

DEDUCE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Excelentísima Cámara de Apelaciones
Contencioso Administrativo y Tributario
De la Ciudad Autónoma de Buenos Aires:

ANA CELINA ZORZENÓN, Abogada C.P.A.C.F., T° 62, F° 151, domicilio electrónico en CUIT 23-20275875-4, en mi carácter de letrada apoderada de la parte actora, con domicilio legal en la calle Tte. Gral. Juan Domingo Perón 1920, 3er. piso, en los autos caratulados "**SUBI ROBERTO DANIEL Y OTROS C/ GCBA S/ EMPLEO PUBLICO (NO CESANTIA NI EXONERACION)**" EXPTE C62166-2013/0, a V.E. respetuosamente me presento y digo:

I

OBJETO

Contra la Sentencia Definitiva de fecha 15 de mayo de 2020, notificada con fecha 12/08/2020, dictada por la Sala I de esta Excelentísima Cámara de Apelaciones, vengo a deducir **RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD**, en los términos del art. 113 inciso 3 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los arts. Artículos 27 y concordantes de la ley 402, en tanto el fallo dictado en autos ha controvertido la interpretación y aplicación de una norma de carácter nacional, solicitando sea concedido y remitido el expediente al Excelentísimo Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, luego de declararlo bien concedido, haga lugar al recurso y consecuentemente proceda a modificar la mencionada sentencia, con costas a la demandada.

II

CAUSA

La sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones del Fuero en autos, rechaza el recurso interpuesto por esta parte, confirmando el

rechazo de la demandada incoada en lo que respecta al Carácter Bonificable del Rubro en litigio.

A criterio de mi parte, dicho fallo es arbitrario por violación de la garantía constitucional de **IGUALDAD ANTE LA LEY** la misma viola lisa y llanamente el **PRINCIPIO DEL ART. 16** de la Constitución Nacional así como, entre otros el art. 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, constituyendo la misma un **“escándalo jurídico”** que la doctrina ha denominado “arbitrariedad sorpresiva” en tanto la cuestión nace de la propia sentencia objeto del recurso.

Por ello la misma encuadra en el caso constitucional previsto por el art. 27 de la ley 402 y el art. 113 de la Constitución de la Ciudad.

Así las cosas, la Sala I de la Excm. Cámara, en un decide RECHAZAR el recurso interpuesto por esta parte, confirmando el carácter remunerativo del Fondo Nacional de Incentivo Docente y ordenando el pago de las diferencias resultantes de dicho reconocimiento, mientras que rechaza los agravios referidos al carácter bonificable del suplemento.

Es decir, iniciamos una demandada para que el GCBA abone la suma “FONAINDO” con el carácter que fue creado por el legislador y que se reconozca que dichas sumas poseen el carácter de haber, y por tanto deben bonificar tanto en aguinaldo como en antigüedad, la sentencia reconoce el carácter remunerativo del suplemento, lo que equivale a reconocer su carácter salarial, pero le deniega las características típicas de un salario.

De igual manera, luego de haber hecho lugar al recurso, impone las costas “por su orden”, desconociendo el principio legal de la derrota.

La sentencia que sella de manera definitiva la suerte de mi parte, cambiando los antecedentes y la realidad jurídica actual, en tanto miles de docentes en las mismas condiciones y por orden de los jueces de éste fuero perciben en la actualidad el FONAINDO como "remunerativo y bonificable"

Esta nueva postura de la Cámara se basa; por un lado en:

1- *"...En consecuencia, tengo para mí que no es posible seguir sosteniendo la ausencia de legitimación pasiva por parte del demandado. (...) Por lo dicho hasta aquí, invocando nuevamente la interpretación más beneficiosa para el trabajador, atento la irrazonabilidad del artículo 3° del Anexo I de la Resolución N° 1169/GCABA/SED/99, considero que en el caso de autos asiste razón al frente actor en cuanto a la pretensión relativa al carácter remunerativo del rubro analizado, por lo que no cabe más que rechazar el recurso interpuesto por la demandada. (Dra. Fabiana H. Schafrik de Nuñez)*

2- *"(...) La reglamentación bajo examen dispone expresamente que los adicionales otorgados no serán computables para el cálculo de la antigüedad, por lo que no se presenta una situación de indeterminación normativa. (...) En consecuencia, entiendo que corresponderá rechazar el agravio bajo análisis..." (Dra. Fabiana H. Schafrik de Nuñez)*

Así las cosas, la Excma. Cámara del Fuero ha sufrido cambios de opinión a lo largo de los últimos años de la siguiente manera:

- a) Sentencias que otorgaron el FONAINDO con carácter Remunerativo y Bonificable, con diferencias.
- b) Sentencias que otorgaron el FONAINDO con carácter Remunerativo, con diferencias.
- c) Sentencias que rechazan la demandada en todas sus partes.
- d) Sentencias que reconocen el carácter Remunerativo del FONAINDO, pero sin diferencias

Así las cosas, con éste último fallo ha quedado zanjada la discusión que se venía sucediendo en la cual se sostenía (sólo por parte de la Cámara) que el GCBA no poseía legitimación pasiva para ser demandado y por tanto el Estado Nacional era el único responsable.

Cuestión completamente alejada de la realidad en tanto mis mandantes no son empleados del Estado y por tanto se encuentran inhabilitados de presentarse en el Fuero Federal a demandar

Ahora bien, el nuevo análisis efectuado por la Excma. Sala I es impecable, y arriba a conclusiones exactas, aunque lamentablemente dictamina:

“la naturaleza bonificable o no bonificable constituye un resorte propio del órgano encargado de fijar la política salarial del sector en cuestión, a diferencia de lo que sostuvieron los actores en su recurso”.

Esta parte no logra comprender como llegan a esa conclusión, pues este punto de la sentencia no está fundamentado, pues los fallos que mencionan no son de causas similares a la de autos.

No se concluye de ningún análisis y contradice todos y cada uno de los fallos anteriores y sobre todas las cosas, de la realidad.

Es decir, reconocer el carácter remunerativo implica que deben hacerse aportes por dichos montos, para que dicho monto forme parte del haber y en consecuencia al momento de jubilarse sea tomado en cuenta del cómputo inicial de haber jubilatorio. Y de ahí que, si forma parte del haber y es considerado tal a los efectos jubilatorios es incoherente que se le niegue el reconocimiento de su carácter bonificable... nos preguntamos, es haber o no el FONAINDO?

La sentencia atacada nada dice al respecto...

El reconocimiento a futuro de la obligación implica que, luego de 20 años sólo será haber a los efectos de los aportes y nada mas? (sería un haber a medias...)

Es por lo expuesto que el argumento de la Cámara en lo que respecta al carácter bonificable resulta vacío a luz de la realidad jurídica.

Es por ello que esta parte entiende que la arbitrariedad se basa en que: la Sala se apartó del cuadro provisto por la aquí actora haciendo un reconocimiento parcial del reclamo pero dándole al rubro en cuestión una figura jurídica inexistente de “semi haber”, o sea, haber a los efectos de aportes y aguinaldo y no haber a los efectos de la antigüedad.

Ello comporta ignorar la relación laboral de empleo público habida entre las partes y las nefastas consecuencias de la falta de aportes a la Seguridad Social, se ignoró la prueba producida por esta parte así como la

ausencia total de probanza por parte de la demandada receptando como ciertas las meras manifestaciones de la demandada; así como el de igualdad ante la ley; como V.E. podrá ver, la sentencia implica un supuesto de gravedad extrema en la cual se verifica un apartamiento inequívoco de la solución prevista por la ley y una absoluta falta de fundamentación (Fallos 311:2187; 313:62, etc).

En el caso que nos ocupa la sentencia es arbitraria dado que incurre en los siguientes vicios:

- a. apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso;
- b. decisiva carencia de fundamentos;
- c. menoscabo de la garantía de defensa en juicio o de la regla del debido proceso o que frustra el derecho federal;
- d. dictado sobre la base de la mera voluntad de los jueces;
- e. violación de la esencia del orden constitucional, cuyo primer enunciado es afianzar la justicia;
- f. no significar una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa;
- g. exceso de los límites propios de razonabilidad;
- h. omisiones y desaciertos de gravedad extrema que invalidan como actos jurisdiccionales o de groseros errores jurídicos;
- i. contravención a un adecuado servicio de justicia.

Por otro lado, cabe mencionar también, que el fallo objetado carece de la debida motivación (Sagués, ob. Cit., II, pág 339); es decir, cuando la sentencia resuelve en contra o con prescindencia de las pruebas fehacientes regularmente presentadas en el juicio o fundándose en pruebas que no constan el proceso, tal el caso de autos. (se encuentra probado en autos la falta de aportes jubilatorios)

La sentencia incurre en dos vicios que la descalifican como tal: (i) falta de fundamentación adecuada y (ii) arbitrariedad.

La lectura de la sentencia permite observar que su aparente fundamentación se limita a (i) esbozar aspectos abstractos y generales y (ii) repetir argumentaciones de la presentación realizada por la demandada.

Con relación al primero de los vicios señalados cuadra ponderar que la sentencia incurre en defecto de fundamentación.

Puede puntualizarse que, incluso, la sentencia exhibe fundamentación que repite textualmente los argumentos presentados por la demandada tanto en la contestación de demanda como en los agravios para rechazar el carácter bonificable.

No es reprochable modificar la postura, siempre que el sentenciante tenga motivos para ello, sin embargo en autos, solo se fundamenta **“un nuevo análisis de la cuestión”** y la normativa resulta ser la misma desde el año 1998, por lo que resulta contradictorio, ya que nada ha cambiado hasta el día de la fecha.

La ley 25.053 sigue siendo la misma que la dictada allá por el año 1998, así como que el demandado es el mismo y la calidad de los actores es la misma que los del expediente Aznar, Larreategui, Bianchi, Vera, Orue, así como en tantos otros expedientes, salvo por que cambian los nombres de los ahora actores.

Denota arbitrariedad en el fallo, en tanto el mismo ha sido dictado en base a la mera voluntad de los jueces, entre otras cosas, sin mencionar el escándalo jurídico que ello implica, considerando que nada ha cambiado desde el dictado de aquella sentencia en el expediente Aznar y Orue, cabe preguntarnos ahora CUAL ES LA SENTENCIA CORRECTA?.

La realidad de la cuestión es que existen cientos de docentes que por orden judicial emanada del Fuero, hoy perciben el FONAINDO como remunerativo y bonificable.

Como también los hay quienes tan solo lo perciben como remunerativo.

Y TODOS ELLOS PERCIBIERON LAS DIFERENCIAS!

Así es como se genera el escándalo jurídico, dado que existe una flagrante desigualdad entre quienes envisten iguales características, es decir, todos son docentes en igualdad de condiciones, sin embargo, ante el mismo reclamo, obtienen distintas soluciones.

Como muestra de lo resuelto por el Fuero es que el GCBA dictó la Resolución Nro. RESOL-2014-1926-SSGRH mediante la cual ordena pagar el FONAINDO como remunerativo y bonificable a los integrantes de los expedientes “Lucero Ernesto Horacio y otros c/ GCBA” (25526/0), “Dromi Maria Rosa y otros c/ GCBA” (17480/0) e “Iñiguez Juana Pabla y otros c/ GCBA” (20881/0).

En igual sentido, dictó la Resolución Nro. RESOL-2015-476-SSGRH con referencia a los actores del expediente "Orfila Marcelo y otros c/ GCBA" (21515/0).

ANALISIS DE LA SENTENCIA

Recordando el objeto de autos, esta parte solicito:

OBJETO

*Que en el carácter invocado, vengo en legal tiempo y forma a iniciar formal demanda contra el **Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, con domicilio en la calle Uruguay 458 de ésta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fin de que liquide y abone a mis mandantes las diferencias que adeuda por la errónea e ilegal forma en que ha abonado en sus haberes desde el año 1998 el rubro **FO.NA.IN.DO**, bajo el código 399.*

Dicha suma se abona en virtud de la ley 25.053 como "no remunerativa ni bonificable" en abierta violación de lo indicado por la citada ley que específicamente indica que el monto a abonarse consiste en una suma de carácter mensual remunerativa y bonificable.

Es decir, desde 1991 mis mandantes perciben un haber por sus labores integrado por el sueldo básico, la antigüedad y una serie de conceptos que no tributaron ni aportaron a sus cajas como así tampoco bonificaron.

Dicha forma de liquidar sus haberes constituyó una mecánica que se ha cesado parcialmente en el año 2005, por la entrada en vigencia de la ley 1.528 de la Legislatura Porteña.

*Desde dicha fecha todas las sumas "blanquearon" y hacen los aportes jubilatorios y bonifican en antigüedad y aguinaldo **EXCEPTO EL RUBRO FO NA IN DO**.*

En efecto, la presente demanda tiene como finalidad se obligue a realizar los aportes a Seguridad Social no hechos y abonar las diferencias devengadas por haber abonado dicha sumas con carácter "no bonificable" retrocativamente (diferencia de aguinaldos y antigüedad).

*La demandada debió incluir dentro del rubro **SUELDO** el código 399 "**FO. NA. IN. DO** ley 25053", también debió realizar los aportes previsionales por las sumas no remunerativas.*

Es decir, además de los aportes previsionales que no se hicieron, la presente demanda también incluye el reclamo de las diferencias devengadas y no abonadas (por aguinaldos y antigüedad).

El art. 13 de la ley 25053 específicamente dice "... los recursos del Fondo Nacional de Incentivo Docente serán destinados a abonar una asignación de carácter remunerativo por cargo que se liquidara mensualmente". AUNQUE EN LA PRACTICA NO BONIFICA NI ES REMUNERATIVA.

Todo ello, con más los intereses que por ley correspondan, con la expresa condena en costas.

El presente reclamo también incluye la petición a V.S. de que ordene a la contraria a que, luego de firme la liquidación de los montos adeudados, aporte a la caja de jubilación las sumas correspondientes a los aportes previsionales no realizados de las sumas realmente percibidas, dando en dicho momento formal aviso a la entidad pertinente para que regularice la situación.

El reclamo se realiza por los montos y períodos no prescriptos, dejando desde ya planteado que esta parte interpreta que debe aplicarse a marras la prescripción quinquenal (5 años) contados desde la fecha de interposición de la presente o del reclamo administrativo si lo hubiera."

Es decir, como empleados públicos del GCBA mis mandantes iniciaron acción contra su empleador por la incorrecta liquidación del rubro, FONAINDO, girado por el E.N.

Creo que queda claro el objeto de la demanda, el cual en momento alguno cuestionó el sistema establecido mediante la ley 25053 y sus normas reglamentarias, tal como lo interpretó la sentencia recurrida

Vale aclarar también que, tanto la sentencia recurrida como la demandada, han reconocido que es obligación del GCBA "liquidar y pagar" el FONAINDO .

Conforme la sentencia recurrida de la Cámara, la cual en numerosos fallos se expidió en forma favorable al reconocimiento del carácter remunerativo y bonificable del FONAINDO y una indiscutible legitimación del GCBA, ahora revoca en parte este idéntico reclamo, dictando una sentencia, violatoria de derechos constitucionales y totalmente arbitraria, denotando una forzada solución.

Es decir, nos está contando que muchos docentes compañeros de los aquí actores cobran las sumas en litigio como corresponde y en cumplimiento de la ley y de sentencias dictadas por él mismo. Sin embargo, ahora, a la luz de una nueva opinión, es modificada parcialmente.

Este punto no resiste mayor análisis, sin embargo, a mayor abundamiento, tiene dicho al respecto la Excm. Cámara de Apelaciones del Fuero que *"...el art. 13 de la citada ley establece expresamente su carácter remunerativo, pero sin embargo, (...) este adicional no es abonado con tal carácter. Ello así por que, de la simple compulsu de las liquidaciones de haberes (...), se puede advertir, teniendo en cuenta el monto descontado en concepto de aporte jubilatorio (11%), que la suma otorgada en concepto de "FO.NA.IN.DO. ley 25.053" no fue computada a esos fines. Por lo tanto, siendo que la propia ley otorga al adicional que crea carácter de remunerativo, así debe ser abonado por la demandada, no existiendo razón alguna para apartarse de lo ordenado por la normativa en cuestión. Por otra parte y, a mayor abundamiento, menos aún puede exonerarse de responsabilidad a la demandada de abonar las contribuciones correspondientes a ese adicional por no ser ella quien liquida y paga, sino el Gobierno Nacional, como lo esbozó en su contestación de demanda (...), toda vez que la obligación de su pago corresponde al empleador, puesto que en la medida que acepta que se abone dicho suplemento, está implícito que lo acepta en su totalidad como así también el carácter de remunerativo (ver arts. 12,13,16, y17 de la ley 25.053) (Sala II, Larreategui, Alicia Marta y ots c/ GCBA s/ empleo publico (no cesantía ni exoneración), expte. N° 23310/0, 02/07/2013; Bianchi Hilda y ots c/ GCBA s/ empleo publico (no cesantía ni exoneración), expte. N° 19859/0, 19/09/2013; Vetere Alejandro Enrique y ots c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración), expte N° 17828/0, 28/05/2009; Lucero Ernesto Horacio y ots c/ GCBA s/ empleo publico (no cesantía ni exoneración), expte N° 25526/0, 27/10/2007; Sala I, Glas Lidia Alicia y ots c/ GCBA s/ empleo publico (no cesantía ni exoneración), expte. N° 27105/0, 10/09/2013; Leonardi Miguel Angel y ots c/ GCBA s/ empleo publico (no cesantía ni exoneración), expte. N° 18501/0, 27/02/2007); Garibotto, Andres y ots c/ GCBA s/ empleo publico (no cesantía ni exoneración), expte N° 25583/0, 17/06/2011; entre muchos otros)*

Sin embargo, y es lo que la Cámara quiere ignorar, es que la realidad jurídica actual es totalmente diferente.

Es el fuero de Seguridad Social Nacional el cual acoge favorablemente los reclamos que los docentes jubilados realizan contra el Estado Nacional, ANSES, por aplicación de la ley 24016 y solicitan el pago del FONAINDO, suma remunerativa e integrante del sueldo.

Ante dichos reclamos, **la justicia Federal ordena el pago. Y genera un cargo por omisión de aportes al GCBA.**

Sin mencionar que, además, viola la Constitución Nacional y de la Ciudad de Buenos Aires.

Como consecuencia del fallo recurrido, los actores percibirán la suma en cuestión como remunerativa, pero los aportes omitidos quedarán fuera de sus haberes pasivos a futuro, avalando la incorrecta liquidación del FONAINDO efectuada por el GCBA, generando, de esta manera, innumerables juicios contra la ANSES para su incorporación dentro de los haberes jubilatorios.

Dice la justicia federal: *"...Y VISTAS: Estas actuaciones en estado de dictar sentencia de las que, **RESULTA:** ... pretende se le incluya en sus haberes previsionales la suma denominada FO.NA.IN.DO. Expone los fundamentos de su pretensión, cita jurisprudencia, funda su derecho, ofrece prueba, plantea las inconstitucionalidades que menciona en el escrito de inicio y formula la reserva del caso federal.....**CONSIDERANDO: I.-** ... El régimen en cuestión disponía que el beneficio debía liquidarse de conformidad al 82% móvil de la remuneración correspondiente, al último cargo en actividad y sobre ese monto el 75% para el caso de las pensiones (Conf. art. 4 de la ley 24.016)... **IV.-** Resta dilucidar, entonces, qué rubros del haber de actividad deben computarse para el cálculo del referido porcentaje. Al respecto, el art. 6 de la ley 24.241 considera remuneración "...todo ingreso que percibiere el afiliado en dinero o en especies susceptible de apreciación pecuniaria, en retribución o compensación con motivo de su actividad personal en concepto de sueldo, sueldo anual complementario, salario, honorarios, comisiones, participación en las ganancias, habilitaciones, propinas, gratificaciones y suplementos adicionales que tengan carácter de habituales y regulares, cualquiera fuere la denominación que se le asigne, percibida por servicios ordinarios o extraordinarios prestados en relación de dependencia". Por tal motivo, si los adicionales que se abonan al personal en*

actividad, cualquiera sea su denominación, son percibidos en forma habitual y regular, integran su remuneración, y como tal deben ser tenidos en cuenta para determinar el haber jubilatorio. Ello es lo que sucede en la especie, en tanto quienes ocupan el cargo que revistaba la accionante gozan de un haber conformado por diversos adicionales de esa naturaleza-general y habitual, que como tales deben ser considerados para la denominación del beneficio jubilatorio, en los términos de las leyes 20.572, 21.120, 21.121 y 21.124. Máxime, teniendo en cuenta lo expresamente dispuesto por el Res. 195/03 del Consejo de la Magistratura que reconoce el carácter remunerativo y bonificable del aumento.-En un caso análogo, y con similares fundamentos, la Sala II de la Excm. Cámara del Fuero dispuso el reajuste de los beneficios del personal docente reclamante -cuyo monto también representa, conforme a la ley 24.016, un porcentaje del haber de actividad- con el cómputo de adicionales del mismo carácter (autos "Ricci, Esther Elena Magdalena y otros", sent. Del 28.8.2000). Por lo expuesto, entiendo que corresponde hacer lugar a la demanda, ordenando al organismo que reajuste el haber de la accionante teniendo en cuenta los rubros efectivamente percibidos en forma habitual y regular y que integran la remuneración de quienes ostentan el mismo cargo que desempeñaba aquella.... Por lo expuesto, y habiendo intervenido la Sra. Fiscal, **RESUELVO: 1) Hacer lugar a la demanda interpuesta,...** el reajuste de los haberes de acuerdo a lo dispuesto en el art. 4º de la citada ley, teniendo en cuenta para el cálculo del haber, los adicionales o rubros efectivamente percibidos en forma regular y habitual por el personal en actividad, cualquiera sea su denominación, de conformidad a lo considerado ut supra.Cópiese, regístrese, notifíquese por Secretaría, dese intervención a la Sra. Representante del Ministerio Público, y oportunamente archívese. GERMAN PABLO ZENOBI Juez Federal Subrogante. „Expte. Nro.: 31490/2013 AUTOS: Ramirez Elsa Laura c/ ANSES s/ reajustes varios” Sentencia del 11 de abril de 2014.

Lo más alarmante de toda esta situación, es quizás los criterios de las Salas de la Cámara del Fuero donde en el mismo precedente, lo interpretan de manera distinta, y arriban a soluciones distintas, y aquí es donde se ve con claridad meridiana el "ESCANDALO JURIDICO", pues ante el mismo fundamento arriban a soluciones disímiles y producen una realidad fáctica distinta, tenemos docentes que cobran actualmente dicho código como

remunerativo y bonificable y otros no (la sentencia tira por el piso el precepto constitucional de "igual remuneración igual tarea" e "igualdad ante la ley").

El mentado rubro es liquidado por una Ley Nacional (25053) que se ha sometido a la Jurisdicción de la ciudad, no cuestionando su alcance sino solicitando su correcta liquidación, pues desde su nacimiento ha quedado definida su naturaleza y la misma no tiene cuestionamiento, sino solo la forma en que la demandada lo abona.

La arbitrariedad de la sentencia ha sido sorpresiva pues nace su arbitrariedad en el acto propio del dictado y mal podían las actoras prever este resultado cuando ya se han expedido algunas Salas de la Excma. Cámara sobre el tema otorgándole el carácter remunerativo y bonificable.

Así las cosas, habrán compañeros de los aquí actores que perciban el FONAIENDO como remunerativo y bonificable, que ya cobraron las sumas adeudadas por la forma incorrecta liquidación, y, actualmente, el GCBA le hace los aportes jubilatorios correspondientes y perciben la bonificación por antigüedad y aguinaldo incluyendo dicha suma.

Al respecto han dicho los Dres. Nélide Mabel Daniele y Esteban Centanaro, (en su momento) integrantes de la Sala II de la Excma. Cámara de Apelaciones del fuero en autos Martínez Huerta Adela Elvira y otros c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración), Expte. N° 17.274/0, en sentencia del 04 de Junio de 2013 *"considero que asiste razón al recurrente en este punto, puesto que, a diferencia de lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia en relación a los suplementos creados por los decretos 4748/90 y 1442/98, en la causa "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Parotti Maria Elena y ots c/ GCBA s/ cobro de peso", del 14/09/2005, siguiendo las consideraciones hechas en un precedente análogo "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Ruiz María Antonieta c/ GCBA s/ cobro de pesos", del 14/09/2005-, entiendo que en el particular resulta aplicable el principio "in dubio pro operario" "...por la previsión constitucional contenida en el art. 43 CCBA, puesto que existe en este caso, un supuesto de "duda". La ley 25.053 no establece su carácter de "bonificable" o no, resultando aplicable lo señalado por el Tribunal Superior en el precedente "Ruiz" ya citado en cuanto a que aún cuando el art. 119 del Estatuto Docente no establezca cual es la base sobre la que debe liquidarse la bonificación por antigüedad, debe entenderse que*

apunta a aplicarlos sobre los previstos en el art. 118 inc. a) y sobre aquellos del inc. c), a menos que se hubiese previsto lo contrario, previsión que, como se dijo, la norma en cuestión no efectuó. Lo expuesto no es sino más que una aplicación de la doctrina invocada por este Tribunal en cuanto a que en caso de ocurrir en el contexto de una relación laboral una situación dudosa, que admita más de una interpretación posible –como la que se ventila en este sub examine-, debe preponderar aquella que sea mas favorable al trabajador, sobre todo por que esta ley en particular, no califica al adicional como “no bonificable”. Cuando la ley no distingue no debemos esforzarnos en distinguir por que de lo contrario, se haria decir a la ley lo que efectivamente ella no dice (conf. Sala II en autos Vetere Alejandro Enrique y ots c/ GCBA s/ empleo publico (no cesantia ni exoneración) expte °N 17828/0, 28/05/2009).

En la especie el suplemento reclamado, al día de hoy y desde el año 2012 no se encuentra reglamentado; el FONAINDO ha sido abonado por el GCBA y percibido por los actores de manera normal y habitual durante mas de 22 años, plazo durante el cual el empleador GCBA lo abono de manera no remunerativo y no bonificable.

Atento la forma en la cual el suplemento ha sido percibido por los actores (normal y habitual, y durante mas de 22 años) es dable entender que el mismo debe formar parte del salario, y como tal abonarse de manera remunerativo y bonificable.

En este orden de ideas y analizando la situación a la luz de la vigencia de la ley 25.053 y sus decretos reglamentarios, ha sostenido la Dra. Nélida Mabel Danielle, camarista integrante de la Sala II de la Exma. Cámara de Apelaciones del fuero, que “...debo destacar que a juicio de la suscripta, el suplemento de la ley 25.053 (rubro 399-FONAINDO) debe ser declarado bonificable. Es que... entiendo que el presente caso presenta una situación, cuanto menos dudosa sino inconstitucional, en perjuicio de los derechos de los trabajadores y que contraria la integridad del salario, en tanto el principio general es que toda suma que percibe el trabajador de su empleador compone el salario y, como tal, resulta remunerativa y bonificable. En efecto, es cierto que el artículo 13 de la reglamentación de la ley, texto modificado según decreto 1125/99, estableció que esta asignación, “por tratarse de incentivo no incorporado definitivamente al salario y a percibir sólo durante los CINCO (5)

años de vigencia de la ley, será no bonificable por ningún concepto, estando sujeta únicamente a los aportes y contribuciones con destino a la obra social sindical y cuota sindical" (el destacado es propio). Tal texto me impide agotar allí el análisis, ya que tal artículo confrontado con la realidad evidencia contradicciones insoslayables con la protección integral al trabajador que consagra nuestra Carta Magna local. Ciertamente, la tansitoriedad inicial del suplemento invocada por el decreto de mención para negar su carácter bonificable, que se ha prolongado –hasta ahora– nada menos que por quince años. En efecto, la ley 26.728 que aprueba el Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2012 prorrogó el incentivo por 9 años a contar desde el 1 de enero de 2004. En estas condiciones, la limitación establecida por el decreto 1125/99 ha perdido sentido por el cambio del derecho objetivo y se presenta solamente como un escollo al goce de la plenitud de derechos que constitucionalmente le corresponde al trabajador. En este sentido, teniendo en cuenta el propio texto de la ley que asigna carácter remunerativo, el cambio operado en el derecho objetivo y la protección del salario y del trabajador entiendo el decreto 1125/99 resulta un exceso reglamentario y por ende, ha de ser declarado inconstitucional... " ("Larrategui Alicia Marta y otros c/ GCBA s/ empleo publico (no cesantía ni exoneración) 02/07/2013).

En igual sentido se expidió el Dr. Esteban Centanaro en autos "Martínez Huerta Adela Elvira y otros c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración), expte N° 17274/0, 04/06/2013.

Con lo cual, a nuestro entender, amerita analizar la cuestión desde la óptica planteada por el Tribunal Superior de Justicia en autos "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Parotti María Elena y o/s c/ GCBA s/ cobro de peso", del 14/09/2005, siguiendo las consideraciones hechas en un precedente análogo "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Ruiz María Antonieta c/ GCBA s/ cobro de pesos", del 14/09/2005".

A la luz de la falta de regulación del suplemento abonado por los actores denominado FONAINDO, considero que resulta aplicable el principio *in dubio pro operario*.

Resultando aplicable lo señalado por el Tribunal Superior en el precedente "Ruiz" ya citado en cuanto a que "aún cuando el art. 119 del Estatuto Docente no establezca cual es la base sobre la que debe liquidarse la

bonificación por antigüedad, debe entenderse que apunta a aplicarlos sobre los previstos en el art. 118 inc. a) y sobre aquellos del inc. c), a menos que se hubiese previsto lo contrario, previsión que, como se dijo, la norma en cuestión no efectuó. Lo expuesto no es sino más que una aplicación de la doctrina invocada por este Tribunal en cuanto a que en caso de ocurrir en el contexto de una relación laboral una situación dudosa, que admita más de una interpretación posible –como la que se ventila en este sub examine–, debe preponderar aquella que sea mas favorable al trabajador, sobre todo por que esta ley en particular, no califica al adicional como “no bonificable”. Cuando la ley no distingue no debemos esforzarnos en distinguir por que de lo contrario, se haría decir a la ley lo que efectivamente ella no dice (conf. Sala II en autos Vetere Alejandro Enrique y ots c/ GCBA s/ empleo publico (no cesantía ni exoneración) expte °N 17828/0, 28/05/2009).

Véase que al no existir regulación alguna al respecto, la duda que genera el suplemento que se percibe, denominado FONAINDO, durante hace mas de 22 años, de manera normal y habitual, y a la luz del principio in dubio pro operario, el mismo debe ser, sin mas, incorporado al sueldo de los actores.

Así las cosas, es pacífica nuestra jurisprudencia en cuanto a que *“la frase ‘hacer parecer lo que no es’ acontece y describe en su plenitud la tipificación del actuar de la demandada a través de los decretos cuestionados. Concurren además razones de moralidad administrativa para afianzar la noción de que el llamado Estado de Derecho no consiente que al margen de la legalidad y de la ética se burlen o se retaceen los derechos constitucionales que a favor del empleado público provienen del art. 14 bis de la Constitución Nacional en torno a una remuneración justa y de la protección del derecho del trabajo en el art. 43 de la CCCBA”* (Excma. Cámara de Apelaciones del Fuero, Sala II, ‘Martínez Huerta Adela Elvira y ots c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración), expte. N° 17.274/0, 04/06/2013).

Ante la falta de demostración en contrario por parte de la demandada, va de suyo que el suplemento es abonado directamente con fondos del GCBA en su carácter de empleador.

Un motivo mas, que tñe de arbitraria la sentencia recurrida y que amerita sea revocada.

El decisorio atacado configura una sentencia definitiva a los efectos de este recurso, por cuanto no podrá ser discutido con posterioridad ni está sujeto a remedio alguno, actual o futuro, que no sea la vía que por este medio se intenta.

Con lo dicho se cumplen los recaudos de la ley para ser admisible el recurso.

III

ANTECEDENTES

A fin de cumplir en debida forma con el requisito de fundamentación autónoma exigido por la jurisprudencia y doctrina para declarar la admisibilidad de la apelación intentada, a continuación describiré en forma detallada los antecedentes de hecho y derecho que precedieron al dictado de la sentencia objeto de recurso.

La demanda – objeto:

Como apoderada de los docentes:

SUBI, ROBERTO DANIEL

ALONSO, FERNANDO DANIEL

GRECO, CLAUDIA ANA

MEDINA, SANDRA PATRICIA

MONZON, MARIANA GABRIELA

PALAZZO, MARIA LARA

RANO, SILVANA LYDIA

TARANTOLA, MONICA MARIA

Con fecha 01/08/2013 promoví juicio ordinario contra el GCBA en los siguientes términos:

II. EXORDIO

Mis mandantes son docentes en actividad y retirados del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, beneficiarias de un haber mensual por su labor como le consta al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Secretaría de Educación, en sus registros y como se acredita mediante los resúmenes de haberes que en copia se adjuntan.

III. OBJETO

Que en el carácter invocado, vengo en legal tiempo y forma a iniciar formal demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos

*Aires, con domicilio en la calle Uruguay 458 de ésta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fin de que liquide y abone a mis mandantes las diferencias que adeuda por la errónea e ilegal forma en que ha abonado en sus haberes desde el año 1998 el rubro **FO.NA.IN.DO**, bajo el código 399.*

Dicha suma se abona en virtud de la ley 25.053 como "no remunerativa ni bonificable" en abierta violación de lo indicado por la citada ley que específicamente indica que el monto a abonarse consiste en una suma de carácter mensual remunerativa y bonificable.

Es decir, desde 1991 mis mandantes perciben un haber por sus labores integrado por el sueldo básico, la antigüedad y una serie de conceptos que no tributaron ni aportaron a sus cajas como así tampoco bonificaron.

Dicha forma de liquidar sus haberes constituyó una mecánica que se ha cesado parcialmente en el año 2005, por la entrada en vigencia de la ley 1.528 de la Legislatura Porteña.

*Desde dicha fecha todas las sumas "blanquearon" y hacen los aportes jubilatorios y bonifican en antigüedad y aguinaldo **EXCEPTO EL RUBRO FO NA IN DO**.*

En efecto, la presente demanda tiene como finalidad se obligue a realizar los aportes a Seguridad Social no hechos y abonar las diferencias devengadas por haber abonado dicha sumas con carácter "no bonificable" retrocativamente (diferencia de aguinaldos y antigüedad).

*La demandada debió incluir dentro del rubro **SUELDO** el código 399 "**FO. NA. IN. DO ley 25053**", también debió realizar los aportes previsionales por las sumas no remunerativas.*

Es decir, además de los aportes previsionales que no se hicieron, la presente demanda también incluye el reclamo de las diferencias devengadas y no abonadas (por aguinaldos y antigüedad).

*El art. 13 de la ley 25053 específicamente dice "... los recursos del Fondo Nacional de Incentivo Docente serán destinados a abonar una asignación de carácter remunerativo por cargo que se liquidara mensualmente". **AUNQUE EN LA PRACTICA NO BONIFICA NI ES REMUNERATIVA.***

Todo ello, con más los intereses que por ley correspondan, con la expresa condena en costas.

El presente reclamo también incluye la petición a V.S. de que ordene a la contraria a que, luego de firme la liquidación de los montos adeudados, aporte a la caja de jubilación las sumas correspondientes a los aportes previsionales no realizados de las sumas realmente percibidas, dando en dicho momento formal aviso a la entidad pertinente para que regularice la situación.

El reclamo se realiza por los montos y períodos no prescriptos, dejando desde ya planteado que esta parte interpreta que debe aplicarse a marras la prescripción quinquenal (5 años) contados desde la fecha de interposición de la presente o del reclamo administrativo si lo hubiera.”

3.1.2. La sentencia de primera instancia:

Con fecha 28 DE JUNIO DE 2018, la sentencia de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda:

Consideró que: Y CONSIDERANDO: I. Las pretensiones de los actores, docentes dependientes del Gobierno de la Ciudad, consisten en que la asignación a la que hacen referencia en su escrito de inicio, calificada como no remunerativa y no bonificable, sea incorporada a su haber mensual con carácter remunerativo y bonificable, e integre el monto abonado bajo el código 001 “sueldo”. Asimismo, solicitan que se aplique dicha asignación al mentado suplemento, esto es: que sobre él se abone antigüedad y aguinaldo y, por último, que se abonen las diferencias devengadas y no abonadas correspondientes a los períodos allí detallados. Es decir, los actores solicitan: A) que el rubro salarial FO.NA.IN.DO, identificado con el código 399, calificado como remunerativo por la ley 25.053 pero no abonado con dicho carácter, pase a integrar el haber mensual y se incorpore al rubro 001 (sueldo básico); B) que de acuerdo a esas pautas, se reajusten y reliquiden los rubros que se toman con referencia al rubro sueldo, y; C) que se calcule correctamente el rubro antigüedad y se abonen las diferencias por los aguinaldos y antigüedad mal liquidados desde la fecha en que comenzaron a percibirse, más los aportes previsionales correspondientes. Por su parte, el Gobierno de la Ciudad entiende que la estructura salarial del agente público no puede ser modificada en sede judicial y que resulta válida la creación de adicionales que integren el haber mensual, pero no el cargo liquidado por código 01. En lo que respecta al FO.NA.IN.DO, destaca que su implementación,

financiación y alcance resultan extraños a las potestades del GCBA, en tanto ha sido creado en la órbita del Estado nacional y que sólo le corresponde a las jurisdicciones locales (provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires) su liquidación y pago conforme a los criterios admitidos por el Consejo Federal de Cultura y Educación. Finalmente, en relación a las cuestiones previsionales, indica que los actores carecen de acción para pretender que se disponga la integración de contribuciones previsionales ante los organismos de la Seguridad Social, por cuanto la regulación de los asuntos jubilatorios se encuentra regida por la Ley 24241 y en cabeza del Gobierno Federal. II. Resulta menester en primer término señalar las normas involucradas en la presente acción. La ley 25.503 de fecha 18/11/1998, prorrogada por la ley 25.919 creó el Fondo Nacional de Incentivo Docente (FONAI.N.DO) que sería financiado con un impuesto anual aplicable sobre determinados automotores, motocicletas y motos, embarcaciones y aeronaves, registrados o radicados en el territorio nacional. Cabe aclarar que dicho impuesto fue derogado a partir del 01/01/2000 en virtud del artículo 13 de la ley 25.239, sin perjuicio del mantenimiento de la vigencia del Fondo Nacional de Incentivo Docente. El artículo 10 de la ley 25.053 estableció que los recursos del Fondo en cuestión, serían afectados específicamente al mejoramiento de la retribución de los docentes de escuelas oficiales y de gestión privada subvencionadas, tanto de las provincias como de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre otros organismos. En lo que aquí respecta, el artículo 13 dispuso que "Los recursos del Fondo Nacional de Incentivo Docente serán destinados a abonar una asignación especial de carácter remunerativo por cargo que se liquidará mensualmente exclusivamente a los agentes que cumplan efectivamente función docente". Finalmente, la norma estatuyó que las autoridades de cada provincia y del Gobierno de la CABA liquidarían y abonarían a cada docente el importe pertinente discriminado bajo el rubro Fondo Nacional de Incentivo Docente, con los recibos de sueldo correspondientes (conf. art. 17). A su vez, el Decreto 1125/99 sustituyó la reglamentación del artículo 13 de la ley 25.053 que había sido aprobada por su decreto reglamentario predecesor N° 878/99. En razón de ello, la nueva reglamentación del mentado artículo quedó redactada de la siguiente forma: "La asignación especial, por tratarse de un incentivo no incorporado definitivamente al salario y a percibir sólo durante los CINCO (5) años de vigencia de la Ley, será no bonificable por

ningún concepto, estando sujeta únicamente a los aportes y contribuciones con destino a la obra social sindical y cuota sindical". En el ámbito local, la Legislatura porteña sancionó la ley 1528 de fecha 25/11/2004, mediante la cual se estableció que todos los conceptos que percibían los docentes dependientes de la Secretaría de Educación de la Ciudad, que en los recibos de haberes conforman adicionales no remunerativos, serían incorporados al sueldo básico rubro 001, eliminándose así la naturaleza "no remunerativa". A su vez, se indicó que el Poder Ejecutivo procedería durante el ejercicio 2005 a efectuar la mencionada incorporación. Por último, mediante el dictado de la Resolución N° 1024/1999 el GCBA determinó en el Anexo I los criterios a seguir para la aplicación del FO.NA.IN.DO., de conformidad con las pautas del acuerdo consensuado entre todas las jurisdicciones del país en el Consejo Federal de Cultura y Educación. III. La ley 471 dispone que los trabajadores tienen derecho a una retribución justa (art. 9 inc. e), compuesta por "diferentes componentes que tengan relación con el nivel escalafonario alcanzado, la función efectivamente desempeñada y la productividad evidenciada en el cumplimiento del trabajo" (art. 15). La Cámara del fuero ha dicho que "... es posible identificar las prestaciones salariales por dos notas distintivas: a) constituyen una ganancia para el trabajador; y b) han sido otorgadas como retribución por los servicios prestados. De esta manera, los eventuales conceptos que recibe el trabajador, pero que no poseen estas características, son prestaciones no salariales" (CCAyT, Sala I, 27/09/06, "Toll, Marta Silvia Antonia c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)", EXP 8535/0). Por su parte, se ha subrayado que las sumas abonadas con carácter "no remunerativo" reúnen "... tres caracteres: a) es un importe monetario; b) no está sujeto al pago de aportes y contribuciones de la seguridad social; c) no se computa a otros efectos laborales (aguinaldo, vacaciones, adicionales remuneratorios, indemnizaciones, etc)" (Etala, Carlos Alberto. "El principio de 'retribución justa' y las asignaciones no remunerativas". La Ley 2006-B-142. DT 2006/marzo, 353). IV. En lo que respecta al suplemento creado por la ley 25.053 corresponde recalcar, tal como fuera mencionado en el considerando III, que en el artículo 13 se estableció expresamente su carácter remunerativo. Sin perjuicio de ello, los actores señalaron que en la práctica dicho adicional no se abona con tal carácter (v. fs. 1 vta.). De las contestaciones de oficio agregadas a fs. 67/80 y 146/286, que no han

merecido objeciones en los términos del artículo 331 del CCAyT, se desprende que los actores se desempeñan en relación de dependencia con el GCBA y que perciben el suplemento FO.NA.IN.DO., conforme surge de las planillas de haberes que fueron remitidas al Tribunal. En lo que se refiere al suplemento objeto de autos, la Dirección General de Administración y Liquidación de Haberes del GCBA informa expresamente que "El FO.NA.IN.DO es un suplemento no remunerativo ni bonificable. Para calcular el haber jubilatorio y los aportes de Ley se toman todas las sumas remunerativas y subbonificación correspondiente" (-el destacado no pertenece al original- ver puntualmente fs. 209, punto d). Por su parte, la demandada en su defensa se limita a posicionarse como una mera intermediaria, deslindando toda responsabilidad ya que, según explica, ella solo efectúa el pago, porque las sumas que corresponden a cada docente vienen prefijadas por el Ministerio de Educación de la Nación, que, al efecto recibe en soporte magnético el listado de los beneficiarios, y determina el monto que corresponde a cada uno de conformidad con los fondos presupuestariamente atribuidos, las prestaciones cumplidas y lo normado por el artículo 13 bis de la ley de aplicación (v. fs. 36, tercer párrafo). Ahora bien, en la medida en que la demandada aceptó que se abone a los docentes de su jurisdicción dicho suplemento dispuesto por el gobierno nacional y celebró un "acuerdo" en ese sentido (conf. art. 16 ley 25.053), está también aceptando el carácter remunerativo atribuido a dicha suma. A su vez, tanto la norma nacional que dispuso la creación del FO.NA.IN.DO (art. 13 de la ley 25.053) como la Resolución N° 1169/1999 –dictada en forma conjunta por las Secretarías de Educación, Salud, Promoción Social, Cultura y Hacienda y Finanzas del propio GCBA- establecen expresamente el carácter remunerativo del suplemento en cuestión. La primera de las normas citadas ya fue detallada con anterioridad y la mentada resolución en el artículo 3 de su Anexo I estableció específicamente que "la asignación será de carácter remunerativo y no bonificable a los únicos efectos de integrar la remuneración" (el destacado no pertenece al original). En este mismo orden de ideas, la Sala II de la Cámara de Apelaciones del Fuero resolvió que "...el art. 13 de la citada ley [25.053] establece expresamente su carácter remunerativo, pero sin embargo, y tal como lo destaca la actora, este adicional no es abonado con tal carácter. (...). Por lo tanto, siendo que la propia ley otorga al adicional que crea carácter de remunerativo, así debe ser abonado

por la demandada, no existiendo razón alguna para apartarse de lo ordenado por la normativa en cuestión. Por otra parte y, a mayor abundamiento, menos aún puede exonerarse de responsabilidad a la demandada de abonar las contribuciones correspondientes a ese adicional por no ser ella quien liquida y paga, sino el Gobierno Nacional, como lo esbozó en su contestación de demanda (ver fs. 108 vta.), toda vez que la obligación de su pago corresponde al empleador, puesto que en la medida que acepta que se abone dicho suplemento, está implícito que lo acepta en su totalidad como así también el carácter de remunerativo (ver arts. 12, 13, 16 y 17 de la ley 25.053)" (CCAyT, Sala II, autos "Larrategui Alicia Marta y otros contra G.C.B.A. sobre empleo público (no cesantía ni exoneración)", Expte. N° EXP 23310/0, sentencia del 02/07/2013). En idéntico sentido, la Sala III refiriéndose al suplemento materia de la litis sostuvo que "...a pesar de que el artículo 13 de la ley 25053 establece expresamente su carácter remunerativo, este adicional no es abonado con dicho carácter por el GCBA (cf. fs. 19, 21, 26, 33). En consecuencia, corresponde ordenarle que lo liquide con carácter remunerativo y abone las diferencias salariales devengadas por ese concepto por los periodos no prescriptos" (CCAyT, Sala III, "Vera Angélica Margarita y otros contra GCBA sobre Empleo Público (No cesantía ni exoneración)", Expte. N° EXP 20570/0, sentencia de fecha 27/03/2014). En consecuencia, corresponde hacer lugar a la petición esgrimida y condenar al GCBA a que reliquide el adicional en concepto de "Fondo Nacional de Incentivo Docente - Ley 25.053" con carácter remunerativo, debiendo abonarse a los actores las diferencias salariales devengadas por ese concepto, por los periodos no prescriptos. V. Sentado lo anterior, corresponde ahora ingresar en el análisis de la pretensión vinculada a la declaración del carácter bonificable del suplemento objeto de autos. Sin perjuicio del criterio adoptado por la suscripta en distintos precedentes del Tribunal, una nueva lectura y análisis de la cuestión traída a debate me obliga a apartarme del criterio previamente sostenido por las razones y fundamentos que a continuación se expondrán. En primer lugar resulta útil destacar que el artículo 119 del Estatuto Docente dispone que el personal docente en actividad, cualquiera sea el grado o categoría en que reviste, percibirá bonificaciones por año de servicio, de acuerdo a la escala allí establecida, las que se determinarán teniendo en cuenta la antigüedad total en la docencia. Asimismo, cabe destacar que de los artículos 118 y 119 del Estatuto

Docente no se advierte impedimento alguno a que el Poder Ejecutivo local fije rubros remuneratorios no bonificables por antigüedad. Es más, el artículo 119 no establece sobre qué concepto se calculará la bonificación y de ello puede entenderse que lo bonificable se aplica sobre la asignación por el cargo que desempeña, es decir, sobre lo establecido en el punto a) del artículo 118, y/o sobre las restantes retribuciones que le correspondan en virtud de las disposiciones legales, es decir, sobre lo establecido en el punto c) de dicho artículo, pero no impone a la Administración la obligación de establecer una política retributiva para otorgar bonificaciones de igual manera a los agentes jóvenes como a los más antiguos ya que el propósito de bonificar consiste en premiar a los agentes que permanecen mayor tiempo en su función en base a la escala ya establecida. Al respecto, se ha expedido el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en autos "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ruiz, María Antonieta c/ GCBA s/ cobro de pesos'", de fecha 14 de septiembre de 2005, en donde entendió que no existe óbice para que la Administración fije un suplemento con carácter no bonificable. Cabe destacar los argumentos brindados por el juez Lozano: "... no se cuestiona que, a partir de la promulgación de dichos decretos, las liquidaciones salariales de los actores fueron hechas con arreglo a la interpretación literal de esas normas, criterio sostenido por la Procuración, y nada hay que indique que no lo fue así para el resto de los trabajadores docentes a los que beneficia. Frente a ello, no pudo el a quo dudar de la voluntad del Poder Ejecutivo, y optar por una solución distinta a la consignada en los decretos mencionados. Nada indica, por otra parte, que el texto de los arts. 118 y 119 impida al Poder Ejecutivo fijar rubros remuneratorios no bonificables por antigüedad. Ello así, porque el art. 119 no establece cuál es la base sobre la que debe liquidarse el adicional, y solamente cabe conjeturar que apunta a aplicarlos sobre los del 118 primer ítem ('asignación por el cargo que se desempeña') y sobre aquellos rubros del tercer ítem para los que no estuviere previsto lo contrario ('las restantes retribuciones que le correspondan en virtud de las disposiciones legales'), mas no prohibiendo una política retributiva dirigida a aplastar la pirámide de la antigüedad en ventaja de los más nuevos que suelen ser también los más jóvenes. (...) Ocluir la potestad de diseñar una política salarial con tales características, al imponer, en sede judicial por vía de sentencia, naturaleza bonificable a todo adicional

remunerativo exhibe un doble problema. Por un lado, petrifica potestades privativas de otras ramas del gobierno sin haber demostrado ejercicio ilegítimo para justificar un control con tal alcance. Por otro lado, desplaza la ejecución presupuestaria de la autoridad competente al juez, que la modifica, por fuera del esquema de distribución de poder diseñado por la CCBA. Dentro del cauce constitucional, la política salarial cuenta con herramientas que permiten a la autoridad competente establecer el rubro adicional y no ponerlo bajo el alcance insoslayable del adicional porcentual por antigüedad. (...) En línea con lo antedicho, la jurisprudencia de C.S.J.N. impide asimilar o asociar automáticamente el carácter remunerativo de un adicional y su naturaleza bonificable. Un adicional puede presentar ambas notas pero ello no es imprescindible, el carácter remunerativo no se encuentra unido por medio de un cordón umbilical al beneficio de bonificación por antigüedad. En palabras del máximo tribunal federal 'una cosa es considerar que ellos [los adicionales] forman parte de la percepción normal, habitual y permanente, y que su contenido es -pese a la confusa terminología con que fueron caracterizados- de esencia retributiva, y otra, muy distinta, que por tal circunstancia deban automáticamente ser tenidos en cuenta para el cálculo de otras bonificaciones' (consid. 3º). Las juezas Ruiz y Conde adhirieron a los fundamentos de este voto. Asimismo, es de destacar el voto del juez Casás: "Ello así, toda vez que la doctrina que emana de los mismos permite aseverar, al menos, y con abstracción del régimen objeto de consideración, que: a) no es correcto afirmar que un adicional de carácter remunerativo deba ser tenido en cuenta automáticamente para el cálculo de otras bonificaciones; y b) para reconocer el carácter "bonificable" de un adicional "es menester indagar cuál es la voluntad del legislador sobre el punto". Y en el caso, la voluntad de las autoridades locales no parece dudosa... (adhiriéndose en este sentido al voto del Dr. Lozano, consid. 1º)". Por su parte el juez Maier sostuvo: "... Por otra parte va de suyo que esta potestad del Ejecutivo local es inclusiva de la atribución que le compete a fin de definir el carácter bonificable de los adicionales que decida establecer o de decidir, precisamente, lo contrario. Una vez que esta definición completa del marco jurídico aplicable haya tenido lugar en cualquier sentido (en el caso: "los adicionales establecidos en los decretos múltiplemente citados no revisten carácter bonificable por antigüedad"), entonces todo debate acerca de la constitucionalidad, legalidad, validez,

corrección o justicia de esta ultracalificación (J. Raz) del alcance de los decretos, en modo alguno encuentra sustento en el principio *in dubio pro operario*, pues no se presenta ya la necesidad de subsanar o integrar duda, imprecisión, laguna o zona de penumbra alguna respecto de si los adicionales se computan o no para el cálculo de tal bonificación" (consid. 3º). Del precedente citado pueden extraerse dos conclusiones principales. La primera de ellas consiste en que el reconocimiento del carácter remunerativo de un suplemento no equivale a otorgarle automáticamente naturaleza bonificable y, en segundo lugar, que a los efectos de reconocer el carácter bonificable de un adicional, resulta menester indagar cuál es la voluntad del legislador sobre el punto. Para dilucidar esta segunda conclusión, es preciso recurrir a la normativa que ya fue objeto de análisis en el considerando anterior, puntualmente a las disposiciones contenidas en el Decreto 1125/99 y en la Resolución 1169/GCBA/1999, de las que se advierte sin hesitación alguna la clara intención tanto legislativa como administrativa de otorgarle al suplemento FO.NA.IN.DO. una naturaleza de tipo no bonificable. En efecto, el Decreto 1125/99 dispone, al reglamentar el artículo 13 de la ley 25.053 que la asignación especial "será no bonificable por ningún concepto, estando sujeta únicamente a los aportes y contribuciones con destino a la obra social y cuota sindical". Mientras que la Resolución Nº 1169/GCBA/1999 indica expresamente que "la asignación será de carácter remunerativo y no bonificable a los únicos efectos de integrar la remuneración" (ambos destacados no pertenecen a los textos originales). En esa inteligencia la Cámara de Apelaciones del Fuero sostuvo que "aun cuando en la ley 25.053 no se estableció el carácter "bonificable" o "no bonificable" del adicional, en el decreto reglamentario 878/99, y su modificatorio 1125/99, se dispuso que la 'asignación especial, por tratarse de un incentivo no incorporado definitivamente al salario y a percibir sólo durante los CINCO (5) años de vigencia de la Ley, será no bonificable por ningún concepto, estando sujeta únicamente a los aportes y contribuciones con destino a la obra social sindical y cuota sindical' (art 1º, reglamentación del art. 13 de la ley 25.053). De la compulsión de esta reseña normativa, así como de la negociación gremial que concluyó en el dictado de los decretos 878/99 y 1125/99, surge el carácter "no bonificable" de esta asignación. En definitiva, si bien la ley 25.053 nada dice al respecto, cierto es que a la luz de los decretos reglamentarios surge expresamente que el suplemento

"FONAINDO" ha sido establecido con carácter "no bonificable" por antigüedad, por lo que resulta pertinente la aplicación de la doctrina del TSJ ya referida" [haciendo referencia a la causa "G.C.B.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: «Parotti María Elena y otros c/ G.C.B.A. s/ cobro de pesos», del 14/9/05, que siguió las consideraciones previstas en el precedente "Ruiz" ya mencionado] (CCAyT, Sala II, autos caratulados "Bianchi Hilda y Otros contra GCBA sobre empleo público (no cesantía ni exoneración)" Expte. N° EXP 19.859/0, sentencia de fecha 19/09/2013). En atención a los precedentes citados, a la voluntad legislativa sentada en la normativa reseñada y a lo resuelto por el Tribunal Superior de la CABA, cuyos argumentos fueron transcritos y se comparten en su totalidad, rechazaré la pretensión esbozada por los actores vinculada a la declaración del carácter bonificable del suplemento FO.NA.IN.DO. VI. La condena alcanza a los periodos devengados no prescriptos, conforme fuera peticionado por los actores en su escrito de inicio (v. fs. 1 vta. in fine). Ahora bien, con relación a la ley aplicable, no escapa a la suscripta la vigencia actual del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Sin embargo, entiendo que el mismo no rige para el caso de autos. El art. 7 del CCC establece que: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales...". A su turno, el art. 2537 estipula que: "Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley, se rigen por la ley anterior...". Por tal motivo, resulta indudable que la norma aplicable al caso es el art. 4027 inciso 3) del Código Civil, Ley 340. En este entendimiento, la condena alcanza los periodos devengados con una antigüedad menor a los cinco (5) años computados a partir de la interposición de la demanda. Ello en tanto los actores no interpusieron reclamo administrativo alguno (v. fs. 188). En consecuencia, los devengados con anterioridad al 01/08/2008 (v. fs. 6 vta.) se encuentran prescriptos, siendo procedente el planteo efectuado a partir de dicha fecha. VII. Por todo lo expuesto, se condenará a la demandada en los siguientes términos: A) El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires deberá liquidar el suplemento creado por la ley 25.053, otorgándole carácter remunerativo (conf. art. 13). B) En cuanto a las retroactividades cuyo

pago se solicitó en la demanda, cabe efectuar las siguientes consideraciones: Según se infiere del carácter no remunerativo asignado al suplemento, el S.A.C. fue liquidado sin computar el rubro objeto de autos. Por ello, corresponde condenar al Gobierno a abonar las diferencias salariales emergentes de contabilizar como base de cálculo para la liquidación del sueldo anual complementario, el monto del suplemento creado por la ley 25.053. C) La condena alcanza a los periodos devengados no prescriptos. Siendo el plazo de prescripción aplicable el previsto en el artículo 4027 del Código Civil, comprende a aquellos periodos devengados con una antigüedad menor a los cinco años computados desde la interposición de la demanda. En consecuencia cabe declarar prescriptos los periodos devengados con anterioridad al 1 de agosto de 2008. Estas sumas se liquidarán hasta su efectiva incorporación al salario básico (rubro 001). D) La liquidación de las diferencias se efectuará en la etapa de ejecución de sentencia (conf. artículo 148 del CCyT). E) Sobre las sumas adeudadas se calcularán intereses desde el devengamiento de la deuda, hasta la fecha del efectivo pago, aplicándose el promedio de las sumas líquidas que se obtengan de (i) la tasa activa general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina y de (ii) la tasa pasiva promedio que publica el BCRA (comunicado 14.290) (conf. acuerdo plenario suscripto por los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario en los autos "Eiben, Francisco c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)" EXP 30370/0 de fecha 31/05/2013). VIII. Por último, es preciso señalar que este Tribunal no desconoce la jurisprudencia reciente de las Salas I y II de la Cámara de Apelaciones del Fuero respecto de la temática abordada a lo largo de la presente (conf. fallos "Polero Marta Gladys y otros contra GCBA sobre empleo público (no cesantía ni exoneración)", Expte. Nro. EXP 44.617/0, sentencia de fecha 17/07/2015; "Rosas Elsa Nélida y otros contra GCBA sobre empleo público (no cesantía ni exoneración)", Expte. Nro. EXP 42.827/0, sentencia de fecha 14/07/2015; y "Funes de Rioja Ana Lia y otros contra GCBA sobre empleo público (no cesantía ni exoneración)", Expte. Nro. EXP 44.589/0, sentencia de fecha 07/07/2015, entre otros) Sin embargo, humildemente discrepo con el criterio adoptado en dichos pronunciamientos. En toda relación de empleo, se genera un vínculo directo entre el trabajador y su empleador. El caso de marras trata una relación de empleo público que une a los docentes que iniciaron

la presente acción judicial y a su empleador, es decir el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, quien abona los salarios de sus dependientes. Ahora bien, tal como ya se expuso anteriormente y de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la ley 25.053, es la propia demandada la encargada de recibir los fondos y liquidar el suplemento objeto de autos. En ese orden de ideas, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires puede ser válidamente considerado como el sujeto pasivo del mandato requerido por los actores, puesto que no puede desentenderse de la forma en la cual él mismo abona el rubro aquí cuestionado y, eventualmente, nada obstaría a que arbitre las medidas y acciones que considere pertinentes para repetir contra el Estado Nacional las sumas que aquí se ordenan abonar, aunque ello sea en otro proceso. Máxime teniendo en cuenta que en la propia ley nacional 25.053 se encuentra expresamente establecido el carácter remunerativo del FO.NA.IN.DO., motivo por el cual el Estado Nacional no podría desconocer la naturaleza jurídica que el propio legislador nacional le ha atribuido al suplemento. Si los actores dirigen sus pretensiones contra el Estado Nacional en sede federal, es dable suponer que el allí demandado opondrá una defensa de falta de legitimación pasiva, considerando que no es el empleador y, por tanto, quien liquida y evalúa los rubros que integran el sueldo básico, con el fin de arribar a su correcto cómputo. De modo que estimo que los actores no tienen otro camino más que el aquí intentado, toda vez que es el Gobierno de la Ciudad quien, en cumplimiento de la norma nacional, debe abonar las sumas del suplemento en cuestión, atendiendo al carácter remunerativo que la propia norma estipula. Finalmente, teniendo en cuenta tanto las defensas opuestas por el GCBA en su contestación de demanda como así también los argumentos esbozados en los precedentes citados, corresponde aclarar que si bien en el sub lite el Estado Nacional no ha sido traído a juicio como tercero obligado, lo cierto es que nada le impedía al GCBA haberlo citado a los fines de que este Tribunal evalúe una eventual corresponsabilidad. IX. En cuanto a la integración de aportes y contribuciones debidas, me remito a lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma en la causa EXP-9122/12 caratulada "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Perona, Adine del Carmen c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)", de fecha 22/10/2013. En esa oportunidad, los Dres. Conde, Weinberg y Casás, en un voto conjunto, sostuvieron que "la declaración judicial del carácter remunerativo de

diversos suplementos tiene lógicas implicancias y consecuencias que se derivan del ordenamiento jurídico vigente (como, en lo que aquí importa, la ley n° 24.241), que no pueden ser desatendidas o recortadas en el marco del presente proceso (...) no podrían ventilarse aquí aspectos relativos a la exigibilidad, determinación y cancelación de la eventual deuda previsional que podría interesar a la AFIP en su carácter de ente acreedor, u otras cuestiones también vinculadas a distintos aspectos de dicho crédito — por ejemplo, la prescripción de los poderes y acciones para perseguir su cobro—. Ello es así, pues, de lo contrario, no solo se violaría el derecho de defensa en juicio de la AFIP (que no tuvo intervención en autos) sino también se excedería la competencia de los tribunales porteños (al avanzar sobre temáticas previsionales cuyo tratamiento le ha sido asignado al fuero federal de la seguridad social en virtud del art. 2 de la ley n° 24.655). En consecuencia, a fin de no recortar o desconocer las lógicas y necesarias consecuencias que se derivan de la decisión adoptada por los tribunales locales sobre una cuestión vinculada a la relación de empleo público respecto de la que resultan competentes, pero, al mismo tiempo, con el fin de no desbordar los cauces del presente proceso ni avasallar las atribuciones del órgano federal con competencia en la materia, corresponde poner en conocimiento de la Administración Federal de Ingresos Públicos lo decidido en el presente proceso con el objeto que la misma proceda como estime corresponder. De ese modo, será posible que las omisiones detectadas en el subexamine —a raíz de la actuación del GCBA que se declaró ilegítima— reciban tratamiento a través de la oportuna intervención del órgano federal, en la medida que no sólo está en juego el interés singular del futuro beneficiario sino, también, comprometido el interés público en el financiamiento suficiente y conforme a derecho de la seguridad social en su conjunto, cuyo sistema se encuentra asentado sobre los principios de solidaridad previsional” (considerandos 3 y 5). Por consiguiente y atento a la doctrina sentada por el Máximo Tribunal de esta Ciudad, ordenaré el libramiento de un oficio a la AFIP con el fin de que tome conocimiento de lo aquí resuelto, una vez firme el presente pronunciamiento. X. Atento el modo en que se resuelve, las costas se impondrán por su orden (artículo 65 CCAyT). Por todo lo expuesto a lo largo de la presente, FALLO: 1°) Haciendo lugar parcialmente a la demanda incoada por los Sres. Roberto Daniel Subi, Fernando Daniel Alonso, Claudia Ana Greco, Sandra Patricia Medina, Mariana Gabriela Monzon, María

Lara Palazzo, Silvana Lydia Rano y Mónica María Tarantola contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En consecuencia, condeno a la demandada a: A) liquidar el suplemento Fondo Nacional de Incentivo Docente (FO.NA.IN.DO.) creado por la ley 25.053 (código 399), otorgándole carácter remunerativo; B) abonar las diferencias salariales emergentes de contabilizarse como base de cálculo para la liquidación del sueldo anual complementario, el monto del suplemento creado por la norma mencionada. Las diferencias establecidas se liquidarán en la etapa de ejecución de sentencia (conf. artículo 148 CCAyT), y se aplicarán sobre las mismas los intereses establecidos en el considerando VII. Todo ello por los períodos no prescriptos, devengados con posterioridad al 1 de agosto de 2008 respecto de la totalidad de los coactores. 2º) Rechazando parcialmente la demanda respecto a la petición referida a la declaración del carácter bonificable del suplemento mencionado. 3º) Firme que se encuentre, librese oficio a la AFIP, con copia de la presente sentencia a fin de que tome conocimiento de lo aquí decidido. 4º) Imponiendo las costas en el orden causado (artículo 65 CCAyT) y difiriendo la regulación de los honorarios profesionales para el momento en que exista liquidación firme en autos (conf. arts. 24 y 54 de la Ley 5134). 5º) Regístrese, notifíquese a las partes por Secretaría y, oportunamente, archívese. Andrea Danas Jueza."

3.1.3. La apelación y La sentencia de Cámara:

Con fecha 09/08/2018 esta parte apeló la sentencia dictada en primera instancia con fecha 28/06/2018.

Fundamos nuestro agravio en lo pertinente de esta manera:

I

EXORDIO

Que en legal tiempo y forma vengo a fundar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia expresando los agravios que afectan a mis mandantes.

De acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación expondré, solicito a V.E. revoque parcialmente la sentencia de grado, con expresa imposición de costas.

II

LA SENTENCIA - LOS AGRAVIOS

EL CARÁCTER BONIFICABLE DEL FONAINDO:

Como consecuencia de la llana aplicación de la ley y la clara demostración del hecho de que la demandada abonó a los actores la suma FONAINDO como no remunerativa durante todos estos años, reconoció la sentencia de grado el carácter remunerativo del FONAINDO.

Sin embargo, rechazó el carácter bonificable del mismo.

El FONAINDO, el cual fue creado por la ley 25.053, sancionada el 18 de noviembre de 1998, lo fue con carácter remunerativo, mas nada se dijo respecto al carácter bonificable, creando así un supuesto de duda, lo que habilita a aplicar el principio "in dubio pro operario" en base a la previsión constitucional del art. 43 CCBA.

Sostienen la doctrina y jurisprudencia que en caso de existir una situación dudosa en el marco de una relación laboral, que admita mas de una interpretación, debe prevalecer la que sea más favorable al trabajador, quien es la parte mas frágil en la relación.

Sin perjuicio de ello, y en tanto la ley 25.053 nada especifica respecto al carácter bonificable, lo cual genera una situación de duda al respecto, es dable aplicar del principio "in dubio pro operario". Lo cual, sumado al hecho de que el FO.NA.IN.DO., como ya se ha dicho, integra la retribución habitual y permanente del sueldo docente, con mayor razón corresponde declarar que el suplemento bonifica al rubro antigüedad.

Sumado a ello el hecho de que el suplemento en cuestión representa mas del 30% del salario básico que percibe cada docente, lo que no es un tema menor.

Al respecto han dicho los Dres. Nélide Mabel Daniele y Esteban Centanaro, integrantes de la Sala II de la Excma. Cámara de Apelaciones del fuero en autos Martínez Huerta Adela Elvira y otros c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración), Expte. N° 17.274/0, en sentencia del 04 de Junio de

2013 "considero que asiste razón al recurrente en este punto, puesto que, a diferencia de lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia en relación a los suplementos creados por los decretos 4748/90 y 1442/98, en la causa "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Parotti Maria Elena y ots c/ GCBA s/ cobro de peso", del 14/09/2005, siguiendo las consideraciones hechas en un precedente análogo "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Ruiz María Antonieta c/ GCBA s/ cobro de pesos", del 14/09/2005-, entiendo que en el particular resulta aplicable el principio "in dubio pro operario" "...por la previsión constitucional contenida en el art. 43 CCBA, puesto que existe en este caso, un supuesto de "duda". La ley 25.053 no establece su carácter de "bonificable" o no, resultando aplicable lo señalado por el Tribunal Superior en el precedente "Ruiz" ya citado en cuanto a que aún cuando el art. 119 del Estatuto Docente no establezca cual es la base sobre la que debe liquidarse la bonificación por antigüedad, debe entenderse que apunta a aplicarlos sobre los previstos en el art. 118 inc. a) y sobre aquellos del inc. c), a menos que se hubiese previsto lo contrario, previsión que, como se dijo, la norma en cuestión no efectuó. Lo expuesto no es sino más que una aplicación de la doctrina invocada por este Tribunal en cuanto a que en caso de ocurrir en el contexto de una relación laboral una situación dudosa, que admita más de una interpretación posible –como la que se ventila en este sub examine-, debe preponderar aquella que sea mas favorable al trabajador, sobre todo por que esta ley en particular, no califica al adicional como "no bonificable". Cuando la ley no distingue no debemos esforzarnos en distinguir por que de lo contrario, se haria decir a la ley lo que efectivamente ella no dice (conf. Sala II en autos Vetere Alejandro Enrique y ots c/ GCBA s/ empleo publico (no cesantía ni exoneración) expte °N 17828/0, 28/05/2009)

En este punto es dable destacar que si bien el FO.NA.IN.DO. fue creado por la ley 25.053 por el término de cinco años a partir del 1° de enero de 1998 (art. 1 Ley 25.053) , el mismo sigue siendo abonado luego de veinte años.

Esta situación no puede ser de ninguna manera ignorada, ya que veinte años de percepción de esta asignación, le otorga carácter habitual y general.

Ello, sumado al hecho de que la vigencia del FO.NA.IN.DO. ha sido prorrogada por las leyes 25.919 sancionada en agosto 11 de 2004 y 26.728 sancionada en diciembre 12 de 2011.

"Razón por la cual la realidad jurídica debe prevalecer en el caso" (CApelCAyT, Sala I, in re "Ruiz Maria Antonieta y ots c/ GCBA s/ cobre de pesos", 2/4/2004).

Es claro que suplementos como el FO.NA.IN.DO., que por ley se le otorgó carácter remunerativo, que se abona en forma continua, regular y sostenida en el tiempo por casi quince años y que representan mas del 30% del salario básico, deben considerarse parte integrante del salario en los términos del art. 118 del Estatuto del Docente y seguir el régimen general que a ese respecto establece el orden público laboral.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, no desconoce esta parte la existencia de los Decretos 878/99 y 1125/99 (modificatorio del primero). Sobre los cuales se planteo la inconstitucionalidad de los mismos, la que no fue resuelta en la sentencia recurrida.

Este último Decreto, en su art. 13, dispone que "la asignación especial, por tratarse de un incentivo no incorporado definitivamente al salario y a percibir solo durante los CINCO (5) años de vigencia de la Ley, será no bonificable por ningún concepto, estando sujeta únicamente a los aportes y contribuciones con destino a la obra social sindical y cuota sindical" (el subrayado me pertenece).

A la luz de las prórrogas a la vigencia del FO.NA.IN.DO., la realidad plasmada en los recibos de sueldo de los docentes quienes hace casi quince años que se les abona la asignación, y la propia redacción del art. 13 del Decreto 1125/99, sellan negativamente su vigencia en la actualidad.

Es claro el espíritu del legislador quien redactó el art. 13 del Decreto 1125/99 teniendo especial consideración en el plazo de cinco años de vigencia de la ley 25.053.

Véase que no solo hace referencia al plazo de cinco años en la redacción del art. 13, sino que lo considera expresamente en la redacción de los CONSIDERANDOS.

Es del propio texto del art. 13 que se desprende que la reglamentación lo es para el plazo de vigencia de la ley 25.053, es decir cinco (5) años.

Va de suyo que el legislador mal pudo prever que el FO.NA.IN.DO. siguió abonándose durante diez años mas, y que fuera prorrogado por dos leyes posteriores, por lo que, ante la realidad fáctica plasmada es injusto y contrario a los derechos protegidos por el art. 14 bis de la Constitución Nacional y el art. 43 de la CCCBA pretender su aplicación en la actualidad.

Es pacífica nuestra jurisprudencia en cuanto a que "la frase 'hacer parecer lo que no es' acontece y describe en su plenitud la tipificación del actuar de la demandada a través de los decretos cuestionados. Concurren además razones de moralidad administrativa para afianzar la noción de que el llamado Estado de Derecho no consiente que al margen de la legalidad y de la ética se burlen o se retaceen los derechos constitucionales que a favor del empleado público provienen del art. 14 bis de la Constitución Nacional en torno a una remuneración justa y de la protección del derecho del trabajo en el art. 43 de la CCCBA" (Excma. Cámara de Apelaciones del Fuero, Sala II, 'Martínez Huerta Adela Elvira y o/s c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración), expte. N° 17.274/0, 04/06/2013).

Así las cosas, los cinco años de vigencia del Decreto 1125/99 se cumplieron en el año 2003, corriendo la misma suerte de su principal, la ley 25.053.

En consonancia con esos cinco años de vigencia, tanto de la ley 25.053 como del decreto 1125/99, actuó la demandada, quien desde el año 1999 y

hasta el 2003, abonó el FO.NA.IN.DO. en forma irregular (es decir, no todos los meses) y lo liquidó en recibo por separado del recibo de sueldo.

Ante el vencimiento del plazo previsto por la ley 25.053, y por ende de su Decreto reglamentario 1125/99, es que por ley 25.919 se prorrogó la vigencia del FO.NA.IN.DO. por el término del cinco (5) años a partir del 1° de enero de 2004. Sin embargo, esta ley nada dice respecto a prorrogar los decretos reglamentarios y mantiene el silencio respecto al carácter bonificable o no de la asignación.

En igual sentido, lo hizo la ley 26.728 mediante la cual se prorrogó la vigencia del FO.NA.IN.DO. por el término de nueve (9) años a partir del 1° de enero de 2004.

En consonancia con la realidad fáctica y jurídica (vencimiento del plazo del Decreto 1125/99 y prórroga legal del FO.NA.IN.DO), nuevamente actuó la demandada, quien a partir del año 2004 comenzó a liquidar la asignación en cuestión conjuntamente con el sueldo básico en un único recibo y en forma mensual, otorgándole mayor fuerza al carácter normal y habitual.

Esta situación no es más que una clara muestra del vencimiento del Decreto 1125/99, de la pérdida de sentido del mismo y del cambio de derecho objetivo. Ya que, ante la inexistencia del decreto y la sanción de la ley 25.919, nada justificaba que continuara liquidándolo en recibo por separado y en forma esporádica en el año.

Al respecto sostiene la Dra. Nélida Mabel Danielle, camarista integrante de la Sala II de la Exma. Cámara de Apelaciones del fuero, que "...debo destacar que a juicio de la suscripta, el suplemento de la ley 25.053 (rubro 399-FONAINDO) debe ser declarado bonificable. Es que... entiendo que el presente caso presenta una situación, cuanto menos dudosa sino inconstitucional, en perjuicio de los derechos de los trabajadores y que contraría la integridad del salario, en tanto el principio general es que toda suma que percibe el trabajador de su empleador compone el salario y, como tal, resulta remunerativa y bonificable. En efecto, es cierto que el artículo 13 de la

reglamentación de la ley, texto modificado según decreto 1125/99, estableció que esta asignación, **"por tratarse de incentivo no incorporado definitivamente al salario y a percibir sólo durante los CINCO (5) años de vigencia de la ley, será no bonificable por ningún concepto, estando sujeta únicamente a los aportes y contribuciones con destino a la obra social sindical y cuota sindical"** (el destacado es propio). Tal texto me impide agotar allí el análisis, ya que tal artículo confrontado con la realidad evidencia contradicciones insoslayables con la protección integral al trabajador que consagra nuestra Carta Magna local. Ciertamente, la transitoriedad inicial del suplemento invocada por el decreto de mención para negar su carácter bonificable, que se ha prolongado —hasta ahora— nada menos que por quince años. En efecto, la ley 26.728 que aprueba el Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2012 prorrogó el incentivo por 9 años a contar desde el 1 de enero de 2004. En estas condiciones, la limitación establecida por el decreto 1125/99 ha perdido sentido por el cambio del derecho objetivo y se presenta solamente como un escollo al goce de la plenitud de derechos que constitucionalmente le corresponde al trabajador. En este sentido, teniendo en cuenta el propio texto de la ley que asigna carácter remunerativo, el cambio operado en el derecho objetivo y la protección del salario y del trabajador entiendo el decreto 1125/99 resulta un exceso reglamentario y por ende, ha de ser declarado inconstitucional..." ("Larrategui Alicia Marta y otros c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración) 02/07/2013).

En igual sentido se expidió el Dr. Esteban Centanaro en autos "Martínez Huerta Adela Elvira y otros c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración), expte N° 17274/0, 04/06/2013.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, tenemos al FO.NA.IN.DO. prorrogado en su vigencia y vencidos los decretos que oportunamente lo reglamentaron.

Con lo cual, retomando el análisis de la ley 25.053, la cual nada dice respecto al carácter bonificable, resulta de aplicación lo dicho con relación

a la aplicación del principio "in dubio pro operario", sobre el cual me he explayado en párrafos anteriores a los que me remito.

Asimismo, y con relación a la necesidad de incorporar este suplemento al sueldo, tiene dicho la Sala I de la Excm. Cámara de Apelaciones de la Seguridad Social que, "corresponde confirmar la decisión del a quo de incorporar al haber de pasividad de la titular los rubros percibidos como no remunerativos. Ello así, porque la ley 24.016 alcanza al personal docente a que se refiere la ley 14.473 (Estatuto Docente), y esta última normativa establece –en su art. 52 inc. g- que a los efectos jubilatorios se considerarán sueldo todas las remuneraciones, cualquiera sea su denominación. Asimismo, el art. 6 de la ley 24.241 considera remuneración a los fines del S.I.J.P. 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, habilitaciones, propinas, gratificaciones y suplementos adicionales que tengan carácter de habituales y regulares, cualquiera fuere la denominación que se le asigne, percibida por servicios ordinarios o extraordinarios, prestados en relación de dependencia. De igual forma se pronunció la C.S.J.N. en la causa "Arguello Varela, Jorge Marcelo c/ Estado Nacional – C.S.J.N. s/ amparo", sent. del 30/6/93. (Conf. C.F.S.S., Sala II, sent. Del 28/09/00, "Ricci, Esther Elena Magdalena y otros", citado por la Sala I en la causa "Nallim, Olga del Valle c/ A.N.Se.S. s/ Reajustes varios", sent. Def. n° 119.273 del 18/9/06).

En igual sentido, el Juzgado Federal de 1° Instancia de la Seguridad Social N° 7, mediante sentencia definitiva N° 45135, en los autos caratulados "Bruzzone Ana Leonor y ots c/ ANSES s/ reajustes varios (Expte. N° 99988/2012), y en relación a un reclamo sobre FONAINDO, dictaminó que: "cualquiera sea su denominación, si dichos adicionales son percibidos por la actora en forma habitual y regular, integran su remuneración y como tal deben ser tenidos en cuenta para determinar el haber jubilatorio. Por lo tanto, en el

caso de autos y en la medida en que la actora haya percibido efectivamente los adicionales que menciona, cabe incluir a aquéllos como pauta para el cálculo del haber de pasividad y su posterior movilidad (conf. "Ricci, Esther Elena Magdalena" ya mencionado), teniendo en cuenta al mismo tiempo lo dispuesto por el decreto 137/05 y Resolución de ANSeS N° 405/05 del 28/04/05".

Además debo resaltar un reciente fallo, tanto de primera como de segunda instancia del fuero de la Seguridad Social, en el cual se ha sentenciado que: "...Respecto a la incorporación de los adicionales pagados en conceptos no remunerativos, cabe recordar el pronunciamiento recaído en el caso "Ricci, Esther Elena Magdalena y otros c/ Anses s/ reajustes por movilidad – Sala II, sent. 80944 del 28-9-00 – donde se reconoció la procedencia del cómputo de los mismos, en la medida que fueron percibidos en actividad. Cabe recordar que allí se debatía la inclusión de los decretos por los que se incrementa el haber de los trabajadores, razón por la cual el decreto o resolución que pretenda modificar la naturaleza jurídica de dichos pagos más allá de las previsiones legales violenta, en la práctica, el amplio concepto que se reconoce a la remuneración, ya sea en la órbita salarial o la provisional. Va de suyo que ello sin perjuicio de la deuda de la que deberá hacerse cargo el empleador, Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, correspondiente a la integración de los aportes que adeuda, mientras que el organismo previsional deberá incluir los suplementos en cuestión en el haber al cese tomado en cuenta la aplicación del decreto 137/05. Por lo tanto, en la inteligencia que el planteo de la actora se ajusta a derecho, he de hacer lugar a la demanda incoada y ordenar que se incluyan los adicionales reclamados (FONAINDO) en el cómputo de su haber provisional" (Juzgado Federal de 1° Instancia de la Seguridad Social N° 1, Moskovich Ruth Sofia c/ Anses s/ reajustes varios, expte. N° 17714/6, 29/04/2011)

En igual sentido la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, con fecha 11/12/2014, en los autos Moskovich Ruth Sofia c/ Anses s/ reajustes varios, dispuso: "...Al precisar el concepto de remuneración a los fines del S.I.J.P., el art. 6 de la ley 24.241 se refiere, entre otros ingresos que

percibe el afiliado, a las gratificaciones y suplementos adicionales, en la medida en que los mismos revistan el carácter de habituales y regulares. Es decir que las características de habitualidad y regularidad son determinantes para que esa entrega suplementaria de dinero sea considerada remuneratoria y forme parte integrantes del salario del trabajador."

"Asimismo, la enumeración que efectúa la normativa reseñada, no es taxativa sino ejemplificativa, se completa con una precisión que expresa con claridad la intención del legisladora de que nada quede fuera del cuadro de remuneraciones sujetas a tributación provisional. Así, el citado artículo, incluye a toda otra retribución, cualquiera fuere la denominación que se le asigne, percibida por servicios ordinarios o extraordinarios prestados en relación de dependencia (cfr. "Regimen Provisional, Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones", Raúl C. Jaime y José I. Brito Peret, Edit. Astrea, pág 99)"

"Así las cosas, toda vez que los rubros no remunerativos se encuentran comprendidos dentro del art. 6 de la ley 24.241, corresponde confirmar la sentencia recurrida" (en igual sentido Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, Ariano Alicia Cristina c/ Anses s/ reajustes varios, sent. Def. n° 120.004, del 20/11/2006; CSJN, Rainone de Rufo, Juana Teresa Berta c/ Anses s/ reajustes varios, 02/03/2011).

Por lo expuesto es que solicito a V.E. revoque la sentencia de grado respecto al rechazo del carácter bonificable del FONAINDO y su inclusión dentro del rubro "sueldo" y dicte sentencia reconociendo el mismo, con costas de ambas instancias a la demandada.

COSTAS

Claramente el juez de grado se ha apartado del art. 68 del CPCCN y 62 del CCAT en tanto disponen que "la vencida debe hacerse cargo de las costas".

En autos surge palmariamente que la demandada abonó durante 20 años a las actoras el FONAINDO como no remunerativo, violando lo dispuesto

por la ley 25.053, obligando a las actoras a recurrir a la justicia a fin de hacer valer sus derechos.

Es recién ahora, y como consecuencia del inicio de una acción legal, que las actoras logran que se les abone lo que les corresponde, sin mencionar que jamás recuperan lo que por prescripción no podrán reclamar y que no cobraron como consecuencia de una violación legal por parte de la demandada.

La sentencia del juez de grado es clara en tanto hace lugar a la demanda en todas sus partes, con excepción únicamente del reconocimiento del carácter bonificable del FONAIANDO.

Atento a ello, resulta injustificada la imposición de costas en la forma dispuesta cuando la demandada ha sido derrotada. Prima aquí el principio objetivo de la derrota.

Como no escapará al elevado criterio de V.E. la imposición de costas en la manera que se hace no es viable, como lo sostiene la casi totalidad de las Salas de la Excma. Cámara del Fuero así como las del Federal de la Seguridad Social y la totalidad de las Salas de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, incluso las que anteriormente la fallo Plenario "Aeber Otto y otros c/ Estado Nacional – Ministerio de Defensa", causa N° 52.514/94, del 20 de marzo de 1997, dictada rechazando las demandas iniciadas por el personal Militar Retirado y Pensionado, dictando sus sentencia conforme a derecho incluso en relación a las costas, las que son impuestas actualmente a la demandada vencida.

En lo que respecta al Fuero, son innumerables los fallos en los que las costas son aplicadas a la demandada, a modo de ejemplo cito: "... de tal modo, debe hacerse lugar a la queja del apelante relativa a la imposición de costas de primera instancia, en tanto entiendo que la complejidad del tema, no resulto un fundamento idóneo para imponer la carga de los gastos causídicos a quienes se vieron obligados a recurrir a la vía judicial para hacer valer sus derechos constitucionales... En cuanto a las costas de la alzada, estimo que, teniendo en cuenta los argumentos precedentemente expuestos y el resultado

favorable del recurso interpuesto por la actora, deberán ser impuestas al GCBA, sustancialmente vencido, en atención al principio objetivo de la derrota (art. 62 CCAyT). RESUELVO: Imponer las costas en ambas instancias a la partes demandada." (Garibotto, Jorge Roberto y otros c/ GCBA s/ empleo publico, expte. N° 25583/0)

En igual sentido se han pronunciado jueces de primera y segunda instancia en autos "Díaz, María Inés y otros c/ GCBA s/ empleo publico" (expte N° 26145/0), "Bajura, Sara y otros c/ GCBA s/ empleo publico" (expte N° 19841/0), "Di Nobile, Ada María y otros c/ GCBA s/ empleo publico" (expte N° 20571/0), "Martínez María, Laura y otros c/ GCBA s/ empleo publico" (expte N° 17826/0), "Martínez Huerta, Adela Elvira y otros c/ GCBA s/ empleo publico" (expte N° 17274/0), "Vetere, Alejandro Enrique y otros c/ GCBA s/ empleo público" (expte. N° 17828/0), entre otros.

A la luz de lo expuesto, no escapara al elevado criterio de V.E. que la aplicación de las costas distribuidas de la manera que se hizo no es una solución justa en tanto ellas se vieron obligadas a recurrir a la justicia a fin de hacer valer sus derechos constitucionales, lo cual en un todo han conseguido.

Motivo por el cual solicito a V.E. dicte sentencia revocando la de primera instancia en lo que a costas respecta e imponga las costas de ambas instancias a la demandada vencida.

Por lo expuesto es que solicito a V.E. revoque la sentencia de grado respecto al rechazo del carácter bonificable del FONAINDO y su inclusión dentro del rubro "sueldo" y dicte sentencia reconociendo el mismo, con costas de ambas instancias a la demandada.

III

RESERVA DEL CASO FEDERAL

Por los fundamentos expuestos, desde ya mantengo la reserva del caso federal planteado por mi parte y que prevé el art. 14 de la ley 48, por encontrarse afectados derechos y garantías constitucionales tutelados por los arts. 14, 14 bis, 16, 17 y 18 y concordantes de la Constitución Nacional, y la interpretación y aplicación de la Ley Federal 19.349."

La sentencia de Cámara

La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió:

"En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se reúnen en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para dictar sentencia en los autos "Subl Roberto Daniel y otros C/ GCBA S/ EMPLEO PÚBLICO (excepto cesantía o exoneraciones)", Expte. N°: 62166-2013/0, y habiéndose practicado el sorteo pertinente resulta que debe observarse el siguiente orden: Fabiana H. Schafrik de Nuñez, Mariana Díaz y Carlos F. Balbín. A la cuestión planteada, la jueza Fabiana H. Schafrik de Nuñez dijo: I. A fs. 365/374 vta. la magistrada de grado hizo lugar parcialmente a la demanda entablada por los actores y reconoció el carácter remunerativo del suplemento que aquellos percibieran, en su carácter de docentes de la Ciudad de Buenos Aires, denominado Fondo Nacional de Incentivo Docente (en adelante, FONAINDO). En consecuencia, ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) que liquidara el rubro en cuestión con dicho carácter y abonara a los accionantes las diferencias salariales emergentes de incluirlo en la base de cálculo de su Sueldo Anual Complementario (SAC); todo ello por los períodos no prescriptos, con más los intereses correspondientes, calculados de conformidad con el criterio adoptado en el fallo plenario "Eiben". Para decidir de ese modo, la a quo meritó las constancias de autos, los precedentes jurisprudenciales que entendió dirimientes para resolver el caso y también las previsiones insertas en la Ley 25053 y en la Resolución N° 1169/1999; que expresamente establecen el carácter remunerativo del FONAINDO. Sin perjuicio de ello, rechazó la pretensión referida al reconocimiento del carácter bonificable del FONAINDO (ver fs. 370/372). Finalmente, impuso las costas en el orden causado. II. Contra aquel pronunciamiento se alzaron ambas partes: a fs. 375 lo hizo el GCBA (concedido a fs. 406) y a fs. 391 apelaron los accionantes (recurso concedido a fs. 392). II.1. En su memorial de fs. 417/419 bis, la actora se agravió -en síntesis- porque la jueza de grado rechazó el carácter bonificable del suplemento reclamado en autos. Finalmente, criticó la imposición de costas por su orden y solicitó que fueran impuestas en su totalidad a la parte demandada por

haber resultado vencida. II.1.2. Por su parte, el GCBA se agravió de la declaración del carácter remunerativo del FONAINDO y de la condena impuesta en primera instancia. Explicó que "las cuestiones vinculadas con el Fondo Nacional de incentivo Docente son privativas del Estado Nacional a quien debería haber demandado la parte actora en procura de la modificación a la que aspira en la demanda de autos" (ver fs. 423), por lo que a su criterio, "la sentencia de grado debe ser revocada en lo que es materia de agravios". Finalmente, refirió que "[l]a jurisprudencia del fuero ha hecho lugar al planteo de esta parte, al disponer el rechazo de la demanda en virtud de que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no debe ser condenado atento a que no puede ser considerado sujeto pasivo del mandato requerido por los actores" por lo que "la sentencia de grado debe ser revocada en lo que es materia de agravios" (ver fs. 425). III. A fs. 428/438 vta. la parte actora contestó los agravios de su contraria. A fs. 442/443 vta. luce agregado el dictamen del Sr. Fiscal de Cámara. Finalmente, a fs. 316 pasaron los autos al acuerdo. IV. Descripto el estado en que estos autos llegan a sentencia, corresponde recordar que los jueces no están obligados a pronunciarse sobre todos los argumentos esgrimidos por las partes, ni a hacer referencia a la totalidad de las pruebas producidas, sino que basta con que valoren las que sean "conducentes" para la correcta composición del litigio (conf. art. 310 del CCyT y doctrina de Fallos, 272:225; 274:486; 276:132 y 287:230, entre otros). V. Aclarado ello, adelanto que por razones metodológicas me adentraré a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada. De la lectura del recurso en estudio surge que el GCBA insiste en el argumento que expuso en oportunidad de contestar demanda a fs. 29/38 vta., referido a la supuesta falta de legitimación de su parte para ser demandado en autos. Ello, debido a que el FONAINDO fue dispuesto por una ley del Estado Nacional, quien además provee los fondos destinados a su pago. V.1 Al respecto, considero pertinente efectuar algunas aclaraciones, comenzando por el marco normativo involucrado en el caso. El suplemento aquí reclamado fue creado por la Ley Nacional N° 25.053, cuyo artículo primero dispuso que aquel sería financiado con un impuesto anual que se aplicará sobre determinados vehículos registrados o radicados en el territorio nacional, con carácter de emergencia y por el término de cinco (5) años a partir del mes de enero de 1998. Luego de su sanción, la ley fue objeto de sucesivas prórrogas (art. 1° de la Ley 25.919; art. 19

de la Ley 26.075; art. 69 de la Ley 26.422 y art. 62 de la Ley 26.728). El artículo 10 establece que los recursos del FONAINDO "serán afectados específicamente al mejoramiento de la retribución de los docentes de escuelas oficiales y de gestión privada subvencionadas de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires, y de las escuelas e institutos oficiales dependientes de las universidades nacionales, de los ministerios del Poder Ejecutivo Nacional, de otros organismos oficiales y de las escuelas dependientes de municipios...". En lo que aquí importa, la propia ley refiere que "[l]os recursos del Fondo Nacional de Incentivo docente serán destinados a abonar una asignación especial de carácter remunerativo por cargo que se liquidará mensualmente exclusivamente a los agentes que cumplan efectivamente función docente. Los criterios para definir la asignación a los distintos cargos serán acordados entre el consejo Federal de Cultura y Educación y las organizaciones Gremiales Docentes con personería nacional, procurando compensar desigualdades" (ver art. 13; énfasis añadido). Ahora bien, la norma también prevé que las autoridades de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires deberán presentar al Ministerio de Cultura y Educación las plantas docentes que cumplan las condiciones determinadas en su texto y en su decreto reglamentario, "sobre cuya base se realizarán las transferencias de los recursos a cada jurisdicción, siendo estas últimas las responsables de habilitar una cuenta bancaria a esos efectos bajo la denominación de 'Fondo nacional de Incentivo Docente'" (art. 16). A su vez, dispone que las autoridades provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires "liquidará[n] y abonará[n] a cada docente que reúna las condiciones determinadas por el artículo 13, el importe pertinente discriminado bajo el rubro -Fondo Nacional de Incentivo Docente- con los recibos de sueldo correspondientes..." (art. 17). Por su parte, conforme la reglamentación aprobada por el Decreto 1125/99, este adicional será no bonificable por ningún concepto, estando sujeto únicamente a los aportes y contribuciones con destino a la obra social y cuota sindical (ver art. 1°). Finalmente, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, los Secretarios de Educación, de Salud, de Promoción Social, Cultura y de Hacienda y Finanzas dictaron la Resolución 1169/GCBA/SED.../99, por medio de la cual se establecieron los criterios para la aplicación del FONAINDO, de cuyo texto surge que "[l]a asignación será de carácter remunerativo y no bonificable a los únicos efectos de integrar la remuneración. No estará sujeta a aportes y

contribuciones que recaen en el básico salarial, ni se calculará para el Sueldo Anual Complementario. El incentivo que se otorga estará sujeto a cuotas sindicales personales voluntarias, ya sean porcentualizadas o de monto fijo" (art. 3º). V.2. Ahora bien, allende lo referido anteriormente, no puede perderse de vista que la pretensión de los actores se enmarca en una relación de empleo público y que el trabajador es un sujeto de especial tutela constitucional. Así, los derechos que surgen de toda relación laboral, independientemente de que se den en el ámbito público o privado, forman parte del sistema de derechos sociales, que han sido receptados en el ordenamiento federal y local. Respecto al ámbito federal, la Constitución Nacional consagra en su artículo 14 bis que "[e]l trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes"; lo cual se complementa con lo establecido en los tratados de derechos humanos con rango constitucional según lo prescripto en el artículo 75 inciso 22. Por su lado, la Constitución de la Ciudad, en lo que aquí interesa, dispone, en su artículo 43, que "[l]a Ciudad protege al trabajo en todas sus formas. Asegura al trabajador los derechos establecidos en la Constitución Nacional y se atiene a los convenios ratificados y considera las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo". Asimismo, contempla que al momento de llevarse a cabo la tarea hermenéutica "[e]l tratamiento y la interpretación de las leyes laborales debe efectuarse conforme a los principios del derecho del trabajo". En cuanto a la reglamentación de los derechos emergentes de las relaciones laborales, hay que distinguir que, conforme el reparto de potestades normativas establecidas en la Constitución Nacional, las relaciones de empleo privado son reguladas de manera uniforme en todo el territorio del país por el Congreso Nacional, mientras que le compete a cada jurisdicción local la reglamentación del empleo público (artículos 1º, 75 inciso 12 y 121). La Legislatura Ciudad ha hecho lo propio a través de la ley n° 471 que regula las "Relaciones Laborales en la Administración Pública de la Ciudad". Entre los principios que rigen la relación de empleo público, dicha norma establece la "[i]gualdad de trato y no discriminación" (conf. artículo 2 inciso c). Asimismo, consagra que los trabajadores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tienen derecho a: "la igualdad de oportunidades en la carrera administrativa..."; "una retribución justa conformada por distintos componentes que tengan relación con el nivel escalafonario alcanzado, la función efectivamente desempeñada y la

productividad evidenciada en el cumplimiento del trabajo” y a “obtener la revisión judicial de las decisiones adoptadas por la Administración a través de las acciones o recursos contencioso administrativos reglados por la legislación respectiva” (conf. artículo 9 incisos d, e y m). Finalmente, en el ámbito local, el artículo 7 inc. b del Estatuto Docente (Ordenanza N° 40.593) reconoce el derecho del personal docente al “goce de una remuneración justa y actualizada, establecida con el asesoramiento de una Comisión salarial formada por representantes gremiales y las autoridades correspondientes del gobierno municipal”. VI. Aclarado lo anterior, corresponde referir que la cuestión planteada en autos no es novedosa; en varias oportunidades se ha discutido si el GCBA es el sujeto pasivo de la relación jurídica sustancial que involucra a las partes de este tipo de controversias, principalmente por el hecho de que los fondos con los que se financia el FONAINDO provienen del Estado Nacional (me remito, sobre este punto, a lo referido en el punto IV.1). Sin perjuicio de ello, al día de hoy no existe un criterio jurisprudencial pacífico al respecto. En lo que atañe a la suscripta, al votar en una causa cuya pretensión era análoga a la que toca resolver aquí, sostuve que correspondía hacer lugar al reclamo de la parte actora, referido al reconocimiento del carácter remunerativo de este suplemento. Ello, en atención al plexo normativo de su creación y a la habitualidad y generalidad en su pago (ver autos “Santaolalla Norma y Otros c/GCBA y otros s/Empleo Público” Exp. 67193/0, sentencia de esta misma sala del día 3 de noviembre de 2017; en el mismo sentido, ver autos “Damiano Carlos Manuel y otros c/GCBA s/Empleo Público”, exp. 57341, sentencia del 24 de noviembre de 2017). En el primero de esos precedentes acompañé el criterio de mi colega Carlos F. Balbín y, en punto al planteo de la supuesta falta de legitimación pasiva del GCBA, expliqué que un análisis integral de las normas involucradas me llevaban a considerar que, más allá de la participación fundamental del Estado Nacional en el régimen de obtención de los fondos (por cuanto el adicional en cuestión es financiado con un impuesto anual que se aplica sobre determinados vehículos) que luego serán distribuidos a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la propia norma ha asignado responsabilidades a cargo de los estados federados que no podrían ser desconocidas por los magistrados e incluso dispuso el carácter remunerativo del rubro de marras. Advertí que cada jurisdicción tiene a cargo la tarea de elevar las nóminas de empleados que estén

en condiciones de percibir el FONAINDO y de liquidar y abonar a sus empleados las sumas resultantes en tal concepto (luego de que el Estado Nacional le transfiera los fondos correspondientes). Consideré lógico reconocer en cabeza del demandado, cuanto menos tres responsabilidades. La primera radicaría en verificar dentro del cuadro de sus empleados que estén en condiciones de cobrar el suplemento (art. 1º de la Res. 1169/SEDHyF/1999), la segunda consistiría en efectuar las liquidaciones correspondientes, tomando para ello las pautas de la ley y contrastándolas con la situación salarial particular de cada empleado (art. 2º de la misma Res. 1169, op. cit.); finalmente, una vez practicada la liquidación, abonar con cada recibo de sueldo la suma resultante para cada empleado. En síntesis, entendí que no era posible sostener la ausencia de legitimación pasiva por parte del GCBA. Luego, atento a lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia local en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Ghiotto Raquel Teresa y otros c/GCBA s/Empleo Público (excepto cesantía o exoneraciones) exp. 14090/16", en el que el máximo Tribunal local dio favorable acogida a los argumentos de la parte demandada y consideró que "no se le puede reconocer al Estado local el carácter de titular de la relación jurídica sustancial..." (ver punto 4.1 del voto mayoritario de los Dres. Casás y Weinberg) por celeridad y economía procesal, estimé -dejando a salvo mi criterio-, que cabía hacer lugar al planteo del GCBA y revocar la condena impuesta en primera instancia, que había reconocido el carácter remunerativo del rubro de marras (conf. autos "Baridon Rosalia Della y otros c/GCBA s/Empleo Público" Exp. C44989-2012/0, sentencia del 18 de mayo de 2018). VI.1. Ahora bien, un nuevo análisis de la cuestión me ha llevado a reflexionar acerca del alcance de la responsabilidad del demandado y a retomar el criterio que tuviera al emitir mi voto en los precitados autos "Santaollala"; veamos: Tiempo después de que esta Sala se pronunciara en los autos "Baridon", la Dra. Laura Monti, Procuradora General de la Nación ante la Corte Suprema, emitió su dictamen en un expediente en el que se discutió un planteo análogo al de autos y que llegó al máximo estrado nacional a través del recurso de queja que planteara la actora contra la denegatoria de recurso de extraordinario dispuesta por el TSJ de la Ciudad; la causa aún se encuentra a estudio para dictar sentencia (ver autos "Bruno, Marcelo José y otros s/ queja" CSJ 404/2017/RHI, dictamen del Ministerio Público Fiscal de la Nación del día 19 de junio de 2018). Allí, la Procuradora

consideró que asistía razón a la parte actora al sostener que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es titular de la relación jurídica sustancial debatida, aun cuando pudiera no ser la única parte que debiera intervenir en el proceso como demandada o tercero. Explicó que llegó a esa conclusión ya que “del entramado normativo por el que se instaura el fondo docente en cuestión se deriva[n] de una serie de obligaciones atribuidas tanto al GCBA como al Estado Nacional, lo que torna inadmisibile que se excluya al primero de la litis” (ver punto V del dictamen). La Dra. Monti agregó que “la ley 25.053 [...] establece que las autoridades de la Ciudad de Buenos Aires deberán presentar a la cartera educativa nacional las plantas docentes que cumplen con las condiciones determinadas en las normas como para ser destinatarias del incentivo de marras, sobre cuya base se realizarán las transferencias de los recursos a la jurisdicción (art. 16). Asimismo, determina que las autoridades del gobierno de la Ciudad Autónoma liquidarán y abonarán a cada docente identificada en la planta aprobada, el importe pertinente discriminado bajo el rubro FONAINDO con los recibos de sueldo correspondientes (art. 17)”. Valga referir que estas consideraciones se encuentran en línea con las que sostuve al emitir mi voto en los autos “Santaolalla” y “Damiano”, antes mencionados. En virtud de ello, opinó que correspondía admitir la queja interpuesta y hacer lugar al recurso extraordinario, dejando sin efecto la sentencia atacada y remitiendo las actuaciones al tribunal de origen a fin de que dictara un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho. Tal como hemos visto hasta aquí, si bien la Corte aún no se ha pronunciado sobre el fondo de la cuestión, lo cierto es que la Procuradora General de la Nación ha brindado argumentos de peso que dan cuenta de que el GCBA no es un sujeto ajeno a la relación jurídica sustancial en supuestos como el de autos y que, en consecuencia, no es plausible restarle legitimación procesal para ser demandado en autos. Ello, en atención a lo dispuesto en la totalidad del régimen normativo que regula el suplemento reclamado. Pero eso no es todo. Sumado a lo anterior, advierto que nuestro Máximo Tribunal se declaró incompetente para entender en instancia originaria en un caso sustancialmente análogo al que nos toca resolver aquí (autos “Avanzatti, Emilia Zunilda Alejandra y otros c/Entre Ríos Provincia de y otro s/ordinario”, sentencia del 29 de agosto de 2017). Allí, los actores demandaron a la Provincia de Entre Ríos y a la Caja de Jubilaciones y Pensiones de dicha circunscripción territorial, con el

objeto de obtener el reajuste de sus haberes jubilatorios, en atención a que la Administración les había abonado el FONAINDO con carácter no remunerativo. A pedido de la Provincia demandada, la Cámara Contencioso Administrativo de Concepción del Uruguay -interviniente en la jurisdicción local- citó al Estado Nacional en calidad de tercero coadyuvante, quien planteó excepción de incompetencia y falta de legitimación pasiva para intervenir en el pleito; solicitando la remisión de las actuaciones a la justicia federal, en virtud de su carácter de sujeto aforado, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 116 de la Constitución Nacional y en el art. 2º, inciso 6º de la Ley 48. En tales condiciones, la Cámara remitió la causa a la Suprema Corte, en el entendimiento de que el pleito trabado entre las partes encuadraba en un supuesto que habilitaría su competencia originaria. Como adelanté anteriormente, el Tribunal Címero, por unanimidad, rechazó el planteo efectuado por el Estado Nacional y se declaró incompetente para entender en forma originaria. Lo relevante de este precedente es que, en sus fundamentos, la Corte dejó asentado que "la circunstancia de que el pago del suplemento en cuestión se solvete con dinero que la provincia recibe del Fondo Nacional de Incentivo Docente, no autoriza por sí sola, a atribuir al Estado Nacional legitimación pasiva para actuar en el proceso [...] tampoco justifica su intervención en tal carácter el hecho de que sea demandado por su actividad legislativa, lo que sólo determina el marco jurídico aplicable [...] sin pasar por ello a integrar la relación jurídica sustancial sobre la base de la cual se entabla la demanda, de forma tal que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria" (ver considerando 5º; énfasis añadido). A tenor de las consideraciones que anteceden, es posible inferir que el sólo hecho de que el FONAINDO se solvete con fondos nacionales no resulta suficiente para desligar a las administraciones locales de la responsabilidad que les atañe en tanto empleadores de los docentes a los que, como ya he dicho, la propia norma asigna la responsabilidad de liquidar y abonar un suplemento que desde su creación ha sido denominado "remunerativo" (ver, en particular, el art. 13 de la Ley 25.053). En virtud de ello, y de las previsiones normativas referidas en el punto V.1 y V.2., he de apartarme del criterio fijado por nuestro TSJ en los autos "Ghiotto", ya que estimo improcedente el argumento del GCBA por medio del cual pretende eludir la responsabilidad por la liquidación y pago del FONAINDO a empleados que revistan bajo su propia órbita. En definitiva, es necesario distinguir entre el

sujeto obligado y los recursos con los que se satisface la obligación. En consecuencia, tengo para mí que no es posible seguir sosteniendo la ausencia de legitimación pasiva por parte del demandado. VI.2. Despejado lo anterior, cabe referir que a la luz de las pruebas acompañadas en autos, se desprende con meridiana claridad que al momento de abonar el salario correspondiente a los accionantes, la suma resultante del FONAINDO fue liquidada contrariando las pautas que la norma dispone. Así, a fs. 11/18 la demandante acompañó copia de los recibos de sueldo de los actores, de donde surge que el GCBA les abonó el rubro aquí discutido sin que el importe percibido en tal concepto haya incidido en el cálculo de los descuentos (aportes y contribuciones) correspondientes. A su vez, a fs. 209 el propio demandado informó que "[...] todas las sumas liquidadas lo han sido respetando puntualmente la letra de la Normativa que le dieron origen a esos pagos, destacándose que solo se encontraban sujetos a los descuentos previsionales y contribuciones patronales y al cálculo de aguinaldo, los conceptos de carácter remunerativo [...] El FO.NA.IN.DO. es un suplemento no remunerativo ni bonificable. Para calcular el haber jubilatorio y los aportes de Ley se toman todas las sumas remunerativas y su bonificación correspondiente" (énfasis en el original); todo lo cual permite inferir que la demandada liquidó el adicional reclamado con carácter no remunerativo. En este sentido, no observo prueba alguna que permita justificar dicho proceder por parte del estado local. Aun cuando pudiera sostenerse que, de acuerdo a los montos totales transferidos, no podría abonarse con carácter remunerativo el rubro en crisis sin que ello importe una disminución de la base del suplemento, tampoco podría atenderse un argumento como tal, en la medida en que aquel no exige una suma predeterminada. Por lo demás, parafraseando a mi colega Carlos F. Balbín en el desarrollo efectuado en su voto en los precitados autos "Santaolalla" y a la luz de las probanzas de autos, al tratarse de agentes de la Ciudad, la liquidación y el abono de sus salarios resulta ser una responsabilidad resorte de la Administración local. De su lado, debe ponderarse que el art. 14 bis de la Constitución Nacional y, por ende, el principio protectorio del trabajo y del trabajador que enuncia, son aplicables por entero al empleado público y a la relación de empleo público (conf. CSJN, Fallos 336:672). VI.3. Luego de verificar que en el presente expediente se ha configurado un incumplimiento atribuible al GCBA en su carácter de empleador de los actores y responsable de liquidar y

abonar su salario en forma adecuada, me adentraré a otra cuestión que se encuentra intrínsecamente relacionada. Tal como referí en los puntos anteriores, de acuerdo a la propia letra de la Ley 25.053, el suplemento FONAINDO posee carácter remunerativo. Ahora bien, las sucesivas reglamentaciones que sufrió dicha norma, e incluso la resolución mediante la cual se implementó en el ámbito local, han establecido una limitación a los alcances que el carácter remunerativo del FONAINDO conlleva. Al respecto, no escapa de mí que la recurrente sostiene en su apelación que "ni el acto administrativo en virtud del cual se establece el pago del FO.NA.IN.DO. (Código 399), esto es, ni la Resolución N° 1169/SED/99 [...] han sido cuestionadas por la contraria" (conf. fs. 423; el destacado me pertenece). Sobre el particular, considero que tal omisión no puede ser óbice para el reconocimiento del derecho que le asiste a la parte actora, máxime cuando la norma local que implementa el cobro del suplemento en estudio colisiona con las previsiones dispuestas en la Ley 25.053; ello, por los motivos que desarrollaré infra. Así, de la lectura del artículo 3 del anexo I a la Resolución N° 1169/GCABA/SED/99 surge que: "[l]a asignación será de carácter remunerativo y no bonificable a los únicos efectos de integrar la remuneración. No estará sujeta a aportes y contribuciones que recaen en el básico salarial, ni se calculará para el Sueldo anual Complementario..." (énfasis añadido). A tal respecto, la doctrina especializada ha afirmado que reconocer dicho carácter importa decir que el adicional o suplemento de que se trate integra el salario, entendido como la contraprestación recibida por el empleado como consecuencia del vínculo laboral con su empleador y que configura una ventaja para el trabajador (conf. "Ley de Contrato de Trabajo 20.744 comentada", 3era. Edición actualizada y ampliada, Maza, Miguel Ángel director-, La Ley, p. 208). A la par de ello, dos nociones o características básicas nos permiten identificar si una prestación tiene carácter salarial; dichas notas son la "generalidad" y la "habitualidad" con la que se las percibe. En línea con ello, considero que todo pago que es considerado remuneración, está sujeto a aportes y contribuciones; a su vez, se lo considerará para las liquidaciones de aguinaldos, vacaciones, indemnizaciones, etc. Ahora bien, en su libelo inicial los actores solicitaron no sólo que se liquide genéricamente con carácter remunerativo (lo que quedó zanjado de acuerdo al desarrollo realizado en el considerando anterior) sino que ello sea tenido en cuenta a los efectos de los aportes y contribuciones y del

cálculo las vacaciones y del SAC. La lectura de la normativa transcrita en el punto V que antecede, aunado a las notas de habitualidad y generalidad con que observo se abona el suplemento, me llevan a analizar si existe en el caso una contradicción entre la naturaleza remunerativa que se le ha reconocido legalmente y la circunscripción efectuada en las distintas reglamentaciones. La respuesta a este interrogante debe ser afirmativa, en tanto tengo para mí que no resulta razonable que el suplemento tenga dicho carácter y que, a la vez, no sea computado para aportes, contribuciones, vacaciones y SAC. Ello, toda vez que estos últimos se calculan conforme los ítems salariales que integran la remuneración, y generaría un menoscabo carente de fundamentación que se excluya el FO.NA.IN.DO. en cuanto este -por poseer naturaleza salarial/remunerativa- constituye remuneración. Vale recordar que la CSJN expresó en un caso cuyas argumentaciones cabe aplicar mutatis mutandi 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 atribuyan... sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del nomen juris sería inconstitucional" y que "el artículo 103 bis [de la ley de contrato de trabajo], inciso 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". Agregó que "toda ganancia que el trabajador obtiene del empleador, con motivo o a consecuencia del empleo, resulta un salario, una contraprestación de este último sujeto y por esta última causa. Esa contraprestación sólo puede ser llamada jurídicamente, salario, remuneración o retribución" (CSJN, Fallos 332:2043). Por lo dicho hasta aquí, invocando nuevamente la interpretación más beneficiosa para el trabajador, atento la irrazonabilidad del artículo 3° del Anexo I de la Resolución N° 1169/GCABA/SED/99, considero que en el caso de autos asiste razón al frente actor en cuanto a la pretensión relativa al carácter remunerativo del rubro analizado, por lo que no cabe más que rechazar el recurso interpuesto por la demandada. VII. Corresponderá ahora analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora. Su principal agravio se centra en que la magistrada de grado rechazó el carácter bonificable del FONAINDO. Sobre el particular, considero conveniente realizar algunas aclaraciones: Tal como

sostuve en otros precedentes (ver, por caso, los autos "Damiano" ya citados y también en autos "Sivori Marcelo Eugenio y otros c/GCBA s/Empleo Público (no cesantía ni exoneración), sentencia del 31/03/2015) la caracterización como bonificable implicaría que determinado adicional o suplemento debiera ser considerado dentro del básico de la remuneración, de modo que ingrese en la base de cálculo para la determinación de otros suplementos, que se suelen fijar de conformidad con algún índice o porcentaje sobre ese básico (vgc. la bonificación por antigüedad). Al respecto, conviene recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene dicho que "el carácter 'bonificable' del suplemento no es susceptible de surgir, a diferencia del 'remunerativo', de una simple constatación de hecho que atienda a la circunstancia de que el importe pertinente hubiera sido otorgado a la generalidad del personal, sino que es menester indagar cuál es la voluntad del legislador sobre el punto...". (CSJN, "Bidau, Sara Margarita y otros c/Anses s/Recurso de hecho"; sentencia del 23 de febrero de 2010. En el mismo sentido, conf. Fallos: 325:2171 y 321:663, entre otros). Lo anterior implica que el reconocimiento del carácter de bonificable es una facultad discrecional del legislador. Conviene agregar, en este aspecto, que del texto de los arts. 118 y 119 del Estatuto Docente (Ordenanza n° 40.593 y sus modificaciones) no surge directiva alguna que impida al Poder Ejecutivo fijar rubros remuneratorios no bonificables por antigüedad. Es que "al decidir -en ejercicio de sus propias facultades- incrementar las remuneraciones, bien pudo hacerlo por vía de aumentar el valor de los índices de los cargos respectivos, o por vía de la creación de nuevos beneficios; rubros éstos respecto de los cuales estaba en su esfera de atribuciones disponer que se computaran a los efectos del cálculo de los otros adicionales, como que no se lo hiciera" (CSJN, Fallos 321:663, considerando 5°). En la línea de lo expuesto, resulta claro que no es posible asimilar automáticamente el carácter remunerativo de un suplemento y su naturaleza bonificable. Aunando a ello, nuestro Tribunal cimero sostuvo que: "[e]l Tribunal ha distinguido ambas propiedades al señalar que una cosa es considerar que un adicional forma parte de la percepción normal, habitual y permanente, y que su contenido es de esencia retributiva, y otra muy distinta, que por tal circunstancia deba automáticamente ser tenido en cuenta para el cálculo de otras bonificaciones (conf. Fallos: 321:663; 325:2171; 326:3683; y 328:4232 y 4246)" (CSJN, "Bidau", op. cit.; el destacado es propio). En el caso, la

reglamentación bajo examen dispone expresamente que los adicionales otorgados no serán computables para el cálculo de la antigüedad, por lo que no se presenta una situación de indeterminación normativa. Todas las consideraciones realizadas en torno a este tema, forman mi convicción en el sentido de que la naturaleza bonificable o no bonificable constituye un resorte propio del órgano encargado de fijar la política salarial del sector en cuestión, a diferencia de lo que sostuvieron los actores en su recurso. En consecuencia, entiendo que corresponderá rechazar el agravio bajo análisis. VIII. Finalmente, resta que me expida respecto al agravio de la parte actora referido a la imposición de costas de primera instancia. En virtud del modo en que se resuelve y en atención a la existencia de vencimientos parciales y mutuos, teniendo en cuenta la complejidad de la cuestión debatida y la jurisprudencia contradictoria en la materia, considero prudente confirmar la imposición de costas dispuesta por la a quo e imponer las costas de Alzada por su orden (art. 62, 2do. párrafo del CCAT). En mérito de las consideraciones que anteceden, propongo al acuerdo que: i) se rechace el recurso de apelación del GCBA; ii) se rechace el recurso de apelación de la actora; y iii) se impongan las costas de esta Alzada por su orden (art. 62, segundo párrafo del CCAT). A la cuestión planteada, la jueza Mariana Díaz dijo: I. Los antecedentes relevantes de la causa han quedado adecuadamente relatados en los considerandos I a III del voto de la jueza Fabiana H. Schafrik de Nuñez y a ellos me remito a fin de evitar reiteraciones innecesarias. II. Con relación al agravio del GCBA referido a que las cuestiones vinculadas con el suplemento debatido en la causa resultan privativas del Estado Nacional en tanto aquel ítem salarial "no es liquidado ni pagado" por su parte (fs. 424), me remito a los argumentos que desarrollé al votar en los autos "Paradiso Liliana Mabel y otros c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)", expte. N°28324/0, sentencia del 11/5/15, los que doy aquí por reproducidos. El temperamento descripto resulta conteste con el criterio adoptado por el Tribunal Superior de Justicia local en los autos "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Ghiotto, Raquel Teresa y otros c/ GCBA s/ empleo público (excepto cesantía o exoneraciones)", expte. N°14090/16, sentencia del 6/12/17. Por lo tanto, corresponde hacer lugar al presente cuestionamiento, revocar la sentencia de grado y rechazar la presente demanda. III. Resuelto lo que antecede, vale destacar que, cuando la sentencia de Cámara

es revocatoria o modificatoria de la de primera instancia, el Tribunal debe adecuar la decisión en materia de costas, conforme el contenido de su pronunciamiento, aunque no hayan sido motivo de apelación [cf. art. 249 del CCAyT y esta Sala en los autos "Zarate Herrera José Robinson c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)", expte. N°7041/0, sentencia del 19/5/04, entre otros precedentes]. Ello es así toda vez que, en tales supuestos, la revocación o modificación de la sentencia de grado conlleva, paralelamente, la alteración de los parámetros ponderados al distribuir las costas (cf. arts. 62 y concordantes del CCAyT). Por ello, en atención a la existencia de precedentes contradictorios en la materia [v. autos "Vera Angélica Margarita que c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)", expte. N°20570/0, sentencia del 27/3/12; "Díaz María Inés y otros c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)", expte. N°26145/0, sentencia del 26/9/12; "Larrategui Alicia Marta c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)", expte. N°23310/0, sentencia del 2/7/13; entre otros], los gastos causídicos del proceso correrán en el orden causado (cf. arts. 62, 2° párrafo, del CCAyT). IV. Lo resuelto en los considerandos precedentes torna innecesario analizar las restantes objeciones traídas por las partes ante esta instancia. V. Por los argumentos expuestos, corresponde: i) hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, por tanto, revocar la decisión de grado y rechazar la presente demanda; y, ii) imponer las costas del proceso en el orden causado (cf. arts. 62, 2° párrafo, del CCAyT). A la cuestión planteada, le juez Carlos F. Balbín dijo: I. Adhiero, en lo sustancial, al voto de la jueza Fabiana H. Schafrik de Nuñez. II. En punto a la falta de legitimación pasiva de la Ciudad, cabe señalar que, más allá de mi posición, por razones de economía procesal he considerado que la cuestión debía ser resuelta con arreglo a la doctrina fijada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad en los autos "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Ghiotto, Raquel Teresa y otros c/ GCBA s/ empleo público (excepto cesantía o exoneraciones)", expte. 14090/16, sentencia del 6 de diciembre de 2017 (conf. mi voto como juez de la Sala II del fuero en autos "Hamra, Elvira B. y otros c/ GCBA y otros s/ empleo público (excepto cesantía o exoneraciones)", EXP 3976342/2013-0, 3/11/18). En el caso "Ghiotto", el Tribunal Superior concluyó que, ante una pretensión similar, no podía reconocerse al Estado local el carácter de titular de la relación jurídica sustancial. Ahora bien, a la fecha se

encuentra pendiente de resolución por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación un recurso deducido en los autos "Bruno, Marcelo José y otros s/ queja"; pleito en el que se debate una cuestión sustancialmente análoga a la de estos autos. En ese expediente, la Procuración General de la Nación opinó que debía dejarse sin efecto la sentencia que había cercenado la posibilidad de demandar al GCBA. En ese orden, entre otras consideraciones, la Procuración General señaló que "...del entramado normativo por el que se instaura el fondo docente en cuestión se deriva una serie de obligaciones atribuidas tanto al GCBA como al Estado Nacional, lo que torna inadmisibile que se excluya al primero de la litis" (dictamen del 19 de junio de 2018). También cabe referirse a la sentencia de la Corte Suprema en los autos "Avanzatti, Emilia Zunilda Alejandra y otros c/ Entre Ríos, Provincia de y otro s/ ordinario". En ese proceso, los actores pretendían que se incorporase a su haber jubilatorio el adicional establecido en la ley 25.053 (FONAINDO). Más allá de los matices con la situación debatida en estos autos, es relevante observar que en aquel precedente la Corte advirtió que "...la circunstancia de que el pago del suplemento en cuestión se solvete con dinero que la provincia recibe del Fondo Nacional de Incentivo Docente, no autoriza por sí sola, a atribuir al Estado Nacional legitimación pasiva para actuar en el proceso..." (sent. del 29 de agosto de 2017, consid. 5º). Llegados a este punto, cabe tener presente que el hecho de que se trate de un concepto de naturaleza remunerativa abona la tesis de que existe una relación jurídica sustancial con el empleador –obligado al pago del salario y, por tanto, legitimado pasivo–; empleador que, en el caso, no es otro que el GCBA (conf. mi voto en "Santaolalla, Norma y otros c/ GCBA s/empleo público (excepto cesantía o exoneraciones)", EXP 67193/2013-0, 3/11/17, a cuyos fundamentos me remito). Finalmente, es dable señalar que la sentencia del Tribunal Superior en autos "Ghiotto" no fue unánime. Habida cuenta de la nueva integración de dicho Tribunal, y en atención a lo señalado en este voto, considero que las razones de economía procesal que me condujeran a seguir la doctrina fijada en ese precedente no persisten en la actualidad. Por lo expuesto, corresponde reconocer la legitimación pasiva del GCBA. III. Asimismo, en cuanto al carácter bonificable del suplemento, en virtud de las consideraciones expuestas en los precedentes "Leonardi, Miguel Ángel y otros c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)", sentencia del 12/11/2009; y "Ramírez, Nicolás Lorenzo y otros c/

GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)", del 15/10/2010, comparto la opinión de la jueza Schafrik de Nuñez, en cuanto propicia desestimar el agravio impetrado por la parte actora. En mérito de la votación que antecede, el Tribunal, por mayoría, RESUELVE: I. Rechazar el recurso de apelación del GCBA, conforme lo expuesto en el punto VI del voto de la jueza Fabiana H. Schafrik de Nuñez y en los puntos I y II del juez Carlos F. Balbín; II. Rechazar el recurso de apelación de la actora, de conformidad con los puntos VII y VIII del voto de la jueza Fabiana H. Schafrik de Nuñez y I y III del voto del juez Carlos F. Balbín; y III. Imponer las costas de esta Alzada por su orden (art. 62, segundo párrafo del CCyT). La presente causa se resuelve en los términos del artículo 6 de la resolución CM n° 65/2020, sin perjuicio de que resulta también aplicable el artículo 8 de la misma resolución. Asimismo, se hace constar que se encuentra vigente para las partes la suspensión de los plazos procesales (conf. res. CM nros. 58, 59, 60, 63, 65 y 68 del 2020). Oportunamente, registrese. Notifíquese a la demandada al correo electrónico establecido en la resolución n° 100/GCBA/PG/2020, al Ministerio Público Fiscal en el domicilio electrónico y a la parte actora mediante cédula por secretaría una vez que hayan finalizado las medidas de restricción que imposibilitan su diligenciamiento salvo que la parte en forma previa constituya domicilio electrónico, en cuyo caso deberá notificarse por ese medio. Asimismo, hácese saber a las partes que en los sucesivos deberán cumplir con lo previsto en los artículos 1 y 2 de la resolución de Presidencia del Consejo de la Magistratura n° 359/20, así como lo dispuesto en el artículo 7 de la Resolución CM n° 68/20, en lo que respecta a la constitución del domicilio electrónico. Firme que se encuentre la presente, devuélvase."

IV

REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO

A fin de cumplir en debida forma con los requisitos formales exigidos por el más alto tribunal de justicia para declarar admisible el recurso intentado, procederé en el presente capítulo a acreditar el cumplimiento de los requisitos comunes, refiriéndome en los capítulos siguientes a los requisitos propios y formales exigidos

4.1. REQUISITOS COMUNES:

4.1.1. Tribunal de Justicia:

Los artículos 113 inc. 3 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el art. 27 de la ley 402 determinan que el recurso de inconstitucionalidad es admisible, como principio, respecto a resoluciones judiciales, que versen sobre interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o en la de la Ciudad de Buenos Aires y cuando se ha controvertido mediante una sentencia definitiva del Tribunal Superior de la causas la interpretación o aplicación de normas contenidas en las constituciones nacional o de la ciudad o la validez de una norma o acto bajo la pretensión de ser contrarios a tales constituciones.

Más allá de las discusiones suscitadas respecto a qué debe entenderse por tribunal de justicia -ante las controversias suscitadas en relación a funcionarios legislativos, administrativos y decisiones de árbitros o amigables compondores- no cabe duda alguna que la Exema. Cámara de Apelaciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires constituye un tribunal de esas características en sentido estricto.

4.1.2. La intervención de un Tribunal de Justicia en un juicio:

El segundo requisito impuesto por la doctrina y jurisprudencia más destacada es que la intervención del tribunal de justicia haya tenido lugar en un juicio (Fallos: 156:318; 190:539; entre muchos otros).

Este requisito, de indudable rango constitucional (cf. artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional), se encuentra debidamente cumplido en el sub examine, por tratarse de una apelación derivada de una resolución recaída en el ámbito de un proceso de pleno conocimiento.

4.1.3. Existencia de una Cuestión Judicial:

El tercer requisito exigido por la jurisprudencia argentina y norteamericana para la procedencia de la apelación intentada es que las cuestiones sometidas a consideración de la Corte puedan ser decididas por los jueces en ejercicio de su jurisdicción, es decir que se trate de una cuestión justiciable, propia del conocimiento del Poder Judicial y que conduzca a decidir una situación de hecho real y concreta (Fallos: 182:276 y 561; 183:385; 197:332; 199:213; 306:1626, entre otros).

En este sentido, no cabe duda alguna que la cuestión sometida a consideración del alto tribunal encuadra dentro de aquellas consideradas como justiciables.

4.1.4. Existencia de interés personal y directo de los recurrentes:

Dentro de los requisitos comunes exigidos por la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal se ha señalado la necesidad de que la resolución apelada cause gravamen al recurrente (Fallos: 204:582, 209:337, 303:1661, 306:980 y 1856. 313:1620, entre otros), entendiéndose presente aquél en el supuesto en que el recurrente tenga interés personal en relación a la apelación deducida.

En tal sentido, la existencia de dicho interés personal resulta de los propios términos de la demanda y que no se ha cuestionado que mis representados sean todos docentes en relación de dependencia con el GCBA.

4.1.5. Subsistencia de los requisitos comunes:

Nuestro más alto tribunal ha exigido desde antaño que los requisitos comunes descriptos precedentemente subsistan en el momento en que la Corte Suprema (Tribunal Superior) proceda a dictar sentencia, evitando que la decisión a dictarse resulte inoficiosa (Fallos: 178:406; 192:11; 210:554; 303:397; 306:414 y 506; 313:584, entre otros).

En este punto, no cabe duda alguna que en tanto no se revoque la sentencia dictada por la Excmá Cámara de Apelaciones, de la Ciudad de Buenos Aires, la subsistencia de los requisitos descriptos en los subcapítulos anteriores debe considerarse presente en el sub examine.

4.2. REQUISITOS PROPIOS;

De conformidad a lo descripto en el capítulo anterior, acreditaré a continuación el cumplimiento de aquellos requisitos considerados por el más alto tribunal como propios para la procedencia de la apelación que se intenta, sin perjuicio de adelantar desde ya que el remedio incoado se encuentra motivado principalmente en la arbitrariedad e inconstitucionalidad del pronunciamiento recurrido, por ser contrario a derechos de raigambre constitucional ya puestos de resalto en párrafos anteriores.

4.2.1. Existencia de una cuestión contemplada en el art. 27 de la ley 402:

En base a lo dispuesto en el artículo 27 de la ley 402, el Tribunal Superior de Justicia y la doctrina más destacada han exigido en forma invariable a fin de declarar admisible la apelación que la misma verse sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o de la ciudad. (ley 25053)

El conocimiento del Excmo. Tribunal en la presente causa no debe limitarse exclusivamente, sin embargo, a las cuestiones a las que haré mención más adelante, puesto que todas las normas que componen el marco regulatorio del derecho laboral, alimentario y patrimonial tienen ese carácter.

En igual sentido, los defectos que presenta la resolución de la Excma. Cámara obligan a sostener que ella no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas en la causa e impone considerar existente, en consecuencia, una cuestión inconstitucional o por sentencia arbitraria, en base a la doctrina reconocida por nuestro más alto tribunal desde el año 1909 en la causa "Rey c/ Rocha", Fallos 112:384 y aplicada a partir de "Storani de Boidanich" (Fallos: 184:137), tres décadas después.

A este respecto, la sentencia apelada incurre en omisiones y desaciertos de gravedad extrema que la descalifican como pronunciamiento judicial válido, al constituir un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso, carente -dadas sus omisiones y desaciertos- de fundamentación suficiente.

4.2.2. Relación directa e inmediata de las cuestiones constitucionales invocadas y lo resuelto en la causa:

La admisibilidad del recurso se halla condicionada a que la cuestión constitucional invocada guarde una relación directa e inmediata con lo resuelto en la causa, de conformidad a lo dispuesto en el art. 27 de la ley 402, recaudo que también se cumple en autos, en la medida en que la decisión a adoptar se encuentra íntimamente ligada a la interpretación que se asigne a las disposiciones federales invocadas. (Fallos: 124:61; 143:74; 147:96; 188:394; 190:368; 194:220, entre otros).

La importancia de las cuestiones federales invocadas y la trascendencia de la materia sujeta a resolución del alto tribunal demuestra, asimismo, que guardan una relación directa e inmediata con lo resuelto en la

causa, y resultan suficientes, sustanciales y trascendentes para justificar la intervención del Tribunal Superior de Justicia

En este aspecto, corresponde destacar ante al Excmo. Tribunal que las cuestiones constitucionales articuladas en el presente recurso resultan claramente sustanciales, no pudiendo calificarse en modo alguno como aquellas cuestiones federales "insustanciales o baladíes que tornan inadmisibles el remedio extraordinario" (Fallos: 303:907, entre otros). Los argumentos vertidos en el presente recurso y la existencia de precedentes coincidentes del más alto tribunal en contra de la posición invocada por la sentencia recurrida justifican el conocimiento del Tribunal Superior de Justicia en la presente causa.

4.2.3. Existencia de resolución contraria al derecho constitucional invocado:

La jurisprudencia y doctrina más destacada exigen que la cuestión expresada haya sido resuelta contravirtiendo la interpretación o aplicación de normas contenidas en las constituciones nacionales o de la ciudad.

No cabe duda alguna que su cumplimiento se encuentra debidamente acreditado en estos obrados.

4.2.4. Existencia de una sentencia definitiva:

El art. 27 de la ley 402, limita la admisibilidad del recurso a las sentencias definitivas pronunciadas por el tribunal superior de la causa. A ese fin, el alto tribunal ha considerado como sentencias definitivas a aquellas que "ponen fin al pleito, impiden su continuación o causan un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior" (Fallos: 191:362; 257:187; 266:47; 298:113; 300:1136; 303:857 y 1040; 304:429 y 625; 308:1271, entre otros).

La sentencia de la Cámara de Apelaciones de la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad es, sin duda alguna, una sentencia definitiva.

4.2.5. Tribunal Superior de la causa:

La doctrina de nuestro más alto tribunal ha exigido tradicionalmente que el órgano judicial del cual emana la decisión objeto de recurso sea el tribunal superior de la causa, en el sentido que su resolución sobre la cuestión federal debatida en juicio sea insusceptible de ser revisada por otro órgano dentro de la respectiva organización local (Fallos: 66:257; 99:228; 211:1150; 303:640, entre muchos otros).

4.3. REQUISITOS FORMALES:

4.3.2. Oportuna interposición del Recurso:

El presente recurso es interpuesto en legal tiempo y forma, dentro de los diez (10) días hábiles judiciales siguientes al de la notificación de la resolución recurrida, efectuada el día 12 de agosto de 2020.

Asimismo, el presente escrito cumple en debida forma con el requisito de fundamentación autónoma, pronunciándose respecto a todas las cuestiones necesarias para que el Tribunal al que se dirige se encuentre en condiciones de formar su juicio acerca de la admisibilidad del recurso deducido (Fallos: 306:885, entre muchos otros).

Acreditados en debida forma, en los capítulos anteriores, el cumplimiento de los requisitos comunes propios y formales para declarar admisible el recurso interpuesto, corresponde pronunciarse, en los capítulos siguientes, respecto a los vicios que presenta la resolución impugnada y las consecuencias que traería aparejada el rechazo de esta apelación a fin de que el Tribunal Superior de Justicia se encuentre en condiciones de pronunciarse sobre la procedencia del remedio intentado.

V

AGRAVIOS DE MI PARTE

La sentencia de la Excm. Cámara de Apelaciones, rechaza el recurso de apelación de esta parte, confirmando la sentencia de grado en cuanto en cuanto al carácter remunerativo y confirmando el rechazo del carácter bonificable.

Es decir:

***SI ES REMUNERATIVO**

***NO ES BONIFICABLE**

*** SE ABONAN DIFERENCIAS SALARIALES**

***NADA DICE RESPECTO A APORTES JUBILATORIOS**

5.1. PRIMER AGRAVIO:

Constituye el primer agravio todo lo dicho en el Capítulo 3. **ANTECEDENTES, apartados 3.1.1. La demanda - objeto; 3.1.2. La sentencia**

de primera instancia; 3.1.3. La apelación; 2.1.4. La sentencia de Cámara; los cuales, por razones de brevedad, doy por reproducidos.

5.2. SEGUNDO AGRAVIO:

Violación flagrante del art. 16 de la Constitución Nacional

“Todos los habitantes son iguales ante la ley”

La sentencia de grado resolvía: “...FALLO:

1º) Haciendo lugar parcialmente a la demanda incoada por los Sres. Roberto Daniel Subi, Fernando Daniel Alonso, Claudia Ana Greco, Sandra Patricia Medina, Mariana Gabriela Monzon, María Lara Palazzo, Silvana Lydia Rano y Mónica María Tarantola contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En consecuencia, condeno a la demandada a: A) liquidar el suplemento Fondo Nacional de Incentivo Docente (FO.NA.IN.DO.) creado por la ley 25.053 (código 399), otorgándole carácter remunerativo; B) abonar las diferencias salariales emergentes de contabilizar como base de cálculo para la liquidación del sueldo anual complementario, el monto del suplemento creado por la norma mencionada. Las diferencias establecidas se liquidarán en la etapa de ejecución de sentencia (conf. artículo 148 CCAyT), y se aplicarán sobre las mismas los intereses establecidos en el considerando VII. Todo ello por los periodos no prescriptos, devengados con posterioridad al 1 de agosto de 2008 respecto de la totalidad de los coactores. 2º) Rechazando parcialmente la demanda respecto a la petición referida a la declaración del carácter bonificable del suplemento mencionado. 3º) Firme que se encuentre, librese oficio a la AFIP, con copia de la presente sentencia a fin de que tome conocimiento de lo aquí decidido. 4º) Imponiendo las costas en el orden causado (artículo 65 CCAyT) y difiriendo la regulación de los honorarios profesionales para el momento en que exista liquidación firme en autos (conf. arts. 24 y 54 de la Ley 5134). 5º) Regístrese, notifíquese a las partes por Secretaría y, oportunamente, archívese.”

La sentencia de Cámara decide: “I. Rechazar el recurso de apelación del GCBA, conforme lo expuesto en el punto VI del voto de la jueza Fabiana H. Schafrik de Nuñez y en los puntos I y II del juez Carlos F. Balbín; II. Rechazar el recurso de apelación de la actora, de conformidad con los puntos VII y VIII del voto de la jueza Fabiana H. Schafrik de Nuñez y I y III del voto del juez Carlos F. Balbín; y III. Imponer las costas de esta Alzada por su orden (art. 62, segundo párrafo del CCAyT). La presente causa se resuelve en los términos del

artículo 6 de la resolución CM n° 65/2020, sin perjuicio de que resulta también aplicable el artículo 8 de la misma resolución. Asimismo, se hace constar que se encuentra vigente para las partes la suspensión de los plazos procesales (conf. res. CM nros. 58, 59, 60, 63, 65 y 68 del 2020). Oportunamente, regístrese. Notifíquese a la demandada al correo electrónico establecido en la resolución n° 100/GCBA/PG/2020, al Ministerio Público Fiscal en el domicilio electrónico y a la parte actora mediante cédula por secretaría una vez que hayan finalizado las medidas de restricción que imposibilitan su diligenciamiento salvo que la parte en forma previa constituya domicilio electrónico, en cuyo caso deberá notificarse por ese medio. Asimismo, hácese saber a las partes que en los sucesivos deberán cumplir con lo previsto en los artículos 1 y 2 de la resolución de Presidencia del Consejo de la Magistratura n° 359/20, así como lo dispuesto en el artículo 7 de la Resolución CM n° 68/20, en lo que respecta a la constitución del domicilio electrónico. Firme que se encuentre la presente, devuélvase.”

Es decir, si bien reconoce que debe abonarse como remunerativo y debe pagar diferencias salariales, rechaza el reconocimiento de las diferencias devengadas por la falta de liquidación de la Antigüedad, es decir, reconoce un carácter remunerativo y su calidad de HABER, pero le niega una de sus principales consecuencias la cual es bonificar por antigüedad, UNA GENIALIDAD!!!!

Esto es lo que constituye lo que se conoce como “escándalo Jurídico” y factible acción de nulidad.

Véase los rasgos más sobresalientes en cuestión:

- Existencia de juicios que concluyeron con soluciones diversas, pese a tratarse de iguales situaciones y de un mismo hecho generador de los reclamos.
- Dictado de sentencias contradictorias en cuestiones idénticas.
- Error judicial o de derecho y violación de una garantía constitucional, es decir, un proceso tramitado correctamente pero que consagra una solución repugnante al sentido común o a la equidad.
- Falta de garantía de igualdad en la satisfacción de los reclamos formulados

La doctrina reiterada de la Corte Suprema ha sostenido que la ley debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias, con lo cual ha examinado la categoría normativa hacia adentro, para evaluar si a alguno de los

integrantes de aquella se los excluye del goce de los derechos que se reconocen a otros. Tal es la situación que se plantea respecto de los reclamantes en estos obrados.

Así las cosas, actualmente, existen docentes en disímil situación de acuerdo a la época en la que se las ha impartido justicia desde el fuero:

1.- Docentes con sentencia favorable que cobran sus haberes con inclusión del FONAINDO, o sea, cobran dichas sumas como bonificables y remunerativas, y poseen sus haberes arreglados y cobraron los retroactivos debidos. (fallos: "Graffe Walter Carlos y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. 18484/0); "Greco Salvador y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. 17166/0), "Arias Iris y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. 23047/0), "Lucero Ernesto Horacio y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. 25526/0); "Vetere Alejandro y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. 17828/0); "Dromi Maria Rosa y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. N° 17480/0); "Gadea Juan Manuel y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. N° 1850/0), "Paez Graciela y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. N° 21822/0); "Orfila Marcelo y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. N° 21515/0); "Bajura Sara y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. N° 19841/0); "Garavano Susana y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. N° 17825/0); "Risitano Ana y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. N° 21635); "Vaiser Sara y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. N° 18502/0); "Greco Sergio y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. N° 17279); "Romero Norma y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. N° 20485); "Picado Emilce Noris y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. N° 25560); "Gadea Juan Carlos y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. N° 17827); "Bariani Ricardo Victor y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. N° 17481); "Borsani Maria Cristina y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. N° 17822); "Gariboto Andres y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. N° 25583/0); "Iurman Rita y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. N° 17277/0); entre muchos otros mas).

2.- Docentes a los que tan solo se les reconoció el carácter remunerativo del FONAINDO. (fallos: "Perovich Marta Alicia otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. N° 18496/0); "Grossi Maria Mercedes y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. N° 18489/0); "Martinez Maria Laura y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. N° 17826/0); "Ramirez Nicolas Lorenzo y otros c/ GCBA s/

empleo público" (Expte. N° 17163/0); "Viqueira Norma y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. N° 17164/0). (entre otros)

3.- Docentes a quienes se les rechazó el FONAINDO. ("Barrios Rosana María y otros c/ GCBA s/ empleo público" (Expte. N° 18487/0) y otros tantos, los cuales están a estudio con Recurso Extraordinario Federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

4.- Docente que tienen reconocido el carácter de remunerativo pero que no se les abonará diferencias por el SAC y los aportes

Nótese la claridad de la Sala 2 unos años atrás cuando en la causa "GADEA JUAN CARLOS" Expte: 17827/0 decía: "...10. En cuanto al rechazo efectuado por el a quo respecto de la pretensión relativa al suplemento creado por la ley 25.053, cabe señalar que el art. 13 de la citada ley establece expresamente su carácter remunerativo, pero sin embargo, y tal como lo destaca la actora, este adicional no es abonado con tal carácter. Ello así porque, de la simple compulsa de las liquidaciones de haberes obrantes en autos (fs. 141/163), se puede advertir, teniendo en cuenta el monto descontado en concepto de aporte jubilatorio (11%), que la suma otorgada en concepto de "FO.NA.IN.DO ley 25053" no fue computada a esos fines. Por lo tanto, siendo que la propia ley otorga al adicional que crea carácter de remunerativo, así debe ser abonado por la demandada, no existiendo razón alguna para apartarse de lo ordenado por la normativa en cuestión. Por otra parte y, a mayor abundamiento, menos aún puede exonerarse de responsabilidad a la demandada de abonar las contribuciones correspondientes a ese adicional por no ser ella quien liquida y paga, sino el Gobierno Nacional, como lo esbozó en su contestación de demanda (ver fs. 98), toda vez que la obligación de su pago corresponde al empleador, puesto que en la medida que acepta que se abone dicho suplemento, está implícito que lo acepta en su totalidad como así también el carácter de remunerativo (ver arts. 12, 13 y 17 de la ley 25.053). Y en cuanto al carácter de "bonificable", considero que asiste razón al recurrente en este punto, puesto que, a diferencia de lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia en relación a los suplementos creados por los decretos N° 4748/90 y 1442/98, en la causa "G.C.B.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: «Parotti María Elena y otros c/

G.C.B.A. s/ cobro de pesos», del 14/9/05, siguiendo las consideraciones hechas en un precedente análogo, -"G.C.B.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: «Ruiz, María Antonia c/ G.C.B.A. s/ cobro de pesos»"-, del 14/9/05, entiendo que en el particular resulta aplicable el principio "in dubio pro operario" "... por la previsión constitucional contenida en el art. 43 CCBA [...] puesto que existe en este caso, un supuesto de "duda". Es que, a diferencia de los decretos analizados en los precedentes citados, en donde expresamente se reconocía el carácter de "no bonificables" de los adicionales creados por esa normativa, la ley 25.053 no establece su carácter bonificable o no, resultando aplicable así lo señalado por el Tribunal Superior en el precedente "Ruiz" ya citado en cuanto a que aún cuando el art. 119 del Estatuto Docente no establezca cuál es la base sobre la que debe liquidarse la bonificación por antigüedad, debe entenderse que apunta a aplicarlos sobre los previstos en el art. 118 inciso a) y sobre aquellos del inciso c), a menos que se hubiese previsto lo contrario, previsión que, como se dijo, la norma en cuestión no efectuó. Lo expuesto anteriormente no es sino más que una aplicación de la doctrina invocada por este Tribunal en cuanto a que en caso de ocurrir en el contexto de una relación laboral una situación dudosa, que admita más de una interpretación posible -como la que se ventila en este sub examine-, debe preponderar aquella que sea más favorable al trabajador, sobre todo porque esta ley en particular, no califica al adicional como "no bonificable". Cuando la ley no distingue no debemos esforzarnos en distinguir porque de lo contrario, se haría decir a la ley lo que efectivamente ella no dice (conf. esta Sala en autos "Vetere, Alejandro, Enrique y otros c/ G.C.B.A. s/empleo público (no cesantía ni exoneración)", expediente 17828/0, sentencia del 28/5/2009). Por tales motivos, en suma, corresponde admitir el agravio de la actora y, por lo tanto, ordenar al GCBA que liquide el adicional en concepto de "Fondo Nacional de Incentivo Docente - Ley 25053" con carácter remunerativo y bonificable. Asimismo, y como consecuencia del mentado reconocimiento, deberá abonar las diferencias salariales devengadas por este concepto, por los periodos no prescriptos."

Y en autos "LARREATEGUI" el Dr. CENTANARO otrora votaba a favor del pago de las diferencias adeudadas y fundamentaba sus dichos diciendo:"... Pues bien, siguiendo las consideraciones del Dr. Corti en

los autos "Toll", el reexamen de la cuestión, a su vez, a la luz del voto del Dr. Casás, me lleva a concordar con su criterio sobre el modo en concreto en que deben plasmarse, con respecto a ambas partes, las consecuencias que en materia previsional tiene el hecho de haber declarado como remunerativos los suplementos mencionados. Esto significa, por un lado, que los efectos inciden en la situación de ambas partes y, por el otro y a diferencia de lo establecido en anteriores precedentes, que las diferencias deberán liquidarse en el proceso de ejecución de la sentencia. No obstante, también es necesario destacar que la sentencia tiene un matiz que no puede obviarse y que, en el caso, conduce a modificarla en un particular aspecto. Es que, declarar remunerativo un suplemento tiene efectos en las obligaciones previsionales de ambas partes, es decir, hace nacer diferencias en concepto de aportes para los actores y en concepto de contribuciones para la demandada. Siendo ello así, habrá de modificarse este punto del pronunciamiento y, en consecuencia, disponer que, mientras los actores deberán responder por los aportes, el G.C.B.A. deberá hacer lo propio sólo respecto de las contribuciones. Ahora bien, también es cierto que la sentencia no puede colocar a los actores en una situación más desfavorable que la anterior a la promoción de su demanda. Si bien a ambas partes se les deben liquidar en la etapa de la ejecución de sentencia los aportes y las contribuciones adeudados, nunca los aportes van a poder ir más allá de lo que fueren a recibir de la demandada por los rubros salariales mal liquidados. En resumidas cuentas, los actores recibirán, efectivamente, las diferencias que puedan resultar luego de la regularización previsional que es consecuencia natural de su propia petición inicial. Por ende, propongo modificar este aspecto de la sentencia de grado en los términos antes expuestos. En cuanto a los salarios futuros, la Administración deberá liquidarlos correctamente, computando los adicionales examinados como remunerativos y practicando las retenciones en concepto de aportes y contribuciones que correspondan conforme al marco legal vigente. A su vez, en la liquidación definitiva se deberá indicar el monto bruto de las sumas adeudadas a la actora y, así también, las sumas correspondientes a los aportes y las contribuciones. En suma, por un lado, la actora recibirá las diferencias salariales netas que resulten luego de efectuar la regularización previsional de sus aportes. Por otro, el GCBA deberá integrar ante la ANSeS, acorde con su condición de sujeto obligado y agente de retención (cfr. art. 11 ley

24.241), las contribuciones y los aportes con el alcance supra explicado conforme el resultado que arroje la liquidación que se apruebe en autos. Finalmente, y en virtud de la regularización previsional que se ordena, deberá el a quo –en la etapa de ejecución de sentencia– librar oficio a la ANSeS a fin de hacerle saber los importes que arroje el cálculo de las diferencias en concepto de aportes y de contribuciones que deberá registrar a favor de cada uno de los actores, adjuntándose copia de la liquidación aprobada en autos (conf. art. 46 ley 25.345)...

La violación de principios constitucionales:

El empleo docente supone una vinculación jurídica Estado-Docente, y la actividad de ambos términos de la relación está sujeta a la observancia de la pirámide jurídica establecida en el artículo 31 de la Constitución Nacional, es decir, a toda la normativa legal cuyo vértice es precisamente la Ley Suprema, a la que se subordinan los Tratados Internacionales con rango constitucional -artículo 75, inciso 22-, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, leyes, decretos y las demás normas de inferior jerarquía.

En ese orden de cosas, la forma de liquidarse el rubro en cuestión es contraria al ordenamiento legal vigente, en especial, a los artículos 14 bis de la Constitución Nacional, y 43 de la Constitución Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La primera, asegura al trabajador una "igual remuneración por igual tarea" y el derecho a una "retribución justa", preceptos ambos que infringen aquellas normas cuando expresamente excluyen del salario básico o del incremento de acuerdo a la antigüedad del docente.

La segunda, determina que: "El tratamiento y la interpretación de las leyes laborales debe efectuarse conforme a los principios del derecho del trabajo." Y también es violentada si desde el Poder Ejecutivo o desde el Poder Judicial (en su mismísima cabeza, esto es el Tribunal Superior de Justicia), se interpretan -en perjuicio de los docentes- los conceptos comunes al derecho laboral y administrativo, puesto que las reglas distintivas del salario son semejantes para ambas materias, por lo que la Administración local no las puede transgredir justificándose genéricamente en razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

Asimismo, el Estatuto del Docente Municipal (Ordenanza 40.593 y decretos reglamentarios), en su artículo 118, determina que: "La retribución mensual del personal docente en actividad se compone de: a) Asignación por el cargo que desempeña. b) Bonificación por antigüedad. c) Las restantes retribuciones que le correspondan en virtud de las disposiciones legales."

Las asignaciones forman parte de la remuneración que mensualmente se les abona a los docentes y encuadran en lo previsto por el inciso c) de este artículo, en tanto no se abonan en virtud de ningún requisito o característica especial del agente, por lo cual, en los hechos, son parte de la remuneración mensual de los docentes.

Es decir que tales asignaciones deben considerarse también dentro del "salario laboral", en tanto no existe ninguna razón jurídica que impida incluirlas dentro del artículo 118, inciso c) de la ordenanza citada. En cambio, el sistema de liquidación de aquéllas que pretende aplicar el GCBA, como "no remunerativas" y "**no bonificables**", consentido en este caso por la sentencia que estoy recurriendo, se contrapone con la disposición mencionada precedentemente y perjudican no sólo a los docentes en actividad, que ven disminuir antigüedad y el sueldo anual complementario, sino también al sector pasivo.

El primero de los vicios había sido corregido en las instancias ordinarias. Y la sentencia que estoy recurriendo, con el rechazo total no hace más que revivirlo.

Coincidiendo con nuestra postura, la exposición de motivos que vengo glosando, sostiene la C.S.J. que "no obstante la calificación de "no remunerativo" que a tal adicional le asignó el decreto de su creación (...) se trata de normas poco afortunadas, carentes de contenido, y que evidencian un contrasentido en cuanto pretenden negar lo que la realidad de las cosas marca, o sea, que frente al carácter general del adicional su condición remuneratoria no puede ser negada (doctrina de Fallos: 312:296), al par que niegan una reiterada doctrina elaborada por la Corte Suprema que, insístese, siempre asignó naturaleza remuneratoria a asignaciones generales como la aquí considerada (doctrina de Fallos: 316:1551, considerando 7° del voto de los jueces Rocca y Herrera)" (C.S.J.N. in re "Pedro José Manuel Machado v. Ministerio de Justicia", Fallos 325:2174, considerando 5°).

Marienhoff señala, al referirse al régimen de empleo público, que: "Un derecho de gran trascendencia para el agente público es el de percibir una suma de dinero como contraprestación por su trabajo en el desempeño de su función o empleo (...). Esa suma de dinero —que por regla general se paga por mes— constituye el "sueldo" del funcionario o empleado. De manera que por sueldo debe entenderse la retribución en dinero que el Estado abona periódicamente al funcionario o al empleado por la tarea que se le ha encomendado". (cf. Marienhoff, Miguel S.: "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo III – B, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 264/265).

En el ámbito de la Ciudad, el art. 7, inc. b del Estatuto Docente (ordenanza 40.593) reconoce el derecho del personal docente al "goce de una remuneración justa y actualizada, establecida con el asesoramiento de una Comisión salarial formada por representantes gremiales y las autoridades correspondientes del gobierno municipal."

Es importante señalar que, actualmente, la ley 471 (ley de relaciones laborales en la Administración Pública de la Ciudad) también reconoce el derecho de los trabajadores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a: "Una retribución justa conformada por distintos componentes que tengan relación con el nivel escalafonario alcanzado, la función efectivamente desempeñada y la productividad evidenciada en el cumplimiento del trabajo" (cf. art. 9).

Dicha ley, asimismo, establece que "El régimen remuneratorio garantiza el principio de igual remuneración por igual tarea para todos los trabajadores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El régimen remuneratorio debe incentivar la mayor productividad y contracción a las tareas de los trabajadores de la Ciudad y puede estar conformado por distintos componentes que tengan relación con el nivel escalafonario alcanzado, la función efectivamente desempeñada, y la productividad evidenciada en el cumplimiento del trabajo, acreditada a través de las respectivas evaluaciones anuales" (cf. art. 15).

Sentado lo expuesto es posible identificar las prestaciones salariales por dos notas distintivas: a) constituyen una ganancia para el trabajador; y b) han sido otorgadas como retribución de los servicios prestados.

De esta manera, los eventuales conceptos que recibe el trabajador, pero que no poseen estas características, son prestaciones no salariales. Así, por ejemplo, no se han considerado como parte de la remuneración, entre otros, los

siguientes conceptos: indemnizaciones por despido, reintegros de gastos, aportes jubilatorios para obras sociales y cajas de asignaciones familiares, gastos de traslado al sitio de trabajo, prestación de servicio médico, sala maternal, lavado de ropa de trabajo, copa de leche, indemnización por falta de preaviso, gastos de comedor, viáticos no sujetos a rendición de cuentas, etc. (cf. Fernández Madrid, Juan Carlos: "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Tomo II, La Ley, Buenos Aires, p. 1180/1183 y jurisprudencia allí citada).

En síntesis, no existe duda sobre la legitimación del GCBA en su carácter de empleador de los actores, así como del carácter remunerativo y bonificable del FONAINDO, el cual debe integrar el sueldo de los docentes.

ARBITRARIEDAD:

Como lo dije en los apartados anteriores, la sentencia recurrida dictada por la Excm. Cámara de Apelaciones ignora totalmente la voluntad del legislador, lo que la torna irremediabilmente arbitraria; es la voluntad expresa y concreta del legislador que se expresa a través de esa norma que debe servir de fundamento para desentrañar lo que debió ser el contenido de la legislación (así lo ha interpretado la mayoría de los jueces de primera Instancia)

La Ley es clara y judicialmente se ha ordenado su correcta aplicación como lo impetra mi parte.

Lo dicho permite calificar la sentencia apelada como un acto arbitrario y su inclusión entre aquellos que la doctrina de la Corte ha descartado como actos judiciales válidos, por considerar que vulneran los derechos de propiedad, de defensa en juicio y del debido proceso consagrados en la Constitución Nacional. Así el Alto Tribunal afirmó que: *"las sentencias que omiten considerar articulaciones serias de las partes, conducentes a la correcta solución del litigio permiten tipificarlas entre los supuestos de arbitrariedad"* (Fallos 301:1089, conforme Guastavino Elías P. "Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad" T. I 295: 535) y "en tanto se trata de una decisión judicial que no deriva razonadamente del derecho vigente aplicable según las circunstancias comprobadas del caso" (Fallos 261:209,274:60,291:202).

Constituye asimismo arbitrariedad la consideración sólo aparente de los hechos expuestos, con manifiesto error en cuanto a la aprehensión de su significado.

De conformidad a lo expuesto la sentencia objeto de recurso ha incurrido en diversas causales de arbitrariedad que la descalifican como acto jurisdiccional válido y obligan a su inmediata revocación por el más alto tribunal.

La Corte ha sostenido, por ejemplo, que "corresponde dejar sin efecto la sentencia que satisface sólo de manera aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias de la causa, lo que se traduce en una violación de la garantía del debido proceso consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional"; y que decidió la cuestión, "fundada en argumentos de excesiva lasitud y omitiendo considerar en debida forma, los principales argumentos vertidos por aquella parte, susceptibles de incidir en la suerte final de la controversia" (Fallos, 311:1003 y 314:1459).

Es evidente que la solución propiciada por las actoras es la más acorde con el principio del Derecho del Trabajo *IN DUBIO PRO OPERARIO*, cuya aplicabilidad al caso tiene fundamento constitucional, como ya se señaló. Principio del cual ha renegado la Cámara en el fallo que estamos recurriendo.

Como colofón de todo lo antes reseñado y analizado, no cabe otra solución que la de conceder el Recurso deducido, para que el Tribunal Superior de Justicia deje sin efecto el fallo de la Excm. Cámara de Apelaciones de la Ciudad y mande a dictar un nuevo pronunciamiento obligando a la demandada, única obligada, a liquidar el rubro FONAINDO como "bonificable y remunerativo" abonando las diferencias adeudadas.

Caso contrario tendremos un gran porcentaje de docentes que perciben sus haberes en forma íntegra (con sentencia firme y ejecutada) y otro gran porcentaje que no... situación que no sólo será un escándalo para el Fuero, sino que al tomar estado público a carrereara consecuencias nefastas.

VI

RESERVA DEL CASO FEDERAL

Para el hipotético supuesto que V.S. no hiciere lugar al recurso intentado reitero la reserva del Caso Federal que prevé el Art. 14 de la ley 48, por encontrarse afectados derechos y garantías constitucionales (Arts. 14, 14bis, 16, 17 y 18 de la Constitución Nacional) y la interpretación de una ley federal.-

VII

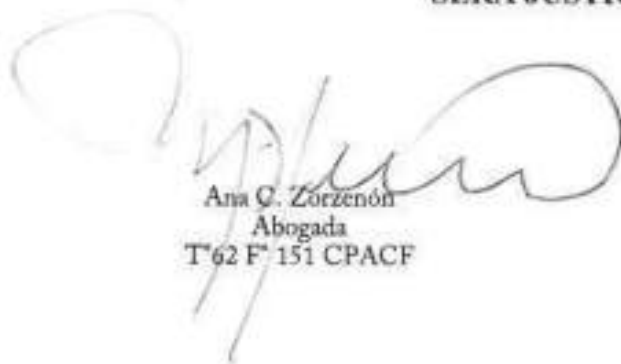
PETITORIO:

Por todo lo expuesto, a Vuestra Excelencia respetuosamente solicito:

1. Tenga por deducido en legal tiempo y forma el presente Recurso de Inconstitucionalidad
2. Lo declare formalmente procedente;
3. Oportunamente se eleven las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires a fin que ella proceda a hacer lugar al recurso interpuesto;
- 4.- Se tenga presente la reiteración del Caso Federal.

Sírvase tener presente lo expuesto y proveer de conformidad, que

SERA JUSTICIA



Ana C. Zorzenón
Abogada
T°62 F° 151 CPACF



Poder Judicial
Ciudad de Buenos Aires

Leyenda: 2019 - Año del 25° Aniversario del reconocimiento de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires

Tribunal: SALA 1 CAYT - CAYT - SECRETARÍA UNICA

Número de CAUSA: EXP 62166/2013-0

CUIJ: J-01-00062059-5/2013-0

Escrito: DEDUCE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

FIRMADO ELECTRONICAMENTE 20/08/2020 12:36:05

ZORZENON ANA CELINA - CUIL 23-20275875-4