ACUERDO N° 96. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los treinta días del mes de noviembre del año dos mil quince se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, con la presencia de sus integrantes **Doctores RICARDO TOMAS KOHON** y **OSCAR E. MASSEI,** con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias **Dra. Luisa A. Bermúdez,** para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "**NAIFLEISCH MARÍA CLARA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"**, **Expte. 4765/14**, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el **Doctor RICARDO TOMAS KOHON** dijo: **I.-** A fs. 3/9 vta. se presenta la Sra. María Clara Naifleisch, por apoderado y con patrocinio letrado, e inicia demanda contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén.

Solicita se declare la nulidad de la Disposición del ISSN N° 2254/13.

Asimismo, pretende que se condene a la demandada a readecuar su haber previsional, tanto hacia el futuro como retroactivamente, desde que cada diferencia fue devengada y quedó impaga, más intereses y costas.

Relata que se trabajó para la Provincia de Chubut en la actividad privada antes de llegar a la Provincia de Neuquén.

Expone que en el año 1993 ingresó a la administración pública, donde se desempeñó durante trece años, de los cuales ocho años y medio fueron como Directora de Coordinación y Estadística de la Provincia, cargo en el que se jubiló a fines del año 2006.

Afirma que tanto al momento de la determinación del haber como al aplicarse la movilidad su retiro nunca alcanzó el 80% de lo que percibieron sus sucesores, ni de lo que ella cobraba en el cargo, al momento del cese.

Sostiene que la situación proviene del hecho de que durante su vida económica, principalmente al inicio de la misma, estuvo inscripta como trabajadora autónoma. Situación que interfiere sobre el haber de la función y categoría al cese y produce que el cálculo definitivo del haber previsional quede por debajo del 80% garantizado constitucionalmente.

Reitera que se debe considerar su desempeño activo como Directora de Coordinación Estadística de la Provincia de Neuquén (categoría FS 2), función que desempeñó durante ocho años y medio a favor de la administración pública hasta que cesó para acceder a la jubilación.

Expresa que el haber activo debe considerarse desde el momento de la determinación y tomando en cuenta toda variación, como todo adicional que de algún modo afecte la remuneración de la función de la actora durante el periodo comprendido, con independencia de su calificación de “remunerativo” o “no remunerativo”.

Plantea el caso federal y hace reserva de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, en su caso, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II.- A fs. 24/24 vta. se decreta la admisión de la acción por medio de la R.I. 198/14.

III.- A fs. 34/35 la parte actora opta por el proceso ordinario y ofrece prueba.

IV.- A fs. 37 toma intervención el Sr. Fiscal de Estado.

V.- A fs. 53/60 el ISSN contesta la demanda.

Reconoce el carácter de jubilada de la actora.

Luego, efectúa las negativas de rigor.

Sostiene que la Sra. Naifleisch goza de una jubilación ordinaria, a partir del 01/11/2006.

Afirma que para otorgar el beneficio se han considerado aportes a la caja provincial y aportes autónomos a la caja nacional.

Explica que la determinación del haber se realizó sumando el haber en relación de dependencia y el correspondiente a servicios autónomos de acuerdo con su régimen propio, ambos en proporción al tiempo computado para cada clase de servicios, con relación al tiempo mínimo requerido para obtener la jubilación ordinaria.

Señala que en agosto de 2008 se readecuó el haber en el marco de la Resolución N° 172/07 y en cuanto a la proporción de aportes en relación de dependencia consideró la categoría FS2 por 36 meses.

Aclara que en septiembre de 2011 incorporó el adicional dedicación especial de 2000 puntos de la Ley 2571 al cálculo del 80% móvil, adicional que actualmente es de 2816 puntos.

Resalta que según el cómputo de tiempo la actora acreditó sólo 13 años aproximadamente de servicios con aportes al ISSN.

Explica cómo determinó el haber jubilatorio, destaca la aplicación del art. 56° inc. 3° de la Ley 611 y de la Resolución N° 172/07. Afirma que cumplió con el art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial.

Por otro lado, fundamenta que no es viable dejar de computar los servicios autónomos para la determinación del haber, en virtud del Régimen de Reciprocidad jubilatorio instaurado por el Decreto N° 9316/46.

Asimismo resalta que no es facultad del interesado el hecho de hacer valer o no ante la Caja Otorgante los servicios que tuviera en otra Caja Participante.

Por último, ofrece prueba, hace reserva del caso federal y solicita el rechazo de la demanda, con costas.

VI.- A fs. 63/63 vta. se abrió la causa a prueba. A fs. 163 se clausuró dicho período.

VII.- A fs. 171/176 vta. se agregó el alegato de la parte actora y a fs. 177/179 el de la demandada.

VIII.- A fs. 181/185 dictaminó el Sr. Fiscal General quien propicia se haga lugar a la demanda.

IX.- A fs. 186 se dictó la providencia de autos para sentencia la que, encontrándose firme y consentida, coloca a los presentes en condiciones para el dictado del fallo definitivo.

X.- Ahora bien, la actora obtuvo el beneficio de jubilación ordinaria previsto en la Ley 611 (cfr. Disposición N° 1582/06 obrante a fs. 113 del Expte. 2369-031592/2), a partir del 01/11/2006.

Por lo tanto, las cuestiones que esta Sala debe abordar se proyectan sobre el sistema previsional neuquino y exigen compatibilizar el régimen legal establecido en la Ley 611, con las directivas constitucionales.

Y, por consiguiente, el análisis debe circunscribirse a dilucidar si en el caso concreto se ha respetado la garantía constitucional establecida en el art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial.

Sentado lo anterior y, tal como lo hiciera en numerosos antecedentes (“Fuentealba” –Ac. 40/10-, “Addy” –Ac.45/10-, “Balboa” –Ac. 15/11 y RI. 25/12- entre otros) me abocaré al análisis de las cuestiones involucradas, a saber: la debida proporcionalidad y movilidad del haber jubilatorio, la interpretación constitucional del sistema previsional provincial y la aplicación del art. 60° de la Ley 611.

XI.- En primer lugar, corresponde señalar que las cuestiones bajo análisis, han sido abordadas en varios de sus aspectos, por una nutrida jurisprudencia de este Tribunal.

Para abordar las garantías de proporcionalidad y movilidad jubilatoria podemos remontar su estudio al caso “Messineo”.

Y desde allí concluir que, a partir del Acuerdo dictado in re “Messineo” (Ac. 613/99), en lo principal, el argumento decisivo es de carácter constitucional. Deriva del

principio de la necesaria, razonable y equitativa proporcionalidad que ha de haber entre el monto del beneficio previsional que percibe el agente pasivo y el que corresponde a la asignación del cargo de que era titular, al extinguirse o cesar la relación de empleo público.

En este sentido, conforme se señalara en innumerables pronunciamientos, cuya línea argumental he de seguir en el presente, el sistema previsional neuquino, al igual que el nacional, se apoya en la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad, atendiendo a la naturaleza sustitutiva que debe reconocérsele a la prestación (cfr. entre tantos otros, Ac. 931/04).

A ello se agrega que el beneficio previsional habrá alcanzado el conveniente nivel, cuando el jubilado conserva una situación patrimonial equilibrada a la que hubiera correspondido de haber seguido en actividad (Cfr. CSJN “Sánchez, María del Carmen c/ Adm. Nac. de la Seguridad Social”. LL.mayo/2005).

Y es lógico que ello sea así, habida cuenta que la jubilación constituye una consecuencia de la remuneración que se percibía como contraprestación a la actividad laboral, una vez cesada la misma, y como débito de la comunidad por dicho servicio. Así, cuando se otorga un beneficio, su monto originario responde al propósito de asegurar un ingreso vitalicio que deriva del status del beneficiario, siendo ese ingreso, una proyección que sustituye a la remuneración que el agente percibía cuando estaba en actividad; debe por tanto, el monto originario guardar una cierta proporción con esa remuneración.

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 puede aumentar con respecto a la antigua remuneración.

Se advierte entonces que, si bien estos dos momentos se presentan como mecanismos independientes (uno sirve para determinar el haber inicial, el otro -fijado en base al nivel de las remuneraciones- para adecuar el haber inicial en lo sucesivo), comparten sin embargo en la práctica, un mismo objetivo axiológico, que no es otro que servir de base para un sistema previsional respetuoso de los principios de proporcionalidad y/o movilidad jubilatoria y/o pensionaria.

Por último, lo expresado es compartido por la generalidad de la doctrina y se refleja en los precedentes emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

XII.- En segundo término habré de referirme a la interpretación constitucional, la cual parte de la premisa del carácter supremo de los textos constitucionales y, desde allí, de la necesaria adecuación de las leyes a sus previsiones.

En este punto se observa que, a diferencia de lo estatuido por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional (en el cual no se ha establecido una pauta específica de proporcionalidad y está sujeta a la prudencia del legislador establecer las condiciones en que dicha garantía se hará efectiva), en el ámbito local, está cuantificada por el art. 38 inc. c), siendo un imperativo constitucional, que la Provincia mediante la sanción de leyes especiales asignará a todo trabajador en forma permanente y definitiva...“ inc. c) jubilaciones y pensiones móviles que no serán menores del 80% de lo que perciba el trabajador en actividad”.

Ahora bien, el mandato constitucional es supremo, no podría nunca el órgano legislativo apartarse de él, desde lo cual, si la aplicación del mecanismo previsto en el artículo 60 de la Ley 611, provocara una lesión constitucional, tal solución no podría ser amparada jurisdiccionalmente.

La particularidad del tratamiento constitucional es decisivo y, por ende, tal como se indicara en el voto minoritario del precedente “Novelli” (que luego daría pie a todo el desarrollo argumental de la posición finalmente adoptada por este Tribunal), “…La directiva constitucional no puede ser desconocida en su letra y contenido… Lo contrario importaría alterar el contenido de la manda constitucional con excepciones reglamentarias, cuando ello se encuentra expresamente vedado por el artículo 101 inc. 1) de la Constitución Provincial… la doctrina de la Corte Nacional que se cita como fundamento de la decisión precedente, y en pos de una justificación constitucional de la movilidad establecida en la ley jubilatoria provincial no puede en modo alguno considerarse aplicable al caso… Las situaciones a evaluar no son idénticas porque los ordenamientos constitucionales tampoco lo son…” (Ac. 378/96).

En definitiva, el precepto es claro y fija un piso insoslayable para el legislador, en tanto determina la proporción infranqueable del 80% con relación al sueldo que percibe el trabajador al momento de cesar su actividad para acogerse al beneficio jubilatorio, proporción que en orden a la movilidad que el mismo precepto establece, debe mantenerse a lo largo de su vida en pasividad, constituyendo una precisa instrucción al legislador, de instrumentar un sistema normativo acorde a dichas directivas.

A la luz de las consideraciones expuestas, surge con claridad, que la manda prevista en el artículo 38 inc. c) de la Constitución Provincial es netamente operativa, debiendo la legislación y las reglamentaciones dictadas en su consecuencia, reflejar y garantizar la proporcionalidad que tal manda constitucional terminantemente garantiza. Proporcionalidad que deberá estar presente en los dos momentos a que aludiera precedentemente: determinación inicial y movilidad posterior.

XIV.- Sentado lo anterior, se deduce que si por aplicación de los mecanismos establecidos en los artículos 56 y 60 de la ley 611, resultara un haber de pasividad ordinario inferior al 80% de lo que habría percibido el trabajador de continuar en actividad, la solución debería ser descalificada jurisdiccionalmente y ordenarse el pago de la diferencia necesaria para hacer efectivo el piso de protección constitucional.

En las presentes actuaciones la actora insiste que no se garantizó –para la determinación del haber inicial ni posterior movilidad- la proporción del 80% establecida en la Constitución Provincial.

Sin embargo, el organismo previsional al contestar la demanda (véase fs. 57 e informe de fs. 123 del Expte. Administrativo N° 2369-031592/2) ratifica la aplicación del art. 56 inc. 3° de la Ley 611 y afirma *"que actualmente el haber … está compuesto por un porcentaje … en relación de dependencia y un porcentaje como autónomo"*. Asimismo sostiene que el haber de la actora fue adecuado al 80% móvil en el marco de la Resolución N° 172/07, en agosto de 2008 y en cuanto a la proporción en relación de dependencia consideró la categoría FS 2 por 36 meses. Finalmente indica que en septiembre de 2011 se procedió a incorporar el adicional de dedicación especial de 2000 puntos de la Ley 2571 al cálculo del 80% móvil, siendo dicho adicional de 2816 puntos.

Por otro lado, conforme lo ha señalado este Cuerpo en reiteradas oportunidades, el porcentaje garantizado por la Constitución (80%) lo es con relación a los que hubieren percibido los actores de continuar en actividad (cfr. la doctrina del Acuerdo 920/03, en autos "De la Colina". En dicho caso, se sentó que la debida proporcionalidad debía establecerse en referencia al haber correspondiente al último cargo desempeñado en actividad).

En el caso particular de la actora, al momento del cese cumplía la función de “Directora de Coordinación Estadística” categoría FS 2 (cfr. informe de fs. 107) categoría que corresponde aplicar a los efectos de la determinación y posterior movilidad del haber jubilatorio.

Sentado ello, se analizará si dicha proporcionalidad se ha respetado. A dichos efectos se tendrá en consideración el último cargo desempeñado (categoría FS 2), debiendo incluirse todos los rubros percibidos por el personal en actividad, con carácter de habituales y regulares, más allá de su denominación (cfr. desarrollo efectuado en “Addy” Ac. N° 45/2010, “Aquín” Ac. 106/10, entre otros, a cuyos fundamentos me remito).

XIV.- Ahora bien, la cuestión encierra en este punto un tema probatorio, siendo determinantes las planillas de simulación de sueldo –categoría FS2 suscripta por la Directora de Sueldos del Ministerio de Economía y Obras Públicas (a fs. 145/146) y los recibos de haberes jubilatorios que demuestran lo efectivamente percibido por la actora (ver fs. 108/132).

Al confrontar los montos que surgen de las liquidaciones de haberes (fs. 145/146) y los recibos de haberes acompañadas por el I.S.S.N (fs. 108/132), se observa que en la mayoría de los períodos los haberes abonados a la actora no han alcanzado el piso del 80% garantizado constitucionalmente –respecto al cargo que ostentaba al momento del cese-.

De modo que la adecuación de haberes que dice haber realizado el Instituto de Seguridad Social de Neuquén en el marco de la Resolución N° 172/07, no ha sido suficiente conforme la prueba recabada en autos, la que se extiende desde el mes de abril de 2011.

Consecuentemente, se encuentra probado –a partir de abril de 2011- el menoscabo en los haberes jubilatorios de la

actora, respecto de la proporcionalidad establecida por la Constitución Provincial, con relación a 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, deberán abonarse a la actora las diferencias correspondientes en los meses que no se respetó el 80% -respecto del último cargo,“Directora de Coordinación Estadística” categoría FS 2-.

XV.- En mérito a las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo hacer lugar a la demanda, con el alcance establecido en los considerandos anteriores, con costas a la demandada vencida (art. 68 del C.P.C. y C. y 78 Ley 1305). **TAL MI VOTO.**

El señor Vocal **Doctor OSCAR E. MASSEI**, dijo: Como se indica en el voto que abre el Acuerdo y ha señalado este Tribunal en reiteradas oportunidades, el argumento constitucional se presenta decisivo y, en orden a las particularidades que diferencian el esquema local del nacional, la demanda debe prosperar. Es que, cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la Constitución, de modo tal que llega a ponerse en colisión con enunciados de jerarquía constitucional, puede el juzgador apartarse de tal precepto y omitir su aplicación a efectos de asegurar la primacía de la Ley Fundamental (cfr. Fallos 292:383, entre otros).

Desde ello y, en orden a las particularidades que diferencian al esquema local del nacional, al establecer el artículo 38 inc. c) de la Constitución Provincial una cuantificación en la formulación de la proporcionalidad, fijándola en el 80% de lo que percibiría la actora jubilada de continuar en actividad, la pretensión es procedente.

Con estas consideraciones, adhiero a la solución propuesta por el Sr. Vocal que abre el Acuerdo. **MI VOTO**.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Señor Fiscal General, por unanimidad, **SE RESUELVE: 1º)** Hacer lugar a la demanda incoada por la Señora MARÍA CLARA NAIFLEISCH, contra el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN y, en consecuencia, ordenar a este último el reajuste de los haberes -a partir del mes de abril de 2011- de manera que represente el 80% de lo que percibió el activo en cada período; **2°)** Condenar al ISSN al pago de las diferencias resultantes, las que serán determinadas en la etapa de ejecución de sentencia, con más los intereses que se calcularán, desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago, a la tasa activa; **3°)** Imponer las costas a cargo de la demandada (art. 68 del CPCy C); **4°)** Diferir la regulación de honorarios para cuando se cuente con pautas a tal efecto; **5°)** 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. RICARDO TOMAS KOHON - DR. OSCAR E. MASSEI
DRA. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria