Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

Expte. Nº 12579/15 TSJ "COEHLO MIRIAM c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido".

Tribunal Superior:

I. OBJETO.

Trátase en los presentes obrados el recurso de inconstitucionalidad articulado por la parte actora contra la sentencia de fecha 5 de febrero de 2015, dictada por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, que resolviera: *"... 1) hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada con el alcance señalado en los considerandos VI y VIII; y ii) imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (art. 65 CCAyT)...".*

II. ANTECEDENTES.

Promueve la presente demanda la Sra. Miriam Coelho, en su carácter de "Bailarina de Fila" y planta permanente desde el año 1992 del Ballet Estable del Teatro Colón, contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de obtener el cambio de categoría a "Primera Bailarina" por entender que la demandada la mantiene en un rango inferior que no condice con los antecedentes y roles desempeñados durante el transcurso de su carrera profesional solicitando el pago de las diferencias salariales resultantes.

Relató que inició su carrera en el año 1992 revistando el cargo de "Bailarina de Fila", en planta permanente, dentro del Ballet Estable del Teatro Colón y que hasta la fecha de inicio de los presentes obrados no fue modificada su situación de revista dado que no se cumplió con el llamado a

Martin Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

concurso de modo de avanzar en la carrera profesional. No obstante ello, alegó que, en los hechos, se desempeñó como "Primera Bailarina".

Reseñó su trayectoria profesional tanto nacional como internacional. Luego indicó que desde su ingreso a la compañía nunca se llevaron a cabo los concursos de categoría, y que, ante dicha omisión ilegal se le impidió legitimar su real categoría mediante el proceso de selección indicado en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la ley 471.

Apuntó que la omisión señalada le generó varios perjuicios en forma directa en torno a su prestigio como también vinculados al desarrollo de su carrera administrativa impidiéndole el acceso a los niveles jerárquicos de conducción en forma estable; a lo que añade que también se vió afectado su patrimonio dado que las remuneraciones liquidadas como bailarina de fila son muy inferiores a las que le correspondería percibir en relación al cargo desempeñado como primera bailarina.

Finalmente, expresó que dicho incumplimiento impactará en sus futuros haberes previsionales ya que como la base para su cálculo se tomará en consideración al cargo registrado y no el que le correspondía en relación a su desempeño. Cita jurisprudencia que consideró aplicable, enumeró los derechos que entiende afectados, ofreció prueba y efectúo reserva del caso federal.

En oportunidad de contestar la demanda impetrada, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires sostuvo que la actora se encuentra encasillada en los términos convenidos mediante el acuerdo salarial llevado a cabo entre la Administración y los representantes gremiales del Teatro Colón para los cuerpos artísticos y escenotécnicos el 7 de septiembre de 2005 implementado por la resolución n° 8090–SHyF–05, ello en el marco de la ley n°471.

Explicó que en dicho acuerdo se establecieron tres niveles de revista para el cuerpo de baile —H1, H2 y H3— y que la actora fue correctamente encasillada en el nivel H1 correspondiente a los bailarines de fila, agregando que dicho acto no fue impugnado por la contraparte y que lo pretendido mediante esta vía es ascender al cargo de primera bailarina apoyando su postura en la omisión de llamados a concurso por parte de su mandante y en virtud de haberse desempeñado en distintas ocasiones en roles de mayor jerarquía.

Por otra parte, indicó que al existir en los ballets bailarines de fila, solistas y primeros bailarines puede darse la oportunidad de pasar a revistar en una categoría superior e inclusive actuar transitoriamente en niveles superiores con goce proporcional del mejor salario (es la diferencia de rol a que se refiere el decreto 977–GCBA–98).

Adujo que lo expuesto es el producto de la ponderación de circunstancias particulares de organización efectuada por el administrador, con participación del ente representativo de los trabajadores, conforme juicios de conveniencia y oportunidad que son, a su entender, privativos y en un todo de acuerdo con el principio de razonabilidad.

Por último, alegó que no se viola derecho constitucional alguno y argumentó respecto a la improcedencia de la pretensión que se condene al GCBA a abonar los aportes previsionales. Ofreció prueba, se opuso a la prueba pericial ofrecida por la accionante e hizo reserva del caso constitucional.

Martín Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

Llegado el momento, el magistrado de grado dictó sentencia mediante la que resolvió *"... HACER LUGAR a la demanda interpuesta por Miriam Estela Coelho, y en consecuencia ordenar al Ente Autárquico del Teatro Colón (EATC) que reconozca a la actora la categoría/escalafón de "Primera Bailarina" y adecue a tal fin su situación de revista y las tareas que se le asignen. HACER LUGAR al reclamo salarial de la actora y en consecuencia CONDENAR AL EATC a abonarle las sumas que resulten de la diferencia de haberes correspondiente al cargo "Bailarina de Fila" y "Primera Bailarina", desde los cinco (5) años anteriores a la interposición del reclamo administrativo, y ajustar su liquidación futura de haberes en el mismo sentido, con más sus respectivos intereses, calculados de acuerdo a las pautas del considerando 13. IMPONER las costas a la parte demandada (artículo 62 del CCAyT). ..."*

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra esa decisión, arribándose al pronunciamiento mencionado en el primer párrafo del presente.

Posteriormente, la parte actora interpuso recurso de inconstitucionalidad contra dicho pronunciamiento, por haber sido revocada parcialmente la recategorización solicitada y relevar a la demandada de la obligación de integrar los aportes previsionales.

Ordenado el traslado, el GCBA contestó el mismo solicitando su rechazo por ausencia de caso constitucional, y en virtud de la labilidad de los argumentos esgrimidos con sustento en copiosa jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia. En consecuencia, solicitó se declare la improcedencia de la vía extraordinaria.

Concedido el recurso de inconstitucionalidad impetrado y radicadas las actuaciones por ante V.E. se dispuso correr vista a este Ministerio Público

Fiscal, llegando a dictamen de esta Fiscalía General, en virtud de lo dispuesto a fs. 492 vta.

III. ADMISIBILIDAD.

En cuanto a la admisibilidad formal del recurso en análisis, el artículo 113 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, prevé en su inciso 3, la competencia del Tribunal Superior para entender en el mismo. A su vez, el capítulo III de la Ley nº 402 de procedimiento ante V.E., establece en los artículos 27 y 28 los recaudos formales a que se halla sujeto.

El recurso se halla interpuesto por escrito, fundado, dentro del término de ley y contra la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa, según resulta de las constancias del expediente.

III.1 Cumplidos los requisitos formales apuntados, no se advierte en el *subexámine* que las normas constitucionales genéricamente invocadas por la agraviada, se encuentren concretamente conectadas con las cuestiones debatidas en la causa. Es sabido y reiterado, que las meras referencias constitucionales que carecen de un desarrollo autónomo y aparecen como formas de reenviar el debate a la razón que centralmente se alega, esto es, la disconformidad argumental con la sentencia de la alzada no habilita *per se*, la vía extraordinaria intentada.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia ha sido uniforme al sentenciar que no basta con la mera invocación de preceptos o garantías constitucionales, siendo necesario que éstos guarden una vinculación

Martín Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

estrecha con la materia del litigio, de modo tal que su dilucidación sea indispensable para la decisión de la causa.

En efecto, contrariamente a lo sostenido por la Sala I del fuero en ocasión de conceder el recurso de inconstitucionalidad planteado por la accionante, se evidencia la falta de una crítica tendiente a rebatir la conclusión a la que arriba dicha Sala en oportunidad de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión debatida, lo que convierte el recurso de inconstitucionalidad intentado en una mera manifestación de discrepancia con lo resuelto en la sentencia objetada.

En este caso, si bien se mencionan afectadas garantías consagradas en la Constitución Nacional y local, lo cierto es que no se las vincula argumentalmente con la cuestión debatida en forma acabada y concreta, ni se controvierten los fundamentos de la sentencia sobre esa base, lo que priva al recurso del sustento constitucional necesario para habilitar su tratamiento en esta instancia excepcional.

Como reiteradamente lo tiene establecido la doctrina de V.E., la referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento es insuficiente para abrir la vía extraordinaria, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional vulnerado, el Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (TSJ, Expedientes Nº 131/99: *"Carrefour Argentina S.A. s/ recurso de queja"*; Nº 261/00: *"Rébora, Horacio Norberto c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ recurso de queja"*; Nº 1058/01: *"Kronopios S.R.L. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado"*).

Finalmente, y a mayor abundamiento, el planteo de la actora, involucra la aplicación de normativa infraconstitucional específica cuya validez constitucional no ha sido impugnada.

Por las consideraciones expuestas, opino que V.E debe declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad deducido por la actora.

III.2 Subsidiariamente, y para el caso que V.E decida abocarse al análisis del recurso de inconstitucionalidad concedido, habré de pronunciarme en el sentido que a continuación expondré.

En el escrito de inicio, la actora reclamó que se le reconozca el cargo de primera bailarina del ballet estable del Teatro Colón. Alegó que, el Estado local incurrió en una omisión ilegítima habida cuenta que las autoridades de ese teatro no han llamado a concurso desde el año 1992. Con motivo de ello, invocó afectado su derecho a la carrera con fundamento en el artículo 43 de la Constitución de la Ciudad y en la normativa aplicable en materia de Relaciones Laborales de empleo público (ley n°471) y al Reglamento de Trabajo para el Personal del Teatro Colón.

Expresó, además, que se halla violado el principio de igualdad ante la ley y el de igual remuneración por igual tarea, los derechos de retribución justa y condiciones dignas y equitativas de labor. (artículo 14 bis de la Constitución Nacional).

Martín Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

En cuanto al pretendido reconocimiento de la recategorización, la Cámara –revocando la decisión de primera instancia- dictó un pronunciamiento desfavorable a la actora. A partir de la normativa que consideró aplicable al caso - artículos 16 de la Constitución Nacional, 43 de la Constitución local, Ley Nº 471 y Decreto nº 720/02 – concluyó que la única vía de promoción al cargo es el concurso público.

Desde esta perspectiva, la lectura del caso se encuentra en armonía con el criterio que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, inveteradamente, conforme al cual en la interpretación de las normas debe siempre preferirse aquella que mejor se adecue a los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional, de manera que solamente se acepte una lectura pasible de reservas de tal índole, cuando el precepto sea palmariamente incompatible con la Ley Fundamental y no resulte lealmente susceptible de otra interpretación armónica con tal Estatuto Supremo (Fallos: *314:1849; 315:1169 y 318:630*, entre otros).

Ahora bien, **el plexo normativo aplicable a la causa**, dispone en el **artículo 43 de la Constitución local** que la Ciudad: *"...garantiza un régimen de empleo público que asegura la estabilidad y capacitación de sus agentes basado en la idoneidad funcional. Se reconocen y organizan las carreras por especialidad a las que se ingresa y en las que se promociona por concurso público abierto..."*.

En concordancia con dicho precepto constitucional, la **Ley nº 471** establece que la carrera administrativa debe sujetarse, entre otros principios, al siguiente: *"...progreso en la carrera administrativa a través de mecanismos transparentes de selección y concursos"* (**artículo 31, inciso b**).

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

En el expediente a estudio, de la normativa específica –Reglamento de Trabajo para el Personal del Teatro Colón **anexo del decreto n° 720/02-**, en su **art 1** establece que las relaciones laborales entre los trabajadores alcanzados por el mismo y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se rigen por la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Ley 471 y el decreto que aprueba el reglamento conforme las normas que se dicten en su ejercicio ajustadas a los principios de proporcionalidad y razonabilidad sin desvirtuar su espíritu.

Asimismo, el **decreto** aludido en el **art 30** expresa que la incorporación y validación del personal de los Cuerpos Artísticos se sujetará al régimen de concurso abierto, de acuerdo a lo establecido en el **art 2 de la Ley n° 471.** Este último, a su vez, establece en lo que aquí interesa, que las relaciones de empleo público deben desenvolverse con sujeción a los principios de: **1**. Ingreso por concurso público abierto. **2.** Transparencia en los procedimientos de selección y promoción. **3.** Igualdad de trato y no discriminación.

A su turno, en lo atinente a la carrera administrativa, la **ley n°471** en el **art 31** establece los principios rectores de la misma disponiendo que será el Poder Ejecutivo, el que reglamentará la carrera administrativa para los trabajadores de la planta permanente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires supeditando el progreso en la misma a través de mecanismos transparentes de selección y concursos e igualdad de oportunidades y de trato.

Concordantemente, el mencionado **Reglamento del Trabajo para el Personal del Teatro Colón** establece en el **art 19 del texto del anexo del decreto** antes citado que: "*Se instrumentarán los mecanismos necesarios que*

Martin Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

permitan establecer un régimen de desarrollo de la carrera para todo el personal del Teatro Colón, con participación sindical, teniendo en miras los principios que sobre el particular establece la Ley 471, conjuntamente con las características diferenciales que por su propia naturaleza poseen las actividades del organismo ...".

En lo particular, el **art 29**, en su parte pertinente prescribe que "... *la pertenencia a los cuerpos artísticos implica la sujeción a las instrucciones emanadas de la autoridad competente en orden a la mejor prestación artística en funciones para el público, ensayos, repeticiones y toda otra rutina propia de cada cuerpo..."* Así, en cumplimiento de lo dispuesto por la norma se establecieron tres niveles escalafonarios: Bailarina de Fila (H1), Solista (H2) y Primera Bailarina (H3). (conf **resolución n° 8090/SHYF/05**).

A su turno, el **art 49 del decreto** precedentemente citado establece que "... *Los integrantes del Ballet deberán actuar en los roles que el Teatro Colón establezca, percibiendo una remuneración adicional en concepto de diferencia de rol por cada prestación que realicen..".* El reconocido adicional fue consagrado por **decreto n°977/GCBA/1998** como ***"Suplemento especial para los integrantes de las orquestas estables y filarmónica y el ballet estable"*** recibiendo la actora, favorable acogida, en cuanto al pago de este suplemento a contar desde los cinco (5) años anteriores de la interposición del reclamo administrativo previo. (considerando 11 y 12 del fallo de Primera instancia con los alcances y modificaciones determinados en los ptos VII y VIII del decisorio de la Sala I de la Cámara del Fuero.)

Por otro lado, de conformidad con lo establecido por los **arts 102 y 104 inc 9 de la Constitución local:** el Jefe de Gobierno tiene a su cargo la administración de la Ciudad; dirige la administración pública y procura su mayor

eficacia y los mejores resultados en la inversión de los recursos, al tiempo que tiene como atribución establecer la estructura y organización funcional de los organismos de su dependencia. En consecuencia, nombra a los funcionarios y agentes de la administración y ejerce la supervisión de su gestión.

Sentado lo anterior y, en el marco del plexo normativo previamente reseñado, el otorgamiento del cargo requerido por la actora por parte del órgano jurisdiccional, configuraría una invasión a la zona de reserva de poderes propios de la Administración local y la transgresión del **art 43 y el plexo normativo que lo reglamenta e integra**. De expuesto, se colige el acierto del pronunciamiento en crisis, en cuanto revoca el decisorio de grado que ordenó que se adecue la situación de revista de la actora, sin perjuicio de admitir el pago de las diferencias salariales reconocidas en la Primera instancia.

En efecto, el pago de las diferencias salariales como reconocimiento al cumplimiento de tareas de mayor jerarquía –cuestión de hecho y prueba no revisable en esta instancia, que además no ha sido cuestionada por la demandada- encuentra su fundamento en las garantías consagradas en el marco de los principios protectorios del derecho del trabajo tales como, igual remuneración por igual tarea y retribución justa; por lo que opino que en los términos en que quedaría enmarcada la materia revisable, no existen obstáculos para que la sentencia en crisis sea confirmada en torno a este punto.

Finalmente, en cuanto a los respectivos **aportes y contribuciones previsionales**, propugno que se confirme el decisorio en crisis, toda vez que

Martin Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

de acuerdo a reiterada jurisprudencia del fuero se excederían las facultades jurisdiccionales en el supuesto de que se ordenara la integración de las cargas sociales. En consecuencia, estimo que en el caso de que V.E declare procedente el pago del adicional *"ut infra"* tratado, bastaría la comunicación de lo decidido a la Administración Federal de Ingresos Públicos a los efectos que estime pertinentes toda vez que no fue materia de agravio de la contraparte.

IV. PETITORIO.

En virtud de las razones expuestas propicio un pronunciamiento por parte de V.E. que: **1)** Declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad incoado por la parte actora. Con costas a la recurrente vencida. **2)** En subsidio, rechace el recurso de inconstitucionalidad impetrado por la actora con los alcances propuestos en el pto III.2, con expresa imposición de costas.-

Fiscalía General, 26 de octubre de 2015.-
DICTAMEN FG Nº 548 - CAyT/15

Martín Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

SEGUIDAMENTE SE REMITE AL TSJ. CONSTE

DIEGO F. PAUL
SECRETARIO
FISCALÍA GENERAL