

Nota a fallo

Remuneración del empleado público

Incentivo. Asignación remunerativa.

1. - Los incentivos percibidos en los términos del art. 4º, inc. 2º, de la ley 23.283 deben ser considerados remunerativos, pues ellos fueron percibidos, al menos por una veintena de años, por los agentes de planta permanente del organismo en que se desempeña la actora sin que se hayan llevado a cabo las actividades de capacitación previstas en las leyes 23.283 y 23.412, por el solo hecho de prestar servicios en un organismo alcanzado por los convenios celebrados en el marco de esas normas.

2. - Los incentivos percibidos en los términos del art. 4º, inc. 2º, de la ley 23.283 deben ser considerados remunerativos, pues el Estado no acercó a la causa elementos de juicio que pongan de manifiesto la excepcionalidad del pago de los incentivos o su vinculación con el cumplimiento de las actividades de formación y perfeccionamiento previstas en la norma; circunstancias que debían ser acreditadas por el aquel que las alegó y, además, tenía la carga de su prueba por encontrarse en mejores condiciones de acreditarlas.
3. - Los fondos recaudados por el ente cooperador tienen características peculiares derivadas de su vinculación con funciones públicas, por las que se los sujeta a normas de derecho público —especialmente de control financiero y de gestión— y,

por ende, la mera circunstancia de que los incentivos del art. 4º, inc. 2º, de la ley 23.283, sean abonados con esas sumas no constituye por sí misma un óbice para considerarlos de naturaleza remunerativa, en tanto negar el carácter salarial de sumas regularmente percibidas por el agente dependiente del Estado por la mera invocación de dificultades en el control del sistema mediante el que ellas son obtenidas significaría consentir que se lesionen los derechos de aquel por circunstancias que le son ajenas, incumpliendo el deber enunciado en los arts. 14 y 14 bis CN.

4. - Poseen carácter remunerativo aquellos adicionales cuyo pago no reconoce otra causa que la retribución por tareas desempeñadas genéricamente por el personal, en la medida en que se dispuso su

pago habitual y general juntamente con los haberes mensuales; así, la naturaleza jurídica de un suplemento salarial se determina objetivamente, de acuerdo con el modo implementado, la contraprestación que retribuye y la finalidad que persigue su concreción, sin depender de las necesidades presupuestarias.

CS, 25/04/2023. - Cello, María Mónica c. EN – Mº Seguridad – disp. 268/09 212/10 s/ proceso de conocimiento.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/47966/2023]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY del 14/07/2023, p. 4, Atención al Cliente, <https://www.laleynext.com.ar/> o en Proview]

Las prestaciones remunerativas en los incentivos de la administración pública



Julián A. de Diego

Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Emérito y director del Posgrado en Conducción de RR.HH. (UCA). Académico de Número y secretario de la Junta Directiva de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y Académico Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España. Académico de Número de la Academia Nacional de Educación. Autor de numerosas publicaciones especializadas, veintidós libros unitarios, dos tratados, y más de 30 colaboraciones como coautor. Ha publicado más de 4000 artículos en revistas especializadas, y en *La Nación*, *Clarín*, *Ámbito Financiero*, *El Cronista*, e *Infobae*. Es un activo conferencista.

SUMARIO: I. Introducción.— II. El pago de prestaciones no remuneratorias del Estado.— III. Conclusiones.

I. Introducción

La Corte Suprema se mantiene incólume con su doctrina de que las prestaciones re-

munerativas son la contraprestación que recibe el trabajador por poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo (art. 103 LCT) (1).

La naturaleza jurídica de la remuneración proviene de la normativa de fondo; y el Poder Ejecutivo, los actores sociales, a través de los convenios colectivos, y los sujetos

individuales carecen de atribuciones para transformarlas en prestaciones no remunerativas (2).

También se ha interpretado que para que una suma abonada al trabajador revista naturaleza no remunerativa, debe cumplir con los requisitos legales impuestos por la

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(1) DE DIEGO, Julián A., “La protección de la remuneración en la OIT y en la jurisprudencia de la Corte

Suprema”, DT 2019 (noviembre), 127, TR LALEY AR/DOC/3083/2019.
(2) DE DIEGO, Julián A., “La Corte Suprema declaró

la ilegalidad de una prestación no remunerativa para el personal de las fuerzas armadas”, LA LEY, 2019-C, 397; TR LALEY AR/DOC/1742/2019.

normativa de fondo y, en su caso, el pago de una suma de dinero sin que se observen los recaudos del marco regulatorio transforma las prestaciones en remunerativas (3).

Esta interpretación tiene sus antecedentes en distintos rubros que se han liquidado en la administración pública que sin fundamento legal o fáctico se calificaron de no remunerativas, sin que exista respaldo legal alguno, y conformando el ingreso del agente en contraprestación con los servicios requeridos de su cargo y funciones (4).

A su vez es el Congreso Nacional, a través de normas de fondo, el que define unas y otras, en función de las condiciones, requisitos y formalidades que deben observarse, que en rigor debería ser compatible con las normas de mayor jerarquía, como la Constitución Nacional, los tratados internacionales de rango constitucional o suprallegal, y los convenios de la OIT.

En una síntesis, son remunerativas las sumas que percibe el dependiente por haber puesto a disposición su fuerza de trabajo y, en general, salvo excepciones expresas, la mayoría de la doctrina se inclinó por sostener que toda suma que se reciba por efecto del contrato es de naturaleza salarial (5).

Para que las sumas percibidas no formen parte de la remuneración, la causa que genera su percepción debe estar relacionada con un beneficio social como es el caso del reintegro de gastos de guardería, el pago de suplemento de servicios médicos o el reintegro por medicamentos, o con una prestación de naturaleza diversa (como es el caso de las erogaciones generadas por la capacitación entrenamiento o educación *ad hoc* del dependiente), o como prestaciones que no componen el ingreso efectivo (como es el caso de los viáticos con rendición de cuentas o el reintegro de gastos de conexión y energía eléctrica del teletrabajador). Otro tanto ocurre cuando una prestación ha sido creada con el fin de cumplir con una determinada atribución que a la vez define la naturaleza jurídica de la prestación, y ese propósito de modifica o se desnaturaliza, o la imputación del concepto invocado no se compadece con la realidad de la prestación de que se trate.

Esta desnaturalización tiene el efecto casi ineludible de que la prestación debe situarse, conforme al principio general de la primacía de la realidad, en donde se debe estar a lo que demuestran los hechos a los fines de establecer luego la naturaleza esencial e identificatoria que los determinan, dejando de lado la simple denominación, el ropaje y hasta, a veces, “el disfraz” utilizado para ocultar la verdad.

Guiarse por la realidad es un componente esencial para dilucidar hechos o fenómenos controvertidos y, con ello, para

poder restablecer cualquier desequilibrio o desvío con justicia y equidad.

II. El pago de prestaciones no remunerativas del Estado

El caso se origina en una demanda contra el Estado Nacional, Ministerio de Seguridad, Justicia y Derechos Humanos, Escribanía General de la Nación, a fin de que se declare la nulidad de una serie de resoluciones (res. 3418/2010 MSJDH, y las disposiciones 268/2009 y 212/2010 de la Subsecretaría de Coordinación), a fin de que se incorporen al rubro sueldo las sumas de dinero que percibía, desde el año 1991, bajo el rubro “Estímulo, Contracción al Trabajo, Presentismo, Incentivo”.

Obviamente, al cambiar la naturaleza de las prestaciones y convertirlas en remunerativas, se solicitó que también que se efectúen los correspondientes aportes y contribuciones de la seguridad social y se le abonen las pertinentes diferencias salariales por el período no prescripto. Si bien se les dio a dichas sumas abonadas el carácter de *prestaciones no remunerativas*, destaca que durante los 21 años de vigencia del adicional nunca se cumplieron con las actividades de capacitación para la que fueron previstas y, por ende, los pagos no cumplen con los fines para los que fueron creados (capacitación, becas, cursos de perfeccionamiento, etc.). Es en función de ello que se desnaturalizó y, por lo tanto, reclama que se les conceda carácter remunerativo a todos sus efectos legales y de la seguridad social.

La Corte Suprema resolvió un caso peculiar dentro de la órbita del empleo público, en donde el Estado no cumplió con las actividades de capacitación que debió realizar, sin perjuicio de lo cual abonó a los agentes de la planta permanente por un lapso prolongado (21 años), según lo establece la ley 23.283 (art. 4to. Inciso 2do) (6).

En efecto, el pago concebido como una prestación no remunerativa no se liquidó conforme a su cometido y, por ende, se desnaturalizó su objetivo, lo que implica para nuestro Alto Tribunal la inobservancia de la finalidad para la que fue creada, al revestir las sumas abonadas carácter remunerativo (7).

En efecto, el Estado no arrimó a la causa los elementos de juicio que permitan brindar a las prestaciones cuestionadas la naturaleza no remunerativa, excepcionalidad que solo se puede admitir en relación con el objeto de esas prestaciones, como son las actividades de formación y perfeccionamiento previstos en las normas referidas (leyes 23.283 y 23.412).

La Corte aplica también los principios propios de la prueba dinámica, ya que no

solo debió el Estado aportar la prueba de los hechos invocados, prueba que no fue producida, sino que, además, es el mismo Estado en el que se encuentra en las mejores condiciones para acreditar dichos extremos.

No cambia el carácter remunerativo de las sumas percibidas por los agentes de la administración pública el hecho de que las sumas abonadas resulten abonadas por un ente cooperador, que revista características derivadas de su vinculación con funciones públicas, en particular de control financiero y de gestión.

Como lo expresa literalmente la Corte, el caso está sujeto a las normas de derecho público y, por ende, la mera circunstancia de que los incentivos abonados con esas sumas no constituye por sí misma un óbice para considerarlas de naturaleza remunerativa, por lo tanto negar el carácter salarial de las unas regularmente percibidas por el agente dependiente del Estado, por la mera invocación de dificultades en el control del sistema mediante el que ellas son obtenidas, significaría consentir que se lesionen los derechos de aquel por circunstancias que le son ajenas, incumpliendo el deber enunciado en los arts. 14 y 14 bis de la CN.

En síntesis, no cabe otra alternativa que establecer que la retribución por las tareas desempeñadas genéricamente por los trabajadores, en la medida en que se dispuso su pago habitual y general juntamente con la retribución mensual, permite determinar que la naturaleza jurídica de la prestación, aun cuando sea un suplemento, de acuerdo con el modo de implementación, retribuye la contraprestación, y la finalidad persigue su concreción al margen y con independencia de las necesidades presupuestarias.

También se descartó, como defensa, que el pago de las sumas aludidas sea abonada por un ente cooperador, que el Estado habría incurrido en mora en todos los planos, al punto de que la Asociación de Concesionarios de Automotores de la República Argentina (ACARA), que debía ser convocada a los efectos de la capacitación, indicó que la actora no había sido contratada por ella y que nunca se abonaron cursos de capacitación para los agentes permanentes de la Escribanía General de la Nación.

En ese sentido se expresa además que esta Corte ha sostenido que poseen carácter remunerativo aquellos adicionales cuyo pago no reconoce otra causa que la retribución por tareas desempeñadas genéricamente por el personal, en la medida en que se dispuso su pago habitual y general juntamente con los haberes mensuales.

Así la naturaleza jurídica de un suplemento salarial se determina objetivamente

te, de acuerdo con el modo implementado, la contraprestación que retribuye y la finalidad que persigue su concreción, sin depender de las necesidades presupuestarias (Fallos: 326:4076).

Que es preciso remarcar que el mandato constitucional según el cual “el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes” incluye el que se desarrolla tanto en el ámbito privado como en el público (“Madorrán”, Fallos: 330:1989).

Tales exigencias se dirigen primordialmente al legislador, “pero su cumplimiento atañe, asimismo, a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima a dicho precepto” (conf. lo expresado por el convencional Jaureguiberri, como miembro informante de la Comisión Redactora en “*Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, año 1957*”, T. II, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, cit. en “Valdez c. Cintioni”, Fallos: 301:319; “Vizzoti”, Fallos: 327:3677 y “Cerigliano”, Fallos: 334:398).

La naturaleza jurídica de una prestación proviene de las normas constitucionales, de los tratados internacionales, de la legislación de fondo emanada del Congreso Nacional, que suele converger hacia un concepto unívoco que, en rigor, debería ser el que dirima los casos en conflicto.

Generalmente, las deformaciones del marco prestacional en el Estado y en los organismos públicos proviene del empleo de interpretaciones divergentes o, en su caso, de la ejecución práctica de la liquidación y pago de las mismas, con deformaciones generadas por la decisión de los que ejecutan las acciones en el marco de la realidad.

III. Conclusiones

La remuneración es un ingreso alimentario, es decir, que se paga por la disponibilidad de la fuerza de trabajo, con el fin de que el agente o trabajador cuente con los ingresos que le permitan asumir el costo de las necesidades básicas de alimentación adecuada, indumentaria, salud, educación, vivienda digna y sus accesorios, no solo para el titular, sino también para su grupo familiar primario.

Por ende, todo ardid o subterfugio utilizado con el fin de desnaturalizarlo es un acto de fraude que reviste carácter constitucional, ya que viola el principio básico de que los derechos enunciados por la Carta Magna, en el caso, en el artículo 14 *bis* CN, deben contar con la protección de las leyes y, en su caso, normas internas o mecanismos elusivos no pueden alterar con excepciones reglamentarias el texto y espíritu de la norma (8).

(3) CS, “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, LA LEY 28/11/2019, 11, TR LALEY AR/JUR/27924/2019. Los suplementos creados por el dec. 2140/2013 para el personal de la Policía Federal tienen manifiesto carácter generalizado, pues no reúnen en la práctica ninguna de las características mencionadas en el art. 77 de la ley 21.965 para ser considerados como suplementos particulares, sino que comportan un aumento —entre el 85% y el 115%— en la remuneración de la generalidad de los agentes en actividad, y deben computarse en la base de cálculo de todos aquellos suplementos que, de acuerdo con la reglamentación, se determinan como un porcentaje del “haber mensual”.

(4) CCont. Adm., Trib. y de Rel. de Consumo, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala IV, “Morán, Jorge Humberto y Otros c. GCBA s/ empleo público (excepto cesantía o exoneraciones) - empleo público-diferencias salariales”, 05/12/2022, TR LALEY AR/JUR/188574/2022. De los recibos de sueldo acompa-

ñados surge que todos los actores perciben el “Fondo Estímulo Res. 604/13” creado por la res. 604/ 2013 (AGIP), incluso luego del 2017 y al menos por un período comprendido en la presente controversia, es decir que no era percibido por única vez o esporádicamente. Por ello, demostrado el carácter general, normal y habitual con que fue percibido, solo cabe concluir que el Fondo Estímulo res. 604/2013 resulta un rubro de carácter remunerativo y, en ese entendimiento, que la norma que le asignó a dicho rubro carácter “no remunerativo” es parcialmente inconstitucional. En consecuencia, cabe hacer lugar a al recurso de apelación de la actora y declarar el carácter remunerativo del concepto “Fondo Estímulo Res. 604/13”, debiendo la parte demandada incluir este rubro en la base de cálculo para determinar el sueldo anual complementario y abonar las diferencias salariales que derivan de la declaración de remunerativo del rubro en cuestión, por el período reclamado.

(5) CNTrab., sala V, “Fernández Tolosa, Marcela Solange c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otros s/despido”,

02/03/2023, TR LALEY AR/JUR/12614/2023. Teniendo en cuenta que constituye salario todo contraprestación en función de las tareas desarrolladas, que recibía el trabajador susceptible de ser evaluado en dinero, aunque no se percibía en efectivo sino en especie o mediante la simple oportunidad de obtener ganancias, que satisfaga total o parcialmente su consumo pues, de no existir dicho reconocimiento, el trabajador debería tomarlo a su cargo, debe analizarse en este caso si los conceptos en especie denunciados adquieren carácter remunerativo, en virtud de lo normado por el art. 103 LCT y art. 1 del Convenio 95 OIT que rige la materia.

(6) CS, “Cello, María Mónica c. EN - Mº Seguridad - disp. 268/09 212/10 s/ proceso de conocimiento”, 25/04/2023, TR LALEY AR/JUR/47966/2023.

(7) CNTrab., sala VIII, “Icardo, Luis Enrique y otros c. Frigorífico Rioplatense S.A. s/ diferencias de salarios”, 02/03/2023, TR LALEY AR/JUR/12714/2023. Sea la causa del pago del empleador la prestación tendrá carácter salarial si se dan las dos notas relevantes del concepto jurídico del salario consistentes en que, en

primer lugar, constituya una ganancia (ventaja patrimonial) para el trabajador y en segundo término, que se trate de la retribución de los servicios de este...es decir...como contrapartida de la labor cumplida.

(8) CS, “Aravena, Bautista y otros c. U.N.P.S.J.B. s/ contencioso administrativo - varios”, 23/08/2022, SJA 30/09/2022, 5, TR LALEY AR/JUR/109728/2022. Es razonable efectuar el cálculo del adicional por zona desfavorable para el personal no docente de la universidad sobre el sueldo básico sin incluir los rubros antigüedad y título, toda vez que los decs. 1220/1980 y 2187/1983 —a los que debe ajustarse la normativa que se dicte al respecto en el ámbito universitario y la actuación de sus autoridades— contemplan en forma expresa que el citado adicional se aplique sobre las remuneraciones que con carácter general correspondan al cargo, lo que impide considerar que los rubros antigüedad y título deben quedar comprendidos en la base de cálculo, por cuanto constituyen características individuales del agente que no atañen al cargo en sí mismo (del dictamen de la Procuración General que la Corte

Entre los numerosos cuestionamientos que se le realizan a diario al Estado por el empleo de fórmulas de contratación que desnaturalizan la esencia del empleo pú-

blico (9), hasta la transformación de prestaciones para no abonar cargas sociales o cargas impositivas, o su progresión en los institutos laborales, son parte de una ten-

dencia generalizada de abandonar la legalidad en función de objetivos espurios, carentes de razonabilidad y de legitimidad (10).

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1955/2023

hace suyo). CS, “Di Nanno, Camilo c. EN - M. Seguridad - PFA s/ personal militar y civil de las FF.AA y de Seg.”, 18/08/2022, LA LEY 12/10/2022, 5 con nota de Orlando D. Pulvirenti DT 2023 (enero), 67 con nota de Aníbal Paz, TR LALEY AR/JUR/106686/2022. Los incrementos salariales otorgados por dec. 380/2017 y sus modificaciones deben ser incluidos en el haber mensual del actor como remuneratorios y bonificables. De la prueba producida en el caso, así como la obrante en las distintas causas en las que se debate la misma cuestión, se pone de manifiesto el carácter generalizado con el que se otorgan. La propia Policía Federal informó en otros expedientes que los suplementos mencionados

eran pagados a más del 91% del personal policial en actividad.
(9) CS, “Gines, Juan Carlos c. EN - M Justicia - SPF s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”, 21/06/2022, TR LALEY AR/JUR/79987/2022. La sentencia que ordenó incorporar al haber mensual de un suboficial del Servicio Penitenciario Federal, como remunerativos y bonificables, los suplementos y adicionales establecidos por el decreto 243/15 —“compensación por gastos de prestación de servicios” y “compensación por gastos de representación”— debe ser confirmada. Los montos, lejos de resultar sumas accesorias del haber mensual o sueldo del personal alcanzado por

dicha norma y sus modificatorias, constituyen una parte sustancial de sus remuneraciones (del dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo).
(10) CS, “Portela, Tamara Lorena y otros c. EN - M Seguridad - DIC s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”, 02/08/2022, TR LALEY AR/JUR/98299/2022. Dado que las asignaciones otorgadas al personal con estado militar de gendarme en actividad por el decreto 1307/2012 y sus modificatorios deben formar parte de su haber mensual, forzoso es concluir en que, por aplicación del régimen de proporcionalidad establecido por el art. 1º del decreto 2046/2004 (modificado por su similar 1024/2013), aquellas asignaciones deben ser

tenidas en cuenta para determinar la remuneración del personal de la Dirección Nacional de Inteligencia Criminal dependiente de la Secretaría de Seguridad del Ministerio de Seguridad, según los porcentajes de la remuneración base (es decir, el haber mensual —debidamente integrado con los suplementos creados por el decreto 1307/12 y sus modificaciones— del grado de comandante mayor de la Gendarmería Nacional) que correspondan a cada categoría; ello, a partir de la entrada en vigencia del decreto 1024/13 (del dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo).