

*Procuración General de la Nación*

S u p r e m a   C o r t e :

- 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

*Procuración General de la Nación*

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 reeditar en 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 agravió 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

*Procuración General de la Nación*

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 Internacional 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 5°, párrafo 4°) 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,

*Procuración General de la Nación*

parágrafos 2, 4 y 6; pág. 274, parágrafo 9, 10 y 11; pág. 287, parágrafo 33; pág. 291, parágrafo 54; pág. 294 parágrafo 65; pág. 301 parágrafo 76; pág. 302, parágrafo 82; pág. 304, parágrafo 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 5°). 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 3°).

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

*Procuración General de la Nación*

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. 103bis. 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 Goncalvez

Es copia