ACUERDO N° 31. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los dos días del mes de del año dos mil diecisiete 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: "**MENDOZA, BERNABE C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"**, **Expte. 4763/14**, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el **Doctor RICARDO TOMAS KOHON** dijo: **I.-** A fs. 3/13 se presenta el Sr. Bernabé Mendoza, por apoderado y con patrocinio letrado, e inicia demanda contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén.

Impugna por ilegítima la omisión de abonarle como haber previsional el porcentual mínimo que en proporción con el sueldo activo garantiza el artículo 38° inc. c) de la Carta Magna neuquina.

Asimismo, impugna por ilegitimidad la Disposición del ISSN N° 1844/12 que si bien aclara que no fue dictada como resolución de los reclamos, se emitió en respuesta a una vieja petición efectuada por el Sr. Mendoza en el año 2012.

Solicita se condene a la demandada a adecuar el haber previsional según los parámetros impuestos por el artículo 38° inc. c) de la Constitución Provincial, hacia el futuro como retroactivamente, más intereses y costas del juicio.

Relata que es jubilado del Instituto de Seguridad Social de Neuquén según Disposición del ISSN N° 157 de fecha 4/08/1992 y que su beneficio profesional se rige por el régimen ordinario de la Ley provincial N° 611.

Expone que se desempeñó durante casi veinte años en el mismo cargo y función: inspector de comercio de la

Dirección de Industria y Comercio de la Provincia de Neuquén. Su categoría se mantuvo invariable hasta el cese: FUC. Sobre esta categoría y al 80% se jubiló a partir de agosto de 1992.

Afirma que con el tiempo sus haberes previsionales se encuentran por debajo del 80% de la remuneración del trabajador estatal en actividad que se desempeña en similares funciones.

Indica que el Ministerio de la Producción y Turismo (Actual Ministerio de Desarrollo Territorial) dictó un convenio colectivo de trabajo que estableció un nuevo escalafón, con nuevas denominaciones de categorías que engloban a su personal.

Continúa el relato señalando que el organismo demandado dictó una normativa reglamentaria (Disposición N° 1019/09) adecuando los haberes de los jubilados a tales nuevas denominaciones de las categorías que componen la carrera administrativa dentro del citado ministerio.

Señala que el actor es encuadrado en el agrupamiento administrativo, nivel 3, sin embargo cuestiona que el organismo demandado exige los años de antigüedad no solo al momento del “cese” sino durante los tres años calendarios anteriores al cese, y de ese modo ubica la situación del Sr. Mendoza en un puesto intermedio entre los niveles 2 y 3, calculando 27 meses por el primero y nueve meses por el último, y luego aplica el 80% emergente de la Constitución.

Y así, insiste en que el haber sobre el cual se calcula el 80% constitucional no es sobre el equivalente a la última categoría ostentada –equivalente a AD3-, sino un haber calculado sobre dos categorías diferentes.

Agrega el otorgamiento a los activos de una serie de adicionales salariales “no remunerativos” que generan que el organismo demandado no los considere como base del 80% jubilatorio.

Cita jurisprudencia aplicable al caso y concluye que cuestiona la liquidación de haberes efectuada por dos motivos: 1) porque para determinar la base del cálculo (haber activo) se efectuó una mixtura de categorías que resulta improcedente con relación a la que tenía al cese y a su antigüedad en la administración pública a ese momento, y 2) porque en esa base no se están teniendo en consideración los aumentos otorgados a los empleados activos que, como los del art. 4° del Decreto del Poder Ejecutivo Provincial N° 2167/10, fueron calificados como “no remunerativos”.

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. 28/28 vta. se decreta la admisión de la acción por medio de la R.I. 189/14.

III.- A fs. 33/34 la parte actora opta por el proceso ordinario y ofrece prueba.

IV.- A fs. 36 toma intervención el Sr. Fiscal de Estado.

V.- A fs. 49/57 el ISSN contesta la demanda.

Reconoce el carácter de jubilado del actor.

Luego, efectúa las negativas de rigor.

Sostiene que el actor goza de una jubilación ordinaria Ley 611, otorgada por Disposición N° 157/92 de la Dirección de Prestaciones de Jubilaciones y Pensiones del ISSN.

Afirma que en julio de 2009 se realizó la adecuación al 80% móvil considerando las categorías y adicionales que durante los tres mejores años de los últimos cinco años calendarios anteriores al cese.

Aclara que las categorías que ostentó el Sr. Mendoza durante los tres mejores años de los últimos cinco calendarios anteriores al cese son: FUC durante 9 meses y FUD durante 27 meses, ambas con 18 años de antigüedad. En función

de estos datos se le asignó la categoría AD3, vigente en el CCT aprobado por leyes 2570 y 2574 desde el 1/01/2008, por la categoría FUC y la AD2 por la FUD. La determinación del agrupamiento fue realizada de acuerdo al punto 1 y 2 de los criterios de reencasillamiento aprobados por Disposición N° 1.019/09 emitida por la Dirección de Jubilaciones del ISSN, del mismo modo el nivel fue asignado según el punto 1 de los criterios de determinación de nivel.

Asimismo, indica que se le está liquidando el concepto "Complemento Resolución N° 172/07" que le garantiza al reclamante el 80% móvil.

Reitera que ante el reclamo la Subdirección de Pago y Control de la Dirección de Prestaciones de jubilaciones y Pensiones revisó la adecuación realizada sin encontrar diferencias, rechazándose el reclamo por Disposición N° 1844/12.

Explica que las categorías asimiladas para la adecuación del haber en el nuevo convenio colectivo de trabajo fueron la AD3 por 9 meses y la AD2 por 27 meses, teniendo en cuenta la función que desempeñaba y la antigüedad acreditada el momento del cese.

Concluye que se debe rechazar la demanda -con expresa imposición de costas- atento que el reencuadramiento efectuado por el nuevo Convenio Colectivo de Trabajo de los empleados del Ministerio de Producción y Turismo se ajusta a la Disposición N° 1019/09 de la Dirección de Prestaciones de Jubilaciones y Pensiones del ISSN y se encuentra adecuado al artículo 38° inc. c) de la Constitución Provincial.

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

VI.- A fs. 60/60 vta. se abrió la causa a prueba. A fs. 152 se clausuró dicho período.

VII.- A fs. 164/169 vta. se agregó el alegato de la parte actora y a fs. 170/173 el de la demandada.

VIII.- A fs. 178/180 vta. dictaminó el Sr. Fiscal General quien propicia se haga lugar a la demanda.

IX.- A fs. 181 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, el actor obtuvo el beneficio de jubilación ordinaria previsto en la Ley 611 (cfr. Disposición N° 157/92 obrante a fs. 69 del Expte. 2408-93838/9), a partir del 01/08/1992.

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- y “Naifleisch” –Ac. 96/15- 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, el actual art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial 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 mencionado –art. 38 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.

XIII.- 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 el actor sostiene que con el pasar del tiempo no se garantiza la proporción del 80% establecida en la Constitución Provincial.

Sin embargo, el organismo demandado considera lo contrario.

Así, el art. 56 de la Ley 611, establece que: *"El haber mensual de las jubilaciones ordinarias y por invalidez será equivalente a un porcentaje que alcanzará desde un ochenta por ciento (80%) a un ochenta y cinco por ciento (85%) del promedio mensual de las remuneraciones actualizadas de acuerdo con las siguientes pautas: Si todos los servicios computados fueren en relación de dependencia,* ***se promediarán las remuneraciones actualizadas percibidas durante los tres (3) años calendarios más favorables, continuos o discontinuos, comprendidos en el período de cinco (5) años también calendarios, inmediatamente anteriores al año de la cesación en el servicio****. En caso de que el afiliado optare por el período de tres (3) años calendarios continuos inmediatamente anteriores al año de cesación en el servicio y hubiere desempeñado durante dicho lapso el mismo cargo, para la determinación del haber se tendrá en cuenta la última remuneración percibida por el agente"*.

En efecto, surge la aplicación del citado artículo en la contestación de demanda, el alegato y el expediente administrativo (véanse informes de fs. 80, 85, 96 y 110 del Expte. Administrativo N° 2408-93838/9).

De modo que el haber previsional del demandado –y posterior readecuación- se determinó considerando: *"Las categorías que ostentó el Sr. Mendoza durante los tres mejores años de los últimos cinco años calendarios anteriores al cese: FUC durante 9 meses y FUD durante 27 meses, ambas con 18 años de antigüedad…"*, luego *"se le asignó la categoría AD3, vigente en el Convenio Colectivo de Trabajo aprobado mediante leyes 2570 y 2574 desde el 1/01/2008, por la categoría FUC y AD2 por la FUD"*.

Sin embargo, el Organismo demandado insiste en que *"Actualmente, se le está liquidando el concepto "Complemento Resolución 172/07" que garantiza el 80% móvil"*

No obstante, conforme lo ha señalado este Cuerpo en reiteradas oportunidades, el porcentaje garantizado por la Constitución (80%) lo es con relación a los que hubiere percibido el actor de continuar en actividad (cfr. la doctrina del Acuerdo 920/03, en autos "De la Colina").

En el caso particular del actor, al momento del cese cumplía la función de "Inspector", categoría FUC (cfr. informe de fs. 98), situación que coincide con la determinación del haber realizada en sede administrativa a fs. 68 del expte. Administrativo N° 2408-93838/9.

Ahora bien, hay acuerdo entre las partes que la última categoría desempeñada por el actor, luego de la vigencia del nuevo escalafón, es equivalente a la categoría AD3.

En consecuencia, dichas categorías -FUC y luego AD3- son las que corresponde aplicar a los efectos de la determinación del haber y posterior movilidad del haber jubilatorio, considerando la antigüedad al cese de: 18 años, 5 meses y 24 días.

Sentado ello, se analizará si dicha proporcionalidad se ha respetado, 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.- La cuestión encierra en este punto un tema probatorio, siendo determinantes la evolución de la percepción salarial de la Categoría AD3 suscripta por la Directora de Sueldos del Ministerio de Desarrollo Territorial (a fs. 86/95) y los recibos de haberes jubilatorios que demuestran lo efectivamente percibido por el actor (ver fs. 99/122).

Al confrontar la documentación mencionada -simulación de las liquidaciones de haberes y recibos de haberes acompañados por el I.S.S.N.- se observan períodos –a partir del mes de junio de 2011- en que los haberes abonados a la actora no han alcanzado el piso del 80% garantizado constitucionalmente –respecto a la categoría y antigüedad 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 junio de 2011.

Consecuentemente, se encuentra probado el menoscabo en los haberes jubilatorios de la parte 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 de la última categoría que poseía al momento del cese (FUC y posteriormente AD3) más rubros percibidos por personal en actividad de carácter habitual y regular, a partir del mes de junio de 2011.

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 el Sr. BERNABE MENDOZA, 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 junio 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