

PRESUNCIÓN DE REMUNERATIVIDAD

LUCÍA MAGALÍ ROZENBERG¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 420-443.

“Presunción de remuneratividad”

Una propuesta hermenéutica a partir del examen de los criterios de interpretación en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Resumen: El presente trabajo es una breve síntesis de la tesis elaborada en el marco de la Maestría en Abogacía del Estado de la Universidad de Tres de Febrero en conjunto con la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación.

Se realiza una sistematización en torno al modo en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha venido evaluando la naturaleza jurídica de las sumas pretendidamente no remunerativas. A partir de ello, se ofrece una propuesta hermenéutica que denomino “presunción de remuneratividad” para resolver controversias de ese tipo.

Palabras clave: Derecho del Empleo público. Remuneración. Sumas no remunerativas. Presunción de remuneratividad.

Abstract: This paper is a brief resume of a larger work, wich consist on a thesis elaborated to obtain the Master’s degree on State Attorney of the Universidad de Tres de Febrero with the Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado within the Procuración

1 Abogada (Derecho-UBA), Especialista en Derecho Procesal Civil (Derecho-UBA), Magíster en Abogacía del Estado (UNTREF-ECAE). Profesora Titular de Empleo Público Provincial y Municipal (UCALP). Se desempeña actualmente como Prosecretaria Coadyuvante en el Juzgado de Primera Instancia en lo CATyRC N° 23 de la Ciudad de Buenos Aires.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina



del Tesoro de la Nación.

Here, I carried out a systematization around the way in which the Supreme Court of Justice of the Nation has been evaluating the legal nature of the allegedly non-remunerative sums. From this, a hermeneutical proposal is offered, which I call “presumption of remuneration” to resolve disputes of this type.

Key words: Public Employment Law. Salary. Non-remunerative sums. Presumption of remuneration.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es una breve síntesis de la tesis elaborada en el marco de la Maestría en Abogacía del Estado de la Universidad de Tres de Febrero en conjunto con la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación².

A los fines de realizar dicha síntesis, me centré únicamente en dos aspectos de aquel trabajo. Por un lado, la sistematización allí elaborada en torno al modo en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha venido evaluando la naturaleza jurídica de las sumas pretendidamente no remunerativas y, por el otro, la propuesta hermenéutica que denomino “presunción de remuneratividad” para resolver controversias de ese tipo.

II. SISTEMATIZACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CSJN SOBRE LOS MODOS DE EVALUAR LA NATURALEZA JURÍDICA DE UN SUMAS PRESUNTAMENTE NO REMUNERATIVAS

Me interesa reseñar el modo en que la CSJN ha resuelto aquellos casos donde se debía dilucidar el verdadero carácter –remunerativo o no- de una suma. A tales fines, se reseñarán los distintos criterios empleados en su jurisprudencia, primero en el ámbito de las relaciones de derecho público y luego en el de derecho privado.

2 La misma contó con la dirección del Dr. Pablo O. Cabral y fue defendida el 26 de octubre de 2022, obteniendo la máxima calificación, con recomendación de publicación, por parte del Jurado integrado por las Dras. Miriam Ivanega, Nora Vignolo y el Dr. Matías Posdeley.

II.1. Modos en que la CSJN dilucida la naturaleza jurídica de una suma abonada sin carácter remunerativo en el marco de las relaciones de empleo público

Del examen de la jurisprudencia de la CSJN a la hora de esclarecer la naturaleza jurídica de un suplemento abonado pretendidamente sin carácter remunerativo, se puede observar que se apoyó en seis criterios fundamentales: (a) la generalidad; (b) la habitualidad; (c) la significación económica del suplemento con relación al salario total; (d) la finalidad de recomposición salarial perseguida; (e) la existencia de una condición o circunstancia específica para percibirlo; y (f) la libre disponibilidad. A continuación se describirá brevemente cada uno de estos criterios.

II.1.1. La generalidad

En la jurisprudencia de la CSJN de al menos los últimos cincuenta y cinco años, en los casos en que debió develar la verdadera naturaleza de un rubro abonado sin carácter remunerativo, con frecuencia se empleó la pauta de la generalidad con que dicho rubro había sido abonado. Es decir, si lo había percibido la generalidad del personal, lo consideraba remunerativo, y si lo había percibido solo una parte del personal, lo calificaba como no remunerativo.

Ello obedece a que el conjunto de fallos que fue delineando una doctrina jurisprudencial en la materia versó sobre regímenes particulares que dotaban a dicha generalidad de un valor singular en materia remunerativa. Me refiero a los casos de reclamos previsionales de: (a) personal militar -Ejército, Armada y Fuerza Aérea-; (b) personal policial; (c) personal de Gendarmería; y (d) magistrados/as y funcionarios/as judiciales. Es que para calcular el haber previsional en estos casos, sus regímenes particulares exigen tener en cuenta los suplementos que percibe la generalidad del personal en actividad. Es decir, el haber previsional se encuentra indisolublemente vinculado con el salario que percibe la generalidad del personal activo. Es que en dichos regímenes (particularmente militares, policiales, penitenciarios, gendarmes) existen múltiples adicionales que se abonan para compensar determinadas tareas más sacrificadas, sea por su complejidad, por la imprevisibilidad de los servicios o la mayor dedicación exigida. Atento a que tales situaciones no siempre

afectan a la totalidad del personal en actividad, el impacto sobre el haber previsional queda sujeto a tal verificación. Para mayor claridad, seguidamente se analizarán estos regímenes particulares y la jurisprudencia que ha sido emitida en la materia.

II.1.1.a. La generalidad en el régimen del personal militar (Ejército, Armada y Fuerza Aérea)

En cuanto al primer grupo mencionado, esto es, el personal militar, la Ley N° 14.777³ establece que el haber de retiro del personal militar se conforma con el sueldo del personal en actividad así como aquellos suplementos que con carácter general se abonen a dicho personal⁴. En cambio, los suplementos especiales y las compensaciones no repercuten sobre el haber de retiro. En consecuencia, dilucidar si un suplemento se abona con carácter general o particular tiene, en el marco del régimen del personal militar, una importancia singular.

En el primer fallo en tal sentido, “Del Cioppo” (1965)⁵, la CSJN evaluó un concepto creado por el Decreto N° 5247/PEN/59 con relación a personal militar retirado. Allí ponderó el carácter general con el que era abonado para reconocerle carácter remunerativo, siguiendo la interpretación de los arts. 54 y 74 de la Ley N° 14.777⁶. Tal criterio fue reiterado en los casos “Martínez” (1989)⁷ y

3 Publicada en el BO 18826 del 29/12/1958.

4 Conf. arts. 54, 55 y 74 de la Ley N° 19.101.

5 CSJN, “*Del Cioppo, Víctor José c/Nación*”, 14/06/1965, *Fallos*: 262:41.

6 El art. 54 indica que “cualquier asignación que en el futuro resulte necesario otorgar al personal en actividad... cuando dicha asignación revista carácter general, se acordará en todos los casos, con el concepto de ‘sueldo’ determinado por el art. 55”. En tal sentido, la CSJN indicó que “el art. 74 de la misma ley también asegura a los militares retirados con el 100%, percibir como mínimo el 90% de las remuneraciones que en concepto de retribución por sus servicios cobre la generalidad del personal de igual grado en actividad”.

7 CSJN, “*Martínez, Marcelino Hilario c/Estado Nacional (Ministerio de Defensa) s/cobro de pesos*”, 06/06/1989, *Fallos*: 312:787, consid. 12. Allí señaló “debe entenderse que las cantidades otorgadas significaron una gratificación, que debe estar comprendida en el concepto de ‘haber’ o ‘asignación’ a que alude la ley 19.101” debiendo la interpretación ser “amplia ya que el art. 74, inc. 1°, de dicha ley se refiere a ‘cualquier otra asignación que corresponda a la **generalidad** del personal de igual grado, en actividad” (el destacado es propio).

“Susperreguy” (1989)⁸, así como en otros posteriores como “Franco” (1999)⁹, “Freitas Henriques” (1999)¹⁰, “Bovari de Díaz” (2000)¹¹, “Thorne” (2000)¹², “Villegas Osiris” (2000)¹³, “Corbani” (2000)¹⁴,

8 CSJN, “*Susperreguy, Walter Jorge c/Estado Nacional (Ministerio de Defensa) s/cobro de pesos*”, 06/06/1989, Fallos: 312:802, consid. 8°. Allí indicó “sentado y habida cuenta del **carácter general** con que fue otorgada la compensación por mayores exigencias del servicio a todo el personal en actividad, no resulta dudosa su naturaleza salarial” (el destacado es propio).

9 CSJN, “*Franco, Rubén Oscar y otros c/Estado Nacional (Mrio. de Defensa) s/personal militar y civil de las FF.AA. y de seguridad*”, 19/08/1999, Fallos: 322:1868.

Allí se sostuvo que “la referencia necesaria es la remuneración entendida en sentido lato, es decir, comprensiva del sueldo, los suplementos generales, y toda otra asignación que perciba con **generalidad** el personal en actividad, de acuerdo con lo establecido en el art. 74 de la ley 19.101” (consider. 6°, el destacado es propio).

10 CSJN, “*Freitas Henriques, José Eduardo y otros c/Estado Nacional -Ministerio de Defensa- s/personal militar y civil de las fuerzas armadas y de seguridad*”, 05/10/1999, Fallos: 322:2398.

11 CSJN, “*Bovari de Díaz Aída y otros c/Estado Nacional -M° De Defensa- s/ Personal Militar y Civil de las FF.AA. y de Seg.*”, 04/05/2000, Fallos: 323:1048.

Allí la CSJN concluyó que: “de la exégesis de las normas citadas y de los informes de fs. 97/100, 104/105 y 113/114 se puede concluir que los suplementos y compensaciones cuestionados en el sub lite no han sido creados ni otorgados con carácter generalizado a la totalidad del personal en actividad ni a la totalidad del personal de un mismo grado... De ahí que tales asignaciones, instituidas y aplicadas con carácter particular y como compensaciones de ciertos gastos (arts. 57 y 58 de la ley 19.101), en tanto participan de tal naturaleza, no puede considerárselas acordadas en concepto de sueldo y, por lo tanto, no deben ser computadas para determinar el haber de retiro” (consider. 7°).

12 CSJN, “*Thorne, Rubén Wilfredo c/Estado Nacional - M° de Defensa - s/ personal militar y civil de las Fuerzas Armadas y de Seguridad*”, 01/06/2000, Fallos: 323:1554.

Allí se señaló: “dado su carácter generalizado y proporcional, dicho complemento guarda una nítida condición salarial que obliga a considerarlo para la determinación de los haberes del personal en situación de retiro, hace referencia a la remuneración entendida en sentido lato, comprensiva de lo que estrictamente constituye el haber o “sueldo”, de los suplementos generales, y de toda otra asignación que perciba con generalidad el personal en actividad, conforme lo dispone el art. 74 de la ley 19.101” (consider. 4°).

13 CSJN, “*Villegas Osiris G. y otros c/Estado Nacional M° de Defensa s/ Personal Militar y Civil de las FF.AA. y de Seguridad*”, 04/05/2000, Fallos: 323:1061. Allí se expresó en idénticos términos lo transcripto ut supra (consider. 5°).

14 CSJN, “*Corbani, Carlos Alberto y otros c/Estado Nacional - Ministerio de Defensa - s/personal militar y FF.AA. y de Seguridad*”, 04/05/2000, Fallos:

“López” (2003)¹⁵, “Cura de Blason” (2006)¹⁶, “Salas” (2011)¹⁷ y “Segura” (2018)¹⁸, “Sosa” (2019)¹⁹ y “Vilar” (2020)²⁰.

En el citado fallo “Salas”, la CSJN llegó a decir que “los precedentes del Tribunal de los últimos 44 años coinciden en que toda asignación de carácter general u otorgada a la generalidad del personal en actividad, al integrar el sueldo, beneficia el haber del personal retirado”²¹.

II.1.1.b. La generalidad en el régimen del personal policial federal

El Régimen de la Policía Federal Argentina, regulado por la Ley N° 21.965²², determina de igual modo la relevancia del carácter

323:1076.

15 CSJN, “*López, Ramón c/Estado Nacional - Ministerio de Defensa*”, 24/06/2003, Fallos: 326:2037.

16 CSJN, “*Cura De Blason Norma c/Estado Nacional Ministerio del Interior s/Personal Militar y Civil de las FF.AA y de Seg.*”, 15/08/2006.

17 CSJN, “*Salas, Pedro Ángel y otros c/EN -M° de Defensa s/amparo*”, 15/03/2011, Fallos: 334:275.

18 CSJN, “*Segura, María Elena c/EN -M Defensa- Armada - dto. 1336/05 435/09 s/Personal Militar y Civil de las FF.AA y de Seg.*”, 04/09/2018, Fallos: 341:1097, por remisión al dictamen de la PGN.

19 CSJN, “*Sosa Carla Elizabeth y otros c/EN - M° Defensa - Ejército s/ Personal Militar y Civil de las FF.AA y de Seg.*”, 21/05/2019, Fallos: 342:832. Allí la CSJN por unanimidad dijo que los “suplementos mencionados no reúnen en la práctica ninguna de las características mencionadas en el art. 57 de la ley 19.101 para ser considerados suplementos particulares, sino que comportan lisa y llanamente un aumento en la remuneración de la generalidad del personal militar en actividad. En tales condiciones, procede calificar ese aumento como remunerativo y computarlo en la base para el cálculo de todos aquellos suplementos que, conforme a la reglamentación, se determinen como un porcentaje del ‘haber mensual’, pues este concepto, al identificarse con el ‘sueldo’, esto es, con la asignación mensual que corresponde a cada grado de la jerarquía militar (conf. arts. 2401 y 2403 del decreto 1081/1973), engloba a todas las sumas que comporten un aumento generalizado de remuneraciones” (consider. 3°).

20 CSJN, “*Vilar, Osvaldo José y otros c/EN - M Defensa - CITEDEF s/ empleo público*”, 18/02/2020, por remisión al fallo “Segura” (2018).

21 Consider. 10.

22 Publicada en el BO 24137 del 02/04/1979.

general de un suplemento para determinar si el mismo conforma o no el haber de retiro²³.

En tal sentido, su Decreto reglamentario N° 1866/PEN/83²⁴, siguiendo el criterio de la ley, aclara que el haber mensual está compuesto por el sueldo básico²⁵ que no está integrado por los suplementos generales, esto es: el suplemento por antigüedad de servicios; el suplemento por tiempo mínimo en el grado; los suplementos particulares; y las compensaciones²⁶.

Tal ha sido el criterio utilizado en los casos “Torres” (1998)²⁷, “Costa” (2002)²⁸, “Lalia” (2003)²⁹, “Mallo” (2005)³⁰, “Bocci”

23 V. artículos 74, 75, 76 y 96.

24 Publicado en el BO 25234 del 11/08/1983.

25 Conf. art. 385.

26 Conf. arts. 388 y 389.

27 CSJN, “Torres, Pedro c/Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal”, 17/03/1998, Fallos: 321:619. Allí afirmó que “las condiciones expuestas, la generalidad que asumió el pago al personal en actividad de los suplementos indicados, muestra de modo indisimulable que su otorgamiento ha tenido connotaciones salariales” (consid. 9°).

28 CSJN, “Costa, Emilia Elena c/Caja de Retiros Jub. y Pensiones Policía Federal s/personal militar y civil de las FF.AA. y de seg.”, 29/08/2002, Fallos: 325:2161.

29 CSJN, “Lalia, Oscar Alberto c/Estado Nacional (M° del Interior - CRJP de la Pol. Fed.) s/retiro militar y fuerzas de seguridad”, 20/03/2003, Fallos: 326:928. Allí, por unanimidad, se dijo que “**el carácter general con que fue otorgada** la asignación por ‘inestabilidad de residencia’, según surge del art. 3° del decreto de su creación, le confiere una indudable y nítida condición remuneratoria o salarial, sin que sea óbice a ello su calificación como ‘compensación’, conforme así lo indica una reiterada línea interpretativa de esta Corte expuesta en diversos fallos dictados en casos semejantes, a cuyas consideraciones cabe remitir por razón de brevedad (Fallos: 312:787 y especialmente Fallos: 312:802 y 318:403)” (consid. 8°, el destacado es propio).

30 CSJN, “Mallo, Carlos Héctor y otros c/Caja Retiros Jubilaciones y Pensiones Policía Federal s/personal militar y civil de las FF.AA. y de seg.”, 29/11/2005, Fallos: 328:4232.

(2006)³¹, “González Quinto” (2006)³², “Oriolo” (2010)³³, “Soria” (2018)³⁴, “Castro” (2019)³⁵, “Bosso” (2019)³⁶, “Pérez” (2019)³⁷ y “Torres” (2020)³⁸.

II.1.1.c. La generalidad en el régimen del personal de Gendarmería

Del mismo modo, el artículo 94 de la Ley N° 19.349³⁹ establece que “[c]ualquiera sea la situación de revista que tuviera el personal en el momento de su pase a situación de retiro, el haber de retiro se calculará sobre el cien por ciento de la suma del haber mensual y **suplementos generales** a que tuviera derecho a la fecha de su pase a situación de retiro o de cese en la prestación de los servicios a que se refiere el artículo 84, en los porcentajes que fija la escala del artículo 98” y que “[d]icho personal percibirá con igual porcentaje cualquier otra asignación **que corresponda a la generalidad del personal de igual grado, en actividad**”⁴⁰.

31 CSJN, “Bocci, Mario Roberto y otros c/Caja de Retiros Jub. Pens. Policía Federal Argentina s/personal militar y civil de las FF.AA. y de seg.”, 11/07/2006, Fallos: 329:2844.

32 CSJN, “González, Quinto Ramón y otros c/Estado Nacional - Ministerio de Justicia - Servicio Penitenciario Federal”, 07/11/2006.

33 CSJN, “Oriolo, Jorge Humberto y otros c/EN - M° Justicia Seguridad y DDHH - PFA - dto. 2133/91 s/personal militar y civil de la FF.AA. y de seg.”, 05/10/2010, Fallos: 333:1909.

34 CSJN, “Soria, Silvia Susana c/Policía Federal Argentina - Ministerio del Interior de la Nación s/laboral”, 12/06/2018.

35 CSJN, “Castro, Oscar Ernesto y otros c/Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio del Interior) y otros s/laboral”, 02/07/2019.

36 CSJN, “Bosso, Fabián Gonzalo c/EN - M° Seguridad - PFA s/personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg.”, 24/09/2019, Fallos: 342:1511. Allí la CSJN por unanimidad reiteró en idénticos términos la parte pertinente transcrita ut supra en el caso “Sosa” (consid. 3°).

37 CSJN, “Pérez, Sergio Daniel y otro c/E.N.A. - Ministerio del Interior - P.F.A. s/suplementos Fuerzas Armadas y de Seguridad”, 16/07/2019.

38 CSJN, “Torres Teuquill, Nicolás Gonzalo y otros c/Estado Nacional - Ministerio de Seguridad - Policía Federal Argentina s/Suplementos Fuerzas Armadas y de Seguridad”, 18/02/2020.

39 Publicada en el BO 22337 del 10/01/1972.

40 El destacado es propio.

En tales condiciones, el criterio de la generalidad ha sido utilizado por la CSJN en numerosas oportunidades para calificar como remunerativa o no remunerativa a una determinada suma abonada a personal de Gendarmería. Podemos destacar en este sentido los casos “Cavalo” (1995)⁴¹, “Frigerio” (2016)⁴² y “Ábalo” (2017)⁴³.

II.1.1.d. La generalidad en el régimen de magistrados/as y funcionarios/as judiciales

Ello también se da en casos que versan sobre la Ley N° 22.969⁴⁴, que establece una escala porcentual de remuneraciones para los/as magistrados/as, funcionarios/as y empleados/as de la Justicia nacional, en cuyo artículo 2° dice que “[l]a escala a que se refiere el artículo anterior se expresa en porcentajes sobre el total de las asignaciones atribuidas a los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por todo concepto, **excluidos los adicionales de carácter particular**”⁴⁵.

La jurisprudencia en tal sentido se asentó en casos de reclamos en torno a las escalas salariales previstas en la citada ley. Entre dichos fallos, podemos mencionar “Altamirano” (2000)⁴⁶, donde la mayoría de la CSJN empleó el criterio de la generalidad para determinar el carácter remunerativo de la asignación creada por el Decreto N° 2474/PEN/85 aplicable a los/as magistrados/as y funcionarios/as

41 CSJN, “Cavalo, Luis Enrique c/Estado Nacional (Mrio. de Defensa) s/ retiro militar”, 28/03/1995, Fallos: 318:403.

42 CSJN, “Frigerio, Eduardo Heriberto Aquiles c/Estado Nacional - Ministerio del Interior - Gendarmería Nacional y otro s/Personal Militar y Civil de las FFAA. y de Seg.”, 25/10/2016, Fallos: 339:1520, consid. 5°.

43 CSJN, “Abalo, Verónica Paula el EN - MS Seguridad - PFA s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”, 28/03/2017, Fallos: 340:229.

44 Publicada en el BO 25300 del 15/11/1983.

45 El destacado es propio.

46 CSJN, “Altamirano, Alberto Gerardo Luis y otros c/Estado Nacional”, 13/07/2000, Fallos: 323:1866.

judiciales⁴⁷. Dicho criterio fue reiterado en “Alverdi” (2000)⁴⁸. Lo mismo había hecho en la disidencia del caso “Abalerón” (1993)⁴⁹, reiterado en “Quirno Costa” (1996)⁵⁰.

II.1.1.e. La generalidad en otros casos

Finalmente, en otros casos, se aplicó analógicamente el criterio de la generalidad a trabajadores/as del Sistema Penitenciario Nacional, regidos por la Ley N° 20.416⁵¹, con la particularidad de que dicha ley no asigna a dicho carácter general relevancia alguna. En efecto, el art. 95 de la Ley N° 20.416 estipula que la retribución se integra por “el sueldo, bonificaciones, y todo suplemento o compensación que las leyes y decretos determine” [lo que deja afuera toda consideración acerca de la generalidad de la asignación para su calificación como remunerativa o no remunerativa y] “las que serán iguales a las fijadas para las jerarquías equivalentes de la Policía Federal, de acuerdo

47 Allí se sostuvo que “la cuestión se centra en el alcance que debe asignarse al art. 2° de la ley 22.969 en cuanto dispone que la escala porcentual de remuneraciones fijada en el art. 1°..., lo será sobre el total de las asignaciones atribuidas a los jueces de la Corte Suprema por todo concepto, **excluyéndose los adicionales de carácter particular**. Tales son los que perciba el Magistrado de la Corte por razones particulares o propias a saber: asignaciones familiares, escolaridad, viáticos, que no alcanzan sin más a todos los funcionarios, sino que deben ceñirse a circunstancias especiales dado el carácter que revisten. Por el contrario las asignaciones **generales** son percibidas por todos los funcionarios sin exigencias de una condición determinada, de ahí que, a la luz del art. 2° de la ley 22.969, a la asignación especial no remunerativa creada por el decreto 2474/85 debe otorgársele ese carácter y, consecuentemente, no puede ser excluida de las asignaciones atribuidas a los Jueces de la Corte ‘por todo concepto’... no obsta a lo dicho la afirmación del carácter ‘no remunerativo’ consignado en el decreto, pues tal como se decidió el 15 de marzo de 1989 en autos: ‘Piccirilli, Ricardo H. y otros c/Estado Nacional s/ cobro’ (Fallos:312:296), se trata de una expresión poco afortunada y carente de real contenido que comporta un ‘evidente contrasentido’, en cuanto se persigue negarle al adicional su ostensible carácter remunerativo” (consids. 4° y 5°, el destacado es propio).

48 CSJN, “Alverdi, Ana Raquel y otros c/Estado Nacional”, 13/07/2000.

49 CSJN, “Abalerón, María Isabel y otros c/Estado Nacional”, 04/03/1993, Fallos: 316:273, disidencia de Mariani de Vidal.

50 CSJN, “Quirno Costa, Mariana y otros c/Estado Nacional -Mrio. de Justicia/empleo público”, 09/08/1996.

51 Publicada en el BO 22687 del 14/06/1973.

lo establecido en el artículo 2° de la ley 18.291”. A partir de dicha equivalencia pretendida por el/la legislador/a entre agentes policiales y penitenciarios, es que la CSJN hace uso de la analogía.

Así, se pueden destacar los casos “Machado” (2002)⁵², “Barrientos” (2003)⁵³, “Klein de Groll” (2005)⁵⁴ y “Ramírez” (2012)⁵⁵.

Sin embargo, es dable señalar que, en alguna ocasión, dicha aplicación analógica no estuvo plenamente justificada. En el caso “Arakaki” (2003), por ejemplo, haciendo suyos los fundamentos brindados por la Procuración General de la Nación (PGN), la CSJN aplicó dicho estándar a un caso de magistrados/as que percibían un suplemento no remunerativo acordado mediante una acordada de ese Tribunal⁵⁶. Cabe aclarar que no estaba en discusión la proporcionalidad salarial prevista en la Ley N° 22.969 antes mencionada.

II.1.2. La habitualidad

52 CSJN, “Machado, Pedro Manuel c/EN – M° de Justicia s/personal militar y civil de las FF.AA. y de seg.”, 05/09/2002, Fallos: 325:2171.

53 CSJN, “Barrientos, Simeón c/Estado Nacional - Ministerio de Justicia - Servicio Penitenciario Federal”, 23/09/2003, Fallos: 326:3683. Allí señaló: “frente al **carácter general** con que fue concedido a todo el personal del Servicio Penitenciario, su permanencia y proporcionalidad calculada en función de las distintas jerarquías, su condición remuneratoria no puede ser negada (Fallos: 312:787, 802 y 318:403)” (consid. 6°, el destacado es propio).

54 CSJN, “Klein de Groll, Erika Elmira c/Estado Nacional- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Servicio Penitenciario Federal”, 29/11/2005, Fallos: 328:4246. Allí, la CSJN afirmó que “tales caracteres [remunerativo y bonificable] no son una consecuencia necesaria de la generalidad con que fueron otorgados y que fue reconocida en Fallos: 325:2171, máxime cuando las leyes 13.018 y 20.416 no establecen ninguna regla que indique que un adicional por el hecho de ser general o de haber sido otorgado generalizadamente deba ser considerado como remunerativo y bonificable”.

55 CSJN, “Ramírez, Dante Darío c/E.N. M° Justicia – Servicio Penitenciario Federal s/personal militar civil de las de seg.”, 20/11/2012, Fallos: 335:2275. Allí sostuvo que “en atención a la intención del legislador de equiparar el tratamiento asignado las remuneraciones de los integrantes de ambas fuerzas de seguridad, y a la similitud que presentan los suplementos creados por el decreto 2807/93 los establecidos en el decreto 2744/93 para el personal de la Policía Federal Argentina, resultan aplicables al caso las consideraciones expuestas por el Tribunal in re ‘Oriolo’ (Fallos: 333:1909)”.

56 CSJN, “Arakaki, Marcela Noemí y otros c/E.N. - C.S.J.N. - AC 57/92 s/empleo público”, 07/10/2003, Fallos: 326:4076.

Otro criterio utilizado por la CSJN es el vinculado con el carácter habitual o permanente de un suplemento para determinar su naturaleza remunerativa o no remunerativa⁵⁷.

Así, se pueden mencionar los casos “Segura” (2018)⁵⁸, “Arakaki”

57 Así, en algunas disidencias emitidas por con-jueces, ha dicho que “no cabe duda de que un ‘suplemento adicional’, como la compensación funcional, que reviste el **carácter de permanente**, más aún cuando está sujeto a aportes, encaja dentro de la ‘remuneración total’ que, conforme el art. 4° de la ley 18.464, modificada por la ley 22.940, debe servir de base para determinar el haber de jubilación ordinaria” (CSJN, “Vila, Juan Diego c/Corte Suprema de Justicia de la Nación”, 19/03/1987, Fallos: 310:576, disidencia de Benchetrit Medina. El mismo criterio fue reiterado posteriormente en: CSJN, “Fabris, Marcelo H. c/Estado Nacional (Poder Judicial de la Nación)”, 22/08/1988, Fallos: 311:1517, disidencia de Benchetrit Medina, consid. 5°).

Asimismo, ha dicho que “[u]n suplemento adicional como la compensación funcional, **que reviste el carácter de permanente**, más aún cuando está sujeto a aportes, encaja dentro de la remuneración total que, conforme al art. 4° de la ley 18.464, modificada por la ley 22.940, debe servir de base para determinar el haber de jubilación ordinaria” (CSJN, “Herrera, Lucio Eduardo c/Estado Nacional s/nulidad de resolución y cobro de haber”, 06/04/1990, Fallos: 313:427, disidencia de González Macías, conf. sumarios del fallo. El destacado es propio).

58 V. consid. V del dictamen fiscal. Haciendo suyos los términos de la PGN, la CSJN indicó “el modo generalizado con que fue otorgado el suplemento mensual, **sin límite temporal** y destinado a la totalidad del personal incluido en el régimen de investigación y desarrollos de las Fuerzas Armadas [...] cuyos integrantes tampoco deben cumplir con ninguna condición o circunstancia específica para percibirlo, impone que deba reconocerse su carácter remunerativo, a la luz de la doctrina sentada por V.E. en diversos pronunciamientos (Fallos: 323:1048; 326:4076; entre otros), toda vez que forma parte de la percepción **normal, habitual y permanente** y su contenido es de esencia retributiva, tal como -además- se desprende de los considerandos de los decretos 1336/05 y 430/09, en tanto señalaron el objetivo de tender hacia una justa equiparación de la situación salarial de investigadores y personal de apoyo a las investigaciones vinculadas con la Defensa Nacional y de adecuar sus remuneraciones” (el destacado es propio).

(2003)⁵⁹, “Finocchietti” (2011)⁶⁰ y “Bertrán Rufino” (2014)⁶¹.

59 CSJN, “*Arakaki, Marcela Noemí y otros c/E.N. - C.S.J.N. - AC 57/92 s/ empleo público*”, 07/10/2003, *Fallos*: 326:4076, consid. VI del dictamen fiscal. Se dijo (siguiendo el dictamen de la PGN): “tal calificación colisiona con la forma en que la ley 18.037 [...] definía a la remuneración, en tanto precisaba como tal a todo ingreso que percibiere el agente en dinero o en especie, susceptible de apreciación pecuniaria, en retribución o compensación o con motivo de su actividad personal, en concepto de sueldo, sueldo anual complementario, salario, honorarios, comisiones, participación en las ganancias, habilitación, propinas, gratificaciones y suplementos adicionales que revistan el carácter de **habituales y regulares**, viáticos y gastos de representación, excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes, y toda otra retribución, cualquiera fuere la denominación que se le asigne, percibida por servicios ordinarios o extraordinarios prestados en relación de dependencia. Sin perjuicio de la denominación dada al suplemento, lo cierto es que, desde mi punto de vista, su pago no reconoce otra causa que la retribución por tareas desempeñadas genéricamente por el personal administrativo y técnico, de servicio, obrero y de mastranza del Poder Judicial de la Nación, puesto que se dispuso su pago **habitual y general conjuntamente con los haberes mensuales de dicho personal**” (el destacado es propio).

60 CSJN, “*Finocchietti, Enrique Augusto y otros c/ANSeS s/reajustes varios*”, 01/11/2011, *Fallos*: 334:1172, del voto de los Dres. Petracchi, Zaffaroni y Argibay. Se sostuvo: “a efectos de determinar si aquella asignación debe ser computada para el cálculo proporcional del haber de jubilación con arreglo al régimen especial en vigor al tiempo en que fue creada, debe partirse del concepto amplio de remuneración que establecen las leyes previsionales; en particular, integran dicho concepto y están sujetos a aportes y contribuciones a los fines del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (ley 24.241), los suplementos que tengan el carácter de **habituales y regulares**, los viáticos y los gastos de representación, ‘excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes’, y toda otra retribución, cualquiera que fuese la denominación que se le dé, percibida por servicios ordinarios o extraordinarios prestados en relación de dependencia (conf. art. 6º, que es reproducción del art. 10 de la ley 18.037)” (consid. 15, el destacado es propio, del voto de los Dres. Petracchi, Zaffaroni y Argibay).

Asimismo, se reprochó la decisión del juez de grado al que “desestimó por innecesarias las medidas que se encaminaban a la comprobación de aquellas circunstancias a pesar de que, según los actores, **la asignación se pagaba en forma habitual y regular** y resultaba equivalente al sueldo básico de los funcionarios en servicio, con lo que ha restringido sin justificación suficiente el régimen que garantizaba la necesaria proporcionalidad entre los haberes de pasividad y actividad” (consids. 21 y 22, el destacado es propio, del voto de los Dres. Petracchi, Zaffaroni y Argibay).

61 CSJN, “*Bertrán Rufino José y otros c/ANSES s/reajustes varios*”, 30/12/2014, *Fallos*: 337:1521. Allí se dijo que “[m]ás allá de la calificación dada al crearse un suplemento, no cabe negar su esencia salarial cuando resulte

Del mismo modo, en su voto en el citado caso “Barrientos” (2003)⁶², el Dr. Belluscio mencionó la habitualidad de los suplementos para acordarles carácter remunerativo⁶³.

Se advierte aquí que el criterio de la habitualidad no es valorado de manera autónoma para arribar a una conclusión sobre la remuneratividad del suplemento, sino que se conjuga con otros (generalidad, inexistencia de una condición o función específica para percibirlo y finalidad de recomposición salarial), sin perjuicio de lo cual, es efectivamente considerado.

En este punto, vale recordar que la habitualidad está mencionada en el art. 6º de la Ley Nº 24.241 que, al definir “remuneración” a los efectos del SIJP, alude -en su extensa enumeración- a los ingresos “habituales y regulares”.

En tal sentido, resulta oportuno indicar que existen dos tipos de salarios: el laboral y el previsional. El primero, vinculado con el/la trabajador/a en actividad, atiende a la satisfacción de sus necesidades y las de su núcleo familiar y sirve para conocer cuál es la base remuneratoria para el cálculo de los demás conceptos que integran el crédito laboral, como pueden ser el SAC. El segundo, relacionado con el/la trabajador/a en pasividad, que sirve a los efectos de saber calcular los aportes y contribuciones que corresponde efectuar y para conocer el alcance del beneficio previsional en pasividad (Seco, 2015:89; Rodríguez Mancini, 2013:291). Esta distinción resulta relevante porque existen dos tipos de reclamos judiciales en torno a las *sumas no remunerativas* que interesa a los efectos del presente trabajo: (a) uno destinado a percibir las diferencias salariales derivadas del pago como no remunerativo de un suplemento (v.g. impacto sobre el SAC), que tramita ante el fuero de lo contencioso administrativo (federal o local) y en cuyo marco resultan aplicables las normas del Derecho del Empleo Público; y (b) otro destinado al ajuste del haber previsional o a la regularización previsional,

de la contraprestación que retribuye y de las **condiciones de habitualidad** y libre disponibilidad establecidas por las leyes de fondo, aspectos que deben ser examinados en las instancias ordinarias pertinentes (conf. argumentos del voto de los jueces Petracchi, Zaffaroni y Argibay en la causa ‘Finocchietti’ -Fallos: 334:1172-, en especial considerando 22)” (consid. 9º).

62 CSJN, “*Barrientos, Simeón c/Estado Nacional - Ministerio de Justicia - Servicio Penitenciario Federal*”, 23/09/2003, *Fallos*: 326:3683.

63 Consid. 8º.

que tramita ante el fuero de la Seguridad Social y donde se aplica normativa previsional. Ello como regla general⁶⁴. En consecuencia, el carácter de la habitualidad que surge del art. 6° de la Ley N° 24.241, en principio, sólo podría ser invocado en el segundo caso. En tal sentido, se advierte que en los casos “Segura”, “Arakaki” y “Sosa”, pese a tratarse de trabajadores en actividad, la CSJN igualmente se ponderó el requisito de la habitualidad.

IV.1.3. La significación económica del suplemento con relación al salario total

En tiempos más recientes, la CSJN ha incorporado una pauta de interpretación basada en la cuantificación proporcional de la significación económica del suplemento evaluado respecto del salario total. Sin embargo, no suele ser utilizado como argumento principal, sino accesorio, permaneciendo el criterio de la “generalidad” como predominante.

El primer caso en que dicho criterio fue empleado es el ya citado “Lalia” (2003)⁶⁵, retomándose años más tarde en los casos “Sosa”

64 En tal sentido, v. CSJN, “*Flor, Marcelo Javier y otros c/EN - M° Justicia - SPF - dto. 2807/93 884/08 s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.*”, 22/10/2019, *Fallos*: 342:1760 (consid. 3°).

65 Allí se indicó: “no es inapropiado observar que una retribución como la indicada fijada por la reglamentación en el 35% del haber no es meramente accesorio, sino que representa una parte sustancial de la remuneración del personal, a punto que de no ser así entendido la expresión ‘haber’ (y, en su caso, el ‘sueldo básico’ del art. 74 de la misma ley) dejaría de tener una verdadera significación real. Y es que, la exclusión de asignaciones que por su entidad conforman una parte importante del haber, tiene el efecto de transformar la remuneración principal en accesorio, con el consiguiente trastrocamiento de la función primordial que el haber cumple, cual es la de servir de base para el cálculo de otros suplementos, lo que es contrario a la finalidad perseguida por el citado art. 75” (consid. 10).

(2019)⁶⁶ y “Bosso” (2019)⁶⁷.

Este criterio, vale decirlo, también ha sido utilizado en el fuero de la Seguridad Social⁶⁸.

66 Allí, la CSJN por unanimidad señaló que “a lo expresado se suma la circunstancia de que en el decreto 1305/2012, el ‘suplemento por responsabilidad jerárquica’ fue fijado entre un 60,74% del haber mensual asignado al grado mínimo del personal militar de las fuerzas armadas, y un 145,78% del haber mensual correspondiente al grado máximo; mientras que el ‘suplemento por administración del material’ fue establecido entre un 54,67% y un 131,20% de tales haberes mensuales. Se advierte que las retribuciones así previstas no son meramente sumas accesorias o adicionales, sino que representan una parte sustancial de la remuneración, lo que, unido al carácter general con que fueron establecidas, conduce también a reconocerles características similares al concepto ‘sueldo’” (consid. 3°).

67 Allí, la PGN indicó: “[p]or lo demás, corresponde advertir que las sumas fijadas por el citado decreto representan en promedio un 30% del haber mensual bruto [...], lo cual, a mi entender, constituye una parte sustancial de la remuneración, al punto que, de no. ser así entendida, la expresión ‘haber’ dejaría de tener una verdadera significación real, desde que la exclusión de asignaciones que por su entidad conforman una parte importante de él, tiene el efecto de transformar la remuneración principal en accesorio. Ello, con el consiguiente trastrocamiento de la función primordial que el haber cumple, cual es la de servir de base para el cálculo de otros suplementos [...]” (consid. V del dictamen).

Luego, retomando tal criterio, en su voto separado el Dr. Rozenkrantz expresó: “[I]o expuesto en el punto anterior se ve reforzado por la significación económica que los suplementos creados por el decreto 2140/2013 tienen sobre la totalidad de la remuneración del personal en actividad. En efecto, tal como lo señala la señora Procuradora Fiscal en su dictamen, de los recibos de sueldo acompañados a esta causa surge que el suplemento ‘Apoyo Operativo’ representaba alrededor de un 30% de la remuneración bruta del actor. Desde el punto de vista normativo, de acuerdo con el decreto 813/2014, a junio de 2014 el monto de los suplementos oscilaba entre el 85% y el 115% del haber mensual fijado por ese mismo decreto, según el grado y el suplemento. Por lo tanto, las remuneraciones concedidas por el decreto 2140/2013 no son sumas meramente accesorias o adicionales. La magnitud de las remuneraciones concedidas ha sido considerada como relevante por esta Corte para determinar si un suplemento constituye parte del sueldo (causa ‘Lalia’, citada, considerando 10)” (consid. 12).

68 V. CFASS, Sala III, “*Fondevila, Rubén Manuel c/Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones - Policía Federal*”, 11/06/2009. Allí se dijo: “si el total de los suplementos representa una parte sustantiva del haber efectivamente percibido, negarles el carácter de ‘remunerativos’ y ‘bonificables’ configura una evidente desnaturalización del salario y un claro apartamiento de las previsiones legales vigentes” (del voto de la Dra. Dorado, al que adhirieron los Dres. Herrero y Fernández).

IV.1.4. La finalidad de recomposición salarial

En algunos casos, la CSJN ponderó para su evaluación sobre el carácter remunerativo o no remunerativo de una suma determinada, el hecho de que se hubiera acordado con la finalidad de recomposición salarial. Aquí también se trató de un argumento accesorio.

Este temperamento encuentra su primer antecedente en “Piccirilli” (1989)⁶⁹, reiterado luego en la disidencia de Mariani de Vidal en el caso “Abalerón” (1993)⁷⁰. Más cerca en el tiempo, esta pauta fue empleada en el caso “Benítez” (2006)⁷¹ y en casos posteriores, como

69 CSJN, “*Piccirilli, Ricardo H. y otro c/Estado Nacional (P.E.N.) s/cobro*”, 15/03/1989, *Fallos*: 312:296. Allí ponderó que “el Poder Ejecutivo de la Nación, con fecha 30 de diciembre de 1985 dicta el decreto cuya interpretación motiva la presente Litis, que en definitiva constituyó una recomposición del salario de los magistrados y funcionarios”.

70 Disidencia de Mariani de Vidal, *in re*: CSJN, “*Abalerón, María Isabel y otros c/Estado Nacional*”, 04/03/1993, *Fallos*: 316:273, consid. 10. Se sostuvo: “la asignación de la que se trata significó, en definitiva, una recomposición de las retribuciones de los magistrados y funcionarios, conclusión a la que no empece la calificación ‘no remunerativa’ contenida en el decreto 2474/85 por tratarse de una expresión carente de real contenido que comporta un ‘evidente contrasentido’”.

71 CSJN, “*Benítez Cruz, Luis Carlos y otros c/Estado Nacional (Ministerio de Justicia) s/juicio de conocimiento*”, 28/03/2006, *Fallos*: 329:872. Allí, la CSJN precisó que “no debe perderse de vista que los pagos ordenados por el decreto 1770/91 formaron parte de una política de recomposición salarial para el Poder Judicial de la Nación que abordaba globalmente esta problemática tanto en la dimensión retroactiva como la de futuro [...]” (considerando 12). Allí también se señaló que: “el carácter remuneratorio de las diferencias salariales ofrecidas por medio del decreto 1770/91 no se altera por la mera circunstancia de que hayan sido pagadas por ‘única vez’ y sin incorporarse a la remuneración habitual, ya que ese resultado acontece cuando se cancelan tardíamente y en una sola oportunidad haberes adeudados por más de un período. Tampoco obsta a esa conclusión el hecho de que se concrete en el pago de una suma fija y uniforme para todos los magistrados y funcionarios comprendidos por la norma en tanto media el efecto cancelatorio que deriva de la aceptación por los interesados. Finalmente, resulta irrelevante a los fines de discernir la causa de los pagos la circunstancia de que se hubiera incumplido Cal momento de su percepción con los aportes y contribuciones que hubiesen sido exigibles por la índole del suplemento, ya que el eventual incumplimiento de los deberes a cargo de la administración como agente de retención no puede mutar la verdadera naturaleza del desembolso efectuado” (considerando 10).

“Arrabal de Canals” (2006)⁷² y “Segura” (2018).

Cabe notar la peculiaridad de que los casos citados en este punto refieren en su mayoría a una categoría particular de empleados/as públicos/as: los/as funcionarios/as judiciales y magistrados/as (“Piccirilli”, “Abalerón”, “Benítez” y “Arrabal de Canals”).

IV.1.5. La existencia de una condición o circunstancia específica para percibirlo

La existencia de una condición o circunstancia específica para percibirlo también ha sido utilizada de manera aislada y no como fundamento principal para resolver por la CSJN. Lo hallamos, como se vio arriba, en los casos “Segura” (2018) y “Arakaki” (2003) cuyas partes pertinentes ya fueron citadas.

La premisa que subyace en este razonamiento radica en considerar que si no existiera una función determinada que pudiera identificarse respecto del conjunto de trabajadores/as que perciben un suplemento, entonces no cabría reconocerle carácter remunerativo, aun cuando sí se pudiera afirmar que el pago tiene causa en la relación laboral.

IV.1.6. La libre disponibilidad

Finalmente, también ha valorado la CSJN la “libre disponibilidad” del suplemento otorgado, esto es: que no se hubiera otorgado con la finalidad de reintegrar o efectuar algún gasto determinado, vinculado con la función desempeñada.

Esto se puede ver en el voto de los Dres. Petracchi, Zaffaroni

72 CSJN, “*Arrabal de Canals, Olga y otros c/Estado Nacional - Ministerio de Justicia s/empleo público*”, 04/07/2006, *Fallos*: 329:2361.

Allí sostuvo que “resulta procedente la pretensión y debe confirmarse el pronunciamiento, ya que según se expresó en el precedente de referencia ‘no debe perderse de vista que los pagos ordenados por el decreto 1770/91 formaron parte de una política de recomposición salarial para el Poder Judicial de la Nación que abordaba globalmente esta problemática...’, de modo que no cabe circunscribir su alcance a los beneficiarios directos de la intangibilidad salarial garantizada por la Constitución Nacional (art. 110). Por último, la generalidad del pago obsta a su calificación como un adicional ‘de carácter particular’ para los destinatarios originales del beneficio” (considerando 8°).

y Argibay en los citados casos “Finocchietti” (2011)⁷³ y “Bertrán Rufino”⁷⁴ (2014).

II.1. Modos en que la CSJN dilucida la naturaleza jurídica de un suplemento abonado sin carácter remunerativo en el marco de las relaciones de empleo privado

A diferencia de lo que ocurre en los casos examinados, regidos por las normas de empleo público, las ocasiones en las cuales la CSJN debió examinar el carácter remunerativo o no remunerativo de suplementos abonados en el marco de las relaciones de derecho laboral privado, se hizo uso de otro tipo de razonamientos, normas y principios. Así, podemos destacar la invocación permanente del bloque de constitucionalidad que, en materia laboral, viene sentando estándares importantes.

En tal sentido, en los casos más destacados en la materia, “Della Blanca” (1998)⁷⁵, “Pérez” (2009)⁷⁶, “González” (2010)⁷⁷ y “Díaz” (2013)⁷⁸, se han invocado las siguientes fuentes: CN (arts.

73 Allí, los Dres. Petracchi, Zaffaroni y Argibay señalaron que “más allá de la calificación dada al creárselo, no cabe negar la esencia salarial o compensatoria, cuando resulte de la contraprestación que retribuye y de las condiciones de habitualidad y **libre disponibilidad** establecidas por las leyes de fondo, aspectos que deben ser objeto de examen en las instancias pertinentes (art. 280, último párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)” (conf. consid. 22, el destacado es propio).

74 Allí, nuevamente, los Dres. Petracchi, Zaffaroni y Argibay indicaron que “[m]ás allá de la calificación dada al crearse un suplemento, no cabe negar su esencia salarial cuando resulte de la contraprestación que retribuye y de las condiciones de habitualidad y **libre disponibilidad** establecidas por las leyes de fondo, aspectos que deben ser examinados en las instancias ordinarias pertinentes (conf. argumentos del voto de los jueces Petracchi, Zaffaroni y Argibay en la causa ‘Finocchietti’ -Fallos: 334:1172-, en especial considerando 22)” (consider. 9º, el destacado es propio).

75 CSJN, “Della Blanca, Luis Enrique y Luna, Jorge Omar c/Ind. Met. Pescarmona S.A. s/ordinario”, 24/11/1998, Fallos: 321:3123,

76 CSJN, “Pérez Anibal Raúl c/Disco S.A. s/despido”, 01/09/2009, Fallos: 332:2043.

77 CSJN, “González Martin Nicolás c/Polimat SA y otro s/despido”, 19/05/2010, Fallos: 333:699.

78 CSJN, “Díaz Paulo Vicente c/Cervecería y Maltería Quilmes S.A. s/

14 bis, 75, incs. 19 y 22); tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (DADDH, DUDH, PIDESC, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer); Convenios de la OIT (52, 95, 158); informes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT; Observaciones Generales del Comité DESC, entre otras.

A su vez, se han invocado los siguientes principios laborales: protectorio y de realidad; así como los derechos a la dignidad y en particular la dignidad del trabajador, a una retribución justa, a un salario mínimo vital, a una igual remuneración por igual tarea, a una participación de los trabajadores en las ganancias de la empresa, al descanso y vacaciones pagados, a la protección contra el despido arbitrario, entre otros.

Por razones de brevedad no se transcribirán aquí las partes pertinentes de cada uno de los fallos, pero sí cabe señalar que se observa un detenido análisis del bloque de constitucionalidad aplicable en la materia.

III. La presunción de remuneratividad

A partir del examen efectuado hasta aquí, corresponde efectuar una propuesta sobre el modo en que sería deseable, en mi opinión, que se resolvieran las controversias suscitadas en torno a la naturaleza jurídica de sumas que abonan los/as empleadores/as a sus empleados/as pretendidamente sin carácter remunerativo. En particular, me referiré a las normas y principios que deberían emplearse para ello y, en especial, a una pauta hermenéutica que denomino “presunción de remuneratividad”.

III.1. Fuentes aplicables

En mi opinión, sería deseable que el estándar de control judicial en ambas esferas de trabajo (público y privado) se resolviera aplicando normas de jerarquía superior (constitucional y supra-legal) por sobre fuentes de jerarquía inferior (legal e infra-legal), por imperio de lo dispuesto en los art. 31 y 75 inc. 22 de la CN y art. 27 de la

despido”, 04/06/2013, Fallos: 336:593.

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Asimismo, sería provechoso, a mi entender, que en el ejercicio de dicha tarea se aplicaran los mismos principios y reglas aplicables a la materia, tanto laborales (principio protectorio, regla de la aplicación de la norma más favorable, regla de la condición más beneficiosa, principio de irrenunciabilidad, indemnidad, principio de primacía de la realidad, principio de buena fe, el trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional; el bienestar general con principio de justicia social; el principio de progresividad; y la seguridad económica al trabajo asalariado), como de la seguridad social (solidaridad, integralidad, universalidad), administrativos (prevalencia del interés general) y sociales (*justitia socialis*, progresividad y no regresividad, bienestar general).

III.2. Hermenéutica propuesta. La “presunción de remuneratividad”

El estudio acerca de la naturaleza jurídica es una herramienta de análisis desarrollada por la filosofía del derecho que sirve para conocer la ontología de un instituto jurídico, sobre la base de cuya dilucidación se asignarán determinadas consecuencias jurídicas. Su esclarecimiento, además, sirve para comprender, distinguir y comparar.

En algunos casos, su determinación viene dada por la norma. En otros, existe una ausencia de definición normativa⁷⁹. Sin embargo, la calificación legal de un instituto no es un elemento determinante para la elucidación de tal cuestión, pues “lo que define la naturaleza jurídica de una institución son los elementos que realmente la constituyen y las facultades que le otorga la ley, cualquiera sea el nombre que el legislador o los particulares le atribuyen”⁸⁰.

En tal sentido, la CSJN señaló que “el carácter ‘no retributivo’ que el texto legal establece para los citados adicionales, no puede erigirse

79 Así, por ejemplo, si una ley determina que se abonará un “adicional no remunerativo”, ello implica una afirmación sobre la naturaleza jurídica de dicho adicional, esto es: que no integra el salario. En cambio, si la ley estipula que se abonará un “adicional”, no estamos ante definición alguna sobre su naturaleza jurídica por parte del/de la legislador/a.

80 CSJN, “*Colegio de Médicos de la Segunda Circunscripción (Santa Fe) c/ Sialle Mario*”, 08/04/1957, *Fallos*: 237:397, reiterado en múltiples ocasiones.

en obstáculo para su consideración a los fines de la determinación del haber jubilatorio”, y que “[l]a circunstancia de que la ley emplee términos ambiguos, no puede llevar a interpretaciones incompatibles con la cautela con la que corresponde examinar las cuestiones vinculadas con los beneficios previsionales [...]”⁸¹. Asimismo, afirmó que “[l]a mención de ‘asignación no remunerativa’, resulta poco afortunada, carente de contenido, y un evidente contrasentido, en cuanto pretende negar la naturaleza del adicional que está creando, esto es su carácter remunerativo”⁸².

Ahora bien, a mi modo de ver corresponde adoptar una hermenéutica restrictiva a la hora de evaluar si una suma de dinero, abonada en el marco de una relación laboral, por parte del/de la empleador/a a su empleado/a, sea pública o privada, puede en efecto carecer de carácter remunerativo. Considero que cuando un/a empleador/a abona a su empleado/a una suma de dinero, en el marco de su relación laboral, debe presumirse su carácter remunerativo. Ello conlleva, asimismo, la presunción de inconstitucionalidad de la norma que así la consagró, cualquiera haya sido su fuente de creación, esto es, una ley, un decreto, un acta paritaria u otra.

En virtud de dicha “presunción de remuneratividad”, en caso de controversia, debe ser quien la abona, la parte que deberá argumentar y probar el carácter no remunerativo de la suma de dinero así abonada. Dicha carga probatoria, entonces, consistirá en demostrar que su pago obedeció a alguna hipótesis ajena a dicha situación (v.g. reintegro de gastos o asignaciones familiares)⁸³. En este sentido se han expedido ya otros autores (v.g. Bustos Bruzzone & Sasso, 2013:313-314)⁸⁴.

81 CSJN, “*Piccirilli, Ricardo*”, 27/06/1989, *Fallos*: 312:1061.

82 CSJN, “*Piccirilli, Ricardo H. y otro c/Estado Nacional (P.E.N.) s/cobro*”, 15/03/1989, *Fallos*: 312:296.

83 Esta propuesta se compadece con la regla prevista en el art. 60 de la LCT según la cual “[e]n los casos en que se controvierta el monto o cobro de remuneraciones, la prueba contraria a la reclamación en juicio del trabajador corresponderá al empleador demandado. Lo dispuesto no excluye la demostración por el trabajador del hecho que dio origen al crédito”.

84 Al referirse a las “gratificaciones” dijeron que “dado que el fundamento para el reconocimiento del rubro tiene como soporte esencial la existencia de un contrato de trabajo, se presume que la causa de dicho pago es justamente la vinculación laboral, y que el pago es compensatorio de la labor prestada, o de su mera disponibilidad, permitiéndonos sostener conceptualmente su carácter salarial, al menos en tanto no se acredite un supuesto por el cual la causa del

Sobre este punto, cabe recordar que el criterio hermenéutico propuesto no es más que la aplicación concreta de los principios sintetizados por la CSJN en “ATE”, en especial: la consideración del/ de la trabajador/a como sujeto de preferente tutela constitucional, el principio de progresividad, que impone una fuerte presunción contraria a medidas regresivas y la seguridad económica al trabajo asalariado⁸⁵.

De tal modo, la “presunción de remuneratividad” constituiría un sub-principio de aquellos principios arriba mencionados, de naturaleza interpretativa, en el marco de una controversia sobre la verdadera naturaleza jurídica de una suma pretendidamente no remunerativa, abonada por un/a empleador/a a su empleado/a con motivo de la relación laboral que los/las une.

Por último, me interesa destacar que la propuesta hermenéutica propuesta pretende brindar una herramienta interpretativa que permita al Poder Judicial ejercer un rol activo en el desmantelamiento de prácticas que generan o perpetúan un sometimiento de un determinado grupo de personas -en este caso, los y las trabajadores/as- que, por tal carácter, ostentan una posición de desventaja estructural.

Asimismo, dado que este tipo de conflictos suele dirimirse en la justicia contencioso administrativa, considero que la adopción de este criterio hermenéutico podría servir para terminar de reafirmar el compromiso del derecho administrativo con el paradigma del constitucionalismo social y de los derechos humanos en todos los rincones de su disciplina.

IV. COLOFÓN

En virtud de lo analizado a lo largo de este trabajo, es dable concluir que el abordaje jurisprudencial de la CSJN sobre la naturaleza jurídica de las “sumas no remunerativas” en el Derecho del Empleo Público debe acompasarse a los tiempos que corren y superar concepciones largamente arraigadas, relacionadas con la unilateralidad del vínculo y su concepción estatutaria, así como con cierta resistencia a incorporar fuentes provenientes de otras ramas jurídicas.

otorgamiento tenga que ver con hechos o circunstancias absolutamente ajenas a la relación laboral”, y la carga de acreditarlo recae en el “agente pagador”.

85 CSJN, “Asociación de Trabajadores del Estado s/Acción de Inconstitucionalidad”, 18/06/2013, Fallos: 336:672, consid. 9º.

Así, la selección de fuentes a emplearse para resolver estos casos debe priorizar aquellas de mayor jerarquía, aprovechando los aportes científicos de experto/as en la materia, provenientes de los ámbitos internacionales de derechos humanos y de la OIT.

En particular, resulta necesario unificar criterios con el modo de resolver en estos casos en las relaciones laborales privadas, puesto que, en definitiva, el sujeto preferentemente protegido es uno solo: el y la trabajador/a asalariado/a. No se trata de ignorar lo que los regímenes particulares establecen para determinados/as agentes públicos/as, sino de comenzar el análisis por las fuentes de jerarquía constitucional, para luego llegar a las de menor jerarquía.

Finalmente, considero que en los casos donde hubiere controversia entre las partes acerca de la verdadera naturaleza jurídica de una suma abonada con carácter pretendidamente no remunerativo, será útil la hermenéutica propuesta, que denomino “presunción de remuneratividad”. Ella consiste en presumir la inconstitucionalidad de la norma de creación (cualquiera sea su origen) y que aquella suma es remunerativa, invirtiendo así la carga argumentativa y probatoria respecto de su carácter no remunerativo.

BIBLIOGRAFÍA

- Seco, Ricardo Francisco (2015), *La remuneración de los trabajadores en el Derecho del Trabajo Argentino*, 1ª ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Bustos Bruzzone, María Marta & Fernández Sasso, Gonzalo (2013), “Clases de salario. El salario mínimo. Contraprestaciones no salariales. Conceptos discutidos. Los beneficios sociales”, en Rodríguez Mancini, Jorge (Dir.), *Remuneraciones*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fedye.
- Rodríguez Mancini, Jorge -Dir.- (2013), *Remuneraciones*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fedye.