

MINISTRO REDACTOR: DOCTOR RICARDO C. PEREZ MANRIQUE

Montevideo, veintiuno de agosto de dos mil trece

VISTOS:

Para dictado de Sentencia Definitiva estos autos caratulados: "VOLONTE BRACCO, GRACIELA NELLY C/ INTENDENCIA MUNICIPAL DE MONTEVIDEO - DAÑOS Y PERJUICIOS - COBRO DE PESOS - CASACION", IUE 2-60045/2009.

RESULTANDO:

I.- Por Sentencia Definitiva No. 51/2011 del 7 de Noviembre de 2011 la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 17mo. Turno desestimó la demanda, sin condenaciones procesales (fs. 380/383).

II.- Por Sentencia Definitiva No. 219/2012 dictada el 5 de setiembre de 2012 el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno, con las Discordias de los Sres. Ministros Dres. John Pérez Brignani y Alvaro Franca, confirmó la sentencia apelada sin especial condenación procesal (fs. 411/426).

III.- El representante de la parte actora interpuso recurso de casación en los términos expuestos a fs. 429 y ss., expresando en síntesis que:

- La impugnada viola los preceptos constitucionales establecidos en los arts. 8, 54 y 72 de la Carta Magna, al no reconocer el derecho a la percepción de las diferencias salariales reclamadas, generadas en el desempeño de funciones de superior jerarquía.

- En cuanto a la exigencia de resolución del jerarca, siguiendo posición jurisprudencial de la Corte, entiende que se trata de una irregularidad de cuyas consecuencias no puede gravarse al funcionario.

- Asimismo, la recurrida incurre en errores de valoración de la prueba, ya que surge plenamente acreditada en autos la realización de las tareas de superior jerarquía, en forma continua, y no solamente para la subrogación de superiores en vacancia.

- En definitiva, solicita se case la recurrida y en su lugar, se confirme la demanda en todos sus términos (fs. 432 vto.).

IV.- La representante de la Intendencia Municipal de Montevideo, evacuó el recurso de casación, abogando por el rechazo del recurso interpuesto (fs. 436/440).

V.- El Tribunal concedió el recurso para ante la Suprema Corte de Justicia (No. 382/2012 fs. 442), recibidos los autos se confirió vista al Sr. Fiscal de Corte (No. 2705/2012 fs. 447 vto.), quien considera que procede hacer lugar al recurso en vista (Dictamen No. 5177/12 fs. 449/450).

VI.- Por Auto No. 5/2013 del 1o. de febrero de 2013 se dispuso pase a estudio y autos para sentencia (fs. 452).

CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia, por mayoría, hará lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto, en mérito a los siguientes fundamentos.

II.- La impugnante alega que la recurrida aplicó erróneamente normas de derecho (arts.8, 54 y 72 de la

Constitución), así como también infringió las reglas legales de valoración de la prueba (art. 140 del C.G.P.), surgiendo plenamente probado que las tareas cumplidas por la compareciente no se compadecen con las propias del cargo presupuestal que ostenta.

Ingresando al asunto de mérito, en tales términos, la cuestión a resolver en casación finca, en establecer si corresponde hacer lugar a las diferencias salariales reclamadas.

La Suprema Corte de Justicia, en Sentencia No. 733/2012 (reiterando jurisprudencia anterior) se ha pronunciado en un caso similar al de autos, por lo que se reiterarán los fundamentos desarrollados en dicha oportunidad, en la que se expresó:

"... no existe ninguna disposición legal o reglamentaria que establezca la gratuidad o falta de retribución por el cumplimiento por parte de los funcionarios de tareas de mayor complejidad y responsabilidad, disposición que de existir vulneraría el derecho de todo trabajador (público o privado) a una justa remuneración consagrado en el art. 54 de la Constitución de la República, en la obvia medida en que una retribución diferencial por idénticas funciones dejaría de ser justa (cf. Sents. del T.A.C. lo. No. 151/2000 y de la Corporación No. 232/2006).

No resultando recepcionable subordinar el derecho al cobro de las diferencias a la previa existencia de una resolución, y ello por cuanto la Administración no puede ampararse en su propia omisión, para desconocer el derecho de los accionantes a percibir las diferencias de retribución correspondientes. La inacción de la Administración en ese sentido no puede servir de excusa a su propio incumplimiento (nemo auditur propiam turpitudinem allegans).

Como la Corte lo expresó en la Sent. No. 114/06, en término que resultan perfectamente aplicables al presente: 'En cuanto a la inexistencia de resolución formal de designación, la Corte ya ha expresado con anterioridad, que la Administración no puede ampararse en su propia omisión. Es incuestionable que la actividad se desarrolló por decisión de los superiores, situación originada en las necesidades del servicio (generada en 1997 y que continuaba hasta la fecha del reclamo, 25/6/03) por lo que de ningún modo la causa del perjuicio puede ser atribuida a los funcionarios. La exigencia de un acto formal de designación no puede desconocer la existencia del principio de equiparación salarial, y, en el subexamine, no está en discusión el derecho al cargo, sino las diferencias de salarios por la realización de tareas superiores a la categoría presupuestal (V. Sent. No.220/05).

La Administración recibió contraprestaciones acordes a los cargos efectivamente desempeñados por los actores, pero en cambio a ellos, continuó pagándoles por debajo de su función. No corresponde que existan desplazamientos patrimoniales sin causa, toda circulación de bienes y servicios debe ser causada, en el sentido de tener justo título (V. Sent. S.C.J. Nos. 169/03 y 229/03)''.

Partiendo de este orden de ideas, y al surgir debidamente acreditado en el subexamine que la actora cumplía las tareas de superior jerarquía alegadas, con la continuidad necesaria (no hipótesis de mera subrogación) ello determina el derecho al cobro de las diferencias salariales.

III.- Cabe precisar, que si bien la recurrente solicita se case la recurrida y, en su lugar, se ampare la demanda en todos sus términos, en la medida que no articuló agravio al respecto, le está vedado a la Corporación ingresar en su análisis (art. 273 C.G.P.).

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría,

FALLA:

HACIENDO LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO, AMPARANDO LA DEMANDA, Y EN SU MERITO, CONDENANDO A LA ADMINISTRACION DEMANDADA AL PAGO DE LAS DIFERENCIAS SALARIALES DEVENGADAS ENTRE LA CATEGORIA FUNCIONAL NIVEL II, GRADO 9 DEL ESCALAFON ESPECIALISTA PROFESIONAL E2, SUB ESCALAFON ESPECIALISTA PROFESIONAL TECNICO, CARRERA AYUDANTE TECNOLOGICO Y LA CATEGORIA ACORDE A LAS TAREAS DESEMPEÑADAS Y QUE SE RECLAMA, ESTO ES, NIVEL II, GRADO 12, ESCALAFON ESPECIALISTA PROFESIONAL E3, SUB ESCALAFON ESPECIALISTA SUPERIOR, DIFIRIENDOSE SU LIQUIDACION AL PROCESO PREVISTO EN EL ART. 378 DEL C.G.P., DESESTIMANDO EN LO DEMAS, SIN ESPECIAL SANCION PROCESAL.

PUBLIQUESE Y OPORTUNAMENTE DEVUELVASE.

DR. JORGE CHEDIAK DISCORDE: A mi juicio, corresponde desestimar el recurso de casación interpuesto, por los siguientes fundamentos.

Reitero, en lo medular, los argumentos que expresé en mis discordias en las sentencias Nos. 213/2010, 1.168/2011, 2.327/2011, 4.816/2011 y 733/2012 de la Corporación, los que corresponde reproducir por adecuarse perfectamente a la presente litis.

Concuerdo con la Sala en cuanto a que la pretensión deducida no puede prosperar.

Es claro que es imprescindible la resolución del Directorio, solución que es acorde a lo establecido en el art. 27 de la Ley No. 16.320.

En el marco referenciado, las funciones superiores al cargo que se ocupa dan derecho a percibir diferencias de sueldos cuando existe una resolución del jerarca que así lo autoriza y cuando existe un cargo vacante, circunstancias que no se verificaron en el sub examine.

Compartiendo la opinión de Delpiazzo, cabe sostener que el desempeño de la función superior no otorga, por sí solo, el derecho al cobro de diferencias de sueldos, porque cuando se exige decisión administrativa previa disponiendo que el inferior sustituya al superior, dicho requisito es indispensable para que nazca aquel derecho ("La obligación del funcionario público de sustituir al superior", en LJU, T. 76, Sección Doctrina, págs. 38 y ss.).

En esta línea de razonamiento, existe una normativa específica que determina cuándo un funcionario público tiene derecho al cobro de diferencias salariales (art. 27 de la Ley No. 16.320 y Decreto Reglamentario No. 8/993, arts. 264, 1004 y 1005 del TOFUP).

El principio general -siguiendo a Sayagués Laso- es que los funcionarios solo pueden reclamar el salario correspondiente al cargo que ocupan y tienen la obligación de sustituir al funcionario superior en caso de ausencia o de vacancia del cargo, sin que ello implique liquidación de diferencia de sueldos, a menos que la Ley o los reglamentos expresamente autoricen a percibirla (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 8a. edición puesta al día a 2002 por Daniel Hugo Martins, No. 202, pág. 346).

Si bien puede distinguirse el supuesto de ausencia o vacancia del cargo de aquél en el que la designación para

el cumplimiento de funciones superiores se funda en el interés del servicio, se requiere, en todo caso, el dictado de un acto administrativo de designación por parte del jerarca, so riesgo de alterar, por vía de los hechos, las asignaciones presupuestales nacionales de rango constitucional, en las que está involucrado el interés público.

Como se señaló anteriormente, si se amparase el reclamo de la accionante, resultaría desplazada toda la normativa de rango constitucional y legal en materia presupuestaria. Se crearía una suerte de presupuesto paralelo que, en lugar de estar orientado a contemplar, en forma equilibrada, el interés general, atendería reclamos aislados e individuales que pueden y deben canalizarse por las vías respectivas.

En definitiva, en casos como el analizado, está en manos de los funcionarios reclamantes la posibilidad de provocar el dictado de decisiones administrativas y de impugnar aquellas que consideren ilegales o arbitrarias, sin riesgo alguno de pérdida del empleo o cualquier otra consecuencia perjudicial, teniendo en consideración el régimen de garantías de que gozan los funcionarios públicos en nuestro sistema jurídico (cf., entre otras, sentencia No. 147/2007 del T.A.C. 2o., con mi integración; y discordias del suscrito en las sentencias Nos. 213/2010, 1.168/2011 y 2.327/2011 de la Suprema Corte de Justicia).

DR. JULIO C CHALAR DISCORDE: Entiendo, con el Tribunal, que: "como lo expresó la propia demandante en el punto nro. 24 de su demanda (fs. 49), su situación encuadraba en la denominada asignación de tareas, ya que más allá de las sucesivas recategorizaciones, las funciones realizadas a partir del año 1986, se desempeñó siempre en las tareas para las cuales fue contratada al comienzo de la relación, esto es, tareas eminentemente técnicas y no especializadas. Por tanto, pese a las reiteradas rectificaciones y aclaraciones del objeto de su pretensión que realiza en el memorial de agravios, lo concreto es que reclamó diferencias por la realización de tareas superiores a las contingentadas con el grado presupuestal que ostentaba y por el cual recibía el pago de sus haberes".

A este respecto, mantendré los fundamentos que sostuve como miembro integrante del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er Turno en Sentencia No. 280/2010, entre muchas otras (342/2010, 181/2008, etc.): "... este Tribunal ha dicho en reiteradas oportunidades, en coincidencia con la Sala de 6o. Turno, que 'el derecho al cobro o crédito por diferencia de haberes no surge si no ha mediado designación expresa del jerarca...porque encontrándose el actor vinculado a la Administración a través de una relación estatutaria, no es viable prescindir de los requisitos de la normativa específica que regula la designación y remuneración de los funcionarios. Ha dicho el Tribunal, siguiendo la opinión de Delpiazzo en trabajo publicado en LJU, t. 76, págs. 38 y ss., bajo el título La obligación del funcionario público de sustituir al superior, que el desempeño de la función superior no otorga, por sí solo, el derecho al cobro de diferencia de sueldos porque cuando se exige decisión administrativa previa,...tal requisito se vuelve indispensable...'; que 'existe una normativa específica que determina cuándo un funcionario público tiene derecho al cobro de diferencias salariales (art. 27 L. 16320 y Dec. Reglamentario 8/93, arts. 264, 1004 y 1005 TOFUP)'.

Y también que 'el principio general, tal como lo sostiene...Sayagués Laso, es que los

funcionarios sólo pueden reclamar el sueldo correspondiente al cargo que ocupan' y que 'se requiere, en todo caso, el dictado de un acto administrativo de designación por parte del jerarca, so riesgo de alterar, por la vía de los hechos, las asignaciones presupuestales...en las que está involucrado el interés público' (sentencia no. 38/2005 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6o. Turno)".

Cabe agregar, además, que de conformidad con la discordia del Dr. Chediak en la Sentencia No. 2317/2011: "Sobre la situación que es fundamento del reclamo, resulta ineludible tener presente lo dispuesto en el Art. D. 135 del Vol. III del Digesto Municipal: 'Todo funcionario municipal tiene la obligación de sustituir al superior en caso de ausencia o vacancia.

Por razones de servicio, el Intendente Municipal, a propuesta del jerarca respectivo, podrá designar al funcionario que subrogue el puesto, por un período no mayor a doce meses y hasta tanto la vacancia se llene por concurso...'

Por lo tanto, debe concluirse que para que opere la subrogación de las tareas y consecuentemente, nazca el derecho a recibir la retribución del caso, se requiere resolución del máximo jerarca municipal que proceda a la designación". Tal situación no se verifica en autos, lo que impone la desestimatoria del recurso en trámite.