Expte. N° 12992/15 "Infantino, Susana Liliana s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Infantino, Susana Liliana 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. 106, punto 2.

II.- Antecedentes y síntesis de la cuestión debatida

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario denegó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora (cfr. fs. 94) contra la decisión que revocó la sentencia de grado y rechazó la demanda (cfr. fs. 41 vta.).

Para así decidir, la Cámara consideró:

a) que el recurso de inconstitucionalidad deducido por la actora sólo plantea su disenso con la solución arribada, sin controvertir adecuadamente la situación fáctica descripta en el fallo y el ordenamiento jurídico reseñado que sustenta el decisorio (cfr. fs. 93, considerando IV, párrafo 3°);

b) que la actora no explicó por qué la sentencia recurrida, en cuanto sostuvo que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no es titular de la relación jurídica sustancial objeto del proceso, colisiona con las normas constitucionales invocadas (cfr. fs. 93, considerando IV,

párrafo 4°);

c) que si bien la sentencia impugnada se fundó en legislación federal, lo cierto es que no configura un supuesto de resolución contraria a ese derecho, por cuanto dispuso el rechazo de la demanda (cfr. fs. 93, considerando IV, 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. 93 vta., considerando VI, párrafo 1°).

Recuérdese que la Sala I revocó el pronunciamiento de grado en cuanto estableció el carácter remunerativo y no bonificable del rubro correspondiente al Fondo Nacional de Incentivo Docente y dispuso que correspondía abonar las diferencias salariales que pudieran derivarse de la incorrecta liquidación efectuada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires –cfr. fs. 23 vta. (considerando VII) –, porque entendió que éste 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 y 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. 40 vta., considerando VI del voto de la Dra. Díaz), según el cual el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires 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. 42/85).

Entre sus agravios, básicamente, invocó:

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. 76 y vta., punto 5.2.).

b) Violación del principio de igualdad, 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. 77 y vta., punto 5.3.);

c) Violación de los principios constitucionales de "igual remuneración por igual tarea" y "de retribución justa", por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires quien, como empleador, debe abonar la remuneración integrando el Fondo Nacional de Incentivo Docente al salario docente con carácter remunerativo y bonificable (cfr. fs. 82, párrafo 3° del título "La violación de principios constitucionales" y fs. 83 vta., párrafo 3°, respectivamente.).

d) Arbitrariedad de la sentencia, por: i) ignorar la voluntad del legislador (cfr. fs. 83 vta., párrafo 1° del título "ARBITRARIEDAD"); ii) la consideración solo aparente de los hechos con error en cuanto a la aprehensión de su significado (cfr. fs. 84, párrafo 4°); y iii) renegar del principio constitucional *in dubio pro operario* (cfr. fs. 84 vta., párrafo 2°).

Frente al rechazo del recurso de inconstitucionalidad, la parte actora dedujo la presente queja (cfr. fs. 95/99 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 y se dirige contra una sentencia definitiva emanada del tribunal superior de la causa (cfr. art. 33 de la Ley N° 402).

No obstante, el recurso no contiene una crítica fundamentada 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 Tribunal Superior de Justicia, 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. Tribunal Superior de Justicia, Expte. N° 6197/08 "Moñita, Pedro Pablo Gonzalo", 20/5/2009, consid. 2° del voto de la Dra. Conde, entre muchos otros), recaudo que el escrito en examen no reúne, ya que la Cámara rechazó fundamentadamente 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 Tribunal Superior de Justicia 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 juzgar siendo ésta una cuestión no disponible por las partes o por el consentimiento que éstas den a la sentencia[1].

En segundo lugar, cabe observar que es reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Tribunal Superior de Justicia 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[2].

En virtud de ello, la consideración detallada de ese escrito por parte de la Sala I para resolver en el sentido en que lo hizo (cfr. fs. 40 vta. /41, considerando VI del voto de la Dra. Díaz), obliga a descartar la vulneración del derecho de defensa.

No obstante lo anterior, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, al contestar la demanda y también el traslado del recurso de inconstitucionalidad (cfr. fs. 16/17, apartado 4.3.2 y fs. 87/89, respectivamente), explicó que el Fondo Nacional de Incentivo Docente no es liquidado por esa parte y tampoco la Ciudad provee los fondos

---

[1] 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 Rio 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°

[2] 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.

necesarios para su pago. Consecuentemente, señaló que la Ciudad no puede modificar las pautas y criterios establecidos ya que se trata de cuestiones privativas del Estado Nacional, a quien debería haber demandado la actora en procura de la modificación que pretende.

A dicha circunstancia hizo referencia la propia sentencia de la Alzada (cfr. fs. 41, considerando VI, párrafo 2° del voto de la Dra. Díaz), 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.

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 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)[3].

En consecuencia, no es plausible sostener la configuración de un

[3] 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).

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.

Además, corresponde destacar que, tal como lo reconoció la recurrente (cfr. fs. 77 vta., punto 5.3, 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.

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. Tribunal Superior de Justicia, Expte. N° 5353/07, "La Royal Sociedad Anónima de Servicios", 21/12/2007, considerando 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 Tribunal Superior de Justicia, la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia

devenga infundada y, por ende, arbitraria (cfr. Tribunal Superior de Justicia, Expte. N° 49/99 "Federación de Box", 25/8/99, considerando 5°, entre otros).

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, que

ES JUSTICIA.-

Fiscalía General, 1 de abril de 2016.

DICTAMEN FG Nº 256 **/16.**

LUIS J. CEVASCO
FISCAL GENERAL A/C

Seguidamente se remitieron las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia. Conste.