

Indemnización por despido para el empleado público fraudulentamente bajo la modalidad "contrato de locación de servicios"

Sumario:

1.-Corresponde hacer lugar a la demanda por despido deducida, pues surge probado que el actor fue contratado bajo la modalidad de contrato de locación de servicios en forma sucesiva e ininterrumpida, para cumplir tareas propias, habituales y permanentes del personal del demandado, vulnerando las pautas que emanan del art. 39 de la Ley N° 471 (Ley de Empleo Público) para el régimen de contrataciones por tiempo determinado, configurándose así una relación laboral fraudulenta.

2.-El régimen de empleo público de la Ciudad de Buenos Aires admite excepcionalmente las contrataciones por tiempo determinado, si se cumplen ciertos requisitos, a saber: a) que se trate de funciones que no sean propias del régimen de la carrera administrativa; b) que dichos cargos no puedan ser cubiertos por personal de planta permanente; y c) que las tareas estén sujetas a un plazo determinado.

3.-Cuando el comportamiento del ente estatal tuvo aptitud para generar una legítima expectativa de permanencia laboral que merecía la protección que el art. 14 bis de la CN. Otorga al trabajador contra el despido arbitrario, corresponde el otorgamiento de una indemnización pecuniaria.

4.-Considerando que se trata de la reparación por la conducta ilegítima de un organismo estatal, la solución debe buscarse en el ámbito del derecho público y administrativo, y a falta de previsiones legislativas específicas debe acudirse a una solución que, por analogía, repare debidamente los perjuicios sufridos por el actor, de ahí que se considera que la aplicación de la indemnización prevista por el art. 11 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional (ley 25.164) resulta una medida equitativa para reparar los perjuicios ocasionados.

Fallo:

Ciudad de Buenos Aires, 16 de marzo de 2017.-

VISTAS: las actuaciones del epígrafe que se encuentran en estado de dictar sentencia y de cuyas constancias RESULTA:

I.- Mediante el escrito de fs. 1/15 el Sr. Salomón Tarrab promovió demanda de despido contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el fin de obtener el cobro de la suma de pesos \$ 130.434,48 (pesos ciento treinta mil cuatrocientos treinta y cuatro con cuarenta y ocho centavos) y/o lo que en más o menos resultara de las pruebas a aportarse, con más sus intereses y costas. En cuanto a los hechos, relató que ingresó a laborar el 1/12/2007 en la Dirección General de Limpieza, dependiente de la Subsecretaría de Higiene Urbana del Ministerio de Ambiente y Espacio Público del GCBA, a los fines de cumplir tareas relacionadas con el armado del diseño de áreas para caninos y temas afines, así como tareas de higiene, basura e hidrolavado de veredas e inspección de infracciones en la vía pública relativas a basura y canes. Añadió que desempeñaba el cargo de coordinador de área, con una jornada laboral de 9 a 17 hs., y una remuneración de \$ 4.569 pesos mensuales, mediante la utilización abusiva de la figura de contrataciones por tiempo determinado. Señaló, en este sentido, que dichas contrataciones, efectuadas

por períodos de seis o doce meses, se celebraron ininterrumpidamente durante toda la relación laboral, " siendo en la práctica un empleado estable que realizaba funciones que no revestían carácter de temporarias o excepcionales que justificaran la utilización de este tipo de vínculo" (fs. 1). Agregó que, como consecuencia de ello, no le efectuaban aportes previsionales ni contaba con cobertura de ART, obligándole su empleador a registrarse como monotributista en la categoría B. Relató que, en virtud de las circunstancias descritas, reclamó en varias oportunidades la regularización de sus condiciones de trabajo con el delegado gremial, quien en el mes de enero de 2013 le informó su inclusión en un listado de personas que en corto tiempo pasarían a integrar la planta permanente. No obstante ello -continuó- y, contrario a lo expuesto, el demandado le negó tareas de manera intempestiva e injustificada desde el 26/2/2013. Añadió que, en consecuencia, intimó a su empleadora a la regularización de su situación laboral y a la devolución de las tareas injustificadamente negadas mediante TCL 84124793 de fecha 12/4/2013, con copia a la AFIP. Agregó que dicha pieza de

correspondencia fue devuelta www.iJudicial.gob.ar por el correo, y que el 18/4/2013 se le notificó la rescisión de su contrato de locación de servicios, figura que se utilizaba fraudulentamente para encubrir una verdadera relación de dependencia. Añadió que la resolución que determinó la rescisión de su contrato -el cual vencía el 31/12/2013- se firmó el 13/2/2013, motivo por el cual le fue notificada más de dos meses después. Ante esta situación -continuó- mediante TCL 84577059 de fecha 22/5/2013 manifestó las verdaderas características de su situación laboral (fraude por contratación bajo locación de servicios encubriendo una relación de dependencia, negativa de tareas desde el 26/2/2013, despido mediante rescisión de contrato notificado el 18/4/2013), e intimó a su empleadora al pago de las indemnizaciones correspondientes, ante lo cual el GCBA guardó silencio. Luego -señaló- en atención al tiempo transcurrido desde el distracto, intimó a la demandada mediante TCL 83570000 del 8/7/2013 a la entrega de los certificados de trabajo y las constancias de aportes previsionales, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el artículo 80 de la LCT, frente a lo cual el GCBA guardó nuevamente silencio. Apuntó que de los talonarios de facturación que adjuntaba surgía la mensualidad de los pagos -lo cual se asemeja a un verdadero salario-, así como también la exclusividad de la facturación para con el GCBA, lo que evidencia la dependencia económica absoluta de su parte con la actividad prestada para la demandada, a la vez que los montos eran estipulados por la contraria y no establecidos por el actor. Agregó que, mientras prestó tareas para la demandada, el GCBA le proveyó una casilla de correo electrónico, tarjetas de presentación y un teléfono celular cuyo abono pagaba su empleador. Asimismo, expresó que el GCBA le depositaba su remuneración, mes a mes, en una cuenta abierta a tal afecto en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires. Fundó en derecho su petición, practicó liquidación de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Contrato de Trabajo (fs. 10 vta./11) y solicitó, en forma supletoria, para el caso que se considerara que en autos no existió fraude legal, "el cumplimiento del último contrato suscripto" (fs. 11), toda vez que el GCBA no preavisó la resolución del contrato de conformidad con lo allí estipulado. Por último, ofreció prueba.

II.- Por proveído de fojas 26 el tribunal declaró habilitada la instancia, de conformidad con lo dictaminado por la Sra. Fiscal a fs. 24/25.

III.- Mediante la presentación de fojas 29/44 el GCBA contestó el traslado de la demanda dispuesto a fojas 29. En primer lugar, reconoció que el 13/2/2013 mediante resolución 239- MAYEPGC-2013 rescindió el contrato de locación de servicios que había suscripto con el actor, y que le notificó dicha resolución el 18/4/2013. Luego de practicar las negativas de rigor, señaló que el GCBA, haciendo uso de la facultad acordada en la cláusula 5, rescindió el contrato que los unía mediante la resolución antes referida, y que ese acto administrativo no fue impugnado por el accionante, manteniendo entonces su legitimidad y vigencia. Asimismo, destacó que el GCBA se relacionó con el demandante a través de un nexo estrictamente de derecho administrativo, carente de los extremos de subordinación técnica, jurídica y económica que caracterizaban una relación de dependencia del empleo privado y del contrato administrativo de empleo. Afirmó que no se generó vínculo laboral alguno entre las partes, motivo por el cual tampoco surgió la obligación de realizar aportes previsionales o patronales, goce de la obra social respectiva ni ninguno de los beneficios propios del empleo en relación de dependencia. Afirmó que el accionante desarrolló las tareas para las que fue contratado, los contratos fueron suscriptos por tiempo determinado y que, por consiguiente, no existía derecho adquirido a estabilidad alguna, ni derecho a percibir una indemnización por no haber acontecido un despido arbitrario. Refirió que por los servicios prestados por el actor en forma autónoma durante la vigencia de la relación contractual, el GCBA le abonó en concepto de precio las sumas pactadas de conformidad al mecanismo fijado para dichos efectos en cada contratación, y por los servicios efectivamente prestados. Añadió que el Sr. Tarrab recibía una contraprestación en dinero, por la cual extendía facturas, y que no podía ahora desconocer su propia conducta, asumida libremente, y presentarse como un empleado público con relación de dependencia y estabilidad en el cargo. Planteó la inaplicabilidad de la ley de contrato de trabajo, de conformidad con lo dispuesto por su artículo 2° inciso a)

y el artículo 4° de la ley 471 y concluyó que la pretensión indemnizatoria esgrimida por el actor resultaba improcedente y carente de todo sustento legal, por lo que solicitó el rechazo de la demanda, con costas. Asimismo, para el supuesto de que se hiciera lugar a la demanda, solicitó que se aplicara por analogía la indemnización referida a la disponibilidad que se encontraba regulada en el Convenio Colectivo de Trabajo celebrado entre el GCBA y SUTECBA, registrado mediante la resolución 4464/GCABA/SSTR/2010 del 22/10/2010. Finalmente, impugnó los rubros indemnizatorios solicitados por su contraria, se opuso a la producción de diversos medios de prueba ofrecidos por la actora, hizo la reserva de caso federal y el planteo de la cuestión constitucional.

IV.- A fojas 49 se convocó a las partes a la audiencia prevista en el artículo 288 del CCAyT. El acta de fojas 53/54 da cuenta de la realización de ese acto procesal, en el que se decidió abrir la causa a prueba y proveer las medidas ofrecidas en la demanda y su contestación. Producidas y sustanciadas dichas medidas, a fojas 160 se pusieron los autos para alegar, facultad que ejerció la actora en forma extemporánea -motivo por el cual a fs. 165 se efectuó el desglose de aquella presentación- y la parte demandada (alegato agregado a fs. 169/175). De esta manera, las actuaciones quedaron en estado de dictar sentencia.

CONSIDERANDO: I.- Así planteada la controversia, resulta necesario examinar la naturaleza jurídica de la relación que vinculó al demandante con el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a la luz de la normativa vigente. Como primera medida, cabe recordar que nuestro ordenamiento constitucional consagra al acceso al trabajo como uno de los derechos fundamentales del ser

humano y declara su protección de conformidad con las leyes que reglamentan su ejercicio (artículo 14 CN). Luego, el artículo 14 bis de nuestra Carta Magna prevé que "[e]l trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador. Protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público."

A su vez, en el plano internacional, tanto el sistema Universal como Interamericano de Protección de los Derechos Humanos reconocen y tutelan el derecho a trabajar. Así, el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos humanos expresa que "toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo". También el art.6.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene similares previsiones, al establecer que el derecho a trabajar comprende "el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado". En el ámbito interamericano, el art. XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señala que "toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.". En términos concordantes, el art. 6.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", prevé que "toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada". Asimismo, es preciso destacar los términos en que la Constitución de la Ciudad se refiere a la protección de los trabajadores, en tanto sus prescripciones establecen los criterios rectores que delimitan el alcance y operatividad del derecho a trabajar en la esfera local. Así, la Constitución local, en su artículo 43, dispone que "[l]a Ciudad protege el trabajo en todas sus formas. Asegura al trabajador los derechos establecidos en la Constitución Nacional y se atiene a los convenios ratificados y considera las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. La Ciudad provee a la formación profesional y cultural de los trabajadores y procura la observancia de su derecho a la información y consulta. Garantiza un régimen de empleo público que asegura la estabilidad y capacitación de sus agentes, basado en la idoneidad funcional. Se reconocen y organizan las carreras por especialidad a las que se ingresa y en las que se promociona por concurso público abierto. Asegura un cupo del cinco por ciento del personal para las personas con necesidades especiales, con incorporación gradual en la forma que la ley determine. En todo contrato de concesión de servicios o de transferencia de actividades al sector privado, se preverá la aplicación estricta de esta disposición. Reconoce a los trabajadores estatales el derecho de negociación colectiva y procedimientos imparciales de solución de conflictos, todo según las normas que los regulen. El tratamiento y la interpretación de las leyes laborales debe efectuarse conforme a los principios del derecho del trabajo." II.- En forma concordante con la citada previsión de la Constitución local, la Ley N° 471 de Relaciones Laborales en la Administración Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires prevé un régimen de empleo público con ingreso por concurso, cuyo carácter jurídico más relevante es -una vez cumplidos los recaudos allí previstos- el de la estabilidad en sentido propio de los trabajadores del Estado local. En este sentido, el artículo 6° de la Ley N° 471 dispone que "el ingreso se formaliza mediante acto administrativo emanado de autoridad competente, previo concurso público abierto de conformidad con las reglas que se establezcan por vía reglamentaria". Asimismo, el art. 8° del mismo cuerpo legal establece que "[l]as designaciones efectuadas en violación a lo dispuesto en la presente ley son nulas". Luego en el art. 9° se dispone que los trabajadores del Estado local tienen derecho a estabilidad en el empleo "en tanto se cumplan los requisitos establecidos por la presente ley para su reconocimiento y conservación" (inc.ñ). Además de tal modalidad de vínculo, el GCBA se encuentra facultado para contratar personal para la prestación de servicios de carácter transitorio o eventual, al amparo del artículo 39 de la Ley N° 471, que (en su redacción vigente al momento de los primeros contratos celebrados con los actores) disponía que "el régimen de contrataciones de trabajadores por tiempo determinado comprende exclusivamente la prestación de servicios de carácter transitorio o eventual, no incluidos en las funciones propias del

régimen de carrera, y que no puedan ser cubiertos por personal de planta permanente". Cabe destacar que la Ley N° 3.826 (B.O. 3714 del 27/7/2011) dispuso en su artículo 1° (modificatorio del artículo 39 comentado) que "en ningún caso dicha transitoriedad podrá exceder los cuatro (4) años". De la norma citada se desprende que el régimen de empleo público de la Ciudad de Buenos Aires admite excepcionalmente las contrataciones por tiempo determinado, si se cumplen ciertos requisitos, a saber: a) que se trate de funciones que no sean propias del régimen de la carrera administrativa; b) que dichos cargos no puedan ser cubiertos por personal de planta permanente; y c) que las tareas estén sujetas a un plazo determinado (v. CámCAyT, Sala I, "Cupiraggi, Marco Antonio c. GCBA s. otros procesos incidentales", Expte. N° EXP 28847/1, sentencia del 30/05/08). En relación con las normas que permitan al GCBA contratar personal bajo la modalidad de locación de servicios, el Decreto N° 2138/01 en su artículo 1° establecía lo siguiente: "facultase a la titular de la Vicejefatura de Gobierno, a los señores Secretarios del Poder Ejecutivo y Jefe de Gabinete, así como a los funcionarios con rango equivalente, y a los Subsecretarios con dependencia directa del Jefe de Gobierno y funcionarios con rango equivalente dentro de dicha jurisdicción, a autorizar la contratación de personas bajo los regímenes de locación de servicios o de obra, dentro de sus disponibilidades presupuestarias y hasta un monto máximo de pesos tres mil (\$ 3.000) mensuales por contrato.". Con posterioridad, el Decreto N° 948/05 prescribió que "a] partir de la entrada en vigencia del presente decreto, no se podrán celebrar contratos bajo el régimen del Decreto N° 2.138-GCABA/01 y sus modificatorios, salvo en los siguientes casos, en los que también son de aplicación las delegaciones específicas de facultades: a) cuando la dedicación no fuese completa; b) cuando fuesen financiados con fondos provenientes de fuente externa o de transferencias afectadas; c) cuando tuvieran por objeto locaciones de obra; d) cuando fueran efectuados bajo el régimen establecido por el Decreto N° 490-GCABA/03 (B.O. N° 1683) o la norma que lo reemplazara, para la realización de tareas de relevamiento y/o encuestas encomendadas a la Dirección General de Estadística y Censos,

dependiente de la Subsecretaría de Gestión y Administración Financiera de la Secretaría de Hacienda y Finanzas, y e) cuando tuvieran por objeto la realización de tareas artístico-culturales, entendiéndose por tales los contratos celebrados para la producción de actividades que conforman servicios públicos finales y que pueden identificarse con acciones específicas que ejecuta cada unidad de organización de la Secretaría de Cultura, incluyendo los espectáculos teatrales, musicales, de ballet y líricos, los festivales, los conciertos, las exposiciones, las conferencias y las actividades académicas afines a la materia." Sin embargo, ambos decretos fueron derogados por artículo 16 del Decreto N° 60/08, que dispuso lo siguiente: "[f] ocultase a la titular de la Vice jefatura de Gobierno, a los/as Ministros/as y Secretarios/as del Poder Ejecutivo y los/as funcionarios/as con rango o nivel equivalente, para contratar a personas bajo los regímenes de locación de servicios y/u obra hasta un monto máximo de pesos seis mil (\$ 6.000) mensuales por contrato, dentro de sus disponibilidades presupuestarias." (art. 1°). Por su parte, el artículo 7° del Decreto N° 915/09 derogó el Decreto N° 60/08, mientras que su artículo 1° quedó redactado con el siguiente alcance: "facultase a la titular de la Vice jefatura de Gobierno, a los/as Ministros/as, Secretarios/as y Subsecretarios/as del Poder Ejecutivo y a los/as funcionarios/as con rango o nivel equivalente, para contratar a personas físicas bajo los regímenes de locación de servicios y de obra hasta un monto máximo de pesos diez mil (\$ 10.000) mensuales por contrato, dentro de sus disponibilidades presupuestarias."

III.- El marco normativo antes descripto, que permitía a las autoridades públicas contratar agentes bajo modalidades transitorias, no ha impedido a los tribunales proteger a los trabajadores en aquellos casos en que se hubiera verificado un fraude a la ley, al encubrirse una designación para funciones permanentes bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado. En este sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia en los autos "Ramos, José Luis c/ Estado Nacional (Min. De Defensa) ARA s/ indemnización por despido" (Fallos 333:311), "Cerigliano, Carlos Fabián c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (Fallos 334:398) y en decisiones concordantes posteriores. En dichos precedentes, el Alto Tribunal sostuvo que el comportamiento del ente estatal tuvo aptitud para generar una legítima expectativa de permanencia laboral que merecía la protección que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el "despido arbitrario", y en consecuencia, dispuso que correspondía el otorgamiento de una indemnización pecuniaria. Este mismo criterio ha sido expuesto en diversos precedentes de la Cámara de Apelaciones del fuero (Sala II, in re "Lefebvre Jorge Fabián c/ GCBA" EXP N° 33476/1, sentencia del 01/10/2009; "Caballero, Sergio Ernesto c/GCBA s/Empleo público -no cesantía ni exoneración-", EXP 16.521/0, sentencia del 14/11/2011; "Libertella, María Alejandra c/ GCBA s/ empleo público -no cesantía ni exoneración-, EXP 27346/0, sentencia del 17/5/2012; Sala I, in re "Mazza, Guillermo y otros s/ GCBA s/ cobro de pesos", EXP N° 977, sentencia del 21/7/2006; "Vincenzi, Mónica Silvia c/GCBA s/Amparo -art. 14 CCABA-", EXP 29.555/0, sentencia del 31/05/2010; entre muchos otros). IV.- Una vez descripto el marco normativo y jurisprudencial aplicable al sub lite, a los fines de determinar si la relación en análisis demuestra la existencia de una modalidad contractual fraudulenta, resulta necesario dilucidar -en función del plexo probatorio reunido- el tipo de actividad desempeñada por el actor. A esos fines, es preciso establecer si éste se desempeñó en tareas permanentes o transitorias, pues el fraude laboral se configura sólo si las funciones realizadas son permanentes y, por ende, se encuentran incluidas entre aquellas propias del régimen de carrera. A ello debe agregarse el examen de ciertos parámetros que dan cuenta de la extensión temporal de la relación contractual entre las partes, a saber: (i) la carga horaria, de modo tal que la contratación será regular cuando esa carga no sea relevante en función de las tareas desempeñadas; (ii) el lapso durante el cual se mantenga el vínculo contractual con la Ciudad, ya que una duración considerable puede encubrir una relación laboral de carácter permanente e indefinida; y, finalmente; (iii) la continuidad de la relación contractual entre las partes, pues si las funciones no se han desarrollado de modo reiterado y sucesivo, en principio, la contratación temporal podría ser válida. Ahora bien, de las constancias probatorias aportadas en autos surge que el Sr. Salomón Tarrab suscribió diversos contratos de locación de servicios, para desarrollar tareas en la

Dirección General de Limpieza dependiente del Ministerio de Ambiente y Espacio Público, aprobados por las siguientes resoluciones (cfme. lo informado a fs. 119 por el GCBA): 255-MAYEPGC/08, 175-MAYEPGC/09, 31-MAYEPGC/10, 519-MAYEPGC/10, 77-MAYEPGC/11, 434-MAYEPGC/11, 935-MAYEPGC/11, 84-MAYEPGC/12, 962-MAYEPGC/12, 2787709-MAYEPGC/12. Por medio de estas resoluciones, se aprobó su contratación, en forma ininterrumpida, desde el 1/8/2008 hasta el 21/12/2012. Asimismo, del mismo informe surge que poseía una cuenta bancaria "revalidada el 2/1/2008" (fs. 11 vta.), donde se le efectuaban los pagos, y que se le había asignado una línea telefónica Movistar por el período de 2008 a 2013. La misma información surge del informe de fs. 144/145, emanado de la Dirección General de Administración y Liquidación de Haberes, si bien de allí surge que el período de contratación del actor fue del 1/1/2008 al 31/12/2013, y que el último contrato suscripto (aprobado por resolución 2787709-MAYEPGC/12) se encuentra en estado "rescindido" (fs. 145). Por otra parte, de la declaración testimonial producida en autos (obrante a fs. 64) surge que el Sr. Tarrab trabajó para el GCBA desde el 10/12/07 hasta el 28/2/2013, período durante el cual coordinó un área denominada "caninos", con un horario aproximado de 9 a 18, de lunes a viernes, que podía modificarse o extenderse de resultar necesario. En este mismo sentido, del texto de los contratos celebrados surge que se realizaron para "prestar servicios para la/el Dirección General de Limpieza" (cfme. fs. 149/156 y documentación reservada en secretaría). Por último, por medio de la resolución 239-MAYEPGC-2013, del 13/2/2013 se rescindió el último contrato del actor, y aquella resolución le fue notificada el 18/4/2013 (cfme. Documentación reservada en secretaría).

. V.- De esta manera, del análisis de las constancias reunidas en autos surge que el actor fue contratado bajo la modalidad de "contrato de locación de servicios" en forma sucesiva e ininterrumpida, para cumplir tareas propias, habituales y permanentes del personal del GCBA. En efecto, de los contratos acompañados a estos autos y de las restantes pruebas aportadas no surge que el demandante hubiera sido contratado para realizar tareas extraordinarias o estacionales, sino -por el

contrario- que realizó labores destinadas a cubrir necesidades permanentes y habituales de la Administración pública local. V.1. Todo lo hasta aquí dicho permite concluir que las pautas que emanan del artículo 39 de la Ley N° 471 (Ley de Empleo Público) para el régimen de contrataciones por tiempo determinado fueron vulneradas, configurándose -entonces- una relación laboral fraudulenta. Así pues, de conformidad con las pautas señaladas por nuestro Máximo Tribunal en los precedentes "Ramos, José Luis c/ Estado Nacional (Min. De Defensa) ARA s/ indemnización por despido" (del 06/04/2010), "Cerigliano, Carlos Fabián c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bs. As. U. Polival. De Inspecciones ex Direc. Gral. De Verif. y Control" (del 19/04/2011) y "González, Lorenzo Ramón c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa" (del 08/10/2013), en el sub examine la parte actora ha logrado acreditar que el GCBA utilizó figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales, con la desviación de poder consistente en encubrir una designación permanente, bajo la apariencia de una designación bajo la modalidad de "locación de servicios". En definitiva, se han utilizado diversas formas de contratación más allá de los fines previstos por las normas que las establecen. Por lo expuesto, es posible concluir que los contratos celebrados con el actor tuvieron por causa la prestación de servicios que no son transitorios ni estacionales o que, www.iJudicial.gob.ar aun siéndolo, debían ser cumplidos por el personal de planta permanente, por lo que dichas contrataciones carecen de validez por constituir un fraude laboral o una lesión a las reglas de buena fe que debe guiar la actuación del Estado con sus agentes (conf. TSJ "Mazza, Guillermo y Otros c/GCBA s/Cobro de pesos", sentencia del 18/7/2007). Por consiguiente, tal como sostuvo el Alto Tribunal en el precedente "Cerigliano" anteriormente citado, luego de su intempestiva desvinculación, nace en cabeza del actor el derecho a percibir una indemnización tendiente a reparar los perjuicios sufridos a causa de la conducta ilegítima del ente estatal empleador, en virtud de la protección constitucional contra el despido arbitrario, ya que "[q]uienes no se encuentran sometidos a la Ley de Contrato de Trabajo, en tanto desempeñan tareas materialmente subordinadas y permanentes a favor de la Administración Pública nacional o local, gozan de la protección conferida por el art. 14 bis de la Constitución Nacional". VI. Sentado lo anterior, corresponde ahora establecer el importe de la indemnización. En primer lugar, cabe recordar que el Alto Tribunal estableció en el precedente "Ramos" anteriormente citado que "por el modo en el que se desarrolló la relación a lo largo de los años, el tipo de tareas que desempeñaba el actor y las figuras contractuales utilizadas, las partes no tuvieron la intención de someter el vínculo a un régimen de derecho privado. Por ello, y considerando que se trata de la reparación por la conducta ilegítima de un organismo estatal, la solución debe buscarse en el ámbito del derecho público y administrativo". Sentado lo anterior, añadió que "a falta de previsiones legislativas específicas, debe acudirse a una solución que, por analogía, repare debidamente los perjuicios sufridos por el actor en este caso. De ahí que se considera que la aplicación de la indemnización prevista por el artículo 11 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional (ley 25.164), resulta una medida equitativa para reparar los perjuicios demostrados por el actor en este caso". Asimismo, la Corte Suprema sostuvo en el precedente "Cerigliano" anteriormente citado, respecto de esta cuestión, que "el modo de reparar los perjuicios que se hubiesen irrogado al actor ha de encontrarse en el ámbito del derecho público y administrativo (doctrina de los considerandos 9° del voto de la mayoría y 10 del concurrente de la causa "Ramos")", pero enfatizando, a su vez, que "la finalidad reparadora de la indemnización dentro de ese marco específico -conviene enfatizarlo- exigirá un riguroso apego a pautas razonables que garanticen el principio de suficiencia". De esta manera, el Alto Tribunal acudió por analogía al instituto de la disponibilidad, establecido en el artículo 11 de la ley 25.164 a los fines de reparar los perjuicios ocasionados al trabajador. Dicha norma estipula una indemnización tarifada para el personal alcanzado por el régimen de estabilidad que resulte afectado por medidas de reestructuración que comporten la supresión de organismos o de las funciones asignadas, con la eliminación de los respectivos cargos, consistente en la percepción de un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor, una vez vencido el período de

disponibilidad (6 a 12 meses). Por su parte, en el ámbito local, el instituto de la disponibilidad se encuentra regulado en el Convenio Colectivo de Trabajo celebrado entre el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Sindicato Único de Trabajadores de la Ciudad de Buenos Aires (SUTECBA), que fuera instrumentado por Resolución M.H N° 2.778/010 (BOCBA 3534 Publ.29/10/2010). Ahora bien, en el capítulo XII del mencionado convenio se establece que "[l]os agentes que al término de los períodos consignados no fuesen reubicados serán dados de baja y percibirán una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año o fracción no inferior a tres meses de antigüedad, en base a los años de servicios efectivamente prestados en la Ciudad, reducida en un cincuenta por ciento salvo que a la fecha de su transferencia al RAD necesitara menos de dos años para acceder a la jubilación ordinaria, en cuyo caso la reducción será en un setenta por ciento" (art. 75 inc. 5). Como se puede observar, el resarcimiento previsto en la normativa citada, por su exigüidad, no repara debidamente los perjuicios sufridos por el trabajador, ya que no cumple con el principio de suficiencia establecido por el Alto Tribunal. Esta postura, por otro lado, fue receptada por la Cámara de Apelaciones del Fuero en numerosos precedentes, donde se aplicó analógicamente la Ley de Contrato de Trabajo para subsanar aquella insuficiencia (v. Sala I: "Vicenzi, Mónica Silvia c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)", EXP 29555/0, del 31/05/10, "Vilker, Norma Delia c/ GCBA s/ cobro de pesos", EXP 33243/0, del 26/09/12; Sala II: "Pechansky, Ruth Diana c/ GCBA s/ cobro de pesos", EXP 27333/0, del 10/05/12; y Sala III: "Cucchetti, Laura Susana y otros c/ GCBA s/ cobro de pesos", EXP 28536/0, del 25/03/14). Asimismo, incluso la Corte Suprema de Justicia de la Nación por motivos similares dirigidos a garantizar una indemnización justa, en los precedentes "Maurette, Mauricio c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía - Subsecretaría de Normalización Patrimonial s/ despido", sentencia del 7/2/2012 y "Martínez, Adrián Ornar el Universidad Nacional de Quilmes", sentencia del 6/11/2012, estableció que la ruptura incausada e intempestiva del contrato hacía procedente que se adicionara a la indemnización prevista en el artículo 11 de la ley 25.164, una suma equivalente a la que se seguiría del período de disponibilidad que hubiera resultado aplicable. VI.1. Ahora bien, con posterioridad a los fallos "Maurette" y "Martínez" del Alto Tribunal antes citados, las Salas de Cámara del

Fuero modificaron su posición favorable a la aplicación analógica de la Ley de Contrato de Trabajo, y adoptaron el criterio de acudir al régimen de disponibilidad, con los alcances establecidos en los referidos precedentes (v. Sala I: "Otaño, Claudia Elena c/ GCBA s/ cobro de pesos", EXP 34149/0, del 26/03/13, "Menutti, Pascual Vicente c/ GCBA y otros s/ cobro de pesos", EXP 32187/0, del 2/12/13; Sala II: "Mancuso, Ana Graciela c/ GCBA s/ cobro de pesos", EXP 33234/0, del 3/09/13; y Sala III: "Ferreira, Estela Rosa c/ GCBA s/ cobro de pesos", EXP 43716/0, del 28/04/15). Sin embargo, entiendo que este último criterio, en el ámbito de la CABA, no garantiza al trabajador una indemnización justa. Ello así porque, como fue reseñado con anterioridad, y a diferencia de lo que acontece con el régimen de disponibilidad previsto en la ley 25.164, en el Convenio Colectivo de Trabajo instrumentado por Resolución M.H N° 2.778/010, la indemnización prevista para ese supuesto se reduce en un cincuenta por ciento, motivo por el cual, aún adicionando una suma equivalente a la que se seguiría del período de disponibilidad que hubiera resultado aplicable, el monto resultante sigue siendo exiguo a los fines de reparar los perjuicios ocasionados al trabajador por la concurrencia del fraude laboral. Por consiguiente, y teniendo en cuenta el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tendiente a otorgar una indemnización que garantice un resarcimiento pleno de las consecuencias del distracto injustificado, corresponde recurrir por analogía de segundo orden a las pautas establecidas en las normas del Derecho Laboral Privado, en todo aquello en que no contradijeran los principios del Derecho Administrativo. Esta solución, a su vez, resulta consecuente con las previsiones del art. 43 in fine de la Constitución local, en cuanto permite integrar sus disposiciones con los principios del Derecho del Trabajo.

VII.- Así las cosas, de acuerdo con las pautas jurisprudenciales reseñadas, valorando y adaptando las reglas del derecho privado a los principios del derecho administrativo, corresponde condenar al GCBA a abonar al actor una indemnización por despido incausado, calculada de acuerdo con las pautas que establece el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (Ley N° 20.477, con la modificación introducida por la Ley N° 25.877) y el artículo 1° de la Ley 25.323 (conf. criterio expuesto por el Tribunal de Alzada, Sala I, in re "Vincenzi, Mónica Silvia c/GCBA S/Amparo (art. 14 CCABA)" Exp.29555/0 resoluciones del 14 de mayo de 2012 y 9 de septiembre de 2013). Asimismo, deberán abonarse al actor las sumas correspondientes a los sueldos anuales complementarios no abonados, vacaciones proporcionales y sustitución del preaviso, y toda vez que el trabajador efectuó oportunamente la intimación correspondiente (cfme. fs. 101), resulta procedente la multa pretendida en los términos del artículo 80 de la LCT. Respecto al rubro "salarios adeudados" (cfme. fs. 10 vta.), toda vez que de las constancias de autos surge que el actor prestó tareas hasta el mes de febrero de 2013, y que ese período le fue abonado (cfme. talonario de facturas reservado en secretaría, factura n° 0001-00000078), no corresponde hacer lugar a la indemnización pretendida a fs. 10 vta. pto. d), ya que no se acreditó en autos la respectiva prestación de servicios. Ello así, en virtud de la existencia de un claro límite de carácter jurisprudencial -que también tiene base legal- que determina la improcedencia del reconocimiento de salarios caídos cuando no existió desempeño efectivo de tareas (CSJN, Fallos 297:427; 300:408; 303:1824; 311:371; 312:1383, entre otros), incluso cuando esa falta de prestación de tareas tuvo su causa en un actuar ilegítimo de una autoridad pública. Por último, con relación a la indemnización prevista en el artículo 2° de la Ley N° 25.323, toda vez que las previsiones del Derecho Laboral se aplican al sub lite en forma analógica, es decir, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia del Derecho Administrativo (CSJN, Fallos 190:142), estimo que este rubro excede las particularidades del vínculo jurídico de Derecho Público que unió a las partes, motivo por el cual debe ser desestimado. VIII.- Respecto de la tasa de interés que deberá aplicarse sobre el monto de la condena, desde la fecha de interrupción de la relación laboral y hasta el momento de su efectivo pago, ésta consiste en el promedio que resulte de las sumas líquidas que se obtengan de (i) la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina y (ii) la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina -comunicado 14.290- (conf. Cam. CAyT en Pleno, in re "Eiben, Francisco c/ GCBA

s/ empleo público", EXP 30370/0, acuerdo plenario del 31/05/2013).

IX.- Por otra parte, también es pertinente poner en conocimiento de la ANSES y de la AFIP lo aquí resuelto para que ambos organismos determinen el curso de acción a seguir respecto de los aportes y contribuciones proporcionales derivadas del reconocimiento de derechos del actor (conf. TSJ in re " Perona Adine del Carmen c/ GCBA s. /empleo público (no cesantía ni exoneración)", sentencia del 22/10/2013).

X. En cuanto a las costas, habrán de ser soportadas por la parte demandada - sustancialmente vencida- en atención al principio objetivo de la derrota (art. 62 del CCAyT). Por lo expuesto, RESUELVO: 1) Hacer lugar a la demanda promovida por el Sr. Salomón Tarrab, con los alcances expuestos en el considerando VII, con más los intereses calculados de conformidad con lo señalado en el apartado VIII. 2) Imponer las costas a la parte demandada (art. 62 del CCAyT). 3) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales que intervinieron en el proceso hasta que exista sentencia definitiva firme o consentida y liquidación aprobada. 4) Librar oficios a la ANSES y de la AFIP, a fin de poner en conocimiento lo resuelto en autos. Su confección y diligenciamiento queda a cargo del actor. Regístrese y notifíquese por Secretaría a las partes.-

Fuente: Microjuris.com