**ACUERDO Nº 20**. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los seis días del mes de febrero del año dos mil siete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los señores Vocales Titulares, **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: **"BENEGAS DOMINGO JUAN Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", EXPTE. 4186/13**, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado el Señor Vocal **Doctor RICARDO TOMAS KOHON**, **dijo**: **I.-** A fs. 55/61 vta. se presentan -por apoderado- los Sres. Domingo Juan Benegas, Francisco Bravo, Carlos Catrileu, Camilo Bernardo Cofre, Carlos Alberto Di Lena, Ricardo Alberto Díaz, Delia Fuentealba, Juan Carlos Genis, José Antonio Giambelluca, Hugo Ricardo Guzman, Ricardo Héctor Hernandez, Marcelino Huenul, Juan Domingo Lucero, Carlos Livio Namuncura, María Luisa Ordoñez, Norma Orrego, Ángel Omar Quijada, Carlos Rubén Rodriguez, Carlos Elias Rezuc, Marcelo Daniel Santoro, Mario Omar Tizzano y promueven demanda contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén. Solicitan se deje sin efecto y se declare la nulidad del Decreto del Poder Ejecutivo Provincial N° 563/13.

Pretenden se condene a la accionada a rectificar el haber jubilatorio y realizar el correspondiente reajuste en base a la movilidad jubilatoria establecida por el art. 38 inc. c) de la Constitución Provincial (CP) y lo resuelto en autos: "Russo Domingo y otros c/ISSN s/Acción Procesal Administrativa" Expte. N° 1482/05.

Sostienen que ninguno de los actores percibe el 70% (Ley 2351) y/o 80% (Ley 611) de lo que percibe el activo en la función que ellos ejercían al momento del cese. Por ello

solicitan se abone la diferencia de haberes tanto hacia el futuro como en forma retroactiva, por el período no prescripto, con más intereses y costas.

Reiteran que la denegación tácita del ISSN y el Decreto N° 563/13 del Poder Ejecutivo resultan lesivos y desconocen derechos garantizados por los arts. 14 bis y 17 de la Constitución Nacional y arts. 26 y 38 de la Constitución Provincial, resultando manifiesta la competencia del Tribunal, toda vez que el planteo versa sobre la interpretación constitucional que a partir de la garantía contenida en el art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial debe darse a la materia previsional.

Detallan -en el punto V de la demanda- la documentación adjunta por cada actor en el expediente administrativo, a los fines de acreditar la necesidad de reajuste y la falta de pago de algunos adicionales que perciben los bancarios activos. Informan que, según el régimen de excepción contenido en la citada norma, la accionada debía otorgarles una jubilación de excepción, "...con un haber mensual igual al 70% de la remuneración normal y habitual percibida por el agente sujeto de retiro".

Citan el fallo "Russo Domingo y otros c/ ISSN s/ Acción Procesal Administrativa" (Expte N° 1482/05) –entre otros- y precedentes de la justicia nacional.

Refieren, que además del reclamo de reajuste pretenden percibir la suma de $1.800 que el BPN SA abonó a sus empleados activos en el mes de diciembre de 2010 y su correspondiente sueldo anual complementario proporcional de $900 por los cuales el BPN SA ingresó los aportes ante el ISSN, sin que se trasladaran dichas sumas al personal pasivo (jubilados), ex empleados del BPN SA. En consecuencia, reclaman se condene al Instituto a que proceda al pago de dicha suma en la proporción correspondiente.

Por último, ofrecen prueba, plantea la ilegalidad e inconstitucionalidad de cualquier disposición reglamentaria que se oponga a lo solicitado y la inconstitucionalidad de toda norma que determine la fijación de un haber previsional que afecte los derechos constitucionales de proporcionalidad y movilidad en violación al art. 14° de la Constitución Nacional y art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial.

Asimismo, formulan reserva del caso federal y solicitan se haga a lugar a la demanda con costas.

**II.-** A fs. 75 luce la R.I. N° 471/13, por la que se declara la admisibilidad de la acción.

A fs. 77, la parte actora ejerce la opción por el procedimiento ordinario y solicita se produzca la prueba ofrecida en la demanda.

**III.-** A fs. 79 el Fiscal de Estado toma intervención en los términos del artículo 1º y concordantes de la Ley 1.575.

**IV.-** A fs. 90/101 vta. el ISSN contesta demanda.

En primer término reconoce que los demandantes son jubilados del ISSN y manifiesta que si existe algún obstáculo a los derechos de los jubilados el mismo fue provocado por las autoridades bancarias y los sindicatos que participaron en la determinación de las nuevas remuneraciones del cargo activo.

Luego, niega los hechos alegados por los actores que no sean objeto de expreso reconocimiento.

Menciona las actuaciones administrativas y hace un repaso de las mismas.

Referencia, el informe suscripto por el Subdirector de Pago y Control de la Dirección de Prestaciones de Jubilaciones y Pensiones del ISSN (adjunto a fs. 262/267 del expediente administrativo N° 4469-092138/4) e indica que se encuentra garantizado actualmente a los reclamantes el 70% u 80% del haber de retiro, según corresponda.

Afirma que dio cumplimiento a las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia en que ordenó el reajuste de los haberes y pago de diferencias de haberes, más intereses.

Al transcribir el informe mencionado señala que las adecuaciones fueron realizadas en el marco de la resolución N° 172/07, y se consideraron solo conceptos sujetos a aporte previsional, es decir remunerativo. Respecto de los haberes previsionales bajo la Ley 611 se consideraron las categorías ostentadas durante los mejores tres años de los últimos cinco calendarios anteriores al cese, en concordancia con la determinación del haber del art. 56° de la Ley 611. Sin embargo, si el beneficio se encuadraba en la Ley 2351 se consideró la última categoría. Aclara que en algunos casos los criterios se modificaron por sentencias judiciales que así lo ordenaban y luego detalla la situación particular de cada actor.

Asimismo, sostiene que del precedente “Russo” no se pueden extraer las conclusiones que los reclamantes pretenden.

Detalla los conceptos que ha dejado sentado el antecedente mencionado y los juicios en que los actores participaron. Reitera que el organismo demandado dio cumplimiento a las sentencias dictadas y no registra denuncia de incumplimiento alguno.

Concluye que respetó la garantía constitucional contenida en el art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial y que la movilidad que consagra dicha cláusula constitucional le ha sido otorgada mediante la aplicación del pago del “complemento resolución 172/07”. Insiste que en ningún momento los actores percibieron un haber inferior al 60, 70 u 80% de lo que percibe “el trabajador en actividad”, respetándose a cada uno de ellos y en todo momento la garantía constitucional.

Interpone excepción de prescripción (art. 92° de la Ley 611). Alega que los actores no pueden pretender el cobro de diferencias de haberes jubilatorios correspondientes al periodo que abarca desde que su beneficio se transformó en jubilación ordinaria hasta dos años anteriores a la interposición del reclamo administrativo, porque las mismas se encuentran prescriptas. Cita jurisprudencia local y hace reserva del caso federal.

Por último, ofrece prueba, peticiona la eximición de copias y solicita el rechazo de la demanda, con expresa imposición de costas a la contraria.

**V.-** A fs. 102 se confiere traslado a la parte actora, tanto de la contestación de demanda, como de la excepción de prescripción planteada, quien efectúa su responde a fs. 107/107 vta.

A fs. 111/111 vta. se dicta la R.I. Nº 291/14 que rechaza la excepción de prescripción deducida por la demandada. Las costas se impusieron a la recurrente vencida.

**VI.-** A fs. 118 la actora solicita se abra la causa a prueba, obrando a fs. 119 el auto que ordena tal apertura, período que fue clausurado a fs. 409.

A fs. 420/431 vta. se agregó el alegato de la actora y a fs. 433/435 el de la accionada.

**VII.-** A fs. 438/442 vta. obra el dictamen fiscal, quien propicia el acogimiento de la demanda.

**VIII.-** A fs. 443 se dispone el llamado de autos, el cual encontrándose firme y consentido, coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

**IX.-** Las cuestiones que este Tribunal debe abordar se proyectan sobre el sistema previsional neuquino y exigen compatibilizar el régimen legal establecido en las Leyes 611 y 2351 con las directivas constitucionales.

Los actores actualmente gozan de beneficios previsionales en el marco de las Leyes Provinciales N° 2351 –

jubilación anticipada- y N° 611. Asimismo, al momento de acceder al beneficio se desempeñaban en el Banco Provincia de Neuquén.

Ambas partes coinciden en que el reajuste reclamado se circunscribe al período no prescripto, es decir a partir del 09/08/2009, conforme el artículo 92° de la Ley 611 y la fecha de interposición del reclamo administrativo ante el organismo previsional (fs. 2 del Expte. Administrativo N° 4469-092138/4 Alc. 0000 del año 2011).

**X.-** Ahora bien, la cuestión a decidir, guarda similitud –en lo sustancial- con lo fallado en las causas "Arce" (Acuerdo 1692/09), "Laurente" (Acuerdo 45/10) y "Berzano" (Acuerdo 131/11), entre otras, con la particularidad que los accionantes aquí no cuestionan el porcentaje del haber que estableció la Ley 2351 (70%) simplemente manifiestan que "*ninguno de ellos percibe el 70% (Ley 2351) y/o el 80% (Ley 611) de lo que percibe el activo de salario en la función que ellos ejercían al momento del cese*".

En este voto reproduciré los fundamentos expresados en los antecedentes citados, sobre 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.

En efecto, dichas cuestiones involucran un examen constitucional, principalmente de la garantía del art. 38 inc. c) de la Constitución Provincial.

**XI.-** En cuanto a las garantías de proporcionalidad y movilidad jubilatoria cabe 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. 931/03, Ac. 61/13 y recientemente Ac. 1/15).

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.

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 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.

**XII.-** En cuanto a la interpretación constitucional, se 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”.

Sin embargo, como señalara, 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.

En definitiva, 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.

Por ello, de lo expresado se concluye 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: determinación inicial y movilidad posterior.

**XIII.-** De modo que, en lo que respecta a la aplicación de la movilidad del artículo 60° de la Ley 611 -sentado lo anterior- se deduce la improcedencia de su aplicación a los haberes de los actores, en la medida en que no garantice el porcentaje (del 80%) fijado por el artículo 38° inc. c) de la Constitución Provincial con relación a las jubilaciones ordinarias. Así, para el caso de los actores incluidos en el régimen de excepción dispuesto por la Ley 2351, se debe respetar la proporcionalidad establecida en dicha norma (el 70% del haber que le hubiere correspondido de continuar en actividad -cfr. Ac. 1692/09 “Arce”, Ac. 8/13 “Torres” entre otros-).

En este contexto constitucional, corresponderá abordar el planteo concreto traído a resolución.

**XIV.-** Circunscripta la cuestión a estos términos, corresponde abordar su tratamiento en el orden en que han sido presentados.

**XIV.1.-** En cuanto a las diferencias retroactivas, de encontrarse acreditada la lesión su procedencia se impone, en función de los desarrollos efectuados respecto de la cuestión de fondo.

Asimismo, reitero 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 (cfr. Ac. 920/03, Ac. 61/13) y dicho cargo es el que 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.

Respecto a la movilidad queda establecido el derecho de los actores a percibir -con relación al último

cargo- el 70% en el marco de la Ley 2351 de jubilación anticipada de excepción o el 80% cuando se trata de jubilaciones ordinarias (o por invalidez) Ley 611.

Sin duda, el límite temporal está dado por los períodos no prescriptos, es decir a partir del 09/08/2009 y su cuantía dependerá de lo que efectivamente se encuentre acreditado.

**XIV.2.-** Respecto de la correspondencia –o no- de computar dentro del haber previsional las sumas no remunerativas percibidas por los activos, este Tribunal ya se ha pronunciado, en reiteradas oportunidades (véase Ac. 567/98 “Córdoba Blanca Inés c/ISSN s/Acción Procesal Administrativa).

Puntualmente, en lo que respecta a ex empleados del Banco Provincia de Neuquén, se resolvió la procedencia de la inclusión de las sumas no remunerativas que percibe el personal activo de acuerdo a su categoría cuando las mismas tienen carácter de habituales y regulares (cfr. Ac. 1650/09 “Goytea”, Ac. 40/10 “Fuentealba”, Ac. 45/10 “Addy” y Ac. 77/11 “León”, entre otros, fundamentos a los cuales me remito).

Es decir que, la reiteración periódica y consecutiva que ostenta una bonificación, le otorga el carácter remunerativo (cfr. art. 15 de la Ley 611).

De modo que, más allá de la calificación que realice el empleador sobre un adicional o suplemento, el Instituto demandado -en su carácter de organismo previsional provincial- debe velar por la correcta integración de los aportes y, si el rubro es remunerativo (según los parámetros fijados en el art. 15° de la Ley 611), deberá procurar su depósito e incluirlo en el cálculo del haber previsional (arts. 4° inc. 1°, 12°, siguientes y concordantes de la Ley 611).

Entonces, -considerando lo señalado en el punto XIV.1.- si el activo que ocupa el mismo cargo que los actores

al momento de acceder a la jubilación, percibió sumas “no remunerativas” –durante el plazo no prescripto- que han tenido continuidad en el tiempo, las cuales no han sido tenidas en cuenta para el pago de los haberes jubilatorios (conforme los dichos de la propia parte demandada, véase informe de fs. 87, trascrito en la contestación de demanda a fs. 92 –punto V-), se concluye que asiste razón a los accionantes.

En consecuencia, corresponde analizar la prueba concreta, desde la proporcionalidad garantizada constitucionalmente.

**XV.-** De este modo, habrá que ver si la lesión denunciada por los actores, ha sido efectivamente acreditada.

En este punto, la prueba determinante radica en los recibos de haberes acompañados por el I.S.S.N. (adjuntos a fs. 139/341) e informes del Banco Provincia del Neuquén sobre fecha de baja, cargos desempeñados, último cargo y evolución salarial (ver fs. 347/353, 359/369, 377/381 y 406/407).

Respecto del último cargo que desempeñaron los distintos actores surge de lo informado por la ex empleadora –Banco Provincia de Neuquén (a fs. 377/381 y fs. 406/407)- que se complementa con lo informado por la propia demandada (cfr. fs. 384/389 y 399/404).

Por último, del cotejo de las pruebas referenciadas (informe del B.P.N. y recibos de haberes jubilatorios) se advierte que, efectivamente, en la mayoría de los periodos, los haberes abonados a los actores no alcanzan el piso del 70% u 80%, garantizado respecto al cargo que tenían los accionantes al momento del cese.

De modo que, en la etapa de ejecución de sentencia, se determinarán las diferencias de haberes durante el periodo no prescripto (es decir desde el 09/08/2009), conforme al último cargo desempeñado por cada uno de los accionantes al momento de jubilarse (dato que surge no sólo de la prueba

recabada en autos sino también de los expedientes previsionales).

En consecuencia, corresponde reajustar el haber jubilatorio de los actores, por el periodo no prescripto, teniendo en cuenta el 70% u 80% de lo que percibía un agente de igual categoría y zona.

**XVI.-** En mérito a las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo que se haga lugar a la demanda, con los alcances establecidos en los considerandos anteriores.

Las sumas resultantes que se determinarán en la etapa de ejecución de sentencia devengarán intereses, los que se calcularán, desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago a la tasa activa.

Las costas, no existiendo motivos que justifiquen apartarse del principio general contenido en el art. 68 del CPCyC, deben ser soportadas por la demandada perdidosa. **ASI 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, las demandas deben prosperar.

Siendo así, por razones de economía procesal, me remito a las consideraciones que he efectuado –in extenso- sobre: la interrelación que a mi criterio existe, entre lo percibido por los trabajadores en actividad, lo aportado al sistema, y el consecuente haber de jubilación, en los Acuerdos “Arce” (Ac. 1692/09), “Laurente” (Ac. 44/10) y “Berzano” (Ac. 131/11), entre muchos otros, propiciando así el acogimiento de la acción en los términos señalados en el voto que abre este 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 los Señores Domingo Juan Benegas, Francisco Bravo, Carlos Catrileu, Camilo Bernardo Cofre, Carlos Alberto Di Lena, Ricardo Alberto Díaz, Delia Fuentealba, Juan Carlos Genis, José Antonio Giambelluca, Hugo Ricardo Guzman, Ricardo Héctor Hernandez, Marcelino Huenul, Juan Domingo Lucero, Carlos Livio Namuncura, María Luisa Ordoñez, Norma Orrego, Ángel Omar Quijada, Carlos Rubén Rodriguez, Carlos EliasRezuc, Marcelo Daniel Santoro, Mario Omar Tizzano, contra el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN y, en consecuencia, ordenar a este último la readecuación del haber de los actores de manera que represente el 80% y/o 70%, según corresponda, de lo que perciben los activos y condenar al ISSN al pago de las diferencias retroactivas que se adeudaren por el período no prescripto, las que serán determinadas en la etapa de ejecución de sentencia de acuerdo a los parámetros establecidos en el punto XV, con más los intereses establecidos en el punto XVI; **2°)** Imponer las costas a cargo de la demandada (art. 68 del CPCC); **3°)** Diferir la regulación de honorarios para cuando se cuente con pautas a tal efecto; **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. RICARDO TOMAS KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI
Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria