

## Haber Jubilatorio Sumas Descontadas

### JURISPRUDENCIA

### Haber jubilatorio. Sumas descontadas

### Se hace lugar

parcialmente a la demanda promovida, mandando que la Caja de Previsión Social de la Provincia de Tierra del Fuego reintegre las sumas irregularmente descontadas al accionante.

En la ciudad de Ushuaia, capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 26 días del mes de abril de 2018, se reúnen los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia en Acuerdo ordinario para dictar sentencia en los autos caratulados ?Zanarello, Abel c/ IPAUSS s/ Contencioso Administrativo?, expediente N° 3338/16 de la Secretaria de Demandas Originarias, habiendo resultado que debía observarse el siguiente orden de votación: Jueces Carlos Gonzalo Sagastume, Javier Darío Muchnik y María del Carmen Battaini.

**ANTECEDENTES** I. El señor Abel Zanarello, por su propio derecho, promueve demanda en contra del Instituto Provincial Autárquico Unificado de Seguridad Social, - hoy su continuadora legal Caja de Previsión de Social de la Provincia de Tierra del Fuego- con el objeto de que se revoque por nulidad absoluta la Disposición de presidencia N° 506/2016 y se ordene liquidar su haber previsional conforme al cargo referenciado, declarando la inaplicabilidad del decreto provincial N° 25/08; debiéndose computar dicho haber mensual desde el mes de enero de 2012 con más sus intereses hasta su efectivo pago. Asimismo solicita la inconstitucionalidad del art. 16 de la ley 1068; vide fs. 42/47. Explica que es afiliado pasivo del organismo demandado y que conforme surge del expediente administrativo Letra ?Z? N° 4636/1992 caratulado ?Zanarello, Abel s/ Jubilación Ordinaria?, obtuvo su retiro voluntario, siendo referenciado su haber en el 65 % del 100 % del haber bruto del cargo del Gerente General del Banco de la Provincia de Tierra del Fuego. Agrega que dicho cargo es el máximo de la carrera bancaria conforme lo estipula el art. 8 del CCT N° 18/75. Destaca que a partir del mes de enero del año 2012 el ente accionado le viene aplicando el tope establecido en el decreto provincial aludido y que con fecha 22 de marzo de 2013 a raíz de lo resuelto por la Sala Civil de la Cámara de Apelaciones en los autos ?Cerrota Jorge Norberto c/ Banco Provincia de Tierra del Fuego s/ diferencias Salariales ?, solicitó que se le aplique el convenio colectivo de la actividad sin el límite constitucional. Con posterioridad y ante la reiteración de reclamos finalmente el organismo se expidió merced a la DP N° 506/2016, desestimando el reclamo del actor. La disposición puesta en tela de juicio, según dice, resulta ser nula en virtud de que no se sustenta en los hechos y antecedentes que le sirven de causa pues la misma no evaluó los distintos antecedentes que fueron introducidos en sede administrativa, omitiendo el análisis de los distintos planteos efectuados, entre otros precedentes emanados de este Superior Tribunal. En cuanto a la inconstitucionalidad del art. 16 de la ley 1068 en mérito a la imposición de costas, se funda en lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la doctrina de Fallos 332:1298; consecuentemente pide le sean impuestas a la accionada.; finalmente ofrece prueba y formula reserva del caso federal. II. Mediante resolución del Tribunal obrante a fs. 56/vta. se declara la admisibilidad formal de la demanda y se ordena correr traslado de la misma, por el plazo de ley. III. A fs. 64/81 comparece el instituto accionado, merced a su letrado apoderado y contesta la acción, luego de formular una negativa pormenorizada, procede a dar los argumentos en que encuadró la situación del actor, más allá de cierta inconsistencia textual respecto a que le imputa un cuestionamiento constitucional no exteriorizado en el inicio. En ese tren de razonamiento y luego de desarrollar el articulado en que dice se sustentó la disposición de presidencia atacada, pone énfasis en el presupuesto de la movilidad del haber en base a lo percibido por el activo, en dicho orden de ideas abunda señalando que la movilidad encuentra su fundamento en diversas normas jurídicas y antecedentes obrantes en sede de su mandante, memorando que se encuentra prevista en el primer párrafo del art. 51 de la Constitución Provincial. De igual modo pondera los alcances del art. 73 inciso 4 de la Carta Magna provincial y, postula las implicancias del decreto N° 25/08 en cuanto dispone que la remuneración de los empleados y funcionarios en ningún caso podrá superar a la del Gobernador de la Provincia y parece cambiar el enfoque dado en sede administrativa al momento de expedirse sobre la reclamación del aquí demandante. Para concluir ofrece prueba y pide el rechazo de la acción. IV. A fs. 200 se dispone la clausura del período probatorio, colocándose los autos para alegar, actividad procesal que solo fue desplegada por la parte demandada. V. El Sr. Fiscal ante este Tribunal, dictaminó a fs. 209/214, inclinándose por el progreso de la acción. VI. Por Presidencia del Cuerpo a fs. 217 se advierte la necesidad de efectuar una medida para mejor proveer, probanza que fue producida a fs. 228 obrando anejado a fs. 234/vta. el alegato de la parte actora sobre el resultado de la misma. Finalmente vuelven los autos al Acuerdo. Tras deliberar, se decidió tratar las siguientes **CUESTIONES:** Primera: ¿Corresponde hacer lugar a la demanda impetrada? Segunda: ¿En su caso, que decisión corresponde dictar? A la cuestión propuesta el Juez Carlos Gonzalo Sagastume dijo: 1.- De los antecedentes transcriptos surge que la parte accionante solicita se revoque por razones de nulidad absoluta la decisión de presidencia N° 506/2016 y se ordene liquidar su haber previsional conforme al cargo referenciado, requiriendo la devolución de las sumas irregularmente descontadas

desde el mes de enero de 2012 con más sus intereses hasta su efectivo pago. Asimismo solicita la inconstitucionalidad del artículo 16 de la ley 1068. De otro lado, la Caja demandada sostiene la legitimidad de la mentada decisión de su presidente, que rechazara la petición del administrado, postulando que tal acto administrativo se encuentra plenamente ajustado a derecho y emitido dentro del estricto marco legal, imperante en el sistema jubilatorio provincial. En el marco en que han quedado establecidas las posturas antagónicas corresponde revisar los fundamentos de la disposición de presidencia N° 506/2016 que merecieron la crítica del demandante y en los que anidan el rechazo de su pretensión.

2.- De constancias administrativas anejadas a la causa caratuladas Letra 'Z' N° 4636/1992 caratulado 'Zanarello, Abel s/ Jubilación Ordinaria, y a cuyas fojas me remitiré en lo sucesivo en este acápite, he de poner de relieve que el acto administrativo enjuiciado, postula que 'la movilidad en sentido ascendente y descendente como fuera oportunamente consagrada encuentra su fundamento en diversas normas jurídicas y antecedentes obrantes en nuestro Organismo, habida cuenta que la garantía de 'movilidad' de las jubilaciones y pensiones se encuentra prevista en el primer párrafo del art. 51 de nuestra Constitución Provincial...', conf. fs. 403vta. Del mismo modo en sus antecedentes se dan por reproducidos los dictámenes N° 272/2016 de la Coordinación Técnica Jurídica Previsional y el emitido por la Comisión de Previsión Social N° 263/2016, actos preparatorios de los que se exteriorizara su entera conformidad al tiempo de emitir la disposición. En el primero de ellos se menciona que 'este organismo se encuentra obligado a modificar las determinaciones de los haberes de los beneficiarios cada vez que se establezcan variaciones de los activos manteniendo la debida relación entre ambos; esta Administración entiende que esta obligación surge en función de los haberes efectivamente liquidados al personal en actividad... Resulta claro en esta instancia, que en ningún momento hubo una efectiva percepción de los incrementos derivados de la nueva escala, a raíz del cambio de ley', v. fs. 389. A fs. 390 el dictaminante, referenciando el precedente 'Bruglieri' pone énfasis en el análisis de la movilidad y precisa que 'Tal como quedó expresado, el haber previsional se subordina directamente a la variación del salario del activo: puede incrementarse o disminuirse por igual (movilidad), pero nunca sufrirá reducción (irreductibilidad), respecto del 82% de ese parámetro (proporcionalidad), que a manera de hito o testigo permite mantenerlo constantemente actualizado, superando las contingencias económico financieras del sistema.' Solo he de poner de relieve que el acto emitido por la Comisión señalada y que se encuentra agregado a fs 398, comparte el criterio sustentado por la Coordinación Técnico Jurídica Previsional. Las consideraciones volcadas en los párrafos precedentes evidencian el papel preponderante que al momento de arribar a la decisión de presidencia, le cupo al principio de fluctuación del haber de pasividad respecto del asalariado en actividad.

3. A partir de lo expuesto verifico que la resolución puesta en vilo no se corresponde con el resultado de las probanzas producidas en autos y que invalidan la decisión adoptada en aquella sede, evidenciándose la nulidad absoluta del mismo. Me explico: de la prueba informativa ordenada como medida para mejor proveer, dirigida al banco ex empleador que rola a fs. 224/228, fácil es colegir que el Banco provincial abonó a sus empleados las diferencias salariales generadas a raíz de la aplicación del tope legal, en el que la accionada finca su resistencia al progreso de la acción.

6 Tal extremo es acreditado con la respuesta dada en el punto segundo del informe de fs. 228 y la referida copia del acta N° 09/2015 ilustrando la resolución del directorio de la citada entidad bancaria, donde se pone de relieve que no existe personal en relación de dependencia alcanzado por el tope legal, con excepción de los directores y síndico 'ver fs 226-. Del mismo modo el acta N° 24/2015 pone de relieve que se abonaron los aportes y contribuciones sobre las sumas oportunamente retenidas a los dependientes. De ello se sigue que la entidad bancaria donde se desempeñara el señor Zanarello y de donde surge el cargo testigo referencial de su haber, no sólo ya al tiempo de la emisión del acto administrativo de presidencia no aplicaba el tope legal dispuesto en función del decreto N° 25/08, sino que devolvió las sumas detraídas por este precepto y efectivizó los aportes y contribuciones. Aportaciones estas que el ente de previsión no desconoció percibir pese a conferirse especialmente traslado de la respuesta dada a la informativa reseñada. La hermenéutica diseñada y la praxis seguida por el organismo accionado han determinado, en definitiva, la emisión de la disposición de presidencia N° 506/2016 viciada en sus elementos esenciales, como se desarrollará en el siguiente considerando.

4. Como se advierte en dicha decisión se parcializaron los conceptos liquidados con carácter remunerativo por la empleadora, omitiéndose dar justificación técnica y razón para tal proceder. En otras palabras al descontar del haber de pasividad sumas, invocando su falta de correlato en el activo -pese a la percepción de las retenciones y cargas previsionales efectuadas en relación al mismo, y su efectivo cobro por el cargo testigo-, la demandada cercena la causa que da origen al acto (art. 99 inc. b) de la Ley N° 141) y lo hace sin motivación fáctica, ni respaldo jurídico alguno (art. 99 inc. e) ley cit.). Enseña Marienhoff que: 'por 'causa' del acto administrativo ha de entenderse los antecedentes o circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso llevan a dictarlo. Va de suyo que tales antecedentes o circunstancias de hecho o de derecho deben existir o concurrir al tiempo de emitirse el acto...' ('TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO', Ed. Abeledo-Perrot, 1993, t.II, págs. 298/299) Añade el mismo autor que 'habrá falta de causa o motivo en el acto administrativo cuando los hechos invocados como antecedentes que justificarían la emisión del acto no existieren o fueren falsos, o cuando el derecho invocado para ello tampoco existiere. Todo esto da como resultado que el acto pertinente sea 'nulo' de

nulidad absoluta? (ob. cit. págs. 531/532). ¿La causa debe existir e invocarse correctamente, de modo de asegurar por un lado la juridicidad y transparencia de la actuación administrativa y por el otro los derechos de los administrados (C.N.A.C.A.F., Sala I, in re "Desplats", del 28-04-98, La Ley, Suplemento de jurisprudencia de Derecho Administrativo, del 2-08-99)? (citado por PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO, "Acto administrativo y reglamento", Ed. Rap, 2002, pág. 45). Ello así, porque "...aquí interesa la voluntad objetivada del Estado, que se sustenta en primer término en el ordenamiento jurídico (lo que sería la causa primera para Fiorini) y en relación a una situación que mueve a la intervención administrativa (los antecedentes de hecho)." (ob. cit., pág. 46). Causa y motivación van de la mano para la producción de un acto administrativo válido. En orden al elemento dado en último término, la más reciente doctrina ha expresado que representa el vínculo relacional entre los elementos causa, objeto y fin, en términos de estándares de razonabilidad y proporcionalidad, y "En particular, entre los vicios que recaen sobre el nexo entre los elementos causa y objeto es posible detallar por caso: 1) cuando el objeto desconoce aquello que se sigue necesariamente de los antecedentes de hecho o derecho..." (CARLOS F. BALBÍN, "Curso de derecho administrativo", La Ley, 2008, Tomo II, pág. 120).

Aplicando las directrices reseñadas al análisis del acto administrativo por el que se fijó el haber jubilatorio del demandante, concluyo que con la detracción a su haber de las sumas reclamadas, se acotó indebidamente la base salarial aplicable en dicho trámite (antecedente de hecho/causa) y se prescindió con desacierto del carácter remunerativo por las que percibió ese segmento del salario del activo que reputaba en exceso (antecedente de derecho/causa) ya que los agentes en actividad efectuaron el aporte y la patronal la contribución. Por eso, el importe resultante para el mentado haber resultó inferior al que correspondía en función de los aportes y contribuciones efectivizados, con el agravante de que la decisión de presidencia cuestionada no contiene explicación alguna de tal proceder (inexistencia de motivación). El propio considerando expone entre otras argumentaciones que "mediante Informe N° 001/12 la División de Reclamos y Movilidad Haber Previsional, se asevera entre otras cosas que "...a los beneficiarios pasivos referenciados a Funcionarios del Poder Ejecutivo Provincial, no se les aplicó las leyes N° 851 y N° 855 sino a partir del 17/12/11..." y que "resulta evidente, palmario y notorio que en ningún momento hubo una efectiva percepción de los incrementos derivados de la nueva escala, a raíz del cambio de ley." Como quedó suficientemente acreditado ello es inexacto, desde que medió percepción por parte del activo de incrementos salariales que excedieron al tope legal, y de otro lado es igualmente falsa la existencia del aludido Informe N° 001/12 de la División de Reclamos y Movilidad Haber Previsional, toda vez que de las constancias administrativas acompañadas a la causa no reflejan tal actuación; por lo que patentiza la marcada ajenidad de lo resuelto con la petición del afiliado en la órbita de la administración. Concretando por lo demás una clara falta de respuesta a los fundamentos exteriorizados por éste en aquel ámbito. Creo apropiado recordar que la motivación es un valor profundamente político, sirve también para que puedan hacer la impugnación los terceros. La motivación se enraíza así con el derecho inviolable de defensa que asegura nuestra Constitución y todas las constituciones provinciales. Bastará citar esta garantía del artículo 18, para excluir cualquier consideración doctrinaria, aunque se encuentre expuesta por brillantes escritores europeos, sobre limitación de la motivación. La motivación es también prenda necesaria para el poder judicial que controla en los litigios los actos administrativos." (v. Bartolomé A. Fiorini, Derecho Administrativo, Tomo I, segunda edición actualizada, ed. Abeledo Perrot, año 1995). 1 Como consecuencia obligada de las deficiencias apuntadas, deviene la nulidad absoluta del acto administrativo enjuiciado, conforme art. 110 inc. d) de la ley N° 141. 5. Finalmente en el escrito de inicio se solicita la imposición de costas del proceso a la demandada, argumentando la inconstitucionalidad del art. 16 de la Ley N° 1068, de acuerdo con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 332:1298. La norma cuestionada prescribe "En cualquier proceso judicial en los que el IPAUSS o el organismo que lo reemplace sea parte, durante el plazo de la emergencia, se impondrán en todos los casos las costas por su orden". La rica jurisprudencia del Alto Tribunal de la Nación que cita la actora no principia ni finaliza en el precedente por ella transcrito. En efecto, desde "Boggero" (del 10/12/1997, Fallos 320:2792) hasta "Granello" (del 15/10/2015, exp. FLP 076001884/2010/CS001), atravesando "Flagello" (del 20/08/2008, Fallos 331:1873), "Patiño" (del 27/05/2009, Fallos 332:1298) y "García Cancino" (del 16/02/2010, Fallos 333:71), las distintas integraciones han variado casuísticamente el criterio respecto del ajuste constitucional del art. 21 de la Ley N° 24463 (de Solidaridad Previsional), que guarda cierta analogía con la norma provincial copiada. Teniendo presente aquellos fundamentos, centrándome en el art. 16 de la legislación fueguina controvertido en autos y en las constancias de esta causa, juzgo que no resulta procedente la tacha articulada. En efecto, el principio objetivo de la derrota que dimana del art. 58 del CCA no es absoluto. Por el contrario, se encuentra morigerado en el art. 59, primera parte -mediante una excepción general- su segunda parte -para la materia previsional y de empleo público, cuando es vencido el administrado que no actuó con temeridad o incurrió en pluspetición inexcusable- y en el art. 16 de la Ley N° 1068 -durante la emergencia declarada en ese plexo y, siempre que el IPAUSS (o el organismo que lo reemplace) sea parte del proceso-. Esta previsión configura un régimen específico de distribución de costas que durante la emergencia impide cargar los gastos al vencido, ya sea que se trate de un pretensor de jubilación (como en el caso de la actora) o del organismo de previsión provincial. Respecto del primero, la norma

profundiza la excepción preexistente y respecto de la Administración la implementa. Se define un límite temporal para la excepción introducida -diferencia sustancial con la norma que involucra el precedente "Patiño"- y se amplían las materias alcanzadas por ella, excediendo lo estrictamente previsional y de empleo público, en función de la presencia subjetiva del ente jubilatorio y cualquiera sea la conducta procesal mantenida por el administrado cuando resulta perdidoso. Bajo tales pautas el Estrado se pronunciado en diversas ocasiones acerca del apego constitucional del precepto examinado. Ello conforme lo resuelto en Oliver, Cristina Leonor c/ IPAUSS s/ Amparo por Mora", expediente N° 3327/16, de la Secretaría de Demandas Originaria, sentencia del 7 de julio de 2016, registrada al T° 98 F° 183/186; entre muchas otras. Así voto. Los Jueces Javier Darío Muchnik y Maria del Carmen Battaini, comparten y hacen suyas las conclusiones expuestas por el ponente, votando a la primera cuestión en igual sentido.

A la segunda cuestión el Sr. Juez Carlos Gonzalo Sagastume dijo: En atención a la respuesta dada al tratar el aserto anterior, corresponde declarar la nulidad absoluta de la disposición de presidencia N° 506/2016; y disponer que la Caja de Previsión Social de la Provincia de Tierra del Fuego, conteste a lo pretendido en la demanda, reintegre la totalidad de las sumas deducidas bajo el rubro examinado, a las que se les deberá adicionar los intereses que serán calculados conforme lo dispuesto en el precedente -"Macias, Daiana Norali c/ Patagonia Logística S.A. s/ Diferencias Salariales" expte. N° 2411/16 STJ-SR, sentencia del 19 de junio de 2017, registrada al T° XXIII, F° 315/319- hasta su efectivo pago, y dentro de los diez (10) días de quedar aprobada la liquidación. Las costas se distribuyen por su orden en virtud de lo dispuesto en el art. 16 de la ley 1068 (prorrogado por el art. 1 de la Ley N° 1190). Así voto. Los Jueces Javier Darío Muchnik y María del Carmen Battaini, por análogas razones a las desarrolladas por el Juez Sagastume, deciden el presente interrogante en idéntico sentido. Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente SENTENCIA Ushuaia, 26 de abril de 2018. VISTAS: las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA RESUELVE: 1°.- HACER LUGAR PARCIALMENTE a la demanda promovida por el Sr. Abel Zanarello, mandando que la Caja de Previsión Social de la Provincia de Tierra del Fuego reintegre las sumas debidas con más sus intereses, conforme lo dispuesto al resolver la segunda cuestión. Con costas por su orden. 2°.- DIFERIR la regulación de los honorarios profesionales para cuando exista base de cálculo. 3°.- MANDAR se registre, se notifique a las partes y cumpla. Registrado: T° 106 - F° 147/153 Fdo.: Javier Darío Muchnik, Presidente STJ, Dres. Maria del Carmen Battaini Juez STJ., Dr. Carlos G. Sagastume Juez STJ. Ante Mi.: Dra. Roxana C. Vallejos, Secretaria SDO. STJ

029290E