

Empleo Publico Cargos Administrativos Suplemento Por Jerarquia Caracter Remuneratorio

JURISPRUDENCIA

Empleo público. Cargos administrativos. Suplemento por jerarquía.

Carácter remuneratorio Se hace lugar a la demanda iniciada por la actora con el objeto de obtener el reconocimiento del efectivo desempeño de las tareas desarrolladas como Jefa de División Tesorería en el hospital público demandado y, en consecuencia, se ordena al GCBA que abone de forma retroactiva el suplemento por conducción correspondiente a dicho cargo, pues conforme a la prueba producida la actora efectivamente cumple las funciones en dicha jefatura y no se le estaba abonado el suplemento. Ciudad de Buenos Aires, 10 de agosto de 2015. Vistos los autos: ?Fuertes Ana María c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)?, de los que Resulta: I) A fs. 1/12 se presenta Ana María Fuertes, por derecho propio, y promueve demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el objeto de obtener el reconocimiento del efectivo desempeño de las tareas desarrolladas como Jefa de División Tesorería en el Hospital General de Agudos ?José M. Penna? del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, desde noviembre de 2008 hasta la actualidad. Asimismo, solicita el abono retroactivo del Suplemento por Conducción previsto en el Decreto N° 861/93, en orden a pesos ... mensuales (\$...) y el reconocimiento del mismo hacia el futuro siempre que continúe desempeñándose en dicha jefatura. En caso de reconocerse el efectivo desempeño de la Jefatura y el abono del Suplemento por Conducción requiere se declare la inconstitucionalidad del carácter no remunerativo del mismo. Finalmente, requiere el abono retroactivo de la diferencia de los Sueldos Anuales Complementarios con relación a dicho suplemento y la integración de los aportes previsionales y contribuciones patronales. Relata que es agente del GCBA y que se desempeña como Jefa de División Tesorería del Hospital General de Agudos ?José M. Penna?, conforme Disposición 125- HGAP-08 de fecha 14/11/2008. Indica que no obstante el cargo efectivamente desempeñado, no percibe el Suplemento por Conducción previsto en el Decreto N° 861/93 conforme la jefatura de división que dice ejercer desde noviembre de 2008 hasta la actualidad. Sostiene que se encuentra agotada la vía administrativa mediante reclamo administrativo interpuesto en fecha 10/06/2010 (Nota 617499-HGAP-10) y solicitud de pronto despacho de fecha 06/08/2010 (Nota N° 865593-HGAP-10). Solicita que al momento de dictar sentencia se expida respecto de la forma de ejecución de la misma, correspondiendo en caso de existir un crédito de carácter alimentario a favor de la actora que se deje constancia que la excepción prevista por el art. 395 in fine del CCAyT hace referencia a la remuneración que constitucionalmente percibe el Jefe de Gobierno y no a la remuneración que efectivamente percibe. Ofrece prueba, funda en derecho su pretensión y solicita se haga lugar a la demanda con intereses y costas. II) A fs. 34/35vta. la parte actora amplía demanda solicitando el reconocimiento del efectivo desempeño del cargo de Jefa de Sección Contrataciones y Liquidaciones que desempeñara desde el 01/05/2005 hasta que fuera puesta a cargo de la Jefatura de División en noviembre de 2008. Señala que en virtud de la Disposición N° 1105-HGAP-08 de fecha 06/10/2008, en atención a que se encontraba acéfala la Sección Contrataciones y Liquidaciones del Hospital General de Agudos ?Dr. José M. Penna? y considerando la Directora del Hospital que era menester cubrir dicha Jefatura para proseguir con el normal funcionamiento del Servicio, se dispuso asignarle dicha jefatura en forma retroactiva, atento que desempeñaba dicho cargo desde el año 2005. En consecuencia, solicita el abono retroactivo del Suplemento por Conducción en razón de la Sección desempeñada, en razón de pesos ... (\$...) mensuales, en los términos prescriptivos del art. 4027 del Código Civil, SAC correspondiente y con sus intereses. III) A fs. 55 se declara habilitada la instancia judicial y se confiere traslado de la demanda. IV) A fs. 97/103 se presenta el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por intermedio de su letrada apoderada, y contesta la demanda entablada en su contra. Reconoce que la parte actora es agente del Gobierno de la Ciudad y que cumple funciones en el Hospital General de Agudos ?Dr. José María Penna?. Luego de efectuar una negativa genérica de los hechos expuestos en la demanda desarrolla los argumentos de su defensa. Señala que en el caso traído a juzgamiento no se menciona en ningún momento el acto que habría atribuido tales funciones conductivas a la demandante. Indica que en tales condiciones, la inexistencia absoluta de nombramiento excluye el presupuesto ineludible de la encomienda de tareas que supone el desempeño de una función jerárquica. Adiverte que ni siquiera se trata de la exigencia de la designación por funcionario competente, esto es, por el Jefe de gobierno, no habiendo designación emanada de ningún funcionario. Indica que la actora no acompaña, nombre ni individualiza acto administrativo alguno del cual pueda desprenderse esa designación, aun cuando proviniera de alguien que carece de facultades para efectuarla. Arguye que, en definitiva, nadie designó a la actora como Jefa de la División Tesorería del Hospital General de Agudos ?J. M. Penna? ni cumple ella tales funciones. Señala que la demandante no indica de qué instancia depende ni indica tampoco cuáles son, en concreto, las tareas jerárquicas que cumple, ni cuáles son las misiones y funciones del cargo

jerárquico que dice ocupar, como así tampoco consigna si tiene personal a cargo ni cuál sería el que supondría estaría bajo sus órdenes. Manifiesta que menos proporciona algún elemento objetivo que permita inferir la pretensa designación, el cumplimiento de horarios más extendidos o la asunción de potestades y responsabilidades propias de una jefatura. Argumenta que como la presentante no ha sido designada Jefa de División ni cumple esas tareas, no es acreedora al suplemento que implementa el Decreto 861/93. Señala a este respecto que el suplemento que dispone dicha norma se percibe por un cargo jerárquico que es efectivamente desempeñado y para el cual se cuenta con designación válida, entendiendo que no es éste el caso de la demandante. Indica que el goce del suplemento de marras requiere el ejercicio efectivo de la conducción, con personal a cargo, según lo estatuye la norma en análisis. Por otra parte, al señalar que la actora requiere la integración de los aportes previsionales pertinentes por ante la Administración Federal de Ingresos Públicos, entiende que cualquier condena en este sentido debe excluir los aportes propiamente dichos, que en su caso deberían ser realizados por el agente habida cuenta que en su momento se le pagaron y no se le descontaron los importes respectivos. Señala que la parte actora carece de acción respecto a su mandante con relación a la pretensión de que se la pretensión de que en esta sede se disponga la integración de contribuciones previsionales ante los organismos de Seguridad Social o que se emita condena alguna que implique la integración de contribuciones o realización de gestiones ante la AFIP. Señala que los asuntos previsionales son regulados por el Gobierno Federal y regidos por la ley 24.241 por lo que resultan ajenos a la esfera del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Indica que el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones tiene su propio órgano de aplicación, fiscalización y control, que es la ANSES (ley 24241, art. 36) a cuyo cargo se encuentra la gestión que pretende la contraparte que realice el Tribunal respecto al ente público que representa. Entiende que en el caso es ante la ANSES o eventualmente la AFIP en su carácter de ente recaudador donde debe el interesado denunciar la falta de pago de aportes y contribuciones que derivaría de la calificación de no retributivos adjudicada a algunos adicionales, requiriendo a ese ente todo lo que se estima pertinente en orden a este aspecto de la demanda. Argumenta que la AFIP es el único que se halla legitimado para demandar el pago de los aportes previsionales y que es ese órgano federal y no el agente el que puede accionar por el cobro de los aportes y contribuciones cuyo pago considera indebidamente omitido, en aplicación del principio general, no controvertido en la demanda de que tales sumas pertenecen al sistema y no a sus futuros beneficiarios a título particular. Aduce que la aspiración de que en esta sede se modifique la naturaleza del suplemento viene a generar un desequilibrio que conspira contra el principio de división de los poderes públicos, de manera tal que queda directa e inmediatamente cuestionado el sistema republicano consagrado por la Constitución Nacional y local. Entiende que la Ciudad estableció que este concepto no sería computable a los fines de los aportes previsionales y sociales y de la liquidación del sueldo anual complementario, a cuyo fin lo calificó como no remunerativo. Señala que dicha expresión constituye un mandato normativo y no una calificación de la naturaleza del concepto considerado. Argumenta que no corresponde extender la remuneración que tuvo por voluntad otorgar la autoridad local. Respecto del suplemento en ciernes, indica que no alcanza a la totalidad del personal sino solo a quienes desempeñen funciones conductivas en tanto y en cuanto las cumplan y en la medida de ese cumplimiento, por lo que entiende que no se liquida y paga en forma continuada, habitual y regular sino que solo se devenga durante el efectivo desempeño de funciones jerárquicas, por lo que en forma alguna puede ser asimilado a aquellos conceptos que por su generalidad e incondicionalidad pueden ser considerados como asimilables al sueldo básico. Explica que el adicional depende del mantenimiento de ciertas condiciones personales o funcionales de los agentes, siendo por ello precario y subordinado a la condición de que tales funciones se mantengan. Señala que carece de la generalidad, habitualidad y permanencia que son propias del sueldo básico, respondiendo más que a la condición de agente gubernamental a la concurrencia de circunstancias de hecho determinadas y aleatorias, cuya desaparición determina el cese de su cobro. Entiende que ninguna ilegitimidad hay por lo tanto en diferenciarlo del sueldo básico al atribuirle carácter de suplemento no remunerativo como lo admite la propia ley 24.241 al considerar como remuneración a los fines previsionales a los suplementos que tengan el carácter de habituales y regulares. Indica que carece de tales caracteres el adicional en análisis en la medida en que no se devenga regular y generalmente sino en estricta correspondencia con ciertas condiciones de hecho el ejercicio de funciones de condición no alcanzadas por la estabilidad, cesando cuando tales funciones dejan de ser ejercidas por cualquier motivo. Funda en derecho su pretensión y solicita se rechace la demanda, con costas. V) A fs. 136 se abre la causa a prueba, y una vez producida, se ponen los autos para alegar (fs. 214), haciendo uso de esa facultad la parte demandada únicamente (conf. fs. 227/vta.). VI) A fs. 220/224vta. luce dictamen emanado del Ministerio Público Fiscal en el cual se expide sobre el planteo de inconstitucionalidad formulado por la parte actora en su presentación inicial. VII) A fs. 229 queda la causa en estado de dictar sentencia. CONSIDERANDO: 1º) Cabe en este punto indicar en qué consiste el thema decidendum de las presentes. La parte actora solicita a fs. 1/vta.: ?a) el reconocimiento del efectivo desempeño de las tareas desarrolladas por la actora como Jefatura de División Tesorería en el Hospital General de Agudos ?José M. Penna? del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires?, desde noviembre de 2008 hasta la actualidad; b) el abono retroactivo del Suplemento por Conducción previsto en el Decreto N°

861/93 (...) y su liquidación hacia el futuro mientras continúe el efectivo desempeño de dicha Jefatura. Ello, con los intereses de la tasa pasiva que mensualmente publica el BCRA, desde que cada suma se debe y hasta el momento de su efectivo pago; c) En caso de reconocerse el efectivo desempeño de la Jefatura y el abono del Suplemento por Conducción (Decreto 861/93), se solicita se declare la inconstitucionalidad del carácter no remunerativo del mismo; d) Consecuentemente, el abono retroactivo de la diferencia de los Sueldos Anuales Complementarios, en relación con dicho Suplemento, con más los intereses de la tasa pasiva que mensualmente publica el BCRA, desde que cada suma se debe y hasta el momento de su efectivo pago; asimismo, se reclama la liquidación del rubro 068 hacia el futuro, conforme al carácter remunerativo que se peticiona y -consecuentemente- su integración con los correspondientes SAC que se perciban y la integración de los aportes previsionales pertinentes, por ante la Administración Federal de Ingresos Públicos, mientras continúe la actora revistando su carácter de empleada pública de la demandada.? En suma, la actora solicita el reconocimiento de la Jefatura de la División Tesorería del Hospital General de Agudos ?José M. Penna? en el período abarcado entre noviembre de 2008 hasta la actualidad, y el consecuente abono retroactivo del Suplemento por Conducción; que se liquide con carácter remunerativo y, para ello, que se declare la inconstitucionalidad de la norma que declara su carácter no remunerativo, todo ello con intereses e incluyendo la integración de los correspondientes Sueldos Anuales Complementarios, de los aportes previsionales y contribuciones patronales. Solicita asimismo se liquide a futuro el mencionado suplemento en la medida en que continúe revistando en ese carácter. A su turno, solicita la percepción del suplemento por conducción por el desempeño de la Jefatura de División Tesorería del Hospital General de Agudos ?José M. Penna?, conforme da cuenta la pieza de fs. 34/35. No se encuentra controvertido en autos que la accionante es agente del GCBA y que desempeña funciones en el Hospital General de Agudos ?José M. Penna?. Sin perjuicio de ello, el demandado resiste la pretensión mediante dos argumentos: a) que no existen actos administrativos emanados de autoridad competente que adjudiquen a la peticionante las funciones jerárquicas por las que reclama, b) que la actora no señala las tareas jerárquicas que cumple, ni cuáles son las misiones y funciones del cargo jerárquico que dice ocupar, como así tampoco consigna si tiene personal a cargo ni cuál sería el que supondría estaría bajo sus órdenes. 2º) Dentro del marco normativo atinente a la presente acción, es dable destacar que, el art. 14 bis de la Constitución Nacional dispone que: ?El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador (...) retribución justa (...)? El art. 43 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, primero y último párrafos, establece que: ?La ciudad protege el 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? (...) y que ?El tratamiento y la interpretación de las leyes laborales debe efectuarse conforme a los principios del derecho del trabajo?. Por su parte, el estándar aplicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se refiere a que: ?El propósito de afianzar la justicia que enuncia el Preámbulo de la Constitución, y la garantía del art. 14 bis a una retribución justa, exigen la equivalencia de prestaciones recíprocas en el pago de salarios. El hecho de que se trate de un vínculo de empleo público no altera la naturaleza de la prestación, que siempre es la de retribuir servicios prestados, de acuerdo con la garantía de igualdad ante la ley, que reclama iguales derechos frente a hechos semejantes? (Fallos: 295:937). En tal sentido cabe señalar que la Ley de Relaciones Laborales de la Administración Pública (Ley Nº 471) reconoce el derecho a 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; y la percepción de compensaciones en carácter de viáticos o servicios extraordinarios y otros adicionales, en los casos y condiciones que determine la reglamentación respectiva (art. 9 incisos e y n). El art. 103º de la Ley de Contrato de Trabajo define al salario como ?la contraprestación que debe recibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo?. Asimismo, la doctrina señala que ?debe entenderse por sueldo la retribución en dinero que el Estado abona periódicamente al funcionario o al empleado por la tarea que se le ha encomendado?. En dicho sentido, al salario se le reconoce carácter alimentario en razón de que ?su existencia es decisiva para el agente que tiene al empleo como su medio normal y ordinario de vida? (conf. Marienhoff, Miguel S, ?Tratado de Derecho Administrativo?, Tomo III, -B, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, p. 268/269). La Corte Suprema de la Nación ha dicho ?... el hecho de tratarse de un vínculo de empleo público no altera la naturaleza de la prestación, que siempre será la de retribuir servicios prestados, tanto en ese ámbito como en el del derecho privado, si la indemnización a favor del obrero tiene contenido alimentario, no hay motivo que justifique asignarle un distinto contenido cuando es el Estado quien debe pagarla a un empleado suyo? (in re ?Suarez, Manuel R c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba?, del 21/03/89, Fallos 312:377). En atención a lo desarrollado es posible identificar las prestaciones salariales por dos notas distintivas: constituyen una ganancia para el trabajador y 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 (v. Cam. CAyT, Sala III, ?Graffe Walter Carlos y Otros c/ GCBA, expediente nº 18.484/0, en 10/07/2013). Así, por ejemplo no se han considerado como parte de la remuneración, entre otros, los siguientes: indemnización por despido, reintegro 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, etc (cfr. Fernández Madrid, Juan Carlos: ? Tratado Práctico de Derecho del Trabajo?, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, ps. 1180/1183 y jurisprudencia allí citada, citado en Cam. CAyT, Sala III, ?Graffe Walter Carlos y Otros c/ GCBA , expediente n° 18.484/0, en 10/07/2013). En lo atinente al suplemento sobre el cual versan las presentes, el Decreto N° 861/MCBA/93 (BM 19.561 15/06/93), que determina el cobro del suplemento por función ejecutiva, dispone que el personal que revistiera el cargo de ?Jefe de División (C.24)? percibiría a partir del 01/05/93 el suplemento por función ejecutiva el monto de \$...; y por el cargo de ?Jefe de Sección (C.26)?, el monto de \$... (art. 1°). Por otra parte, del mencionado decreto se desprende que el suplemento en cuestión sería liquidado al personal que revistiere en las funciones ejecutivas allí previstas y desempeñaren efectivamente las mismas, contando con personal a cargo y que la percepción de dicho suplemento cesaría si el agente dejara de tener personal a su cargo (arts. 2 y 3).

3°) Que corresponde recordar que los jueces no están obligados a pronunciarse sobre todos los argumentos esgrimidos por las partes, ni ha hacer referencia a la totalidad de las pruebas producidas, bastando que valoren las que sean ?conducentes? para la correcta composición del litigio (Fallos: 272:225; 274:486; 276:132, entre otros).

4°) Merituando las pruebas arrojadas para la dilucidación de la presente causa se puede observar que la Disposición N° 1250-HGAP-08 dispuso en su artículo 1° asignar ?(...) la función de Jefa División de Tesorería a la Sra. FUERTES DE ALFONSO, Ana María, F. C N° ... Partida Funcional N° ..., la misma a partir del 12-11-08. Dejándose establecido que la presente no significa mayor remuneración, ni Modificación escalafonaria hasta tanto medie acto administrativo.? (v. fs. 26, 73 y 154). Por otra parte, la Disposición N° 1105-HGAP-08 estableció en su artículo 1° que se asignara ?(...) la función de Jefa Sección Contratación y Licitaciones a la Sra. FUERTES DE ALFONSO, Ana María, F. C. N° ..., siendo la misma a partir del 01/05/2005, dejándose establecido que la presente no significa mayor remuneración, ni modificación escalafonaria, hasta tanto medie acto administrativo.? (v. fs. 28 y 155). Ambas resoluciones fueron suscriptas por María Ángela Toscano, Directora interina del Hospital General de Agudos ?J. M. Penna?, tal como surge del sello aclaratorio inserto en sendos actos. Si bien en dichos actos administrativos se consigna a la Sra. ?Fuentes de Alfonso, Ana María?, lo cierto es que de las constancias de la causa es posible concluir que se trata de la aquí actora Ana María Fuertes, como se desprende de fs. 76, 154, 171, 173 y 175, especialmente considerando el número de Ficha Censal que se consigna a lo largo de las presentes. Ahora bien, en este punto la demandada sostiene que la actora pretende apoyar su derecho en un nombramiento inexistente, ni siquiera tratándose de la exigencia de ser designada por un funcionario competente. Cabe observar que la señalada objeción, en cuanto a que la asignación de las funciones de Jefa de la División Tesorería del Hospital General de Agudos ?J. M. Penna? no encuentra base en acto administrativo alguno y aun cuando pudiera provenir de alguien que carece de facultades para efectuarla, no sella la suerte de la pretensión de la accionante.

Se ha dicho que ?(...) no importa la existencia de un nombramiento válido o inválido siempre y cuando el peticionario efectivamente haya llevado a cabo las funciones adecuadas al cargo superior. En estas actuaciones la actora se ha desempeñado con la aquiescencia del poder administrativo. Ello hace obligatorio el reconocimiento del derecho a una retribución con fundamento en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, que establece ?igual remuneración por igual tarea? y el acceso a una retribución justa; ya que lo contrario implicaría un enriquecimiento sin causa para la Administración pública? (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala I, en ?Cavallieri de Goldberg, Marta Raquel c/ G.C.B.A s/ empleo público [no cesantía ni exoneración] expediente n° 533, sentencia del 6/9/2001). En lo que aquí se refiere los agentes públicos deben desempeñar las funciones inherentes a su ubicación escalafonaria y por ello perciben una retribución en dinero en forma periódica (v. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III- B, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pág 269). Puede suceder, sin embargo, que los agentes deban desempeñar funciones correspondientes a un cargo dotado de una mayor retribución. Dado que los servicios de los agentes públicos son onerosos cuyo principio se extrae del artículo 1627 del Código Civil y resulta aplicable en el ámbito del derecho público, resulta procedente reconocerles la diferencia de haberes, si la prestación ha sido útil para el Estado (v Marienhoff, op. cit. Tomo III-B, págs 269/271). Desde esta perspectiva el hecho de desempeñarse tanto como Jefe de División como Jefe de Sección implica una exigencia de mayores responsabilidades, cuya contraprestación diferencial se encuentra reglamentada a través del Decreto N° 861/93. Si las tareas fueron asignadas y se encuentra acreditado que ellas fueron llevadas a cabo por la agente, tal circunstancia no puede perjudicarla. Asimismo, en la medida que la agente esta obligada a cumplir con las tareas asignadas, para las cuales esta reglamentada una retribución particular, una cuestión meramente formal no puede resultar óbice para el reconocimiento de su derecho.

5°) Ahora bien, cabe señalar que la prueba producida en autos permite tener por acreditado que la actora desempeñó funciones de Jefe de Sección y de Jefe de División, como así que en sendas oportunidades contaba con personal a su cargo.

5.1°) Respecto del cargo de Jefe de División Tesorería del Hospital General de Agudos ?José M. Penna?, cabe mencionar en primer término que la Gerencia Operativa -Gestión Administrativa Económica y Financiera- del Hospital General de Agudos ?Dr. José M. Penna? informó a fs. 150/157 (en particular fs. 153) que ?[1]a Sra Ana María Fuertes en la

actualidad se desempeña como jefa de Tesorería. 2. Se Desempeña en este cargo desde el 12/11/2008, por Disposición N° 1250/HGAP/2008. 3. Fue puesta a cargo por la Directora del Hospital General de Agudos ?Dr. José M. Penna?, Dra. María Angela Toscano. 4. En la actualidad tiene una persona a su cargo. (el destacado me pertenece). En este punto destaco que ninguna de las partes ha impugnado por falsedad la contestación de oficio indicada, de conformidad con la facultad prevista en el art. 331 del CCAyT. Así también corresponde hacer mención a lo que surge fs. 78, en tanto la Dirección General de Administración (Subsecretaría de Gestión Recursos Humanos) se expresa en los siguientes términos: ? [e]n atención a lo actuado se remiten los presentes a esa instancia reiterando íntegramente lo solicitado a fs. 08, a fin tenga bien informar si la nombrada percibe el Suplemento por Conducción conforme la Jefatura que ejerce desde el 14/11/08 de acuerdo a lo establecido en la Disposición N° 1250- HGAP-08 obrante a fs. 06.? De la prueba testimonial rendida en autos se desprende que preguntados que fueron los testigos Ángeles Fabiana Tulipani, Julia Rosa Toscana y Patricia Susana Bruno sobre el cargo desempeñado por la Sra. Fuentes en el Hospital a partir de noviembre de 2008 (pregunta 7° del interrogatorio glosado a fs. 147) contestaron ?[j]efa de tesorer[í]a, de la divisi[ó]n tesorer[í]a? (fs. 149), ?[j]efa de divisi[ó]n de tesorer[í]a? (fs. 159) y ?[p]aso a de divisi[ó]n de tesorer[í]a, es la jefa? (fs. 160), respectivamente. Asimismo, al ser preguntados los testigos de referencia respecto al cargo que desempeña en la actualidad (pregunta 8° del interrogatorio acompañado a fs. 147), los testigos Tulipani y Toscana respondieron ?[e]l mismo? (fs. 149 y 159), mientras que la testigo Bruno respondió ?[j]efa de divisi[ó]n de tesorería? (fs. 160). Por otra parte, al ser preguntados si sabían -estimativamente- cuántas personas tiene a cargo en la actualidad la Sra. Fuentes (pregunta 10° del interrogatorio que luce a fs. 147), si bien es cierto que las partes no coincidieron en el número, en tanto la testigo Tulipani indicó que ?[y]o creo que tiene tres personas? (fs. 149), la testigo Toscana respondió ?m[á]s o menos dos o tres? (fs. 159) y la testigo Bruno consignó ?[má]s o menos 4 personas, lo veo diariamente? (fs. 160), ello no resulta suficiente para enervar la conclusión de que la actora tenía personal a su cargo. En efecto, además de no resultar significativa la diferencia numérica de los agentes a cargo de la Sra. Fuentes, en los tres casos los testigos coinciden en la existencia de personal a cargo de la actora. Así es posible concluir que la actora tenía designadas tales funciones ejecutivas - en el caso, la Jefatura de la División de Tesorería del Hospital General de Agudos ?Dr. José M. Penna?, que dichas funciones eran efectivamente desempeñadas, como así también que tenía personal a su cargo. Así las cosas, le corresponde a la actora percibir el suplemento por el ejercicio de la Jefatura de División Tesorería en el Hospital General de agudos ?Dr. José M. Penna?. 5.2°) Consideraciones similares pueden efectuarse en relación a la Jefatura de Sección Contrataciones y Licitaciones del nosocomio referido entre el 01/05/2005 hasta noviembre de 2008, cuando comenzara la jefatura en el cargo reseñado en el considerando 5.1°) En la ya señalada contestación de oficio acompañada a fs. 153, la Gerencia Operativa -Gestión Administrativa Económica y Financiera- del Hospital General de Agudos ?Dr. José M. Penna? informó que la aquí actora ?(...) [d]esempeñó la Jefatura de la sección Contratación y Licitaciones durante el período 01/05/2005 al 11/11/2008? y que ?[t]uvo a cargo dos personas.? Ello coincide con las declaraciones de los testigos. Así, preguntados que fueron los testigos Tulipani, Toscana y Bruno respecto el cargo desempeñado por la actora en el Hospital por el período 2005/2008 (pregunta 6° del interrogatorio glosado a fs. 147), respondieron ?[c]omo jefa de compras, porque farmacia est[á] muy vinculada a ese servicio, y los pedidos los hacemos nosotros y lo pasamos, y yo llevaba los partes de recepci[ó]n? (fs. 149), ?[e]staba a cargo de la secci[ó]n compras? (fs. 159) y ?[e]s la jefa de la Secci[ó]n compras? (fs. 160), respectivamente. En torno a la cantidad de personas a cargo de la Sra. Fuentes en dicho ámbito temporal (v. pregunta 11° del interrogatorio agregado a fs. 147), la testigo Tulipani indicó que ?[e]n la parte de compras hab[í]a muchos, f[á]cil ocho o diez? (fs. 149). A su turno, refirió la testigo Toscana respecto a dicha pregunta en los siguiente términos: ?8 a 10 personas m[á]s o menos.? (fs. 159). Finalmente, hizo lo propio la testigo Bruno al consignar que ?[s]er[í]an m[á]s o menos unas nueve o diez personas, tambi[é]n me consta por el trabajo diario.? (fs. 160). Más allá de la considerable diferencia de agentes a cargo de la actora en el período 2005/2008 que surge entre lo informado por la entidad oficiada de fs. 153 y lo declarado por los tres testigos -coincidentes entre sí respecto a la cantidad de personas a cargo y a su numerosidad- lo cierto es que también se desprende de la totalidad de la prueba la existencia de personal a su cargo en dicho ámbito temporal y por el cargo de Jefa de Sección. Es cierto también que desde la fecha en que fueron recibidas las respectivas declaraciones testimoniales y el período en que la actora habría desempeñado las funciones de Jefa de Sección Contratación y Licitaciones (esto es, entre el 01/05/05 hasta el 11/11/08) transcurrieron de 8 a 5 años, por lo que no resultaría inverosímil que el número de agentes a cargo de la actora a lo largo de los tres años en que habría desenvuelto en dicha Jefatura de Sección del referido nosocomio. Ahora bien, de tales probanzas es posible concluir que la actora tenía asignadas tales funciones ejecutivas -la Jefatura de la Sección de Contratación y Licitaciones del Hospital General de Agudos ?Dr. José M. Penna?- como así también que tenía personal a su cargo y que efectivamente desempeñaba dichas funciones. Nótese a este respecto que la Disposición N° 1105-HGAP-2008, firmada en fecha 6 de octubre de 2008, estableció la asignación a la actora respecto de la función de Jefe de Sección Contratación y Licitaciones a partir del 01/05/2005, es decir, retroactivamente a tal fecha y con tres años de anterioridad a la

fecha en que fue suscripta, considerando asimismo la Administración que dicha Sección se encontraba acéfala, por lo que ?(...) ante las circunstancias, es prudente cubrir dicha Jefatura a fin de continuar el normal funcionamiento del Servicio.? (v. lo que se desprende de fs. 42). Entiendo que la única manera de interpretar dicha circunstancia es que se trató de un reconocimiento de una situación de hecho que se desenvolvía hasta esa fecha, todo ello a fin de cumplir con la finalidad mencionada en dicho acto administrativo, es decir, cubrir la acefalía de dicha Sección a los fines del normal funcionamiento del servicio (confr. fs. 153). Ergo, le corresponde a la actora percibir el suplemento por el ejercicio de la Jefatura de Sección Contratación y Licitaciones en el Hospital General de agudos ?Dr. José M. Penna?. 5.3º) Sin perjuicio que no se encuentra controvertido que la accionante nunca percibió el suplemento por conducción, ello se desprende de los medios probatorios obrantes a fs. 73, 79, 197/203 (en especial fs. 201) y 204/210 (en particular fs. 207), en estos últimos dos casos tratándose de contestaciones de oficio no impugnadas por las partes de conformidad con la facultad establecida en el art. 331 del CCaYT. 6º) Dilucidado lo anterior, corresponde analizar la pretensión en lo atinente al carácter remunerativo con el que pretende se liquide el suplemento involucrado en el sub examine. Destaco en primer término que del informe emanado del Departamento de Accidentes de Trabajo e Informes Técnico Judiciales (Gerencia Operativa de Asuntos Legales de Recursos Humanos - Dirección General Asuntos Laborales y Previsionales) surge que el ?Suplemento por Conducción? (Código 068) se liquida con carácter no remunerativo (fs. 201 y 207). Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en varios precedentes que un determinado suplemento es remunerativo cuando es concedido a los agentes en forma general, habitual y permanente (in re ?Barrientos, Simeón c/ Estado Nacional?, 23/09/2003, Fallos 326:3683, entre otros). A su vez, la Ley 24.241 determina a los fines previsionales, el concepto de remuneración en el sentido de ?... se considera remuneración todo ingreso que percibe 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 ganancias, habilitación, propinas, gratificaciones y suplementos adicionales que revistan el carácter de habituales y regulares, viáticos y gastos de representación no sujetos a rendición de cuentas, y toda otra retribución, cualquiera fuere la denominación que se le asigne, percibida por servicios ordinarios o extraordinarios prestados en relación de dependencia...? (Art. 6º). El Decreto 861/MCBA/93, fija los montos correspondientes al Suplemento por Función Ejecutiva creado por el Sistema Municipal de la Profesión Administrativa, estableciendo su percepción a partir del 1/05/93, al personal que revista los cargos que allí se indican y deja excluidos de sus alcances al personal docente, profesionales médicos que se desempeñen en el área de la Secretaría de Salud y los agentes con función ejecutiva de las reparticiones descentralizadas y autárquicas. Según surge de la normativa citada de ningún artículo se desprende que el suplemento tenga carácter ?no remunerativo?, por lo cual conforme se desprende de la interpretación de las normas involucradas este suplemento integra la retribución del agente. Cualquier agente que reúne las condiciones establecidas en el art. 2 del Decreto N° 861/93, tiene derecho a percibir el mencionado adicional lo que determina su generalidad, a su vez, la percepción del mismo no esta sujeto a ningún límite temporal mientras se mantengan los presupuestos de su procedencia, lo que determina su habitualidad. Por estas razones será procedente reconocerle al suplemento por conducción liquidado bajo el código n° 068 carácter remunerativo. En este sentido, he de resaltar que la Cámara de Apelaciones del fuero ha dicho que, ?...el suplemento por conducción tiene características de habitualidad y generalidad resulta remunerativo a los fines salariales y previsionales...? (?Díaz, Gloria c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)? expediente n° 14.184/0, Sala I, en 30/12/08). En síntesis, este suplemento se deberá considerar remunerativo y, conforme la forma en que han sido resueltas las presentes actuaciones, entiendo que deviene innecesario declarar la inconstitucionalidad planteada por la accionante. 7º) Llegados a este punto corresponde expedirse sobre la circunscripción del reclamo por diferencias salariales objeto de la litis. 7.1º) En torno a la Jefatura de División Tesorería del nosocomio involucrado, de las constancias agregadas a fs. 26 y 43 surge que las funciones fueron asignadas a partir del 12 de noviembre de 2008. Ello coincide con lo informado a fs. 153 (conf. puntos 1 y 2 del oficio obrante a fs. 151). La parte actora, respecto de dicho cargo, circunscribe su reclamo a noviembre de 2008 (v. fs. 2, apartado ?3?), por lo tanto no cabe más que hacer lugar a lo solicitado. Por otra parte, en torno a la liquidación a futuro requerida por la actora, ella habrá de ser realizada en el sentido sostenido por la Sala II de la Cámara del fuero en las actuaciones caratuladas ?Cosentino Alcira Ester c/ GCBA s/ Empleo público (no cesantía ni exoneración)? expediente n° 12.999/0, es decir, mientras el agente desempeñe las funciones ejecutivas de manera efectiva, cumpla con los demás requisitos para la percepción del suplemento y no varíen las condiciones normativas tenidas en cuenta. 7.2) Respecto a la Jefatura de Sección Contrataciones y Liquidaciones, toda vez que la actora limita su reclamo aludiendo al art. 4027 del Código Civil, en este punto especial mención merece la flamante vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y, en especial, en lo relativo a su eficacia temporal. Así, el art. 7 señala que: ?A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La 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. Las nuevas leyes supletorias no son

aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo?. Sobre el particular, resulta indiscutible que sobre el tema de la aplicación de la ley en el tiempo no es fácil encontrar puntos de coincidencia; normalmente, la sustitución de una ley anterior por otra posterior plantea problemas difíciles y delicados. En cuanto aquí interesa, la referida disposición legal, esencialmente, reproduce el art. 3 del Código Civil, conforme redacción de la Ley N° 17.711. En este orden de ideas, a raíz de las discrepancias doctrinarias suscitadas sobre el punto (ver Aída Kemelmajer de Carlucci, ?Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015?, Revista La Ley, de fecha 2 de junio de 2015) y a fin de despejar cualquier duda sobre la ley aplicable al sub examine, cabe traer a colación las palabras de la eminente jurista mendocina al señalar que: ?Afirmo algo bien diferente: que cualquiera sea la instancia en la que se encuentre el expediente (primera o ulteriores, ordinarias o incluso extraordinarias), hay que aplicar el mismo sistema de derecho transitorio que teníamos y, en consecuencia, verificar si las situaciones y sus consecuencias están o no agotadas, si está en juego una norma supletoria o imperativa, y ahora sí, como novedad, si se trata o no de una norma más favorable para el consumidor. Así, por ej., si el hecho ilícito que causó el daño aconteció antes de agosto de 2015, a esa relación jurídica se aplica el Código Civil, se haya o no iniciado el juicio y cualquiera sea la instancia en la que se encuentre? (conf. op. citada, el destacado me corresponde). También dicha jurista trae otro ejemplo, en otra de sus publicaciones, que conviene aquí destacar: ?Si la Cámara revisa una sentencia relativa a un accidente de tránsito, aplica la ley vigente al momento de ese accidente; en agosto de 2015 la revisará conforme el artículo 1113 del Cód. Civil, no porque así resolvió el juez de primera instancia, sino porque la ley que corresponde aplicar es la vigente al momento que la relación jurídica nació (o sea, el del accidente). En cambio, si la apelación versara sobre consecuencias no agotadas de esas relaciones, o lo que atañe a la extinción de esa relación (por ej., una ley que regula la tasa de interés posterior al dictado de la sentencia de primera instancia), debe aplicar esa ley a los períodos no consumidos; más aún, debería aplicarla también a los consumidos, si la ley ha establecido su carácter retroactivo y no se vulneraran derechos constitucionalmente amparados? (ver Aída Kemelmajer de Carlucci, ?El artículo 7 el Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme?, Rev. La Ley, de fecha 22 de abril de 2015, el resaltado es propio). De ese modo, y a tenor de que los casos deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, entiendo que el punto de partida del razonamiento es el siguiente: a) las discrepancias a las cuales el art. 7 del Código Civil y Comercial pudiere dar lugar deberán ser resueltas sobre la base de situaciones concretas, nunca en abstracto; b) el referido art. 7, al igual que el art. 3 del Código Civil, establece la regla de la aplicación inmediata del nuevo ordenamiento; esto es, la nueva ley rige para los hechos que están in fieri o en su curso de desarrollo al tiempo de su sanción y no para las consecuencias de los hechos pasados, que quedaron sujetos a la ley anterior, pues juega allí la noción de ?consumo jurídico?; y c) la barrera a la aplicación retroactiva, excepto que la ley así lo declare y siempre que no se violen derechos amparados por garantías constitucionales. Así las cosas, entonces, cabe señalar que las pretensas diferencias salariales aquí reclamadas habrían tenido lugar entre los años 2005 y 2008. Desde esta perspectiva, me lleva a que, interpretando rectamente el art. 7 del Código Civil y Comercial, que en nada modifica el art. 3 según texto de la Ley N° 17.711, la causa deba ser resuelta aplicando las prescripciones del Código Civil. Resuelto lo anterior, respecto de la Jefatura de Sección Contrataciones y Liquidaciones, la actora solicita (...) el reconocimiento del efectivo desempeño de la Jefatura de Sección Contrataciones y Licitaciones, desde 01-05-2005 hasta noviembre de 2008; asimismo se solicita el abono retroactivo del Suplemento por Conducción en razón de la Sección desempeñada (...) en los términos prescriptivos del art. 4027 del Código Civil.? (fs. 34/vta., apartado II, el destacado me pertenece). De las constancias de fs. 28 y 42 se desprende que le fue asignada la función de Jefatura de Sección Contratación y Licitaciones del Hospital General de Agudos ?José M. Penna? a partir del 01/05/2005. A su turno, del informe glosado a fs. 153 surge que ?[d]esempeñó la Jefatura de la Sección Contratación y Licitaciones durante el período 01/05/2005 al 11/11/2008.? Por último, destaco que el reclamo administrativo efectuado a fs. 21/22 con fecha 10/06/2010 (conforme se desprende de la fecha consignada en el extremo inferior derecho de fs. 22) versa en torno al reconocimiento del desempeño de la actora como Jefa de División Tesorería en el Hospital General de Agudos ?José M. Penna? y la solicitud de percepción del Suplemento por Conducción previsto en el Decreto N° 861/93. Es en el pronto despacho glosado a fs. 24, en su apartado II, donde se reclama por primera vez el reconocimiento de la Jefatura de Sección Contratación y Licitaciones del Hospital General de Agudos ?José M. Penna? y el consecuente abono retroactivo del Suplemento por ?Función Jerarquizada? del Decreto 861/93, con más los intereses. El reclamo de referencia fue interpuesto en fecha 06/08/2010 (conforme surge de fs. 24vta.). En este punto ninguno de los reclamos administrativos interpuestos ha sido negado ni desconocido expresamente por la demandada. Considerando que la actora ha limitado su pretensión respecto a la Jefatura de Sección indicada en los términos del art. 4027 del Código Civil, el cobro retroactivo de las diferencias salariales en virtud del suplemento por Conducción relativo a la Jefatura de Sección Contrataciones y Licitaciones del Hospital General de Agudos ?José M. Penna? deberá circunscribirse a los cinco años de interpuesto el reclamo administrativo glosado a fs. 24, por lo que el período en cuestión es el comprendido entre el 06/08/2005 y el 06/08/2010. 8°) Que

en relación con la integración de los aportes previsionales y contribuciones patronales derivados del reconocimiento de las diferencias salariales, destaco que ello fue pedido únicamente en lo relativo al reconocimiento de las tareas de la actora como Jefa de División Tesorería del Hospital General de Agudos ?José M. Penna?, mas ello no fue solicitado de manera expresa respecto del cargo de Jefa de Sección Contrataciones y Licitaciones del referido hospital. Dicho lo anterior, cabe tener en cuenta lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad. Si bien el pago de aportes no había sido objeto del reclamo, a diferencia del sub examine, ese Tribunal, sostuvo que: ?...en el supuesto de que esa pretensión hubiese sido planteada por la actora, ésta carecería de legitimación activa para obrar en relación con el punto de condena del que se agravia la demandada, ya que únicamente podría haber denunciado el hecho ante la AFIP. La cuestión traída por el recurrente tiene, como se ve, entidad constitucional y a su respecto corresponde hacer lugar al recurso y eximir al GCBA de la obligación que erróneamente se le impusiera, con matices diversos, en primera y segunda instancia? (Expte. N° 3928/05, in re: ?GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Amstutz, María Laura c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)?, sentencia de fecha 14/09/2005, voto de la jueza Alicia Ruiz, al cual adhirió la mayoría). Por otra parte, comparto el criterio esbozado por el juez Casás, en dicho pronunciamiento, al señalar que: ?No obstante, parece oportuno puntualizar que, al momento de ejecutar la sentencia, se deberán tener en cuenta todos y cada uno de los efectos que se derivan del reconocimiento del carácter remunerativo de los mentados suplementos. Por lo tanto, reconocido el carácter remunerativo de los suplementos y que ?resulta una consecuencia de esa consideración el deber de realizar los aportes que no fueron efectuados oportunamente' [...] las acciones, operaciones y parámetros que deberán seguirse para cumplir aquella directiva (y los eventuales problemas que se pueden llegar a generar) deberán ventilarse en el proceso de ejecución de sentencia?. De ese modo, la pretensión tendiente a que el demandado efectúe los que deriven de las diferencias salariales, deberá plantearse en oportunidad de la ejecución de la sentencia. 9°) Respecto a los intereses de las sumas reclamadas corresponde aplicar el criterio fijado en el plenario de la Cámara de este fuero en la causa "Eiben?", del 31/05/2013, exp. 30.370/0 -valores nominales-. En consecuencia, deberá aplicarse a los conceptos que se reconocen en este decisorio, un coeficiente que resulte del promedio de (i) la tasa activa cartera 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). Ello, desde que cada suma es debida y hasta el efectivo pago. 10°) Que a los efectos de la ejecución de las sumas debidas, tratándose de acreencias de naturaleza alimentaria, deberá tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 395, segunda parte del CCAYT. 11°) Que, finalmente, habré de determinar que la obligación de efectuar la liquidación final recae sobre la parte demandada toda vez que es ella quien se encuentra en mejores condiciones de hacerlo, en virtud de las facultades previstas en el art. 27, inciso 5 apartado c) y e) del CCAYT. En este sentido comparto lo resuelto sobre el particular por la Sala III de la Cámara de Apelaciones del fuero en cuanto sostuvo que ?...del artículo 402 del Código Contencioso Administrativo y Tributario no surge que el vencedor tenga en todos los casos la carga procesal de practicar liquidación. Se trata de una facultad establecida en su propio beneficio, que éste puede ejercer o no, y, en caso de no hacerlo en el plazo que fija la norma, se atribuye al vencido. En ambos supuestos se tiene en cuenta el interés de las partes: el del vencedor de cobrar, y el del vencido, de pagar, para así quedar liberado y detener el curso de los intereses...? (Sala III, ?Visciglia, Federico Ezequiel y otros c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)? Expediente N° 35830, de fecha 09/04/2013). Es por ello que, firme que se encuentre el presente decisorio, a fin de dar cumplimiento con lo dispuesto en el art. 149 inc. 7 del Código Contencioso Administrativo y Tributario, líbrese oficio a la Dirección General de Haberes del GCBA a fin de que, en el plazo de 15 días, practique liquidación de conformidad con los alcances establecidos en la presente. Hágase saber que la confección del mismo quedará a cargo a cualquiera de las partes y que para mejor ilustración deberá acompañarse al mismo copia de la sentencia recaída en autos. Todo ello sin perjuicio de las facultades de las partes de impugnar dicha contestación conforme lo previsto en el Art. 403 del CCAYT y, en su caso, recurrir a la designación de un experto en caso de resultar necesario. Por lo expuesto FALLO:

1°) Haciendo lugar a la demanda promovida por Ana María Fuertes contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. En consecuencia, condeno a la demandada a abonarle las diferencias salariales que correspondan en virtud del monto asignado al suplemento por conducción correspondiente a las funciones ejecutivas Jefe de Sección y Jefa de División, incluyendo el sueldo anual complementario, con los alcances fijados en los considerandos 6°) y 7°), debiendo practicar liquidación de conformidad con lo dispuesto en el considerando 11°); 2°) Imponiendo las costas a la demandada vencida, de conformidad con el principio objetivo de la derrota (art. 62 del CCAYT); 3°) La sumas reconocidas generarán intereses de conformidad con las pautas indicadas en el considerando 9°); 4°) Difiérase la regulación de honorarios para el momento de aprobarse la liquidación definitiva. Regístrese, notifíquese al Ministerio Público Fiscal mediante la remisión de las presentes a su público despacho, a las partes por Secretaría y, oportunamente, archívense.

Correlaciones: Ley 471 - 13/09/2000. Bentivenga, Hugo
Horacio c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) - Juzg. Cont. Adm. y Trib. N° 18 - 24/06/2015. Nota:

(*) Nota de la redacción: Se advierte al suscriptor que por tratarse de un fallo de primera instancia, el

mismo podría no encontrarse firme al momento de su publicación. 003470E