ACUERDO N° 19. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los diez días del mes de abril del año dos mil diecinueve, 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**, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, **Doctora Luisa Analía Bermúdez**, en los autos caratulados: "**ALVAREZ CARMEN ELISA Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA**", **Expte. OPANQ1 6015/2014**, venidos en apelación y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el señor Vocal **Doctor EVALDO DARIO MOYA dijo: I.-** Llegan las presentes actuaciones a esta Sala Procesal Administrativa, en virtud del recurso de apelación articulado por la parte actora (fs. 589/595), respecto a la sentencia definitiva (fs. 574/584).

A fs. 597 se admitió el recurso de apelación deducido y a fs. 599/602 la demandada contestó al traslado efectuado.

Luego, mediante nota de elevación de fs. 605, las actuaciones fueron remitidas a esta instancia.

II.- La sentencia definitiva de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda de reajuste de haberes interpuesta y ordenó al ISSN liquidar y pagar a los actores las diferencias proporcionales –hacia el futuro y las retroactivas no prescriptas- correspondientes a los rubros "compensación por refrigerio" y "plus vacacional" e impuso las costas en el orden causado.

Para así decidir, el Juez de grado entendió que para la adecuación de los haberes no debería utilizarse la categoría ostentada por cada actor al momento del cese (salvo que coincidiera con la detentada en los últimos 3 años), porque implicaría modificar la determinación inicial efectuada

por el ISSN de conformidad a lo previsto por el art. 56 de la Ley 611.

Asimismo, rechazó las modificaciones pretendidas respecto a la forma de calcular los suplementos fondo eléctrico, guardias pasivas y horas extras por entender que corresponde mantener el criterio utilizado por el ISSN.

Indicó que la cuestión central a decidir se circunscribe a determinar si la base considerada para la determinación del haber jubilatorio respetó el mínimo establecido del 80% o 60% -según sean jubilados o pensionados-, conforme lo establecido en el art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial.

En los considerandos, se ocupa de la "determinación del haber. Categoría de referencia".

En ese contexto, después de transcribir el art. 38 inc. c) de la Constitución Provincial y el criterio de este Tribunal sobre el modo en que opera el dispositivo (80% en relación al sueldo que percibe el trabajador al momento de cesar su actividad, con cita del Ac. 613/99 "Messineo"), expresa que su interpretación es distinta a la sostenida por este Cuerpo.

Sostiene que si bien el texto constitucional provincial garantiza el 80% "de lo que perciba el trabajador en actividad", ello –a su juicio- no necesariamente significa "el 80% de lo que percibe el trabajador al momento del retiro".

Expone los argumentos en que apoya su interpretación: la literalidad de la norma no refiere a la última remuneración, sino a lo que el trabajador percibe en actividad; dicha manda –por el lugar en que se inserta en la Constitución- es un mandato dirigido al Legislador, y de tal modo se ha dejado librado a su prudente criterio la forma de establecer el haber inicial sin vulnerar el 80% de lo que el trabajador percibe en actividad; es éste quien distribuye los

recursos del Estado a través del presupuesto y, por tanto, es de entender que el constituyente le ha otorgado un margen de criterio para que razonablemente determine qué debe entenderse por lo que el trabajador "percibe en actividad"; la lógica del sistema impone, al menos en abstracto, una interpretación flexible.

En relación con lo anterior, expresa que el régimen de jubilaciones y pensiones estatuido en la Ley 611 es contributivo y de reparto, donde debe existir una necesaria ecuación entre ingresos y egresos financieros. Luego, bajo esa lógica, dice, no parecería justo ni equitativo que quien en sus últimos cinco años de servicios aportó sobre un determinado salario –correspondiente a una hipotética categoría- se jubile con un haber mayor al percibido en actividad, pues así percibiría por lo que no aportó.

Continúa diciendo que, bajo esa hipótesis, y en virtud de la interpretación hasta ahora sostenida por el Tribunal, se podrían eventualmente vulnerar los derechos de los legitimados pasivos indirectos, esto es, de todos quienes aportan.

Trae a colación a la CSJN en cuanto ha sostenido que permitir que el trabajador que cotizó sólo por una parte de su salario de actividad obtenga una prestación que incluya las sumas por las que no contribuyó al sistema, constituiría un verdadero subsidio contrario a la protección del esfuerzo contributivo realizado por el conjunto de los afiliados.

Expresa que, en tanto no surge de los términos literales del precepto constitucional y tampoco deriva del contexto y del sistema de la Ley 611 que el 80% deba necesariamente y en todos los casos, calcularse sobre el haber percibido "al momento" del cese, esa interpretación podría oponerse a la lógica del sistema de reparto y a los principios de compromiso intergeneracional solidario y necesaria ecuación entre ingresos y egresos financieros.

Agrega que si se interpretara que la única forma de respetar el mandato del art. 38 inc. c) es tomando como haber inicial el 80% del salario correspondiente a la última categoría, sería necesario declarar la inconstitucionalidad del régimen de cálculo fijado en el art. 56 de la Ley 611. En ese orden, en tanto la declaración de inconstitucionalidad es la última ratio del ordenamiento jurídico a la que sólo cabe recurrir cuando una estricta necesidad lo imponga y no exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, considera que, en abstracto, el sistema diseñado por el legislador para la determinación del haber inicial no es inconstitucional, sino que lo será en la medida que la aplicación de ese mecanismo arroje un resultado irrazonable o groseramente desproporcionado.

Completa su razonamiento indicando que, de no ser ello así, aunque el haber inicial se encuentre por debajo del 80% del salario "al momento" del cese, no corresponde revisar su determinación.

Luego, analiza si la aplicación del art. 56 de la Ley 611 arroja un resultado irrazonable en el caso concreto de los actores que no mantuvieron la categoría de retiro los últimos 3 años.

Analiza los rubros no incluidos y concluye que las sumas pagadas a los actores en concepto de "compensación por refrigerio" y "plus vacacional" son remuneración en los términos y a los fines de la aplicación del art. 15° de la Ley 611 y, por lo tanto, corresponde que el ISSN los considere a la hora de calcular el haber de retiro por todos los periodos no prescriptos.

Determina que a la hora de calcular la adecuación de sus haberes y los pagos retroactivos deberá respetarse lo dispuesto en el art. 56° de la Ley 611.

En cuanto al fondo eléctrico, horas extras y guardias (y otros conceptos variables) entiende que al no

haberse demostrado que su modo de cálculo vulnere los derechos consagrados en el artículo 38° inc. c) de la Constitución, no corresponde descalificar el proceder de la demandada.

Indica que respecto a los rubros "remunerativos, no bonificables" no ve alteración de la proporcionalidad.

Con sustento en estos fundamentos, la sentencia de grado ordenó al ISSN que liquide y pague las diferencias retroactivas no prescriptas proporcionales al pago de la "compensación por refrigerio" y "plus vacacional", debiendo considerarse a tal efecto las modificaciones del Convenio Colectivo aplicable a los activos por las Leyes 2708; 2807; 2938 y 2973. Difirió la liquidación para la etapa de ejecución, impuso las costas en el orden causado.

III.- Contra dicho decisorio la actora interpuso y fundó recurso de apelación.

Refiere a los fallos emitidos por esta Sala en los precedentes: "Fuentealba" (Acuerdo 40/10), "Addy" (Acuerdo 45/10), "León" (Acuerdo 77/11) y "Balsamello" (Acuerdo 102/17).

En primer lugar se agravia porque –según afirma- la sentencia se aparta de la doctrina legal sostenida hasta el presente por el Tribunal Superior de Justicia referida a la determinación del haber inicial de pasividad y la movilidad posterior y su correspondencia con el mínimo garantizado por la norma constitucional (art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial), comprensivo también de bonificaciones y compensaciones que la integran.

Afirma que el argumento que plantea el Juez de grado parte de una interpretación forzada de la norma constitucional y no está exento de imprecisión.

Indica que la lógica del sistema hace pensar que si la Constitución fijó un mínimo y además otorgó al legislador una facultad reglamentaria, lo hizo teniendo en cuenta que en algún momento el Órgano Previsional pueda ajustar su resultado

y mejorar el porcentaje sobre el haber del activo, o por cualquier otra causa, pero bajo ninguna circunstancia razonable puede admitirse que la reglamentación lleve a la posibilidad de disminuir el mínimo garantizado.

Insiste en la inconsistencia del planteo, el que considera pretende revertir una disposición constitucional clara y precisa como es la del art. 38 inc. c) de la Constitución Provincial y la doctrina legal que ha venido sosteniendo el Tribunal Superior de Justicia en innumerables fallos.

Señala que el apartamiento del Juez respecto a la doctrina del Tribunal Superior deja de lado la naturaleza sustitutiva de la jubilación y el derecho jubilatorio garantizado por el orden constitucional de conservar a través del tiempo una situación patrimonial cierta y equilibrada en relación a la que tenían al momento de entrar a la pasividad, como la que resulta del 80% del último haber percibido en actividad.

Por último resalta, que la prueba producida, particularmente la pericial contable, ha demostrado que existió un perjuicio económico concreto. Añade que, de aplicarse la interpretación constitucional y su reglamentación como se plantea en la sentencia, se corre el riesgo de que el órgano previsional decida cuál debe ser el piso jubilatorio.

El siguiente agravio surge del criterio ordenado en el fallo para la liquidación de los rubros por los que prospera el reclamo (compensación por refrigerio, plus vacacional), en tanto la sentencia dispone que se calculen de conformidad a lo establecido en el art. 56 de la Ley 611 y no sobre la última categoría ostentada.

Asimismo, considera infundado el rechazo de la readecuación del haber inicial por no haberse probado la afectación y transcribe los fundamentos del Tribunal Superior en cuanto a la aplicación de disposiciones del Instituto de

Seguridad incompatibles con el art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial.

Por último, se agravia de la aplicación del criterio para el cálculo de los rubros variables que integran la liquidación del haber jubilatorio (horas extras y guardias pasivas).

Indica que el fallo aplica el promedio de 36 meses conforme el art. 56 de la Ley 611.

Cita el antecedente "Balsamello" resaltando que, si bien en dicho precedente no hay un pronunciamiento sobre la forma de cálculo de los conceptos variables, interpreta como válido el cálculo conforme al promedio semestral de horas extras y guardias pasivas.

Solicita que, luego de admitirse el recurso de apelación, se modifique el fallo en los aspectos apelados de forma tal que la decisión se ajuste a la doctrina legal desarrollada para los casos de similar naturaleza y que se impongan las costas a la parte demandada.

IV.- El ISSN contestó la expresión de agravios y solicitó el rechazo del recurso de apelación, con costas a la apelante.

Expresa que coincide con los fundamentos del fallo y resalta que, conforme ha sostenido en forma reiterada, la Ley 611 (en especial el art. 56) constituye un imperativo legal de orden público de cuyo cumplimiento no puede apartarse porque no fue declarado inconstitucional.

Alega que es imperioso cambiar el criterio jurisprudencial y ratificar la demanda de primera instancia, ya que, de lo contrario, los actores obtendrían la readecuación de su haber jubilatorio al 80% de un cargo por el cual no realizaron aportes jubilatorios, rompiendo así con toda proporcionalidad, razonabilidad e igualdad con la totalidad de los trabajadores activos y pasivos que

contribuyen y contribuirán con el régimen de reparto establecido en la Ley 611.

Destaca el argumento de que la Constitución Provincial no determina que debe considerarse el 80% del cargo que ocupó el trabajador activo al momento de acceder al beneficio de jubilación, sino que se limita a señalar que es el 80% de lo que percibe el trabajador en actividad. Es decir que lo que resulta materia de determinación del haber inicial fue delegado a la reglamentación que por Ley se hiciera con posterioridad.

Advierte que de hacerse lugar al recurso se afectaría de manera grave y directa los derechos y garantías consagrados en los arts. 14 bis, 16, 17, 18 de la Constitución Nacional, generando una situación de suma gravedad institucional.

V.- A fs. 610/617 vta. el Señor Fiscal General propicia que se declare admisible el recurso de apelación y que se revoque el fallo recurrido.

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.

En tal sentido, se impone dejar sentado que:

a. 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. 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).

c. 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.

d. 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.

e. En lo relativo al contenido de la expresión de agravios presentada por el actor recurrente, 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 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 la expresión de agravios.

En tal dirección se señalan como supuestos agravios, que sustentarían el recurso de apelación, los siguientes: **a)** Apartamiento de la doctrina legal (sostenida hasta el presente por el Tribunal Superior de Justicia) referida a la determinación del haber inicial de pasividad y la movilidad posterior y su correspondencia con el mínimo garantizado por la norma constitucional (art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial); **b)** el criterio de liquidación –art. 56 Ley 611- que ordena aplicar para los rubros por los que prospera el reclamo; **c)** modo de cálculo de los rubros variables que integran la liquidación del haber jubilatorio (horas extras y guardias pasivas).

VII.1.- En forma preliminar, cabe señalar que este Tribunal tuvo la oportunidad de resolver análoga cuestión a la aquí planteada en la causa "Balsamello" (Acuerdo 102/17, del registro de la Secretaría de Demandas Originarias), cuando la competencia en materia procesal administrativa estaba asignada en instancia única al Tribunal.

Como allí se señaló, la cuestión a resolver involucra el examen de la garantía del art. 38 inc. c) de la Constitución Provincial, que fue abordada por este Tribunal en numerosos precedentes (véase Ac. 61/13 -"Garaygorta"- y, posteriormente, Ac. 62/15 -"Liptak"- y Ac. 82/15 -"Morgante"-, entre otros).

En el presente caso, como ha sido expuesto, la sentencia se inclina por una interpretación de la norma constitucional aludida que lleva una solución distinta a la dada en los precedentes antes referidos.

En consecuencia, resolver esta causa bajo parámetros de equidad, conduce a la procedencia del recurso con el alcance que a continuación se establecerá.

VII.2.- En relación al agravio que refiere al apartamiento de la doctrina de este Tribunal respecto del alcance de la manda constitucional prevista en el art. 38 inc. c) de la Constitución Provincial, vale remitir a lo indicado en "Balsamello" en línea con la inveterada doctrina de este tribunal.

Allí se estableció que el análisis se centra en la interpretación constitucional y "… *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 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. De modo que teniendo ese porcentaje anclaje constitucional no podría nunca el órgano legislativo apartarse de él; desde dicho vértice, 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.*

En definitiva, el precepto es claro y fija un piso insoslayable para el legislador, en tanto determina la proporción infranqueable del 80% (o 60% para los casos de beneficios de pensión) 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.

Se concluye, entonces, 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 asignar la proporcionalidad que tal cláusula constitucional terminantemente garantiza. Proporcionalidad que deberá estar presente en los dos momentos: determinación inicial y movilidad posterior. …"

Siguiendo esta postura, para la determinación de las sumas retroactivas se sostiene que "*para el cumplimiento de la manda constitucional provincial (art. 38° inc. c), la proporcionalidad debe establecerse en referencia al último cargo desempeñado en actividad (véase Ac. 920/03, Ac. 61/13) y dicho cargo debe utilizarse para verificar la existencia de diferencias de haberes. De modo que no es posible aplicar la movilidad considerando distintos cargos desempeñados por el activo durante sus últimos años de trabajo, en forma proporcional, si es que dicho proporcional es menor al 80% del último cargo ejercido*".

Conforme a ello, el agravio está configurado desde que la sentencia apelada rechazó la pretensión de los actores para que se determinara a sus haberes iniciales estableciendo la proporcionalidad en relación al cargo desempeñado al cese y convalidó la determinación inicial de los haberes en base al sistema que, a tal efecto, prevé el art. 56 a de la Ley 611 que aplicó el ISSN.

A todo evento, vale destacar que, recientemente, en la causa "Campos" (Ac. 15/19 Expte. OPANQ1 5007/2014) se analizaron similares argumentos a los que aquí fueron dados por la Magistrada de grado para fundamentar su apartamiento de la doctrina sentada por el Tribunal en punto a la interpretación de la garantía constitucional dada por el art. 38 inc. c) de la Constitución Provincial. En ese contexto, se volvió a ratificar el criterio que se viene manteniendo hasta

la actualidad toda vez que la línea de razonamiento expuesta en la decisión apelada no aportaba ningún nuevo elemento de análisis [de los ya considerados por este Cuerpo] que justificara modificar la doctrina del Tribunal.

VII.3.- En cuanto al agravio referido al modo en que la sentencia ordena calcular las diferencias que resulten de incorporar los rubros "refrigerio" y "plus vacacional" para el cálculo del haber previsional, en orden a la posición asumida en el agravio que antecede, también se encuentra configurado.

En efecto, el fallo dispone que a la hora de efectuar los cálculos se lo haga en los términos del art. 56 y no en la forma requerida en la demanda y replicada en la pericia contable, es decir, en relación a la categoría que ostentaba el beneficiario al cese, porque ello implica incumplir la citada norma.

Por lo tanto, al efectuarse los cálculos se deberá seguir el criterio que emana de la doctrina antes referida de manera tal que las diferencias que resulten se ajusten al alcance que se ha dado a la garantía prevista en la manda constitucional.

Y ello debe ser así puesto que, más allá que el rubro plus vacacional haya sido considerado como no remunerativo por este Tribunal en oportunidad de resolverse la causa "Balsamello", lo cierto es que en este caso dicho tópico no ha sido materia de agravio y por ende no puede ser revisado por la Alzada.

VII.4.- Por último, resta analizar el agravio referido al modo de calcular las diferencias por los rubros variables horas extras y guardias pasivas.

Al respecto, vale señalar que lo que estaba en discusión no era su procedencia (puesto que estos rubros integraron el haber desde su determinación inicial) sino el modo de cálculo (los actores requerían que se establecieran de

conformidad a la Resolución 448/06 del EPEN –promedio de los últimos 6 meses- porque el ISSN en sede administrativa los calcula en base al promedio de 36 meses).

Luego, en función de la postura asumida por este Tribunal en torno al modo de establecer la proporcionalidad mínima resguardada por la Constitución, lleva a establecer que la incorporación de estos rubros debe efectuarse del mismo modo que para los demás ítems que integra el haber.

Una interpretación contraria respecto de los referidos "rubros variables" produciría una contradicción con la pretensión que encierra el recurso de apelación en cuanto a evitar el apartamiento de la doctrina legal del Tribunal sobre la determinación del haber jubilatorio y su posterior movilidad.

No obstante, corresponde resaltar que no es el 80% de un rubro lo que está garantizado, sino el 80% de lo que perciba un agente –en las mismas condiciones- en actividad. Por ende, de existir efectivamente una lesión, deberá ser liquidada y pagada.

Por ende, los rubros variables serán admitidos en la base con el mismo alcance con que los liquidó la empleadora antes del cese.

VIII.- Por todo ello, corresponde hacer lugar a la apelación y ordenar que la readecuación de los haberes de los actores se efectúe conforme a lo aquí establecido.

Las costas en la Alzada se imponen en el orden causado, en atención la naturaleza y particularidades del caso examinado [cfr. art. 68 segunda parte del CPC y C; Acuerdo 15/19 en el referido caso "Campos].

Los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, se regulan en el 25% 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°)** Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora de conformidad con lo explicitado en los considerandos respectivos que integran el pronunciamiento. **2°)** Costas en la Alzada en el orden causado (art. 68 segunda parte del CPC y C). Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 25% de lo que se regule en primera instancia, a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.). **3°)** 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