

# DEROGACIÓN DE LOS INCS. B Y C DEL ART. 103 BIS

POR JORGE RODRÍGUEZ MANCINI

1. En primer lugar cabe señalar un error – por lo demás repetido desde hace años por el legislador – en el que incurre el texto de la ley 26.341 al referirse al “*art. 103 bis de la ley 20.744*”, ya que esta norma legal no es la que contiene la disposición cuya derogación se postula sino que, como es sabido, la ley mencionada fue la que aprobó el “*régimen del contrato de trabajo (L.C.T)*” el cual es un cuerpo normativo con numeración propia y distinta, por supuesto, de la que adoptó la aludida ley 20.744. Por lo tanto la sanción debería correctamente expresar la derogación del “*los incisos b y c del art. 103 bis de la L.C.T.*”

2. Los fundamentos del proyecto que se convirtió en ley, después de un lamentable episodio que aún no se ha esclarecido, encaran en general, a mi juicio, correctamente las razones de orden constitucional por las cuales se imponía la derogación de las disposiciones mencionadas en el art. 1 de la nueva norma sancionada el pasado mes de diciembre. No obstante la referencia exclusiva a los incs. b y c del art. 103 bis no se compadece con los argumentos en los que se basa la ley, al fin y al cabo limitada, ya que esas razones por las que se contraponen la norma legal con los preceptos constitucionales y del derecho internacional de jerarquía superior a la ley (art. 75 inc. 22 primer párrafo) no son exclusivamente válidas para esa parte del artículo. En efecto, el cuestionamiento de que se trata abarca no sólo a los vales de almuerzo, los vales alimentarios y las canastas de alimentos, sino en general al concepto mismo de “*beneficios sociales*” cuyas características, enunciadas en el primer párrafo del art. 103 bis resultan absolutamente inadaptadas respecto de la enumeración – sea ésta taxativa o no – que contienen los distintos incisos de la disposición. Así se puede observar que ninguna de las prestaciones mencionadas en los nueve incisos que contiene el art. 103 bis, responde a una naturaleza *propia de la seguridad social*, ni dejan de ser *dinerarias* en la mayoría de los casos, sino que, por el contrario, revisten claramente la naturaleza de prestaciones que el empleador asume voluntariamente – o por disposición del convenio colectivo – respecto de sus dependientes para quienes constituyen, al fin y al cabo, sin lugar a dudas, *ventajas patrimoniales*, base esencial de la noción de remuneración o salario. A riesgo de resultar redundante, es apreciable fácilmente que la pretendida naturaleza de prestación de la seguridad social, con la que se aspira, en la norma cuestionada, vestir a las que asume el empleador, resulta totalmente alejada de la noción invocada, ya que el principio elemental de la seguridad social que es el de la **solidaridad**, no aparece por ninguna parte en los distintos supuestos de “*beneficios sociales*” con que se titula la norma y se ensaya la definición. Y en cuanto a la característica que se añade de no poseer el contenido o apariencia externa de dinerario, aparece francamente chocante si se observa que se trata de pagos directos o de reembolso como ocurre con los tratados en los incisos d, f, h, e i. Por lo demás, y de manera análoga a lo que sucede con los vales alimentarios o de almuerzo y las canastas de alimentos, se trata claramente de retribuciones que realiza el empleador a quienes le han prestado servicios y esto, en las mismas condiciones que abona la remuneración. Si como lo explicó Deveali el trabajo no se presume gratuito por parte del trabajador, de manera idéntica también es oneroso para el empleador y por lo tanto nada de lo que entrega al trabajador puede ser ajeno a la noción básica de remuneración como contraprestación, tal como lo define el art. 103 de la LCT.

3. Desde otro punto de vista no menos trascendente, con la implantación de los “*beneficios sociales*” en los términos que expone el art. 103 bis, no sólo en los incisos que se derogan, sino en **todos los que enumera**, se vulnera francamente la *garantía de retribución justa* que asegura la Constitución Nacional en tanto se lo priva, mediante la exclusión de esos rubros del carácter remuneratorio, de parte de la remuneración que adquirió el trabajador, excluyéndola de las repercusiones salariales e indemnizatorias que la ley prevé cuando toma en cuenta la remuneración devengada para calcular sobre esa base, otras remuneraciones e indemnizaciones (vacaciones, enfermedades, adicionales, sueldo anual complementario, indemnizaciones por despido, por fallecimiento, por falta de preaviso, etc.). Señalo que la observación de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo del año 2002, que se transcribe en los fundamentos del proyecto, hace referencia a un dictamen de órgano administrativo nacional, en el que se consideraba necesaria la derogación “*de la ley de 1996*”, en obvia referencia a la ley 24.700 que incluyó el art. 103 bis en la LCT. Coincido con ese criterio y estimo que la afectación de las garantías constitucionales que produce esta última disposición, no se limita a los incs. b y c.

4. Por último debo señalar que a raíz de una consulta de opinión hice conocer oportunamente a la Comisión de Trabajo de la Cámara de Diputados, una situación que se origina con la posición adoptada por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo respecto del tema de los vales alimentarios. En el informe que produjo esa Comisión y comunicación dirigida al Gobierno argentino, señala que para la aplicación de las normas del Convenio 95 resulta válido distinguir entre la base de aplicación de las cotizaciones y el carácter salarial de la prestación o, lo que es lo mismo, que la norma internacional no impide liberar de cotizaciones para la seguridad social a un concepto salarial, siempre que no se le prive de esa condición a los diversos efectos previstos en la legislación laboral. Este ha sido el criterio con que la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Sala V) estableció la inconstitucionalidad de los beneficios

sociales a que se refiere el art. 103 bis ("García, Fernando A. c/ Hospital Británico de Buenos Aires", del 30 de abril de 2007). Por otra parte esta distinción es la que surge del antecedente jurisprudencial más lejano y primero en esta temática de desalarización, ya que en el fallo plenario N° 264 del 27 de diciembre de 1988 (legalizando la excepción de cargas previsionales para los llamados "lunchon tickets"), se hizo hincapié en ese aspecto particular de la prestación o beneficio, con lo cual a mi juicio, a eso debió ajustarse el proyecto sobre el que se formulaba la consulta, manteniéndose esta exención de tipo previsional, sin abjurar por ello de la adjudicación del carácter remuneratorio a los conceptos mencionados en los incs. b y c; o como lo indiqué más arriba, a todos los comprendidos en el art. 103 bis, carácter general con que el fallo de la Sala V descalifica la norma. Esta alteración del primitivo proyecto hubiera superado las actuales perplejidades acerca del alcance de la inclusión en la base de cálculo de los aportes y contribuciones y también hubiera servido para aventar suspicacias expresando claramente que la modificación perseguía llevar a la realidad la situación salarial, sin importar el afán recaudador, tanto estatal como sindical.

En función de esto sostengo respecto de la derogación, que si bien se ajusta a la directiva constitucional y del derecho internacional del trabajo, no encuentro razón para haber limitado tal modificación a los incisos elegidos cuando el resto de las prestaciones ilegítimamente calificadas como "*beneficios sociales*", participa de los mismos cuestionamientos. Y asimismo opino que la ley derogatoria se hubiera debido complementar con la salvedad de establecer que esas prestaciones no están afectadas a contribuciones y aportes para la seguridad social, ni sindicales ni de ningún otro concepto.

Con el texto subsistente, lamentablemente, queda todavía abierta la puerta para que a través de nuevas normas o simplemente por la interpretación judicial al modo en que ya se ha desarrollado en algunos fallos, la imaginación creadora de distintas proveniencias, permita adoptar nuevos tipos de "*beneficios sociales*" que se mezclarán con las estipulaciones legales o convencionales, mediante las cuales se otorgan olímpicamente, prestaciones no remuneratorias, engendro que reconoce semejantes orígenes y cuestionamientos a los que se expusieron respecto de los "*beneficios sociales*" o de las "*prestaciones complementarias*", y así otra vez, estaremos en medio de las discusiones y conflictos que se pretendió – supongo – eliminar con la derogación que comento.

En particular, sobre la técnica adoptada en la ley 26.341 para preservar el nivel de salario del trabajador una vez incorporado el importe correspondiente a las prestaciones salarizadas, observo que no es suficiente para ese fin el procedimiento indicado en el art. 4 de la nueva norma ya que si se incrementa la remuneración del trabajador para que éste reciba un monto equivalente al que antes de la supresión de los vales de almuerzo, tarjetas de transporte, vales alimentarios y canastas de alimentos (incs. b y c), no basta con aumentar el salario en un "*monto equivalente al que corresponda en concepto de aportes a cargo del trabajador*", porque cuando esto ocurra, la deducción de aportes para el régimen de seguridad social sobre el nuevo total convertido en remuneración – y eventualmente con destino a las asociaciones sindicales en concepto de cuota sindical y contribuciones solidarias – provocará una disminución de ese monto incrementado. Entonces la solución debió ser la que se practica en semejantes situaciones, disponiendo que el aumento se efectúe mediante un cálculo (denominado "grossing up") mediante el cual se obtiene un resultado efectivo de equivalencia con el monto que anteriormente resultaba de la suma de la remuneración y de los beneficios sociales derogados. Porque esto es lo que persigue la tutela del art. 5 de la nueva ley.

<sup>1</sup> Para un examen completo del tema del salario y la inclusión en ese concepto de toda prestación a cargo del empleador que implique una contraprestación del empleador dentro del contrato de trabajo y una ventaja patrimonial para el trabajador, véase el comentario a los arts. 103, 103 bis y 105 en "LCT comentada, anotada y concordada", La Ley, 2007, tomo III, pp. 155 ysgtes.