ACUERDO N° 119. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintiseis días de mes de septiembre del año dos mil dieciocho, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, integrada por los Señores Vocales **Doctores Oscar E. Massei** y **Evaldo Darío Moya**, con la intervención de la Señora Secretaria de Demandas Originarias **Dra. Luisa Analía Bermúdez**, en autos caratulados: **"CAMPOS MARÍA ESTER Y OTRO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"**, **Expte. N° OPANQ1 N° 6174/2015**, procedentes del Juzgado Procesal Administrativo N° 1 de la I Circunscripción Judicial de la provincia, con asiento de funciones en la ciudad de Neuquén, y conforme el orden de estudio y votación pertinente, el Señor Vocal **Dr. Evaldo Darío Moya** dijo: **I.-** Llegan las presentes actuaciones a esta Sala Procesal Administrativa, en virtud del recurso de apelación articulado por el organismo demandado –Instituto de Seguridad Social del Neuquén- en fecha 23-11-2017 (fs. 311/312 vta.), respecto a la sentencia definitiva de primera instancia dictada en fecha 14-11-2017 (fs. 301/306).

Mediante providencia de fecha 29-11-2017 (fs. 313) en la instancia de origen se admitió el recurso de apelación deducido.

En fecha 4-12-2017 la actora dio respuesta al traslado del recurso de apelación (fs. 315/319 vta.).

Mediante nota de elevación que luce a fs. 324, en fecha 14-12-2017 son recibidas las actuaciones en esta instancia.

II.- La sentencia definitiva de primera instancia hace lugar a la defensa de prescripción planteada por el organismo previsional demandado -Instituto de Seguridad Social de Neuquén- (aplica la solución legal establecida en el art. 92° de la Ley 611), con costas en el orden causado. Fundamenta lo decidido en la inexistencia de controversia. Asimismo,

indica que la actora formuló un allanamiento liso y llano a la defensa de la demandada.

En cuanto al fondo, resuelve hacer lugar a la demanda e impone las costas a cargo de la demandada.

Para así decidir, el magistrado de grado luego de valorar la prueba y determinar los hechos que se tienen por probados en el marco de los principios constitucionales en juego, ingresa al análisis de la cuestión estrictamente jurídica y concluye que la necesaria proporcionalidad constitucionalmente exigida entre el haber de actividad y el de pasividad, imponen que la movilidad deba tener en cuenta las sumas asignadas como “no remunerativas”.

Indica que de las constancias de la causa surge que las sumas “no remunerativas” asignadas al personal activo no beneficiaron a los actores en su carácter de pasivos, y que ello se debió a su denominación como “no remunerativas” (cita Disposición 2425/14, considerando quinto) “puesto que se trata de sumas no sujetas a aporte previsional”.

Por ello, afirma que no existe controversia fáctica, el disenso es jurídico y expresa que *“mientras los actores reclaman que se trasladen proporcionalmente a sus haberes sumas “no remunerativas” que en forma general y habitual recibieron los pasivos, la demandada dice que ello no corresponde porque dichas suman no generan aporte”*.

La sentencia apelada puso de manifiesto que: 1) existen constancias en la causa (recibos de haberes de los accionantes y planillas de simulación actualizadas) que revelan que durante muchos de los meses incluidos en la pretensión de reajuste, los haberes de los actores se ubicaron por debajo del 80% fijado por la Constitución, al considerar las sumas denominadas “no remunerativas”; 2) la pericial contable no ofreció ningún elemento de rigor para dilucidar la verdad objetiva de los hechos; 3) El perito en su informe no consideró los adicionales “no remunerativos”, lo que convierte

a dicha prueba en ineficaz e irrelevante, pues la cuestión jurídica a resolver escapa la ciencia contable.

Destaca que, si bien la prueba pericial contable hubiera tenido utilidad para calcular el quantum de las diferencias, ello será objeto de determinación en la etapa de ejecución de sentencia.

Bajo estos fundamentos, la sentencia de grado hizo lugar a la demanda, con costas a la demandada vencida.

III.- El organismo demandado (Instituto de Seguridad Social del Neuquén), mediante gestor procesal y con patrocinio letrado, interpuso y fundó recurso de apelación contra la sentencia de grado que resolvió hacer lugar a la defensa de prescripción planteada, impuso las costas en el orden causado, e hizo lugar a la pretensión de los actores –con costas a la demandada-.

Como supuestos agravios que sustentarían su recurso de apelación, la parte demandada funda dos agravios (véase punto III del recurso de apelación).

En el “1° Agravio”, respecto de la excepción de prescripción con costas en el orden causado, señala que la sentencia sigue la postura de la actora y aplica legislación nacional, lo que considera carece de congruencia ya que el código de rito provincial establece que la parte vencida debe pagar costas. Asimismo, agrega que hace lugar a la jurisprudencia nacional pero a lo largo del fallo se basa en la jurisprudencia provincial, debiendo haber impuesto las costas a la actora quien intentó tomar ventaja de una situación.

En cuanto al “2° Agravio” señala que el segundo punto del resolutorio aplica la legislación provincial. Asimismo, hace hincapié en la valoración de la prueba pericial y destaca los siguientes aspectos: a) La pericial contable no demuestra diferencia de haberes, b) la pericia confirma los argumentos del organismo demandado, los actores no demuestran

violación a sus derechos, sin embargo la sentencia condena a readecuar haberes imponiendo costas. Concluye, que la sentencia en base a una escasa prueba concede el beneficio de duda a los actores, quienes son premiados con un fallo a su favor.

El apelante solicita en definitiva que luego de admitirse el recurso de apelación, se resuelva la revocación del fallo de grado –con costas en caso de oposición-.

A fs. 322 el apelante ratifica la gestión procesal.

IV.- La parte actora dio respuesta oportuna al traslado del recurso de apelación propuesto por el Instituto de Seguridad Social del Neuquén (demandado). Solicita se confirme el fallo apelado, con costas al apelante.

Alude respecto a la supuesta “incongruencia” del pronunciamiento, que la calificación nada tiene que ver con los agravios concretos que se ponen de manifiesto. Sostiene que tal afirmación no tiene rigor jurídico como defecto procesal por lo que solicita su rechazo, indicando que dicha causal no se encuentra demostrada.

Luego, responde los dos agravios en particular:

Sobre la imposición de costas por la procedencia de la prescripción liberatoria –primer agravio-, realiza un análisis desde una “visión trialista del derecho”.

Destaca que desde el plano sociológico, el Instituto de Seguridad del Neuquén -en nombre de quien interpone la apelación-, no tiene interés jurídico, atento a que no debe cargar con las costas de la incidencia, no encontrándose afectado su patrimonio por aplicación del art. 2 de la Ley 1594.

Desde el punto de vista normológico resalta que la decisión del Juez ha sido correcta porque el allanamiento fue total e incondicionado, habilitándose la eximición del art. 70 del Código Procesal.

Agrega que la alzada aplica la eximición en casos de allanamiento a la prescripción liberatoria, por más que la Ley Provincial 912 no contiene en su texto la regla procesal del Código Federal (art. 76°).

Por último, señala que los argumentos de la recurrente dejan de lado la tercer dimensión del derecho, la dikelógica y resalta que la sentencia que eximió de devolver aquel dinero -como consecuencia de la defensa liberatoria- no borra la injusticia.

En cuanto al segundo agravio: sobre procedencia de la acción y prueba producida, indica que es el Juez quien responde a la pregunta que equivocadamente formuló la contraria al perito y ahora pretende que lo que dice el perito prevalezca sobre lo analizado y decidido por el Juez.

Insiste que los salarios activos no fueron considerados en su integridad y ello distorsionó la prueba.

Afirma que del comparativo entre ambas percepciones, surge que los haberes previsionales no alcanzan el 80% del haber que percibe el activo, por ello la apelación es un cuestionamiento vacío que invoca una pericia que fuera desechada por carecer de rigor, ser ineficaz e irrelevante.

Peticiona la actora que se rechace el recurso de apelación interpuesto por el organismo demandado.

V.- A fs. 326/329 el Señor Fiscal General propicia el rechazo de la apelación y la confirmación de la sentencia de primera instancia, en cuanto ha sido materia de agravio.

En relación al agravio relativo a la imposición de costas por su orden frente al acogimiento de la defensa de prescripción planteada por el Instituto demandado, no encuentra comprometido el interés general, conforme la Ley 2893.

En cuanto a la procedencia o fundabilidad del otro agravio planteado, advierte que el Juez de grado efectuó en la sentencia un adecuado análisis de las cuestiones sometidas a

su decisión. Afirma respecto a la prueba pericial, que ningún elemento de rigor aportó al sentenciante, para dilucidar la verdad objetiva de los hechos, considerándola además irrelevante para resolver la cuestión jurídica ventilada.

En definitiva el Señor Fiscal General no advierte elementos o requisitos que permitan tener por ciertos los agravios expresados.

VI.- Corresponde a este Cuerpo -como condición necesaria previa a ingresar a la consideración de los argumentos introducidos como hipotético agravio- la verificación ordenada de la eventual concurrencia de los recaudos y exigencias impuestas por las fuentes de regulación del recurso de apelación contra la sentencia definitiva de primera instancia.

a. Se impone dejar sentado que en cumplimiento del art. 7 Ley 2979, se ha dado cuenta oportuna de la recepción de las actuaciones, con debida notificación a las partes (art. 7 párrafo 1° Ley 2979).

b. No se han registrado recusaciones contra los miembros de la Sala Procesal Administrativa, ni se han puesto en evidencia circunstancias que pudieran justificar excusaciones (art. 7 párrafos 2° y 3° Ley 2979).

c. Las partes no han planteado medidas de prueba que puedan ser consideradas en esta instancia (cfr. arts 6 y 8 Ley 2979, y art. 260 incisos 2, 3, 4 y 5 CPCyC).

d. En los términos de los arts. 6 párrafo final Ley 2979 y 4 inciso “a” Ley 1305 –texto Ley 2979- esta Sala Contenciosa Administrativa resulta competente para entender en el presente recurso de apelación contra sentencia definitiva de primera instancia.

e. Realizada la verificación de la forma de concesión del recurso de apelación (cfr. art. 276 CPCyC), no se advierten defectos ni fundamentos para revisar lo decidido en la instancia de grado, en la oportunidad del art. 6 Ley 2979.

f. En lo relativo al contenido de la expresión de agravios presentada por el actor recurrente, se concluye que teniendo presente los parámetros mínimos exigidos por el art. 265 CPCyC en cuanto a contener una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas, y en el marco de alcance posible de la revisión abierta con la apelación concedida (cfr. art. 277 CPCyC que indica que esta instancia revisora no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a decisión del Juez de Primera Instancia), se concluye que la presentación de fs. 311/312 vta. supera la carga de fundamentación para ser admitida como expresión de agravios, y como tal será tratada y objeto de resolución.

Esto implica, en este estado, considerar cumplida la carga del art. 265 CPCyC, y abordar el análisis de los agravios traídos a resolución desde el prisma delimitado por el art. 277 CPCyC, en resguardo del deber de velar por la congruencia entre las pretensiones de las partes y la resolución jurisdiccional dictada en el grado, así como entre tal trámite procesal, la resolución dictada, su impugnación mediante recurso de apelación y el presente tratamiento y resolución en Alzada.

Cumplidos los recaudos exigibles para la intervención revisora que se solicita a este Cuerpo, y verificado que se han superado las exigencias y cargas, sin mengua a garantías procesales, corresponde ingresar a la consideración de los argumentos con los que el apelante insta la revisión del fallo de grado.

VII.- En el desarrollo del apartado “III” se anticipó el contenido de expresión de agravios del organismo demandado.

En tal dirección se señaló que como supuestos agravios, que sustentarían el recurso de apelación, ha invocado: **a)** aplicación de la legislación nacional y falta de congruencia, en cuanto a la imposición de costas en el orden

causado al resolver la excepción de prescripción y **b)** diferencias en la valoración de la prueba pericial.

VII.1.- En primer lugar, sobre el primer agravio (punto a), es decir, la imposición de costas por su orden al resolver la excepción de prescripción, vale señalar que el ISSN carece de legitimación para recurrir la imposición de costas en el orden causado, en tanto ello no le causa ningún agravio pues no se encuentra obligado al pago de los honorarios de sus letrados, en virtud de la especial vinculación que la une a sus representantes -art. 2 de la Ley 1594- (cfr. RI Nº 6739/2009, en autos: "DEVECO S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN Y OTRO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 1537/05, doctrina reiterada recientemente –ver R.I. N° 15/18 "Sanchez Diego"-).

Asimismo, cabe señalar que la imposición de costas cuestionada ha sido fundada en debida forma, sin que las razones traídas en el escrito bajo examen logren patentizar la afectación que se le imputa al punto I de la parte resolutiva del pronunciamiento, no advirtiéndose incongruencia en los fundamentos del resolutorio apelado. Por tal motivo, debe desestimarse el agravio.

VII.2.- El segundo agravio (punto b), en cuanto al cuestionamiento de la prueba pericial contable, tampoco habrá de prosperar.

En la sentencia, el Sr. Juez señala que la cuestión a resolver se circunscribe: a determinar si *"corresponde readecuar los haberes previsionales de los actores en función de las sumas "no remunerativas" asignadas al personal en actividad que no fueron trasladadas en el porcentaje constitucional a los haberes pasivos*".

Luego, analiza la prueba rendida en autos, realiza un análisis jurídico de la cuestión y posteriormente afirma que "De las constancias de la causa surge nítido que las sumas "no remunerativas" asignadas por los diversos Decretos

referenciados no beneficiaron a los actores en su carácter de pasivos y que ello se debió precisamente a su denominación como “no remunerativo” (cfr. Disp. 2425/14, considerando quinto)…”.

Concluye que, no existe controversia fáctica sino que el disenso es jurídico y resume las posturas de ambas partes al sostener: *“Mientras los actores reclaman que se trasladen proporcionalmente a sus haberes sumas “no remunerativas” … la demandada dice que ello no corresponde porque dichas sumas no generan aporte”*.

En efecto, a tenor del agravio expresado por el organismo previsional demandado, en cuanto a que los actores no han probado que existan diferencias de haberes en función de la pericial contable, vale señalar que dicha pericial no incluyó los rubros “no remunerativos”, por lo tanto se convierte en una prueba innecesaria a los efectos de conocer la verdad objetiva de los hechos. Como señala la sentencia, las constancias de la causa (recibos de haberes de los accionantes y planillas de simulación actualizadas) revelan que durante muchos meses incluidos en la pretensión de reajuste –al considerar las sumas denominadas “no remunerativas”- los haberes de los actores se ubican debajo del 80% fijado por la Constitución.

Así las cosas, tratándose de una cuestión de derecho, como bien lo señala el Sr. Juez, la definición de la causa escapa a la ciencia contable.

El ISSN ha sido condenado a incorporar las sumas “no remunerativas” en los haberes previsionales de los actores, con fundamentos dados desde el derecho, más allá de la pericial contable practicada en autos, utilizándose otras constancias obrantes en las presentes actuaciones, por lo que tampoco se advierte aquí incongruencia en el razonamiento que surge de la sentencia apelada.

VIII.- Por todo ello, corresponde el rechazo íntegro de la apelación, en cuanto ha sido materia de agravio y cuestionamiento, con la consecuente confirmación del fallo de grado, con costas al recurrente.

Los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, se regulan en el 30% de lo que se fije para los honorarios de primera instancia, a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.). **ASÍ VOTO**.

El Señor Vocal **Doctor OSCAR E. MASSEI** dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Moya, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. **MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, por unanimidad, **SE RESUELVE: 1°)** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el Instituto de Seguridad Social de Neuquén, con costas a su cargo. **2°)** En consecuencia, confirmar la sentencia de grado obrante a fs. 301/306, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento. **3°)** Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que se regule en primera instancia, a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.). **4°)** Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

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. OSCAR E. MASSEI - Dr. EVALDO DARIO MOYA
Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria