

MINISTRO REDACTOR: DOCTOR JORGE O. CHEDIK GONZALEZ

Montevideo, veintiséis de febrero de dos mil catorce

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: "DE MELLO, CARLOS C/ MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - COBRO DE PESOS - CASACION", IUE: 2-3922/2011, venidos a conocimiento de esta Corporación en mérito al recurso de casación interpuesto por la parte actora, contra la Sentencia No. 206/2012, del 19 de diciembre de 2012, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Quinto Turno.

RESULTANDO:

1o.) Que por la referida decisión se dispuso:

"I) Revócase la sentencia apelada y desestímase la demanda de autos, sin especial condena en costas ni costos del segundo grado..." (fs. 266/274 vto.).

Por su parte, el Pronunciamiento de Primera Instancia No. 78, del 28 de noviembre de 2011, emanado del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 13er. Turno, resolvió:

"Amparando la demanda y en su mérito, condénase al demandado a pagar al actor las sumas correspondientes a las diferencias que se hubieran generado entre el período comprendido entre el 13 de noviembre de 2008 y el 7 de setiembre de 2010, por el desempeño de la función de sub jefe de la Dirección Planeamiento y Presupuesto, así como su incidencia en el aguinaldo, tomando como base para ello la asignación mensual de un Coronel, sin perjuicio de las retenciones que por Ley correspondan -IRPF y demás cargas sociales-, debidamente reajustado desde el hecho ilícito e intereses a partir de la demanda.

Condénase asimismo al pago de las diferencias generadas en el haber de retiro del Sr. Carlos De Mello, según las pautas dadas en el Considerando 6o., hasta tanto se efectúe la reformulación correspondiente, con más los reajustes desde el hecho ilícito e intereses a partir de la demanda, difiriéndose las liquidaciones al procedimiento previsto por el art. 378 del CGP, sin especial condenación..." (fs. 209/222).

2o.) La parte actora interpuso recurso de casación (fs. 278 a 290 vto.). Luego de postular la admisibilidad formal del recurso, identificó como disposiciones erróneamente aplicadas: los artículos 7, 8, 52, 53, 54 y 72 de la Constitución de la República, el Decreto No. 114/1991, el artículo 1.308 del Código Civil y los artículos 140 y 141 del Código General del Proceso.

En síntesis, expresó:

- El Tribunal realizó una incorrecta valoración de la estructura orgánica del Ministerio de Defensa Nacional prevista en el Decreto No. 114/1991. Y ello por cuanto afirmó en su primer Considerando que este Decreto no prevé la existencia del cargo "Sub Jefe de la Dirección Planeamiento y Presupuesto", y que únicamente estableció que dichas funciones debían ser cumplidas por Oficiales Superiores y como destino militar, sin creación de cargo o asignación presupuestal alguna. Cuando el Decreto No. 114/1991 establece que las Sub Jefaturas serán desempeñadas por Coroneles o Tenientes Coroneles, o equivalentes en actividad, en definitiva la norma prevé para la función mencionada una remuneración determinada: la correspondiente a dichos grados o equivalente del

Escalafón Militar. Así se atiende a la responsabilidad y complejidad de la función.

Es erróneo afirmar que esta función debe ser examinada como si se tratara de un destino militar; el Decreto No. 114/1991 no regula destinos militares, ni reglamenta la carrera militar; sólo regla la estructura orgánica del Ministerio de Defensa y asignó a las funciones que reglamenta una equivalencia en la jerarquía militar, a los únicos efectos de establecer el perfil y retribución de quién ejercerá tan importantes funciones administrativas y técnicas.

- La discordancia entre la función desempeñada y el cargo que formalmente ocupaba el actor, aspecto fáctico que resulta incuestionable, constituye una situación generada por la propia Administración por lo que mal puede sostenerse que ésta pueda ampararse en el "sistema presupuestal de creación y dotación de cargos", como lo hace el Tribunal. No se trata de modificar el régimen presupuestal a través de decisiones judiciales, sino de que, tras consumarse por propia voluntad de la Administración un desvío antijurídico de tal presupuesto, se haga justicia y se corrija monetariamente las consecuencias de tal irregularidad. En todo caso podría sostenerse que el "sistema presupuestal de creación y dotación de cargos", debió motivar a la Administración a que designe un Coronel para el ejercicio de la función "Sub Jefatura de la Dirección Planeamiento y Presupuesto", y no a un sujeto -el actor- con un cargo formal cuya responsabilidad y salario eran muy inferiores a los previstos para dicha función.

Habiéndose consumado la discordancia por propia voluntad de la Administración (y no del administrado, como injustamente se sugiere en la recurrida), no existe una sino diversas normas jurídicas sustantivas en la que se fundamenta el pago de las diferencias salariales reclamadas: (i) artículos 8, 52, 53, 54 y 72 de la Constitución; (ii) artículo 1.308 del Código Civil; (iii) artículo 17 del Decreto No. 114/1991; (iv) artículo 23, inciso segundo de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de la O.N.U.; (v) Convenios Internacionales de Trabajo Nos. 100 y 111, ratificados por Ley No. 16.083; (vi) artículos 7, literales "a" e "i" del Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la O.N.U.; (vii) artículo 7, literal "a" del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

- La pretensión del actor está lejos de tender a alterar aspectos presupuestales. La pretensión movilizadora in folios exclusivamente consiste en que se declare el derecho subjetivo al cobro de un crédito por diferencia salarial. En ningún caso, como se aclaró en la demanda, se pretendió la designación del actor en un cargo presupuestal, o que por sentencia se cree un cargo.

- Sin perjuicio de que la norma establece que la función que desempeñó el actor debe ser ejercida por la jerarquía militar, concretamente por un Coronel o por un Teniente Coronel, lo cierto es que en materia de equiparación salarial debe primar la realidad. Y se ha probado en autos que esa función siempre ha sido desempeñada por un Oficial Superior, de grado Coronel. Por ello es que es a la remuneración de Coronel a la que debe equipararse la del actor.

- La Sala sostiene que "el desempeño de funciones propias de un cargo superior al que se ocupa no basta para conferir al funcionario derecho al cobro de diferencias de retribución, sino que se requiere inserción del rubro dentro del marco presupuestal estatutario (subrogación, configuración del supuesto para el pago de compensaciones o acreditación de su calidad de daño derivado de responsabilidad estatal)". Se postula que la

Constitución privilegia la función sobre el funcionario, y que por el mero hecho de desempeñar tareas de índole superior a las propias del cargo que se ocupa, no se genera un derecho a mayor retribución, ya que el funcionario debe recibir la remuneración correspondiente a su cargo, y no a la función que ejerce. No se comparte tal criterio, ya que como lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia, la Administración no puede escudarse en su propia omisión, enriqueciéndose con la utilización de servicios calificados, pero privándolos del derecho a una justa remuneración, en infracción de los artículos 8 y 54 de la Constitución.

- La sentencia recurrida infringe los artículos 1.308 del Código Civil y 72 de la Carta, cuando afirma que no puede acudirse al instituto del enriquecimiento sin causa, desde que el régimen estatutario brinda causa para la prestación de las tareas que cumplió el actor. Y ello porque en el caso, el Estado, a través del Ministerio de Defensa Nacional, se benefició claramente a expensas del accionante, quien ejerció funciones superiores a las correspondientes a su cargo, sin que se le abonare la justa remuneración que retribuya su labor.

- En el caso fue tan notoria la situación de desajuste entre la función ejercida y la remuneración otorgada, que surge probado cómo la Administración intentó -infructuosamente- dictar un acto administrativo a fin de incrementar la remuneración superior al actor de la que efectivamente percibió hasta su jubilación. Surge que el Director General de Recursos Financieros impulsó y proyectó el dictado de tal acto administrativo señalando expresamente que "las responsabilidades de la actual función ameritan un tratamiento económico superior por cuanto la función es diferente al cargo" (fs. 54 y 52).

Contrariamente a lo sostenido por la Sala, la premisa contenida en el proyecto de acto administrativo impulsado en ningún momento fue refutada, ni por la Asesoría Letrada del Ministerio, ni por la Oficina Nacional del Servicio Civil (O.N.S.C.). Tampoco se concluyó que resultaba jurídicamente inviable el pago de una remuneración adicional al actor. En efecto, la O.N.S.C., partiendo del análisis de la Asesoría Letrada del Ministerio, exclusivamente se limitó a establecer que en el caso no resultaba aplicable el instituto de la subrogación, razón por la cual concluyó que al no fundamentarse el proyecto propuesto de acto de una norma que lo respalde, el mismo no sería viable desde el punto de vista jurídico. La inviabilidad se concluyó respecto del proyecto de acto administrativo enviado, no del pago de complemento retributivo.

- El Tribunal sostuvo que el actor con su conducta plegó su voluntad a la de la Administración y, con ello, tornó posible la situación que da mérito a este proceso. Tal razonamiento, además de ser contradictorio con otros argumentos anteriores de la Sala -que parten de que el cumplimiento de tareas de mayor responsabilidad es un deber del funcionario-, es erróneo y violenta lo dispuesto por los artículos 140 y 141 del C.G.P. El actor no presentó, ni antes ni luego de su designación como Sub Jefe de la Dirección Planeamiento y Presupuesto, su aquiescencia para que le asignen tareas de mayor responsabilidad que las de su cargo, y menos con una suerte de ánimo de liberalidad en favor del Ministerio de Defensa Nacional. La situación estatutaria funcional, sumada al particular estatuto militar al que se encontraba sometido, colocaron al Sr. De Mello en situación de sujeción respecto de la resolución ministerial que lo designó para ejercer funciones superiores a las de su cargo. Su negativa podía incluso hacerlo incurrir en un delito militar. Por ello, la visión del Tribunal sobre el punto evidencia una clara infracción de las reglas de valoración de la prueba.

- El Tribunal viola una serie de normas que integran el Derecho general del trabajo, que prima sobre el Derecho privado del trabajo, y sobre el Derecho administrativo de la función pública. Así los artículos 7, 53 y 54 de la Constitución regulan la situación jurídica de los trabajadores en general, con prescindencia de la naturaleza contractual o estatutaria de la relación de trabajo o servicio en que se encuentren. De acuerdo con los artículos 53 y 54 de la Carta, el derecho a la "justa remuneración" de todo aquel que se halle en una relación de trabajo o servicio, sea pública o privada, es inexcusable, siendo absurda e inconcebible toda otra posición que pretenda que el trabajo como hecho deba prestarse gratuitamente. En dicho marco constitucional es que al reglamentarse la estructura orgánico funcional de la Administración Superior del Ministerio de Defensa Nacional, se asignó a la función de Sub Jefe de la Dirección Planeamiento y Presupuesto una remuneración específica y no otra, que se la entendió como justa en la medida que la misma era retributiva de las particularidades y complejidades propias de dicha función. Por ello, de acuerdo con las características y complejidades de la función efectivamente desempeñada, la justa remuneración del Sr. De Mello equivale a la de un funcionario perteneciente al Escalafón Militar con grado de Coronel o equivalente en otras fuerzas. Por el contrario, el Sr. De Mello percibió una cifra mucho menor.

- Se ha violado por la Sala el principio constitucional "a igual trabajo o función, igual remuneración", conforme al cual todos los trabajadores o funcionarios que cumplan igual tarea o función deben percibir igual remuneración. Dicho principio se consagra por el artículo octavo de la Constitución, así como por diversas normas de fuente internacional vinculantes para la República. En virtud de este principio, el funcionario De Mello debió recibir igual remuneración que quienes ejercieron la misma función.

Por los motivos que expresó, solicitó que al casarse la sentencia de segunda instancia se corrija la incorrecta valoración de la prueba realizada en primera instancia en cuanto al quantum de la proyección de las diferencias salariales (lo que motivó su adhesión a la apelación).

En definitiva, solicita se case la sentencia recurrida y, en su lugar, se ampare íntegramente la demanda.

3o.) Conferido traslado del recurso, compareció el representante del Estado - Poder Ejecutivo - Ministerio de Defensa Nacional, abogando por el mantenimiento de la impugnada (fs. 294/301 vto.).

4o.) Por Interlocutoria No. 36, del 1o. de abril de 2013, el Tribunal dispuso el franqueo del recurso y la elevación de los autos para ante esta Corporación, donde fueron recibidos el día 16 de abril de 2013 (cfme. nota de fs. 306).

5o.) Fue conferida vista al Sr. Fiscal de Corte, quien, en definitiva, sostuvo que: "... los agravios formulados, basados en las normas y principios constitucionales...son de recibo" (Dictamen No. 2643/13, fs. 322/324).

6o.) Por Dispositivo No. 1433, del 12 de agosto de 2013, se dispuso: "Pasen a estudio y autos para sentencia" (fs. 326).

#### CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad de sus integrantes, amparará el recurso de casación

promovido y, en su mérito, anulará la impugnada, confirmando el pronunciamiento de primera instancia excepto en cuanto no estableció el haber de retiro en el equivalente al 100% de la asignación mensual correspondiente al grado de Coronel, sin especial sanción procesal.

II) Con carácter previo, corresponde señalar que en el caso surge acreditado que el actor, Sr. Carlos De Mello: (i) ingresó como funcionario al Ministerio de Defensa Nacional el 10. de noviembre de 1982 (fs. 12 vto. del agregado); (ii) el 10. de enero de 1994 fue designado Sub Jefe de Departamento, serie Administrativo, escalafón C, grado 8 de la Dirección General de Secretaría del Ministerio de Defensa Nacional (cfme. fs. 68 del agregado, resolución del Poder Ejecutivo de fecha 23 de diciembre de 1993); (iii) el 19 de enero de 2000, por resolución del Poder Ejecutivo No. 78.099, se lo equiparó al grado de Mayor (fs. 81 y 82 del acordonado); (iv) el 13 de noviembre de 2008, por Resolución del Ministro de Defensa Nacional No. 55.994, fue designado "en forma transitoria, hasta que culmine el proceso de reestructura dispuesto por el artículo 124 de la Ley 18.172...en la Unidad Ejecutora 001 'Dirección General de Secretaría del Estado',...como Sub Jefe de la Dirección Planeamiento y Presupuesto" (fs. 46/46 vto. y 50 del principal).

III) La cuestión a resolver en casación finca, en lo medular, en establecer si corresponde hacer lugar a las diferencias salariales reclamadas por el actor en virtud de haber desempeñado tareas de Sub Jefe de la Dirección Planeamiento y Presupuesto del Ministerio de Defensa Nacional, labor de mayor jerarquía a la prevista para su cargo presupuestal, que fueron generadas entre el 13/XI/2008 y el 7/IX/2010, y su incidencia en el aguinaldo, tomando como base la asignación mensual correspondiente al grado de Coronel. Así como la procedencia del pago de las diferencias generadas en el haber de retiro del actor (equivalente al 100% de la remuneración del grado de Coronel), hasta el momento en que se proceda a reformular el mismo y la condena al pago futuro de dicha asignación de carácter mensual.

IV) Atento a lo anterior, corresponde realizar las siguientes precisiones.

En concepto de los Sres. Ministros Dres. Ruibal Pino, Larrieux y Pérez Manrique, viene al caso señalar que la Suprema Corte de Justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos similares al de autos, expresando en términos trasladables al subexamine:

"... 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 retribución consagrado en el art. 54 de la Constitución de la República, en la obvia medida que una retribución diferencial por idénticas funciones dejaría de ser justa (cf. Sents. del TAC 10. No. 151/2000, y de la Corporación No. 232/06).

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 propriam turpitudinem allegans).

Como la Corte lo expresó en la Sent. No. 114/06, en términos 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 a 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. Sents. S.C.J. Nos. 169/03 y 229/03)" (Sentencia No. 733/2012).

Por su parte, los Sres. Ministros Dres. Chalar y Chediak, entienden que el derecho a recibir una retribución complementaria no puede surgir del sólo hecho de haber desempeñado tareas correspondientes a un cargo superior, porque ello violenta el régimen constitucional y legal que rige la administración estatal y sujeta su funcionamiento a reglas preestablecidas.

El Sr. Ministro Dr. Chalar reitera en el presente conceptos que sostuvo como miembro integrante del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno, entre muchas otras, en Sentencia No. 280/2010: "... 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 sólo, 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)".

Por su parte, el redactor reitera lo expuesto en discordia extendida en Sentencia de la Suprema Corte de Justicia No. 213/2010: "...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.).

(...)

El principio general -siguiendo a Sayagués Laso- es que los funcionarios sólo 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".

En concepto de los Sres. Ministros que vienen de referirse, conforme surge prueba allegada a la causa, en el subexamine resulta acreditado que el actor fue efectivamente designado por Resolución del Ministerio de Defensa Nacional No. 55.994 para ocupar el cargo de Sub Jefe de la Dirección Planeamiento y Presupuesto (cfme. fs. 50), lo cual resulta central para la dilucidación de lo debatido.

V) La naturaleza de la función desempeñada, diferencias con la función del cargo presupuestal del actor.

V.1) La evolución de la carrera funcional del actor debe verse a la luz de lo que dispone el Decreto No. 114/1991, Reglamento Orgánico Funcional de la Administración Superior del Ministerio de Defensa. Este cuerpo normativo reguló hasta el año 2010 la estructura organizativa de dicha Secretaría de Estado y era la norma vigente tanto a la fecha de designación del Sr. De Mello como Sub Jefe de Departamento en 1994, como posteriormente de su designación para ejercer la función de Sub Jefe de una Dirección en el año 2008.

Del Decreto No. 114/1991 surge claramente que la función que se le asignara al actor en el año 2008, Sub Jefe de la Dirección Planeamiento y Presupuesto, entraña una responsabilidad y aptitud muy superiores a las de su cargo como Sub Jefe de Departamento, administrativo (cfme. artículos 16, 17, 25, 37 y 38 del Decreto No. 114/1991).

V.2) Cabe partir de considerar la descripción del cargo presupuestal del Sr. De Mello. A fs. 149, la Oficina Nacional del Servicio Civil informó: "respecto de la descripción del cargo presupuestal civil de Sub jefe Departamento del Escalafón 'C' Administrativo...El Escalafón 'C' Administrativo está definido por el artículo 31 de la Ley 15.809 de 8/04/1986 que establece 'comprende los cargos y contratos de función pública que tienen asignadas tareas relacionadas con el registro, clasificación, manejo y archivo de datos y documentos...'...". Es en atención a tales funciones, de menor especialización que se remuneró al actor; en efecto, sin perjuicio de la importancia de tales tareas, no aparecen como de gran complejidad, ni asociadas a una especialización técnica particular.

V.3) Ahora bien, si se analiza lo dispuesto por dicho Reglamento en el artículo 17, surge que "... las Subjefaturas de Dirección serán desempeñadas por Coroneles o Tenien-

tes Coroneles o equivalentes en actividad y tendrán como atribuciones sustituir al Jefe de la Dirección en caso de ausencia, secundar su labor y cumplir las tareas que le sean asignadas”.

Más allá de la diferencia entre los grados militares requeridos para desempeñarse en tal función, superior a la del actor, aspecto sobre el cual se discutió arduamente en las instancias de mérito, cabe reparar en la sustancia de la función -el trabajo- que se requiere en la Sub Jefatura de una Dirección.

Se advierte entonces que el Sub Jefe de una Dirección, además de la asignación de la función de secundar la labor del Jefe de la Dirección o seguir sus órdenes, debe estar apto para realizar la gestión propia del Jefe de la Dirección. Y tal tarea es de una complejidad y relevancia muy superior a las propias de un Sub Jefe de Departamento, del escalafón administrativo.

En efecto, adviértase que el artículo 38 del Decreto No. 114/1991 describe las tareas que el Sr. De Mello debía dirigir o secundar, y éstas distan mucho de las propias de su cargo. Señala esta norma:

“A la Dirección Planeamiento y Presupuesto compete:

a) Elaborar el proyecto de Presupuesto General de Sueldos, Gastos e Inversiones y Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal del inciso.

b) Formular los Planes y Programas generales correspondientes al inciso.

c) Entender en lo concerniente a los planes y actividades financieras de la Administración Nacional de Telecomunicaciones y de las reparticiones dependientes de esta Secretaría de Estado.

d) Coordinar su acción con la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y programas del inciso.

e) Realizar estudios de investigación estadística en el área de su competencia.

f) Controlar el cumplimiento de metas y objetivos de los proyectos de inversión pública con rubros presupuestales y extrapresupuestales”.

V.4) De comparar las funciones propias del cargo del actor desde 1994, conforme a las cuales se le remuneraba, y aquellas inherentes a la función para que se le designó en el año 2008, surge que éstas últimas implican un grado de especialización, complejidad y responsabilidad sustancialmente mayores que las de un Sub Jefe de Departamento administrativo, que responde del archivo y manejo de documentos.

La sustancial diferencia de las tareas encomendadas al Sr. De Mello que surge de la norma analizada, resulta corroborada por diversos medios de prueba incorporados a la causa.

En primer lugar, resulta probada por manifestaciones de un alto jerarca del Ministerio de Defensa. En efecto, surge acreditado que el Director General de Recursos Financieros del Ministerio demandado reconoce expresamente que “las responsabilidades de la actual función [de De Mello] ameritan un tratamiento económico superior por cuanto la función es diferente al cargo” (fs. 52 y fs. 54). Estas manifestaciones se realizaron en el marco de un proyecto de resolución tendiente a incrementar la remuneración del Sr. De Mello, con una partida que remunerara el ejercicio de una función diferente a su cargo.

Ese proyecto de resolución fue informado por la Asesoría Letrada del Ministerio demandado (fs. 56 y

ss.), por el Director General de Recursos Humanos (fs. 64 y 65), y por la Oficina Nacional del Servicio Civil (fs. 66 y ss.). Respecto del alcance de estos dictámenes, cabe disentir con la interpretación de la Sala en la recurrida. Para quienes suscriben el presente fallo, al igual que lo hizo expresamente la Sra. Magistrado actuante en primera instancia, ni el Director de General de Recursos Humanos, ni Oficina Nacional del Servicio Civil (O.N.S.C.) concluyeron que no correspondía el pago de diferencias salariales al Sr. De Mello. Únicamente plantearon dudas, y en el caso de la O.N.S.C., sólo descarta la procedencia de aplicar el instituto de la subrogación, pero en ningún momento se desestima que proceda el pago de las diferencias de haberes.

En segundo lugar, es significativo el testimonio del Capitán de Navío Norberto Baygorria, quien como De Mello ejerció la Sub Jefatura de la Dirección Planeamiento y Presupuesto y al ser consultado sobre el alcance de las tareas de dicho cargo narró: "por mí debían pasar todas las tareas de planeo, presupuesto de todo el Ministerio de Defensa. Como sub-jefe debía direccionar la tarea contable de la oficina, también presupuestaría y toda la faz laboral" (fs. 156 vto.).

V.5) En el marco fáctico y normativo que viene de reseñarse, surge en forma incontestable que el Sr. De Mello a partir de la designación de que fue objeto en el año 2008 pasó a realizar tareas de mucha mayor complejidad que las propias de su cargo presupuestal, por el cual era remunerado.

VI) Bajo las coordenadas señaladas debe concluirse que surge debidamente acreditado en el subexamine que el actor cumplía las tareas de superior jerarquía alegadas, con la continuidad necesaria (no se trató de una hipótesis de mera subrogación), lo cual determina el derecho al cobro de las diferencias salariales reclamadas.

VII) La demandada ha hecho caudal de la incidencia que tendría en la resolución del caso el hecho que la designación del Sr. De Mello fue en carácter "transitorio", mientras se ejecutaba la reforma que culminó con el dictado del Decreto No. 215/2010. Ese carácter surge expresamente indicado en la Resolución Ministerial No. 55.994 del año 2008. Cabe referir brevemente a este aspecto.

En concepto de la Corporación, aun cuando se entendiera que tal transitoriedad tiene incidencia en la resolución del caso, es claro que el desempeño de la función no fue, en los hechos, de carácter transitorio.

Cabe tener presente, en primer lugar, que tal pretendida transitoriedad se vio desvirtuada en tanto surge admitido que el actor ejerció la función que se le encomendó por casi dos años, cesando únicamente para pasar a situación de retiro voluntario.

El plazo de casi de dos años no puede razonablemente sustentar que la designación tuvo carácter transitorio.

En segundo lugar, tampoco conduce a concluir que el declarado carácter "transitorio" era tal, el hecho acreditado de que ya en vigencia del Decreto No. 215/2010 la situación de De Mello permaneció incambiada, incluso que la mentada reforma no se había aplicado en el año 2011. En ese sentido señaló acertadamente la Sra. Juez de Primera Instancia: "La afirmación efectuada en la demanda de que la función siguió siendo la misma porque en la práctica la reestructura no habría sido aplicada, no fue controvertida y se observa que el testigo Sr. Emir Claudio Ramírez aún cuando no sabe la razón por la cual designaron como Sub Jefe al actor y a él como Jefe, corroboró que se estaba haciendo una

reestructura organizativa en todo el Ministerio, pero que ésta 'no se ha concretado en los hechos, si bien existe un decreto creo que del 2010' (fs. 158)" (fs. 220 y 221).

VIII) Resuelto que el Sr. De Mello tiene derecho al cobro de las diferencias salariales, entre lo que percibió y lo que debió percibir por realizar tareas de mayor complejidad, debe establecerse cuánto debe percibir.

Surge de fs. 134 que desde la vigencia del Decreto No. 114/991, entre el 15/XI/1988 y el 29/X/2008, las designaciones en el cargo de Sub Jefe de la Dirección Planeamiento y Presupuesto recayeron sobre personal militar con grado de Coronel o similar (Capitán de Navío).

Siendo así, resulta compartible lo expresado por la sentenciante de primera instancia, en su muy bien fundado fallo: "En definitiva pues, si la 'función' debía ser cumplida por un Coronel o grado equivalente, la diferencia de remuneración está dada por lo que efectivamente percibiría éste y el cargo que formal y presupuestalmente ostentaba" (fs. 219).

IX) Finalmente, en otro orden, si bien en el pronunciamiento de primera instancia se hizo lugar al cobro de diferencias salariales, en cuanto a la incidencia del desempeño del actor como Sub Jefe de la Dirección de Planeamiento y Presupuesto en el cálculo de su haber jubilatorio, la a quo entendió que no surge probado que el Sr. De Mello hubiera computado 30 años de servicios militares y, por ende, tenga derecho a percibir el equivalente al 100% de las retribuciones sujetas a montepío.

Al respecto el recurrente alega que la recurrida realizó una incorrecta valoración de la prueba en relación al quantum en la medida que, al contrario de lo sostenido en dicha instancia de mérito, surge plenamente probado y admitido por el propio demandado que el Sr. De Mello configuró más de 30 años de servicios simples y por ende, su haber de retiro es por imperio legal el equivalente al 100% de las asignaciones salariales que debió percibir al momento del pase a retiro voluntario.

En lo que refiere a las pretensiones de modificación del haber de retiro y pago de diferencias que se generen en el mismo hasta el momento en que se proceda a su reformulación, resulta compartible la decisión de primer grado, salvo en cuanto sostiene que el actor no había completado los 30 años de actividad.

A juicio de la Corporación, en autos se acreditó que el Sr. De Mello computó más de 30 años de servicios, tal como surge de su legajo administrativo agregado a estos autos. En efecto, desde su ingreso al Ministerio computó 27 años, 10 meses y 7 días (cfme. Resolución del Ministerio de Defensa Nacional No. 60.706, fs. 237), a lo que se suma el cómputo de los servicios anteriores reconocidos a fs. 99 del agregado: 2 años, 10 meses y 10 días, lo que excede los 30 años de servicios.

En razón de ello corresponde, calcular la pasividad del accionante sobre la base del 100% de las retribuciones sujetas a montepío percibidas al momento de su retiro voluntario.

X) Las costas y costos se deberán abonar en el orden causado.

Por los fundamentos expresados en la presente, y lo dispuesto en los arts. 268 y siguientes del Código General del Proceso, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

ANULASE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y, EN SU MERITO, CONFIRMASE EL PRONUNCIAMIENTO DE PRIMERA INSTANCIA, EXCEPTO EN CUANTO NO ESTABLECIO EL HABER DE RETIRO DEL ACTOR EN EL

EQUIVALENTE AL 100% DE LAS RETRIBUCIONES SUJETAS A MONTEPIO AL MOMENTO DE SU CESE, SIN ESPECIAL CONDENACION PROCESAL.  
OPORTUNAMENTE, DEVUELVASE.