

Docentes Rubros No Remunerativos Diferencias Salariales Gobierno De La Ciudad De Buenos Aires Control De Convencionalidad

JURISPRUDENCIA

Docentes. Rubros no remunerativos. Diferencias salariales. Gobierno

de la Ciudad de Buenos Aires. Control de convencionalidad

Se declara la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del artículo 3 del decreto 547/05, del punto octavo del Acta Paritaria 2012, del artículo 4 de la resolución 264/ME/14, del artículo 6 de la resolución 1386/SSPEC/14 y del artículo 3 del Anexo I de las resoluciones 1024/SED-SHyF/99 y 1169/SED-SHyF/99, en cuanto disponen o prorrogan el carácter no remunerativo de los rubros Material Didáctico y FONAINDO. Ello es así porque se valoró que las sumas correspondientes a esos rubros salariales ostentaban los caracteres de la remuneración, en tanto eran percibidas de modo periódico, habitual y general por los agentes en razón de su desempeño laboral. De manera que su descalificación como no remunerativas violentaba el principio de razonabilidad y consecuentemente conculcaba el principio de legalidad. Además, lesionaba el derecho a una remuneración justa y contravenía las normas que le imponían al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires el cumplimiento de los deberes previsionales y de seguridad social.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1 de abril de

2019.- VISTOS: los autos indicados en el epígrafe, los cuales se encuentran en condiciones de dictar sentencia y de los que
RESULTA: 1. A fs. 1/24 los actores Verónica Beatriz Vega, Roberto Valentín Maso, Nélide Celia Cocuzza, José Enrique Cocuzza, Claudia Norma Bechik, Graciela Ester Mazzei, Patricia María Veiga, Héctor Gustavo Duarte, Andrea Malcervelli, Graciela Giuliani, Graciela Raquel Cataldi, Silvia Cora Bucceri, Gabriela María Loma, Adriana Elsa Ramundo, Gabriela Roxana Fumi, Natalia Vanina Fumi, María Lidia Rita Gallardo, María Cristina Fernández, Nilda Esther Lopreito y Laura Cristina Iparraguirre, a través de su letrado apoderado Ricardo Esteban Navarro Fernández interponen demanda contra el Estado Nacional (Ministerio de Educación) y contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de perseguir el cobro de diferencias salariales derivadas de: a) el reconocimiento del carácter remunerativo de los rubros Material Didáctico (código 093), Garantía Mínima de Aguinaldo (código 140), Garantía Mínima (código 144), Material Didáctico del Bicentenario (código 397), del FONAINDO (código 399) y de todos aquellos que fueron liquidados sin tal modalidad; b) el pago de lo adeudado ya sea por falta de pago o por atraso en el abono del FONAINDO; c) el pago de las diferencias salariales derivadas de la antigüedad y del SAC por la remuneratividad de los referidos rubros; desde los 5 años anteriores a la interposición de la demanda, con más sus intereses; y d) la integración de los aportes previsionales no realizados por las sumas mencionadas. Cuentan que son docentes dependientes del GCBA y que perciben, han percibido o debieron percibir las sumas correspondientes al denominado FONAINDO, instituido por la ley nacional n° 25.053 con la finalidad de mejorar la retribución de los docentes tanto de las provincias como de la Ciudad. Refieren que pese a haber sido creado con carácter remunerativo (artículo 13), aquél ha sido liquidado como suma fija no remunerativa y, en consecuencia, sobre el mismo no se ha calculado SAC, vacaciones y antigüedad ni se han efectuado las contribuciones correspondientes al sistema de jubilaciones. Denuncian la morosidad e irregularidad en el pago -que debió ser mensual-. En cuanto a los restantes rubros percibidos como no remunerativos -Garantía Mínima de Aguinaldo, Garantía Mínima, Material Didáctico y Material Didáctico del Bicentenario- destacan que tienen carácter habitual y general, notas distintivas del concepto remuneración. Indican que la presente acción se interpone contra el Estado Nacional en tanto es la autoridad de aplicación designada para la liquidación, pago, transferencia de fondos y definición de los criterios referidos a la cuestión del FONAINDO (conforme la ley n° 25.053) y contra el GCBA en su carácter de empleador directo de los docentes y responsable del cumplimiento de las disposiciones legales y el pago de los salarios. Fundan en derecho, citan jurisprudencia que consideran aplicable al caso, ofrecen prueba y efectúan reserva del caso federal. 2. A fs. 26/58 los actores acompañan documental, amplían demanda y prueba ofrecida y refuerzan sus alegaciones para fundar la legitimación pasiva de los demandados. Esgrimen que es responsabilidad primaria del Ministerio de Educación de la Nación conducir las actividades concernientes a la implementación del FONAINDO y que dentro de ellas se encuentra la de organizar y articular la liquidación y pago del rubro en cuestión. En razón de ello, señalan que no cabe duda que el Estado Nacional es el responsable de la liquidación, pago y distribución del mencionado fondo y que se extiende tal responsabilidad al GCBA por los argumentos esbozados en el escrito de inicio. 3. El juicio se radica ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 10. Si bien a foja 71 la juez interviniente no tuvo por habilitada la instancia judicial, dicha decisión fue revocada a fs. 83/84 por la Sala IV de la Cámara de Apelaciones de dicho fuero. 4. A fs. 102/124 el Estado Nacional opone excepciones de falta de habilitación de instancia, defecto legal, falta de legitimación pasiva y, subsidiariamente, contesta demanda. En torno a la excepción de defecto legal, destaca que los actores, entre otras cuestiones, no han precisado cuáles son los establecimientos en los que se desempeñan o se desempeñaron, las tareas

desarrolladas, ni los períodos por los cuales cada uno de ellos solicita el pago del incentivo docente. Subraya que resulta de vital importancia que los actores precisen el ámbito en el que ejercían la docencia ya que si se trata de escuelas privadas no subvencionadas por el GCBA no les corresponde el pago del incentivo docente que reclaman, de conformidad con lo prescripto por el artículo 10 de la ley n° 25.053. Asimismo, indica que no aclararon si ejercen cargos docentes con cumplimiento efectivo de la función frente al aula, circunstancia de fundamental trascendencia a los fines de evaluar la extensión del beneficio. Respecto a la falta de legitimación pasiva, afirma que el Ministerio de Educación de la Nación no reviste la calidad de empleador ni es responsable en la liquidación de haberes de docentes pertenecientes a establecimientos educativos de ninguna rama de la enseñanza, resorte exclusivo del GCBA y/o de la jurisdicción provincial donde presta servicios el agente. Niega la autenticidad de la documental acompañada; que el Ministerio de Educación de la Nación tenga algún tipo de responsabilidad en la liquidación de los haberes de los actores; que el incentivo docente tenga carácter remunerativo a todos sus efectos; que se adeude el pago del mismo desde los 5 años anteriores a la interposición de la demanda; que se adeuden diferencias salariales, actualizaciones e intereses por el pago fuera de término del referido incentivo y que se haya abonado parcialmente el mismo y/o que se lo haya liquidado en forma irregular. Asimismo, niega que se les adeude a los actores suma alguna por ningún concepto; que se deban los aportes y contribuciones sobre los rubros no remunerativos que componen sus salarios; que se deban los aportes y contribuciones sobre el incentivo docente; que exista un desfasaje en el pago del fondo; que se adeuden diferencias salariales en el pago de aguinaldo, vacaciones y que exista retraso alguno en el pago del incentivo docente. Refiere que algunos actores tienen una fecha de ingreso muy reciente en la función que invocan y que no le consta la circunstancia de que hayan dado efectivamente clases ante alumnos, condición sine qua non para asignar el pago del incentivo docente. Opone como defensa de fondo la prescripción prevista en el artículo 4027, inciso 3, del Código Civil respecto de todo crédito anterior a los cinco años a la fecha de interposición de la demanda. Funda en derecho, cita jurisprudencia que consideran aplicable al caso, ofrece prueba y efectúa reserva del caso federal. 5. A fs. 126/141 el GCBA contesta demanda. Reconoce que los actores prestan o prestaron servicios bajo su dependencia; que el FONAINDO se abona a todos los docentes de la Ciudad; que en todos los casos el incentivo está sujeto a los aportes efectuados por el Estado Nacional y a las directivas elaboradas en sede federal en referencia a su modalidad de pago; y que a partir del dictado de la ley n° 1.528 una cantidad de rubros que percibían los actores pasó a integrar el sueldo. Niega que los actores empezaran a percibir el rubro FONAINDO a partir de 1998; que proceda modificar los alcances del rubro cuestionado de la manera requerida en la demanda; que se liquiden a partir del año 1991 distintas sumas como no remunerativas y no bonificables; que los fondos para el pago del incentivo y sus modalidades sean jurisdicción del GCBA; que la ley n° 1.528 no haya regularizado adecuadamente la situación salarial de los actores; que los actores hayan iniciado reclamo administrativo alguno y que exista ilegitimidad en la decisión nacional de otorgar un incentivo salarial sujeto a modalidades y límites determinados. Asimismo, niega que el modo de aplicación del FONAINDO por parte del GCBA implique violación de principio constitucional alguno; que los actores cuenten con un derecho exigible a computar los incrementos salariales emanados de la ley nacional n° 25.053 en forma diferente a la que se han establecido; que exista deuda del GCBA con los actores por los motivos expuestos en la demanda; que corresponda el pago de diferencias salariales con fundamento en la antigüedad y el SAC; que los actores hayan sufrido perjuicios económicos por la supuestas demoras en los pagos del rubro aludido; que proceda calcular el salario del personal docente en la forma propuesta por la contraria; que se haya violado el Estatuto Docente; que se adeuden diferencias salariales o suma alguna por actualización o intereses por el pago fuera de término del incentivo docente y todo hecho que no haya sido expresamente reconocido en su presentación. En relación a los rubros salariales de marras, explica que la remuneración docente está compuesta por el sueldo básico y por otros suplementos que pueden ser implementados por disposiciones legales como adicionales que integran el haber mensual pero no la asignación por cargo. Sostiene que el Material Didáctico se liquida con carácter no remunerativo ya que así fue creada dicha asignación y no es bonificable por antigüedad. Expresa que los adicionales creados por el decreto n° 483/2005 han sido siempre remunerativos. En punto al FONAINDO, señala que este suplemento no fue creado ni implementado por el GCBA y que por ello no provee los fondos destinados a su pago. Arguye que sólo le corresponde a las jurisdicciones locales (Provincias y CABA) la liquidación y el pago del suplemento en crisis conforme los criterios admitidos por el Consejo Federal de Educación. Manifiesta que las sumas que le corresponde a cada docente vienen prefijadas por el Ministerio de Educación de la Nación y que las cuestiones vinculadas a este adicional son privativas del Estado Nacional a quien debería haber demandado la parte actora en procura de la modificación a la que aspira. Agrega que los actores no cuestionan la ley nacional n° 25.053 ni la Resolución n° 1169/SED/1999. Indica que los actores no acreditan en autos el supuesto menoscabo en sus patrimonios que dicen haber padecido por la demora en los pagos del suplemento en cuestión. Amén de que varios de ellos han cesado por jubilación, por lo cual sus reclamos deben limitarse a la fecha de retiro de cada uno. En torno al reclamo por los aportes previsionales, afirma que los actores no se encuentran legitimados para efectuarlo y que es la AFIP la habilitada para tal cuestión. Funda en derecho, cita jurisprudencia que

considera aplicable al caso, se opone a la prueba pericial contable y efectúa reserva de la cuestión constitucional. 6. A fs. 143/149 los actores contestan las excepciones opuestas por el Estado Nacional. 7. A fs. 153/154 la juez que previno hace lugar a la excepción de defecto legal introducida por el Estado Nacional y ordena a los actores subsanar el escrito de demanda. 8. A fs. 156/159 los actores ratifican en todos sus términos lo expuesto en su libelo inicial. Aclaran que reclaman: el reconocimiento del carácter remunerativo de los rubros salariales indicados en la demanda y del FONAINDO. Por éste último, además, el pago de lo adeudado como consecuencia de su falta de su pago y/o percepción fuera de término. Asimismo, el pago de las diferencias salariales en concepto de SAC, vacaciones y antigüedad, desde los 5 años anteriores a la interposición de la demanda. 9. A fs. 183/184 la juez federal interviniente hace lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Estado Nacional y al quedar demandado sólo el GCBA se declara incompetente y remite los autos al fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad.

Decisión incidental que en lo sustancial fue consentida por las partes. Los actores solo apelaron la imposición de costas (vide fs. 192 y 199). 10. A foja 205 se reciben las presentes actuaciones en este tribunal. 11. A fs. 211/212 se abre la causa a prueba. A fs. 226/233, 235/238, 247/258, 268/273 y 283/390 se encuentran agregadas las pruebas producidas; y a foja 394 se informa sobre las medidas de prueba cumplidas. A fs. 395 se ponen los autos a alegar. La actora no hace uso de este derecho a pesar de estar debidamente notificada a foja 396vta; y el GCBA alega a fs. 400/409. 12. A fs. 413/419 el Ministerio Público Fiscal emite su dictamen. En punto a la declaración del carácter remunerativo de cada uno de los suplementos abonados a los actores, condiciona su procedencia a la acreditación de los caracteres de normalidad y habitualidad en su percepción. Amén de ello, cita jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones del fuero por la cual se declaró el carácter remunerativo de los rubros Material Didáctico y Material Didáctico Mensual. Respecto a los rubros Garantía Mínima y Garantía Mínima de Aguinaldo agrega que los mismos tienen carácter remunerativo, tal como se informa fs. 367/375. En torno al FONAINDO, efectúa una reseña de los criterios adoptados por las tres Salas de la Cámara de Apelaciones del fuero en esta materia, a la cual se remite. En relación a los aportes previsionales y contribuciones, invoca la jurisprudencia del TSJ (fallo Perona) y propicia la puesta en conocimiento a las autoridades nacionales competentes en la materia de lo que aquí se resuelva. 13. A foja 422 pasan los autos a sentencia.

CONSIDERANDO: I Delimitación del conflicto de autos 1. De acuerdo a los libelos de fs. 1/24, 26/58 y 156/159 la pretensión actora se circunscribe a: a) el reconocimiento del carácter remunerativo de los rubros Material Didáctico (93), Garantía Mínima de Aguinaldo (140), Garantía Mínima (144), Material Didáctico del Bicentenario (397) y FONAINDO (399); b) el cobro de lo adeudado como consecuencia de la falta de pago o del atraso en la percepción del FONAINDO; c) el abono de las diferencias salariales originadas de computar todos estos rubros en la base de cálculo del SAC y de la antigüedad; y d) la integración de los aportes previsionales. Todo ello a partir del 28/05/2007; es decir, 5 años antes de la interposición de la demanda (vide cargo inserto a foja 24 vta. del 28/05/2012). 2. Por su parte, la demandada reconoce que los actores se desempeñan o se desempeñaron bajo su dependencia y que perciben el FONAINDO. Sostiene que el suplemento Material Didáctico se liquida con carácter no remunerativo ya que así fue creada dicha asignación. No controvierte el plazo de prescripción de 5 años esgrimido por la contraria. 3. Desarrollo expositivo a seguir A fin de resolver el entuerto de autos, en primer lugar se establecerá la noción jurídica de remuneración; y en segundo término se tratarán cada una de las pretensiones articuladas respecto a los suplementos salariales puestos en crisis, determinándose, en su caso, la adecuación constitucional y convencional de las normas que los regulan. II Noción jurídica de remuneración A fin de tratar cada una de las pretensiones articuladas por los actores, de manera liminar corresponde conceptualizar a la remuneración. 1. Sabido es que el derecho a una retribución justa tiene basamento constitucional (artículo 14 bis de la Constitución Nacional). A su vez el trabajo se encuentra protegido en todas sus formas junto con la pauta rectora de tratamiento e interpretación de las leyes laborales conforme los principios del derecho del trabajo (artículo 43 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires). 2. Por su parte, entre las obligaciones internacionales asumidas, se encuentra el Convenio de la OIT n° 95 -ratificado por la Argentina el 24 de septiembre de 1956-, en el cual se establece que el salario refiere a la ganancia que percibe el trabajador en contraprestación a las tareas brindadas (artículo 1°(1)). 3. En el orden nacional, la ley nacional de contrato de trabajo n° 20.744(2) (LCT) define al salario como la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo? (artículo 103). 4. En el ámbito local, el Estatuto del Docente Municipal(3) reconoce al personal que abarca el derecho a gozar de una ?remuneración justa y actualizada? (inciso b del artículo 7). A su vez, su artículo 117 establece que la retribución mensual del docente se compone por Asignación por Cargo desempeñado, por la Bonificación por Antigüedad y por ?las restantes retribuciones que le correspondan en virtud de las disposiciones legales?. 5. Cabe señalar que la doctrina y la legislación utilizan en forma indistinta las expresiones retribución, remuneración, salario y sueldo(4). Además, existe una amplia gama de complementos salariales que se adicionan a la remuneración básica de acuerdo a determinadas características del trabajador (antigüedad, título, presentismo, productividad, etc.) o de las condiciones en que se prestan las tareas (insalubridad, horario nocturno, tareas riesgosas, etc). Para referirse a ellos las normas

laborales (leyes, decretos, convenios colectivos, actas paritarias) emplean diversos términos; a saber, adicional, suplemento, plus, premio, etc. Así, la remuneración conforma una ganancia para el trabajador otorgada en virtud de los servicios prestados por aquél. En este sentido la jurisprudencia local 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 de los servicios prestados (...)' Las prestaciones salariales configuran el 'salario laboral', en cuanto constituyen la contraprestación que recibe el trabajador en el marco de un contrato de trabajo o de una relación de empleo público?(5). 6. En este orden de ideas, la determinación de la naturaleza salarial de una determinada percepción dependerá de su sustrato real, con independencia de la calificación legal o convencional otorgada(6). Así las cosas, para que los suplementos revistan calidad de remunerativos deben ser generales, habituales y regulares o permanentes(7). En cuanto a la generalidad, la CSJN ha señalado que se impone el reconocimiento del carácter remunerativo de los rubros si su pago no reconoce otra causa que la retribución por tareas desempeñadas genérica y habitualmente. Ello más allá del nomen iuris que se dé al mismo(8). Mientras que la jurisprudencia local ha sostenido que esta nota se configura cuando se reconocen a favor de un universo de sujetos en tanto 'no se abonan en virtud de ningún requisito o característica especial del agente?(9). La habitualidad implica una periodicidad o continuidad en el pago; es decir, que 'el suplemento debe formar parte del salario del trabajador a lo largo del tiempo?' (10). Mientras que la regularidad remite a la percepción uniforme y sin cambios a lo largo del tiempo. Por lo expuesto, con estas precisiones en mente, corresponde ahora entrar al estudio de las pretensiones del sub examine. III Análisis de las pretensiones imbricadas en el sub examine Tal como ya fuera deslindado ut supra en el apartado I, el entuerto de autos reside en determinar el carácter remunerativo y bonificable de diversos suplementos salariales percibidos por los docentes de autos y, en caso de acoger favorablemente el planteo actor, decidir respecto al cobro salarial pretendido y a la integración de los aportes previsionales correspondientes. A Material Didáctico del Bicentenario 1. Este rubro fue instaurado por la resolución n° 814/ME/2010(11) en sintonía con los festejos conmemorativos del bicentenario de la revolución de mayo. A raíz de que esta decisión nunca fue publicada en el Boletín Oficial, la resolución n° 1.201/ME/2010(12) sustituyó todo su articulado y estableció otorgar a todos los docentes una suma de \$200, a abonarse en 4 cuotas iguales y consecutivas desde marzo y hasta junio de 2010. 2. De las constancias probatorias de autos surge que a foja 369 la Dirección General Administración y Liquidación de Haberes del Ministerio de Economía y Finanzas del GCBA informó que este adicional fue liquidado como no remunerativo. Lo cual se corrobora con los informes y liquidaciones de haberes de los actores obrantes contenidos en los CD glosados a fs. 232, 257 y 386. 3. Así las cosas, no cabe más que concluir que el Material Didáctico del Bicentenario tuvo la modalidad de pago único, tal como lo previó la norma que lo instauró, y fue percibido sólo durante el año 2010. Debido a esta circunstancia, no existen elementos que permitan verificar la regularidad y habitualidad exigida para declarar su carácter de remuneratorio, a tenor de los caracteres que lo componen (ver ut supra punto 6 del apartado II). A la misma conclusión arriba la jurisprudencia local(13). 4. En consecuencia, no asiste razón a los actores en este punto -tal como lo predica el GCBA en su responde de fs. 126/141-, por lo que corresponderá rechazar la demanda en relación al rubro Material Didáctico del Bicentenario. B Garantía Mínima y Garantía Mínima de Aguinaldo 1. El decreto n° 483/05(14) dispuso otorgar a todo el personal docente un adicional remunerativo que sería abonado mensualmente a partir del 1°/03/2005 (artículo 1°). Este suplemento fue declarado sujeto a todos los aportes y contribuciones, pero no bonificable (artículo 4); mas luego fue convertido en bonificable por antigüedad a partir del 1°/11/2005 en virtud de lo reglado en el artículo 1° del decreto n° 684/2006(15). Este adicional fue liquidado con los rubros 120 y 125, y luego con el 6125000, de acuerdo a lo informado en el CD de foja 232. Sobre el mismo, nada reclaman los actores. Por otra parte, este decreto estableció que la Ciudad garantizaría un ingreso mínimo total neto a los docentes de \$600 mensuales (artículo 2)(16). A tal efecto, otorgó a partir del 1°/03/2005 el adicional remunerativo garantía de monto mínimo (artículo 3) -con su SAC proporcional correspondiente- y expresamente estipuló que estaría sujeto a todos los aportes y contribuciones y que sería no bonificable por antigüedad (artículo 4)(17). Éste es el alcanzado por el reclamo actor. 2. El material probatorio incorporado al sub lite corrobora dicha manera de liquidación (ver informes de la Dirección General Administración y Liquidación de Haberes del Ministerio de Economía y Finanzas del GCBA obrantes a fs. 226/233, 247/258 y 283/390). Puntualmente, a foja 367 se consiga como remunerativos los rubros SAC Garantía Mínima Dec. 483/05 (rubro 140) y Garantía Mínima Dec. 483/05 (rubro 144), en consonancia con el decreto n° 483/05 antes reseñado. Así, estos adicionales siempre han sido remunerativos. Sin embargo, ni de los recibos de sueldo acompañados a fs. 38/53 ni de las planillas de liquidaciones obrantes en el CD de foja 232 se desprende que dichos rubros 140 y 144 hayan sido percibidos por los actores durante el período reclamado en autos (desde el 28/05/2007). Cuesta comprender las razones por las cuales el letrado de los actores al momento de demandar reclamó estos suplementos pese a que de los propios recibos de sueldo por él aportados surgía que la no percepción de estos rubros (140 y 144). Mucho más difícil aún resulta avizorar esta postura frente a la probanza aportada por el GCBA a foja 232 -en el mismo sentido-. Tal negligencia profesional, con el dispendio jurisdiccional que ello conlleva, será ponderada al momento de imponer las

costas. 3. En consecuencia, al no asistir razón a los actores en torno al cobro de estos dos adicionales, corresponderá rechazar la demanda en relación a los rubros Garantía Mínima y Garantía Mínima de Aguinaldo. C Material Didáctico 1. Marco normativo Este adicional fue creado por el decreto n° 786/93(18) con el espíritu de colaborar con los docentes en la adquisición de elementos de trabajo para prestar la tarea pedagógica. En un comienzo se otorgó por la suma de \$75 a todo el personal docente (artículo 1°). Desde su instauración fue abonado en forma sistemática, en una o en varias cuotas mensuales según el caso, y su valor se fue incrementando a lo largo del tiempo. En este punto pueden verse los decretos n° 316/96(19), 610/97(20), 1105/98(21), 745/99(22), 564/00(23), 567/02(24), 383/03(25), 751/04(26), 547/05(27) y 1.294/07(28); y las Actas Paritarias Docentes 2012(29), 2013(30), 2014(31), 2015(32), 2016(33), 2017(34) y 2018(35). En relación a la manera de liquidarlo, por primera vez los decretos n° 567/02 y 383/03 estipularon respectivamente que para los años 2002 y 2003 este rubro tendría el carácter de no remunerativo (artículo 3 en ambas normas). En el 2004, el decreto n° 751/04(36) declaró que tendría carácter no remunerativo y no bonificable por antigüedad (artículo 3). Esta modalidad fue expresada sucesivamente en el decreto n° 547/05(37) (artículo 3); en el Acta Paritaria 2012 (punto 8); y en las resoluciones n° 264/ME/14(38) (artículo 4) y n° 1386/SSPEC/14 (artículo 6). Por último, el Acta Paritaria Docente 2015(39) dispuso que a partir del mes de agosto de 2015 se unificarían los conceptos Material Didáctico y Material Didáctico Mensual y la suma resultante se consideraría dentro de la garantía mínima establecida en el adicional del decreto n° 483/05 (reseñado ut supra en el punto B.1 de este apartado).

2. Material probatorio arrojado al sub lite De las acreditaciones de autos, se desprende que los actores, docentes dependientes del GCBA, percibieron el rubro Material Didáctico con regularidad durante el período reclamado en autos (vide recibos de sueldo de fs. 38/53 y 287/299 y liquidaciones en los CD obrantes a de fs. 232, 257 y 386). Claro está como no remunerativo y no bonificable de consuno con la normativa relevada en el punto precedente.

3. Carácter del suplemento Descripto el marco normativo y reseñadas las constancias probatorias del sub lite, se advierte sin mucha dificultad que la percepción del Material Didáctico no depende de ningún evento, circunstancia extraordinaria o impropia de la relación laboral que vincula a ambas partes. Aquél fue otorgado a favor de todo el personal docente por la mera y efectiva prestación de sus tareas -universo que abarca a los aquí actores-; y se abonó de manera regular, junto con los haberes mensuales, con el objetivo de coadyuvar a la adquisición de elementos de trabajo para facilitar la tarea pedagógica diaria y habitual que desarrollan los agentes. Es decir, su presupuesto no es otro que la efectiva prestación de tareas. A mayor abundamiento, las normas que instauraron su pago denotan claramente que las sumas abonadas retribuyen el cumplimiento de las tareas laborales habituales asignadas a los actores. El ámbito concreto de aplicación de su régimen -a través de decretos, resoluciones o acuerdos colectivos de trabajo- denota no sólo la vinculación con el efectivo ejercicio de las tareas asignadas por el empleador sino también la generalidad de sus beneficiarios. De igual manera, la periodicidad con la cual las sumas del sub examine han sido otorgadas revela la regularidad en su percepción. En lo que respecta a la generalidad, se advierte que el único requisito para la individualización de los agentes beneficiarios de su otorgamiento responde a una circunstancia objetiva: encontrarse incluidos en el ámbito de aplicación de la normativa que implementó los rubros en cuestión. Mas la percepción de dichas sumas no depende de las condiciones particulares de los agentes alcanzados ni de decisiones discrecionales del empleador. La regularidad con que se determinó abonar las sumas debatidas y la continuidad de su pago, de acuerdo a la propia letra de las normas que los instauran, son suficientes para tener por configurada la nota de habitualidad propia de las sumas remunerativas(40).

4. Así, el adicional Material Didáctico se presenta como normal, ordinario, general y habitual, lo cual lo identifica con el concepto de remuneración -ver ut supra punto 6 del apartado II-. Por ello, no cabe más que concluir que la suma otorgada bajo esta denominación encuadra perfectamente en lo que la ley entiende por remuneración. A idéntica conclusión han arribado todas las Salas que integran la Cámara de Apelaciones del fuero(41).

5. Bonificación Despejado el carácter remunerativo de este suplemento, resta analizar si procede el pago de diferencias salariales por Antigüedad en relación a este rubro, tal como lo requieren los actores en su libelo inicial de fs. 1/24 y en su ratificación de fs. 156/159. De acuerdo a la forma en la cual está establecida la composición del salario docente por ley (Estatuto Docente) -ver ut supra punto 4 del apartado II-, ello implica declarar carácter bonificable de estos adicionales, a contrario sensu de lo que reglaron las normas de su instauración. En este punto, resulta ilustrativo recordar que bonificable es el suplemento que se computa a los fines de liquidar otros conceptos salariales, como por ejemplo, el plus por antigüedad(42). A partir de la jurisprudencia dictada por el TSJ desde el año 2005 en adelante, esta sentenciante modificó su criterio anterior, y comenzó a rechazar el carácter bonificable de adicionales similares al aquí tratado. Ello, en consideración al Estatuto Docente que no impide al Poder Ejecutivo establecer rubros remunerativos no bonificables. Si bien el artículo 118 de tal cuerpo no fija la base sobre la cual debe liquidarse la bonificación por antigüedad, corresponde entender que aquélla aplica respecto a los incisos a) y c) del artículo 117, a menos que se hubiese establecido lo contrario, previsión que la norma en crisis no efectuó(43). Así, no corresponde predicar que un adicional remunerativo deba ser indefectiblemente considerado bonificable; para determinar tal carácter debe indagarse en la norma regulatoria a fin de dilucidar la voluntad de quien la dicta -en el caso, el propio empleador de los docentes-(44)

]. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "una cosa es considerar que ellos [los adicionales] forman parte de la percepción normal, habitual y permanente, y que su contenido es... de esencia retributiva, y otra, muy distinta, que por tal circunstancia deban automáticamente ser tenidos en cuenta para el cálculo de otras bonificaciones"(45). En este punto, expresó que "...también se ha 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"(46). Así las cosas, para el caso del suplemento material didáctico las normas que establecen su forma de liquidación han establecido su carácter no bonificable (artículo 3 del decreto n° 547/05, punto 8 del Acta Paritaria 2012; artículo 4 de la resolución n° 264/ME/14 y artículo 6 de la resolución n° 1386/SSPEC/14).

6. En consecuencia, habrá de hacer lugar a la demanda en cuanto al carácter de remunerativo del suplemento Material Didáctico y desecharla en relación al carácter bonificable.

D Fondo Nacional de Incentivo Docente

1. Marco normativo del suplemento

1.1. Creación y carácter La ley nacional n° 25.053(47) creó el FONAINDO para ser destinado a abonar una asignación especial de carácter remunerativo (artículos 1° y 13(48)). En este marco, el Consejo Federal de Cultura y Educación y las organizaciones sindicales representantes de los docentes celebraron varios acuerdos (artículos 14(49) y 15(50)). En los mismos, se fijaron los criterios de distribución de dicha asignación entre los distintos cargos, conforme pautas que reglan los sujetos que acceden a la asignación, la cantidad de horas de servicio contempladas para su asignación, el límite de asignaciones por docente, la periodicidad de la liquidación, la denominación y carácter del rubro, etc (ver Resoluciones CFCyE n° 102/99 y 122/99). Asimismo, la referida ley dispone que la Ciudad debe presentar al Ministerio de Educación de la Nación las plantas docentes que cumplan con las condiciones determinadas en la ley; base sobre la cual se realizarán las transferencias de los recursos a cada jurisdicción (artículo 16(51)). Luego, establece que el GCBA deberá liquidar y abonar a cada docente el importe pertinente discriminado bajo el rubro Fondo Nacional de Incentivo Docente (artículo 17(52)). Así, en los años sucesivos a la sanción de la ley fueron suscriptas diversas Actas entre el GCBA y el Consejo Federal de Cultura y Educación en las que se dejaron constancia que la Nación realizaba la transferencia del monto correspondiente al fondo en forma global y que éste era estimado conforme la "pre liquidación" que la Ciudad practicaba periódicamente según los criterios establecidos en las resoluciones referidas (dichas actas fueron ratificadas mediante los decretos n° 620/2002, 1.649/2002, 2.123/2003 y 742/2004).

1.2. Obligación de liquidar el adicional Si bien es cierto que el Estado Nacional es el encargado de transferir los recursos para el pago del FONAINDO, de la normativa citada surge en forma expresa que se encuentra a cargo del GCBA -en su condición de empleador- la obligación de liquidar y abonar a cada docente que se desempeñe bajo su ámbito el importe correspondiente con el carácter que la ley de creación le ha dado(53). Repárese que en el ámbito local, las resoluciones n° 1.024/SED-SHyF/99 -para el personal docente de la Secretaría de Educación- y n° 1.169/SED-SHyF/99 -para el personal docente de las Secretarías de Salud, Promoción Social y Cultura- fijaron estos criterios de liquidación (artículo 3 del Anexo I). Se estableció que el fondo sería de carácter remunerativo y no bonificable a los únicos efectos de integrar la remuneración; pero no estaría sujeto a aportes y contribuciones que recayesen en el básico salarial, ni se calcularía para el sueldo anual complementario(54).

1.3. Financiamiento del Fondo En un primer momento, este fondo estuvo financiado con un impuesto nacional transitorio sobre automotores, motocicletas y motos de determinadas características (conforme artículo 1° de la ley nacional n° 25.053). Luego, pasó a estarlo con los ingresos provenientes de una partida presupuestaria específica incluida en el presupuesto nacional, con cargo a rentas generales (artículo 11 de la referida ley con las modificaciones introducidas por el artículo 2 de la ley nacional n° 25.919). Cabe aclarar que la manera en que el Estado Nacional financia este fondo, en nada incide respecto de las obligaciones de las autoridades locales en lo concerniente a su liquidación y pago. La circunstancia de que el rubro de marras y los fondos asignados a su pago estén contemplados en una ley nacional, en nada obsta a sus efectos directos en el ámbito local. Ello, en tanto el GCBA se halla compelido a dar cumplimiento a los deberes específicos impuestos, para hacerlas aplicables en cada jurisdicción.

1.4. Síntesis normativa: carácter remunerativo del suplemento Del soporte normativo deslindando ut supra, resulta claro que el fondo reviste carácter remunerativo atento lo reglado en el artículo 13 la ley nacional n° 25.053 -el cual se replicó en las resoluciones locales antes mencionadas, conforme Anexo I del artículo 3-. Frente a ello, surge su desfiguración en el ámbito local, en tanto el GCBA regula que FONAINDO "no estará sujet[o] a aportes y contribuciones que recaen en el básico, ni se calculará para el sueldo anual complementario" (resoluciones n° 1.024/SED-SHyF/99 y 1.169/SED-SHyF/99).

2. Decisiones judiciales locales disímiles en torno al FONAINDO

Descrito el marco normativo que involucra este fondo -con la complejidad que aquél conlleva como consecuencia de las jurisdicciones involucradas y de las obligaciones de transferencia y pago establecidas-, en forma previa a resolver el entuerto de autos en este punto, resulta necesario efectuar la siguiente reseña jurisprudencial. Ello, atento al diverso tratamiento que las decisiones judiciales fueron efectuando respecto a quién es el sujeto obligado al pago y a la liquidación de este fondo.

2.1. Diversos criterios adoptados por la Cámara de Apelaciones en lo CAYT de la Ciudad. El FONAINDO ha sido analizado por las Salas que integran la alzada

local de manera diversa a lo largo del tiempo, con presencia de una gran cantidad de fallos sobre este tema. Debido a los constantes cambios de integración en cada una de las tres Salas que integran la Cámara de Apelaciones del fuero -debido a sucesivas y variadas subrogancias-, resulta ilustrativo reseñar los precedentes por votos emitidos en la decisión y no por el órgano que los elaboró.

2.1.1 Así, especialmente en un comienzo, muchos fallos admitieron las demandas promovidas contra el GCBA por el cobro de FONAINDO, y condenaron al estado local a liquidar este suplemento como remunerativo y a abonar las diferencias salariales correspondientes, en particular las relativas al SAC. Estas decisiones tuvieron en cuenta que este suplemento es remunerativo por expresa decisión del artículo 13 de la ley nacional n° 25.053 y que con tal carácter debe ser liquidado por el GCBA. Específicamente señalaron que el GCBA no puede exonerarse de la responsabilidad de pagar las contribuciones que se derivan del cobro de FONAINDO, so pretexto de alegar que es el Estado Nacional quien liquida y transfiere el fondo. Ello, por cuanto la obligación de pago del fondo corresponde al empleador de los docentes actores, es decir, compete al GCBA. Entre muchos otros, pueden verse los casos ?Díaz? y ?Santaolalla? de Sala 1(55); ?Bajura? y ?Larrategui? de Sala 2(56); y ?Zega? y ?Alonso? de Sala 3 (57).

2.1.2. Luego, otros fallos rechazaron las demandas con el argumento de que el GCBA estaba mal demandado. Algunos de los camaristas que antes sí admitían este tipo de reclamos, cambiaron su razonamiento y empezaron a entender que la Administración local -a pesar de ser el empleador de los docentes y ser quien les liquida sus salarios- no era el titular jurídico de la relación jurídica sustancial, y que debía demandarse al Estado Nacional al controvertirse el alcance y la aplicación de la ley nacional n° 25.053 (vg. Centanaro, Juan Lima, Shafrik y Zuleta (estos últimos jueces volvieron a sus posturas originarias de admitir las demandas, para luego rechazarlas nuevamente después del caso Ghiotto del TSJ). En este universo de precedentes, pueden verse entre varios otros ?Bisagno? y ?Ainstein? de Sala 1(58); ?Palomares?, ?Nieto? y ?Larralde? de Sala 2(59); y ?Oreja? de Sala 3(60).

2.1.3. Por último, los jueces que estuvieron a favor de admitir demandas por la remuneratividad de este fondo docente, en la actualidad rechazan las demandas por aplicar la doctrina del fallo ?Ghiotto? del TSJ(61).

2.2. Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad - Fallo Ghiotto El 06/12/2017 al resolver la causa ?Raquel Teresa Ghiotto?(62) el TSJ por mayoría admitió la queja y el recurso de inconstitucionalidad del GCBA, revocó la sentencia de cámara y rechazó la demanda interpuesta, en base a las siguientes consideraciones. Cuatro de sus cinco integrantes -a la fecha sólo dos de ellos permanecen en funciones, Lozano y Weinberg- entendieron que no se puede reconocer al GCBA como titular de la relación jurídica sustancial en este tema. Ello, en tanto las diversas previsiones de la ley nacional n° 25.053 (en especial, artículos 11, 16 y 17) dan cuenta de que gobierno local -al igual que el resto de las provincias- sólo es un mero intermediario del régimen allí instituido, en la medida que los recursos destinados al suplemento de marras son aportados, distribuidos y determinados por el Estado Nacional. Señalaron que en virtud de ?características del régimen establecido mediante la ley n° 25.053, es posible concluir que el Estado local no puede ser considerado válidamente con legitimación pasiva para resistir la pretensión esgrimida por los actores pues de las normas reseñadas no surge que el GCBA tenga margen de decisión respecto de la determinación ni el modo de liquidar el adicional en cuestión. Por tanto, cualquiera sea el acierto o error del criterio fijado por el Estado Nacional mediante el decreto n° 1125/99 -modificatorio de la reglamentación de los arts. 12, inc. c), y 13 de la ley n° 25.053- lo cierto es que nada podría decidirse al respecto sin la indispensable intervención del Estado Nacional en el pleito.? (voto conjunto de los jueces Casás y Weinberg). Sin embargo esta decisión judicial no se encuentra firme, dado que el recurso extraordinario federal interpuesto por la docente Ghiotto fue concedido el pasado 18/06/2018(63). A la fecha, la causa se encuentra en trámite por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación(64).

3. Circunstancias particulares en las que se imbrica el sub exmine 3.1. Tal como surge del relato de los hechos de la presente sentencia, este juicio fue iniciado y tramitado por ante el fuero Contencioso Administrativo Federal y en él se encontraban demandados tanto el Estado Nacional como el GCBA (vide fs. 1/58). El Estado Nacional interpuso la falta de legitimación pasiva. Sostuvo que el Ministerio de Educación de la Nación no reviste la calidad de empleador y no es el responsable de la liquidación de haberes de los docentes aquí actores; resorte exclusivo del GCBA (vide fs. 102/124). Esta defensa fue admitida en la instancia federal. Allí se resolvió que el Estado Nacional no es el titular de la relación jurídica de autos (vide fs. 183/184). En consecuencia, al quedar el GCBA como único demandado, la jueza federal interviniente se declaró incompetente y remitió las actuaciones a esta jurisdicción. Esta decisión -declarar la falta de legitimación del Estado Nacional por no ser el titular de la relación jurídica en esta contienda referida a la manera de liquidar el FONAINDO- se encuentra firme y ha pasado a ser cosa juzgada, dado que el GCBA ha consentido la misma.

3.2. Frente a esta decisión judicial firme, ¿puede aplicarse per se la doctrina del TSJ in re ?Ghiotto?(65) Si se aplicara tal solución, el GCBA no sería el titular de la relación jurídica de autos. Pero el Estado Nacional tampoco, entonces ¿quién sería el responsable por la liquidación del FONIANDO como suplemento remunerativo? ¿Ninguno de los dos? Pareciera que esta opción configuraría una denegación de justicia.

4. Jurisprudencia uniforme de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal Antes de contestar el interrogante anterior, cabe señalar que lo decidido por la jueza federal en estas actuaciones no se presenta como un razonamiento efectuado en soledad. En este punto resulta

persuasivo un repaso por la jurisprudencia uniforme de las 5 Salas que integran la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en este tema. Dichos tribunales federales han fallado a favor de la falta de legitimación pasiva del Estado Nacional en juicios en los cuales los actores requerían que el GCBA liquidara con carácter remunerativo el FONAINDO y les abonara las diferencias salariales derivadas en consecuencia. Asimismo, cuando esta excepción no fue interpuesta, o fue rechazada en primera instancia, en los casos en que se dictó sentencia condenando al Estado Nacional y al GCBA en forma conjunta, la alzada revocó sistemáticamente la condena dirigida al Estado Nacional. En ambos escenarios, los camaristas federales expresaron que es el propio artículo 17 de la ley nacional n° 25.053 el que establece que son las autoridades de cada provincia y las de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires las que liquidarán y abonarán 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. Sostuvieron que el Estado Nacional no es el empleador de los docentes y que su obligación se limita a transferir los recursos del FONAINDO y a velar por el cumplimiento de las condiciones previstas en la ley. Afirmaron que el GCBA es el único responsable de la liquidación del suplemento en cuestión como así también de su correcto pago. Concluyeron que el Estado Nacional no ostenta el carácter de titular de la relación jurídica que los actores docentes esgrimen en estos conflictos. Entre muchos otros precedentes, pueden leerse los fallos que se citan al pie(66). 5. CSJN - Caso Avanzatti Por último y no por ello de menor importancia, no puede soslayarse lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia el 29/08/2017 en el fallo ?Avanzatti?(67). El cual, irradia luz sobre este tópico. El caso llegó a la Corte por una cuestión de competencia. En aquél los actores -docentes retirados- demandaron a la Provincia de Entre Ríos a fin de incorporar en la base de cálculo de sus haberes jubilatorios las sumas percibidas en concepto de FONAINDO; ello debido a que el estado local les había liquidado este suplemento como no remunerativo. Entre Ríos citó como tercero al Estado Nacional; y este último al presentarse interpone excepciones de incompetencia y de falta de legitimación pasiva. La justicia entrerriana declaró su incompetencia y remitió la causa a la Corte Suprema por entender que era una cuestión sometida a su competencia originaria. En este marco, el Máximo Tribunal Federal, a fin de establecer el fuero competente, analizó el tipo de relación jurídica que une a las partes, al estar controvertido quién es el responsable de liquidar como remunerativo el FONAINDO. Así, sostuvo que ?la circunstancia de que el pago del suplemento en cuestión se solvente con dinero que la provincia recibe del Fondo de Incentivo Docente, no autoriza por sí sola, a atribuir al Estado Nacional legitimación pasiva para actuar en el proceso (arg. Fallos: 327:4305; 328:5, entre otros). Tampoco justifica su intervención en tal carácter el hecho de que sea demandado por su actividad legislativa, lo que solo determina el marco jurídico aplicable (Fallos: 2321:551; 325:961, entre otros), sin pasar por ello a integrar la relación jurídica sustancial sobre la base de la cual se entable la demandada, de forma tal que la sentencia que se dicte resulte obligatoria? (resaltado añadido). Por ello, admitió la defensa del Estado Nacional, descartó su competencia originaria y devolvió la causa a la justicia provincial. Es curioso que este fallo de la Corte Suprema sea anterior al dictado por el TSJ en Ghiotto y a varios de los precedentes emitidos por la Cámara de Apelaciones en lo CAyT local, citados ut supra; sin que se hayan brindado argumentos superadores del mismo para un apartamiento de aquél(68). Las premisas que se desprenden del pronunciamiento reseñado, a las claras socavan los argumentos vertidos por parte de la jurisprudencia local. 6. Necesaria derivación lógica: el GCBA titular jurídico de la relación jurídica sustancial en el sub examine. Inaplicabilidad de la doctrina del TSJ in re Ghiotto. Por la reseña jurisprudencial hasta aquí efectuada, en especial por lo dicho por la Corte Suprema en el caso Avanzatti, en el caso concreto de autos se habrá de soslayar la aplicación de la doctrina sentada por el TSJ en el fallo Ghiotto. El GCBA no tiene la potestad de disponer de los fondos involucrados en el FONAINDO, sólo distribuye los montos que le transfiere el Estado Nacional por este concepto -de acuerdo a lo reglado en la ley nacional n° 23.053 y sus normas reglamentarias-. Sin embargo, el estado local es el titular de la relación jurídica sustancial, puesto que a él le compete la obligación de liquidar como remunerativo el FONAINDO, de acuerdo a la establecido en el artículo 13 de la ley nacional n° 25.053. Lo cual necesariamente implica el deber de asumir las obligaciones económicas que de ello se derivan. A saber, abonar y/o retener todas las contribuciones que afecten a un suplemento salarial remunerativo (vg. SAC, obra social, jubilación, etc). Todo ello, en virtud de su rol de empleador de los docentes. En nada altera esta conclusión el hecho de que el suplemento en cuestión esté financiado por un impuesto nacional. Ello, en tanto corresponde distinguir entre el sujeto obligado a su pago (GCBA) y el sujeto que recauda ingresos para su financiamiento (Estado Nacional). 7. Constancias probatorias del sub examine en este punto. Despejada la titularidad del GCBA en la relación jurídica sustancial de autos en lo atinente a la liquidación del FONAINDO, corresponde ahora indagar sobre la prueba producida en autos. Así, de los informes de fojas 226/233, 235/238, 247/258, 268/273 y 283/390 surge acreditado que los actores se desempeñan como preceptoras o docentes; que todos los demandantes percibieron el rubro FONAINDO de manera regular; que dicho adicional fue liquidado con carácter no remunerativo y no bonificable, y que no fue tenido en cuenta al momento de calcular el SAC ni se efectuaron sobre aquél aportes o contribuciones al sistema de seguridad social. El GCBA no ha aportado argumentos que conduzcan a desconocer el carácter remunerativo que emana de la propia ley y el

mentado anexo reglamentario. Antes bien, se limita a solicitar el rechazo de la pretensión actora respecto de la adjudicación de tal carácter. En este sentido la jurisprudencia del fuero ha sostenido inveteradamente que "no resultan atendibles las defensas esgrimidas por el Gobierno... tendientes a justificar el pago de dicho suplemento como no remunerativo, en franca contradicción con lo dispuesto por el precepto legal"(69).

8. En síntesis, de la normativa reseñada y de la prueba aportada a la causa, no existen dudas sobre el carácter remunerativo del FONAINDO. En tanto fue y es abonado de manera general, habitual y regular. Por ende, al ser salarial este suplemento debe integrar la base de cálculo del sueldo anual complementario y deberán abonarse las diferencias salariales por tal concepto por el período reclamado en autos, con más sus intereses hasta la fecha de su efectivo pago.

9. Bonificación del FONAINDO En torno a la pretensión de que el FONAINDO sea bonificable, aquí resulta aplicable lo predicado ut supra en el punto C.5 de este apartado. Para este fondo, el legislador dispuso a través del decreto reglamentario n° 878/99 (con la modificación del decreto n° 1125/99) que no es bonificable. Lo cual no colisiona con la ley nacional n° 25.053 que lo instauró, la cual sólo previó su carácter remunerativo (artículo 13). En este mismo sentido se orienta la jurisprudencia local(70). En consecuencia, corresponderá rechazar la demanda en torno a la declaración de bonificable del FONAINDO.

10. Falta de pago del FONAINDO o pago fuera de término. Los actores solicitan que el pago de lo adeudado por el rubro FONAINDO debido a su falta de abono o bien por el atraso incurrido en su percepción, mas no indican ni precisan los meses en los cuales estos supuestos hechos ocurrieron. En este punto, cabe recordar que el artículo 301 del CCAyT establece que cada parte soporta la carga de la prueba de los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende. Lo cual constituye un imperativo del propio interés del litigante. Sabido es que la valoración de la prueba es el acto mediante el cual el órgano judicial, en oportunidad de dictar sentencia definitiva, se pronuncia acerca de la eficacia o atendibilidad de aquélla para formar su convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos del proceso(71). La actividad probatoria de los paticionarios no ha sido orientada a demostrar que esta falta de pago o este atraso sea imputable al GCBA. Por ende, sus dichos carecen de respaldo probatorio suficiente. Razón por la cual, corresponderá rechazar la demanda en este punto.

E Integración de los aportes y contribuciones previsionales

1. Los actores solicitan se condene a la demandada a efectuar los aportes y contribuciones de la seguridad social debidos como consecuencia de haber liquidado como no remunerativos los suplementos de marras. Mientras que el GCBA se opone a esta pretensión y esgrime la defensa de falta de legitimación pasiva respecto a este reclamo.

2. En este punto, debe aplicarse la doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia en el caso Perona, en virtud de la cual no pueden "... 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... Ello es así, pues, de lo contrario, no sólo se violaría el derecho de defensa en juicio de la AFIP (que no tuvo intervención en autos) sino que 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)?; y corresponde "poner en conocimiento de la Administración Federal de Ingresos Públicos lo decidido... en el proceso con el objeto que la misma proceda como estime corresponder"(72). Criterio mantenido en los sucesivos pronunciamientos(73). En consecuencia, no podrá tener favorable acogida la pretensión actora en este punto. Sólo corresponderá poner en conocimiento de la ANSES y de la AFIP lo aquí decidido, con el objeto de que dichos organismos adopten las medidas que estimen adecuadas respecto de los aportes debidos.

IV Inconstitucionalidad de las normas que instauran sumas no remunerativas

1. Sabido es que desde antaño se reconoce a los jueces el deber de examinar las leyes en casos concretos, confrontándolas con el texto constitucional y la obligación de "...abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella..."(74). Es que la potestad judicial de suplir el derecho no invocado incluye el deber de preservar la supremacía constitucional(75). Razonamiento que se reproduce sin hesitación desde el año 2001 y en los pronunciamientos de la CSJN(76). En consecuencia, corresponderá seguidamente analizar la validez de las normas que instauran como no remunerativas las sumas de marras.

2. En este contexto, cuadra apuntar que el sub examine se enmarca bajo la protección que emerge del artículo 14 bis de la Constitución Nacional en torno al trabajo y la pauta señera que fluye de éste y de la garantía de igualdad contenida en su artículo 16 en lo atinente al principio de igual remuneración por igual tarea. Ello, se actualiza con el artículo 43 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su remisión a los convenios ratificados y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. Bajo esta mirada corresponde pues dilucidar si las normas que asignan carácter no remunerativo a sumas aquí cuestionadas por los actores representan una razonable reglamentación de los derechos y garantías ut supra referidos.

3. Test de razonabilidad Como ya se señalara, el carácter no remunerativo de las sumas cuestionadas por los actores se deslinda de la normativa que implementó su pago. En ese marco, corresponde ingresar en el análisis de lo que la doctrina ha dado en llamar test de razonabilidad normativa, que evalúa la coherencia que existe entre los actos reglamentarios y las normas legales y constitucionales. Ello, a la luz de las disposiciones que anidan los artículos 28 CN y 10 CABA. Así las cosas, el carácter no remunerativo de las sumas de marras no se compadece con todo el bloque normativo reseñado ut supra en los apartados II y III ni con el supranacional y constitucional que se expondrá ut infra. Además de vislumbrarse

incompatible, claro está, con los principios rectores de la materia. Al respecto debe destacarse que si bien es facultad de las autoridades locales administrar sus recursos económicos y reglamentar las condiciones contractuales de las relaciones de empleo público de las que es parte, no puede suprimir o alterar la esencia de los derechos que reglamenta. De esta manera, la calificación de "no remunerativo" de los suplementos cuestionados por los actores deviene írrita. Las sumas correspondientes a esos rubros salariales ostentan los caracteres de la remuneración, en tanto son percibidas de modo periódico, habitual y general por los agentes en razón de su desempeño laboral. Su descalificación como "no remunerativas" violenta pues el principio de razonabilidad y consecuentemente conculca el principio de legalidad. Además lesiona el derecho a una remuneración justa y contraviene las normas que le imponen al GCBA el cumplimiento de los deberes previsionales y de seguridad social. Sobre el punto, la Corte Suprema ha manifestado que "...en virtud de la protección constitucional que goza el salario (art. 14 bis, CN) cualquier limitación sobre él debe ser dispuesta por el Poder Legislativo, mediante el dictado de una ley"(77). De lo expuesto, se colige que desconocer la supremacía de la ley de jerarquía constitucional y supranacional (artículos 31 y 75, inc. 22, de la CN) conlleva un fraude legal que menoscaba el derecho de los actores a percibir una remuneración íntegra, por lo cual no supera el test de razonabilidad aquí efectuado.

4. Afectación de los principios laborales involucrados en autos. Asimismo, las normas serán contrastadas a la luz de los principios laborales de primacía de la realidad e irrenunciabilidad. Ello, en tanto el artículo 43 in fine de la CCABA impone que el tratamiento y la interpretación de las normas laborales se efectúen con adecuación a los principios del derecho del trabajo.

4.1. Principios de primacía de la realidad e indisponibilidad del carácter remuneratorio. De consuno con este principio, se asevera que la realidad prevalece sobre la apariencia externa o formal del acto. Vale decir entonces, ante la falta de correlación entre lo sucedido en los hechos y lo pactado o declarado deviene imperioso dar primacía a aquéllos. Bajo tal premisa, cabe destacar que la calificación normativa, que utiliza la demandada respecto de las sumas que abona como retribución al desempeño de sus agentes, no constituye un elemento disponible para el empleador ya que por imperio del principio en análisis la naturaleza salarial no deriva de la voluntad de las partes sino del carácter oneroso y alimentario de la contratación. Así lo deja plasmado la jurisprudencia en casos similares al señalar que las normas que atribuyen la calificación de no remunerativo resultan "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)... Así, la Corte tiene establecido que el carácter remunerativo de los conceptos que integran el salario dependen de una constatación de hecho que atienda a la circunstancia de que el importe pertinente haya sido otorgado a la generalidad del personal"(78). De tal principio se colige que la realidad que circunda la percepción de las sumas otorgadas prevalece sobre la letra de las normas mencionadas ut supra objeto de debate. Ello así, a tenor de que los suplementos que retribuyen el desempeño laboral normal y habitual y las sumas entregadas no son excepcionales ni únicos.

4.2. Principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales. Sabido es que las normas que reglamentan su ejercicio no pueden modificar en forma negativa los derechos de los trabajadores. En tal sentido, resulta plenamente aplicable el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales que busca evitar que el trabajador "acepte estipulaciones que impliquen renunciaciones y, para ello, excluye la validez de toda convención de parte que suprima o reduzca los derechos previstos en las normas legales, estatutos profesionales o convenciones colectivas"(79). Tal principio se relaciona en este aspecto sujeto a estudio con la tutela preferencial que exhibe el actor. El cual se advierte soslayado frente a la descalificación salarial de la norma analizada en perjuicio de aquélla. La tésis del derecho colectivo en pos de la defensa de los intereses de los trabajadores, en el sub examine transgrede la frontera de lograr mejores condiciones salariales para aquéllos. En este contexto, la percepción de estos rubros salariales en forma regular y habitual torna incuestionable la plena aplicación de los principios laborales a estudio.

4.3. Conclusión en torno a la inconstitucionalidad en cuestión. Las consideraciones expuestas ut supra generan la nítida convicción respecto del desacierto de las normas en crisis al calificar como no remunerativas a las sumas percibidas por los actores con el palmario carácter alimentario y como contraprestación a la dación de sus tareas. La conducta desplegada por la Administración, al desconocer el carácter salarial de los suplementos en cuestión, resulta renuente a cumplir el pacto de sociabilidad que la Constitución de la Ciudad presupone, en protección al trabajador y en remisión a los principios del derecho laboral a través del artículo 43 de la carta magna local. Así, se advierte configurada una ilegítima restricción a los derechos de los actores reconocidos en el artículo 14 de la CN y en el artículo 43 de la CCABA en tanto se vulnera sus derechos a obtener una remuneración justa y se contradice el orden público laboral y los principios que lo informan. De esta manera, la calificación de no remunerativa que se ha impuesto a sumas que ostentan todos los caracteres de la remuneración -en tanto son percibidas de modo periódico, habitual y general por los agentes en razón de su desempeño laboral- mediante el dictado de diversas normas, violenta el principio de razonabilidad y consecuentemente conculca el principio de legalidad. Además, lesiona el derecho a una remuneración justa y contraviene los principios laborales de indisponibilidad(80) e irrenunciabilidad(81). Por ello, para el caso concreto corresponderá declarar la inconstitucionalidad del artículo 3 del decreto n° 547/05, del punto octavo del Acta Paritaria 2012, del artículo 4 de la

resolución n° 264/ME/14 y del artículo 6 de la resolución n° 1386/SSPEC/14 en cuanto disponen o prorrogan el carácter no remunerativo de los rubros FONAINDO y Material Didáctico; y del artículo 3 del Anexo I de las resoluciones n° 1.024/SED-SHyF/99 y 1.169/SED-SHyF/99 en cuanto establece que el rubro FONAINDO no estará sujeto a aportes y contribuciones que recaigan en el básico salarial ni en el cálculo del Sueldo Anual Complementario. V Control de convencionalidad

1. En esta etapa de análisis corresponde recordar la obligación emergente del artículo 27 de la CN relativa a afianzar relaciones de paz mediante la celebración de tratados. La República Argentina así lo ha reconocido mediante la suscripción de diversos convenios internacionales y la incorporación al bloque de constitucionalidad federal de un plexo de instrumentos de reconocimiento, vigencia y preservación de los derechos humanos. Entre ellos, la Convención Americana de Derechos Humanos (82) en su artículo 1° establece como obligación de los Estados Partes el respeto y la garantía del libre ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta disposición se complementa con el principio *pacta sunt servanda* contenido en el artículo 26 de la Convención de Viena(83). De la interrelación armónica de ambos, emerge la obligación en cabeza del Estado(84) -en todas sus órbitas de actuación- de garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos de buena fe. En particular, en la prestación del servicio de justicia no debe soslayarse aquella obligación situada en cabeza de los magistrados de ejercer el control de convencionalidad, mediante la evaluación del respeto al plexo internacional de derechos de las normas aplicadas en cada caso. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que los jueces ¿deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana?(85). Conteste con ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación recoge de modo expreso el control de convencionalidad interno que enuncia tal organismo como pieza central de la plena eficacia de los derechos humanos (86).

2. Fuentes jurídicas en torno a la remuneración justa En el sub examine, resulta de aplicación directa el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales(87), en tanto reconoce el derecho al salario equitativo e igual por trabajo de igual valor sin distinciones de ninguna especie. Por su parte, también es mandataria la Opinión Consultiva n° 18/2003 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual se concluye que ¿Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional? (88). Asimismo, tanto el preámbulo de la Constitución de la OIT como el Convenio OIT n° 100 (89) propugnan el reconocimiento del principio de salario igual por trabajo de igual valor y contemplan el principio de igual remuneración por igual trabajo sin discriminación alguna. Por su parte, el artículo 1° del Convenio de la OIT n° 95, define al término salario como la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

3. Conclusión relativa a la convencionalidad Desde el atalaya del bloque de legalidad supranacional reseñado, se evidencia que el carácter de las liquidaciones salariales efectuadas a los actores como ¿no remunerativas? respecto a los rubros Material Didáctico y FONAINDO no se compadece con aquél. Asimismo, tal como se adelantara ut supra, de consuno con el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos(90) en torno a las restricciones permitidas al ejercicio de los derechos, se concluye en la definitiva inconventionalidad de las normas sub discussio. Ello, en tanto desnaturalizan las sumas reclamadas al reputarlas no remunerativas. Por su parte, de acuerdo con el artículo 2 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales(91) y el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos(92), toda interpretación que pretenda regresivamente desconocer el carácter remunerativo de las sumas percibidas por los actores refuerza la inconventionalidad antes decidida. Ello, en virtud del principio de no regresividad al que el país y esta ciudad se hallan obligados a respetar en virtud del Pacto de Marras, incorporado a la Constitución Nacional y por el reconocimiento del artículo 10 de la Constitución Local a los tratados suscriptos. A mérito de lo expresado en este apartado, para el caso concreto corresponderá pues declarar la inconventionalidad del artículo 3 del decreto n° 547/05, del punto octavo del Acta Paritaria 2012, del artículo 4 de la resolución n° 264/ME/14, del artículo 6 de la resolución n° 1389/SSPEC/14 264/ME/14 y del artículo 3 del Anexo I de las resoluciones n° 1.024/SED-SHyF/99 y 1.169/SED-SHyF/99, por ser violatorias de la protección al salario que brindan las antedichas normas supranacionales.

VI Conducta a asumir por la demandada En atención a los términos del presente decisorio, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberá:

- 1) Liquidar en lo sucesivo los rubros Material Didáctico y FONAINDO con carácter remunerativo mientras subsistan los mismos o hasta que los actores cesen en su relación laboral, según el caso(93). Es decir, deberán ser contabilizados en la base de cálculo del SAC y tenidos en cuenta en lo concerniente a los aportes previsionales.
- 2) Abonar las diferencias salariales derivadas de incorporar estos dos rubros a la base de cálculo del SAC desde el 28/05/2007 y hasta

tanto cada uno de los actores perciba estos rubros salariales. Ello, en el plazo de treinta (30) días de adquirir firmeza la liquidación respectiva. 3) Adicionar a estas diferencias salariales los intereses debidos, de conformidad con la tasa promedio establecida en el plenario [Eiben?\(94\)](#); los cuales se calcularán desde el mes siguiente a aquél en que se hayan devengado y hasta la fecha de su efectivo pago. Por todas las consideraciones vertidas, SE RESUELVE: 1) Rechazar la demanda incoada por los actores en relación al cobro de diferencias salariales derivadas de los suplementos Material Didáctico del Bicentenario, Garantía Mínima y Garantía Mínima de Aguinaldo; del carácter bonificable de los rubros Material Didáctico y FONAINDO; del atraso o falta de pago del FONAINDO; y de la integración de los aportes previsionales, Todo ello de conformidad con las consideraciones expuestas en los puntos A.3, B.2, C.5, D.9 y 10, y E.2 del apartado III. 2) Hacer lugar a la demanda interpuesta por los demandantes contra el GCBA en torno al carácter remunerativo de los suplementos Material Didáctico y FONAINDO, en virtud de las consideraciones vertidas en los puntos C.4 y D.6 y 7 del apartado III. En consecuencia, declarar la inconstitucionalidad e inconveniencia del artículo 3 del decreto n° 547/05, del punto octavo del Acta Paritaria 2012, del artículo 4 de la resolución n° 264/ME/14, del artículo 6 de la resolución n° 1386/SSPEC/14 y del artículo 3 del Anexo I de las resoluciones n° 1.024/SED-SHyF/99 y 1.169/SED-SHyF/99, en cuanto disponen o prorrogan el carácter no remunerativo de los rubros Material Didáctico y FONAINDO. Ello, a tenor de lo manifestado en los apartados IV y V. 3) Ordenar al GCBA el estricto cumplimiento de la conducta estipulada en el apartado VI. 4) Imponer las costas en el orden causado, atento a los vencimientos mutuos y parciales, a cómo se decide y expresado en el punto B.2 del apartado III (artículo 65 del CCayT). 5) Librar oficio a la AFIP y a la ANSES a fin de ponerlas en conocimiento de lo aquí decidido (con copia íntegra de la resolución), cuya confección y diligenciamiento se encuentra a cargo de las partes, una vez que se encuentre firme la presente. 6) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para la oportunidad de aprobarse y quedar firme la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución de sentencia. Hágase saber que de manera previa deberán acreditar su condición fiscal frente al IVA, número de CUIT y, en caso de corresponder, situación frente a la resolución general AFIP n° 689/99. Regístrese y notifíquese a las partes y al Ministerio Público Fiscal, en su público despacho, y oportunamente archívese. Notas: (1) ¿El término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar?. (2) Sancionada el 05/09/1974 y publicada el 27/09/1974 en el BORA n° 23.003. (3) Ordenanza n° 40.593. Sancionada el 30/05/1985 y publicada el 06/08/1985 en BM n° 17.590. Texto consolidado 2018, Digesto Jurídico de la Ciudad. (4) ACKERMAN, Mario E., Tratado de derecho del trabajo, t. III, 1ra. ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008. Así, el artículo 14 bis de la CN habla de retribución; mientras que la LCT y la ley nacional n° 24.214 usan los vocablos remuneración, salario, sueldo y retribución. (5) Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala III, ¿Graffe Walter Carlos y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 18.484/0, sentencia del 29/07/2013. (6) CSJN, Fallos: 325:2171, 326:929; entre muchos otros. (7) CSJN, Fallos: 326:3683, ¿Barrientos, Simeón c/ Estado Nacional?, sentencia del 23/09/2003; entre muchos otros. (8) CSJN, ¿Arakaki, Marcela Noemí y otros c/ EN - CSJN - AC 57/92 s/ empleo público?, sentencia del 07/10/2003 (del dictamen de la Procuración General, al que remitió el Tribunal en su pronunciamiento). A su vez, en reiteradas oportunidades se ha manifestado que el carácter general con que fueron otorgadas las asignaciones le confiere una indudable y nítida condición remuneratoria o salarial (conf. CSJN ¿Lalia, Oscar Alberto c/ Estado Nacional s/ retiro militar y fuerzas de seguridad?, del 20/03/2003; ¿Torres, Pedro c/ Caja de Retiros Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal?, sentencia del 17/03/1998; ¿Susperreguy, Walter Jorge c/ Estado Nacional - Ministerio de Defensa s/ cobro de pesos?, sentencia del 06/06/1989, entre muchos otros). (9) Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala III, ¿Graffe Walter Carlos y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 18.484/0, sentencia del 29/07/2013. (10) Cámara de Apelaciones en lo Sala III, ¿Dimonaco Juan Manuel c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 12.854/0, sentencia del 11/03/2014. (11) Emitida el 1°/01/2010. Su síntesis normativa expresa que otorgó la suma de \$200 por única vez (ver <http://boletinoficial.buenosaires.gov.ar>). (12) Emitida el 28/04/2010 y publicada el 11/06/2010 en el BOCABA n° 3.439. (13) Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala I, ¿Condori Ana Cristina c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 62.498/2013-0, sentencia del 03/10/2017. (14) Emitido el 14/04/2005 y publicado el 22/04/2005 en el BOCABA n° 2175. (15) Emitido el 08/06/2006 y publicado el 22/06/2006 en el BOCABA n° 2.464. (16) El valor de este piso salarial mínimo fue incrementándose a lo largo del tiempo. Así, pueden verse entre otros los decretos n° 618/07 (\$1.040) y 243/08 (\$1.290); y las Actas Paritarias Docentes 2012 (\$2.950), 2013 (\$3.500), 2014 (\$5.050), 2015 (\$8.130), 2016 (\$10.162.50), 2017 (\$11.669) y 2018 (\$12.705). (17) Cada vez que la Ciudad incrementaba el valor del ingreso total mínimo, otorgaba un adicional remunerativo no bonificable que garantizase el monto mínimo fijado. Ver

decretos antes citados.

(18) Emitido el 18/05/1993 y publicado el 19/06/1993 en el BM n° 19.545.

(19) Emitido el 27/03/1996 y publicado el 25/04/1996 en el BM n° 20.275. (20) Emitido el 12/05/1997 y publicado el 19/06/1997 en el BOCABA n° 220.

(21) Emitido el 09/06/1998 y publicado el 29/06/1998 en el BOCABA n° 475.

(22) Emitido el 20/04/1999 y publicado el 30/04/1999 en el BOCABA n° 684.

(23) Emitido el 24/04/2000 y publicado el 11/05/2000 en el BOCABA n° 940. (24) Emitido el 04/06/2002 y publicado el 05/06/2002 en el BOCABA n° 1.457.

(25) Emitido el 14/04/2003 y publicado el 21/04/2003 en el BOCABA n° 1.674.

(26) Emitido el 29/04/2004 y publicado el 11/05/2004 en el BOCABA n° 1.938.

(27) Emitido el 15/04/2005 y publicado el 25/04/2005 en el BOCABA n° 2.176. (28) Emitido el 14/09/2007 y publicado el 20/09/2007 en el BOCABA n° 2.772.

(29) Suscripta el 23/02/2012.

(30) Suscripta el 22/02/2013.

(31) Suscripta el 28/02/2014.

(32) Suscripta el 26/02/2015.

(33) Suscripta el 25/02/2016.

(34) Suscripta el 13/07/2017.

(35) Suscripta el 22/03/2018.

(36) Emitido el 29/04/2004 y publicado el 11/05/2004 en el BOCABA n° 1.938.

(37) Emitido el 15/04/2005 y publicado el 25/04/2005 en el BOCABA n° 2.176.

(38) Emitida el 21/01/2014 y publicada el 27/0/2014 en el BOCABA n° 4.226.

(39) Suscripta el 26/02/2015.

(40) En igual

sentido se ha expedido la Cámara de Apelaciones en lo CAyT. Sala I, ?Cacace Nelvi Bilma c/ GCBA s/ amparo?, expediente n° 12.850/0, sentencia del 12/07/2004; ?Lage María Liliana c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 13.471/0, sentencia del 03/04/2008; ?Charry Jorje Aníbal c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 13.223/0, sentencia del 27/06/2008; y ?Pedraza de Corbalán Irma c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 16.896/0, sentencia del 28/18/2009. Sala II, ?De Larrañaga María Isabel c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 12.857/0, sentencia del 12/12/2008. Sala III, ?Cortés Tomás Andrés c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 36.605/0, sentencia del 21/03/2014 y ?Choc Betty Elvira c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 36.603/0, sentencia del 04/06/2015.

(41) Ver entre muchos otros, Sala I, ?Montanari Vilma Inés y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° C66.920/2013-0, sentencia del 20/04/2017; ?Castro Andrea y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° C60.823/2013-0, sentencia del 23/11/2017; y ?Gutiérrez Sandra Rosa y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° C66.430/2013-0, sentencia del 09/03/2018. Sala II, ?Chiarella Gerardo c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 12.355/0, sentencia del 15/03/2011. Sala III, ?Méndez Mihura María Delfina y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° C62.188/2013-0, sentencia del 12/09/2016; y ?Damiano Margarita Beatriz y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° C66.415/2013-0, sentencia del 09/11/2016.

(42) VÁZQUEZ, VIALARD, Antonio, Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, t.1, Astrea, pág.460.

(43) TSJCABA, ?GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Ruiz María Antonieta c/ GCBA s/ cobro de pesos?, expediente n° 3879 y ?GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Parotti María Elena c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 3912, sentencias del 14/09/2005; ?GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Alasia Virginia c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 4304, sentencia del 31/05/2006; ?GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Tortosa Marta Margarita c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 4715, sentencia del 1°/11/2006; entre muchos otros.

(44) TSJCABA, GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Bártulos Alicia Norma y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 3.982, sentencia del 02/11/2005.

(45) CSJN, Fallos: 321:663; 325:2171; 326: 3683; y 328:4232 y 4246, entre muchos otros.

(46) CSJN, Fallos: 326:928 83, entre muchos otros.

(47) Sancionada el 18/11/1998 y publicada el 15/12/1998 en el BORA n° 29.043. Derogada parcialmente por el artículo 13 de la ley nacional n° 25.239.

(48) Artículo 1°: ?Créase el Fondo Nacional de Incentivo Docente, el que será financiado con un impuesto anual que se aplicará sobre los automotores cuyo costo de mercado supere los cuatro mil pesos (\$ 4.000), motocicletas y motos de más de doscientos (200) centímetros cúbicos de cilindrada, embarcaciones y aeronaves, registrados o radicados en el territorio nacional, el que se crea por esta ley con carácter de emergencia y por el término de cinco (5) años a partir del 1° de enero de 1998?. Artículo 13: ?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. 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?. A su vez el decreto reglamentario n° 878/99 (modificado por el n° 1125/99) establece que esta 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? (artículo 13).

(49) Artículo 14: ?En el seno del Consejo Federal de Cultura y Educación, y con la participación de las Organizaciones Gremiales Docentes con representación nacional, se acordarán los criterios básicos para elaborar un régimen normativo que fijará las condiciones de trabajo para la actividad docente que deberá ser puesto en vigencia durante 1999?. (50) Artículo

15: ¿El régimen normativo para la actividad docente mencionado en el artículo anterior, será instrumentado y adecuado en cada una de las jurisdicciones, respetando las condiciones particulares de cada una de ellas? (51) Artículo 16: ¿Las autoridades educativas de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires presentarán al Ministerio de Cultura y Educación las plantas docentes que cumplen las condiciones determinadas en la presente ley 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". Los acuerdos se formalizarán en actas complementarias suscritas por cada jurisdicción con la autoridad de aplicación de la presente ley? (52) Artículo

17: ¿Las autoridades de cada provincia y del gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires liquidará y abonará 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 y mientras esté vigente el impuesto que se crea. Los fondos que no se distribuyan a alguna jurisdicción por falta de cumplimiento de las condiciones establecidas en la presente ley, serán incorporados como remanente del Fondo Nacional de Incentivo Docente para ser aplicados exclusivamente a la finalidad de la presente ley?.

(53) Conforme artículo 17 de la ley nacional n° 25.053 antes citado. No obstante lo cual, el GCBA intenta deslindarse de dicha responsabilidad, de acuerdo a su contestación de demanda. (54) En ambas resoluciones el artículo 3 del Anexo I estipulan que: ¿La 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 las cuotas sindicales personales voluntarias, ya sean porcentualizadas o de monto fijo?.

(55) Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala 1, ¿Díaz María Inés y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 26.145/0, sentencia del 26/09/2012, con unanimidad a favor de los jueces Balbín, Corti y Weinberg; y ¿Santolalla Norma y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 67.193/2013-0, sentencia del 03/11/2017, con votos en mayoría de Balbín y Shafrik, y con disidencia de Díaz.

(56) Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala 2, ¿Bajura Sara Rosa y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 19.841/0, sentencia del 27/04/2010, con unanimidad a favor de los jueces Centanaro y Daniele; ¿Larrategui Alicia Marta y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 23.310/0, sentencia del 02/07/2013, por unanimidad con votos de Centanaro, Daniele y Juan Lima.

(57) Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala 3, ¿Zega Alejandro y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 42.315/0, sentencia del 07/06/2016, por mayoría con los votos de Balbín y Seijas; ¿Alonso Susana Raquel y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 44.748/0, sentencia del 19/10/2016, voto en disidencia de Zuleta.

(58) Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala 1, ¿Bisagno Gastón Nicolás y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 57.342-2013/0, sentencia del 12/12/2016, por unanimidad de Díaz, Juan Lima y Schafrik; ¿Ainstein Martha y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 43.914-2012/0, sentencia del 20/04/2017, con votos de Díaz y Juan Lima.

(59) Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala 2, ¿Palomares Beatriz y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 43.655/0, sentencia del 30/06/2015, con mayoría de Centanaro y Juan Lima; ¿Nieto Cristina Alicia y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 44.999/0, sentencia del 29/11/2016, por unanimidad de Centanaro, Juan Lima y Schafrik; y ¿Larralde Silvia y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 71.363/2013-0, sentencia del 20/11/2017, con votos de Centanaro y Díaz.

(60) Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala 3, ¿Oreja Cataldi Miryam Edith y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 45.411/0, sentencia del 31/03/2016, con mayoría de Centanaro y Zuleta.

(61) Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala 1, ¿Baridon Rosalía y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 44.989/2012-0, sentencia del 18/05/2018, votos de Balbín y Shafrik. Sala 2, ¿Aragona Érica Vanesa y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 68.232-2013/0, sentencia del 13/09/2018, votos de los jueces Balbín y Centanaro.

(62) TSJCABA, ¿GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Ghiotto, Raquel Teresa y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 14.090, sentencia del 06/12/2017. (63) Ver consulta pública de expedientes del TSJ en <http://www.tsjbaires.gov.ar>.

(64) Ver <http://scw.pjn.gov.ar/scw/expediente.seam?cid=604120>. (65) Ello, sin entrar en el análisis jurídico -inútil en este caso- en torno a determinar si la falta de legitimación pasiva del GCBA puede ser declarada por los jueces sin que se interpusiera por el litigante. En este sentido, resulta ilustrativo el voto de la jueza Alicia Ruiz en ¿Perroni, Mariana Marcela y otros s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Perroni, Mariana Marcela y otros c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)?, expediente n° 13031/16, sentencia del 19/08/2016, TSJCACA.

(66) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal: Sala I, ¿Faverio Susana Beatriz y otros c/ EN - Ministerio de Educación y otro s/ empleo público?, expediente n° 28.615/2011, sentencia del 28/02/2019, por unanimidad con votos de Do Pico, Facio y Heiland. Sala II, ¿Ibarra Analía Cecilia y otros c/ EN - Ministerio de Educación y otros s/ empleo público?, expediente n° 30.060/2011, sentencia del 02/08/2016, por unanimidad con votos de Caputi, López Castineira y Márquez. Si bien condenaron al EN, expresamente

establecieron que el GCBA era el titular de la relación jurídica por tener el deber de liquidar y abonar el suplemento con carácter remunerativo. Sala III, ?Kancepolsky Liliana Estela y otros c/ EN - Ministerio de Educación - ley 25.053 y otro s/ empleo público?, expediente n° 30.775/2011, sentencia del 26/06/2018, por unanimidad con votos de Argentó y Grecco; e ?Ibrahim Alejandra Marcela y otros c/ EN - Ministerio de Educación - ley 25.053 s/ empleo público?, expediente n° 16.738/2011, sentencia del 26/12/2018, por unanimidad con votos de Argentó, Fernández y Grecco. Sala IV, ?Fragas Silvia Beatriz y otros c/ EN - Ministerio de Educación - ley 25.053 y otros s/ empleo público?, expediente n° 29.520/2011, sentencia del 24/09/2018, por unanimidad con votos de Duffy, Morán y Vincenti.. Sala V, ?Blejman Paula Gabriela y otros c/ EN - Ministerio de Educación - ley 25.053 y otro s/ empleo público?, expediente n° 30.555/2011, sentencia del 17/12/2014, con votos de Alemany y Treacy; y ?Nalmpantis Elizabeth Teresa y otros c/ EN - Ministerio de Educación - ley 25.053 y otro s/ empleo público?, expediente n° 28.616/2011, sentencia del 18/12/2018, con votos de Gallegos Fedriani y Treacy (67) CSJN, ?Avanzatti, Emilia Alejandra y otros c/ Entre Ríos, Provincia de y otro s/ ordinario?, sentencia del 29/08/2017. (68) ?No obstante que las decisiones de la Corte se circunscriben a los procesos concretos que le son sometidos a su conocimiento, no cabe desentenderse de la fuerza moral que emana de su carácter supremo, sin verter argumentaciones que la contradigan, pues dada la autoridad institucional de los fallos del Alto Tribunal en su carácter de supremo intérprete de la Constitución Nacional y las leyes, de ello se deriva el consecuente deber de someterse a sus precedentes?. CSJN, Fallos: 332:1488, ?Romero Carlos Ernesto c/ Andrés Fabián Lema s/ desalojo?, sentencia del 23/06/2009, al hacer suyo el dictamen de la Procuración General. (69) Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala I, ?Díaz María Inés y otros c/GCBA s/ Empleo Público?, expediente n° 26145/0, sentencia del 26/09/2012. En sentido similar, Sala II, ?Bianchi Hilda y Otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 19.859/0, sentencia del 19/09/2013; y Sala III, ?Vera Angélica Margarita y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 20.570/0, sentencia del 27/03/2014. (70) Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala 1, ?Díaz María Inés y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 26.145/0, sentencia del 26/09/2012. Sala 2, ?Larrategui Alicia Marta y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 23.310, sentencia del 02/07/2013; ?Bianchi Hilda y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 19.859/0, sentencia del 19/09/2013. (71) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala II, ?Ottolenghi Eduardo Martín c/ GCBA s/ daños y perjuicios?. Sentencia del 03/10/2013. (72) TSJCABA, ?GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Perona Adine del Carmen c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía no exoneración)?, expediente n° 9.122/12, sentencia del 23/10/2013. (73) TSJCABA, ?GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Perretta Walter Alfredo y otros c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 9504/13, sentencia del 04/06/2014 ; ?GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Gallo Rosa Celestina c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 10.139/13, sentencia del 20/08/2014; y ?GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Galeano Rosario c/ GCBA s/ empleo público?, expediente 10.671/14, sentencia del 12/12/2014, entre muchos otros. (74) CSJN, Fallos: 33:162, ?Municipalidad de la Capital c/ Elortondo?, sentencia del 12/11/1886. (75) CSJN, Fallos: 306:303, ?Juzgado de Instrucción Militar n° 50 de Rosario s/ Inhibitoria?, sentencia del 20/04/1984, voto en disidencia de los jueces Fayt y Belluscio. (76) CSJN, Fallos: 324:3219, ?Mill de Pereyra Rita Aurora c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contenciosa administrativa?, sentencia del 27/09/2001; y Fallos: 335:2333, ?Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios?, sentencia del 27/11/2012. (77) CSJN, Fallos: 321:3123, citado en ?Hertz Bárbara y otros c/ GCBA s/ empleo público?. La Corte manifestó que ?la naturaleza ?no remunerativa?... que el decreto imprimió a los vales alimentarios en cuestión, sólo puede ser formalmente establecida mediante una decisión política y rango propios de una ley del Congreso, la que a su vez, en su caso, deberá ser confrontada con la Constitución Nacional, que garantiza al trabajador una remuneración justa y lo protege contra el despido arbitrario (art. 14 bis de la Ley Fundamental)?. (78) Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala I, ?Fernández Carmen Noemí c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 20.596/0 sentencia del 10/05/2010, con cita de Fallos: 325:2174. (79) GRISOLÍA, Julio Armando, Derecho del trabajo y de la seguridad social, t. I, Lexis Nexis, 2004. (80) Tiene dicho la jurisprudencia del fuero que las normas que imponen la calificación de no remunerativo resultan ?...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)... Así, la Corte tiene establecido que el carácter remunerativo de los conceptos que integran el salario dependen de una constatación de hecho que atienda a la circunstancia de que el importe pertinente haya sido otorgado a la generalidad del personal? (Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala I, ?Fernández Carmen Noemí c/ GCBA s/ empleo público?, expediente n° 20.596/0, sentencia del 15/05/2010, con cita de Fallos: 325:2174). (81) Conforme este principio, lo que se busca es evitar que el trabajador ?acepte estipulaciones que impliquen renunciaciones y, para ello, excluye la validez de toda convención de parte que suprima o

- reduzca los derechos previstos en las normas legales, estatutos profesionales o convenciones colectivas?. (82)
CADH. Aprobada por la ley nacional n° 23.054. (83) Aprobada por la ley nacional n° 19.865.
- (84) Sobre el alcance que debe otorgarse respecto de los sujetos obligados, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al pronunciarse en ?Almonacid Arellano y otros vs. Chile?, sentencia del 26/09/2006, ha dicho que todos los órganos estatales -jueces inclusive- se encuentran obligados a velar por el respeto de los derechos emergentes de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. (85) CIDH, ?Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú?, sentencia del 24/11/2006.
- (86) CSJN, Fallos: 330:3248, ?Mazzeo Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad?, sentencia del 13/07/2007. Repárese que la doctrina no se ha visto en nada alterada por pronunciamiento del Máximo Tribunal en ?Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos?, sentencia del 14/02/2017. (87) PIDESC. Artículo 7: ?Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual ...?. (88)
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. (89)
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C100. (90)
- CADH. Artículo 30: ?Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas?. (91) PIDESC. Artículo 2.1: ?los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos?. (92) CADH. Artículo 26: ?Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados?. (93) Cabe señalar que de acuerdo a lo informado a foja 257 los actores Nélica Celia Cocuzza y José Enrique Cocuzza cesaron por jubilación.
- (94) Cámara de Apelaciones en lo CAyT, en Pleno, ?Eiben Francisco c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)?, expediente n° 30.370/0, sentencia del 31/05/2013. 039592E