



ACUERDO Nº 42. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los siete días del mes de agosto del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, **Doctores RICARDO TOMÁS KOHON** y **OSCAR E. MASSEI**, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, **Doctora Luisa A. Bermúdez**, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"VESPOLI NORMAN JORGE C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"**, **Expte. 3568/11**, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el **Doctor OSCAR E. MASSEI** dijo: **I.-** A fs. 03/09 se presenta el Sr. Norman Jorge Vespoli, mediante apoderado y con patrocinio letrado e interpone acción procesal administrativa contra el Instituto de Seguridad Social de Neuquén.

Pretende la readecuación del haber previsional a los parámetros impuestos por el art. 38 inc. c) de la Constitución Provincial, tanto para el futuro como retroactivamente, con más intereses y costas.

Expone que en el año 1992 fue transferido de la administración central de la Provincia a la Dirección Provincial de Minería hasta que en el año 1994 se dispuso su baja para acceder al régimen de retiro voluntario (Ley 2025) mediante Resolución Nº 114/94 con efectividad a partir del 10 de enero de 1994.

Posteriormente, en diciembre de 1997 reingresa a la empresa estatal Cormine S.A. donde comienza a desempeñarse como "capacitador" o "instructor" en la categoría 2 del escalafón de la empresa y desde el 1º de diciembre de 1997 hasta el 31 de diciembre de 1999, período en el que aporta al Instituto de Seguridad Social de Neuquén.

Sostiene que cercano a la fecha de cese alcanzó la edad para jubilarse y dio inicio a la tramitación del



beneficio de jubilación ordinaria. Destaca que su haber nunca alcanzó el 80% correspondiente a la categoría 2 del escalafón de Cormine S.A. en el que culminó su carrera administrativa.

Afirma que el organismo demandado aplicó una interpretación absurda del mecanismo establecido en el art. 56° de la Ley 611.

Explica que para la determinación del haber inicial el organismo demandado toma los últimos cinco años como remunerados, cuando en realidad el Sr. Vespoli solo percibió remuneración en los últimos veinticinco meses de ese período y suma once meses con percepción cero.

En consecuencia el promedio de los ingresos de los últimos tres años calendarios disminuyó un tercio, luego a ese resultado se aplica el porcentual del 80% y se determina un haber que apenas supera el 50% del haber activo al cese.

Cita la determinación del haber realizada en el expediente administrativo. Reitera que en la actualidad cobra menos respecto del último cargo activo desempeñado en la administración pública neuquina.

Afirma que en la determinación del haber jubilatorio como en la aplicación de la movilidad se produce un desamparo respecto de la protección constitucional.

Asimismo transcribe el texto del art. 56° de la Ley 611 y manifiesta que el legislador advierte y previene situaciones como la presente en el párrafo final del inciso 1): *"en caso de jubilación por invalidez, si el afiliado no acreditare un mínimo de tres (3) años de servicios, se promediarán las remuneraciones actualizadas percibidas durante todo el tiempo computado, con la corrección que corresponda, o se tomará en cuenta la última remuneración en caso de que el agente haya desempeñado el mismo cargo durante el período señalado"*.

Así, entiende que si tal solución es aplicable a los casos de invalidez de quienes ingresan recién a trabajar



al estado neuquino, con mayor razón debe aplicarse a quien cuenta con los años de aportes y servicios necesarios para acceder al beneficio de jubilación ordinaria.

Hace reserva del caso constitucional y solicita se haga lugar a la demanda, condenando a la accionada a determinar el haber previsional de conformidad con la garantía constitucional que se invoca y proyectar la misma en su movilidad hasta el presente, ordenando su pago a futuro y retroactivamente por el período de prescripción, con más intereses y costas del proceso.

II.- A fs. 17/17 vta., por medio de la Resolución Interlocutoria N° 173/12, se declara la admisibilidad de la acción.

III.- A fs. 19/19 vta. se opta por el trámite ordinario, ofrece prueba y se corre traslado de la demanda.

A fs. 22 toma intervención el Fiscal de Estado en los términos de la Ley 1575.

IV.- A fs. 30/39 vta. se presenta el Instituto de Seguridad Social del Neuquén mediante apoderado, con patrocinio letrado y contesta la acción: Reconoce el carácter de jubilado del actor, cumple con la negativa de rigor, brinda sus argumentos e interpone excepción de prescripción. Solicita el rechazo de la demanda, con costas.

Entiende que tanto la determinación inicial del haber inicial, como su movilidad, fueron calculados de acuerdo a los principios consagrados en la Ley n° 611 (art. 56 y 60).

Explica -en cuanto al haber jubilatorio inicial- que se promediaron las remuneraciones actualizadas percibidas en los años 1997, 1998 y 1999, siendo estos los tres años calendarios más favorables comprendidos en los últimos cinco años anteriores al cese (remite a fs. 103 del expediente jubilatorio N° 2408-231776/8).

Afirma que la determinación del haber jubilatorio del Sr. Vespoli alcanzó el 80% y por lo tanto la pretensión es



improcedente atento que el artículo 56° de la Ley 611 es claro en cuanto a la forma en que debe hacerse el promedio.

Respecto de los casos incluidos en la excepción contenida en la parte final del inciso 1), sostiene que se circunscriben a las jubilaciones por invalidez.

Concluye que si la intención del legislador hubiese sido extender ese trato diferencial a supuestos como el del Sr. Vespoli lo habría hecho expresamente. Sin embargo, al no existir otra previsión corresponde aplicar el criterio general plasmado en la primera parte del Inciso 1) del artículo 56° de la ley 611.

Expresa además que no puede perderse de vista que el actor hizo uso de un retiro voluntario previsto en la Ley 2025 a partir del 04/02/1994 y que el organismo previsional no se encuentra obligado por ninguna previsión legal a hacerse cargo de su falta de aportes desde ese momento hasta su reincorporación en CORMINE SEP (diciembre de 1997), más aún cuando percibió la indemnización fijada en aquella Ley.

Asimismo, en cuanto a la supuesta falta de adecuación de haberes conforme el artículo 38° inc. c) de la Constitución Provincial, destaca que la desaparición de CORMINE SEP impide verificar tal afirmación.

Se expone sobre la movilidad establecida por el artículo 60° de la Ley 611, reitera que el sistema previsional de la Provincia de Neuquén se encuentra cimentado en la solidaridad, es retributivo y de reparto. Y considera que la movilidad no se aplica en forma individual, ya que no se trata de un sistema de capitalización.

Menciona tratados internacionales y normas constitucionales, como también las variaciones en el nivel general de remuneraciones que le fueron aplicadas al actor.

Insiste entonces, en que al ISSN no puede exigírsele, sin violar el principio de legalidad, que



desconozca o incumpla los arts. 56 y 60 de la Ley previsional cuando se den los presupuestos fácticos allí descriptos.

Vuelve a mencionar que la Caja Jubilatoria cumplió con la manda constitucional (artículo 38° inc. c) de la Constitución Provincial) y la Ley 611.

Para finalizar, interpone la defensa de prescripción, ofrece prueba, hace reserva del caso federal y solicita se rechace la demanda con interposición de costas a la vencida.

V.- A fs. 43 la actora contesta el traslado sobre la defensa de prescripción interpuesta por el organismo demandado.

Se remite a lo expresado en la demanda y reitera que más allá de los dos años del reclamo interpuesto, la percepción de la diferencia acumulada se encuentra prescripta. Asimismo amplía la prueba ofrecida.

A fs. 44 se abre la causa a prueba, período que es clausurado a fs. 152, colocándose los autos para alegar por Secretaría (véase Resolución Interlocutoria N° 142/13).

A fs. 159/163 obra el alegato de la actora, glosándose a fs. 164/167 el de la demandada.

VI.- A fs. 170/173 obra el dictamen del Sr. Fiscal, quien propicia el acogimiento de la demanda con los alcances señalados en el cuerpo de su escrito.

VII.- A fs. 174 se dispone el llamado de autos, el cual encontrándose firme y consentido, coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VIII.- La situación aquí planteada es similar a la que fuera analizada en numerosos precedentes del Tribunal, entre ellos "Slim" (Ac. 84/12) y "Reniero" (Ac. 15/14), en los que voté en primer lugar, por lo que seguiré esa línea argumental.

Ahora bien, conforme las posturas manifestadas en la demanda y su contestación, la litis ha quedado



circunscripta a una cuestión jurídica y otra fáctica o de prueba.

Aquí las divergencias giran en torno a establecer si la determinación del haber inicial del actor respetó el 80% del último cargo que desempeñó antes del cese, o bien si es correcta la aplicación del artículo 56 de la Ley 611 –postura del organismo demandado–.

Por otro lado, hay desacuerdo acerca de la aplicación de la movilidad, es decir, si el ISSN ha cumplido con el pago de haberes que respeten el mínimo del 80% de lo que perciben los trabajadores en actividad. Ambas partes coinciden jurídicamente en la aplicación de dicha garantía constitucional, pero la actora niega que las liquidaciones de la demandada hayan respetado el piso constitucional en todos los períodos involucrados, mientras el organismo previsional sostiene que la desaparición de CORMINE –lugar donde se desempeñó el actor hasta el momento de acceder a su jubilación– impide verificar tal afirmación.

IX.- En cuanto al asunto de la determinación del haber inicial, ya ha sido reiteradamente expuesto en la jurisprudencia de este Tribunal que, en el caso neuquino, la complejidad de la cuestión encuentra su raíz en las particularidades del texto constitucional, el cual, proyectado a la solución que en cada caso concreto corresponde acordar, exige inaplicar los dispositivos legales.

Como se verá, entonces, no son pocos los casos en los que, pese a que el accionar del Instituto de Seguridad Social del Neuquén se ajusta a las disposiciones legales, la solución concreta se presenta incompatible con la disposición prevista en el artículo 38, inciso c), de la Constitución Provincial, la cual, por su jerarquía normativa, debe prevalecer.

Las garantías de proporcionalidad y movilidad jubilatoria son dos momentos de una misma problemática: los



sistemas previsionales (tanto el nacional como el local) están diseñados sobre la naturaleza sustitutiva de la prestación jubilatoria y, por lo tanto, se apoyan en la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad.

En este esquema, debe asegurarse un nivel conveniente, el cual, se dice, se habrá alcanzado cuando **el jubilado conserve una situación patrimonial equilibrada a la que le hubiera correspondido de haber seguido en actividad.**

La lógica de tal razonamiento se asienta en que la jubilación constituye una consecuencia de la remuneración que se percibía; **su monto originario responde al propósito de asegurar un ingreso vitalicio que sustituya a la remuneración que el agente percibía cuando estaba en actividad (proporcionalidad inicial).**

Por otro lado, de la misma forma, cuando posteriormente el titular se encuentra en goce de dicho beneficio, la relación entre el monto del beneficio y la remuneración que percibía en actividad no sólo debe mantenerse, sino que debe ser objeto de movilidad, lo que presupone que ese monto debe aumentar con respecto a la antigua remuneración (movilidad posterior).

Así, la movilidad debe arrojar un haber que resulte razonablemente proporcional al que percibiría el jubilado si siguiera en servicio activo.

Ahora bien, de acuerdo a la letra del artículo 56 de la Ley 611, para la determinación del haber jubilatorio inicial, se toma en cuenta el promedio de las remuneraciones actualizadas y, no necesariamente, el haber asignado al cargo que se desempeñaba en actividad al momento del cese, como tampoco prevé el caso de aquellos trabajadores que no prestaron servicios en forma continua durante los últimos tres años anteriores al cese.



Se presenta entonces ineludible desentrañar, si la solución prevista respeta los parámetros constitucionales contemplados en el artículo 38, inciso c), de la Constitución Provincial.

El margen de actuación legislativa es sensiblemente menor en el caso local que en el nacional, en orden a la distinta amplitud de fórmulas constitucionales contenidas en uno y otro sistema.

La proporcionalidad está cuantificada en el ámbito local por el dispositivo constitucional del art. 38, inciso c), presentándose como un imperativo que **la Provincia mediante la sanción de leyes especiales asegurará a todo trabajador, en forma permanente y definitiva, jubilaciones y pensiones móviles, que no serán menores del 80% de lo que perciba el trabajador en actividad.**

El mandato constitucional es expreso y, por lo tanto, una reglamentación legislativa que diera como resultado un haber de pasividad inferior al 80% de lo que el trabajador percibiría de continuar en actividad, implicaría plasmar en los hechos una modificación del texto constitucional.

Por ello, no podría nunca el órgano legislativo apartarse de aquél mandato mediante la implementación de mecanismos distorsivos que, indirectamente desvirtuaran el umbral protectorio de la Constitución Provincial.

De darse ese supuesto, sería aplicable la doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual señala que, cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la ley en que se encuentra inserto, de modo tal que llega inclusive a ponerse en colisión con los enunciados de jerarquía constitucional o su aplicación torna ilusorios derechos por éstos consagrados, le es lícito al juzgador apartarse de tal precepto y dejarlo de aplicar a fin de asegurar la primacía de la Ley Fundamental.



Así, el artículo 16 de la Carta Magna local dirige a los jueces el mandato de defender la supremacía de la Constitución, negando valor y declarando inconstitucional cualquier norma inferior que sea contraria a ella.

Cabe aclarar que lo expuesto no implica desentenderse de los resultados efectivos del pronunciamiento o de la realidad propia del funcionamiento técnico de los sistemas previsionales.

Sin embargo, las alegaciones que pudieran efectuarse en punto a la viabilidad y subsistencia del sistema previsional, son insuficientes a los efectos de evitar la plena operatividad del precepto constitucional.

Es que la garantía constitucional plasmada en la regla contenida en el artículo 38, inciso c), sólo podría suspenderse en su vigencia en una situación extraordinaria de emergencia declarada según los mecanismos constitucionales.

X.- Establecida la cuestión jurídica resta analizar la cuestión fáctica o de prueba, es decir, si en el caso concreto del actor ha sido respetada la garantía constitucional contenida en el artículo 38 inc. c), tanto al momento de la determinación del haber inicial como en la movilidad posterior de su haber jubilatorio.

X.1.- Determinación del haber inicial:

En este punto, no existe dificultad para acreditar el agravio constitucional invocado. Un mero confronte entre lo percibido por el actor en actividad al momento del cese y la determinación del haber jubilatorio inicial, demuestra que se debe acoger la pretensión.

Del recibo de haberes y la determinación del haber realizada por el organismo demandado (expediente administrativo N° 2408-231.776/8 -fs. 102/103-), se advierte que, efectivamente, el haber inicial no ha alcanzado el piso del 80% garantizado constitucionalmente.



En efecto, conforme surge de las constancias de autos, el actor, al momento de jubilarse, prestaba servicios en CORMINE, en la categoría 2 INSTRUCTOR.

En el mes de Diciembre de 1999 percibió un haber en actividad de pesos un mil sesenta con 80/100 (\$1.060,80) (haber bruto sujeto a retención).

Luego, la Disposición N° 292/2000 del Director de Prestaciones de Jubilaciones y Pensiones del Instituto de Seguridad Social del Neuquén, aprueba los cálculos practicados por el Departamento de Beneficios Previsionales y el organismo demandado comienza a liquidar al Sr. Vespoli un haber jubilatorio de pesos quinientos setenta y nueve con 32/100 (\$579,32).

Conforme surge de fs. 103 del expte. administrativo N° 2408-231776/8, el Instituto de Seguridad Social determinó el haber previsional de conformidad al artículo 56 de la Ley 611. Siguiendo este precepto promedió los ingresos de los tres mejores años en actividad del actor (contabilizó los meses no trabajados con un haber de cero pesos) lo que arrojó un resultado de pesos setecientos cuarenta y dos con 42/100 (\$ 742,42). A esta suma le aplicó el coeficiente de ajuste -que para ese mes era de 0,9754-. Como resultado obtuvo un haber de jubilación de pesos quinientos setenta y nueve con 32/100 (\$579,32).

La comparación del último haber en actividad y el haber previsional arroja una diferencia en menos del 80%. En efecto, el haber se determinó en el 54,6%.

Por ello, **se concluye que al momento de la determinación del haber jubilatorio inicial del Sr. Véspoli, no se respetó el valladar constitucional del ochenta por ciento (80%).**

X.2.- Movilidad del haber jubilatorio: A continuación corresponde determinar si la proporcionalidad



establecida por la Carta Magna provincial se respetó en la movilidad del haber previsional.

La actora sostiene que no se ha respetado la proporcionalidad establecida por la Constitución Provincial, sin embargo en el alegato acepta *"de acuerdo a lo informado a fs. 60 y siguientes **que no es posible determinar hoy el sueldo de un capacitador o instructor de Cormine categoría 2** como lo era el Sr. Vespoli cuando estaba en actividad, de manera que la evolución de la movilidad no puede ser aplicada de modo directo ... la movilidad general del art. 60° que reflejan las resoluciones traídas al expediente de fs. 83 a 107 y las dos accesorias de fs. 124 y 126 deben sí ser aplicadas a nuestro mandante en su haber ..."*.

En consecuencia, ante la falta de prueba que conduzca a determinar el haber actual de un capacitador o instructor categoría 2 y/o su equivalente la parte actora deja de lado la pretensión de percibir el *"80% correspondiente a la categoría 2 del escalafón de Cormine S.A. en el que culminó su carrera administrativa"* y se aviene a la movilidad aplicada por el Instituto de Seguridad Social en el marco del artículo 60 de la Ley 611.

En efecto, se encuentra probado el menoscabo en la determinación del haber previsional inicial del Sr. Vespoli, respecto de la proporcionalidad establecida por la Constitución Provincial, situación que difiere -ante la falta de prueba- con relación a la movilidad de la remuneración de la categoría de revista con que accedió al beneficio previsional (Cfr. Criterio sentado en autos "De la Colina", Ac. 920/3).

Por ello, corresponde hacer lugar a la pretensión del actor de ordenar al organismo previsional a determinar el haber inicial respetando la pauta de proporcionalidad del 80% prevista en la Constitución Provincial y rechazar el reajuste solicitado respecto de la movilidad del haber jubilatorio,



atento no encontrarse probada la violación a la manda constitucional, corresponde -en este último punto- continuar aplicando lo prescripto en el artículo 60° de la Ley 611.

Las sumas resultantes se determinarán en la etapa de ejecución de sentencia y devengarán intereses desde que cada suma es debida.

XI.- A la luz de lo expuesto, debo propiciar entonces el acogimiento parcial de la demanda, ordenando al I.S.S.N. que proceda a la readecuación del haber jubilatorio inicial del accionante, conforme la pauta del 80% prevista en el artículo 38° inc. c) de la Constitución Provincial.

Finalmente no existiendo controversia en cuanto al plazo de prescripción (ambas partes consideran prescriptas las diferencias generadas con anterioridad al 28/04/2009), cabe redeterminar el haber inicial y desde allí la diferencia generada durante los períodos no prescriptos.

Asimismo, las costas, teniendo en cuenta la naturaleza de los derechos en pugna, estimo equitativo fijarlas en el orden causado (art. 68, segundo párrafo, del CPCyC de aplicación supletoria en la materia). **TAL MI VOTO.**

El señor **Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON** dijo: Adhiero en un todo a los fundamentos expuestos por el Dr. Oscar E. Massei en su voto. Por estas consideraciones, emito mi voto en igual sentido. **MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Fiscal General, por unanimidad, **SE RESUELVE:** 1°) Hacer lugar parcialmente a la demanda incoada por el Sr. NORMAN JORGE VÉSPOLI contra el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN y, en consecuencia, ordenar a este último determinar el haber inicial del actor de manera que represente el 80% de lo que percibía al momento del cese y condenar al ISSN al pago de las diferencias resultantes, durante el período no prescripto -a partir del 28/04/2009-, las que serán determinadas en la etapa de ejecución de



sentencia, con más los intereses -tasa activa-, teniendo en cuenta las pautas establecidas en los considerandos IX y X; **2º)** Imponer las costas por su orden (art. 68, segunda parte del CPCyC.); **3º)** Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello; **4º)** Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

Con lo que se dio por finalizado el acto que previa lectura y ratificación firman los Magistrados presentes por ante la Actuaría, que certifica.

DR. RICARDO TOMAS KOHON - DR. OSCAR E. MASSEI
DRA. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria