

AUTOS: “XX, X c/ Provincia del Chubut e Instituto de Seguridad Social y Seguros s/ Demanda de Inconstitucionalidad” (Expte. N° 23.173, Letra V, Año 2013).-----

Dictamen N° 099/15

Sala en lo Civil, Comercial, Laboral, de Familia, Contencioso Administrativo y Minería:

I.-

Corresponde emitir dictamen en forma previa a la sentencia definitiva en estos actuados.

La actora, docente jubilada provincial, reclama en su demanda la declaración de inconstitucionalidad del art. 5 de la Ley I N° 355 y del art. 21 de la Ley I N° 456, que sustituye al primero mencionado, así como también de la Resolución N° 58 del año 2013. A consecuencia de esa declaración, solicita que se liquiden e incorporen a sus haberes jubilatorios con carácter de remunerativo y bonificable, los aumentos de haberes no remunerativos de los adicionales por zona y recursos materiales otorgados por la normativa referida. Requiere que se le liquiden y abonen retroactivamente las diferencias devengadas y no prescriptas de los adicionales correspondientes.

II.-

Al contestar demanda, el Instituto previsional argumenta que, en sustancia, se trata de una cuestión que le resulta ajena, que no puede modificar. Aclara que no paga los sueldos de los docentes en actividad ni fija las pautas salariales de los mismos. Que, en definitiva, se cuestiona la base de cálculo que se utiliza para la liquidación a los haberes de los activos, algo sobre lo cual el Instituto no tiene injerencia ni puede tenerla.

Advierte sobre la inexistencia de afectación a los derechos de la accionante, razón por la cual pide el rechazo de la demanda.

III.-

Por su parte la codemandada Provincia del Chubut procedió a efectuar las negativas de rigor, sosteniendo su posición en que el porcentaje que corresponde a la accionante de la remuneración del activo no ha sido afectado. Que la Sra. XX percibe el adicional por zona, tal como lo

establece la legislación vigente. Agrega nada le corresponde nada en relación con el adicional de recursos materiales, dado que es un concepto al que no cabe atribuir carácter remunerativo.

Se explica que este último adicional tiene por destino la provisión por el docente de los elementos didácticos necesarios para el dictado de clases. Agrega que resulta obvio que los docentes jubilados, al igual que los activos que se encuentran fuera del sistema educativo, no requieren adquirir estos elementos por no ejercer la docencia frente a alumnos. Afirman que todo lo expuesto indicaría que dicho adicional no puede ser considerado como remunerativo.

#### IV.-

Es importante iniciar el análisis con los principios que rigen la situación jurídica en la que se encuentra la reclamante. En primer lugar, la movilidad jubilatoria es una garantía constitucional. Como tal, no puede ser vulnerada o burlada con mecanismos que pretendan, por las razones que fueran, alterar la relación de proporcionalidad que debe existir entre los salarios del personal en actividad y los haberes de los pasivos.

“El principio axiológico básico que predica el art. 14 bis de la Constitución Nacional en materia de seguridad social no es otro que el de movilidad jubilatoria de forma tal que el haber de pasividad guarde una razonable proporcionalidad con el de actividad y, por ende, en la mayoría de los litigios de ésta índole lo que corresponde es realizar un cuadro comparativo entre los haberes que percibe el administrado en pasividad y aquellos que obtendría de haber continuado en actividad para ver si le asiste o no el derecho patrimonial que reclama. Al respecto se ha dicho que: La jubilación constituye una prolongación después de la cesación regular y definitiva de la actividad social laboral del individuo, de la remuneración, como débito de la comunidad por el servicio que él ha prestado...”.

“La Constitución garantiza jubilaciones y pensiones móviles, o sea, prescribe que estas prestaciones asistenciales deben ser actualizadas permanentemente para compensar la continua desvalorización que en nuestra época experimenten los signos monetarios perjudicando a vastos sectores de la sociedad cuyas únicas rentas son entradas periódicas fijas en dinero. El principio básico que sustenta el sistema previsional argentino es el de la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad (ver Fallos 263:400; 265:256; 267:196; 279:389).” (“Las remuneraciones sin aportes deben ser consideradas a efectos de fijar el haber

AUTOS: “XX, X c/ Provincia del Chubut e Instituto de Seguridad Social y Seguros s/ Demanda de Inconstitucionalidad” (Expte. N° 23.173, Letra V, Año 2013).-----

previsional”; Pawlowski de Pose, Amanda Lucía; Publicado en: DT 2011 (mayo), 1258 Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) ~ 2011-03-02 ~ Rainone de Ruffo, Juana Teresa Berta c. ANSeS; Cita Online: AR/DOC/1167/2011).

Este principio, en la legislación provincial, encuentra su correlato para el caso particular de la actora en el art. 86 y concordantes de la Ley XVIII N° 32.

Por lo demás, los principios generales en materia de regulación del empleo público, en el nivel legal local, se encuentran consagrados en la Ley I N° 74, arts. 22 y siguientes. De acuerdo a los términos de la acción, resulta necesario delimitar adecuadamente los alcances de los conceptos remuneratorios en las relaciones de empleo público. Dicho de otra manera, la cuestión radica en encontrar cuáles son los criterios legales que permiten calificar a un rubro que liquida el Estado a un agente en el marco de una relación de empleo público, como remuneratorio o no remuneratorio.

Así, se observa que se ha venido dando un proceso de extensión de los principios del derecho del trabajo a las relaciones de empleo público, entre ellos el de remuneración justa. “La aplicación de principios propios del derecho laboral (protectorio, primacía de la realidad, remuneración justa, etc.) y el desarrollo y crecimiento de la negociación colectiva en el sector público han dado lugar a este concepto de la “laboralización” al que nos referimos antes, pero ello se ha logrado sin desmedro de las pautas diferenciales que hacen a la esencia del trabajo prestado en los ámbitos públicos, operándose una suerte de llamado a la reflexión a los poderes del estado en cuanto al manejo discrecional de los poderes y facultades reconocidos en lo que respecta a las personas que trabajan. Los conceptos de “exorbitancia” con respecto al derecho privado, de “legitimidad presunta” de los actos de la administración y de “discrecionalidad” como característica propia de los órganos del Estado no han impedido en la Argentina, trasladar las normas tutelares básicas del Derecho del Trabajo a los contratos administrativos de empleo público en el entendimiento de que todo trabajo subordinado debe gozar de especial protección por mandato constitucional y supralegal.” (“Fronteras entre el empleo público y el empleo privado”, García Vior, Andrea E. Publicado en: DT 2014 (abril), 859, Cita Online: AR/DOC/4518/2013).

Teniendo ello presente, se ha dicho que “el Convenio N° 95 adopta un criterio amplio y similar al del dispositivo del artículo 103 de la ley de contrato de trabajo en cuanto define al “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 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” (art. 1°). Desde dicha perspectiva, comparto la decisión dada por la Corte Suprema, en cuanto declaró la inconstitucionalidad de los distintos decretos que le restaron naturaleza salarial a los aumentos que recibieron los trabajadores en los diferentes períodos que aquellos comprendían, pues, como dije, integraron el salario de los mismos.” (“Los aumentos “no remunerativos” en la negociación colectiva”; González Rossi, Alejandro, Publicado en: LA LEY 31/08/2015, 3; Fallo Comentado: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII ~ 2015-05-27 ~ Hernández Lago, María Isabel c. Coto C.I.C. S.A. s/ despido; Cita Online: AR/DOC/2863/2015).

Precisamente, lo que se controvierte en este caso concreto como violatorio de principios constitucionales son dos adicionales que han sido otorgados a los activos y calificados como “no remunerativos” y “no bonificables”, afectando la relación de proporcionalidad y el principio de movilidad de los haberes previsionales. De acuerdo a lo ya expuesto, en principio, los rubros que perciben los agentes públicos de parte del Estado como retribución salarial, tiene naturaleza remuneratoria y bajo tal calificación, integran el salario. No basta con colocar el rótulo de no remunerativo o no bonificable a un rubro, sino que el mismo debería ser adecuada y razonablemente justificado para exceptuarlo del principio inclusivo.

Tengo en cuenta para ello que se ha comentado que “el pronunciamiento del Alto Tribunal se enmarca en la existencia de sentencias previas que tipifican como rédito retributivo todo lo que perciben los trabajadores colocados en un esquema de subordinación laboral (ver CSJNación, 1/9/09, "Pérez c/Disco SA", Fallos 332:2043, DT 2009-B, 1011; 19/5/10, "González c/Polimat SA", Fallos 333:699). En el presente caso, pareciera englobarse a las relaciones de empleo público pues, precisamente, en el campo estatal suelen proliferar directivas reglamentarias impuestas por el Poder Ejecutivo que atribuyen a ciertos beneficios económicos derivados del cumplimiento de servicios el carácter de no remunerativos y no bonificables y, en consecuencia, no susceptibles de generar aportes al sistema a pesar de

AUTOS: “XX, X c/ Provincia del Chubut e Instituto de Seguridad Social y Seguros s/ Demanda de Inconstitucionalidad” (Expte. N° 23.173, Letra V, Año 2013).-----

recompensar tareas realizadas.” (“Las remuneraciones sin aportes...”; Pawlowski de Pose, ya citado).

Recientemente, la Corte Federal ha dicho también que “la sentencia que consideró que la asignación contemplada en el Decreto 838/94, impugnado por varios jubilados como ministros, secretarios y subsecretarios del Poder Ejecutivo Nacional por calificar como no remunerativa la suma mensual abonada en concepto de “reintegro de gastos protocolares”, no tenía naturaleza salarial porque se trataba de un “reintegro” es arbitraria y debe ser dejada sin efecto toda vez que dejó sin resolver la alegada contradicción entre ese término y la eximición expresa de presentar la necesaria rendición que supuestamente habrían de reembolsarse.” (CSJN; “Bertrán Rufino, José y otros c. Administración Nacional de la Seguridad Social s/ reajustes varios” 30/12/2014; Publicado en: DT 2015 (mayo), 1071. Cita online: AR/JUR/78821/2014).

La respuesta del Estado pasa por sostener que los adicionales, al no ser remunerativos por así establecerlo la ley, no se encuentran incluidos en ningún cargo básico testigo, que resulta ser el índice referencial tomado para establecer el cálculo de los haberes correspondientes al sector pasivo, por lo que su no liquidación con relación a los incrementos establecidos por paritarias para el sector activo docente resultaría ajustado a Derecho.

No observo que se hubiera siquiera argumentado en autos la razón por la cual el adicional por zona es factible de ser encuadrado bajo esa calificación. Sólo se explica que así fue establecido por la ley formal de creación (Ley I N° 355). En relación a los docentes activos, el mismo fue modificado por Acta Paritaria N° 01/2012 del 23 de febrero de 2012, luego por Acta Paritaria N° 2/2012 del 26 de julio de 2012 (aprobada por Ley X N° 59) y Acta Paritaria del 1 de marzo de 2013, homologada por Resolución N° 58/2013 de la Secretaría de Trabajo y Acta Paritaria del 15 de noviembre de 2013, homologada por Resolución N° 301/13 de la Secretaría de Trabajo.

El sólo hecho de que la ley le hubiera conferido el “nombre” o “denominación” de no remunerativo y no bonificable no es razón suficiente para exceptuar del principio, alterando la sustancia remunerativa del rubro que, como se ha dicho, ha de ser presumida dada la habitualidad, permanencia y generalidad con la que se lo liquida y percibe.

Los docentes jubilados continúan percibiendo el adicional por zona, tal como fue establecido por el art. 12 de la Ley I N° 355, modificada por la Ley I N° 456, sin que se hubiera respetado la relación proporcional con los sucesivos aumentos que recibieron los activos.

Por otra parte, el adicional por recursos materiales, establecido originariamente mediante el Acta Paritaria N° 01/2012 y modificado con posterioridad en la modalidad de determinación, también reúne los caracteres de habitualidad, permanencia y proporcionalidad. Nótese particularmente que el informe de fs. 80/82 da cuenta que “*actualmente este adicional es percibido por la totalidad de los docentes, se encuentren frente a alumnos o no.*” La aplicación de los principios ya desarrollados evidencia que también corresponde admitir la acción a su respecto.

Digo esto último teniendo en consideración el precedente “Bertrán” de la Corte Federal –ya citado- que declaró arbitraria la sentencia que no tuvo en consideración que los gastos percibidos no debían ser rendidos. *Mutatis mutandi*, no surge de la reglamentación que el adicional por recursos materiales deba ser rendido por parte de los docentes que lo percibieron. A lo que se suma, como se ha destacado, que en la actualidad lo perciben todos los docentes activos, estén o no frente a alumnos, circunstancia que desvirtúa la explicación que ha dado la representación procesal del Estado Provincial al responder la acción.

Es por ello que propicio que se haga lugar a la demanda en todas sus partes, declarando que los adicionales por zona y por recursos materiales son remuneratorios, correspondiendo que sean considerados a los fines de la aplicación de la movilidad previsional del haber de la actora, por los períodos reclamados.

V.-

Solicito a V.E. que tenga por cumplida la intervención conferida.

Procuración General, 21 de septiembre de 2015.