ACUERDO N° 5. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los dos días del mes de febrero del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, **Doctores RICARDO TOMÁS KOHON** y **OSCAR E. MASSEI**, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, **Doctora Luisa A. Bermúdez,** para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"AGÜERO, ANITA DEL VALLE Y OTROS C/INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", EXPTE. N° 1647/06**, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el **Doctor RICARDO TOMÁS KOHON** dijo: **I.-** A fs. 86/87 vta. se presentan las Sras. Anita del Valle Agüero, Máxima Olga Alaniz, Delia Argentina Alvarez, Clara Ramona Cabrera, Emiliana Babot, María Susana Baldoncini, Elsa Mabel Cipolla, María Beatriz Chichiarini, Elsa Petrona Gallardo, Norma Susana Galli, Mercedes Gonzalez, Alicia Emma Isola, Lidia Cristina Lacava, Paulina Santos, Norma Beatriz Ramirez, María Graciela Uranga y Graciela Inés Visciglio mediante apoderada, e interponen acción procesal administrativa contra el I.S.S.N. Solicitan la reliquidación del haber jubilatorio inicial, incorporándose el monto que corresponde al rubro incentivo docente y se abonen las sumas percibidas en menos hasta el límite prescripto, con más sus intereses legales y costas.

Reproducen los argumentos expuestos en los reclamos administrativos presentados ante el Instituto de Seguridad Social de Neuquén y ante el Gobernador de la Provincia.

Mencionan que el art. 13 de la Ley 25.053, estableció el pago de una asignación especial de carácter remunerativo por cargo que se liquidará en forma mensual a los agentes que cumplan, efectivamente la función docente.

Afirman que corresponde incorporar a sus haberes la asignación porque cumplían la función docente e incluso

percibieron dicha asignación en actividad y hasta el momento de obtener su jubilación.

Citan jurisprudencia de este Cuerpo en punto a la prevalencia de la garantía constitucional y la obligación de incorporar al haber jubilatorio, toda asignación que perciban los agentes en actividad.

Destacan que el 80% del incentivo docente fue reconocido por el organismo demandado en reclamos de igual tenor efectuados por otros jubilados (mencionan la Disposición N° 305/05 de fecha 28/02/2005).

Luego, señalan que no obtuvieron respuesta del Instituto, ni tampoco al recurrir en grado de apelación ante el Gobernador de la Provincia.

Reiteran en el acápite “encuadre jurídico” que cuando se encontraban en actividad percibían la asignación remunerativa creada por Ley 25053, sin embargo el Instituto de Seguridad Social al determinar el haber omitió contabilizar el importe y consideran que ello hace procedente el reclamo, debiendo ordenarse la subsanación del error inicial, incorporando al haber jubilatorio el importe correspondiente al 80% de la asignación remunerativa “incentivo docente” y abonar la diferencia recibida en menos con retroactividad al límite prescriptivo –dos años anteriores al reclamo administrativo ante la demandada-, más intereses y costas.

Invocan la doctrina de los actos propios.

Fundan el derecho, ofrecen prueba y formulan su petitorio.

II.- A fs. 97/106 vta. la parte actora denuncia hecho nuevo y acompaña documental –Decretos-.

Manifiesta que se han dictado los Decretos del Poder Ejecutivo N° 214, 215 y 259, que rechazan los recursos de apelación planteados por: Alicia Emma Isola, Máxima Olga Alaniz y Graciela Inés Visciglio.

A fs. 119/141 vta. amplía demanda y acompaña Decretos del Poder Ejecutivo que denegaron el reclamo administrativo a las Sras. Ana del Valle Agüero, Clara Ramona Cabrera, Delia Argentina Alvarez, Emiliana Babot, María Beatriz Chiachiarini, María Susana Baldocini, Norma Beatriz Ramirez, Mercedes Gonzalez y Paulina Santos. Insiste en el "carácter remunerativo" de la asignación incentivo docente.

Nuevamente, a fs. 145/151 vta. amplía la demanda y acompaña los Decretos del Poder Ejecutivo que rechazaron los reclamos administrativos correspondientes a las Sras. María Graciela Uranga y Lidia Cristina Lacava.

III.- A fs. 155/155vta., mediante la R.I. 5.389/06 se declaró la admisión del proceso y, a fs. 160, la parte actora optó por el procedimiento ordinario.

IV.- Ordenado el traslado de la demanda y cumplidas las notificaciones pertinentes, a fs. 164 toma intervención el Sr. Fiscal de Estado.

V.- A fs. 211/224, se presenta el organismo demandado.

Reconoce expresamente la condición de jubiladas de las actoras pero niega que no perciban un haber jubilatorio conforme lo normado en el art. 54 inc. c) de la Constitución Provincial (actual 38 inc. c)); agrega que éste es inclusive superior al 80% de lo que perciben quienes se desempeñan en el cargo que dejaron vacantes los accionantes.

Niega, asimismo, que tengan derecho a percibir el porcentaje correspondiente a la asignación que perciben, desde el año 1999, los docentes en actividad (Ley 25053) atento a que la misma no reviste el carácter de habitual y regular (art. 15 de la Ley 611).

Expone que la determinación del haber jubilatorio y la posterior movilidad del mismo, se realizó conforme los artículos 56 y 60 de la Ley 611.

Con respecto a los reajustes señala que en numerosas oportunidades aumentos de sueldo de los activos que se desempeñaban en el Poder Legislativo y/o Judicial produjeron aumento de los haberes previsionales (incluidos los accionantes) como también cuando el Poder Ejecutivo incorporó el 20% de zona desfavorable sus haberes se incrementaron un 20,21% (Resolución N° 067/03).

Asimismo, indica la suma a la que asciende el haber actual de cada una de las actoras y sostiene que dichas sumas se ajustan a lo dispuesto por la Constitución Provincial y la Ley 611.

Por último, niega que corresponda incluir la asignación denominada incentivo docente.

En relación a la movilidad (art. 60 de la Ley 611) indica que los haberes de los actores tuvieron incrementos como consecuencia de las variaciones en el nivel general de las remuneraciones (Res. 314/96; 537/99; 060/99; 067/03; 311/04; 353/04; 211/05; 03/2006 y 174/06).

Insiste en que la movilidad se aplicó correctamente, no se apartó del marco constitucional establecido en el art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial y actualmente el haber jubilatorio de los actores supera incluso el 80% de lo que perciben quienes se encuentran en actividad en el mismo cargo que ocupaban al momento de acceder al beneficio.

En punto al incentivo docente, dice que por imperio de las normas que regulan el tópico y, considerando que los actores perciben un haber que supera el piso constitucional, yerra al pretender percibir el 80% de la asignación; más cuando sobre ella no se realiza al docente descuento alguno y las sumas para pagarlo, son giradas desde el Gobierno Nacional.

Especifica que el art. 7 del Anexo de la Resolución 102/99, del Consejo Federal de Cultura y Educación de la

Nación, dispone que el incentivo docente no sufrirá retenciones por aportes jubilatorios ni obras sociales; agrega que el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1125/99 sustituyó la reglamentación del art. 13 de la Ley 25053, estableciendo que esa asignación especial, por tratarse de un incentivo no incorporado definitivamente al salario y a percibir sólo durante los 5 años de vigencia de la Ley, será no bonificable por ningún concepto, estando sujeto únicamente a los aportes y contribuciones con destino a la obra social y cuota sindical.

Concluye que el incentivo docente no reúne los requisitos legales para ser incorporado al haber jubilatorio de la actora (art. 15 de la Ley 611) y que, aunque así fuera, su haber jubilatorio supera ampliamente los parámetros constitucionales.

Por último cita jurisprudencia de este Cuerpo, ofrece prueba, hace reserva del caso federal, solicita eximición de copias y formula su petitorio, solicitando el rechazo de la demanda, con costas.

VI.- A fs. 240 se abrió la causa a prueba. A fs. 491 se clausuró dicho período.

A fs. 500/502 se agregó el alegato de la actora y a fs. 504/505 vta. el correspondiente al ente previsional demandado.

VII.- A fs. 507/511vta., dictamina el Sr. Fiscal General, quien propicia que la demanda proceda por los períodos no prescriptos en que los actores hayan percibido menos del 80% del sueldo activo de referencia (en el caso de González adecuándose ese porcentual a su beneficio de pensión).

VIII.- A fs. 512 se dispone el llamado de autos el que, encontrándose firme y consentido, coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

IX.- Cabe señalar que la cuestión que debe ser decidida, guarda similitud –en lo sustancial- con lo fallado

en autos “Vega Ignacia” (Acuerdo 1549/08) doctrina que fuera seguida por esta sala en numerosos antecedentes (“Rodríguez, Alicia” - Acuerdo 22/11 y “Alustiza, Stella” - Acuerdo 1/15, entre otros).

Siguiendo la línea argumental de los precedentes supra referenciados, resulta determinante para la decisión el examen de la cuestión constitucional involucrada, esto es, el respeto de la garantía del art. 38 inc. c) de la Constitución Provincial.

Y, dado que el tópico ha sido suficientemente tratado, reproduciré en este voto los fundamentos expresados en autos “Alustiza Stella” (Ac. 1/15 del registro de ésta Secretaría –voto del Dr. Massei- al que adherí).

X.- Allí se sostuvo (conforme la doctrina de los Acuerdos 1510/08, 1549/08 y 61/13) que existía una confusión en la concepción del derecho constitucional a obtener una jubilación móvil, no menor del “80% de lo que percibe el trabajador en actividad” pues, “*la cuestión converge en un núcleo central, cual es, la interpretación, que a partir de la directiva contenida en el artículo 38 inc. c) de la Cimera Legislación local, corresponde efectuar de la legislación previsional vigente, encontrando su eje en la debida proporcionalidad y movilidad jubilatoria.*

En este sentido, corresponde recordar, que 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.

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;

la movilidad debe arrojar un haber que resulte razonablemente proporcional al que percibía el jubilado si siguiera en servicio activo (Conf. Bidart Campos, "Principios Constitucionales en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el artículo 14 bis" T y SS 1981, p. 543), resultando tal directiva, un correlato de la garantía de la retribución justa brindada al trabajador en actividad de la que el salario mínimo vital y móvil, constituye un piso o sea el exponente de menor significación económica, trasladándose el principio al régimen previsional, mediante el mandato de movilidad que asegura que sus beneficiarios mantengan un nivel de vida similar al que les proporcionaba a los trabajadores y a su núcleo familiar las remuneraciones percibidas en la actividad, postulado que puede definirse como el haber justo (cfr. Brito Peret, "Normas, principios y garantías constitucionales atinentes a la Previsión Social" DT 1993-A-164).

Es indiscutible que en el ámbito provincial, rige un imperativo constitucional, cual es, que mediante la sanción de leyes especiales se asignará a todo trabajador en forma permanente y definitiva..." art. 38… inc. c) jubilaciones y pensiones móviles que no serán menores del 80% de lo que perciba el trabajador en actividad. El precepto es claro, y fija un piso insoslayable para el legislador, en tanto determina la proporción infranqueable del 80% en 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.

Dentro de estos límites, podría adoptar distintas soluciones legislativas, siempre que se presentaran como derivaciones racionales de sus directivas.

Si como dijera, la movilidad como aspecto dinámico de la proporcionalidad, importa asegurar -conforme al texto constitucional- que, tanto jurídica como técnicamente, el haber tiene que guardar cierta necesaria proporcionalidad con lo que percibiría de haber seguido en actividad, la pretensión del accionante carece de sustento en tanto no se ha acreditado que en la determinación del haber inicial no se respetó el 80% de lo que percibe el docente en actividad, siendo improcedente la pretensión de que éste porcentaje se refiera a un rubro en particular.

Desde estas consideraciones, el planteo sólo podría tener andamiaje favorable si se encontrara violentado el umbral protectorio previsto en el art. 38, inc. c) de la Constitución Provincial…".

XI.- De tal forma, se deduce que no se trata de percibir el 80% de una asignación en especial (aun cuando la perciban los docentes en actividad) sino del 80% 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.

Entonces, el reclamo de autos sólo procede si las actoras acreditan que el umbral protectorio que otorga la Constitución Provincial se encuentra vulnerado.

XI.1.- Por ello, en función de la doctrina reseñada corresponde analizar la prueba producida en autos, principalmente la pericial contable.

En la pericia contable (adjunta a fs. 302/341), la perito contadora explica la forma en que se efectuaron los cálculos para contestar los puntos de pericia de ambas partes, datos que vuelca en las planillas que adjunta (véase fs. 302/337). Asimismo detalla que adjunta "17 Anexos con el detalle de cada caso correspondiente a cada actor de esta causa. El Anexo XVIII es un cuadro resumen … Para cada actor de esta causa debí confirmar con cada institución los datos

que intervienen, las diferencias en la aplicación de los decretos en el periodo que aquí se informa: 2002-2008, unificando lo que las dos instituciones han recalculado para cada categoría … De ese procedimiento complejo y especial para cada caso, surgen los anexos que adjunto a este informe…". Asimismo aclara que detalla en cada anexo una "diferencia no cobrada" cuando el 80% de los sueldos activos recalculados para las categorías que corresponda es inferior al que liquidó y pago el ISSN (haberes previsionales: bruto antes de aportes), … "diferencia cobrada + 80%" cuando el haber recalculado en esta pericia es menor al cobrado por el docente por liquidación del ISSN". Finalmente surge un "tercer concepto, en cada Anexo adjunto: total diferencias … representa la suma que el docente no ha cobrado del ISSN y reclama en esta causa…. Si el porcentaje lineal promedio es superior al 80% indica que el ISSN ha pagado haberes jubilatorios en ese periodo expuesto superiores …". "Todos estos cálculos también fueron realizados con igual procedimiento aunque sobre sueldos testigo "sin" incentivo docente".

Así, en el Anexo XVIII calcula "diferencias límite prescriptivo a dic/2008" … diferencias generadas a partir del límite prescriptivo de dos años anteriores a la fecha en que cada docente hizo su reclamo ante el ISSN, … según incluya o no incentivo docente…".

A fs. 346 el organismo previsional demandado impugna la pericia basándose en el informe suscripto por el Subdirector de Pago y Control del ISSN (fs. 344/345). Sin embargo, destaca que "son correctas las bases de cálculo y los procedimientos empleados para la obtención de los sueldos testigos correspondientes a cada actor en cada periodo". Puntualmente observa los casos de: Cipolla, Chichiarini y Lacava.

En función de lo señalado, la perito contadora responde la impugnación (a fs. 352/357) y ratifica la pericia presentada, explica detalladamente la forma en que procedió con cada caso impugnado.

No obstante, respecto de la pericia y la respuesta sobre la impugnación planteada la parte actora guardó silencio.

Por otro lado, el ISSN -respecto de la respuesta a las impugnaciones- también guardó silencio. Asimismo, se limitó en el alegato a señalar la evolución de la liquidación de los haberes de los actores adjunta a fs. 448/486 (sin hacer referencia a la evolución de los haberes de los activos –situación que se refleja en la pericia-).

De modo que, al analizar las planillas que se adjuntan como anexos de la pericia (a fs. 302/337), más el escrito mediante el cual la perito responde las impugnaciones planteadas por la demandada (no objetadas por las partes, véase fs. 352/357), surge que el total de las actoras recibió durante el período reclamado (es decir dentro del plazo de prescripción) sumas inferiores al 80% de lo que percibían los docentes en actividad en los cargos que dejaron vacantes al momento de jubilarse. Y en el caso de la Sra. Mercedes Gonzalez, el porcentaje correspondiente al haber de pensión derivado del fallecimiento del Sr. Horacio Santos (cfr. art. 59° de la Ley 611).

No obstante, dicha situación no significa que el docente jubilado tenga derecho al 80% de la asignación denominada “incentivo docente”, porque no existe una suerte de “compensación” entre diferencias sino que la proporción del 80% (o 75% en caso de pensiones) se debe mantener en todos los períodos (atento el carácter sustitutivo del beneficio).

Por ello, lo relevante aquí son los resultados que muestran las planillas adjuntas a fs. 302/337, debiéndose utilizar el cálculo que incluye el adicional incentivo

docente, pues permite visualizar en qué meses las actoras no han percibido su haber previsional de acuerdo al umbral protectorio que marca la Constitución Provincial en relación al activo.

XII.- Ahora bien, los períodos prescriptos varían en función de las distintas actoras -en función de las diferencias de haberes que surgen de la pericia y demás prueba recabada-, considerando la fecha en que cada una de ellas interpuso el reclamo ante el ISSN.

De suerte tal que, el reajuste de los haberes procederá, respecto de la Sra. Anita del Valle Agüero desde el 11/04/2003, Máxima Olga Alaniz desde el 28/06/2003, Delia Argentina Alvarez desde el 12/04/2003, Clara Ramona Cabrera desde el 12/04/2003, Emiliana Babot desde el 12/04/2003, María Susana Baldoncini desde 11/04/2003, Elsa Mabel Cipolla desde el 11/02/2003, María Beatriz Chichiarini desde el 19/04/2003, Elsa Petrona Gallardo desde el 17/12/2002, Norma Susana Galli desde el 13/05/2003, Mercedes Gonzalez desde 9/05/2003, Alicia Emma Isola desde el 9/05/2003, Lidia Cristina Lacava desde 25/04/2003, Paulina Santos desde el 13/05/2003, Norma Beatriz Ramirez desde el 12/04/2003, María Graciela Uranga desde el 12/04/2003 y Graciela Inés Visciglio desde 12/04/2003.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo que se haga lugar al reclamo y se ordene a la demandada que reliquide y pague las diferencias existentes en los meses detallados supra –periodo no prescripto conforme art. 92° de la Ley 611-. Las sumas adeudadas devengarán intereses que se calcularán, desde que cada suma es debida y hasta el 1/1/2008 a la tasa promedio entre activa y pasiva del Banco de la Provincia del Neuquén; desde dicha fecha y hasta el efectivo pago, se calcularán a la tasa activa mensual de dicha entidad bancaria, determinándose en la etapa de ejecución de sentencia.

Las costas, no existiendo motivos que justifiquen apartarse del principio general contenido en el art. 68 del

CPC y C, deben ser soportadas por la demandada perdidosa. **ASI VOTO.**

El señor Vocal **Doctor OSCAR E. MASSEI** dijo: tal como fue señalado por el Dr. KOHON al inicio de su voto toda vez que he suscripto el acuerdo referenciado (AC. 1/2015 “Alustiza”), comparto en esta ocasión el análisis y solución al caso, por lo que emito mi voto del mismo modo. **MI VOTO**.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Fiscal General, por unanimidad, **SE RESUELVE: 1º) HACER LUGAR** a la demanda deducida por las Sras. Anita del Valle Agüero, Máxima Olga Alaniz, Delia Argentina Alvarez, Clara Ramona Cabrera, Emiliana Babot, María Susana Baldoncini, Elsa Mabel Cipolla, María Beatriz Chichiarini, Elsa Petrona Gallardo, Norma Susana Galli, Mercedes Gonzalez, Alicia Emma Isola, Lidia Cristina Lacava, Paulina Santos, Norma Beatriz Ramirez, María Graciela Uranga y Graciela Inés Visciglio contra el I.S.S.N. En consecuencia, en la etapa de ejecución de sentencia, se deberá reliquidar y pagar los haberes previsionales de los accionantes, en los meses detallados en los considerandos XI y XII, con más los intereses que se calcularán, desde que cada suma es debida y hasta el 1/1/2008 a la tasa promedio entre activa y pasiva del Banco de la Provincia del Neuquén; desde dicha fecha y hasta el efectivo pago, se calcularán a la tasa activa mensual dicha entidad bancaria; **2º**) Imponer a la demandada las costas causadas (art. 68 del CPC y C); **3º)** Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto se cuente con pautas para ello; **4º)** Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

Dr. RICARDO TOMAS KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI
Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria