ACUERDO N° 106. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintiséis días del mes de junio de dos mil dieciocho, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales **Doctores OSCAR E. MASSEI** y **EVALDO DARIO MOYA,** y por existir disidencia con el **Doctor ALFREDO ELOSU LARUMBE,** con la intervención de la Secretaria titular de la Secretaría de Demandas Originarias, **Dra. Luisa Analía Bermúdez**, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"BUCAREY LEANDRO ARTURO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 4852/2014**, en trámite ante la mencionada Sala y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el **Doctor OSCAR E. MASSEI** dijo: **I.-** El accionante promueve acción procesal administrativa contra la Provincia del Neuquén, con el objeto que se declare la nulidad parcial del **Decreto N° 753/10** que en su artículo 3° otorgó, a partir del 1° de mayo de 2010, una asignación fija mensual no remunerativa y no bonificable de Pesos Trescientos ($300,00) a todos los agentes del Escalafón General, mensualizados y al personal contratado bajo regímenes de prácticas rentadas. Sostiene que el mentado Decreto se encuentra viciado gravemente conforme lo establecido en los arts. 66 inc. c) y 67 incs. a), b) y s) de la Ley N° 1284.

Pretende que se reconozca a tal asignación el carácter remunerativo y bonificable; que se lo considere integrado al salario básico y que se ordene la liquidación de las diferencias salariales, la integración de los respectivos aportes jubilatorios y asistenciales, todo por el periodo no prescripto, en forma retroactiva desde su vigencia, por la suma que surge del rubro liquidación y con la reserva efectuada.

Solicita, asimismo, se nulifique el Decreto Nº 1440/13 por medio del cual se rechazó el reclamo en sede administrativa.

Explica que, a la fecha, la percepción del adicional –al que califica de “no remunerativo y no bonificable”- se realiza de manera normal y habitual, aseverando que el Decreto N° 753/10 fijó un aumento encubierto de sueldo y precisando que el carácter remunerativo del mismo deviene de su naturaleza y no de la denominación que se le asigne.

Expresa que, al ser bonificable el suplemento, debe computarse para el cálculo del rubro zona y SAC y por su carácter remunerativo, realizarse los aportes previsionales y el resto de las asignaciones que se liquiden sobre el básico.

Refiere que el Decreto Nº 753/10 resulta violatorio del art. 38 inc. c) de la Constitución Provincial, dado que al liquidarse parte del salario de manera informal, sin realizar aportes previsionales, se violenta la proyección jubilatoria del trabajador ya que no podrá percibir el porcentaje garantizado por la Carta Magna.

Alega que la aplicación del Decreto puesto en crisis vulnera los arts. 14, 14 bis, 17, 28 y 31 de la Constitución Nacional; así como los arts. 17 y 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Convención Nº 95 de la OIT; art. 23 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 21 del Pacto de San José de Costa Rica.

Cuestiona, asimismo, el Decreto Nº 1440/13 por el cual se rechazó el planteo articulado en sede administrativa, objetando los argumentos expuestos por la Provincia de Neuquén en dicho acto, y aseverando que viola la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación e incluso de este Tribunal que ha resuelto a favor del carácter “retributivo y bonificable” de los conceptos salariales, máxime cuando éstos son habituales en el tiempo e independientemente de la calificación que le asigne quien lo otorga.

Plantea la inconstitucionalidad del decreto impugnado y formula planilla de liquidación.

Ofrece prueba, hace reserva del caso federal y solicita se haga lugar a la presente acción procesal con costas a la demandada.

II.- Declarada la admisión del proceso, la parte actora formaliza opción por el procedimiento ordinario, de conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la Ley 1305.

III.- Corrido el traslado de la demanda, se presenta la Provincia demandada y contesta.

Con dicho cometido, niega y rechaza todos y cada uno de los hechos esgrimidos, como la aplicación del derecho invocado.

Replica el contenido del acto administrativo por el que se rechazó el reclamo en sede administrativa, reparando en la claridad de los motivos del rechazo del reclamo, por lo que no advierte arbitrariedad ni ilegalidad, ni mucho menos inconstitucionalidad.

No obstante, analiza los argumentos brindados en ese Decreto y esgrime que, tal como surge de su texto, fueron los propios trabajadores del Estado Provincial, a través de sus representantes sindicales, quienes pactaron mediante Acta Acuerdo el otorgamiento de una asignación de carácter no remunerativo y no bonificable.

Señala que el referido adicional no fue establecido en forma unilateral, sino como producto de la aludida negociación colectiva, quedando allí claramente plasmada su naturaleza jurídica.

Alega que, por la misma razón, en el supuesto que se hiciera lugar a la acción, el incremento no podría ser otorgado en forma retroactiva; a todo evento, dicen, la conversión de la asignación a remunerativa solo podría tener

efectos hacia el futuro y no, como pide el accionante, desde el dictado del Decreto Nº 753/10.

Contesta el planteo de inconstitucionalidad, considerando que no se encuentran reunidos los extremos requeridos para ello, reparando en el carácter excepcional y de “última ratio” de la pretensión.

Pide que se rechace la acción intentada y, para el hipotético caso de acogerse la demanda, solicita que las costas sean impuestas en el orden causado. Ello, con fundamento en que el carácter del incremento nació de un acuerdo de voluntades con el gremio que nuclea a los trabajadores. Cita jurisprudencia del cuerpo en su apoyo.

IV.- Corrido el traslado previsto en el art. 50 de la Ley 1305, el accionante guarda silencio.

V.- Abierta la causa a prueba, la demandada se presenta y acompaña copia del Decreto N° 147/15, de fecha 04/02/2015. Dicen que, de tal modo, se da cumplimiento al carácter transitorio del incremento como no remunerativo de la suma establecida en el Anexo Único del Decreto 753/10, Acta Acuerdo de fecha 10/5/10, habiendo pasado a ser remunerativo a partir de tal acto.

Corrido el traslado, la actora contesta a fs. 81.

Dispuesta la clausura del periodo probatorio (fs. 112), se agrega el alegato de la parte actora (fs. 116/117).

VI.- El Sr. Fiscal General emitió el dictamen pertinente y propicia se haga lugar parcialmente a la demanda incoada.

VII.- Dictada la providencia de autos y luego de superarse distintas contingencias relacionadas con las presentaciones efectuadas por la demandada y la conformación de la Sala, se reanudó dicho llamado el que encontrándose a la fecha firme y consentido, coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VIII.- Preliminarmente, cabe señalar que la solución que en el caso propiciaré guarda total similitud con la resuelta en autos “Bustamante” (Acuerdo Nº 4/18), “Arruti” (Acuerdo Nº 62/18), “Flores Andrea” (Acuerdo Nº 87/18), “Arregui” (Acuerdo Nº 55/18), entre otros, por lo que idénticos fundamentos a los allí expuestos y que aquí habré de reproducir en mérito a la brevedad, han de conducir, en mi posición al progreso de la pretensión actoral.

En el caso, como advierte el Sr. Fiscal en su dictamen, no puede soslayarse que el Decreto N° 147/15 modifica circunstancias relevantes para el caso, razón por la cual corresponde aplicar la regla de que toda decisión judicial debe tomar en cuenta la situación existente al momento en que se dicta.

Así, cabe advertir que, conforme se estipuló en el mentado Decreto, a partir del 1/1/15 se fijó el valor de la “asignación de la categoría” y del Adicional “Escalafón General” (cfr. art. 2) y se determinó que el incremento allí dispuesto absorbería *“los montos de los adicionales establecidos en los Decretos …0753…”* (art. 3).

De modo que dicho acto da cuenta que la asignación aquí discutida se consideraba como no remunerativa no bonificable y que la absorción convenida sólo surtiría efectos hacia el futuro, no innovando retroactivamente su naturaleza respecto de los salarios devengados.

Por dicha razón, deberá resolverse respecto de la pretensión de pago de diferencias retroactivas desde el mes de mayo de 2010 hasta la fecha señalada (1/1/15).

IX.- Delimitada así la pretensión, el caso a resolver requiere establecer el alcance o naturaleza de la asignación fija mensual otorgada por el Poder Ejecutivo Provincial, mediante Decreto N° 753/10, el cual convalidara el Acta Acuerdo –que lo conforma como Anexo Único- suscripta con

los Secretarios Generales de las Asociaciones Gremiales de U.P.C.N. y A.T.E.

En efecto, en lo que aquí importa, a través de artículo 3° se resolvió otorgar, a partir del 01 de mayo de 2010, una asignación fija mensual no remunerativa y no bonificable de pesos trescientos ($300), a todos los agentes del Escalafón General, mensualizados y al personal contratado bajo Regímenes de Prácticas Rentadas.

Conforme se expresara más arriba, el actor entiende que la aludida asignación tiene carácter “remunerativo” y “bonificable” por lo que debe ser, según su criterio, incorporada al sueldo básico con la consiguiente proyección en el cálculo de los haberes y aportes previsionales.

La demandada, por su parte, esgrime como defensa que la naturaleza del adicional dispuesto como no remunerativo no bonificable fue producto de la negociación colectiva llevada adelante con los representantes sindicales que culminó con el Acuerdo que integra el Anexo Único del mentado Decreto, razón por la cual cabe atenerse a lo efectivamente pactado.

X.- Sentado ello, vale entrar a considerar la cuestión de fondo.

En punto a ello, la demandada se remite a los argumentos dados en el Decreto Nº 1440/13, que transcribe, coligiendo que: fueron los trabajadores del Estado Provincial, a través de sus representantes sindicales quienes pactaron mediante Acta Acuerdo, el otorgamiento de una asignación de carácter no remunerativa y no bonificable.

Es decir, que la asignación fue producto de la voluntad conjunta de las partes expresada en el marco de la negociación colectiva y no una decisión unilateral del Poder Administrador.

Por ello, según se desprende del Decreto señalado, los representantes no pueden válidamente pretender que se modifique el alcance y la naturaleza de la asignación

convenida sin incurrir en una conducta contradictoria; apunta así a la fuerza obligacional del Acta celebrada entra las partes; tanto que menciona que las mismas partes acordaron que, en un futuro, se podrían evaluar las reales posibilidades presupuestarias que permitan convertir la asignación en remunerativa.

En esa línea de razonamiento es que, posteriormente, la demandada trae el Decreto Nº 147/15, alegando que, de tal forma, se dio cumplimiento al carácter transitorio del incremento, habiendo pasado a ser remunerativo a partir de dicho acto.

XI.1.- Ahora bien, ante todo he de observar que ya he tenido oportunidad de expedirme en torno a la cuestión sobre la que gira esta causa, por lo que estimo pertinente realizar una descripción de los precedentes en los que he intervenido [y las citas allí mencionadas] para ir delineando la solución, la que, como adelanté, es favorable a la pretensión actoral.

En este orden, debo señalar que ya en el Acuerdo 965/03 en autos *"Alarcón María Rosa y otros c/ Municipalidad de Neuquén"* –y sus expedientes acumulados- he sostenido que: el meollo de la cuestión a dilucidar reside en analizar la "naturaleza jurídica" de los adicionales en tratamiento y determinar desde allí si revisten la característica de "remunerativo" o "no remunerativo".

En ese contexto, traje a colación los precedentes jurisprudenciales cuyas consideraciones compartía en punto a que: "….el carácter del suplemento mal llamado "no remunerativo" no deviene como consecuencia de la calificación unilateral que le atribuye al empleador –en este caso una autoridad nacional-, sino que nace de su propia naturaleza, que como se aprecia es simplemente un aumento de sueldo pretendidamente encubierto" (CSJN; Fallo 316:1563 Vol.-1993)";

"…La mención de -asignación no remunerativa- (Art. 1 del Decreto 2474/85) resulta poco afortunada, carente de contenido y un evidente contrasentido, en cuanto pretende negar la naturaleza del adicional que está creando, esto es, su carácter remunerativo..." (CSJN; Fallo 312:297 y sgtes.– 1989).

"Es regla general que toda prestación de carácter habitual y regular que perciba el empleado integra el concepto de sueldo... El adicional (que se lo abona como no remunerativo ni bonificable) en estudio es remunerativo porque es de carácter general... A lo que cabe agregar, que las restricciones presupuestarias esgrimidas por el Poder Ejecutivo y por la misma Corte Suprema y que la apelante invoca, si bien pueden alegarse como escollo para satisfacer la adecuación necesaria de los salarios, carecen de entidad para transformar en no remuneratorio el emolumento reconocido, pues la naturaleza jurídica del suplemento se determina objetivamente de acuerdo al modo implementado, la contraprestación que retribuye y la finalidad que persigue su concreción, y de ningún modo su naturaleza salarial puede depender de las circunstanciales necesidades presupuestarias de quienes administran la hacienda pública..." (cfr. Cámara Nacional Federal Contencioso Administrativo, Sala II, in re: -"MARTINEZ LOPEZ MARIA T. Y OTRO C/ MJ-ESTADO NACIONAL"; en revista-diario La Ley N° 199, del 16-10-2002, Pág. 9/10).

Y expresé, adhiriéndome a profusa doctrina sobre el tema, que las denominaciones "asignaciones no remunerativa" y "no bonificable" han resultado ser en el transcurso del tiempo, más precisamente en los último 25 años [era el año 2003 en ese momento], una consecuencia perniciosa de la mentada flexibilización laboral, tanto en el ámbito privado como público o estatal, tendientes a reducir el también mentado "costo laboral", y cuyo primer objetivo era y es eludir los aportes fiscales o previsionales que,

necesariamente debieran de tener en mérito a tratarse efectivamente de remuneraciones.

De modo que concluí: si la remuneración es contraprestación debida al trabajador, empleado o funcionario con la consecuencia efectiva del ingreso a su patrimonio, no serán remunerativas, a contrario sensu, las prestaciones que no reúnan uno o los tres elementos citados y no por lo que disponga una norma legal.

En ese orden de ideas, estimé que debía considerarse como “remunerativa” una asignación dada como “no remunerativa” y “no bonificable” si dicha suma constituía un real y efectivo incremento salarial producto de la contraprestación del empleado o funcionario, que ingresaba como ganancia a su patrimonio y de libre disponibilidad, y no se trata de un “salario indirecto”, “beneficio marginal” o “tickets canasta”, entre otras denominaciones e instrumentos que se han ido creando para reducir el costo laboral y eventualmente coadyuvaron a paliar la situación alimentaria del empleado, trabajador o funcionario y sus familias.

Y desde esa concepción asumí que no existían diferencias entre el salario o remuneración del trabajador público o privado, ya que ambos tienen idéntica naturaleza jurídica, más allá de si el sustento es un contrato de empleo público sometido a normas administrativas o contrato de trabajo regido por el Derecho Laboral.

En este punto, destaqué que en el término “remuneración” se incluye el salario y todo aquello que el empleador debe al trabajador, empleado o funcionario como consecuencia de la relación laboral o de empleo público. Se trata del conjunto de ventajas o beneficios que obtiene el empleado o funcionario que presta su trabajo en relación de dependencia a través de un contrato de empleo público con el Estado.

Bajo tales premisas se analizaron los actos por medio de los cuales se habían otorgado las sumas en discusión [en ese caso dictados por el Municipio de Neuquén] y se concluyó que: “se aprecia sin lugar a duda alguna, que el motivo que llevó a la creación de los adicionales consistió en reconocer la necesidad de recomponer los salarios de los trabajadores municipales, implicando por cierto un aumento de sueldo o si se quiere de las remuneraciones. A mayor abundamiento y siguiendo con el razonamiento que emerge de los indicados Decretos, he de resaltar que “esa recomposición salarial provisoria” se transformó luego en definitiva con la sanción de la Ordenanza N° 7700/96”.

“Que… más allá de las denominaciones, lo cierto es que su pago no reconoce otra causa que la retribución por tareas desempeñadas genéricamente por toda la planta del personal municipal, puesto que se dispuso que se efectivizaría de manera habitual y general con sus haberes mensuales. En virtud de lo descrito, no resulta razonable la exclusión de la masa salarial básica, que constituye la referencia obligada para el cálculo del valor de los suplementos, bonificaciones y adicionales causados, que componen la integralidad de los emolumentos de los empleados municipales. Y esto es así, además, en tanto no existen fundamentos ni ello se puede deducir de los decretos en cuestión, para ameritar que el suplemento o adicional creado sea un rubro autónomo distinto del sueldo, sin proyección sobre otros adicionales que se establecen en porcentaje sobre el haber mensual correspondiente a cada categoría de revista”.

Y en esa línea argumental señalé que el carácter de “no bonificable” asignado a las sumas aparece como la consecuencia de la calificación de “no remunerativo”; ergo, dije, cabe el mismo razonamiento y conclusión de lo que se venía exponiendo sobre los alcances de la denominación de “no remunerativo” y los efectos que esa asignación produce como

incremento real y efectivo del salario de la categoría de revista de cada trabajador o empleado municipal.

Destaqué asimismo que si bien, en principio, es verdad que para determinar el carácter de remunerativo o no de una asignación, no debía sustentarse el análisis en normas previsionales (con exclusividad), no era menos cierto que no podía excluirse en la interpretación de las normas jurídicas su finalidad, su razón de ser y la necesidad de confrontar cada precepto con el resto de las normas que integran el ordenamiento de manera que las mismas armonicen entre sí.

En ese plano, se trajo a colación las disposiciones de la Ordenanza que regula el funcionamiento del Instituto Previsional Municipal para hacer notar que, desde dicha óptica previsional (Ord. 8100, arts. 21 y 22) se corroboraba que “los adicionales en cuestión no se encuentran dentro de las excepciones a lo que deba considerarse remuneración,…. y al ser remunerativas deben ser efectuados los aportes previsionales. De tal modo que,”… la circunstancia que en los hechos no se hayan efectuado no quiere decir, …que no debieran hacerse”. Pues, de lo contrario la norma estaría condicionada a la voluntad de la empleadora, con el sólo hecho de no cumplir con las retenciones y efectuar las contribuciones patronales que se encuentran a su cargo.

Por todo ello, en esa saga de fallos en los que se debatió análoga cuestión, en lo principal, propuse que se declarara la nulidad parcial de los actos (en tanto atribuían el carácter de no remunerativo a los adicionales en cuestión).

XI.2.- Con posterioridad, ya integrada la Sala Procesal Administrativa con el Dr. Ricardo Tomás Kohon, adherí a la solución propuesta por mi Colega –dado que con su voto se abría el Acuerdo- agregando algunas consideraciones en idéntico sentido al arriba expuesto (cfr. Ac. 81/11 autos “Carrazza”, entre tantos otros); oportunidad en la que sumé,

como parte de los argumentos, los nuevos fallos dictados por el máximo Tribunal Nacional en el tema.

En especial el caso “Bilotte Eduardo c/ Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal Militar y Civil de las FFAA y de Seguridad”, de fecha 15 de noviembre de 2005 que, a su vez, es coincidente y desarrolla toda la doctrina de casos anteriores como “Pedro Torres” ub. en Fallos 321:619, y “Franco”, del 19 de Agosto de 1999, así como el Plenario “Márquez” de la Cámara Federal en lo Contencioso-Administrativo.

Señalé que, en la mencionada causa “Bilotte” la Corte descalificó determinados Decretos, en la inteligencia que: “Esas normas se relacionan todas entre sí, en cuanto crean “suplementos” que califican como no integrados al sueldo, y definen como no bonificables, no remunerativos, no computables para la jubilación, no integrando el haber, y le adjetivan una falsa excepcionalidad. Esta falsedad ideológica es el meollo del debate, pues chocan con leyes que dicen lo contrario. Se impugna pues, como mentiroso el “dibujo” conceptual creado por el legislador y por el poder reglamentario para disfrazar los hechos, dándole una apariencia distinta de lo que en realidad son” (conf. art. doctrina “Sobre los “adicionales no remunerativos” en la Jurisprudencia de la Corte Suprema” –nota al fallo “Bilotte”- por Roberto Antonio Punte, publicada en elDial.com – Biblioteca Jurídica Online).

Dije que era por demás de ilustrativo el caso “Franco c/ Estado Nacional” –sentencia del 19 de agosto de 1999 (F.226.XXXII)-, donde la CSJN ordenó que se conceptúen los adicionales “dentro de los haberes mensuales de actividad sobre la base de los cuales se determinan sus haberes de retiro” (considerando 1º); también, los autos “Susperreguy” (fallos 312:802), en que se consideró “de carácter general”, y de “naturaleza salarial” un suplemento de compensación “por

mayores exigencias del servicio". Y el caso "Benítez Cruz" (fallo del 28-03-06) mediante el cual se obligó a liquidar a los jueces retirados un reajuste dado a un grupo de demandantes, que el Poder Ejecutivo había denominado "indemnización" (Dto. 1770/91).

Por lo demás, retomé la línea argumental dada en el citado Acuerdo 892/03 "Acosta Miriam", en punto a que un aumento salarial como el analizado no puede tener otro carácter que de remuneratorio, bonificable y, por esencia, forma parte del sueldo y está sujeto a aportes jubilatorios y otras contribuciones.

XI.3.- Contemporáneamente a la secuencia de fallos en relación con el Municipio de Neuquén, este Tribunal resolvió similar cuestión contra la Municipalidad de Cutral Có (incorporación a la liquidación de haberes de las sumas no remunerativas y no bonificables creadas mediante Ordenanzas) –Acuerdo 94/11 autos "Lazcano" entre otros-.

En dicha oportunidad, también, más allá de coincidir en lo sustancial con la fundamentación y la decisión de la causa propuesta por mi colega de Sala, agregué algunas precisiones en consideración a los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que estimé de aplicación al caso porque de manera coherente y reiterada ha invalidado los denominados "adicionales no remunerativos". Y volví sobre los conceptos vertidos en la causa "Alocilla Luisa del Carmen y otros c/ Municipalidad de Neuquén s/ acción procesal administrativa" (Ac. Nº 1590/2009) y "Tapia Ricardo y otros c/ Municipalidad de Cutral Có s/ acción procesal administrativa" (Ac. N° 20/2010).

Así, luego de repasar las consideraciones efectuadas en mis anteriores votos –las que supra han sido expuestas-, se analizaron los textos de las Ordenanzas por medio de las cuales el Municipio había otorgado al personal municipal sumas fijas no remunerativas y no bonificables; se

remarcó el fundamento de tales incrementos ("Adherir a las pautas salariales establecidas por el gobierno provincial, tratando de mantener la escala"; "recomposición salarial a los agentes de la Administración Municipal") y se destacó que, con posterioridad, por medio de otra Ordenanza se incorporó al sueldo básico los adicionales que venía percibiendo el personal como sumas no remunerativas.

En ese cuadro se subrayó el fundamento dado por el Municipio: "La necesidad de incorporar a los sueldos básicos del Personal de la Administración Pública Municipal las sumas no remunerativas que perciben desde hace más de una década y que fueran parcialmente incorporadas en el año 1997, ya que con ello, no sólo se regulariza una situación que generaba inquietud tanto al Gobierno Municipal como a los empleados, sino que además, permitirá que éstos, -a través de los aportes que se realicen desde la sanción de la Ordenanza- tengan acceso a una remuneración más justa al momento de acceder a su jubilación. Que tras el conflicto que se suscitara con relación al tema, luego de consensuar las posibilidades del municipio y los requerimientos de los empleados que se plasma en la presente ordenanza".

Desde allí se apreció que, sin lugar a dudas, el motivo que llevó a la creación de los adicionales consistió en la necesidad de recomponer los salarios de los trabajadores municipales, implicando ello un aumento de sueldo; entonces, dije, más allá de las denominaciones, lo cierto es que su pago no reconoce otra causa que la retribución por tareas desempeñadas genéricamente por toda la planta del personal municipal, puesto que se dispuso que se efectivizaría de manera habitual y general con sus haberes mensuales.

Entonces, dicho aumento salarial, no podía tener otro carácter que el de remuneratorio, bonificable y por esencia formar parte del sueldo y estar sujeto a aportes jubilatorios y otras contribuciones.

Ello se reafirmaba si se ponderaba el reconocimiento efectuado por la Ordenanza que cerró la discusión a partir de su entrada en vigencia (aquella que finalmente incorporó las sumas en cuestión).

Para terminar, expresé: “como bien lo ha destacado doctrina nacional “A pesar de esta reiterada jurisprudencia de la Corte Nacional, el legislativo y el ejecutivo continúan con la práctica autodefraudatoria de simular que parte del sueldo no es sueldo. Y esto para “ahorrar” en sus propios aportes previsionales, incurriendo en claro desfinanciamiento del sistema previsional y en una marcada irrazonabilidad respecto de lo que exigen del resto de los empleadores del país. Y todo esto dando lugar a miles de innecesarios y evitables juicios”. “Al respecto cabe recordar el fallo de la Sala II de la Cámara de Seguridad Social del 16-12-99, en donde se expresa que **“**el fuero de la Seguridad Social se halla de hogaño al borde del colapso como consecuencia de una irrefrenable litigiosidad que reconoce su principal causa en el pertinaz incumplimiento por parte del Estado de sus propias leyes y de la doctrina del más Alto Tribunal de la Nación, que el órgano de aplicación soslaya permanentemente, obligando a los afectados a recurrir a la atestada justicia previsional de primera instancia…” (E.D. 19 -5- 2000). “En definitiva, si realmente se quiere aliviar el sistema judicial de una sobrecarga indebida, lo lógico es empezar por corregir las leyes que han demostrado ser inviables por inconstitucionalidad o irrazonabilidad, ya sea derogándolas, ya sea sustituyéndolas por otras acordes a la realidad”**.** (conf. art. doctrina “Sobre los “adicionales no remunerativos” en la Jurisprudencia de la Corte Suprema” –nota al fallo “Bilotte” por Roberto Antonio Punte, publicada en elDial.com– Biblioteca Jurídica Online).

XI.4.- En este examen vale recordar que cuando la CSJN, en el año 2009, resolvió la inconstitucionalidad del art. 103 bis inc. c) de la Ley de Contrato de Trabajo (Texto

Ley 24700) relativo a los vales alimentarios en cuanto se negaba a éstos naturaleza salarial, reiteró la doctrina de Fallos 303:1812 y sus citas, en cuanto a que: *"la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan, sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del nomen juris sería inconstitucional…"*. [Fallo del 1/9/09 en la causa "Pérez Aníbal Raúl c/ Disco S.A"].

Así fue que, en ese caso, ponderó que la disposición analizada no proporcionaba elemento alguno que, desde el ángulo conceptual, autorizara a diferenciarla de un "mero aumento de salarios…" (cons. 5°).

Incluso, sin dejar de considerar la finalidad que se desprendía de la norma involucrada (el mejoramiento de la calidad de vida del trabajador y su familia) expresó *"empero, tanto la voluntad del legislador o del empleador, cuanto la espontaneidad de éste, son inválidas, aun cuando se motiven en propósitos tan levantados como los antedichos, para modificar el título con el cual se corresponde una prestación a la luz constitucional…"* (cons.6°).

Posteriormente, el 19/5/10, en la causa "González Marín Nicolás c/ Polimat S.A y otro" –diferencias en las indemnizaciones por despido, vacaciones no gozadas y en el SAC- la CSJN traslada las consideraciones y conclusiones expuestas en el fallo arriba citado ("Pérez") para declarar la inconstitucionalidad de los Decretos 1273/02, 2641/02 y 905/03 en cuanto determinaban que determinados trabajadores debían percibir una "asignación mensual no remunerativa de carácter alimentario".

En ese contexto, señaló –en relación al Decreto 1273/02- que si éste partía de la comprobación de que se había deteriorado sensiblemente el poder adquisitivo de los salarios

perjudicando a los trabajadores y de la necesidad de recuperar el ingreso alimentario para tender a corregir el deterioro de las remuneraciones en general y los salarios de menor cuantía en especial, resultaba un contrasentido dar a la asignación naturaleza “no remunerativa de carácter alimentario” “sobre todo cuando… el carácter alimentario es naturalmente propio del salario, con arreglo a más que conocida doctrina de esta Corte” (Fallos 311:1003 y 308: 1336, entre otros).

Agregó “el salario… constituye, substancialmente, una prestación tendiente a proveer el sustento del trabajador y de su familia (Fallos 245:400). Los Decretos 2641/02 y 905/03 se basan en análogos motivos, acotando este último, sin rebozos, que tendía a continuar con la política de recomposición del poder adquisitivo de los salarios de los trabajadores que fue generada a partir del dictado del Decreto N° 1273/02” (cons. 4).

Y, más acá en el tiempo, el 4/6/2013, en la causa “Diaz Paulo Vicente c/ Cervecería Malteria Quilmes S.A.”, la CSJN –en lo que importa destacar- se expidió en punto al concepto “Anticipo Acta Acuerdo Nov. 2005” previsto en un convenio colectivo, entendiendo que asistía razón al recurrente al cuestionar los fundamentos por los cuales el aquo había aceptado la validez de su calificación como no remuneratorio, atribuyéndolo al libre ejercicio de la autonomía de la voluntad de los contratantes y sobre tal razonamiento, desestimó la pretensión de que sean incluidos en la base salarial.

Así, retomando las consideraciones de la causa “Pérez”, dijo que: *“el trabajador constituye un sujeto de preferente tutela constitucional, hallándose su salario protegido por un plexo normativo compuesto por disposiciones de la Ley Fundamental, así como de numerosos instrumentos de origen internacional, leyes de derecho interno y fallos de este Tribunal… Que, en tal sentido, hallándose ratificado por*

la República Argentina el Convenio N° 95 de la OIT, resulta claro que el concepto en cuestión reviste naturaleza salarial, a la luz de lo dispuesto en el art. 1° de dicho convenio, en cuanto establece que: "el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar" (cons. 9 y 10).

En definitiva, la CSJN declara la invalidez de la cláusula convencional mediante la cual se pactó el *"anticipo Acta Acuerdo Nov. 2005 en cuanto desconocen la naturaleza salarial de las prestaciones que establecen"*.

Es más, los Dres. Maqueda y Zaffaroni, en su voto, hicieron remisión a lo dicho en el fallo "Madorrán" agregando que: *"la Constitución Nacional es ley suprema, y todo acto que se le oponga resulta inválido cualquiera sea la fuente jurídica de la que provenga, lo cual incluye, por ende, la autonomía colectiva (Fallos 330:1989)"* (cons. 4).

XI.5.- Podría seguir ahondándose en mayores consideraciones al respecto, tales como las que han sido dadas por la CSJN en cada uno de los fallos citados, puesto que más allá de que dichos precedentes respondan a otros contextos normativos lo cierto es que el anclaje constitucional de los fundamentos que sostienen dichas decisiones (en cuanto ponen el acento en el principio protectorio y el plexo de derechos que de él se derivan, tanto como en declaraciones y tratados con jerarquía constitucional) conlleva a que sus conclusiones sean aplicables al examen aquí propuesto.

No obstante, de lo dicho hasta aquí ya es posible extraer –en lo que aquí importa- dos premisas esenciales: que *"la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida,*

fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan" (doctrina reiterada por la CSJN en la causa "Obra Social para la actividad docente c/ Chubut, Provincia del s/ ejecución fiscal", del 8/3/16); y que aún cuando determinada suma haya sido dada producto de la voluntad colectiva o por la vía convencional, ello no es óbice para declarar su invalidez en el caso que no se ajuste a los preceptos que rigen las instituciones del derecho del trabajo (Fallos 336:593).

XII.- Entonces, atendiendo a la defensa que ha sido ensayada por la demandada, la que se remite a los argumentos expuestos en el Decreto Nº 1440/13, es claro que las consideraciones hasta aquí efectuadas alcanzan para sellar su suerte adversa.

En otras palabras, el hecho de que la suma otorgada por el art. 3 del Decreto 753/10 haya respondido a un acuerdo de voluntades entre los representantes de los trabajadores y del Estado Provincial, no constituye fundamento válido para negar el carácter remunerativo con el que cabe conceptualizarla.

Basta confrontar lo dicho a lo largo de este voto con los fundamentos de los actos administrativos involucrados -el Decreto 753/10 y 147/15- para reconocer que la "asignación fija mensual" de $300 otorgada por el art. 3 -del Decreto 753- posee carácter remunerativa y, en mi posición, por esa misma razón, también bonificable.

En efecto, la finalidad que emerge del propio texto del Decreto 753/10 (*"a pesar de las dificultades de la Provincia, esta gestión ha puesto en práctica una política activa a efectos de mantener el nivel de los salarios de los agentes públicos, garantizando la atención a la comunidad y manteniendo la paz social"; que se hace necesario plasmar en la norma legal pertinente, el incremento salarial acordado")*

no deja margen para interpretar algo distinto que no se trate de un “aumento de sueldo”.

Y lo anterior se refuerza si se repara que el Decreto 147/15, del mismo modo, comienza expresando en sus considerandos que: *“la actual gestión de gobierno continúa implementando una política de mejoramiento salarial para los agentes de la Administración Pública”*; por lo que, en lo que aquí interesa, estableció a partir del 1 de enero de 2015 el “valor de la asignación de la categoría” y del “adicional escalafón general” de acuerdo a la tabla consignada como punto 1) del Anexo I y determinó –en su art. 3- que ese incremento para el Escalafón General absorbería los montos de los adicionales establecidos en el Decreto 0753/10 (entre otros).

En la tabla se establece la “categoría”, el “básico” y el “adicional escalafón general” del modo propuesto –es decir, absorbiendo la asignación objeto de autos-.

De modo que, retomando aquí las líneas argumentales que han fundado mi posición en los precedentes que fueron arriba citados: *“como surge de la realidad y del origen de los propios decretos, esta asignación “no remunerativa, no bonificable” constituye un real y efectivo incremento salarial producto de la contraprestación del empleado o funcionario… que ingresa como ganancia a su patrimonio y de libre disponibilidad…”*.

Luego, dado que su pago no reconoce otra causa que la retribución por tareas desempeñadas genéricamente por el personal que revista en el escalafón general -comprendido en el art. 3 del Decreto 753/10-, ya que se dispuso que se efectivizaría de manera habitual y general con sus haberes mensuales, *“no resulta razonable la exclusión de la masa salarial básica, que constituye la referencia obligada para el cálculo del valor de los suplementos, bonificaciones y adicionales causados, que componen la integralidad de los emolumentos de los empleados… Y esto es así, además, en tanto*

no existen fundamentos ni ello se puede deducir de la normativa en cuestión, para ameritar que el suplemento o adicional otorgado sea un rubro autónomo distinto del sueldo, sin proyección sobre otros adicionales que se establecen en porcentaje sobre el haber mensual correspondiente a cada categoría de revista….debo señalar que el carácter de "no bonificable asignado a las sumas… aparece como la consecuencia de la calificación de "no remunerativo" ergo cabe el mismo razonamiento y conclusión sobre los alcances de la denominación de "no remunerativo" y los efectos que esa asignación produce como incremento real y efectivo del salario de la categoría de revista de cada trabajador…" (Ac. 892/03).

En este plano, repárese que el artículo 13° del EPCAPP –estatuto que rige al personal de la administración pública provincial-, establece que: *"Los agentes de la Administración Pública de la Provincia tendrá derecho a la retribución de sus servicios con arreglo a las escalas que se establezcan en función de sus categorías de revista y de las modalidades de su prestación, la que estará integrada por el sueldo o jornal y las asignaciones complementarias".*

También que el art. 15 de la Ley 611 establece que: *"A los fines de los descuentos, aportes y beneficios se considerará remuneración el total de las cantidades que percibiera el empleado, en dinero o en especie, susceptible de apreciación pecuniaria, en retribución o compensación o con motivo de su actividad personal en concepto de sueldo, sueldo anual complementario, salario, honorarios y suplementos adicionales que revistan el carácter de habituales y regulares, viáticos y gastos de representación no sujetos a rendición de cuentas, y toda otra retribución, cualquiera fuera la denominación que se le asigne, percibida por servicios ordinarios o extraordinarios prestados en relación de dependencia….";* y el artículo 17, establece qué es lo que no se considera remuneración*: "las indemnizaciones derivadas*

de la extinción del contrato de trabajo, por vacaciones no gozadas y por incapacidad permanente provocada por accidente de trabajo o enfermedad profesional, ni las asignaciones pagadas en concepto de beca. Tampoco se considera remuneración las sumas que se abonen en concepto de gratificaciones vinculadas con el cese de la relación laboral, en el importe que exceda del promedio anual de las percibidas anteriormente en forma habitual y regular. Las sumas a que se refiere este artículo no están sujetas a aportes y contribuciones".

La lectura de dichos preceptos corrobora, así, la procedencia del reclamo del accionante, toda vez que la asignación en cuestión no se encuentra dentro de las excepciones a lo que debe considerarse remuneración; y, al ser remunerativas deben ser efectuados los aportes previsionales.

XIII.- Por todo ello, propicio al Acuerdo que se declare la nulidad parcial del Decreto 753/10, art. 3, en tanto atribuye el carácter de no remunerativo y no bonificable a la asignación fija mensual allí otorgada, por incurrir en el vicio grave legislado en el inc. b) del art. 67 de la Ley 1284 –y, consecuentemente, del Decreto 1440/13 que rechazó el reclamo administrativos y se condene a la demandada a abonar al actor las diferencias salariales existentes por no haberse incorporado al sueldo básico la asignación otorgada por el art. 3 del Decreto 753/10 en el período comprendido entre el mes de mayo de 2010 (fecha de entrada en vigencia de dicho acto) y el 1/1/2015, con más sus intereses a tasa activa del Banco Provincia del Neuquén desde que cada una debió ser abonada y hasta su efectivo pago. Sobre dichas sumas se practicarán las retenciones debidas en concepto de aportes y se abonarán las contribuciones correspondientes al ISSN.

XIV.- Con respecto a la imposición de costas, la parte demandada solicitó que se ponderara que la forma en la que se arribó al otorgamiento de la asignación aquí discutida –esto es por un acuerdo de voluntades con los representantes

de los trabajadores- justificaría que las costas sean impuestas en el orden causado; en ese contexto citó varios precedentes de este Cuerpo en su apoyo.

Corrido el traslado al actor, éste guardó silencio.

Ahora bien, llegados a este punto, estimo que si bien la circunstancia expuesta por la Provincia, la que coincide con la defensa esgrimida en la causa, fue desestimada como argumento de oposición en relación con la cuestión que debía ser decidida, no merece ser desatendida en relación con la condena en costas. Tanto así que, en base a esa misma circunstancia, el Sr. Fiscal General propuso una distinta solución al caso (acogimiento parcial de la demanda, sin reconocer diferencias a favor de los actores), patentizando la complejidad de las cuestiones involucradas y la existencia de criterios divergentes a partir de una situación que no había sido considerada en los anteriores precedentes de este Tribunal.

A lo anterior se suma que en esos precedentes anteriores –ninguno con la Provincia como demandada- las costas fueron impuestas en el orden causado, precisamente frente a las particularidades del caso sometido a decisión (cfr. Ac. 965/03; 81/11; entre tantos otros).

En mérito a ello, considero que debe adoptarse igual solución e imponerse las costas en el orden causado (art. 68 segunda parte del CPC y C). **ASI VOTO.**

El señor Vocal **Doctor EVALDO DARIO MOYA dijo: I.-** Tal como lo ha indicado el Sr. Vocal que me precede en el orden de votación, la cuestión –aún con sus matices- ha sido abordada a través de varios precedentes de este Cuerpo –si bien no contra quién ahora es demandado- y, coincido con el tratamiento que el Dr. Massei ha realizado en punto a reconocer que la suma aquí involucrada posee carácter “remunerativo”.

En efecto, en lo que respecta al carácter “remunerativo” de la suma, ya he tenido oportunidad de votar en la causa “Anabalon” [contra el Municipio de la Ciudad de Neuquén], Ac. 7/13, donde teniendo en cuenta que la cuestión debatida ya había sido fallada por el Tribunal –en distinta composición- entre otros, en el precedente “Alocilla” –Ac. 1590/09-, propicié igual solución. Para ello, la línea argumental seguida fue similar a la aquí brindada por el Dr. Massei. Igual temperamento adopté en oportunidad de adherir a su voto en el Ac. 14/13, autos “Barriga” [contra la Municipalidad de Cutral Co].

Por su parte, vale señalar, el análisis que ha llevado a reconocer el carácter remunerativo a sumas otorgadas por la Administración –también de un modo similar al que aquí se presenta- ha sido compartida en oportunidad de adherir al voto del Dr. Kohon en el Acuerdo 44/14 autos “Alvarez” [contra Municipalidad de Centenario] ya que, en líneas generales, ha existido coincidencia entre los vocales que han integrado la Sala Procesal Administrativa en punto a que cabe reconocerle carácter remunerativo a las sumas o asignaciones otorgadas cuando éstas han importado un incremento salarial, se han perfilado como una retribución habitual y permanente y no se han encontrado dentro de las excepciones a lo que debe considerarse como “remuneración” (art. 15 de la Ley 611) -vértice desde el cual sobre dichas sumas debían efectuarse aportes previsionales-.

En definitiva, sin necesidad de realizar mayores consideraciones a las ya realizadas en dichos precedentes y en el que abre el Acuerdo, comparto la conclusión extraída en punto al carácter “remunerativo” de la suma de $300 otorgada por el art. 3 del Decreto 753/10.

II.- Sin embargo, y tal como lo sostuve recientemente en el Acuerdo Nº 4/18 “Bustamante” entre otros ya citados por el colega que me precede en el voto, estimo

que la cuestión vinculada con lo “bonificable” o no de la asignación fija mensual otorgada por el Decreto 753/10 merece un mayor análisis teniendo en cuenta el concreto plexo normativo aquí involucrado –y es aquí donde disiento con la conclusión extraída en el voto que antecede-.

A todo evento, vale señalar que el argumento central contenido en la demanda se ha anclado principalmente en las razones por las cuales la suma debe ser considerada “remunerativa”; pero sin ocuparse de las razones por las cuales, a la par, debería ser considerada “bonificable” o “integrada al salario básico” (tal como se pide). Y la misma línea ha seguido la demandada en su responde.

No obstante, debe reconocerse, el tema no es sencillo y puede conducir a confusiones interpretativas, más cuando no se focaliza el análisis en el régimen salarial particular y, concretamente, en el modo en que tal régimen establece que serán calculados los adicionales que allí se consagren. Según esos puntos de análisis puede ocurrir que existe una diferente incidencia de aquello que se califique como bonificable, o que no exista tal incidencia cuando los adicionales hayan sido creados para ser calculados a partir de una base constituida solo por rubros remunerativos o liquidados sobre el sueldo básico o asignación de la categoría.

Como fuera explicado en el Acuerdo 111/11 entre tantos otros: “los términos “remunerativo”, “bonificable” y “básico” no son equivalentes. El primero califica a una suma como sujeta a aportes y contribuciones previsionales y asistenciales; el segundo expresa que debe ser tomada en cuenta para el cálculo de determinadas bonificaciones fijadas en porcentajes y el tercero compone la llamada “asignación de la categoría” y ello implica que se bonifique por todo concepto….las sumas instituidas como “no bonificables” están excluidas del cálculo de cualquiera de los adicionales y/o

suplementos, aun cuando esas asignaciones fueran a la vez remunerativas.

II.1.- Volviendo sobre el citado precedente "Alvarez" –Ac. 44/14- donde, como ya dije, adherí al voto del Dr. Kohon: allí se hace una aclaración frente a lo que se resolviera en autos "Bustos" Ac. 1617/09 en relación con los conceptos "bonificable" y "sueldo básico" en los siguientes términos:

Se dijo que aunque puede acontecer, no siempre, ni tampoco necesariamente, una suma remunerativa es equiparable o identificable con "bonificable" o con el "sueldo básico". Los términos "bonificable" y "sueldo básico" son conceptos que se deben definir en el contexto propio de cada régimen de remuneraciones en particular y que, a partir de allí, pueden o no hacer referencia a los mismos rubros componentes del haber.

En los referidos autos "Bustos" se citó a la CSJN, en cuanto expresó que *"…relativamente al carácter "bonificable", cabe destacar que no puede ser deducido del mero hecho de que el importe pertinente se hubiera otorgado a la generalidad del personal, sino que necesariamente debe surgir de una expresa manifestación legislativa o ser la resultante de la aplicación de normas o principios preeminentes, de los que se infiera una prohibición general a la concesión en el concepto "no bonificable". Es decir, el carácter "bonificable" no es susceptible de surgir, a diferencia del "remunerativo", de una simple constatación de hecho del tenor antes referido, correspondiendo indagar, en cambio, cuál es la voluntad del legislador sobre el punto"* (cfr. Fallos 326:928, "Lalia Oscar Alberto c/ Estado Nacional" sentencia del 20 de marzo del 2003, entre otros).

Por tanto, se sostuvo en "Alvarez" que las definiciones que de esos términos se hagan teniendo en vista una regulación salarial en particular, al analizar si un rubro

específico es bonificable o no, o integra el salario básico o no, no son extrapolables sin más a otro caso.

En este punto es atinado traer a colación, también, las consideraciones efectuadas en los autos “ALVAREZ OSCAR” Ac. 109/11 –y sus expedientes acumulados- en referencia a las remuneraciones de magistrados y funcionarios del Poder Judicial; consideraciones que fueron reiteradas en otros fallos análogos; v.gr. 110/11, 111/11, 124/11, 125/11, 69/12, 70/12, 71/12, 72/12 y 81/12 –entre otros-.

Allí después de analizarse a quien correspondía la competencia para fijar las remuneraciones del Poder Judicial y hacer un repaso del contexto normativo vinculado con el régimen salarial de observación, se interpretó el alcance de la asignación especial creada por Ac. 56/91 de la CSJN y sus modificatorias, expresándose que no debe perderse de vista que se la instituyó como “no remuneratoria ni bonificable”.

Y se dijo que el uso de esos dos términos distintos implica que no tienen ambos un mismo significado, entre otras razones, porque no puede entenderse que el autor de la norma haya querido ser tan redundante como para mencionar, uno a continuación de otro, dos adjetivos que signifiquen lo mismo. Evidentemente, no son sinónimos “remunerativo” y “bonificable”.

Se citó a la CSJN cuando indicó que: *el Tribunal ha distinguido ambas propiedades al señalar que una cosa es considerar que un adicional forma parte de la percepción normal, habitual y permanente, y que su contenido es de esencia retributiva, y otra muy distinta, que por tal circunstancia deba automáticamente ser tenido en cuenta para el cálculo de otras bonificaciones (confr. Fallos 321:663; 325:2171; 326:3683; y 328:4232 y 4246).*

II.2.- De modo que, en primer término, vale examinar el plexo normativo aquí involucrado.

Antes, vale recordar que en el ámbito provincial la competencia para determinar el régimen de remuneraciones del empleo público se encuentra atribuida al Poder Legislativo (cfr. artículo 189, inciso 15 de la Constitución Provincial); desde dicho vértice, debe advertirse que no se encuentra controvertido aquí el reconocimiento que, a través de la ley de presupuesto provincial, se otorgó al adicional sobre el que versa la presente causa (cfr. Decreto 753/10, artículos 5° y especialmente el 8°, mediante el cual se dio debida intervención a la Legislatura Provincial).

Ahora bien, como quedara dicho, la asignación fija de $300 fue otorgada a todos los agentes del Escalafón General, mensualizados y al personal contratado bajo Regímenes de Prácticas Rentadas, con lo cual el universo de destinatarios queda alcanzado por las disposiciones relativas al Escalafón General de la Administración Pública Provincial (cfr. Reglamento del Sistema de Prácticas Rentadas –Decreto 2401/09- art. 10 *"el importe que en concepto de beca se asigne a la práctica, será referenciado a una categoría del Escalafón General de la Administración Pública Provincial"*).

Vale señalar que en la demanda se afirma que de acuerdo a lo establecido en la Ley 2265, la suma dineraria otorgada integra el "haber básico" y por lo tanto debe computarse para el cálculo de los demás rubros que integran el sueldo.

Como fundamento de ello, y sin mayor análisis, trae a colación los arts. 1 inc. D-3 y 42 de la Ley de Remuneraciones.

Ahora bien, la Ley 2265 –de Remuneraciones- establece que las remuneraciones correspondientes a cada una de las categorías y cargos de los distintos escalafones del personal de planta permanente y temporaria, dependiente del Poder Ejecutivo Provincial, se regirán por las siguientes disposiciones: D.- RESTO DEL PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN

PUBLICA PROVINCIAL: D.1.- Fíjanse por Anexos I, II, III…las remuneraciones del resto del personal de la Administración Pública.

En lo que aquí importa, el Anexo III, es el que se refiere al Escalafón General.

Los Anexos I y II que se consigan en el pto. D-3 de la Ley, se refieren a “las autoridades políticas” –I- y “Funcionarios Políticos”, con lo cual no resultan aplicables al personal del “Escalafón General” aquí involucrado.

En el pto. D.2 se establece: Fíjase un suplemento adicional no remunerativo no bonificable, de acuerdo a lo consignado en Anexo III. Determínase, a partir del 1 del mes siguiente a la sanción de la presente Ley, que la aplicación de esta asignación tendrá el carácter de remunerativo no bonificable.

En el Anexo III, se consignan tres columnas; en la primera se detalla la CATEGORIA (FUA, FUB, FUC, FUD, y así sucesivamente, hasta llegar a las “menores” AYA y AYB); en la segunda, la ASIGNACIÓN DE LA CATEGORIA y en la tercera, el SUPLEMENTO ADICIONAL NO REMUNERATIVO NO BONIFICABLE (aquel que, como ya se dijo, se tornó luego remunerativo no bonificable).

Como puede observarse, la propia Ley de Remuneraciones creó un suplemento adicional remunerativo no bonificable para el personal del Escalafón General diferenciado de la “asignación de la categoría”.

II.3.- De cara a lo anterior, vale traer a colación que, en las referidas causas “Alvarez Oscar”, “Tribug”, “Malvido” –entre otras- referidas a las remuneraciones de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial, el Tribunal –en otra composición- sostuvo con cita de precedentes de la CSJN que:

“Cuando una asignación especial fue establecida como “no bonificable”, la intención del legislador fue

excluirla expresamente del cálculo de cualquiera de los suplementos y/o adicionales (en general, "bonificaciones"), aún cuando esa asignación fuera remunerativa (devengara aportes y contribuciones).

No empece a lo dicho, que el adicional o suplemento hubiera sido genéricamente establecido en un porcentual a calcular sobre todo rubro remunerativo o sobre el total de las remuneraciones sujetas a retenciones (o a aportes y contribuciones), porque la exclusión especial de la asignación "no bonificable" no cede frente a tales disposiciones genéricas.

Hecha la exposición del marco normativo y la distinción de los conceptos "remunerativo", "bonificable" y "básico" se presenta la necesidad de indagar cuál ha sido la voluntad del legislador con respecto a la asignación especial bajo análisis.

Pues bien, en el caso de la Acordada N° 56/91 y sus modificatorias, la clara denominación de "suplemento no remunerativo ni bonificable" no deja mucho margen para la interpretación. Para reafirmar que la intención fue otorgar un importe fijo determinado según el cargo, que no devengara otras erogaciones en concepto de bonificaciones o complementos salariales, basta atender a que en los considerandos de la norma se expusieron las restricciones presupuestarias que existían y que los fondos surgían de una partida limitada que el Poder Ejecutivo le remitió al Judicial con dicha asignación específica. El máximo Tribunal Nacional, al fundamentar la medida, dio cuenta de que la finalidad era "... poner fin a las reclamaciones planteadas en sede judicial por gran número de magistrados, que fueron declaradas procedentes por sentencias de todas las instancias, incluso por los Señores Conjueces de esta Corte Suprema intervinientes en esas causas".

La referencia es a las acciones que perseguían el ajuste por inflación de las remuneraciones, en salvaguarda de la garantía de intangibilidad (v.gr., in re "Bonorino Peró y otros", Fallos: 307:2174). Asimismo, se destacó la necesidad de extender al resto del personal la mejora concedida al denominado "anexo I" (magistrados y funcionarios) y, con tal cometido, se solicitó al Poder Ejecutivo que arbitrara los recursos necesarios. Entonces, más allá de la definitoria calificación de la asignación como no bonificable, también desde la perspectiva del análisis de la finalidad de su institución, surge que no se tuvo en vista que los aumentos llegaran a ser de mayor cuantía (al hacerlas bonificables), sino que si ingresaban más fondos destinados a engrosar la masa salarial, ellos serían destinados al resto del personal judicial no contemplado en esa ocasión.

En otro fallo, citado en el precedente anterior, se había puntualizado que: "... el Poder Ejecutivo Nacional, al decidir —en ejercicio de sus propias facultades— incrementar las remuneraciones, bien pudo hacerlo por vía de aumentar el valor de los índices de los cargos respectivos, o por vía de la creación de nuevos beneficios; rubros éstos respecto de los cuales estaba en su esfera de atribuciones disponer que se computaran a los efectos del cálculo de los otros adicionales, como que no se lo hiciera" (Fallos: 321:663). Y aclaró que: "... no empece a lo dicho el carácter remunerativo de los referidos adicionales o 'sumas fijas', toda vez que una cosa es considerar que ellos forman parte de la percepción normal, habitual y permanente, y que su contenido es (...) de esencia retributiva, y otra, muy distinta, que por tal circunstancia deban automáticamente ser tenidos en cuenta para el cálculo de otras bonificaciones" (Fallos: 321:663, el resaltado me pertenece). Esa doctrina fue reiterada en Fallos: 325:2171 y también en los siguientes precedentes de la CSJN con su actual integración en autos "Domínguez, Juan Bautista y otros" (D.

1014. XXXIX REX), de fecha 4/4/2006 y en autos "Acevedo, Máxima" (A. 536. XLII, RHE), resuelta el 1/4/2008.

En el caso analizado y del repaso normativo efectuado, surge que la voluntad del legislador ha sido claramente la de no acordarle tal carácter".

II.3.1.- Trasladando dichos postulados al presente puede repararse que: la asignación otorgada por el Decreto 753/10 –art. 3- se insertó en el contexto de un Acta Acuerdo entre representantes del Poder Ejecutivo Provincial y los Secretarios Generales de las Asociaciones Gremiales del UPCN y ATE, donde se acordó la suma de $300 fija, no bonificable y no remunerativa para el universo de personas allí contemplado. Que ello fue el resultado de la optimización y reacomodamiento de las correspondientes partidas presupuestarias; y se hacía referencia en ese plano a las dificultades financieras de la Provincia de cara a la necesidad de mantener el nivel de los salarios de los agentes públicos.

Luego, tal como surge del Acta Acuerdo, la mesa de negociación reanudaría sus actividades más adelante con "*el fin de evaluar las reales posibilidades presupuestarias que permitan convertir el incremento en "remunerativo".*

De modo que la posibilidad de darle carácter "bonificable" a dicha suma no estuvo –ni siquiera- originariamente proyectada.

Entonces, "d*esde la perspectiva del análisis de la finalidad de su institución, surge que no se tuvo en vista que los aumentos llegaran a ser de mayor cuantía (al hacerlas bonificables)…".*

II.4.- Repárese que el Decreto 147/15 estableció un nuevo valor de la "asignación de la categoría" (básico) y, también del "adicional escalafón general" -otorgado mediante el Decreto 1251/08- consignándose que dicho incremento absorbería el adicional del Decreto 753/10.

En ese plano, no puede perderse de vista que cuando dicho Decreto se refiere a otros sectores, por ejemplo al “convencionado”, consigna expresamente, además de la asignación de la categoría, a un adicional remunerativo “bonificable” (art. 7, pto. 2 del Anexo I), lo que permite advertir que cuando se quiso otorgar dicho carácter, así fue expresado.

En efecto el Decreto 147/15, estableció a partir del 1 de enero de 2015 el valor de la “asignación de la categoría” y el “adicional Escalafón General” creado por el art. 6° del Decreto 1251/08 para el personal que revista en el escalafón general, de acuerdo a la tabla consignada como punto 1 del Anexo I del Decreto.

En el Anexo I, Escalafón General, se detallan las tres columnas “CATEGORIA (FUA, FUB, FUC, FUD…); BASICO; y ADICIONAL ESC. GRAL.” –de un modo similar al ya mencionado Anexo III de la Ley 2265-.

El referido Decreto 1251/08, entre otras cosas, incrementó a partir del 1 de julio de 2008 los montos establecidos en los Anexos al art. 1 inc. D de la Ley 2265 en un 75% respecto de los vigentes al 30/6/08 y creó a partir del 1/7/08 el “adicional escalafón General” de carácter “remunerativo no bonificable” para todo el personal que revista en el escalafón general entre las categorías AUA a FUA, incluido el personal mensualizado y los practicantes rentados.

Luego, el art. 3 del Decreto 147/15 determinó que el incremento dispuesto en el art. 2 (valor de la asignación de la categoría y del adicional escalafón general –remunerativo no bonificable-) absorbería los montos de los adicionales establecidos, entre otros, en el Decreto 753/10.

Se dice “entre otros” porque también se alude, por ejemplo, en lo que respecta al Escalafón General, al Decreto 2041/10 (que incrementó las asignaciones de las categorías del

personal incluido en el art. 1 inc. D-1 de la Ley 2265 en un 8% y otorgó a partir del 1/9/10 un adicional “remunerativo no bonificable” de $360); al Decreto 470/12 (modifica la escala salarial del Escalafón General y crea un “adicional remunerativo no bonificable” a partir del 1/3/12); todos los cuales, luego, fueron absorbidos por el “Adicional Escalafón General”.

De modo que, más allá que originariamente no fue proyectado el otorgamiento de una suma con carácter bonificable, lo cierto es que el hecho que tanto la propia Ley de Remuneraciones como los Decretos señalados contemplen el “adicional escalafón general” (en el que fue absorbida la asignación dada por el Decreto 753/10), debe asumirse que el legislador ha creado un rubro autónomo diferenciado de la “asignación de la categoría” y, desde dicho vértice, no podría darse un distinto carácter a la asignación –incorporándola al “básico” o a la “asignación de la categoría” [según el régimen analizado] o tornándola “bonificable- puesto que ello implicaría desconocer la naturaleza con la que fue concedida la asignación y, en definitiva, modificar el régimen de remuneraciones.

II.5.- Desde otro lado, no se advierte que en el caso se encuentren comprometidas normas o principios preeminentes de los que se infiera una prohibición general a considerar la suma como “no bonificable”, desde que no se encuentra comprometido ningún beneficio inherente a la “justa remuneración” garantizada constitucional y legalmente (cfr. en este sentido, las consideraciones efectuadas en autos: “Álvarez Yofre”, “Sierra” y “Pairola”, en cuanto como *obiter dictum* se dejara establecido que no existe óbice constitucional para el otorgamiento de una suma que no sea bonificable; expresamente se sentenció que “al así proceder no conculca garantía constitucional alguna” (Acuerdos N° 575/99, 576/99 voto de la mayoría).

Dicho de otro modo, a la luz del concreto régimen normativo aplicable a este caso, no se advierte la presencia de aquellos supuestos (v.gr. intangilibilidad de las remuneraciones o igual remuneración por igual tarea) que permitirían aseverar que el suplemento necesariamente debió haber revestido el carácter de “bonificable”.

Por el contrario, en este caso, existió una expresa motivación (ya repasada y no ajena a la intelección de los representantes sindicales que intervinieron originariamente en el modo en que fue acordada) que fundó el otorgamiento de las asignación fija con carácter “no bonificable” [amén de no remunerativa, aspecto que ya fue aclarado].

II.6.- Siguiendo, entonces, el criterio expuesto en la causa “Alvarez”, “Malvido” –ya citadas- esa suma fija no remunerativa ni bonificable, en la cuantía y condiciones en que se otorgó “a pesar de las dificultades financieras de la Provincia”, alcanzaba para “mantener el nivel de los salarios de los agentes públicos” (cfr. considerandos del Decreto 753/10). Con lo cual, si al fallar en esta causa se reconocieran sumas mayores al actor [lo que acontecería de ser incorporadas al “básico” o a la “asignación de la categoría” o considerarlas “bonificables”], la diferencia se erigiría en un aumento incausado de sus haberes que no está en la jurisdicción de este Cuerpo conceder.

Se reitera, al no advertirse reparos constitucionales o razones preeminentes o superiores que determinen la necesaria atribución de “bonificable” a la suma acordada, la evaluación de oportunidad, mérito y conveniencia para acordar un aumento salarial –del modo dado-, no es una tarea que competa a este Tribunal en su función jurisdiccional (cfr. Ac. 111/11, entre tantos otros).

III.- En mérito a todo lo dicho, estimo que debe hacerse lugar parcialmente a la demanda y declarar la nulidad

parcial del Decreto 753/10 en cuanto asignó carácter “no remunerativo” a la suma fija de $300 otorgada por el art. 3, debiendo considerar que resulta “remunerativa”, ergo, sujeta a aportes y contribuciones al sistema previsional (art. 15 de la Ley 611) -art. 67 inc. b) de la Ley 1284-.

Por lo demás, cabe rechazar la pretensión de que dicha suma sea reconocida como “bonificable” “y se la considere integrada al salario básico”, y, desde dicho vértice, la pretendida liquidación de diferencias salariales por el período en que estuvo vigente el Decreto 753/10.

En cuanto a las costas, atento a la complejidad de análisis que ha impuesto la cuestión, los precedentes jurisprudenciales de este Tribunal que han sido citados y el modo en que se resuelve, entiendo que deben ser soportadas en el orden causado (artículo 68 segunda parte del CPCyC. **TAL MI VOTO**.

El **Doctor ALFREDO ELOSU LARUMBE** dijo: Llega la presente causa a mi estudio a fin de dirimir la cuestión en la que los Sres. Vocales integrantes de la Sala Procesal Administrativa no han acordado.

En efecto, si bien los votos coinciden en reconocer que la suma fija otorgada por el art. 3 del Decreto 753/10 –antes del dictado del Decreto 147/15- posee carácter “remunerativo”, lo cierto es que la disidencia radica en punto a considerarla también “bonificable” o “integrada al salario básico o asignación de la categoría”.

Así, a fin de dirimir el tópico, luego de analizar las posturas que, sobre el particular, emergen de ambos votos, estimo que la sostenida por el Dr. Moya es la que compatibiliza con el plexo normativo que resulta aplicable, pues comenzando por el anclaje en las disposiciones del EPCAPP y tamizada la cuestión por el régimen dado por la Ley de Remuneraciones 2265 –en su parte pertinente- no encuentro razones ni constitucionales ni legales que, necesariamente,

impongan dar a la asignación aquí involucrada un distinto carácter al dado al momento de su otorgamiento; más, cuando la propia Ley de Remuneraciones ha creado adicionales –para el personal del escalafón general- con carácter "no bonificables".

Sin ánimo de sobreabundar sobre los conceptos "remunerativo", "bonificables" o "sueldo básico", ya que ello ha sido suficientemente explicado a lo largo de los votos precedentes, no comparto la posición de que por el sólo hecho de que una suma sea "remunerativa" (es decir, sujeta a aportes y contribuciones al sistema previsional) deba ser considerada, al mismo tiempo y por esa sola circunstancia, bonificable o que indefectiblemente deba ser integrada a la "asignación de la categoría".

Es que, partiendo de coincidir que lo que no es negociable ni disponible para las partes es lo atinente a la calificación como no remunerativo de la suma (cuestión zanjada por la CSJN en Fallos 332:2043), en el caso y dado el contexto normativo en el que se inserta el adicional otorgado al escalafón general (plano en el que el legislador encargado de fijar las remuneraciones ha creado una asignación no bonificable excluida de la asignación de la categoría, y esa lógica se ha seguido al momento de absorber la suma aquí involucrada), no encuentro reparos constitucionales para que no se pueda acordar un tratamiento distinto en lo que hace al aspecto vinculado con lo "bonificable"; menos, que deba ser incorporada al sueldo básico o asignación de la categoría, tal como se pretende en la demanda.

Más allá, claro está, que en el caso ni siquiera fue así originariamente previsto [incluso por los representantes sindicales con los que se acordó el otorgamiento] puesto que, tal como quedara expuesto, solo se ponderó que la suma otorgada mutara a "remunerativa" –hecho que aconteció con el dictado del Decreto 147/15-, pero no que

fuera integrada al salario básico ni que se tomara para el cálculo de otros suplementos y/o adicionales. En otras palabras, que ese adicional aparejara un mayor aumento que el que se previó de acuerdo a las posibilidades financieras de la Provincia.

En definitiva, sin necesidad de agregar mayores consideraciones a las ya efectuadas por el Dr. Moya y, por compartir el análisis allí efectuado, adhiero a la solución propuesta por el Sr. Vocal que votó en segundo término. **ASI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, por mayoría, **SE RESUELVE: 1°)** Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. Leandro Arturo Bucarey contra la Provincia del Neuquén y, en consecuencia, declarar la nulidad parcial del Decreto 753/10, art. 3, en tanto atribuye el carácter de no remunerativo a la asignación fija mensual allí otorgada, por incurrir en el vicio grave legislado en el inc. b) del art. 67 de la Ley 1284; **2°)** Rechazar las restantes pretensiones de demanda; **3°)** Imponer las costas en el orden causado (art. 68 segunda parte del C.P.C. y C. y 78 de la Ley 1305). Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto se cuente con pautas para ello; **4°)** 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 Actuaria, que certifica.

Dr. ALFREDO ELOSU LARUMBE - Dr. OSCAR E. MASSEI - Dr. EVALDO DARIO MOYA
Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria