnizaciones abonadas al actor con motivo de su desvinculación.

Ello motivo que Pérez reclamara las diferencias de las indemnizaciones percibidas, para lo cual planteó la inconstitucionalidad de la norma referida, por contraposición a la definición de salario contenida en el artículo 1º del Convenio N° 95 OIT (1949).

En primera instancia se admitió el reclamo de actor y se declaró la inconstitucionalidad de la norma aludida.

Posteriormente, a raíz del recurso de apelación planteado por la demandada, la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocó el fallo.

El argumento esgrimido por esta sala fue, en breve síntesis, que no existe disposición alguna del Convenio N° 95 OIT, según la cual el legislador nacional no pueda autorizar a los empleadores a reconocer beneficios sociales a los trabajadores destinados a mejorar su calidad de vida personal y familiar, cuyo valor fuera justo y razonable.

Contra dicho decisorio el actor interpuso el recurso extraordinario, el cual fue denegado y en virtud de ello accede a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por medio del recurso directo o de queja.

3. El tribunal cimero declaró la inconstitucionalidad de la norma aludida, en relación a los vales alimentarios, en cuanto les niega su carácter salarial. Si bien todos los vocales fueron contestes en declarar la inconstitucionalidad indicada, no coincidieron en los argumentos.

Así los argumentos esbozados por la mayoría (Lorenzetti, Petrachi, Maqueda y Zaffaroni) fueron los siguientes:

- (i) Resulta inadmisibile que no sea remuneración una prestación como los vales alimentarios que entrañan una ganancia para el trabajador y que se originan en un contrato o relación de trabajo.
- (ii) Dicha conceptualización como no remunerativa es contraria al principio protectorio consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, que en relación al salario, entre otros aspectos, establece una retribución justa.
- (iii) Destaca que existen normas relativas al salario en diversos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, como son: la declaración americana de los derechos y deberes del hombre; declaración universal de los derechos humanos PIDESC, convención internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial y convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Así se repara que los artículos 6 y 7 del PIDESC denominan salario a la prestación debida al empleado por el empleador.

- (iv) Entiende en el considerando 5º, que llamar a dichos vales *“beneficios sociales”*, *“prestaciones de naturaleza jurídica de seguridad social no remunerativas”* significa: a) mutar al trabajador en beneficiario y al empleador en beneficiador; b) suplantar como causa del crédito o ganancia al contrato de empleo por un acto del empleador ajeno a este último; y c) introducir en un nexo oneroso para ambos celebrantes una suerte de prestación gratuita por parte de una de éstas (el empleador) y así traduce una calificación poco afortunada, carente de sentido y evidente contrasentido
- (v) Precisa, también en el considerando 5º, que: *“La naturaleza jurídica de una institución debe ser definida fundamentalmente por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador o los particulares, le atribuyen... sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del nomen juris sería inconstitucional...Y...el art. 103 bis inc. c. no proporciona elemento alguno que desde el ángulo conceptual autorice a diferenciar a la concesión de los vales alimentarios asumida por el empleador un mero aumento de salarios...”*.
- (vi) Enfatiza que la noción de remuneración en nuestra legislación no puede tener menores alcances que la establecida en el artículo 1º del Convenio N° 95 (1949) O.I.T.
- (vii) Alude a numerosas observaciones que en relación a dicho Convenio, efectuó a nuestro país la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

En definitiva y a modo de conclusión, sostienen que la protección del salario de los trabajadores no puede eludirse mediante el uso de subterfugios terminológicos, sino que dicha protección debe efectuarse de la manera más amplia posible.

3.1. Por su parte la minoría, compuesta por los Vocales Highton de Nolasco, Argibay y Fayt destaca que al momento del dictado del fallo ya estaba vigente la ley 26.341, que precisamente derogó el artículo 103 bis inciso c) LCT, analizada en el decisorio, y por ende deviene en abstracta la cuestión litigiosa.

Sin perjuicio de ello, señala que la norma cuestionada afecta el principio de retribución justa y de protección contra del despido arbitrario (artículo 14 bis de la Constitución Nacional) ya que la base de cálculo de la indemnización por despido debe guardar razonable proporción con los elementos que componen la remuneración.

#### **IV. Fallo: “González, Martín Nicolás c/Polimat S.A. y otro”**

1. En este decisorio, del 19 de Mayo de 2010, la cuestión analizada se centró en el análisis de la constitucionalidad de los decretos número 1273/02, 2641/02 y 905/03 dictados por el Poder Ejecutivo Nacional, que a raíz de la crisis económica de finales del año 2001, establecieron aumentos no remunerativos de pesos cien (\$ 100.-) a Pesos Doscientos (\$ 200.-) como un modo de recomponer los salarios de los trabajadores y que luego, en forma paulatina, se transformaron en conceptos remunerativos.

2. El juicio fue iniciado por el actor en contra de dos empresas: Polimat S.A. y Rayda S.A., ya que fue despedido sin causa en el mes de Octubre de 2003.

Su salario estaba integrado, entre otros rubros y/o conceptos, por las asignaciones no remunerativas establecidas por los decretos ya mencionados; precisamente por ser conceptos no remunerativos no formaron parte de la remuneración base de cálculo de las indemnizaciones abonadas por el despido.

En virtud de ello reclama diferencias en la indemnización por antigüedad, en la correspondiente a las vacaciones no gozadas y también en el aguinaldo, planteando la inconstitucionalidad de dichos decretos, por no ajustarse a la definición de salario contenida en el artículo 1° del Convenio N° 95 OIT (1949).

2.1. En primera instancia se admitió el reclamo de actor y se declaró la inconstitucionalidad de los decretos.

Luego, y con motivo del recurso de apelación interpuesto por las demandadas, la Sala Séptima de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocó el fallo, en base a considerar que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, que asegura al trabajador una retribución justa, pone en cabeza de legislador la elección de los medios para lograr dicho fin. Así el Poder Ejecutivo Nacional, al dictar los decretos referenciados, sin estar obligado a hacerlo, dispuso aumentos no remunerativos, sin afectar mínimos inderogables y ninguna garantía constitucional y por ende no resultan inconstitucionales.

2.2. Al igual que en el fallo “Perez”, el actor planteó el recurso extraordinario, el cual fue denegado y arribó a la Corte a través del recurso directo o de queja.



3. El más alto tribunal de la nación, declaró la inconstitucionalidad de los decretos indicados, ya que les negó a las asignaciones no remunerativas por ellos fijadas, su carácter salarial. También, y al igual que lo sucedido en “Perez” todos los vocales declararon la inconstitucionalidad indicada, sólo que la vocal Argibay lo hizo con sus propios fundamentos.

Así los argumentos esbozados por la mayoría (Lorenzetti, Petrachi, Maqueda. Highton de Nolasco, Zaffaroni y Fayt) fueron los siguientes:

- (i) Remiten a las consideraciones efectuadas sobre los conceptos no remunerativos del fallo: “Pérez c/Disco”.
- (ii) Señala que el Poder Ejecutivo Nacional no pudo darle carácter no remunerativo a dichas asignaciones, cuando el carácter alimentario es propio del salario.
- (iii) Destaca que los decretos aludidos, además son contrarios a la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario, ya que disminuye uno de los elementos o parámetros que se utiliza en el cálculo de la misma (advértase que este argumento fue utilizado en la minoría en “Pérez”).

En tal sentido menciona un informe de la Comisión de Expertos de la OIT, en relación a una queja formulada contra el Gobierno de Venezuela que estableció subsidios o bonos que no se contabilizaban para el salario.

- (iv) Enfatiza que tales asignaciones no remunerativas son contrarias a las normas contenidas en el Convenio N° 52 O.I.T. (1936) sobre Vacaciones, ratificado por nuestro país en 1950, según el cual los trabajadores deben percibir durante el goce de aquellas su remuneración habitual.

3.1. Por otro lado en su voto la Vocal Argibay expresa que los decretos aludidos se aplicaron en el derecho privado, es decir en el ámbito de relaciones de trabajo entre particulares derivadas del contrato de trabajo, cuya legislación se encuentra reservada al Poder Legislativo (advértase que en tal sentido utiliza el argumento esbozado por el tribunal de segunda instancia).

Considera que con estos decretos de necesidad y urgencia el Poder Ejecutivo Nacional violó lo dispuesto por los artículos 99.3 y 100.13 de la Constitución Nacional, pues los mismos no fueron analizados por la Comisión Bicameral Permanente del Congreso, ya que la misma no estaba conformada.

## V. El Convenio N° 95 OIT (1949)

1. Conforme se indicó, en los dos decisorios analizados, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad de dos conceptos no remunerativos distintos (vales alimentarios y asignaciones no remunerativas fijadas por decretos del Poder Ejecutivo Nacional de los años 2002 y 2003) por considerar a los mismos contrarios a las disposiciones del Convenio N° 95 OIT (1949), lo que impone el análisis de tal instrumento internacional.

2. Previo al análisis del convenio indicado propiamente dicho, resulta útil remarcar que los convenios internacionales adoptados por la Organización Internacional del Trabajo son instrumentos que pertenecen a la categoría de tratados con características propias.

Se pueden señalar, entre sus características, su adopción en asambleas tripartitas; las obligaciones con anterioridad a su ratificación y el sistema de control con posterioridad a la misma.

Para que comience a regir en el orden interno de un país, es imprescindible que sean ratificados y su ratificación acarrea la asunción de compromisos internacionales.

En cuanto a sus efectos, se asimilan a los tratados internacionales, ya que se los considera, en los términos del artículo 31 de la Constitución Nacional "*tratados con las potencias extranjeras*" como así en base al artículo 75 inciso 22. de la Carta Magna que alude a los "*tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales*".

En el ordenamiento jurídico de nuestro país y según lo establecido en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional poseen jerarquía superior a las leyes y como consecuencia de esta jerarquía supralegal o por encima de la ley, un convenio de la O.I.T. ratificado deroga cualquier disposición legal contraria ya sea anterior o posterior a dicha ratificación.

En lo que se refiere a su operatividad, se sostiene, de manera generalizada, que los convenios de la O.I.T. poseen normas de carácter general dirigidas a los estados, con el objeto que estos las apliquen, para lo cual se requiere que dichos estados dicten las normas necesarias (6).

3. Ahora bien y en relación al Convenio N° 95 OIT (1949) denominado "de protección del salario" el mismo fue ratificado por nuestro país por decreto ley N° 11.594 de 1956 y revisado parcialmente por el Convenio N° 173 O.I.T. (1992).

Posee 15 artículos y está complementado por la Recomendación N° 85 O.I.T. (1949), que a su vez posee 9 artículos

### 3.1. Estructura la protección del salario en base a cinco aspectos:

(i) *forma y medio de pago del salario*: en el que se indican básicamente las condiciones de lugar, tiempo y modo de pago del mismo;

Así establece el pago del salario en efectivo; autoriza el pago con prestaciones en especie siempre que comprendan: una parte del salario y sean apropiadas al uso personal

---

(6) VON POTOBSKY, GERALDO, "*Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo: ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno?*"; D.T. 1997-A-457 y ss. y su participación en *Tratado de Derecho del Trabajo*, Tomo I, Capítulo 7 "Fuentes del Derecho del Trabajo", Apartado II: "Derecho Internacional y Regional del Trabajo", dirigido por Ackerman, Mario, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pags. 496/541.

del trabajador y de su familia y su valor justo y razonable. Igualmente señala que el pago del salario debe efectuarse a intervalos regulares;

(ii) *libertad de disponer el salario*: a tal fin se alude a que los trabajadores pueden hacer uso de los servicios prestador por el empleador si lo desean y las mercaderías ofrecidas por el empleador se deben vender a precios justos y razonables;

(iii) *deber de información*: en este aspecto señala que el empleador debe informar a sus trabajadores los salarios a percibir y los períodos de pago, y menciona en este aspecto a los recibos de sueldo;

(iv) *garantías salariales*: determina que las mismas deben asegurar el pago total del salario y proteger de descuentos excesivos en casos en que el trabajador debe reembolsar pérdidas de producción, bienes o instalaciones del empleador o daños causados a los mismos. También esa protección debe extenderse en caso de quiebra o liquidación del empleador a través de privilegios;

(v) *medidas en caso de incumplimientos*: las cuales deberán ser previstas por las legislaciones nacionales.

4. En lo que se refiere al *concepto de salario* establece que “A los efectos del presente convenio, el término salario significa la remuneración o ganancia, 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”

Conforme lo indica un Estudio de la O.I.T. sobre dicho Convenio publicado en el año 2003, la intención de los redactores del Convenio fue utilizar el término salario no en un sentido técnico, propio de las legislaciones nacionales, sino en un sentido genérico que comprenda la totalidad de las diversas formas y componentes de la remuneración (7).

En tal sentido el estudio de marras indica que la mayoría de los países contienen una definición amplia de salario, sueldo o remuneración para garantizar un alcance amplio de las medidas de protección que contiene el Convenio N° 95 O.I.T.

Es más, dicho informe afirma que el Comité de Expertos estableció que el *hecho que una prestación salarial cualquiera sea su denominación, no se integre en la definición de salario contenidas en las legislaciones nacionales no constituye automáticamente una violación del Convenio N° 95 O.I.T., siempre que gocen de la cobertura propia de protección contenida en los artículos 3 a 15* (8).

---

(7) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO / OIT. *Protección del Salario - Normas y salvaguardas relativas al pago de la remuneración de los trabajadores*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, 2003, p. 19.

(8) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO / OIT-: ob. cit. p. 26.

Señala incluso que existen países (Egipto, Kuwait, R. Arabe Siria) en los cuales el salario es toda remuneración recibida por el trabajador por el trabajo realizado, complementados por pagos de cualquier naturaleza, que carecen de relación alguna con las tareas efectuadas e incluye conceptos no remuneratorios como lo son las asignaciones familiares.

Indica también que el Salario en Estados Unidos (en varios de sus Estados) incluye pagos por conceptos que no se derivan precisamente de la tarea como son: la indemnización por despido, gastos médicos, gastos de seguridad social y cotización de jubilaciones (9).

5. Así, se puede sostener válidamente, pese a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en función de lo establecido por la propia O.I.T., la existencia de conceptos no remunerativos no implican de modo automático la violación de las disposiciones del Convenio N° 95 O.I.T. (1949), pues precisamente gozan de todos los medios de protección ya señalados en base a los cuales se estructuró los cinco aspectos del Convenio N° 95.

## **VI. Particularidades de las asignaciones no remunerativas fijadas en los convenios colectivos de trabajo y acuerdos salariales**

1. Desde hace algunos años, en especial a partir del año 2005 como consecuencia del crecimiento de la negociación colectiva, es común observar acuerdos salariales o paritarios e incluso convenios colectivos, en el que se pactan conceptos o asignaciones no remunerativas. A título de ejemplo dichos acuerdos salariales se han dado en el marco de convenios de actividad, como lo son el de comercio N° 130/75; metalúrgicos N° 260/75, sanidad N° 42/89, construcción N° 76/75 etc. y también en convenios colectivos de diferente ámbitos de aplicación.

2. Los fallos reseñados, emanados del más alto tribunal, si bien no se refirieron puntualmente a las asignaciones no remunerativas pactadas en acuerdos salariales y convenios colectivos de trabajo, o lo que es lo mismo, en negociaciones colectivas, cuestionaron o pusieron en duda la validez constitucional de los conceptos no remunerativos en general; de ahí que es válido sostener que se encuentran, expresado en términos sencillos, “con pronóstico reservado”.

3. Sin embargo, se sostiene que tales asignaciones poseen aspectos peculiares que no pueden soslayarse a la hora de establecer la validez o invalidez constitucional de las mismas.

4. En efecto, la primera característica que poseen, es que son fruto de la negociación colectiva, entiendo por aquella la que se da entre sujetos colectivos de trabajo, que al formar parte de la autonomía colectiva constituye uno de los pilares del derecho colectivo del trabajo.

Dichos sujetos colectivos, en nuestra legislación, pueden ser: por el lado de los trabajadores, una entidad sindical con personería gremial o, a falta de esta, una entidad sindical simplemente inscripta conforme los términos de los artículos 23 y 31 de la ley

---

(9) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO / OIT: ob. cit., pp. 20/ 21.

23.551 de asociaciones sindicales; y por el lado del empleador puede ser: o bien una entidad representativa de los empleadores (verbigracia: una Cámara, Unión, etc.); un grupo de empresas o empleadores; o bien un sólo empleador o una empresa (10).

La Organización Internacional del Trabajo -O.I.T.- ha conceptualizado a la negociación colectiva como:

*“...un proceso de adopción de decisiones. Su propósito primordial es llegar a convenir un conjunto de normas que rijan las cuestiones de fondo y de procedimiento de la relación de empleo, al igual que las relaciones entre las partes en la negociación” y trata: “no sólo las discusiones que culminan en un contrato (convenio o acuerdo) colectivo, según lo define y reglamente la ley sino además, todas las formas de trato entre empleadores y trabajadores o entre sus respectivos representantes, siempre y cuando supongan una negociación en el sentido corriente de la palabra” (11).*

Entre los instrumentos que surgen de una negociación colectiva se pueden mencionar, además de los acuerdos salariales, los: a. convenios colectivos de trabajo; b. acuerdos internos de empresa; c. acuerdos en el marco de un procedimiento preventivo de crisis, según lo previsto en el artículo 98 y siguientes de la ley 24.013; d. acuerdos como consecuencia de una conciliación obligatoria en los términos de la ley 14.786; e. acuerdos marco, es decir los celebrados entre asociaciones profesionales de tercer grado y el Estado (12); f. acuerdos interconfederales, es decir los suscriptos entre confederaciones centrales de trabajadores y empleadores (13).

Expresamente así lo señala Julio C. Simón al afirmar:

*“Es obligado concluir que el concepto de negociación colectiva está estrechamente relacionado con la definición de convenio colectivo. Sin embargo, a pesar de que muchos autores (y aún la jurisprudencia) utilizan indistintamente las dos acepciones tal identificación no resulta totalmente asimilada y despierta más dudas que certezas” (14).*

4.1. Por su parte la autonomía colectiva constituye, siguiendo a Rodríguez Mancini, uno de los principios del derecho colectivo de trabajo.

Textualmente el autor citado sostiene:

*“Queda así enunciado el primero de los principios, al cual se le debe agregar el de la autonomía colectiva, como reconocimiento de la capacidad jurídica de existencia y*

(10) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convenio N° 154, artículo 2°.

(11) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La negociación colectiva en los países industrializados con economía de mercado*, pp. 7 y 2-, 1ª. edición, Ginebra, Suiza, 1974, p. 7 y 2.

(12) LORENZETTI, Ricardo Luis, *Convenciones Colectivas de Trabajo*, Rubinzal - Culzoni, Editores, Santa Fe, 1988, p. 57.

(13) LORENZETTI, Ricardo Luis, *ibidem*.

(14) SIMON, Julio C. “Negociación Colectiva”, *Derecho Colectivo de Trabajo*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 421.

*vida independiente de todos los organismos colectivos que nacen como consecuencia de la tendencia natural del hombre a agruparse con sus semejantes para alcanzar más fácilmente la finalidad de su existencia como ser imperfecto. "Siempre que se da un organismo social de cierta complejidad, aunque sea pequeña, se instaura en su interior una disciplina que contiene todo un ordenamiento de autoridad, de poderes, de normas y sanciones".*

*"Como se verá oportunamente, el ejercicio de tales poderes autónomos comprende la facultad de dictarse un estatuto, como ley interna del organismo, el código de disciplina interno, la elección de sus autoridades y, naturalmente, los actos externos que puedan llegar, como se ha dicho, a la creación negocial de normas imperativas respecto de los sujetos de las relaciones individuales (convenciones colectivas de trabajo). Resulta importante destacar que tanto el principio de libertad sindical como el de autonomía colectiva, aparecen reconocidos y garantizados en la Constitución Nacional, en cuyo art. 14 bis se asegura no sólo el derecho de los trabajadores a una "organización sindical libre y democrática", sino también el de los gremios a "concertar convenios colectivos", a la "huelga" y a la "conciliación y arbitraje". "Cabe agregar que, además de las cláusulas constitucionales citadas, las garantías en cuestión se hallan reconocidas en los convenios internacionales a los cuales nuestro país se ha adherido, dentro de la OIT y otros similares elevados actualmente a jerarquía constitucional por la reforma de 1994" (15).*

De este modo el desprecio por la autonomía colectiva implica un supuesto de violación expresa de las garantías constitucionales descriptas precedentemente.

5. En segundo lugar estos acuerdos salariales que establecen asignaciones no remunerativas, fueron y son debidamente homologados por la autoridad de aplicación, es decir el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.

La homologación referida se efectúa en los términos de las normas contenidas en la ley N° 23.546 de negociación colectiva (artículo 6°) y de la ley de convenciones colectivas de trabajo N° 14.250 (artículo 4° - 2° párrafo) e implica que para la autoridad administrativa indicada, tales acuerdos no contienen cláusulas violatorias de normas de orden público ni del interés general y de esta manera, se reitera, es la misma autoridad administrativa la que expresa la validez de los acuerdos.

En tal sentido la jurisprudencia ha indicado:

*"El acto homologatorio de las convenciones colectivas de trabajo es un acto administrativo habilitante de la producción, en cada caso, del efecto establecido por ley, fundado en la constatación de la concurrencia de los requisitos formales y de la ausencia de legalidad y de oportunidad -conformidad con las leyes de orden público e inexistencia de lesión predecible del llamado orden público económico, asimilable con el interés general- que*

---

(15) RODRIGUEZ MANCINI, Jorge R. *Derecho del Trabajo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010, Tomo 3, pp. 6/7.

*constituye, según el Preámbulo de la Constitución Nacional, uno de los objetivos de la organización institucional de la Nación” (16).*

*“La intervención del órgano administrativo cuando homologa un convenio colectivo, es activa ya que realiza un juicio de legalidad y un juicio de oportunidad” (17).*

3. En tercer lugar, al ser fruto de la autonomía colectiva privada, se plantea en doctrina si es posible que el control de constitucionalidad opere sobre la misma.

En un más que interesante trabajo doctrinario, Sebastián A. Caffini (18) señala que, desde el derecho constitucional, autores como como Badeni y Raúl Ferreyra plantean la cuestión en términos más genéricos, definiendo al campo sobre el que opera la supremacía constitucional -y el correlativo control de constitucionalidad como procedimiento que permite su instrumentación- como “las normas jurídicas de jerarquía inferior” y “la normativa y actividad infraconstitucional”, respectivamente. En la misma línea, indica que Ricardo Haro entiende que ese ámbito comprende “... todas las normas infraconstitucionales que integran tanto el orden jurídico nacional (leyes, tratados, decretos, reglamentos, etc.) como los órdenes jurídicos provinciales y municipales...”.

El mismo autor sigue señalado que: *“Cabe preguntarse, sin embargo, si cualquier persona puede cuestionar la constitucionalidad de cualquier acto o, en otros términos, cuál es la amplitud de la legitimación activa tratándose de actos de particulares, y entiendo en ese sentido que la respuesta correcta puede extraerse de la observación efectuada por el propio Bidart Campos quien señala que ‘...El control de constitucionalidad es, primordialmente, una garantía de los particulares ‘contra’ o ‘frente’ al estado, para defenderse de sus actos o normas inconstitucionales. Es poco concordante con su sentido y su finalidad que el estado arguya la inconstitucionalidad de sus propios actos y normas contra los particulares, porque no es una garantía del estado frente a los gobernados. La doctrina y el mecanismo del control no se instituyeron con ese alcance. Hay jurisprudencia de la Corte -reiterada en el caso ‘Ribo, Carlos A. c/Estado Nacional’, del 28 de julio de 1988- en la que el tribunal sostiene que el estado no está legitimado para plantear la inconstitucionalidad de una norma dictada por él mismo...”*

En efecto, si el Estado no está legitimado para plantear la inconstitucionalidad de una norma dictada por él mismo, sólo puede concluirse que los particulares (en el supuesto que nos interesa, los trabajadores y empleadores alcanzados por una cláusula convencional) tampoco pueden válidamente plantear la inconstitucionalidad de una norma que, en ejercicio de la autonomía privada colectiva, ellos mismos crearon.

---

(16) CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, SALA DE FERIA, 24.01.97: *“Confederación General de Trabajo de la República Argentina c/Estado Nacional”*, DT 1997-A-, 506.

(17) SUPREMA CORTE DE MENDOZA, 01.04.97: *“Karake Nesrín, Rosa c/Provincia de Mendoza”*, DT 2000-A, 596.

(18) CAFFINI, Sebastián A., “Sobre las asignaciones “no remunerativas” previstas en los convenios colectivos de trabajo”, *Derecho del Trabajo*, 2012, pp. 247/256.

En definitiva y en opinión de este autor no es posible declarar la inconstitucionalidad de cláusulas contenidas en convenios colectivos y/o acuerdos salariales.

3.1. En la dirección indicada existen varios fallos que expresan: *“...dado que la modificación de la estructura salarial analizada proviene de una fuente heterónoma surgida de la autonomía privada colectiva y no de otros actos de efecto normativo, deviene improcedente el planteo de inconstitucionalidad articulado...”* (voto del Dr. Pirolo) (19).

*“...La acción de inconstitucionalidad dirigida directamente contra un acta de negociación paritaria, no puede prosperar, ya que no se trata de la impugnación del acta de homologación del acta, sino de éste instrumento paritario, que no es otra cosa que un contrato, un acuerdo de voluntades surgido de la negociación desarrollada en el marco de la legislación laboral vigente...”* (20).

*“...Las cláusulas contenidas en las CCT no parecen ser susceptibles de ser tachadas de inconstitucionales. El convenio colectivo es en esencia un contrato nacido de la voluntad común de las partes concertantes, y no constituye ley en sentido formal. En consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad solicitada respecto de una de sus cláusulas resulta improcedente...”* (voto de los Dres. Eiras y Porta) (21).

*“...la convención colectiva de trabajo es, más allá del carácter normativo que posee, genéticamente, un contrato y, como tal, no es susceptible de la tacha de inconstitucionalidad...”* (voto del Dr. Simón al que adhiere el Dr. Scotti) (22).

*“...las cláusulas contenidas en las convenciones colectivas de trabajo no parecen susceptibles de ser tachadas de inconstitucionales, pues su naturaleza es la de un contrato (aunque con el alcance normativo que le asigna la ley) nacido de la concurrencia de voluntades de entidades que el diseño de la ley 14.250 (t.o. DT 1988-A-411) prevé sean suficientemente representativas de los sectores obreros y empresarios de la actividad, y no constituyen ley en sentido formal...”* (voto del Dr. Ruiz Díaz al que adhiere la Dra. Pasini) (23).

*“...estimo infecundo el planteo articulado en subsidio. Las cláusulas contenidas en las convenciones colectivas de trabajo no parecen ser susceptibles de ser tachadas de inconstitucionales. El convenio colectivo es en esencia un contrato nacido de la voluntad*

---

(19) CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, Sala II, 25/06/2010, *“Espíndola, Enrique Rosendo c/Search Organización de Seguridad S.A.”*, La Ley On Line; AR/JUR/31690/2010.

(20) SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA, Sala 1ª. 25/06/2007: *“Brondo, Carlos c/Municipalidad de Luján de Cuyo s/acc. Inc.”*, Lexis Nexis N° 16/16894.

(21) CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, SALA, Sala III, 29/04/2005, *“Aranda, Mario c/Idoria, Jorge s/suc. y otro s/despido”* (Boletín Temático de Jurisprudencia de la C.N.A.T., “Convenios Colectivos, setiembre de 2008).

(22) CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, Sala X, 10/06/2003, *“Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios c/ Becher Lichtenstein y Asociados”*, Jurisprudencia Argentina 2003-III-414.

(23) CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, Sala VII, 06/12/2002: *“Gherzi, Luis A. y Otro c/Ministerio de Defensa”*, Lexis Nexis On line, Lexis N° 1/505690.



*común de las partes concertantes y no constituye ley en sentido formal. En consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad solicitada respecto de una de sus cláusulas resulta improcedente...* (voto del Dr. Billoch al que adhiere el Dr. Morando) (24).

*“...Advertido por el juez de grado que la pretensora integró con su voluntad la creación de la norma convencional cuya inconstitucionalidad ahora impetra y no habiendo la quejosa articulado crítica alguna contra dicho argumento, no cabe sino formular el rechazo de su pretensión pues el voluntario sometimiento a un régimen jurídico sin reserva expresa determina la improcedencia de su impugnación posterior con base constitucional (cfr. C.S.J.N. Fallos: 313:163 in re “Marcelo F. Colombo Murua c. Nac. Arg.”), sin ser necesario en este estadio que el sentenciante proceda a comparar la naturaleza de la norma cuestionada con las de la Constitución Nacional como pretendía el recurrente en su memorial por existir una razón previa —derivada de la aplicación de la teoría de los actos propios— que obsta al cuestionamiento articulado...” (voto de la Dra. Zapatero de Ruckauf al que adhiere la Dra. Pasini) (25).*

*“...La convención colectiva de trabajo es, genéticamente, un contrato. Como tal, no es susceptible de la tacha de inconstitucionalidad...” (voto del Dr. Morando al que adhiere el Dr. Billoch) (26).*

4. En cuarto lugar se destaca que existen numerosos reclamos en sede judicial mediante los cuales, a través del pertinente planteo de inconstitucionalidad, se cuestiona la homologación de acuerdos salariales que se encuentran homologados por la cartera laboral nacional.

Sin embargo no parecer ser -la demanda judicial individual- la vía adecuada, ya que en todo caso el trabajador debió plantear su disconformidad, o bien ante la Entidad Sindical firmante del acuerdo salarial, o bien cuestionar la homologación en sede administrativa y una vez agotada dicha vía, iniciar su revisión en sede judicial, o incluso rearguir de falsedad las actas que en la que constan dichos acuerdos.

En la dirección indicada la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado textualmente:

*“6º Que en lo concerniente a la cuestión a que se ha hecho referencia en los considerandos precedentes, corresponde señalar que en el sub exámine, la actora pretendió someter a la autoridad del magistrado la impugnación de un convenio colectivo de trabajo que, debidamente formalizado y ratificado ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, recibió la correspondiente homologación por parte de dicho organismo por medio de la res. SSRL 20/96, suscripta por el Subsecretario de Relaciones Laborales.*

---

(24) CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, Sala VIII, 28/09/2001, “Repisarda, Jorge O. c/Compañía General de Comercio e Industria S.A” (JA 2002-II-247).

(25) CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, Sala IX, 30/10/1998: “Sociedad Argentina de Locutores c/González del Cerro Carabajal S.A.”, Ty”SS 1999, pags. 834 y ss.

(26) CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, Sala VIII, 17/07/1998, “Sociedad Argentina de Locutores c/Flehner Films S.A. y otros”, TySS, 07/1999-833.

*De conformidad con lo expuesto, el referido planteo debió ser efectuado en el ámbito administrativo mediante la interposición de los recursos pertinentes. Por lo tanto y sólo agotada instancia, quedaría expedita la revisión judicial...”* (27).

En igual sentido el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba indicó:

*“De otro costado, la crítica a la intervención del Ministerio de Trabajo tampoco es tempestiva. Es que, se repite, no resulta factible cuestionar, menos los aspectos formales de un convenio tanto tiempo después; toda vez que ello se traduce en un obrar anárquico y que desconoce el andamiaje jurídico en el que se asientan las instituciones”* (28).

5. En quinto lugar, conforme lo enseña Carlos A. Etala la institución de una asignación no remunerativa es una decisión del legislador que no afecta el orden constitucional. En tal sentido expresó: *“La institución de una “asignación no remunerativa” es una decisión del legislador que sustancialmente en nada afecta al orden constitucional. En este sentido debe interpretarse la manifestación del Juez de Cámara que lleva la voz del tribunal: queda “librado a la discreción legislativa la elección de los medios destinados a la obtención de ese objetivo” (la “retribución justa”). Podrá discutirse la decisión legislativa desde el punto de vista de la política laboral o de la seguridad social, pero no se la puede objetar desde la perspectiva de la normativa constitucional. Es intención del legislador, plasmado en esas normas que las instituyen, que el “salario de bolsillo” del trabajador no se vea disminuido por retenciones destinadas al sistema de la seguridad social y los costos de los empleadores no se incrementen por requerimientos laborales o previsionales que graven la situación empresaria”* (29).

6. En sexto lugar es importante señalar que estas sumas no remunerativas representan para el trabajador un aumento neto, es decir va directamente a su bolsillo sin que al empleador le signifique otro mayor costo; de ahí que en más de una oportunidad su otorgamiento se ha utilizado para destrabar conflictos.

De esta manera el empleador individual no efectúa aportes y contribuciones destinados a la seguridad social, no por iniciativa propia, sino en cumplimiento de un convenio o acuerdo salarial que debe cumplir y que, se reitera, a los fines de su validez, se encuentra convalidado por una decisión administrativa dictada por la cartera o autoridad laboral.

Por ello se sostiene que las decisiones judiciales que le restan importancia a la validez otorgada por la autoridad administrativa, en base a la cual, el empleador cumplió sus obligaciones laborales sin duda que afectan el principio de seguridad jurídica, entendida

---

(27) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LANACIÓN: 03/04/1996, *“Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina c/Estado Nacional - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”* TySS pag. 447/453.

(28) TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOBA - Sala Laboral, Sentencia N° 76, 12.08.2010: *“Doitcheff, Juana del Rosario y otros c/Asociación Colonia de Vacaciones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires -Ordinario - Haberes - Recurso Directo”*

(29) ETALA, Carlos Alberto, *“El principio de “retribución justa” y las asignaciones no remunerativas”, Derecho del Trabajo, 2006, p. 142.*

-en una acepción subjetiva como la previsibilidad del derecho- y en una acepción de mayor rigor, y desde el punto de vista de lo que Perez Luño denomina “*corrección funcional*” como: “*cumplimiento del derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos de su aplicación*” (30).

7. En conclusión y en consonancia con los antecedentes descriptos no resulta tan claro ni tan simple que a través de reclamos judiciales individuales se puedan cuestionar la constitucionalidad de las asignaciones no remunerativas pactadas por medio de instrumentos propios de la negociación colectiva.

Pese a ello, se señala que ya existen algunos antecedentes, en especial emanados de diversas Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que han declarado la inconstitucionalidad de este tipo de asignaciones no remunerativas con los argumentos utilizados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya referidos. Entre otros pueden citarse: el dictado por la Sala V en la causa “*Geist, Alberto Ignacio c/ Coto C.I.C. SA s/ diferencias de salarios*” –con fecha 13/05/2011 (31); el de la Sala I en autos: “*Soubielle Ariel Hernán c/ Directv Argentina S.A. s/ despido*” –con fecha 14/04/2011 (32) y el de Sala X correspondientes al juicio: “*Semenchuck Laura Victoria y otros c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ diferencias de salarios*” de fecha 31/03/2011.

8. Ahora bien si realmente se considera que las asignaciones no remunerativas son violatorias de las disposiciones del Convenio N° 95 OIT (1949), lo que se reitera en modo alguno resulta diáfano, quizás parte de la solución pueda pasar por establecer una fecha de corte para los incrementos no remunerativos y en relación a los actualmente vigente establecer que en forma paulatina se vayan transformando en remunerativos.

En tal sentido y como bien lo señala Caffini (33) existen en ese momento al menos un proyecto en el Poder Legislativo, más concretamente en la Cámara de Senadores.

8.1. En tal sentido se destaca que el día 1° de Marzo de 2012 se publicó en el boletín oficial de la nación la resolución general N° 3279/2012 dictada por la AFIP, en virtud del cual los empleadores deben informar los conceptos no remunerativos que abonan y la fuente legal en la que se originan.

---

(30) PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Seguridad Jurídica”, en “*El derecho y la justicia*”, p. 483 en el volumen de la Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Editorial Trotta, 2ª. edición, Madrid, 2000.

El concepto de la seguridad jurídica, según Perez Luño, contenido en la cita aludida, es el siguiente: “*La seguridad jurídica es un valor estrechamente ligado a los Estados de Derecho que se concreta en exigencias objetivas de: corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos de aplicación.)*. Junto a esa dimensión objetiva, la seguridad jurídica se presenta, en su acepción “subjetiva”, encarnada por la *certeza del Derecho*, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva”.

(31) Rubinzal on line, RCJ 8432/11.

(32) ElDial.com - AA6C2F.

(33) CAFFINI, Sebastian, ob. cit. p. 256.

## VII. Conclusiones

1. Se denomina salario a la contraprestación del trabajo dependiente.

2. Dentro de los distintos criterios de clasificación del salario elaborados por la doctrina, existe el que distingue entre el salario laboral y el salario previsional. El primero está compuesto por conceptos remuneratorios o remunerativos y conceptos no remuneratorios o no remunerativos.

3. Los conceptos remuneratorios son aquellos que guardan estricta relación con la tarea del trabajador y se encuentra enumerados en el artículo 6 de la ley 24.241. Mientras que los no remuneratorios son aquellos, que si bien son percibidos como consecuencia del contrato o relación de trabajo, responden a otras causas o motivos diferentes de la tarea, pudiéndose mencionar entre los mismos a las asignaciones familiares, que se originan en las cargas de familia del trabajador.

3.1. Dicha distinción no es meramente teórica sino que posee importantes consecuencias prácticas. En efecto sólo los conceptos remuneratorios son tenidos en cuenta para el cálculo de las vacaciones, del aguinaldo, de las indemnizaciones derivadas de la extinción del vínculo laboral, de los salarios por enfermedades inculpables, como así también para los aportes y contribuciones de la seguridad social.

4. A través de los decisorios analizados "*Pérez c/Disco*" (2009) y "*Gonzalez c/Polimat*" (2010) la Corte Suprema de Justicia de la Nación considera que dos de los conceptos no remunerativos son contrarios a la concepción de salario fijada por el Convenio N° 95 OIT (1949) y por ende son inconstitucionales.

5. El Convenio N° 95 OIT (1949) fue estructurado en base a cinco aspectos: (i) forma y medio de pago del salario; (ii) libertad de disponer el salario; (iii) deber de información; (iv) garantías salariales y (v) medidas en caso de incumplimientos.

Contiene igualmente una noción amplia de salario y la intención de los redactores del Convenio fue utilizar el término salario no en un sentido técnico, propio de las legislaciones nacionales, sino en un sentido genérico que comprenda la totalidad de las diversas formas y componentes de la remuneración.

5. 2. En virtud de los propios antecedentes de la OIT se sostiene que la existencia de conceptos no remunerativos no implican de modo automático la violación de las disposiciones del Convenio N° 95 O.I.T. (1949), ya que dichos conceptos o rubros gozan de todos los medios de protección ya señalados en base a los cuales se estructuraron los cinco aspectos del Convenio N° 95.

6. Las asignaciones no remunerativas pactadas a través de la negociación colectiva se encuentran con "pronóstico reservado" en virtud de la doctrina fijada por el Máximo Tribunal en los fallos examinados.

7. Sin embargo las mismas poseen características peculiares que requieren un análisis profundo en las decisiones judiciales.

7.1. Dichas características son las siguientes:

(i) son fruto de la negociación colectiva y por ende de la autonomía colectiva que constituye un principio del derecho colectivo de trabajo de raigambre constitucional;

(ii) se establecen normalmente a través de convenios colectivos de trabajo o acuerdos salariales que se encuentran homologados por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación. Dicha homologación implica que para la autoridad administrativa tales acuerdos no contienen cláusulas violatorias de normas de orden público ni del interés general;

(iii) al ser fruto de la autonomía colectiva privada, se plantea en doctrina si es posible que el control de constitucionalidad opere sobre la misma. Existen variados antecedentes de doctrina y jurisprudencia que niegan esta posibilidad;

(iv) por constar en instrumentos colectivos homologados, la demanda judicial individual no constituye la vía adecuada para impugnarlos, pues en todo caso su disconformidad deberá ser planteada por el trabajador ante la Entidad Sindical firmante del acuerdo salarial, o bien cuestionar la homologación en sede administrativa y una vez agotada dicha vía iniciar su revisión en sede judicial, o incluso rearguir de falsedad las actas que en la que figuran dichas incrementos no remunerativos;

(v) la institución de una asignación no remunerativa es una decisión del legislador que no afecta el orden constitucional;

(vi) estas sumas no remunerativas representan para el trabajador un aumento neto, es decir va directamente a su bolsillo sin que al empleador le signifique otro mayor costo; de ahí que en más de una oportunidad su otorgamiento se ha utilizado para destrabar conflictos.

8. Las decisiones judiciales que le restan importancia a la validez otorgada por la autoridad administrativa, al homologar instrumentos en los que se pactan asignaciones no remunerativas, afectan el principio de seguridad jurídica pues en cumplimiento de dicha validez el empleador cumplió con sus obligaciones.

9. Si se considera que las asignaciones no remunerativas son violatorias de las disposiciones del Convenio N° 95 OIT (1949), lo que no resulta diáfano, se sugieren dos medidas: a) la primera que por vía legal, se fije una fecha de corte para los incrementos no remunerativos y respecto de los vigentes establecer que en forma paulatina se vayan transformando en remunerativos y b) no seguir permitiendo, como sucede en la actualidad, que la autoridad administrativa homologue instrumentos colectivos en los que estos figuren.

## SENTENCIA

---

**Tribunal:** Corte Suprema de Justicia de la Nación

**Fecha:** 19 de mayo de 2010

**Partes:** *González, Martín Nicolás c/ Polimat S.A. y otro.*

G. 125. XLII.

Buenos Aires, 19 de mayo de 2010

Vistos los autos: “*Recurso de hecho deducido por la actora en la causa González, Martín Nicolás c/ Polimat S.A. y otro*”, para decidir sobre su procedencia.

*Considerando:*

1°) Que la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al modificar el fallo de primera instancia, redujo la condena por diferencias en las indemnizaciones por despido y por vacaciones no gozadas, y en el sueldo anual complementario. Dado que, según lo sostuvo, correspondía desestimar el planteo de inconstitucionalidad de los decretos 1273/02, 2641/02 y 905/03, en cuanto calificaron como “asignaciones no remunerativas de carácter alimentario” a las prestaciones dinerarias que establecían en favor de los trabajadores, era improcedente computar aquéllas para el cálculo de los rubros aludidos. Contra ese pronunciamiento, la parte actora interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja.

2°) Que la apelación federal es admisible porque, además de reunir los restantes recaudos para tal fin, cuestiona las normas anteriormente citadas por vulnerar derechos reconocidos al trabajador por el art. 14 bis de la Constitución Nacional y por preceptos contenidos en tratados internacionales con jerarquía constitucional, y la decisión impugnada ha sido contraria a la pretensión fundada por la recurrente en éstos (art. 14.3 de la ley 48).

3°) Que los decretos 1273/02, 2641/02 y 905/03, establecieron que los trabajadores del sector privado comprendidos en convenciones colectivas de trabajo -con excepción de los agrarios y los del servicio doméstico- debían percibir de su empleador una “asignación” mensual “no remunerativa de carácter alimentario”, que fue fijada en \$ 100 entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2002, en \$ 130 entre el 1° de enero y el 28 de febrero de 2003, en \$ 150 entre el 1° de marzo y el 30 de abril de 2003, y en \$ 200 a partir del 1° de mayo de 2003. También dispusieron, por un lado, que en caso de que la prestación del trabajador en el período de pago correspondiente hubiera sido inferior a la jornada legal o a la establecida en convenio colectivo de trabajo, la “asignación” se liquidaría en forma proporcional y, por el otro, que las empresas que hubieran otorgado “otros incrementos con carácter remunerativo o no remunerativo” -durante el período inmediatamente anterior que individualizaron- podían compensarlos, hasta su concurrencia, con las sumas anteriormente señaladas.

4°) Que, en tales circunstancias, son de aplicación al *sub lite* las consideraciones y conclusiones expuestas por esta Corte en “*Pérez c/ Disco S.A.*” (Fallos: 332:2043), de ma-

nera que, en razón a la brevedad, los que suscriben remiten a los votos que formularon en dicha oportunidad.

Más aún: el decreto 1273/02 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”, no obstante reconocer que la negociación colectiva sería la herramienta más idónea para generar una “recomposición salarial”. Luego, mal pudo dicha norma dar naturaleza “no remunerativa de carácter alimentario” a la “asignación” que dispuso, sobre todo cuando, después de todo, el carácter alimentario es naturalmente propio del salario, con arreglo a más que conocida doctrina de esta Corte (Fallos: 311:1003 y 308:1336, entre otros). El salario, apuntó el Tribunal en 1959, “constituye, substancialmente, una prestación tendiente a proveer el sustento del trabajador y de su familia” (Fallos: 245:400, 405). Los decretos 2641/02 y 905/03 se basan en análogos motivos, acotando este último, sin rebozos, que tendía a “continuar con la política de recomposición del poder adquisitivo de los salarios de los trabajadores que fue generada a partir del dictado del Decreto No. 1273/02”.

5°) Que en el presente litigio está fuera de todo debate que el desconocimiento de la naturaleza salarial de la prestación dispuesta por los decretos impugnados produjo una disminución en el importe del sueldo anual complementario. Pero también lo hizo del correspondiente a las indemnizaciones por despido sin justa causa y por vacaciones, lo cual posibilita añadir las siguientes consideraciones.

Respecto del primero de estos dos últimos renglones, resulta notorio que la calificación del concepto litigioso trastornó la finalidad reparadora del régimen indemnizatorio (Ley de Contrato de Trabajo, art. 245), reglamentario del art. 14 bis en cuanto ordena que la ley protegerá al empleado contra el “despido arbitrario”, por cuanto condujo 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 (“Vizzoti”, Fallos: 327:3677, 3686). En este sentido, es oportuno recordar lo resuelto en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) por el “Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Venezuela del Convenio sobre la protección del salario, 1949 (núm. 95) y del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT”, puesto que atañe a una norma que, aun cuando no ha sido ratificada, en nada resultaría más exigente que la citada protección “contra el despido arbitrario” del art. 14 bis, tal como la regula el mencionado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo. En efecto, dicho Comité, al considerar qué debía entenderse como “indemnización adecuada” de la terminación de la relación de trabajo injustificada, prevista en el art. 10 del mentado Convenio n° 158, sostuvo que, por cuanto la Ley Orgánica del Trabajo venezolana establecía una proporcionalidad entre la indemnización por dicha terminación y el importe del salario, “las leyes y reglamentos por las que se crean o aumentan

bonos o subsidios que no se contabilizan a efectos de la definición del salario para el cálculo de las indemnizaciones [...] provocan una reducción de la base de cálculo del importe [de éstas] y, por este motivo, alteran el carácter adecuado de la indemnización” prevista en el citado art. 10 (Document No. (ilolex): 161997VEN095, 25-3-1997, párr. 26; en igual sentido respecto de la “indemnización por fin de servicios”, párr. 28). Tampoco cabe olvidar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al examinar el contenido y el alcance del “derecho al trabajo” del art. 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tomó en cuenta el citado Convenio N° 158 en cuanto a que el régimen nacional debe prever el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente, al tiempo que expresó que todas las víctimas de esas violaciones tienen derecho a una reparación “adecuada”, que puede adoptar la forma de una “indemnización” (Observación general n° 18 El Derecho al Trabajo, 2005, E/C.12/GC/18, párrs. 11 y 48).

A su turno, en el supuesto de las vacaciones, se suma a todo lo dicho el Convenio N° 52 de la OIT de 1936, ratificado en 1950, según el cual, durante aquéllas el trabajador deberá percibir “su remuneración habitual” (art. 3.a).

10) Que, en conclusión los decretos 1273/02, 2641/02 y 905/03 resultan inconstitucionales en cuanto desconocen la naturaleza salarial de las prestaciones que establecen. En consecuencia, corresponde revocar la sentencia apelada.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal subrogante, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario deducido, y se revoca el pronunciamiento apelado con los alcances indicados, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), por lo que la causa deberá ser devuelta a fin de que, por quien corresponda, sea dictado un nuevo fallo con arreglo al presente. Hágase saber, agréguese la queja al principal y, oportunamente, remítase. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

ES COPIA

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

*Considerando:*

1°) La presente causa se inicia con la demanda de Martín González contra “Polimat S.A.” y “Radya S.A.”, en procura del cobro de créditos salariales y otras indemnizaciones derivadas del despido resuelto por la empleadora con fecha 9 de octubre de 2003. Asimismo, el actor solicitó la declaración de inconstitucionalidad de los decretos 1273/02, 2641/02 y 905/03 en cuanto calificaron como “no remunerativos” a los incrementos que dispusieron en los ingresos de los trabajadores del sector privado comprendidos en las convenciones colectivas del trabajo y en el régimen de la negociación colectiva, en los términos de la ley 14.250 y sus modificatorias (fs. 5/17).



2°) La Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo al modificar el fallo de primera instancia, redujo la condena por diferencias salariales en las indemnizaciones por despido y por vacaciones no gozadas, y en el sueldo anual complementario.

Para así decidir, el *a quo* afirmó que cuando el art. 14 bis establece que “las leyes asegurarán al trabajador una retribución justa”, pone en cabeza del legislador la elección de los medios destinados a la obtención de ese objetivo. A renglón seguido manifestó que en el caso el PEN, que no estaba obligado a hacerlo, dispuso un incremento “no remunerativo y alimentario” en los decretos 1273/02, 2641/02 y 905/03. Agregó que, de traída la mejora nominal, no se afectaban los mínimos inderogables (art. 7° de la LCT) y por lo tanto ninguna garantía constitucional resultaba lesionada (fs. 344/347).

Contra este pronunciamiento, la parte actora interpuso un recurso extraordinario, cuya denegatoria origina la presente queja.

3°) En su remedio federal, el recurrente aduce que no obstante haberlos calificado de “no remunerativos”, los incrementos dispuestos por los decretos en cuestión debían considerarse salariales por encuadrar en el dispositivo del art. 103 de la Ley de Contrato de Trabajo que adopta un concepto de salario como toda aquella contraprestación que percibe el trabajador a consecuencia del contrato de trabajo.

Denuncia que privarlos de naturaleza salarial viola el art. 14 bis de la Constitución Nacional que establece que el trabajo gozará de la protección de las leyes, las que deben asegurar al trabajador una retribución justa, y condiciones dignas y equitativas de labor. Así como también, el convenio 95 de la OIT con categoría “supra-legal” (art. 75, inciso 22) que en su art. 1 expresamente establece que: “la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por 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 por servicios que haya prestado o deba prestar”.

Destaca, que esa es la única interpretación posible porque la obligación que el Poder Ejecutivo puso a cargo de los empleadores del sector privado, no podía violar normas de jerarquía superior (art. 31 de la Constitución Nacional), además que si la razón de los incrementos fue la crisis económica y social por la que atravesaba el país en el año 2001, no existía fundamento para suprimirle la naturaleza remunerativa a los decretos impugnados. Más aún si se tenía en cuenta que no habían sido modificados los importes del salario mínimo vital y móvil ni las escalas salariales para las actividades del sector privado entre los 5 a 10 años anteriores, según los casos.

4°) En autos se encuentra en discusión la validez de los decretos nacionales 1273/02, 2641/02 y 905/03, por resultar contrarios a una ley nacional y por ende violatorios de la prelación normativa establecida por la Constitución Nacional, según la inteligencia que de ellos hace el recurrente.

En la medida que el pronunciamiento ha sido contrario al derecho de este último, el recurso extraordinario resulta admisible en los términos del art. 14, inciso 3°, de la ley 48.

5°) Los decretos 1273/02, 2641/02 y 905/03, establecieron que los trabajadores del sector privado comprendidos en convenciones colectivas de trabajo -con excepción de los agrarios y los del servicio doméstico- debían percibir de su empleador una “asignación” mensual “no remunerativa de carácter alimentario”, que fue fijada en \$ 100 entre 1° de julio y el 31 de diciembre de 2002, en \$ 130 entre el 1° de enero y el 28 de febrero de 2003, en \$ 150 entre el 1° de marzo y el 30 de abril de 2003, y en \$ 200 a partir del 1° de mayo de 2003.

También dispusieron por un lado, que en caso de que la prestación del trabajador en el período de pago correspondiente hubiera sido inferior a la jornada legal o a la establecida en el convenio colectivo de trabajo, la “asignación” se liquidaría en forma proporcional y, por el otro, que las empresas que hubieran otorgado “otros incrementos con carácter remunerativo o no remunerativo” podían compensarlos, hasta su concurrencia, con las sumas anteriormente señaladas.

Por su parte, el decreto 392/03 dictado con fecha 10 de julio de 2003, estableció que, a partir del 1° de julio de 2003, los trabajadores del sector privado percibirían un incremento paulatino de sus remuneraciones básicas de \$ 28 mensuales durante el lapso de 8 meses; que cada uno de estos incrementos remunerativos sería deducido de la “asignación” antedicha hasta su extinción y que, durante el lapso aludido, el importe remanente de esta última conservaría transitoriamente su carácter no remunerativo y alimentario.

6°) Los decretos 1273/02, 2641/02 y 905/03 adoptaron una decisión cuyo ámbito de aplicación es el derecho privado, pues alcanza relaciones entre particulares como son las derivadas del contrato de trabajo. Por tal motivo, quien tiene potestad legislativa en la materia es el Congreso Nacional.

En la medida que la parte actora ha fundado su agravio en que el art. 103 de Ley de Contrato de Trabajo le otorga derecho a considerar que todos los montos que recibe como consecuencia de su prestación laboral tienen carácter remunerativo, no es una respuesta válida la que da la cámara en cuanto acude a la “discreción legislativa” para reglamentar el art. 14 bis de la Constitución Nacional en lo atinente al carácter que deben tener tales pagos. Este argumento implica tratar de manera equivalente una ley dictada por el Congreso y los decretos del Poder Ejecutivo en una materia que resulta competencia del primero.

En consecuencia, el a quo ha reconocido al Ejecutivo atribuciones para dictar disposiciones de carácter legislativo, en manifiesto apartamiento de lo dispuesto por el art. 99.3, segundo párrafo de la Constitución Nacional en cuanto dispone: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”.

7°) Por lo expuesto, resulta una inteligencia inadecuada de la Constitución la que utiliza el tribunal apelado como fundamento para revocar el pronunciamiento de primera instancia, pues, como ya se dijo, iguala las normas dictadas por el Presidente a las leyes, al utilizar para los primeros los mismos estándares que sirven para juzgar la razonabilidad de las segundas. En efecto, el tribunal de alzada expresamente dijo: “La Constitución Nacional, en su artículo 14 bis, dispone que las leyes asegurarán al trabajador ‘retribución justa.’ Deja librado a la discreción legislativa la elección de los medios destinados a la obtención de ese objetivo. En el caso, el Poder Ejecutivo Nacional, dispuso un incremento...”

Sin embargo, de acuerdo con el régimen de división de poderes establecido por la Constitución, el Presidente no cuenta con atribuciones -mucho menos con una “amplia discreción”- para reglamentar de manera directa y autónoma los derechos reconocidos por la Constitución Nacional sino que esto debe ser hecho por las leyes, según lo disponen sus arts. 14 y 28.

8°) Resta señalar que un decreto de necesidad y urgencia no adquiere tal condición por la mera decisión del Presidente de adjudicarle ese rótulo, sino cuando se han seguido para su dictado los procedimientos establecidos en la Constitución Nacional, especialmente, en sus arts. 99.3 y 100.13. En efecto, en el caso no se ha demostrado que los decretos de necesidad y urgencia objetados hayan sido sometidos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, por cuanto a la fecha en que fueron dictados no estaba constituida y por lo tanto, no hubo pronunciamiento oportuno por parte de las Cámaras del Congreso.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal subrogante, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario deducido y se revoca el pronunciamiento apelado con los alcances indicados.

Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), por lo que la causa deberá ser devuelta a fin que, por quien corresponda, sea dictado un nuevo fallo con arreglo al presente. Hágase saber, agréguese la queja al principal y, oportunamente, remítase. CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

Recurso de hecho interpuesto por Martín Nicolás González, representado por el Dr. Oscar Eduardo Simiele.

**Tribunal de origen:** Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VIII.

**Tribunales que intervinieron con anterioridad:** Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 44.

Para acceder al Dictamen de la Procuración General de la Nación ingrese a:

[http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2007/beiro/gonzales\\_martin\\_g\\_125\\_l\\_xlii.pdf](http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2007/beiro/gonzales_martin_g_125_l_xlii.pdf)

## SENTENCIA

---

**Tribunal:** Corte Suprema de Justicia de la Nación

**Fecha:** 1 de septiembre de 2009

**Partes:** “Pérez Aníbal c/ DISCO S.A.”

P. 1911. XLII.

### RECURSO DE HECHO

Procuración General de la Nación

Suprema Corte

- I -

Los jueces de la Sala III, de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo redujeron el monto de condena de primera instancia, correspondiente a las indemnizaciones admitidas por el art. 245 de la LCT (modif. Por la ley 25.877) y los incrementos previstos en las leyes especiales n° 23.323 y n° 25.561, porque entendieron que debían calcularse teniendo en cuenta sólo aquellos rubros con los que la empresa solventaba el contrato del gerente comercial de la cadena de supermercados, el que se integraba con el salario básico denunciado, los viáticos, el vehículo, gastos de éste, teléfono celular y refrigerio. En consecuencia, consideraron que debía excluirse de dicho cálculo los conceptos que comprenden a los tickets canasta o vales alimentarios, medicina prepaga, gratificaciones, gratificaciones extraordinarias y la incidencia del aguinaldo (v. fs. 177/200 y fs. 305/315, de los autos principales que se citarán en lo sucesivo).

- II -

Contra tal pronunciamiento la actora dedujo el recurso extraordinario federal (v. fs. 319/376) cuya denegación (v. fs. 384) dio origen a la presente queja (v. fs. 268/295, del cuaderno respectivo).

La recurrente se agravia, en síntesis, porque la sentencia no tuvo en cuenta en la base de cálculo de las indemnizaciones correspondientes, los valores de los *items* que entiende remuneratorios y que se hubiesen “devengado”, a saber: ticket canasta, las gratificaciones y el cálculo del Sueldo Anual Complementario (SAC) sobre ellos. Critica además que se haya aplicado el tope del art. 245 de la LCT, porque al tratarse de un trabajador fuera de convenio estaría excluido de la limitación que impone la norma. También cuestiona que se hayan tratado temas no apelados de la decisión de primera instancia referidos a la forma de cálculo del artículo 2° de la ley 25.323 y el incremento al 80% (dto. 823/04) de la indemnización prevista en el art. 2° de la ley 25.323, todo lo cual alteraría la cosa juzgada.

Asimismo se agravia porque, oportunamente, a pesar que la demandada no había impugnado fundadamente la declaración de inconstitucionalidad del art. 103 bis de la LCT del juez de primera instancia, la alzada revocó esa decisión sin hacerse cargo de los argumentos que le dieron sustento. Insiste con su planteo de inconstitucionalidad por

considerarlo contrario al Convenio 95 de la OIT que resulta una norma de rango superior a las leyes. Sostiene que el fallo omitió el tratamiento referido a que la incorporación del art. 103 bis a la LCT mediante la ley 24.700 y vulneró el principio de progresividad regulado en tratados internacionales.

- III -

Creo menester destacar, ante todo, que el actor recurrió la sentencia con sustento en la falta de fundamentos del fallo de la alzada. Por lo tanto, se impone tratar en primer orden, este tema sin perjuicio de la materia federal planteada, pues de configurarse arbitrariedad no habría, en rigor, sentencia propiamente dicha (v. Fallos: 318:189; 322:904; 323:35, entre otros).

Sobre el particular, advierto que en cuanto a la supuesta alteración del principio de la cosa juzgada respecto de la base de cálculo, incremento al 80% (dto. 823/04) de la indemnización prevista por el artículo 2° de la ley 25.323 (sanción por falta de pago oportuno de las indemnizaciones derivadas del despido) y aplicación del tope del art. 245 de la LCT, si bien podría reprocharse, en algún sentido una deficiencia formal al contenido de los agravios de la demandada ante la alzada, es claro que la empleadora no consintió el fallo pues con argumentos mínimos manifestó su disconformidad (v. fs. 219/220) en términos ínfimos, pero suficientes que habilitaban el tratamiento de la cuestión por la alzada. Ello evidencia que la recurrente bajo la apariencia de una discusión sobre los alcances de la cosa juzgada, pretende reeditaren realidad, en esta instancia extraordinaria el problema relacionado con la suficiencia de la expresión de agravios de la demandada, materia ajena a la instancia del artículo 14 de la ley 48, máxime si no se ha demostrado, como ocurre en el caso, que en este tópico la sentencia se extienda más allá de límites razonables.

Sin perjuicio del aspecto señalado, no mejora la suerte del recurso el planteo de arbitrariedad, en la medida que se señalan aspectos que no habilitan la vía extraordinaria.

En efecto, revisten tal naturaleza los agravios referidos a la denegación de los rubros devengados que la actora pretende que se integren en la base de cálculo de la indemnización por despido como son las gratificaciones y el cálculo del Sueldo Anual Complementario (SAC), porque constituyen meras discrepancias respecto de lo resuelto por los jueces sobre cuestiones de hecho y prueba, derecho común y procesal atinentes a la solución de la *litis*, admitiéndose la vía excepcional sólo en aquellos supuestos donde la sentencia configure un manifiesto apartamiento de las normas conducentes a la solución del caso, de prueba relevante o de hechos acreditados en la causa, extremo que no se advierte configurado en el *sub lite*, máxime que la sentencia cuenta con suficientes fundamentos que, más allá de su grado de acierto, no exceden el límite de lo opinable y la sustentan como acto jurisdiccional válido (Fallos 325:918).

- IV -

Considero, en cambio, que el remedio federal es formalmente admisible en cuanto se ha cuestionado la validez constitucional de la ley 24.700, que introdujo el art. 103 bis, específicamente incisos 'c') bajo la pretensión de ser contraria a lo dispuesto por los

arts. 14bis y 75, incisos 19, 22 y 23 de la Constitución Nacional, y el Convenio n° 95 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por la ley, el principio de progresividad art. 2.1. del Pacto Internacional de los derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la decisión del a quo ha sido adversa al derecho que el interesado fundó en dichas cláusulas (arts. 14, inc. 3°, de la ley 48).

Cabe señalar que la demandada se agravó concretamente de los fundamentos dados por el juez de primera instancia (v. fs. 189/195) para sustentar la declaración de inconstitucionalidad resultaba contrario al criterio consagrado por jurisprudencia que citó, aunque si bien no hubo una crítica minuciosa de todos los argumentos de la juez de grado, una interpretación contextual permite inferir su disconformidad sobre el punto. De tal manera, teniendo especialmente en cuenta la naturaleza de los derechos en tela de juicio cabe considerar a la alzada habilitada a fin de dar tratamiento integral del problema (v. fs. 210/212).

Es así que el *a quo* dio respuesta al tema constitucional afirmando que de ninguna de las disposiciones del Convenio 95 de la OIT surge que “... el legislador nacional no pueda disponer que se autorice a los empleadores a reconocer ciertos beneficios sociales a los trabajadores...”, y más adelante agregó: “...Vale decir que la ley 24.700, más allá del juicio que pueda merecer, traduce una opción de política legislativa acaso opinable, pero que *-prima facie-* no se advierte en franca contradicción con la norma internacional...” (v. fs. 306, *in fine* y 307 párrafo 1°). Sin embargo, en el caso no se trata de que el legislador no pueda disponer que se autorice a los empleadores a reconocer los denominados “beneficios sociales”, sino de no cambiar la naturaleza jurídica de lo que es propio de la contraprestación, que sí define el mencionado Convenio en su art. 1° en cuanto expresa que: “el término ‘salario’ significa la remuneración o ganancia, 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”.

En efecto, el concepto que emerge del citado artículo del Convenio 95 de la OIT, del año 1949, ratificado por la Argentina, mediante el decreto-ley 11.594/56, fue recogido por el legislador nacional en oportunidad de sancionar en 1974 la Ley de Contrato de Trabajo, que en su art. 103 entiende por remuneración a “la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato” (ley n° 20.744).

Allí se advierte la coincidencia del texto internacional con el local.

Sin embargo, en el año 1996 se reformó la redacción original, y mediante la ley 24.700 se introdujo el art. 103 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, que incorpora los llamados “beneficios sociales” con carácter no remunerativo y específicamente los “ticket canasta” (inciso “c”). De este modo se alteró el esquema salarial con grave afectación del principio de progresividad de los derechos sociales, que tiene por función evitar el retroceso de aquello que es conducente al logro de la justicia social (art. 75, incisos 19, 22 y 23 de la C.N.; 26 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y 2 del Pacto Inter-

nacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); máxime cuando la orientación que debe guiar la efectividad de los derechos de este último pacto no debe ser otra que la mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, v. Fallos: 327:3753, cons. 10; voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni; y Fallos 328:1602).

Además, es del caso puntualizar que los Convenios de la OIT son de rango superior a las leyes (Constitución Nacional, art. 75.22, Fallos 327:4607, considerando 5º, párrafo 4º) y que la reforma que aquí se cuestiona desarticuló el sistema protectorio garantido por el art. 14 bis, al producirse una “deslaboralización” del salario, en términos utilizados por el Comité de Expertos en Aplicación y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, en oportunidad de denunciar la incompatibilidad de aquella norma en crisis, con el Convenio 95 (v. Informe de la Comisión de Expertos, observación individual Convenio núm. 95, Año 1996, Inf. 34A4.S55, p. 192; Año 1997, Inf. 31A5.s97, p. 238.; Año 1998, Inf. 31A3.S98, p. 222; Doc. No. (ilolex): 061999ARG095, año 1999; ídem años 2000; 2002; 2003; 2008).

Dicha contradicción fue advertida por los legisladores nacionales al fundar las razones por las que abrogaron los incisos b y c del art. 103 bis, incorporados por la ley 24.700 a la ley 20.744, (v. ley n° 26.341 “Antecedentes Parlamentarios,” Edit. La Ley, Año XV, n° 3, abril 2008, pág. 272, párrafos 2, 4 y 6; pág. 274, párrafo 9, 10 y 11; pág. 287, párrafo 33; pág. 291, párrafo 54; pág. 294 párrafo 65; pág. 301 párrafo 76; pág. 302, párrafo 82; pág. 304, párrafo 94).

A las razones expuestas debo agregar que el *a quo* citó el fallo “Della Blanca” (Fallos 321:3123), sin hacerse cargo de su contenido, en cuanto en oportunidad de su pronunciamiento la Corte sostuvo que la naturaleza “no remunerativa” que el decreto 1477/89 imprimió a los vales alimentarios, sólo puede ser formalmente establecida mediante una decisión de política y rango de una Ley del Congreso, la que a su vez, en su caso, deberá ser confrontada con la Constitución Nacional, que garantiza al trabajador una remuneración justa y lo protege contra el despido arbitrario (Fallos 321:3123, considerando 5º). En efecto, al examinar la razonabilidad de la norma en cuestión el fallo sostuvo que no resulta inconstitucional afirmando “...más allá del juicio que pueda merecer, traduce una opción de política legislativa acaso opinable...” (v. fs. 307). Es que con esa aseveración, precisamente, se soslaya el examen del caso a la luz de la Carta Magna, como señaló V.E. “al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquél toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional. Luego, es tan cierto que los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, como lo es que esta última está destinada a no alterarlos (Constitución Nacional, art. 28), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto cimero que los enunció y que manda asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar “el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos” (Constitución Nacional, art. 75.23; “Vizzoti”, Fallos 327:3677, p. 3688 y “Madorrán”, Fallos 330:1989, considerando 10, párrafo 3º).

En tal sentido, la pauta salarial que debe considerarse como la base de cálculo de la indemnización por despido arbitrario, debe guardar una razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación, como es el salario y éste no es otro que la contraprestación que recibe el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo (art. 103 de la LCT). La regla señala la existencia de una presunción de carácter remunerativo a todo pago por el trabajo recibido, en el marco del contrato de trabajo y por la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, salvo las excepciones que por existir causa distinta surjan de la ley. Tal como lo señala doctrina especializada en materia de Derecho del Trabajo, ello no significa que el legislador puede crear categorías no remunerativas con sólo hacer referencia a ellas y atribuirle sin más tal categoría sin que se pueda examinar la razonabilidad o incluso la coherencia de tales excepciones; lo contrario significaría atribuir a la ley una capacidad desmedida de reglamentación de la garantía constitucional referida a la retribución justa a que se refiere el artículo 14 bis de la CN. En tal sentido, en el caso “Vizzoti”, la Corte señaló que “no podría considerarse que la ley lograra su declarada finalidad reparadora si terminara desconociendo la concreta realidad a la que quiso atender, a causa de limitaciones en la evaluación de uno de los elementos de cálculo que, precisa e inequívocamente constituye uno de los dos indicadores de esa realidad: el salario realmente percibido por el trabajador y no por otro u otros” (Fallos 327:3677, considerando 6°, párrafo 2°).

La norma que califica de no remuneratorios a los vales alimentarios viola también los derechos del trabajador a una retribución justa. La justicia del salario se determina por dos factores; en primer lugar, la estimación económica, consistente en definitiva en un juicio de valoración del trabajo y su resultado; en segundo lugar, que es el primero en el orden jurídico, la exigencia de que el salario proporcione el sustento de una vida digna del trabajador y de su familia (cfr. Justo López, “El Salario”, Tratado de Derecho del Trabajo, dirigido por Mario Deveali, pág. 343). Esa finalidad no se cumple fijando conceptos no remunerativos, razón por la cual el legislador debe garantizar un salario justo que integre la masa de lo que después será la base para calcular la protección contra el despido arbitrario.

En las condiciones expresadas, apartándose el artículo 103 bis inciso “c” de la LCT de principios y derechos como los referidos al salario justo, protección contra el despido arbitrario, propiedad, razonabilidad y progresividad; opino que procede que se declare su inconstitucionalidad, debiendo la Sala reexaminar el asunto en el plano de dicha premisa.

- V -

Por lo expuesto, considero que compete declarar procedente el recurso extraordinario sólo respecto a lo señalado en el punto IV y revocar la sentencia en cuanto sostuvo la constitucionalidad del inciso ‘c’, del art. 103 bis. de la LCT y restituir las actuaciones al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con el objeto de integrar a la base de cálculo de las indemnizaciones correspondientes dicho concepto remuneratorio.



Buenos Aires, 10 de noviembre 2008.

Marta A. Beiró de Gonçalves

Buenos Aires, 1° de septiembre de 2009

*Vistos los autos:* “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.”, para decidir sobre su procedencia.

*Considerando:*

1°) Que el actor reclamó que los vales alimentarios que regular y mensualmente le entregaba su empleadora con base en el art. 103 bis inc. c de la Ley de Contrato de Trabajo (texto según ley 24.700 de 1996), fuesen considerados salario y, por ende, sumados a la base remuneratoria destinada al cálculo de las indemnizaciones derivadas del despido producido en diciembre de 2004; para ello, adujo la inconstitucionalidad de la norma en cuanto calificaba a dichos vales como beneficios sociales no remunerativos. El fallo de primera instancia, favorable al planteo, fue revocado por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. A tal fin, después de considerar relevante que el calificativo impugnado provenía de una norma dictada por el Congreso Nacional en el ámbito de su competencia, el *a quo* afirmó: “no puede sostenerse que la ley 24.700 resulte inconstitucional de modo ostensible y palmario por afectar las garantías de retribución justa y de protección contra el despido arbitrario consagradas por el art. 14 bis de la Constitución Nacional ni tampoco que colisione en forma manifiesta con el Convenio n° 95 de la OIT en cuanto define al salario, pues más allá de ello, de ninguna disposición del citado convenio resulta que el legislador nacional no pueda disponer que se autorice a los empleadores a reconocer ciertos beneficios sociales a los trabajadores destinados a mejorar su calidad de vida personal y familiar y cuyo valor fuera justo y razonable. Vale decir que la ley 24.700, más allá del juicio que pueda merecer, traduce una opción de política legislativa acaso opinable, pero que *-prima facie-* no se advierte en franca contradicción con la norma internacional, hasta el punto de provocar su descalificación con base constitucional [...]”. En consecuencia, el *a quo* descartó los vales de la mentada base remuneratoria. Contra este aspecto de la decisión, entre otros, la parte actora interpuso el recurso extraordinario cuya no concesión motiva la presente queja.

2°) Que la apelación, en cuanto refiere a la cuestión constitucional precedentemente reseñada, ha sido mal denegada, toda vez que promueve un tema federal en los términos del art. 14 inc. 31, de la ley 48, y reúne los restantes recaudos de admisibilidad. Por lo contrario, es inadmisibile en orden a los agravios dirigidos a otros puntos del pronunciamiento dictado por el *a quo* (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Luego, la presente sentencia se ceñirá al examen de la validez constitucional del citado art. 103 bis inc. c: “[s]e 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 como objeto mejorar la calidad de vida del dependiente o de su familia a cargo. Son beneficios sociales las siguientes prestaciones: [...] c) Los vales alimentarios

[...] otorgados a través de empresas habilitadas por la autoridad de aplicación, hasta un tope máximo de un veinte por ciento (20%) de la remuneración bruta de cada trabajador comprendido en convenio colectivo de trabajo y hasta un diez por ciento (10%) en el caso de trabajadores no comprendidos”.

Empero, a tal fin, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones de las partes ni de la cámara, puesto que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado según la interpretación que rectamente le otorgue a las normas de naturaleza federal en juego (Fallos: 330:3758, entre muchos otros).

3°) Que el art. 14 bis, al prescribir lo que dio en llamarse el principio protectorio: “[e]l trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”, y al señalar la serie de derechos y libertades que estas últimas “asegurarán al trabajador”, refiere al salario, retribución o remuneración, de manera directa: “retribución justa”, “salario mínimo vital”, “igual remuneración por igual tarea”, “participación [de los trabajadores] en las ganancias de la empresa”. También lo hace, indirectamente, al mentar el “descanso y vacaciones pagados”, la “protección contra el despido arbitrario” y la garantía a los gremios de “concertar convenios colectivos de trabajo”. Todo ello, cabe advertirlo, con prescindencia de lo que pueda quedar comprendido en el aseguramiento de “condiciones dignas y equitativas de labor”.

En lo relativo a los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75 inc. 22, segundo párrafo), el salario ha ocupado plaza en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, arts. 61 y 71), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 51 inc. e) y en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11 inc. 11.d).

La preocupación de la comunidad internacional en materia de salarios, asimismo, cuenta con antecedentes que precedieron largamente a los textos que acaban de ser recordados, según lo puso de manifiesto, en 1919, el acto de creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), vale decir, el punto XIII del Tratado de Versalles, reiterado en el Preámbulo de su Constitución (párrafo segundo), y sobre lo cual volvería la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, llamada Declaración de Filadelfia, del 10 de mayo de 1944 (III.d). Corolario de ello, son los numerosos convenios y recomendaciones que fueron adoptados en el seno de esa institución relacionados con el salario, uno de los cuales será examinado más adelante.

4°) Que, ciertamente, la evolución progresiva de la tutela jurídica del trabajador en materia de salarios se inserta, en lo inmediato, en un proceso más comprensivo, concierne a todos y cada uno de los aspectos del contrato o relación de trabajo, lo cual ha tenido, entre sus propósitos fundamentales, la protección de la dignidad de la persona humana en el vínculo laboral subordinado. Y si bien esto último, a su vez, puede entenderse inmerso, mediatamente, en el desarrollo de la protección y realización de los derechos humanos en general, es notorio que los avances internacionales en el terreno laboral,

principalmente provenientes del ámbito de la OIT, resultaron -tanto en la faz sustancial de los derechos cuanto en la creación de regímenes internacionales de control- pioneros y modelos para el aludido desarrollo general de los derechos de la persona en el plano universal (v. esp. el Capítulo II del citado Tratado de Versalles de 1919).

Lo antedicho se explica ni bien se percibe que la relación de trabajo muestra una especificidad que la distingue de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación de una de las partes, el trabajador, está constituida por la actividad humana, inseparable e indivisible de la persona del hombre y, por tanto, de su dignidad. Son éstas, entre otras, las “características” del trabajo humano “que imponen su consideración con criterios propios” (“Mansilla c. Compañía Azucarera Juan M. Terán”, Fallos: 304:415, 421 y su cita), a lo cual se suma que, la salarial, es una cuestión que no ha cesado de emerger en la historia de la humanidad desde antiguo, con la gravedad que significa poner en juego créditos de evidente naturaleza alimentaria (Fallos: 264:367, entre otros), que interesan a vastos sectores de la población y que se originan en una relación que supone, regularmente, una desigualdad entre las partes, en desfavor del empleado (Fallos: 181:209, 213/214; 239:80, 83 y 306:1059, 1064).

5°) Que, en tales condiciones, es preciso entender que el recordado principio protectorio y el plexo de derechos que de él derivan, así como los enunciados de las citadas declaraciones y tratados con jerarquía constitucional, que han hecho del trabajador un sujeto de “preferente tutela constitucional” (“Vizzoti”, Fallos: 327:3677, 3689 y 3690; “Aquino”, Fallos: 327:3753, 3770 y 3797), perderían buena parte de su sentido y efectividad si no expresaran una conceptualización del salario que posibilitara su identificación.

Los derechos constitucionales, ha sostenido esta Corte al examinar una cuestión de índole laboral aunque con alcances no acotados a ese campo, tienen un contenido inserto en la propia Constitución pues, de lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra todo control de constitucionalidad: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último. Ello muestra que la determinación de dicho contenido configure, precisamente, uno de los objetos de estudio centrales del intérprete constitucional (“Vizzoti”, cit., p. 3688; asimismo: “Sánchez c. ANSeS”, Fallos: 328:1602, 1623/1624, voto del juez Maqueda).

Al respecto, aun cuando a conclusiones análogas a las que inmediatamente serán asentadas conduciría el estudio del art. 14 bis y de otras normas del ya señalado bloque de constitucionalidad, corresponde centrar la atención en los arts. 61 y 71 del PIDESC puesto que, al resultar “interdependientes” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general n° 18. El Derecho al Trabajo, 2005, E/C.12/GC/18, párr. 8), proporcionan, con entera sencillez y elocuencia, pautas decisivas para esclarecer la antes mencionada conceptualización y, por ende, para resolver el sub lite.

En efecto, dado que el primer precepto dispone que el derecho a trabajar “comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo [...]” (inc. 11, *itálicas agregadas*), y el segundo califica, cuandodicha oportunidad

se materializa mediante un trabajo en relación de dependencia, como “salario” o “remuneración” la prestación debida por el empleador al empleado, es necesario concluir, entonces, en que resulta inadmisibile que caiga fuera del alcance de estas últimas denominaciones una prestación que, como los vales alimentarios en cuestión, entrañó para el actor, inequívocamente, una “ganancia” y que, con no menor transparencia, sólo encontró motivo o resultó consecuencia del mentado contrato o relación de empleo.

Llamar a dichos vales, en el caso, “beneficios sociales”, “prestaciones de naturaleza jurídica de seguridad social, no remunerativas”; mutar al trabajador en beneficiario y al empleador en beneficiador; suplantar como causa del crédito o ganancia al contrato de empleo por un acto del empleador ajeno a este último; introducir en un nexo oneroso para ambos celebrantes una suerte de prestación gratuita por parte de una de éstas, el empleador, traduce una calificación que, por repetir los términos de un precedente que guarda con el *sub discussio* un estrecho grado de vinculación, resulta “poco afortunada, carente de contenido, y un evidente contrasentido” (“Piccirilli c. Estado Nacional”, Fallos: 312:296, 300; asimismo: Fallos: 323:1866, 1872).

La naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan (doctrina de “Inta Industria Textil Argentina S.A. s/ apelación”, Fallos: 303:1812 y su cita), sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del *nomen juris* sería inconstitucional (Fallos: 329:3680). Y, como ha sido visto, el art. 103 bis inc. c no proporciona elemento alguno que, desde el ángulo conceptual, autorice a diferenciar a la concesión de los vales alimentarios asumida por el empleador de un mero aumento de salarios adoptado a iniciativa de éste. Tampoco ello surge de las alegaciones de la demandada ni de las circunstancias del proceso. El distingo, en suma y por insistir en lo antedicho, es sólo “ropaje”.

6°) Que prosiguiendo con este último orden de ideas, cabe indicar que está fuera de todo debate que, entre las finalidades que debe perseguir el legislador según el bloque de constitucionalidad citado, revista el mejoramiento de la calidad de vida del trabajador y de su familia, tal como lo pretende la norma impugnada. También lo está que, en su medida, ello es propio del empleador, puesto que el precepto de jerarquía constitucional según el cual los hombres “deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11; asimismo: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, preámbulo, primer párrafo), supone, al menos, el cumplido respeto y realización de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. “[L]a obligación de los que utilizan los servicios, en los términos de las leyes respectivas, a la preservación de quienes los prestan” (“Mansilla”, cit., p. 421 y su cita), da por sentado, naturalmente, que el primer lugar entre aquéllas es ocupado por la Constitución Nacional, la cual, además, cuando enuncia derechos lo hace para que éstos resulten efectivos, no ilusorios, máxime si lo puesto en juego es, como aquí ocurre, un derecho humano (“Vizzoti”, cit., p. 3688). Tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un caso estrictamente relacionado con el derecho del trabajo, que la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, “también

proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales”, lo cual alcanza al “marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores” (“Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, Opinión Consultiva OC-18/03, 17-9-2003, Serie A n° 18, párr. 146; asimismo: párr. 151).

Empero, tanto la voluntad del legislador o del empleador, cuanto la espontaneidad de éste, son inválidas, aun cuando se motiven en propósitos tan levantados como los antedichos, para modificar el título con el cual se corresponde una prestación a la luz constitucional, mayormente cuando la evolución tutelar de la disciplina laboral y los motivos que la impulsaron, ya señalados, han impuesto, entre otras muchas consecuencias, que la determinación y alcances de las prestaciones debidas por el empleador al trabajador derivadas del empleo, no obstante el marco de reciprocidad que tipifica al contrato o relación laborales, rebasen el cuadro conmutativo, que regula las prestaciones interindividuales sobre la base de una igualdad estricta (“Nowinski, Elsa Alicia”, Fallos: 322:215, 223), para estar regidas por la justicia social (v. entre otros, además de los ya citados casos “Mansilla” y “Aquino”: “Madorrán”, Fallos: 330:1989, 2002; “Prattico, Carmelo y otros c. Basso y Cía.”, Fallos: 246:345, 349 y “Roldán, José Eduardo c/ Borrás, Antonio”, Fallos: 250:46, 48/50 y sus citas). No es otro, por cierto, sino la justicia social, el valor que ha guiado de continuo a la OIT, desde el momento mismo de su creación (Tratado de Versalles, Sección I, primer párrafo) hasta la actualidad, y que reafirma la reciente Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (adoptada unánimemente por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10-06-2008), como modo de hacer frente a los desafíos del siglo XXI, en palabras del Director General de la organización. Esta Declaración, a su vez, fue posteriormente adoptada por aclamación por el plenario de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su 63° período de sesiones, el 19 de diciembre de 2008 (resolución 63/199). Fue la justicia social, asimismo, la que inspiró la elaboración y sanción del citado art. 14 bis, según lo asentaron con entera nitidez los reformadores de 1957 (v. la exposición de los convencionales Jaureguiberry -informante del despacho de la Comisión Redactora-, Peña, Palacios, Schaposnik, Pozzio y Miró, Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Año 1957, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1958, t. II, págs. 1221, 1253, 1262 y 1267, 1293 y 1344, respectivamente).

La referencia a dicha justicia, a su turno, preside, entre otros muchos instrumentos internacionales, los Preámbulos de la Carta de la Organización de los Estados Americanos -y el art. 34 de ésta según el Protocolo de Buenos Aires- y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (v. asimismo, para el orden supralegal: Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), preámbulo, segundo párrafo). Más aún; la llamada nueva cláusula del progreso, introducida en la Constitución Nacional para 1994, es prueba manifiesta del renovado impulso que el constituyente dio en aras de la justicia social, habida cuenta de los términos en que concibió el art. 75 inc. 19, con arreglo al cual corresponde al Congreso proveer a lo conducente al “desarrollo humano” y “al progreso económico con justicia social”. No es casual, además, que en el proceso de integración del Mercosur, los Estados partícipes se hayan atenido, en la Declaración

Sociolaboral, al “desarrollo económico con justicia social” (considerandos, párrafo primero. V., asimismo, “Aquino”, cit., ps. 3777/3778, y “Madorrán”, cit., p. 2002).

7°) Que lo expuesto en los considerandos 31, 41 y 61 es demostrativo de que la relevancia de todo lo atinente al salario supera los límites del “llamado” mercado de trabajo o, mejor dicho, somete a éste a las exigencias superiores de la protección de la dignidad de la persona y del bien común (“Vizzoti”, cit., ps. 3691/3692). De ahí que, en este contexto, sea apropiado completar la cita del caso “Mansilla” antes formulada, en cuanto a que los criterios propios que deben presidir la consideración del trabajo humano, “obviamente exceden el marco del mero mercado económico y [...] se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia normativamente comprendidos en la Constitución Nacional” (p. 421 y su cita).

De consiguiente, así como es indudable que “salario justo”, “salario mínimo vital móvil”, entre otras expresiones que ya han sido recordadas, bien pueden ser juzgados, vgr., en punto a la relación adecuada entre los importes remuneratorios y las exigencias de una vida digna para el empleado y su familia, también lo es que, además de ello, el salario se proyecta con pareja intensidad a otro costado de la dignidad del trabajador. Se trata, en breve, de que es preciso y necesario que a la persona trabajadora le sea reconocido, de manera tan plena como sincera, que se ha “ganado la vida” en buena ley, que toda ganancia que obtiene del empleador con motivo o a consecuencia del empleo, resulta un salario, i.e., una contraprestación de este último sujeto y por esta última causa. Y si mortificar la dignidad de la persona implica, en general, hacerlo del fundamento definitivo y fuente de los derechos humanos (“Aquino”, cit., p. 3777), tal agravio se vuelve más que patente cuando interesa a la dignidad del trabajador subordinado, habida cuenta del encarecimiento que formula al respecto el bloque de constitucionalidad (“condiciones *dignas* [...] de labor” -art. 14 bis-, “condiciones de existencia dignas para [los trabajadores] y para sus familias” -PIDESC, art. 71 inc. a.ii-, itálicas agregadas; asimismo: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -art. XIV- y Declaración Universal de Derechos Humanos -art. 23-). Sólo es calificable de “trabajo digno”, el que “respeto los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de [...] remuneración” (Observación general n° 18..., cit., párr. 7).

Luego, dichos reconocimiento y contraprestación sólo pueden y deben ser llamados, jurídicamente, salario, remuneración o retribución.

8°) Que, por lo demás, atento a que la noción de remuneración que ha sido enunciada en manera alguna podría entenderse de alcances menores que la acuñada en el art. 11 del Convenio n° 95 sobre la protección del salario, es oportuno hacer cita de las observaciones dirigidas a la República por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, vale decir, el órgano instituido por resolución adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octava reunión (1926), destinado a ejercer el control regular de la observancia por los Estados Miembros de las obligaciones derivadas de los convenios que han ratificado (Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, Sección VI). En efecto, a

propósito del Convenio n° 95 dicha Comisión, con expresa referencia al art. 103 bis, le recordó a la Argentina el párrafo 64 del “Estudio general sobre protección del salario”, de 2003, en cuanto a que el art. 11 del citado convenio, si bien “no tiene el propósito de elaborar un ‘modelo vinculante’ de definición del término ‘salario’”, sí tiene como objeto “garantizar que las remuneraciones reales de los trabajadores, independientemente de su denominación o cálculo, serán protegidas íntegramente en virtud de la legislación nacional, respecto de las cuestiones que tratan los artículos 3 a 15 del Convenio”. Acotando que, “[c]omo lo demuestra la experiencia reciente, en particular con respecto a las políticas de ‘desalarización,’ practicadas en algunos países, las obligaciones derivadas del Convenio en materia de protección de los salarios de los trabajadores, no pueden eludirse mediante la utilización de subterfugios terminológicos”. Por el contrario “es necesario que la legislación nacional proteja la remuneración del trabajo, cualquiera sea la forma que adopte, de manera amplia y de buena fe” (Conferencia Internacional del Trabajo, 970 reunión, 2008. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución) Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones Informe III (Parte 1A) Informe general y observaciones referidas a ciertos países, 2008, p. 595).

Cuadra subrayar que esta observación, en sustancia, no hizo más que reiterar lo sostenido por la comisión en 1998 (“Observación individual sobre el Convenio núm. 95, Protección del salario, 1949 Argentina (ratificación: 1956) Publicación: 1998”), 1999 (“Observación individual sobre el Convenio núm. 95, Protección del salario, 1949 Argentina (ratificación: 1956) Publicación: 1999”), 2000 (“Observación individual sobre el Convenio núm. 95, Protección del salario, 1949 Argentina (ratificación: 1956) Publicación: 2000”), 2002 (“Observación individual sobre el Convenio núm. 95, Protección del salario, 1949 Argentina (ratificación: 1956) Publicación: 2002”) y 2003 (“Observación individual sobre el Convenio núm. 95, Protección del salario, 1949 Argentina (ratificación: 1956) Publicación: 2003”).

Más todavía; con todo ello, el órgano internacional, en rigor, persistía o daba seguimiento a las censuras que había dirigido, en 1995, a los beneficios no remuneratorios de los decretos 1477 y 1478 de 1989, y 333 de 1993, “destinados a mejorar la alimentación del trabajador y de su familia”, al concluir en “la existencia de un vínculo entre los beneficios dirigidos a mejorar la alimentación del trabajador y de su familia, y el trabajo realizado o el servicio prestado, en virtud de un contrato de trabajo. Estos ‘beneficios’ –añadió– cualquiera sea el nombre que se le pueda dar (primas, prestaciones complementarias, etc.), son elementos de la remuneración en el sentido del artículo 1 del Convenio. Por consiguiente, deben ser objeto de las medidas previstas en los artículos 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15 y 16 del Convenio”. Por ende, solicitó “al Gobierno tenga a bien indicar las medidas adoptadas o previstas para garantizar que las prestaciones otorgadas en virtud de los decretos núms. 1477/89 y 1478/89, son objeto de la protección prevista en el capítulo IV del título IV, del régimen de contrato de trabajo” (“Observación individual sobre el Convenio núm. 95, Protección del salario, 1949 Argentina (ratificación: 1956) Publicación: 1995”). Asimismo, esta última advertencia en orden a los citados decretos tuvo, como antecedente, la intervención de 1994 (“Observación individual sobre el Convenio núm.

95, Protección del salario, 1949 Argentina (ratificación: 1956) Publicación: 1996”) y, como consecuente, la de 1996: “[e]stos ‘beneficios,’ cualesquiera sea la denominación que se les dé (bonos, beneficios suplementarios, etc.), constituyen componentes de la remuneración en el sentido que a este término se da en el art. 11 del convenio (“Observación individual sobre el Convenio núm. 95, Protección del salario, 1949 Argentina (ratificación: 1956) Publicación: 1996”), al paso que, en 1997, la Comisión, al tomar nota de que el decreto 1477/89 había sido derogado por el decreto 773/1996, solicitó al Gobierno “que garantice que, puesto que ya no rigen los beneficios con arreglo al decreto núm. 1477/89, mientras cualquier asignación o prestación concedida en lugar de aquellos caiga dentro del campo de aplicación del Convenio, esas nuevas asignaciones o prestaciones están protegidas de conformidad con las disposiciones del Convenio” (“Observación individual sobre el Convenio núm. 95, Protección del salario, 1949 Argentina (ratificación: 1956) Publicación: 1997”). De ahí que, en las anteriormente recordadas observaciones de 1998 y 1999, el órgano internacional expresara que “lamenta[ba] observar que esta nueva legislación [art. 103 bis de la LCT, según el texto de la ley 24.700] retrotrae a la situación de discrepancia con las disposiciones del Convenio”, que ya había puntualizado, repetidamente, en punto a los decretos 1477 y 1478 de 1989, y 333 de 1993.

9º) Que, en conclusión, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 103 bis inc. c de la Ley de Contrato de Trabajo (texto según ley 24.700), relativo a los vales alimentarios, en cuanto niega a éstos naturaleza salarial.

Llamar a las cosas por su nombre, esto es, por el nombre que el ordenamiento constitucional les da, resulta, en el caso, un tributo a la “justicia de la organización del trabajo subordinado” (“Aceval, Héctor León c. Industria Argentina de Aceros Acindar S.A.”, Fallos: 251:21, 35), principio rector a cuya observancia no es ajena “la empresa contemporánea” (“Zerbini, Elena y otros c. Cía. de Acumulación de Ahorro La Metropolitana”, Fallos: 254:152, 155). La “regulación de las obligaciones patronales con arreglo a las exigencias de la justicia, constituye un deber para el Estado” (“Luna, Antonio Rómulo c/ Agencia Marítima Rigel SA y otros@, Fallos: 316:1609, 1614 y su cita).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario, y se revoca la sentencia apelada con los alcances indicados, con costas por su orden (art. 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), de manera que la causa deberá ser devuelta a fin de que, por quien corresponda, sea dictado un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber, acumúlese la queja al principal y, oportunamente, remítase. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (según su voto)- CARLOS S. FAYT (según su voto)- ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

ES COPIA

VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO Y DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY



*Considerando:*

1°) Que el actor reclamó que los vales alimentarios que regular y mensualmente le entregaba su empleadora con base en el art. 103 bis inc. c de la Ley de Contrato de Trabajo (texto según ley 24.700 de 1996), fuesen considerados salario y, por ende, sumados a la base remuneratoria destinada al cálculo de las indemnizaciones derivadas del despido producido en diciembre de 2004; para ello, adujo la inconstitucionalidad de la norma en cuanto calificaba a dichos vales como beneficios sociales no remunerativos. El fallo de primera instancia, favorable al planteo, fue revocado por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. A tal fin, después de considerar relevante que el calificativo impugnado provenía de una norma dictada por el Congreso Nacional en el ámbito de su competencia, el *a quo* afirmó: “no puede sostenerse que la ley 24.700 resulte inconstitucional de modo ostensible y palmario por afectar las garantías de retribución justa y de protección contra el despido arbitrario consagradas por el art. 14 bis de la Constitución Nacional ni tampoco que colisione en forma manifiesta con el Convenio n° 95 de la OIT en cuanto define al salario, pues más allá de ello, de ninguna disposición del citado convenio resulta que el legislador nacional no pueda disponer que se autorice a los empleadores a reconocer ciertos beneficios sociales a los trabajadores destinados a mejorar su calidad de vida personal y familiar y cuyo valor fuera justo y razonable. Vale decir que la ley 24.700, más allá del juicio que pueda merecer, traduce una opción de política legislativa acaso opinable, pero que *-prima facie-* no se advierte en franca contradicción con la norma internacional, hasta el punto de provocar su descalificación con base constitucional [...]”. En consecuencia, el *a quo* descartó los vales de la mentada base remuneratoria. Contra este aspecto de la decisión, entre otros, la parte actora interpuso el recurso extraordinario cuya no concesión motiva la presente queja.

2°) Que el recurso extraordinario ha sido mal denegado en lo referente al planteo constitucional precedentemente reseñado, toda vez que suscita cuestión federal en los términos del art. 14 inc. 3° de la ley 48. Por el contrario, el remedio federal es inadmisibles en cuanto remite a la consideración de otros puntos del pronunciamiento dictado por el *a quo* (art. 280 del Código Procesal Civil Comercial de la Nación).

3°) Que este Tribunal ha señalado en forma reiterada que sus sentencias deben ajustarse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas, aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos: 310:819; 324:3948; 325:2275, entre muchos otros).

4°) Que los incisos b y c del art. 103 bis de la ley 20.744 (texto según ley 24.700), fueron derogados por la ley 26.341, sancionada el 12 de diciembre de 2007 y promulgada el 21 del mismo mes.

5°) Que esta Corte ha admitido la virtualidad de dictar pronunciamiento en circunstancias en que el cambio del marco fáctico o jurídico determina la ausencia de utilidad del fallo hacia el futuro, siempre que subsista el interés de las partes por los efectos jurídicos producidos durante el lapso anterior a esa variación (entre otros: causa “Avigo, Liliana Noemí c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos: 325:3243); “Muller,

Miguel Ángel c/ Poder Ejecutivo Nacional”, punto III del dictamen del señor Procurador General, al que remite el pronunciamiento Fallos: 326:1138C).

6°) Que tal es lo que acontece en el *sub lite*, ya que el recurrente mantiene interés en la definición legal de su situación en razón de que, durante todo el período por el que formula el reclamo indemnizatorio, su derecho se encontraba regido por el inciso c del art. 103 de la ley 20.744, actualmente derogado.

7°) Que el art. 14 bis de la Constitución Nacional estableció lo que dio en llamarse el principio protectorio: “el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes” y, al señalar la serie de derechos y libertades que “asegurarán al trabajador”, refiere al salario, retribución o remuneración de manera directa: “retribución justa”, “salario mínimo vital”, “igual remuneración por igual tarea”, “participación (de los trabajadores) en las ganancias de la empresa”. También lo hace, indirectamente, al mentar el “descanso y vacaciones pagados”, la “protección contra el despido arbitrario” y la garantía de los gremios de “concertar convenios colectivos de trabajo”.

En lo relativo a los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75 inc. 22, segundo párrafo), el salario ha sido contemplado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6° y 7°), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11 inc. 1.d).

8°) Que el recordado principio protectorio y el plexo de derechos que de él derivan, así como los enunciados de las citadas declaraciones y tratados con jerarquía constitucional que han hecho del trabajador un sujeto de “preferente tutela constitucional” (“Vizzoti”, Fallos: 327:3677; “Aquino”, Fallos: 327:3753), perderían buena parte de su sentido y efectividad si no expresaran una conceptualización del salario que posibilitara su identificación.

Así, del ya señalado bloque de constitucionalidad, corresponde referir a los arts. 6° y 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que brindan pautas decisivas para esclarecer la mencionada conceptualización.

El primero de esos preceptos dispone que el derecho a trabajar “comprende el derecho de toda persona a tener oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo” y el segundo califica, cuando dicha oportunidad se materializa mediante un trabajo en relación de dependencia, como “salario” o “remuneración” a la prestación debida por el empleador al empleado, por lo que no puede caer fuera de su alcance una “prestación” que, como los vales alimentarios en cuestión, entrañan para el actor una “ganancia” que sólo encuentra motivo en el contrato de trabajo o relación de empleo.

Llamar a dichos vales, en el caso, “beneficios sociales”, lleva a mutar al trabajador en beneficiario y al empleador en beneficiador, suplantar como causa del crédito o ganancia al contrato de empleo por un acto del empleador ajeno a este último e introducir en un nexo oneroso para ambos celebrantes una suerte de prestación gratuita por parte del

empleador, todo lo cual traduce una calificación que -en los términos de precedentes que guardan estrecha relación con el *sub discussio* resulta “poco afortunada, carente de contenido y un evidente contrasentido” (Fallos: 312:296; 323:1866).

9°) Que el mejoramiento de la calidad de vida del trabajador y de su familia, finalidad que persigue la norma impugnada, no constituye fundamento válido para modificar el título con el cual se corresponde una prestación a la luz constitucional. Es la justicia social, precisamente, el valor que ha guiado de continuo a la OIT desde su creación hasta la actualidad en sus múltiples expresiones institucionales en defensa y protección de los derechos del trabajador frente a los múltiples desafíos que presenta la evolución del mercado del trabajo, el cual se encuentra sometido a las exigencias superiores de la protección de la dignidad de la persona y del bien común (“Vizzoti”).

10) Que la noción de remuneración es definida en el art. 1 del Convenio n° 95 de la OIT -ratificado por la República Argentina en el año 1952-, al especificar que “el término salario significa la remuneración o ganancia, 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”.

Si tal definición resulta compatible con la establecida en el art. 103 de la ley 20.744, en cuanto prescribe que “se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo”, no lo es en cambio con la norma aquí impugnada. Así lo hizo saber en múltiples ocasiones la OIT al Estado Argentino, tal como lo señalan los dictámenes de Comisión de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, al informar acerca del proyecto de ley -ulteriormente sancionado bajo el número 26.341- que propició la derogación de los incisos b y c del art. 103 de la ley 20.744.

De tal modo, se hizo mención de la recomendación efectuada por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT a nuestro país en el sentido de que “tales beneficios deberían estar incluidos en la remuneración del trabajo en concordancia con lo dispuesto en el Art.1° de la mencionada norma internacional del trabajo” y que “existe un nexo entre las prestaciones destinadas a mejorar la alimentación de los trabajadores y sus familias y el trabajo realizado o los servicios prestados de conformidad con un contrato de trabajo. Estos ‘beneficios’ cualquiera sea el nombre que se les pueda dar (primas, prestaciones complementarias, etc.) son elementos de la remuneración en el sentido del art. 1° del convenio...”, según el Informe de la Comisión de Expertos año 1996, inf. 34° 4.S.55, p. 92. También se señaló que la misma comisión, en el informe correspondiente al año 2002, tomó nota de que en la memoria del 29 de junio de 2000, la Coordinación de Asuntos Internacionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social hizo referencia a la incompatibilidad existente entre la ley de 1996 y el convenio e indicó que era necesario propiciar su derogación ante el Congreso, a la vez que la comisión reiteró su esperanza de que el gobierno nacional tomaría todas las medidas necesarias en un futuro muy próximo para garantizar

el pleno cumplimiento con las exigencias del Convenio n° 95 de la OIT (Fundamentos del diputado Recalde).

Por su parte, el diputado Martínez, en los Fundamentos con que acompañó el proyecto de ley, señaló que “los beneficios alimentarios constituyen verdaderos salarios en los términos del Convenio 95, ratificado por la Argentina. Existe un vínculo entre las prestaciones destinadas a mejorar la alimentación de los trabajadores y sus familias y el trabajo realizado o los servicios prestados de conformidad con el contrato de trabajo. Estos beneficios, cualesquiera sea su denominación constituyen componentes de la remuneración en el sentido que a este término se le da en el Art. 1 del Convenio 95”. Agregó el mencionado legislador que la definición de vales alimenticios y canasta de alimentos como beneficios sociales perjudica “en forma directa la remuneración del trabajador” y altera el concepto de salario establecido en el recordado art. 1 del Convenio 95 de la OIT, situación que calificó como “de injusticia social” que debía ser remediada “haciendo que el trabajador perciba la totalidad de su salario”.

Reflexiones de semejante índole fueron expuestas en el debate parlamentario que concluyó en la sanción de la ley que dejó sin efecto la norma cuya constitucionalidad se encuentra en juego.

11) Que, por lo expuesto, la calificación establecida por el derogado inciso c del art. 103 bis de la ley 20.744 no solamente se encuentra en pugna con las normas de rango superior antes mencionadas, sino que viola los principios constitucionales protectorios del salario a los que se hizo referencia *supra*. Ello, porque -como lo señala la señora Procuradora Fiscal- la base de cálculo de la indemnización salarial debe guardar razonable proporción con los elementos que componen la remuneración, es decir con la contraprestación que el trabajador percibe como consecuencia del contrato de trabajo. La indebida exclusión de conceptos que, como el *sub examine*, se encuentran comprendidos dentro de la noción de salario que brindan tanto las normas internacionales ratificadas por la República Argentina, como la propia 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 contra el despido arbitrario.

La descalificación de la norma cuestionada contribuye, de tal modo, a armonizar en su continuidad temporal el régimen legal examinado, máxime si se tiene en cuenta que esa invalidez fue expresada de modo categórico por los legisladores que propiciaron su derogación, tanto en los debates parlamentarios como en los informes y fundamentos que acompañaron los respectivos proyectos.

Por ello, y los fundamentos expuestos por la señora Procuradora Fiscal en su dictamen, a los que cabe remitirse por razones de brevedad, se hace lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario deducido y se revoca la sentencia apelada con los alcances indicados, con costas por su orden (art. 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento, con arreglo a lo resuelto. Hágase saber, acumúlese la queja al principal y, oportunamente, remítase. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

Recurso de hecho deducido por Disco S.A., representada por el Dr. Gustavo Adrián Ciampa, con el patrocinio del Dr. José Pedro Bustos.

**Tribunal de origen:** Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

**Tribunales que intervinieron con anterioridad:** Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 74.

