



ACUERDO N° 36. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los diecisiete (17) días del mes de agosto de dos mil veintidós, el Tribunal Superior de Justicia, en pleno, integrado por los Sres. Vocales doctores **Evaldo Darío Moya** -Presidente-, **Roberto Germán Busamia**, **Alfredo Alejandro Elosu Larumbe**, **Gustavo Andrés Mazieres** -en disidencia- y por la Sra. Vocal doctora **María Soledad Gennari**, con la intervención del señor Secretario doctor **Joaquín A. Cosentino**, procede a dictar sentencia en las actuaciones caratuladas "**GIGENA RISSO FEDERICO C/ BANCO PROVINCIA DEL NEUQUÉN S.A. S/ DESPIDO**" (**Expediente JNQLA3 N° 508.261 - Año 2016**), del registro de la Secretaría Civil interviniente.

ANTECEDENTES: La parte demandada -Banco Provincia del Neuquén S.A.- interpuso recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley (fs. 604/636vta.) contra lo resuelto por la Cámara de Apelaciones -Sala II- de esta ciudad (fs. 571/587vta. y 644/vta.). En esa oportunidad, la Alzada modificó la sentencia dictada en la instancia de grado al admitir la procedencia con carácter remunerativo de las sumas abonadas en calidad de reintegro por gastos de guardería y elevó el monto de capital de condena a la cantidad de \$929.011,82.- (fs. 644/vta.), e impuso las costas a la demandada vencida.

Corrido traslado, el actor formuló su réplica (fs. 648/658) y solicitó el rechazo del recurso, con costas.

A través de la Resolución Interlocutoria N° 140/21, se declaró admisible el recurso por Inaplicabilidad de Ley interpuesto únicamente por la causal del inciso "b", y se resolvió la inadmisión de las restantes vías casatorias intentadas.

La Fiscalía General dictaminó (fs. 690/693vta.) propiciando se declare la procedencia del remedio casatorio interpuesto por Inaplicabilidad de Ley.



A continuación se convocó al Tribunal en pleno, en virtud de lo dispuesto por los artículos 6, segundo apartado, del Reglamento de División en Salas, y 35, inciso "b", punto 3, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley N° 1436), y se llamaron los autos para sentencia (fs. 694).

Efectuado el pertinente sorteo, este Cuerpo resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: a) ¿Resulta procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley?, b) En caso afirmativo, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?, c) Costas.

VOTACIÓN: Conforme el orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el **Dr. Evaldo Darío Moya**, dijo:

I. 1. Para ingresar al análisis que nos convoca es preciso sintetizar los extremos relevantes de la causa, de cara a los concretos motivos que sustentan la impugnación extraordinaria planteada por la demandada.

2. El Sr. Federico Gigena Risso interpuso demanda laboral contra su ex empleador -Banco Provincia del Neuquén S.A.- persiguiendo el cobro de diferencias por la indemnización por despido incausado y el resarcimiento de daño moral en los términos de la Ley N° 23592, entendiendo que su desvinculación resultó motivada en sus creencias y opiniones políticas. Solicitó también la aplicación de las indemnizaciones previstas por los artículos 1 y 2 de la Ley N° 25323 y 80 de la Ley N° 20744 (LCT), la tasa de interés dispuesta en el artículo 275 de la LCT por conducta maliciosa, y la entrega de los certificados de trabajo y servicios, bajo apercibimiento de astreintes.

Expuso haber ingresado a laborar el 16/09/13 en el Departamento de Asesoría Letrada -Gerencia de Asuntos Legales-, indicando que a pesar de que el horario de trabajo establecido por Convenio Colectivo era de 7.45 hs. a 15.15 hs., su jornada se extendió diariamente hasta las 17.00 hs., y



a partir de febrero de 2015, hasta las 16.00 hs., sin haber percibido las horas extraordinarias correspondientes.

Agregó que como incentivo laboral se le abonaba una suma determinada en dinero y sin rendición de cuentas denominada "guardería" de manera normal y habitual, que se incrementaba conforme el aumento de los salarios. Por tal motivo -según su criterio- ese ítem revistió carácter remuneratorio con independencia de su denominación. Explicó que al momento del distracto, el monto pagado por hijo era de \$3.262,67.- percibiendo mensualmente la suma de \$9.788.- por sus tres hijos.

Relató que el 28/04/16 fue notificado mediante escribano público de su despido sin causa y percibió la liquidación final de manera insuficiente por no incluir el proporcional de aguinaldo, las horas extras laboradas y el adicional por guardería.

3. La parte demandada -Banco de la Provincia de Neuquén S.A.- contestó la demanda y efectuó las negativas de rigor en particular y general.

Reconoció las fechas de ingreso y egreso denunciadas en el escrito de demanda, la categoría laboral y las tareas desplegadas.

En orden a la jornada, expuso que el actor habitualmente llegaba tarde, laborando en algunas ocasiones más horas para compensar sus retardos.

Desconoció cualquier motivación discriminatoria y por lógica el reclamo de daño moral, y sostuvo que tras la desvinculación del actor se le depositó en la cuenta sueldo la suma de \$233.667,60.- como liquidación final comprensiva de la indemnización por despido incausado y se le hizo entrega del certificado de trabajo.

Objetó la inclusión del rubro guardería en la base de cálculo de la indemnización por tratarse de un beneficio social así como del aguinaldo proporcional, este último en



base a los fundamentos del plenario de la Cámara Nacional del Trabajo en el caso "Tulosai". Impugnó la liquidación practicada en la demanda y las multas pretendidas.

4. La sentencia de primera instancia admitió parcialmente la demanda (fs. 484/494).

En lo que aquí resulta pertinente por importar materia de controversia, la resolución entendió que el rubro "guardería" debía incluirse en la base de cálculo a los fines de la determinación de la liquidación final.

El Sr. Magistrado sostuvo que la jurisprudencia se ha pronunciado en infinidad de fallos respecto de la inclusión de rubros no remunerativos a la base del cálculo de la indemnización del artículo 245 de la LCT. A su vez, invocó lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Pérez c/ Disco", del 10/09/09, a pesar de las características atribuidas al beneficio -en el caso de autos- en la negociación colectiva (artículo 23, Ley N° 24714). Abundó en las consideraciones formuladas en aquella oportunidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

5. El fallo fue apelado por ambas partes. La parte demandada expresó sus agravios (fs. 499/505) y el actor hizo lo propio (fs. 509/526), contestando las partes sendos traslados, conforme surge de fs. 532/537vta. y fs. 538/548vta. -respectivamente-.

6. La Cámara de Apelaciones admitió parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el actor y desestimó el propuesto por la parte demandada. De seguido modificó la decisión de grado (fs. 571/587vta.).

En esa dirección y sobre la cuestión casatoria aquí postulada, el fallo confirmó la decisión dictada en la primera instancia.

Declaró la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del artículo 103 bis de la Ley N° 20744 (LCT), por entenderlo en contravención con el artículo 1 del Convenio N° 95 de la



Organización Internacional del Trabajo (OIT) y de los artículos 31 y 75, inciso 22, de la Constitución nacional, por considerar alterado el orden de prelación jerárquico de las normas.

7. Como ya se consignó, mediante Resolución Interlocutoria N° 140/21 se admitió el recurso casatorio por Inaplicabilidad de Ley deducido por la parte demandada -Banco de la Provincia del Neuquén S.A.- únicamente por el motivo previsto en el inciso "b" del artículo 15 de la Ley N° 1406.

Sobre esta cuestión la demandada sostuvo que el rubro "guardería" no se subsumiría en los parámetros establecidos mediante el Convenio N° 95 de la OIT, así como tampoco se encontraría alcanzado por la interpretación realizada en el caso "Pérez c/ Disco" por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. También alegó la inexistencia de contradicción para declarar la inconstitucionalidad del artículo 103 bis de la LCT.

La recurrente entendió que la sentencia de la Alzada habría efectuado una errónea interpretación y aplicación de la definición de salario estipulada en el Convenio de la OIT ya citado.

Expresó que el reintegro del gasto de guardería no configuraría una ventaja patrimonial o una ganancia para el empleado, en tanto no remuneraría -a su entender- una contraprestación o tarea y que por ello no se encontraría dentro de la definición prevista convencionalmente.

La demandada recurrente consideró que el razonamiento de la Cámara de Apelaciones sería erróneo por omitir como premisa que el artículo 103 bis de la LCT reconoce el reintegro del gasto de guardería y/o sala maternal cuando la empresa no contare con esas instalaciones, siendo una obligación del empleador proveer servicios de guardería o, en su defecto, el pago del beneficio social con carácter no remunerativo.



Sostuvo que declarar la inconstitucionalidad del artículo 103 bis de la LCT colisionaría con el propósito previsto en el Convenio OIT N° 156.

Enfatizó que la Ley N° 26341 derogó los cuestionados incisos "b" y "c" del artículo 103 bis de la LCT, ratificando la validez del resto de los supuestos legales allí contemplados, entre ellos el correspondiente a guardería, por no estar vinculados -según entendió- al trabajo realizado por el empleado y por considerarse prestaciones de la seguridad social.

II. Luego del relato de las circunstancias relevantes del caso y conforme el orden de las cuestiones planteadas al inicio, cabe ingresar a su estudio.

El tratamiento del motivo por el que se ordena la apertura de la instancia extraordinaria pone en crisis la interpretación del artículo 103 bis de la LCT - incorporado mediante Ley N° 24700 del año 1996- que contempla como beneficios sociales a *"... las prestaciones de naturaleza jurídica de seguridad social, no remunerativas, no dineradas, 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 ..."*.

A continuación, la disposición legal se encarga de enumerar los diferentes supuestos que cumplirían con ese carácter, dentro de los cuales se encuentran *"... los reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos de hasta seis (6) años de edad cuando la empresa no contare con esas instalaciones ..."* (inciso "f").

Así pues, cabe realizar de manera previa algunas consideraciones sobre la particular figura, en atención al desarrollo cronológico que ha tenido el instituto previo a la sanción de la Ley N° 24700.



En efecto, en el año 1989, se dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1477/89 -reglamentado mediante Decreto N° 1478/89- que incorporó el artículo 105 bis a la Ley N° 20744 (LCT) e introdujo por primera vez a nuestro ordenamiento jurídico una norma de derecho positivo que creaba el beneficio social a la canasta familiar alimentaria.

Se reconoció allí -como un derecho de los empleadores- la facultad de suministrar a sus trabajadores una asistencia no remuneratoria a través de la provisión de cajas de alimentos o vales alimentarios que no podían exceder del 20 o 10% del salario bruto, destinados a atender de manera parcial o total el suministro -o la compra- de un conjunto de productos básicos de la canasta familiar.

Tal normativa tuvo duras críticas por parte de la doctrina por entenderla un auténtico salario en especie (cfr. Vázquez Vialard, Antonio, *"Tratado de Derecho del Trabajo"*, Buenos Aires, Astrea, 1982, t. II, p. 812).

No obstante ello, con posterioridad (1993) se dictó el Decreto N° 333/93 que enumeraba los "beneficios sociales", con idénticas características que su antecesor del año 1989.

Transcurridos tres años, a través de una nueva norma del Poder Ejecutivo de la Nación (Decreto N° 773/96) se derogó la primigenia medida y más tarde se dictaron los Decretos N° 848/96, N° 849/96 y N° 850/96 que dejaron sin efecto el Decreto N° 333/93, profundizando la confusión reinante en la materia (cfr. Pinto Varela, Silvia, *"Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada"*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2ª edición actualizada, t. II, p. 176).

Ello derivó en la sanción -ese mismo año 1996- de la Ley N° 24700 que produjo tres modificaciones significativas en la Ley N° 20744 (LCT) al incorporar los artículos 103 bis, 223 bis y modificar el artículo 105.

Sobre la primera norma introducida, y la enumeración desarrollada en orden a los diversos supuestos que se



ampararían en esta figura, a finales del año 2007 se dictó la Ley N° 26341 que derogó el artículo 4 de la Ley N° 24700 y los incisos "b" y "c" de la LCT que regulaba el otorgamiento de vales de almuerzo y tarjetas de transporte y los vales y canastas alimentarias. El resto del elenco normativo quedó indemne a la supresión allí ordenada.

De este modo, las prestaciones contempladas en el artículo 103 bis de la LCT como beneficios sociales son:

- a) *Los servicios de comedor de la empresa.*
- b) *(Inciso derogado por art. 1° de la Ley N° 26341 B.O. 24/12/07).*
- c) *(Inciso derogado por art. 1° de la Ley N° 26341 B.O. 24/12/07).*
- d) *Los reintegros de gastos de medicamentos y gastos médicos y odontológicos del trabajador y su familia que asumiera el empleador, previa presentación de comprobantes emitidos por farmacia, médico u odontólogo, debidamente documentados.*
- e) *La provisión de ropa de trabajo y de cualquier otro elemento vinculado a la indumentaria y al equipamiento del trabajador para uso exclusivo en el desempeño de sus tareas.*
- f) *Los reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos de hasta seis (6) años de edad cuando la empresa no contare con esas instalaciones.*
- g) *La provisión de útiles escolares y guardapolvos para los hijos del trabajador, otorgados al inicio del período escolar.*
- h) *El otorgamiento o pago debidamente documentado de cursos o seminarios de capacitación o especialización.*
- i) *El pago de gastos de sepelio de familiares a cargo del trabajador debidamente documentados con comprobantes.*



Así, de la redacción pueden distinguirse los beneficios sociales destinados al trabajador de aquellos brindados a su familia, o a ambos. Ello se aprecia en primer término de la ropa de trabajo, el pago documentado de cursos, capacitaciones o seminarios y de los gastos de sepelios de familiares a cargo -debidamente acreditados mediante comprobantes-.

Después encontramos las estipulaciones en favor de la familia del trabajador como claramente resulta de los reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o salas maternas que utilicen los hijos hasta una edad determinada y en caso de que la empresa no contare con las instalaciones que brinden esos servicios. También aquí se ubica la provisión de útiles escolares al inicio de la época escolar.

En último término están los beneficios destinados para el obrero o su familia como los reintegros de medicamentos y gastos médicos asumidos por la patronal, previa presentación de los comprobantes emitidos por quien corresponda.

Doctrinariamente se ha definido a los beneficios sociales como prestaciones, bienes o servicios puestos por el empleador a disposición de todos sus dependientes en forma voluntaria o por acuerdo de partes, destinados al mejoramiento de la calidad de vida del trabajador y/o de su familia y no tienen como fundamento o causa de su otorgamiento la contraprestación que percibe el empresario (definición propuesta por Altamira Gigena en *"Remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones en los regímenes de seguridad social"*, L.T. XXXII-595 y ss., en *"Revista de Derecho Laboral"*, Remuneraciones-III, 2017, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2017, p. 120).

Y también como ventajas que otorga la empresa al margen de la remuneración convencional, asumiendo la



responsabilidad social delegada y como instrumentadora de una política social que apunta más a lo cultural y a la participación integradora del hombre a la sociedad que a la política de rentas (cfr. Caballero Julio - Pico Jorge, *"Tratado de Derecho del Trabajo"*, Mario Ackerman (dir.), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, t. III, p. 387).

A partir de ello y tal como apunta el Dr. Fernández Madrid, pueden extraerse las siguientes características del instituto bajo estudio (*autor citado, "Tratado práctico de Derecho del Trabajo"*, Buenos Aires, 3ª edición, 2007, t. II, p. 1337).

i) son privativos de cada empresa, salvo acuerdo mediante convenio colectivo de trabajo y resultan comunes a todo el personal, sin distinción de jerarquías, sexo o funciones.

ii) Son potestativos del empleador, pudiendo ponerlos en vigencia de manera voluntaria. No obstante, una vez concedidos no pueden ser interrumpidos constituyendo un derecho adquirido para el dependiente.

iii) pueden ser otorgados al trabajador o a algún integrante de su familia, pudiendo el beneficiario aceptarlo o rechazarlo, dado que por su naturaleza no resulta obligatorio.

iv) tienen como objetivo favorecer al trabajador sin que pueda ser considerado como una contraprestación por sus servicios. A la vez que resulta no formal, pudiendo probarse su existencia por cualquier medio de prueba.

De seguido, cabe sostener que la institución no busca sustituir un gasto que deba afrontar el dependiente, sino que persigue mejorar su calidad de vida, y como consecuencia de ello y de las características antes expresadas, se estima que la enumeración contemplada en el artículo 103 bis de la LCT resulta meramente enunciativa pudiendo el empleador otorgar otros beneficios sociales, más allá de los mencionados en la norma.



Sin embargo, claro está que su examen debe ser restrictivo a fin de evitar que a través de este medio se intente burlar la ley para eximirse del cumplimiento de cargas previsionales.

III. Analizando la cuestión traída en discusión y como ya expusiera, la demandada cuestiona a partir del carril de Inaplicabilidad de Ley la interpretación efectuada en instancias anteriores en orden al artículo 103 bis de la Ley N° 20744 (LCT), en concreto, el inciso "f" que regula el reintegro de los gastos de guardería y salas maternales.

1. Tiene dicho nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación que al momento de interpretar una norma, cualquiera sea su índole, debe tenerse primordialmente en cuenta su finalidad (cfr. Fallos: 330:2192 y 344:1810) y que en la inteligencia que cabe asignar a las normas de la seguridad social, el puro rigor de los razonamientos lógicos debe ceder ante la necesidad de que no se desnaturalicen jurídicamente los fines que la inspiran (cfr. Fallos: 327:8710 y 329:872).

2. Considerando estas premisas como norte, cabe señalar -como anticipo- que advierto demostrada la constatación del vicio casatorio alegado por la recurrente, en tanto la Cámara de Apelaciones ha efectuado una errónea interpretación del artículo 103 bis, inciso "f", de la LCT.

Me explico. A fin de admitir la naturaleza remunerativa de la prestación contemplada en el inciso aludido, la Cámara de Apelaciones entendió que el artículo 103 bis resultaba inconvencional e inconstitucional por contravenir el artículo 1 del Convenio N° 95 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de rango prevalente a la Ley de Contrato de Trabajo (artículo 75, inciso 22, Constitución nacional).

Para sustentar su decisión, citó a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). En rigor, y amén de admitir que no resulta vinculante la



opinión brindada por ese organismo, expuso que los beneficios sociales previstos en el artículo 103 bis de la LCT son beneficios que perciben los trabajadores de parte de los empleadores por los servicios laborales prestados, y por ello son un componente de la remuneración de los trabajadores.

Por último, entendió que no era óbice para arribar a esa calificación, el hecho de que por vía convencional se haya sujetado el devengamiento del rubro a determinadas condiciones, desde que -concluyó el fallo- la asunción por el empleador de los gastos de guardería constituiría una ventaja patrimonial para el trabajador, que en otro caso debería abonarlos en forma directa (fs. 581).

De este modo, el análisis sostenido por el tribunal de Alzada se afinca básicamente a partir de la definición contemplada en el artículo 1 de la Convención N° 95 de la OIT, en cuanto dispone 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 ..."*.

A partir de estas premisas, se aprecia el desvío interpretativo del fallo de Alzada, en tanto la decisión se sustenta en pautas generales, sin analizar las precisiones a las que la legislación laboral sujeta el instituto debatido, declarando la invalidez de toda la norma en conjunto.

En efecto, tal como ya expusiera, el artículo 103 bis de la LCT enuncia algunos beneficios sociales, entre ellos el reintegro documentado con comprobantes de gastos de guardería y/o salas maternales de hijos e hijas de hasta 6 años de edad.

Estipula además que este supuesto procederá en los casos donde el empleador no posea las instalaciones



correspondientes para poder brindar esos servicios al plantel de trabajadores que -en base al requisito de edad de sus hijos- lo requieran.

De consiguiente estimo que el análisis correcto debe ajustarse al otorgamiento de un subsidio de tipo asistencial y de carácter temporal, sin que pueda inferirse por simple añadidura que su otorgamiento responde a la prestación del servicio para el cual fueron contratados los trabajadores puesto que se otorga solo a los dependientes que cuenten con hijos menores de los 6 años de edad.

Es que el mentado reintegro de gastos mediante la adjunción de comprobantes -cuya carga y cumplimiento llega firme a esta instancia extraordinaria- se reconoce únicamente a una parte de los dependientes, esto es, a quienes cuentan con niños en etapa de cuidado y hasta los 6 años de edad, no siendo un reconocimiento de carácter general para todo el personal.

De seguido, de considerarse un concepto remunerativo, y por ello integrante del salario a los fines previsionales e indemnizatorios, se correría el riesgo de provocar una discriminación indirecta al crear desigualdades económicas para el resto del plantel de dependientes que carezcan de cargas de familia o que de tenerlas, se encuentren fuera de esa franja etaria.

Tampoco se advierte la presencia de una ventaja patrimonial o una ganancia para el obrero, como afirma el fallo objetado, por dos motivos.

Inicialmente porque el presupuesto normativo estipula por un lado el desembolso del dinero a modo de reintegro de un gasto efectuado y contra la presentación del comprobante de pago, sin que pueda disponer el trabajador de ese monto y, por otro lado, porque establece su procedencia para los casos en los que el empleador no posea las instalaciones necesarias para poder brindar el servicio de guardería o sala maternal.



Sobre este punto cobra relevancia lo resuelto recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Etcheverry" (Fallos: 344:3011 del 21/10/21) y el Decreto N° 144/22, que si bien reglamenta el artículo 179 de la LCT, resulta aplicable al presente y otorga también sustento a la interpretación que sostengo.

Estipula en su parte pertinente el Decreto mencionado que "... En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternas y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan ...".

Si bien el mandato judicial ordenado por la Corte Federal se refiere al artículo 179 antes citado, y propició el dictado de la normativa reglamentaria, también resulta compatible con la disposición legal que compone el dilema aquí traído, puesto que contempla el reembolso de los gastos por las prestaciones asistenciales para el cuidado de niños y niñas en la primera infancia.

Estipula el Decreto N° 144/22 que "... En los establecimientos de trabajo donde presten tareas CIEN (100) personas o más, independientemente de las modalidades de contratación, se deberán ofrecer espacios de cuidado para niños y niñas de entre CUARENTA Y CINCO (45) días y hasta TRES (3) años de edad, que estén a cargo de los trabajadores y trabajadoras durante la respectiva jornada de trabajo (artículo 1) ...".

Por su parte, el artículo 4 expresa que "... En los Convenios Colectivos de Trabajo podrá preverse el reemplazo de la obligación prevista en el artículo 1 de la presente medida por el pago de una suma dineraria no remunerativa, en concepto de reintegro de gastos de guardería o trabajo de cuidado de personas, debidamente documentados ...". Y que "... Se considerará que los gastos están debidamente documentados



cuando emanen de una institución habilitada por la autoridad nacional o local, según correspondiere, o cuando estén originados en el trabajo de asistencia, acompañamiento y cuidado de personas registrado bajo el Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el personal de Casas Particulares previsto en la Ley N° 26844 ...”.

En rigor, la reglamentación impone la instalación de salas de cuidado de niñas y niños y/o guarderías como obligación principal de los empleadores, y le asigna al reintegro calidad de subsidio con un marco restrictivo de aplicación sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones.

Luego, la regulación resulta compatible con el Convenio N° 156 de OIT sobre responsabilidades familiares - aprobado por Ley N° 23451- en cuanto expresa en su preámbulo que muchos de los problemas con que se enfrentan todos los trabajadores se agravan en el caso de aquellos que poseen responsabilidades familiares, debiendo reconocer la necesidad de mejorar la condición de estos últimos mediante medidas que satisfagan sus necesidades particulares.

A partir de aquí, cobra fuerza la concepción de beneficio social con naturaleza de prestación asistencial no remunerativa que presenta la figura prevista en el inciso “f” del artículo 103 bis de la Ley N° 20744 (LCT).

Es así puesto que *“... la universalización del beneficio de guardería o sala maternal es un bien jurídicamente tutelado por el sistema legal como medio de apoyo a la integración y a la unidad de la familia, y a la posibilidad de que ambos integrantes de la pareja puedan desarrollar su actividad laboral en forma plena, sin desatender deberes familiares fundamentales ...”* (De Diego, Julián, “La reglamentación del Régimen Legal de Guarderías y Salas Maternales”, SJA 29/04/22, TR LALEY AR/DOC/1291/2022).

Es que algunas contingencias sociales crean cargas económicas suplementarias, tal es el caso de las cargas de



familia, y por tanto cabe entender que los beneficios sociales se destinan a contrarrestar, por el tiempo que cabe esa eventualidad, el impacto económico que pudieran presentar esas eventualidades.

Ante ello, y aunque estos beneficios sean otorgados en el marco del contrato de trabajo, su causa jurídica no es la contraprestación de una labor cumplida o prometida, sino la atención brindada por el empleador de determinada contingencia, o la provisión de servicios o condiciones a los que de otro modo no tendría acceso el trabajador o los miembros de su familia, motivo por el que escapa al concepto jurídico de remuneración previsto en el artículo 103 de la LCT.

De manera tal que el contrato de trabajo actúa como ocasión para la concesión del beneficio pero la causa de éste radica no en la retribución del servicio, sino en la satisfacción de una necesidad concreta, o en la asunción del empleador de una contingencia social (cfr. Caballero Julio y Pico Jorge, "Salario" en Tratado de Derecho del Trabajo, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2ª edición, 2014, t. III, p. 391).

3. De otro lado, estimo que el antecedente citado por el tribunal de Alzada *in re* "Díaz" (Fallos: 336:593) no interfiere con la interpretación aquí propuesta, puesto que allí se debatía la incorporación de "adicionales no remunerativos" creados convencionalmente, mientras que en este caso la previsión acordada entre la Asociación Bancaria y la Asociación de Bancos Públicos y Privados de las República Argentina (ABAPPRA) que tramitó mediante Expediente N° 1519413/12 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, se limitó a fijar la cuantía económica del beneficio legal estipulado en el artículo 103 bis, inciso "f", de la LCT, y conforme las características establecidas en el



artículo 23 de la Ley N° 24714 sobre regímenes de asignaciones familiares.

En esa inteligencia, y acorde a ello se establecieron las pautas para el otorgamiento al personal femenino y masculino, destacando que uno solo de los integrantes tendrá acceso a su percepción.

Cabe aquí destacar que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación estimó necesario instituir con idénticos recaudos y en el ámbito del Poder Judicial de la Nación este tipo de beneficios para el personal que cuente con hijos mayores de 45 días y hasta los 5 años de edad, estableciendo mediante Acordada N° 14/09 -Expediente N° 3170/07- el reintegro mensual de los gastos realizados por los empleados en jardines maternas y/o guarderías.

Con posterioridad mediante Acordada N° 33/17 y Resolución N° 6/18 de la Procuración General de la Nación se ajustaron los importes inicialmente reconocidos por la primigenia norma de manera mensual, como no remunerativos ni bonificables para la asistencia de los gastos por guardería o atención de hijos e hijas menores.

Lo propio ocurrió en el marco de las convenciones pactadas para la actividad bancaria, tal como surge de la documental acompañada por la demandada, que no mereciera negativa del actor al momento de contestar el traslado respectivo (fs. 210).

Luego, no se aprecian elementos que permitan inferir que los posteriores incrementos del monto inicialmente fijado guarden relación con el salario básico, resultando razonable un adecuado ajuste -por lógica- en tanto las cuotas o matrículas de las instituciones maternas y/o educativas de nivel inicial también deben responder a los vaivenes económicos de nuestro país.

4. Por lo dicho hasta aquí, es que encuentro que -en el caso- el encuadramiento social que en calidad de reintegro



por los gastos de guardería y/o salas maternas abonó la entidad bancaria demandada en el marco del artículo 103 bis, inciso "f", de la LCT, no contraviene el artículo 1 del Convenio N° 95 de la OIT, ni viola las pautas enunciadas en los artículos 3 a 12 del citado instrumento internacional, por no importar un concepto remunerativo.

Por ello resulta que los agravios del impugnante, en cuanto se vinculan con una errónea interpretación del artículo 103 bis, inciso "f", de la LCT, deben tener favorable acogida.

Cabe aquí destacar que la interpretación aquí postulada no modifica lo dicho en el antecedente de este Tribunal Superior de Justicia mediante Acuerdo N° 15/19 *in re* "Gimeno" cuya incertidumbre motivó la convocatoria de este Tribunal en pleno, desde que la cuestión debatida allí -al igual que en el precedente "Díaz" de la Corte Federal antes citado- se vinculó con la interpretación de adicionales no remunerativos creados convencionalmente y no de la interpretación de un presupuesto previsto en la legislación laboral con calidad de beneficio social.

IV. En virtud del resultado que se propicia en esta etapa, se propone al Acuerdo acoger el recurso extraordinario interpuesto por la recurrente (fs. 604/636vta.), con base en la causal prevista por el inciso "b" del artículo 15 de la Ley N° 1406 y, en consecuencia, casar en lo pertinente la sentencia de la Cámara de Apelaciones -Sala II- (fs. 571/587vta.) y posterior resolución aclaratoria (fs. 644/vta.).

V. Conforme lo dispuesto en el artículo 17, inciso "c", de la Ley N° 1406, corresponde recomponer el litigio y dictar un nuevo pronunciamiento.

De seguido, considerando los agravios expresados por la impugnante en el recurso de apelación en orden a la cuestión aquí sometida a debate (fs. 523/524) y los argumentos dirigidos a la correcta interpretación del artículo 103 bis,



inciso "f", de la LCT -que aquí se propone-, corresponde admitir parcialmente el recurso ordinario de apelación allí articulado por la parte demandada y revocar en parte la sentencia dictada en la primera instancia (fs. 484/494).

Así pues, a los fines de la determinación de la condena, se deberá recalcular únicamente el importe admitido en concepto de guardería -y su incidencia sobre los demás ítems admitidos- y proceder a fijar el *quantum* debido, considerando los rubros que llegan firmes a esta instancia extraordinaria y la extracción realizada por el actor a fs. 530/531vta..

De esta manera en el detalle no se incorporarán las horas suplementarias y el Sueldo Anual Complementario (SAC) sobre tales horas (puntos 1. y 2. de la liquidación de fs. 493vta. y 585), que fueron percibidas por el Sr. Gigena Risso aceptando la imputación realizada por la parte demandada al momento de ofrecer esas sumas en pago (fs. 508 y 528).

En orden a la multa prevista por el artículo 1 de la Ley N° 25323 corresponde su desestimación, por cuanto la procedencia ordenada por la Alzada resultó de la admisión como concepto remunerativo del rubro guardería (punto III, fs. 582/582vta.).

Contrariamente se mantiene la multa prevista por el artículo 80 de la LCT, por cuanto su procedencia encontró sustento -también- en la falta de asiento en los libros contables de las horas suplementarias tal como surge de los argumentos expuestos en el punto III.6 del fallo de la Cámara de Apelaciones.

VI. Por consiguiente, siendo que la cuestión casatoria aquí analizada versó únicamente en relación con el rubro reintegro de gastos por guardería y/o salas maternas, y en tanto la interpretación aquí propuesta -como no remunerativo- lo excluye del cálculo indemnizatorio, la condena admitida comprenderá solo la diferencia debida por la



procedencia de las horas suplementarias que integraron la base de cálculo.

A esos efectos, sobre la base de los rubros que llegan firmes a esta instancia extraordinaria, se considerará la remuneración del mes de enero de 2016 (\$53.073,63.-), con más el valor de las 15 horas extraordinarias normales y habituales laboradas ese mes, y la incidencia del SAC.

El valor de la hora extraordinaria resulta de \$545,27.- ($\$53.073,63.- / 146 \times 1,5$), arrojando el monto mensual por horas extraordinarias de **\$8.179,05.-** ($\$545,27.- \times 15$).

Sobre la incidencia del SAC, considerando los nuevos importes, se arriba a la suma de **\$5.104,39.-** ($\$53.073,63.- + \$8.179,05.- / 12$).

Así pues, la base de cálculo del artículo 245 de la LCT resulta entonces de **\$66.357,07.-** ($\$53.073,63.- + \$8.179,05.- + \$5.104,39.-$).

De este modo el monto adeudado resulta:

1.- Dif. indemnización art. 245 LCT (\$199.071,21 - \$134.349,60)	\$ 64.721,61.-
2.- Dif. Indemnización art. 232 LCT (\$66.357,07 - \$48.515,13)	\$ 17.841,94.-
3.- SAC sobre preaviso	\$ 5.529,75.-
4.- Dif. Integración mes de despido (\$4.423,80 - \$2.730,76)	\$ 1.693,04.-
5.- Dif. SAC sobre integración (\$368,65 - \$227,56)	\$ 141,09.-
6.- Dif. SAC proporcional (\$21.693,65 - \$15.311,76)	\$ 6.381,89.-
7.- Vacaciones proporcionales (\$11.280,70 - \$5.476,40)	\$ 5.804,30.-
8.- Artículo 2 Ley N° 25323	\$ 44.963,71.-
9.- Artículo 80 LCT	\$ 199.071,21.-
<u>Total</u>	\$ 346.148,54.-



De modo tal que el importe de la condena, una vez deducido lo oportunamente percibido por el actor en concepto de horas extraordinarias por \$160.100.- y S.A.C. sobre ese rubro por \$80.037.- (fs. 530/531vta.), resulta \$346.148,54.-.

VII. En cuanto a la tercera de las cuestiones planteadas y sometidas a escrutinio en este Acuerdo, esto es las costas, propicio que las originadas en esta etapa casatoria se impongan al actor en su calidad de vencido.

Luego, propongo se impongan las generadas en la segunda instancia en el orden que fueron causadas, y se mantengan las impuestas en la instancia de origen a cargo de la demandada, de conformidad con la procedencia de los rubros pretendidos y los agravios admitidos (artículos 12 y 17, Ley N° 1406, y 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén).

VIII. En suma, a tenor de las consideraciones vertidas, se propone al Acuerdo: **1)** Declarar procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por la parte demandada -Banco de la Provincia del Neuquén S.A.- (fs. 604/636vta.); y, en consecuencia, casar la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones -Sala II- (fs. 571/587vta.) y Resolución Aclaratoria de fs. 644/vta. sobre la base de la causal del artículo 15, inciso "b", de la Ley N° 1406, por haber incurrido en una errónea interpretación del artículo 103 bis, inciso "f", de la Ley N° 20744 (LCT), de acuerdo a lo desarrollado en los considerandos de la presente; **2)** A la luz de lo dispuesto por el artículo 17, inciso "c", de la Ley N° 1406, recomponer el litigio mediante la revocación parcial de la decisión dictada en la primera instancia (fs. 484/494); **3)** Modificar la imposición de costas dispuestas por el tribunal de Alzada disponiéndolas en el orden que fueron generadas y mantener las generadas en la primera instancia a cargo de la parte demandada vencida; **4)** Imponer las costas provocadas en la instancia extraordinaria local a cargo del actor vencido,



conforme lo expresado en el considerando V de la presente; **5)** Regular los honorarios profesionales de los letrados por su actuación en el recurso extraordinario local, de conformidad con las pautas fijadas por la Ley de Aranceles. **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

El Sr. Vocal **Dr. Roberto Germán Busamia** dijo: por compartir los argumentos expuestos adhiero a la solución propiciada por el Dr. Evaldo Darío Moya, votando en idéntico sentido. **MI VOTO.**

El Sr. Vocal **Dr. Alfredo Alejandro Elosu Larumbe** dijo: coincidiendo con los fundamentos y la solución propuesta, adhiero entonces al voto del Dr. Evaldo Darío Moya, y expreso el mío en igual sentido. **MI VOTO.**

La Sra. Vocal **Dra. María Soledad Gennari** dijo: comparto la respuesta dada por el Dr. Evado Darío Moya, por lo que me expido en igual sentido. **MI VOTO.**

IX. El Sr. Vocal **Dr. Gustavo Andrés Mazieres** dijo: disiento con la solución propuesta por el Dr. Evaldo Darío Moya, y por ello he de emitir mi opinión en sentido contrario.

1.- En orden a los antecedentes relevantes de la causa, me remito a los relatados por el Sr. Vocal preopinante a fin de ingresar de lleno al análisis de las cuestiones planteadas y votadas de manera inicial.

La problemática presentada en esta oportunidad y por la cual se habilitó la instancia extraordinaria, se vincula con la interpretación del artículo 103 bis de la LCT, - incorporado mediante Ley N° 24700- en cuanto introdujo en calidad de beneficios sociales a "*... las prestaciones de naturaleza jurídica de seguridad social, no remunerativas, no dineradas, 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 ...*".



De conformidad con los argumentos que expondré a continuación, cabe anticipar que no encuentro motivación alguna que me incline a modificar el sentido dado por el Tribunal de Alzada a la mencionada norma.

En aquélla oportunidad, la Cámara de Apelaciones confirmó la decisión de grado sobre este punto y resolvió considerar los importes abonados por el empleador en concepto de reintegro de gastos por utilización de guardería y/o jardín maternal a los fines del cálculo de la indemnización por antigüedad -artículo 245 LCT-; el cálculo de las horas extraordinarias y conformar el presupuesto objetivo contemplado en artículo 1 de la Ley N° 25323 admitiendo la multa allí estipulada.

Se expresó allí que la legislación nacional -artículo 103 bis de la LCT- resultaba inconveniente al amparo del artículo 1 del Convenio N° 95 de la OIT, y por tanto, inconstitucional por subvertir el orden de prelación jerárquico.

2. Así las cosas, estimo necesario comenzar el desarrollo a partir del concepto jurídico de remuneración expresado en doctrina por el Dr. Justo López entendiendo que *"... el salario en una consideración jurídica es la ventaja patrimonial que se recibe como contraprestación del trabajo subordinado ..."* (autor citado, "El salario", Tratado de Derecho del Trabajo, dir. Mario Deveali, Buenos Aires, La Ley, 1964, t. II, p. 331).

A partir de esta definición, y en base al carácter de las relaciones laborales conforme el principio de onerosidad que resulta del artículo 115 de la LCT, estimo que las concesiones o mejoras que el empleador incorpora a la relación contractual responden a un finalidad económica sin que pueda presumirse como causa un fin meramente altruista por parte de quien cumple la función de patrón en la relación de empleo.



Es que comparto lo dicho en orden a que *"... salario importa toda ganancia proveniente del contrato de trabajo, esto es, cualquier ingreso que satisfaga total o parcialmente las necesidades de consumo del trabajador, que de no haber existido, tendría que haber solventado el obrero por su propia cuenta, evitándole de este modo un desembolso personal ..."* (Cámara de Trabajo, en pleno, 1° Circunscripción Judicial de la provincia de Mendoza, 04/08/16 "Ruíz Rosales Norma c/ Telefónica de Argentina S.S. s/ diferencias salariales", Expediente N° 151.050).

Luego, el examen de los beneficios sociales que a modo de liberalidad y con presunta intención solidaria incorpora el artículo 103 de la LCT, debe ser restrictivo a fin de evitar que a través de este medio se busque eludir las obligaciones derivadas de las leyes previsionales y demás obligaciones patronales.

A propósito, el artículo 6 de la Ley N° 24241 -en su parte pertinente- considera remuneración, a los fines del SIJP, *"... a todo ingreso que percibiere el afiliado en dinero o en especie susceptible de apreciación pecuniaria, en retribución o compensación o con motivo de su actividad personal ..."*.

De este modo, en el presente caso entiendo que la voluntariedad del beneficio abonado por el empleador en concepto de reintegro de los gastos efectuado por el actor - Sr. Gigena Risso- por cualquier concepto que importe el cuidado de sus hijos en la primera infancia (sea por guardería, jardín maternal o personal de cuidado de niños) no deja de ser una ventaja patrimonial para el trabajador.

Ello es así, como ya expuse, por la sencilla razón de que el damnificado no ha tenido que solventar de su propio bolsillo un gasto que habitualmente no resulta menor, sobre todo considerando que la educación del primer nivel educativo en la provincia de Neuquén para niños y niñas comienza a los



cuatro (4) años de edad -conforme artículo 31 de la Ley N° 2945-, debiendo reintegrarse los progenitores en sus labores una vez finalizados los plazos de licencia por maternidad y paternidad.

Así pues, la decisión empresarial de reintegrar esos gastos -debidamente acreditados conforme surge de las constancias de la causa-, importó una ventaja patrimonial concreta que el trabajador recibió por causa, motivo o en ocasión del contrato de trabajo evitando su gasto, y por tanto, corresponde que sea considerado salario en los términos del artículo 103 de la LCT, cuya fuente resulta el Convenio N° 95 de la OIT.

De seguido, su estipulación como prestación de naturaleza no remuneratoria resulta contraria a las normas convencionales prevalentes (artículo 75, inciso 22, Constitución nacional), tal como afirma la Cámara de Apelaciones a fs. 580 tercer párrafo.

Cabe subrayar que el salario se vincula con la familia del trabajador y con la protección integral de aquélla, conforme lo dispone el artículo 14 bis de la Constitución nacional, debiendo el legislador privarse de realizar modificaciones indebidas que puedan menospreciarlo en tanto sujeto de preferente protección y tutela constitucional.

Por consiguiente, no encuentro que la sentencia impugnada incurra en la infracción legal postulada por el recurrente y por ello propongo la desestimación del remedio extraordinario planteado con la consecuente confirmación de la sentencia dictada por el Tribunal de Alzada.

3. En cuanto a la tercera de las cuestiones planteadas y sometidas a escrutinio en este Acuerdo, esto es las costas, propicio mantener las impuestas en las instancias anteriores a la demandada en su calidad de vencida, y en idéntico sentido atribuir las generadas en esta instancia extraordinaria a la recurrente vencida (artículos 68 del



Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén, 17 de la Ley N° 921 y 12 de la Ley N° 1406.

4. A tenor de lo expuesto, propongo al Acuerdo: **1)** Declarar improcedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por la parte demandada -Banco de la Provincia del Neuquén S.A.- (fs. 604/636vta.) y, en consecuencia, confirmar la sentencia de la Cámara de Apelaciones -Sala II- (fs. 604/636vta.). **2)** Imponer las costas de esta instancia extraordinaria a la parte recurrente vencida (artículo 17 de la Ley N° 1406). **3)** Disponer la pérdida del depósito efectuado (fs. 667 y 668) dándosele el destino estipulado en el artículo 10 de la Ley Casatoria. **4)** Regular los honorarios profesionales de los letrados por su actuación en el recurso extraordinario local, de conformidad con las pautas fijadas por la Ley de Aranceles. **VOTO POR LA NEGATIVA.**

De lo que surge del presente Acuerdo en pleno, de conformidad con lo dictaminado por la Fiscalía General, **SE RESUELVE:** **1) DECLARAR PROCEDENTE -POR MAYORÍA-** el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por la parte demandada -Banco de la Provincia del Neuquén S.A.- (fs. 604/636vta.) y, en consecuencia, **CASAR** la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones -Sala II- (571/587vta.) y Resolución Aclaratoria de fs. 644/vta. sobre la base de la causal del artículo 15, inciso "b", de la Ley N° 1406, por haber incurrido en una errónea interpretación del artículo 103 bis, inciso "f", de la Ley N° 20744 (LCT), de acuerdo a lo desarrollado en los considerandos de la presente. **2)** A la luz de lo dispuesto por el artículo 17, inciso "c", de la Ley N° 1406, **RECOMPONER** el litigio mediante la revocación parcial de la decisión dictada en primera instancia (fs. 484/494) y, en su mérito, modificar el monto de condena allí estipulado, determinándolo en la suma de **PESOS TRESCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL CIENTO CUARENTA Y OCHO CON 54/100 (\$346.148,54.-)**, con más los intereses fijados en aquélla oportunidad. **3) MODIFICAR** la imposición de costas



dispuestas por el Tribunal de Alzada disponiéndolas por su orden conforme lo expuesto en los considerandos, y **MANTENER** las generadas en la primera instancia a cargo de la demandada vencida. **4) IMPONER** las costas provocadas en la instancia extraordinaria local a cargo del actor vencido. **5) REGULAR** los honorarios a los letrados intervinientes en esta etapa, en un 25% de lo que corresponde por su actuación en primera instancia (artículos 15 y concordantes, Ley de Aranceles). **6)** Disponer la devolución del depósito efectuado (fs. 667 y 668), por imperio del artículo 10 de la Ley Casatoria. **7) ORDENAR REGISTRAR Y NOTIFICAR** esta decisión plenaria y, oportunamente, **REMITIR** las actuaciones a origen.

Dr. EVALDO D. MOYA - Presidente. Dr. ROBERTO G. BUSAMIA - Dr. ALFREDO A. ELOSU LARUMBE - Dra. MARIA S. GENNARI - Dr. GUSTAVO A. MAZIERES
Dr. JOAQUÍN A. COSENTINO - Secretario