



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

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

**Expte. N° 12859/15** "Dalmau, Marcelo Alberto y otro s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Dalmau, Marcelo Alberto y otros c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)".

**TRIBUNAL SUPERIOR:**

**I.- Objeto**

Vienen las presentes actuaciones a esta Fiscalía General a fin de dictaminar sobre la queja y, en su caso, respecto del recurso de inconstitucionalidad denegado a la parte actora, de conformidad con lo dispuesto a fs. 103 vta., punto 3.

**II.- Antecedentes y síntesis de la cuestión debatida**

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en los Contencioso Administrativo y Tributario declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora (cfr. fs. 95) contra la decisión que rechazó el recurso de apelación (cfr. fs. 49 vta.) deducido contra el pronunciamiento de primera instancia (cfr. fs. 29/39) que, en cuanto aquí interesa, rechazó el carácter bonificable del suplemento creado por la Ley Nacional N° 25.053 (cfr. fs. 38 vta., considerando 3°) solicitado por los accionantes –grupo de docentes de la Ciudad– en su escrito de inicio que obra a fs. 5/16.

Para así decidir, la Cámara consideró:

a) que no se encontraba configurada de forma clara y precisa una cuestión constitucional que guarde relación con lo decidido en autos (cfr. fs. 94 vta., considerando 4, párrafo 4°);

b) que los temas objeto de tratamiento en los presentes obrados, quedaron circunscriptos a cuestiones de hecho y prueba y a la

**Juan G. Corvalán**  
Fiscal General Adjunto  
Contencioso Administrativo y Tributario

interpretación de normas infra constitucionales (por caso, la Ley Nacional N° 25.053, sus modificatorias y reglamentarias) –cfr. fs. 94 vta. considerando 4, párrafos 2° y 3°–;

c) que el tribunal no está limitado por los argumentos de derecho desarrollados por las partes sino que, en virtud del principio *iura novit curia*, debe encuadrar jurídicamente la cuestión estableciendo el derecho aplicable (cfr. fs. 94 vta., considerando 4, párrafo 5°);

d) que el recurso sólo manifiesta su discrepancia con la solución adoptada por la Cámara, pero no logra evidenciar que se trate de un pronunciamiento arbitrario (cfr. fs. 94 vta./95, considerando 5).

Recuérdese que la Sala II –por mayoría– confirmó el pronunciamiento de grado en cuanto rechazó el carácter bonificable del rubro correspondiente al Fondo Nacional de Incentivo Docente (en adelante, FO.NA.IN.DO), porque entendió que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en lo que sigue, el GCBA) no puede ser considerado válidamente como sujeto pasivo del mandato requerido por los actores.

Ello en virtud de que, conforme surgía de los términos del escrito de demanda como así también de los de la expresión de agravios, el cuestionamiento se dirigía al sistema establecido por la Ley Nacional N° 25.053 y sus normas reglamentarias (cfr. fs. 49, considerando 4, párrafo 3°), según el cual el GCBA no tiene potestad para disponer de los fondos involucrados, pues su función se circunscribe a distribuir el monto que le otorga el Estado Nacional en la proporción que le corresponde a cada docente.

Frente a dicho decisorio, la parte actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (cfr. fs. 50/87).

Entre sus agravios, básicamente, invocó:



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

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

a) Violación del derecho de defensa: por haber fallado *extra petita*, toda vez que el accionado no dedujo excepción de falta de legitimación pasiva ni requirió la citación del Estado Nacional como tercero (cfr. fs. 80, punto 5.2., párrafos 9, 10, 11 y 12).

b) Violación del principio de igualdad (cfr. fs. 80 vta., punto 5.3.) debido a la existencia de juicios que, sin perjuicio de tratarse de iguales situaciones y de un mismo hecho generador, arribaron a diferentes soluciones dando lugar a sentencias contradictorias (cfr. fs. 81, párrafos 5° y 6°);

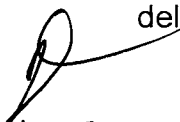
c) Violación de los principios constitucionales de "igual remuneración por igual tarea" y "de retribución justa" por parte del GCBA quien, como empleador, debe abonar la remuneración integrando el FO.NA.IN.DO al salario docente con carácter remunerativo y bonificable (cfr. fs. 85, párrafo 2° y fs. 86, párrafo 4°).

d) Arbitrariedad de la sentencia por: i) ignorar la voluntad del legislador (cfr. fs. 86, párrafo 1°); ii) la consideración solo aparente de los hechos con error en cuanto a la aprehensión de su significado (cfr. fs. 86 vta., párrafo 2°); y iii) renegar del principio constitucional *in dubio pro operario* (cfr. fs. 86 vta., párrafo 5).

Frente al rechazo del recurso de inconstitucionalidad, la parte actora dedujo la presente queja (cfr. fs. 96/100 vta.).

### **III. Análisis de admisibilidad**

En relación con la admisibilidad de la queja, cabe señalar que la misma fue presentada por escrito, ante el Tribunal Superior de Justicia (en adelante, el TSJ) y se dirige contra una sentencia definitiva emanada del tribunal superior de la causa (cfr. art. 33 de la Ley N° 402).

  
**Juan G. Corvalán**  
Fiscal General Adjunto  
Contencioso Administrativo y Tributario

No obstante, el recurso no contiene una crítica fundada de los argumentos expresados por la Sala para rechazar el recurso de inconstitucionalidad, en tanto no rebate adecuadamente el auto denegatorio.

Es doctrina constante del TSJ que constituye un requisito mínimo para la concesión de la queja que ésta contenga una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (cfr. TSJ, Expte. N° 6197/08 "Moñita, Pedro Pablo Gonzalo", 20/5/2009, del consid. 2° del voto de la Dra. Conde, entre muchos otros), recaudo que el escrito en examen no reúne, ya que la Cámara rechazó fundadamente los planteos deducidos por la actora en aquella presentación sin que la queja demuestre el error o la arbitrariedad en que incurriera el decisorio que desestima el planteo extraordinario.

Más aún, la discrepancia de la parte actora con lo resuelto y la reiteración de los argumentos desarrollados en el recurso de inconstitucionalidad plasmados en el escrito de queja, no revisten entidad constitucional suficiente para lograr la apertura de la instancia extraordinaria.

Si bien lo señalado sella la suerte desfavorable del recurso de queja, corresponde desarrollar las siguientes consideraciones a fin de resguardar acabadamente el derecho de defensa y para el supuesto hipotético de que el TSJ considere procedente la queja.

En este sentido, entiendo que el recurso de inconstitucionalidad debe ser rechazado, básicamente, por tres argumentos:

a) Sobre la vulneración del derecho de defensa y el principio de congruencia. En primer término, cabe recordar que la legitimación es un requisito que, por ser de carácter jurisdiccional, debe ser comprobado aún de oficio. Ello debido a que su configuración importa la posibilidad de



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

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

juzgar siendo ésta una cuestión no disponible por las partes o por el consentimiento que éstas den a la sentencia<sup>1</sup>.


En segundo lugar, cabe observar que es reiterada la jurisprudencia de la CSJN y del TSJ en cuanto a que la alegada violación al principio de congruencia (por haberse pronunciado los jueces de grado sobre una cuestión no planteada en la demanda) no resulta procedente porque la interpretación de los escritos constitutivos de la *litis* para determinar el alcance de las pretensiones es, por regla, de resorte exclusivo de los jueces de mérito<sup>2</sup>.

En virtud de ello, la consideración detallada de ese escrito por parte de la Sala II para resolver en el sentido en que lo hizo (ver punto 4 de los fundamentos de la mayoría, cfr. fs. 49 y vta.), obliga a descartar la vulneración del derecho de defensa.

No obstante lo anterior, es dable destacar –a diferencia de lo manifestado por el presentante– que el GCBA, al contestar la demanda y también el traslado del recurso de inconstitucionalidad (cfr. fs. 23 y ss., apartado 3.4.5. y fs. 88/92 vta., respectivamente), explicó que el FO.NA.IN.DO no es liquidado por el GCBA y tampoco la Ciudad provee los fondos necesarios para su pago. Consecuentemente, señaló que la Ciudad no puede modificar las pautas y criterios establecidas ya que se

<sup>1</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación –CSJN–, Fallos **308:1489**, considerando 9°; **331:2257**, considerando IV del Dictamen de la Procuración General al que remitió la CSJN; **329:3651**, considerando III del Dictamen de la Procuración General al que remitió el voto del Dr. Zaffaroni; S.C., **M.128, L.XLVII**. "Mugnaini Fiad, Eduardo Julio, por Derecho propio y en su carácter de Defensor del Pueblo de la Ciudad de Río Cuarto el E.N.A., ENARGAS y otro ~Amparo Ley 16.986 ", 27/08/13, considerando IV del Dictamen de la Procuración General al que remitió la CSJN; **U. 67. XLVI**. "Universidad Nacional de Río Cuarto c/ Pcia. De Córdoba y otros s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 20/05/2014, considerando 3°

<sup>2</sup> Cfr. CSJN, Fallos: **270:162**, considerando 3°; **284:109**, considerando 5°; **291:268**; **295:548**, considerando 6°; **300:468**; **301:449**; **302:175**; **303:774**; **304:635**; **315:1645**, considerando 3°; y TSJ, Expte. N° **6197/08** "Moñita, Pedro Pablo Gonzalo", 20/5/2009, considerando 2° del voto del Dr. Casás, entre muchos otros.

  
**Juan G. Corvalán**  
Fiscal General Adjunto  
Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

trata de cuestiones privativas del Estado Nacional a quien debería haber demandado la actora en procura de la modificación que pretende (cfr. fs. 23 vta., párrafo 6° y fs. 24, párrafo 1°).

A dicha circunstancia hizo referencia la propia sentencia de la Alzada en el voto mayoritario (cfr. fs. 49, considerando 4, párrafos 3° y 4°), por lo que cabe concluir que la cuestión atinente a la legitimación no fue intempestivamente traída a la causa por el voto mayoritario de la Cámara y, por tanto, no es plausible sostener la afectación del derecho de defensa y la violación del principio de congruencia.

Finalmente, siendo que es el ordenamiento jurídico nacional quien dispone que el suplemento es remunerativo y no bonificable, tampoco puede tener acogida el argumento de la recurrente en cuanto a la contradicción que surgiría de admitir la legitimación del accionado para ser condenado al pago del carácter remunerativo del suplemento FO.NA.IN.DO mas no reconocerla respecto del pago de su carácter bonificable (cfr. fs. 97, punto 4, párrafo 2°).

Asimismo, corresponde señalar que, en el caso, lo resuelto por el juez de grado en torno al carácter remunerativo del suplemento adquirió firmeza al declararse desierto el recurso de apelación deducido por el GCBA (cfr. fs. 46, considerando 4 del voto de la Dra. Daniele). Dicha circunstancia le impedía, a la Sala, revisar tal decisión por aplicación el instituto de la *reformatio in pejus* (cfr. TSJ, Expte. N°7004/09 “Tribunal de Superintendencia del Notariado; Colegio de Escribanos. Escribano Campana, Marcelino Hernán s/ inspección protocolo año 2007, 27/08/10, punto 6°, 2° párr. –decisión unánime–).

b) Sobre la violación del principio de igualdad. A fin de analizar esta cuestión, es preciso recordar que, en el ámbito local rige un sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad mixto: difuso y concentrado; siendo una característica natural del primero la posibilidad



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

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

de que, frente a causas análogas, existan sentencias que resuelven de manera diferente, sin perjuicio del deber de los tribunales inferiores de adecuar sus resoluciones a la jurisprudencia del Superior cuando no existan razones fundadas que permitan apartarse de ella.

Por otra parte, es posible señalar que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de los precedentes. Así lo ha manifestado la Procuración General de la Nación al decir que quien recurre no posee un derecho adquirido a que se preserve, a lo largo del juicio, la jurisprudencia de los tribunales, pues ello implicaría obligar a estos últimos a mantener pétreos criterios (cfr. dictamen de la Procuradora General de la Nación, Laura Monti, en "Sánchez, Ramón c/ Municipalidad de Santa Fe", 2/10/2007)<sup>3</sup>.

En consecuencia, no es plausible sostener la configuración de un escándalo jurídico cuando la solución adoptada –más allá, de los argumentos utilizados y de la complacencia que estos producen a las partes– no lesionó derechos constitucionales e importó dar una solución razonable al pleito cuyos efectos dejan firme la sentencia de grado.

Además, tal como lo reconoció la recurrente (cfr. fs. 97 vta., párrafo 5°) no existe una jurisprudencia uniforme y constante sobre la materia debatida y, por eso, no se advierte –pese al esfuerzo argumental desplegado por la parte actora– que se haya producido una violación al principio de igualdad de los actores respecto de otros accionantes, en otros pleitos, a los cuales por resolución judicial se les reconoció el carácter bonificable del suplemento FO.NA.IN.DO. Solo a mayor abundamiento, cabe recordar (si tenemos en cuenta que el debate se centra esencialmente en el reconocimiento del carácter bonificable del

<sup>3</sup> Más aún, en dicha ocasión se recordó que es doctrina de la CSJN que los planteos fundados en el cambio de jurisprudencia no habilitan la instancia del art. 14 de la Ley Nacional N° 48 (cfr. CSJN, Fallos: 302:785 y 305:2073, entre otros).

FO.NA.IN.DO) que la CSJN ha tenido oportunidad de establecer que una cosa es considerar que tales conceptos forman parte de la percepción normal, habitual y permanente y otra muy distinta que, por tal circunstancia, deban ser tenidas en cuenta para el cálculo de otras bonificaciones. A tal efecto, es menester indagar cuál es la voluntad del legislador sobre el punto (cfr. CSJN, Fallos 325:2171, considerando 6°; 321.663, considerando 7°).

En sentido concordante, se ha expedido el TSJ en la causa "Ruiz, María Antonieta" (cfr. TSJ, Expte. 3879/05, "Ruiz, María Antonieta", 14/9/2005, del voto del Dr. Lozano, consid. 3.II)

c) Sobre la arbitrariedad. Los planteos recursivos de la recurrente sólo evidencian su desacuerdo con la sentencia, sin lograr demostrar que los magistrados intervinientes hayan excedido, con su razonamiento, toda interpretación posible del derecho infra constitucional aplicable al caso o de las alegaciones de las partes.

Ello así, pues, por un lado, la actora omitió considerar que es una facultad privativa de los jueces de la causa establecer el sentido y alcance de las pretensiones acerca de cuya procedencia les incumbe expedirse (cfr. TSJ, Expte. N° 5353/07, "La Royal Sociedad Anónima de Servicios", 21/12/2007, consid. 3° del voto del Dr. Lozano, entre otros); y, por el otro, sus agravios no logran poner de resalto deficiencias lógicas o de fundamentación que impidan considerar al pronunciamiento impugnado como la sentencia fundada en ley a la que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional.

De esta forma, debe recordarse que, tal como lo ha sostenido el TSJ, la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (cfr. TSJ, Expte. N° 49/99 "Federación de Box", 25/8/99, considerando 5°, entre otros).





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

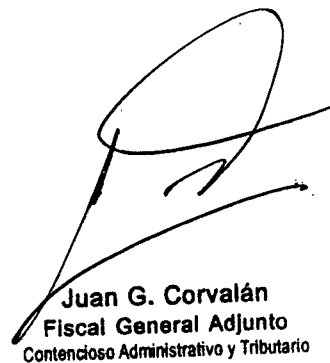
2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

Por las consideraciones expuestas, corresponde que el Tribunal Superior de Justicia rechace la queja y, eventualmente, el recurso de inconstitucionalidad deducidos por la parte actora

Se suscribe el presente de conformidad con la delegación establecida en el art. 6° de la Resolución FG N° 214/2015.

Fiscalía General, *16* de marzo de 2016.

**DICTAMEN FG N° *180* 116.**



**Juan G. Corvalán**  
**Fiscal General Adjunto**  
Contencioso Administrativo y Tributario

Seguidamente se remitieron las actuaciones al TSJ. Conste.

