

//neral Roca, 15 de diciembre de 2014.

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados: "ROMERO RICARDO ERNESTO c/ PROVINCIA DE RIO NEGRO (PODER JUDICIAL) s/ RECLAMO" (Expte. Nº 2CT-23404-10).

Previa discusión de la temática del fallo a dictar con la presencia personal de los jueces votantes, de lo que da fe la Actuaria, corresponde votar en primer término a la Dra. Gabriela Gadano, quien dijo:

RESULTANDO: A fs.5/13 se presenta el Dr. Gustavo Martínez, con patrocinio del Dr. Mauricio Luis Merlotti y promueve demanda contencioso administrativa representando al Dr. Ricardo Ernesto Romero.

Pide la declaración de inconstitucionalidad de las quitas que se realizan en su remuneración con fundamento en la ley 4035 y que en lo sucesivo se mande liquidar la totalidad de la remuneración que le corresponde como Fiscal y se condene a abonar lo que se le ha descontado incorrectamente. La ausencia de reclamo de lo anterior se funda en el consentimiento tácito que tornara el descuento como un aporte voluntario.

Cuenta que se encuentra retirado de la Policía de Río Negro, donde cumplió funciones durante un plazo de 29 años llegando a la jerarquía de Comisario Inspector. Que retirado de la fuerza en 1/4/2001 ingresa a prestar servicios en el Poder Judicial de la Provincia de Río Negro, desempeñándose como Agente Fiscal en la 2ª Circunscripción Judicial, hallándose en ese momento vigente la Ley Provincial 3.239, luego modificada por ley 3.584 para finalmente ser sustituida por ley 4.035 (promulgada en 30-12-2005).

Explica que ambas leyes tuvieron como fin crear un fondo solidario de asistencia a desocupados, integrado por el aporte de los agentes públicos en actividad que a su vez se encuentren percibiendo beneficios previsionales o de retiro, bajo cualquier sistema previsional de que se trate, exceptuados los que solo perciban beneficio de pensión. Dicho aporte que se calculará sobre el monto bruto correspondiente al menor haber, excluyendo las asignaciones familiares y se descontará de las remuneraciones que perciba del Estado conforme los siguientes porcentajes: 50% cuando cada uno de los haberes brutos superen el importe de \$ 3.000, 30% cuando uno solo de los haberes brutos supere el importe de \$ 3.000 y del 20% en los restantes casos.

Al ingresar al Poder Judicial le fue practicado un descuento sobre su remuneración como fiscal, con destino a tal fondo, que primero fue del 20% por ley 3239 y luego del 30% con la modificación de la 3584, lo que considerando la grave crisis económica y social por la que en ese entonces atravesaba el país y que exigía sacrificios de todos no

entendió irrazonable. Empero cuando la situación fue mejorando, amén de mantenerse la constitución del fondo se sanciona la ley 4035 con la que los pisos remunerativos incrementan de sobremanera la quita y en lugar de deducir el 30% se descuenta un 50%, agravado todo ello con las menguadas remuneraciones y la existencia del impuesto a las ganancias sobre el haber de retiro y el aporte al régimen de jubilaciones que se realiza sobre el mismo y que "absurdamente" se computan como base para el descuento sobre el haber del activo.

En el ámbito administrativo su reclamo concluyó en la denegatoria por la imposibilidad de declarar la inconstitucionalidad sin la existencia de una causa judicial que lo habilitara a ello. En vistas de que se le hizo saber la comprensión por la injusticia del caso y que se estaba en preparativos de una solución de los poderes políticos al respecto, debe recurrir a la vía judicial.

Explica las bases del agravio constitucional que suscita la norma de la siguiente manera:

1. Concepto de solidaridad: Se establece un fondo solidario, integrado por el aporte obligatorio de los agente públicos, concepto ambiguo y autocontradictorio si se atiende a que la solidaridad es de características personales y siempre como un acto volitivo no impuesto, al que la RAE define como una adhesión circunstancial a la causa o empresa de otros, dentro de los límites individuales que imponga la conciencia a cada uno de los funcionarios y magistrados alcanzados por la irreductibilidad de sus remuneraciones (del fallo Rodríguez Ernesto Juan s/ amparo Expte 11968/97). Desde tal óptica el descuento ha sido válido solo por la circunstancia de haber mediado consentimiento tácito y dejó de serlo en el momento que decide iniciar los reclamos.

2. Es un impuesto y como tal contraría la Constitución: Si se concluyera que por su naturaleza no puede hablarse de "aporte solidario" o sea voluntario, participa de la naturaleza de los impuestos o cargas fiscales obligatorias.

Si bien se descuenta sobre la remuneración como Agente Fiscal, lo que en realidad se está gravando es el haber previsional el cual, amén de irrenunciable, es como erogación del Estado Nacional de su exclusiva competencia.

Uno de los principios básicos del sistema previsional argentino es que debe existir una razonable proporcionalidad entre el haber de pasividad y el de actividad atendiendo a la naturaleza sustitutiva que cabe reconocer al primero respecto del segundo. De modo que la garantía reconocida es burlada cuando el Estado Provincial retiene parte del haber jubilatorio de la remuneración que le corresponde como funcionario judicial en plena actividad.

Por vía de una legislación provincial se anula total o parcialmente un beneficio atendido con recursos del presupuesto nacional, ingresando sobre materia que no ha sido reservada. En tal sentido, la igualdad variaría en las distintas provincias interviniendo en la determinación de su régimen legal. La Provincia desmanteló su propio sistema previsional y quien realiza la quita no es el Estado Nacional.

El gravamen supera el 33%, por encima del cual se ha considerado inconstitucional y en el caso el descuento no solo es del 50% sino que se toman en cuenta dineros que no sólo no ingresan al patrimonio de Romero, sino que le son retenidos por el Estado Nacional, refiriéndose concretamente al 13 % que los policías siguen aportando luego de su retiro, mas lo que se le retiene en concepto de impuesto a las ganancias, de modo que lo que realmente se retiene sobre el haber previsional llega hasta más de dos tercios.

3. Afectación del proceso inflacionario: El envilecimiento del signo monetario y la pérdida de su poder adquisitivo se ha acrecentado en los últimos meses y lo que se considera un incremento no es tal, toda vez que las subas no han cubierto el proceso inflacionario que sigue profundizándose.

Haciendo referencia a la innegable manipulación de los índices del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, repara en los informes de la Dirección Provincial de Estadística en cuya página oficial se puede extraer un aumento de los índices de precios minoristas del 63;73% en el año 2002 para reducirse a 4.53% en el 2003 hasta elevarse a 27,60% en 2007 y llegar a un 13,35% en el primer semestre del año 2010, lo que acumulado entre el 31-12-2011 y 30-6-2010 representa un 374%.

4. Intangibilidad del haber: Expresa que se halla fuera de toda discusión el haber de los Magistrados no está sujeto a impuestos ni gravámenes de ninguna naturaleza por su condición de intangible, tratándose afirme de un beneficio reconocido por el ordenamiento nacional y que por ello no puede brindarse a los miembros de los poderes judiciales provinciales un trato discriminatorio, so riesgo de incurrir en una violación al principio de igualdad, considerando a unos jueces o funcionarios judiciales de primera y a otros de segunda o más baja categoría, motivo por el cual insiste en que los descuentos sólo pueden tener sustento en tanto medie conformidad del Magistrado, lo que en su caso dejó de concurrir en el momento en que promovió el reclamo en s del cese del aporte.

Añade en ese orden que la magistratura se halla exenta del pago de impuestos, por ser de la esencia de su organización institucional la intangibilidad de la remuneración, como aseguro de la independencia de tal poder del Estado y a título de garantía

conferida al órgano institución y al órgano individuo, no para su exclusivo beneficio personal sino como modo de resguardar su función en el equilibrio tripartito de los poderes del Estado, el que ni siquiera puede ser afectado por razones de emergencia. Se trata de una garantía que no significa inmunidad ni privilegio personal, sino un elemento constitutivo de las funciones que se asignan, que no repugna la igualdad sino que se trata de una diferencia de régimen fundada en una diferencia funcional, lo que hace imposible su extensión a otros funcionarios.

Los Fiscales, asimilados a los Jueces, no están sujetos a impuestos tal como lo ha reconocido la CSJN, por lo que no correspondería que se le realice descuento alguno excepto que hubiere consentido el mismo.

Como que de admitirse la existencia del aporte, observando el precepto de intangibilidad no podría en modo alguno ser superior al 20% que se le descontaba en el año 2001 cuando ingresó al Poder Judicial como Fiscal de Comisaría.

Al momento de efectuar la crítica sobre el modo de cómputo del aporte destaca que no es posible que se tome como base un bruto que comprende importes que no sólo no ingresan al patrimonio, sino que son retenidos por el Estado Nacional como impuesto o aportes obligatorios.

Como las normas jurídicas no pueden ser interpretadas de un modo que lleve a notorias injusticias o absurdos, corresponde acordarle un alcance que no las ponga en pugna con el ordenamiento legal en su conjunto y los principios fundamentales que lo informan. Deja pues planteado como cuestión suplementaria y eventualmente subsidiaria el cuestionamiento del modo en que se interpreta el haber bruto y en particular cuando ello lleva a que los descuentos superen lo que, en una posición flexible, podría considerarse constitucionalmente tolerable.

Subsidiariamente y en la hipótesis de que se considerare constitucionalmente factible la aplicación de impuestos, contribuciones y gravámenes a la magistratura solicita se admita el mismo solo en el porcentual del 20% previsto al momento del ingreso como fiscal y condenar la devolución de las diferencias con los intereses. Mas subsidiariamente aún entiende que el descuento nunca puede superar el tercio del haber jubilatorio.

Cualquiera sea la decisión reclama que se determine que la interpretación que corresponde al haber bruto no puede incluir lo que se retiene por impuesto a las ganancias, aportes al régimen de previsión social y cualquier otro que resultare general y obligatorio y que en la hipótesis de que se considerare viable el impuesto,

contribución o gravamen en el marco de un estado de emergencia, ésta no puede declararse para limitar los derechos por un tiempo indefinido, más aun cuando han cesado las condiciones existentes cuando se dictara la primera y la segunda de las leyes mencionadas.

Formuló una propuesta de conciliación para la consideración de la Comisión de Transacciones Judiciales, pide medida cautelar y ofrece prueba.

A fs.20/24 se rechaza mediante interlocutorio la medida cautelar.

A fs.26 se corre traslado de la demanda,

A fs.218/223 se presenta el Dr. Eduardo Manuel Martirena con poder general conferido por el Fiscal de Estado para representar a la Provincia de Río Negro.

Niega la inconstitucionalidad originaria y sobreviniente; que la normativa vulnere derechos del actor; que haya variado unilateral y arbitrariamente el contrato de empleo público; que se vulnere la intangibilidad remuneratoria prevista en el art. 199 inc.4° de la Constitución Provincial; que se viole la igualdad ante la ley; que no exista emergencia justificativa para el dictado de la norma; que se violente el principio de solidaridad; que los índices inflacionarios sean los que pretende el actor y que sean certeros los informes de los organismos privados que cita.

Opone prescripción parcial del crédito reclamado. Los períodos mensuales de descuentos efectuados cuya devolución se reclama exceden el plazo de dos años desde la interposición de demanda. Fija como fecha para el cómputo bianual la interposición de la demanda, por cuanto como dijo el STJ al rechazar los reclamos con que el actor pretendió se hiciera lugar a su reclamo en sede administrativa, es inadmisibile que se proceda a declarar la inconstitucionalidad de una ley como se pretende en el caso. De allí que los recursos entablados resultan improcedentes para obtener el resultado pretendido, careciendo de virtualidad para suspender o interrumpir la prescripción. Pide que se aplique el precedente "Yearson" donde se recuerda que el personal y funcionarios están sujetos a la prescripción bienal, dejando sin efecto la doctrina sentada en "Acharez". De hacerse lugar a la demanda sólo se podrían liquidar retroactivamente los montos reclamados por el período bienal no prescripto.

Contesta demanda pidiendo que se considere que el actor al momento de iniciar sus funciones como Agente Fiscal conocía las condiciones de su régimen laboral y remuneratorio, aceptándolo de manera expresa, tal como consta en la documental obrante a fs.5 vta del Expte.N° RH/0438/07 de carátula del STJ. Aun conociendo las normas que regían su remuneración, ingresó y permaneció en el cargo, dejando de lado

la posibilidad de ejercer su actividad como abogado en la profesión o como docente, donde no habría estado sujeto a la ley que hoy impugna como inconstitucional, pudiendo contar con la integridad de su haber de retiro producto de su jubilación anticipada como Asesor Legal de la Policía de Río Negro.

Contraviene pues la doctrina de los propios actos, pues tras ingresar aceptando las condiciones determinadas por el Estado, revierte su conducta, pretendiendo desligarse de las condiciones en que ingresó y las obligaciones que asumió.

El mayor damnificado por la inaplicación, declaración de inconstitucionalidad mediante, es el actor, quien verá suprimida una de las tres opciones del actual art.19 inc.n) de la ley 3.550, renaciendo con todo su rigor la incompatibilidad plena y restando solamente la posibilidad de solicitar la suspensión de su haber previsional o presentar la renuncia al cargo remunerado.

Hay una visión sesgada en el planteo del actor en tanto omite considerar las proyecciones de la regulación sobre incompatibilidades que hace necesario recordar que no está permitido invocar la mismo tiempo la parte de un precepto que favorece y rechazar la que se opone a la pretensión, con lo que no cabe invocar el beneficio que otorga el art. 19 inc n.a de la ley 3.550 (mantenimiento de los dos ingresos) y a la vez rechazar la carga correlativa (aporte de la ley 4035) constituye un razonamiento como mínimo erróneo.

La modificación de una ley o reglamentación por otra posterior no origina cuestión constitucional alguna, porque nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a la inalterabilidad de los mismos.

El actor al ejercer las funciones de Agente Fiscal carece de derecho a percibir otro salario erogado del erario público, con la sola excepción de que despliegue actividad docente y vista la situación desde la óptica de su relación con otro retirado de su misma condición que opta por la actividad privada de carácter liberal le otorga la certeza de percibir regularmente el salario mes a mes, libre de gastos y gravámenes y que sin pretender comparar situaciones, ha hecho un ejercicio de opción de vida laboral que conlleva determinado tipo de consecuencias inevitables.

Destaca que al margen de continuar vigente la emergencia, no existe el pleno empleo y sigue habiendo importante número de desempleados, con lo que continúa vigente la ley de creación y regulación del Fondo Solidario de Asistencia a Desocupados.

El planteo de inconstitucionalidad ensayado encuentra un obstáculo insalvable en la normativa local de ética e idoneidad en la función pública, de cuyas consecuencias

parece desentenderse (ley 3.550). La regla es la incompatibilidad de desempeño de toda actividad remunerada por el Estado, sea éste Provincial o Municipal con la percepción de cualquier tipo de beneficio previsional o haber de retiro, concedido en el orden nacional, provincial o municipal, salvo la percepción de una pensión o actividad docente. Alcanzado por la incompatibilidad cuenta con la posibilidad de optar a su arbitrio entre: a-la percepción del haber previsional o retiro y continuar en el desempeño de la función, cargo o relación contractual, efectuando el aporte obligatorio al fondo solidario creado por ley 4035; b-solicitar la suspensión de su haber previsional o de retiro durante el desempeño simultáneo del cargo, percibiendo la retribución correspondiente al mismo o el monto del contrato; c-presentar la renuncia al empleo, cargo o función remunerada por el Estado o rescindir el contrato.

Aclara que resulta con creces una norma más beneficiosa que la derivada de otras regulaciones como el Decreto PEN 894/01 que obliga a suspender la percepción de alguno de los dos haberes, precisamente porque le brinda una alternativa orientada a la ayuda a los más desprotegidos y le permite mantenerlo a cambio de realizar un aporte solidario.

De acoger lo solicitado, supondría quedar liberado de la prohibición, sin cumplir con la carga exigida a tal fin de aportar al fondo de desocupados, lo que en derecho comparado se conoce como "free rider", esto es, quien aprovecha los beneficio de la vida en sociedad, pero no está dispuesto a pagar por ellos.

La Corte Federal ha convalidado el establecimiento de una incompatibilidad entre la percepción simultánea del salario activo y un haber previsional y el consiguiente deber del beneficiario de optar por la percepción de alguno de ellos y la situación de Romero es más favorable que la admitida por la Justicia Federal que lo exime de la incompatibilidad a costa del aporte solidario.

Si la CSJN consideró en "Saralegui" razonable la suspensión del haber previsional (privación total mientras se perciba salario activo) con más razón lo es una contribución que con base en reglas de fraternidad prevé un aporte y ni siquiera priva al sujeto de todo el sueldo.

Posteriormente el mismo tribunal en "Stutz" en que la Corte hace suyo el dictamen de la Procuradora Fiscal, ha enfatizado que la normativa que obliga a optar en caso de incompatibilidad no supone vulneración constitucional desde que no lo obliga a renunciar a su estatus de jubilado o de empleado sino que le otorga la posibilidad de optar.

Agrega que el actor accedió a un beneficio previsional de retiro anticipado que ya de por sí conlleva un privilegio con un límite de edad mucho menor al de la jubilación ordinaria, máxime rigiendo a la fecha la ley 4449 de adhesión al régimen previsional nacional previsto en la ley 24.018 con incompatibilidad amplia para el ejercicio de la abogacía y procuración, cuando se accede a la jubilación como magistrado o funcionario.

Cuestiona el errado concepto de solidaridad inserto en la demanda pues de la ley surge que es obligatorio el aporte y se distingue del voluntario que también describe la ley.

Disiente con la naturaleza que la parte actora da al descuento emergente de la legislación involucrada, pues alega que se trata de un impuesto, para lo cual pide se siga la doctrina sentada por la Procuración General en su dictamen 89/01 en la causa "De la Rosa Rafael y otros" donde se dice que no afecta el principio de intangibilidad del art. 199 inc. 5 de la CP no queda alcanzado por contribuciones generales las que no pueden entenderse referidas solo a las imposiciones tributarias. Ello aun cuando reitera que se está en el campo de las incompatibilidades y no en la cuestión impositiva, cuando además los descuentos atienden el principio de progresividad, imponiendo mayores a mayor nivel remunerativo. El porcentaje de aporte es proporcional al nivel de ingresos conforme al estándar del precedente de la CSJN "Guida" y responde al principio de capacidad contributiva, lo que no deja dudas de la aptitud para contribuir con quienes afrontan la situación de desocupados.

En subsidio dice que de considerarse confiscatorio el porcentaje del 50% sobre los ingresos brutos, se tome en cuenta el 33% que ha sido fijado como constitucional para cuestiones como los topes indemnizatorios por despido.

El envilecimiento del signo monetario y la pérdida del poder adquisitivo es una cuestión ajena a lo discutido, que perjudica a todos los habitantes de la provincia dentro de quienes son los desocupados los mayores afectados.

Respecto de la intangibilidad del salario de los jueces entiende que se trastoca la aplicación del principio, pues en realidad se le está permitiendo obtener una doble retribución.

La equidad legal está dada en función de que se toma el monto del haber menor con el fin de no perjudicar al agente que es beneficiario del haber del retiro y en forma concomitante del resultante como Agente Fiscal, de modo que si bien el porcentaje del aporte es de un 50% está tomando como base solo el haber jubilatorio, pero si se sumaran las dos retribuciones es obvio que el descuento sobre el total concluye en ser

mucho menor.

Ofrece prueba.

A fs.225/226 contesta la parte actora. El régimen de la Policía fue excluido en forma expresa de la transferencia de la caja provincial previsional al Anses de modo que lo acordado a Romero no es un privilegio sino un derecho que está justificado en el carácter riesgoso de la tarea desempeñada y en el mayor porcentual que aporta al sistema previsional por el que luego de su pase a retiro sigue pagando.

No hay crédito prescripto alguno, pues si no se hubiera hecho el reclamo administrativo con justificación podría sostener que hay inhabilidad de jurisdicción por no haberse recurrido a la instancia administrativa. Se intentó asimismo antes de la instancia judicial para que el Superior Tribunal de Justicia como cabeza de poder utilizara una interpretación distinta de la forma de liquidar en ese ámbito por la afectación de las remuneraciones propias.

A fs.235/238 se difiere el tratamiento de la excepción de prescripción para la oportunidad de la sentencia definitiva y se fija audiencia de conciliación, la que realizada a fs.262 no acuerda y a fs. 263/264 se abre a prueba.

A fs.243 el Dr. Eduardo Martirena dice que por estar relacionada con el tema, informa de la vigencia de la ley 4653 (BO 2-6-2011).

A fs.240 en razón de su designación como Auditor General Judicial El Dr. Martínez renuncia como apoderado del actor, presentándose a fs. 246 el Dr. Fernando A. Carrasco.

A fs.251/254 la Comisión de Transacciones Judiciales dictamina por unanimidad que no propone acuerdo transaccional en constancia que se agrega.

A fs.262/263 se realiza audiencia de conciliación en la que intervienen los Dres. Fernando Carrasco y Raúl Bidart (este último como apoderado de Provincia de Río Negro).

A fs.263/264 se abre a prueba produciéndose a fs. 299 respuesta testimonial por escrito de la Dra. Margarita Carrasco en su condición de Jueza de Instrucción, a fs. 302/380 informativa de Anses, a fs. 383/385 responden por escrito el Dr. Emilio Stadler (Juez de Cámara de Crimen) y Graciela Echegaray (Fiscal), a fs. 389 el Dr. Rubén Norry (Juez de Instrucción), a fs. 397 informativa de Contaduría General de la Provincia de Río Negro, a fs. 399/416 la del Cr. Abel Peña, Contador General del Poder Judicial, y a fs. 421 audiencia de vista de causa en la que se desiste de la testimonial pendiente, y los letrados formulan alegatos, llamando autos para dictar sentencia.

CONSIDERANDO: I.- EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN: Opono la demandada prescripción parcial del crédito reclamado. Dice que los períodos mensuales de descuentos efectuados cuya devolución se reclama, exceden el plazo de dos años desde la interposición de la demanda. Fija como fecha para el cómputo bianual la interposición de la demanda, por cuanto como dijo el STJ al rechazar los reclamos en instancia administrativa, es inadmisibile que se proceda a declarar la inconstitucionalidad de una ley como se pretende en el caso. De allí que los recursos entablados resultan improcedentes para obtener el resultado pretendido, careciendo de virtualidad para suspender o interrumpir la prescripción. Pide se aplique el precedente "Yearson" donde se recuerda que el personal y funcionarios están sujetos a la prescripción bienal, dejando sin efecto la doctrina sentada en "Acharez". De hacerse lugar a la demanda, sólo se podría liquidar retroactivamente los montos reclamados por el período bienal no prescripto.

En respuesta dice la actora que no hay crédito prescripto alguno, pues si no se hubiera hecho el reclamo administrativo, con justificación podría sostenerse que hay inhabilidad de jurisdicción por no haberse recurrido a la instancia administrativa. Se intentó asimismo antes de la instancia judicial para que el Superior Tribunal de Justicia como cabeza de poder utilizara una interpretación distinta de la forma de liquidar en ese ámbito por la afectación de las remuneraciones propias. En el fallo "Yearson" se dijo que por aplicación del art.4032 del Código Civil la obligación de pagar a los jueces, árbitros o conjueces, abogados, procuradores y toda clase de empleados de la administración de justicia sus honorarios o derechos (cf. art. 4032 Cód.Civil) ... Debe recordarse en relación al personal (empleados y funcionarios) que el Superior Tribunal de Justicia, al reglar determinadas asignaciones y bonificaciones es de dos años, oportunidad en la que consideró que quedaba sin efecto la doctrina sentada anteriormente por el STJ en el precedente "ACHAREZ", fallo del 21.12.90, como norma especial concebida por Vélez Sárfield para todos los funcionarios y empleados del Poder Judicial que debe proceder por el principio de especialidad sobre cualquier otra norma.

Tuve oportunidad de expedirme al respecto en 15 de octubre de 2012, en autos "Lasalle Susana y otros c/ Provincia de Río Negro (Poder Judicial) donde fui categórica al discrepar con lo sostenido por el STJ en la causa "Yearson", fallado en 7-6-2001, quien reclamaba el cobro de honorarios de su intervención como conjuez, Se dijo en "Lasalle": "...La fuerza justificatoria de la prescripción de dos años para el reclamo de

haber en 'Yearson', está ligada a honorarios por servicios relacionados con la administración de justicia. En tal sentido desprender la primera parte de lo que dice la segunda es quitar las razones sustanciales y atender a una literalidad que decididamente no fue el supuesto fáctico pensado por el legislador. Como bien lo explica el Dr. Trigo Represas en su anotación del art. 4032: '...se menciona a toda clase de empleados en la administración de justicia y secretarios de costas, que a la época de la sanción del Código Civil, percibían derechos y honorarios de quienes intervenían como partes en los litigios y utilizaban sus servicios, tratándose en este aspecto de un supuesto que ha caído en desuso, por cuanto tales funcionarios hoy ya no cobran tales derechos, sino que perciben un sueldo del Estado ... no es siempre método recomendable el atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que las nutre es lo que debe rastrearse en procura de una aplicación racional, que averse el riesgo de un formalismo paralizante...' (316:3045)...El art. 4032 del C.Civil en su integralidad refiere a las obligaciones de pagar honorarios o derechos vinculados a quienes ejercen profesiones liberales. En el inc.1º habla de honorarios y derechos, mas no de salario, e individualiza el encuadre en un solo aspecto del ejercicio profesional. Concretamente el ligado a actividad judicial, en costos que deben ser asumidos por las partes. De allí que el plazo de prescripción se dirige a honorarios o derechos de jueces árbitros, conjueces, abogados procuradores y, solo dentro de ese contexto, aparece la frase 'toda clase de empleados en la administración de justicia'. Asimismo, no se puede despegar el primer párrafo de los tiempos en que la prescripción comienza a correr, momentos todos que no pueden ser relacionados con aquellos dependientes que devenguen derecho a salario. En el Código Civil comentado y anotado dirigido por Santos Cifuentes, de Editorial La Ley (pag. 658 y sgs, edición 2011) dice lo siguiente: '...El término de prescripción de la acción por cobro de honorarios, de la que son titulares las personas que ejercen las actividades referidas en la norma, es de dos años...' y ya en concreta referencia al inc.1º comenta: '...Este inciso comprende tres categorías distintas: a) la de los jueces árbitros y conjueces; b) la de los empleados en la administración de justicia y; c) la de abogados y procuradores, que corresponde estudiarlas por separado. a) No están incluidos los jueces que integran el Poder Judicial, cuyos haberes son pagados por el Estado. En cuanto a los conjueces, cuando son abogados de la matrícula llamados a integrar tribunales en casos de recusación o excusación de sus miembros, su desempeño constituye una carga pública y, si les correspondiera retribución debe ser a cargo del Estado. Los jueces árbitros que son los elegidos por las partes para que decidan

cuestiones que éstas le someten, se asimilan a los arbitradores y amigables componedores... b) Esta disposición tiene una aplicación escasa por cuanto el personal dependiente del Poder Judicial, recibe su remuneración del Estado. c) Los honorarios de abogados y procuradores se rigen por la prescripción bienal siempre que correspondan a trabajos judiciales y que no hayan sido regulados judicialmente. Con relación a la labor extrajudicial, se aplica la prescripción decenal ... En consecuencia, dejo aquí asentada mi divergencia con la interpretación que el STJRN hace de la prescripción sobre los haberes de los empleados en la administración de justicia y postulo que los ingresos que les corresponden a los dependientes del Poder Judicial son equiparables a los de los que prestan servicios en relación de dependencia con el resto de la administración pública provincial y municipal, en los términos de "Acharez" dictada por el Máximo Tribunal en 21-12-1990, cuya prescripción por aplicación del art. 4027 inc. 3º del Código Civil es de cinco años, y por las mismas razones que allí se esgrimieron..."

En lo relativo a la forma de contar esa prescripción de cinco años relacionándola con el tiempo de inicio del reclamo administrativo previo, me remito a lo dicho por el Tribunal que integro en autos "Sarden c/ Municipalidad de General Roca" (29-5-2013), "Aguirre c/ Municipalidad de General Roca" (27-12-2012) y otros que bajo igual concepto analizan los tiempos y el juego de la suspensión/interrupción del curso prescriptivo, a cuyas reflexiones me remito, concluyendo que, con fundamento en todo lo allí dicho, la pretensión ejercitada no está prescripta.

**II. IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD-
LEY DE ÉTICA PÚBLICA - OPCIONES PREVISTAS EN LA LEY -
CONCLUSIONES:** Anticipo mi coincidencia plena con los argumentos esgrimidos por la demandada en su conteste de fs. 217/223. Máxime cuando no se ha puesto en discusión la constitucionalidad de la ley y reformas que dieron lugar a toda la reglamentación provincial que define el descuento cuya eliminación se persigue y que lejos de estar relacionado con el derecho de propiedad, quedó vinculado a la nueva materia administrativa que fuera introducida por el art 36 de la Constitución Nacional, bajo la reforma de 1994.

En efecto, la regulación de la ética jurídica aparece como una necesidad a partir de la toma de conciencia de que "...la corrupción operaba como un verdadero metasistema, más efectivo aún que los aparatos oficiales sobre los que se había asentado y de los que se alimentaba..." dejando al descubierto un verdadero "imperfecto democrático" que evidenciaba "...la presencia de un verdadero Estado detrás del Estado, caracterizado por

un obrar clandestino y contrario tanto al Derecho como a la democracia política, con marcado desprecio hacia los principios de legalidad, publicidad, transparencia, control y responsabilidad de los actos de gobierno..." (Revista de Derecho Público editada por Rubinzal-Culzoni, 2002-2, La Regulación Jurídica de la Ética Pública por Julio Rodolfo Comadira, ps. 595 y sgs.).

El tema cuyo desarrollo inicial comenzó en la década del 80, fue creciendo durante los años 90 y la reforma constitucional del año 1994 incorporó el art.36, disponiendo que el Congreso sancionaría una Ley de Ética pública para el ejercicio de la función. La primera de ellas lleva el N° 25.188, fue reglamentada por el Decreto 164/99 y se complementa con el posterior dictado de la Ley 25.164. El Poder Ejecutivo Nacional hizo lo propio mediante el Decreto 894/01 del 11-7-2001.

En su ámbito la Provincia de Río Negro, sancionó la Ley 3.550 en 18-9-2001, promulgada en 4-10-2001 (BO 3932), bajo el nombre "Ley de Ética e Idoneidad de la Función Pública", cuyo texto sistematiza deberes y pautas de comportamiento que parte de ciertos deberes genéricos, bajo los cuales se agrupan otra serie de deberes específicos.

Su art.19 inc.n establece como incompatible con el ejercicio de la función pública: "...El desempeño de toda actividad remunerada por el Estado, sea éste Provincial o Municipal, con la percepción de cualquier tipo de beneficio previsional o haber de retiro, concedido en el orden nacional, provincial o municipal..." y explica que: "...Se considerarán actividades remuneradas por el Estado todas aquellas relaciones de empleo, funciones y cargos generadoras de sueldos, retribuciones, dietas o cualquier otro emolumento, incluyéndose las prestaciones contractuales de medios, de obras y/o servicios que se efectúen con o sin relación de dependencia, en cualquiera de sus tres Poderes, organismos de control, entes autárquicos, sociedades estatales y empresas. Quedarán exceptuados de la incompatibilidad aquí establecida, los agentes públicos que perciban únicamente beneficio de pensión y quienes, percibiendo algún beneficio previsional se desempeñen como docentes al frente del curso o grado, siempre y cuando la legislación sectorial específica permita la acumulación de cargos en actividad y pasividad, y la tarea docente sea la única que presten remuneradas por el Estado...".

En cuanto a aquellos que se encuentren alcanzados por la incompatibilidad dice: "...deberán formular la opción entre: a) percepción del haber previsional o de retiro y continuar en el desempeño de la función, cargo o relación contractual, efectuando el aporte obligatorio al Fondo Solidario de Asistencia a Desocupados establecido por la

Ley Provincial 4035 y sus modificatorias; b) solicitar la suspensión de su haber previsional o de retiro durante el desempeño simultáneo del empleo, cargo, función o contrato, percibiendo la retribución correspondiente al mismo o el monto del contrato; c) Presentar la renuncia al empleo, cargo o función remunerada por el Estado o rescindir el contrato...".

Si bien el inciso "n" que transcribí, no existía al momento de la sanción de la ley 3550, la ley 3239, que creó el fondo solidario de asistencia a desocupados había sido sancionada en 27-10-1998 y promulgada el mismo día (BO 29-10-1998) y disponía lo siguiente: "...El Fondo (Solidario de Asistencia a Desocupados) ... estará integrado por el aporte obligatorio de los agentes públicos que a su vez se encuentren percibiendo beneficios previsionales de cualquier sistema o régimen previsional de que se trate, exceptuados los que sólo perciban beneficios previsionales derivados de pensión. Tal aporte será del veinte por ciento (20%) del menor haber bruto que corresponda al agente, excluyendo asignaciones familiares y se descontará de la remuneraciones que perciba como activo...".

La incompatibilidad del art.19 inc. n y las opciones a que se hacen referencia quedan incorporadas al promulgarse el DNU 106 en 5-2-2002, bajo Ley 3.584 que mediante el art.8 de tal cuerpo legal modifica el art.2 de la ley 3239 quedando redactado en los siguientes términos: "...El Fondo creado de acuerdo a lo establecido en el artículo precedente, estará integrado por el aporte obligatorio de los agentes públicos que se encuentren percibiendo beneficios previsionales o de retiro bajo cualquier sistema previsional de que se trate, exceptuados los que sólo perciban beneficio de pensión. El aporte obligatorio al Fondos Solidario de Asistencia a Desocupados se calculará sobre el monto bruto correspondiente al menor haber, excluyendo las asignaciones familiares y se descontará de las remuneraciones que perciba el Estado conforme a los siguientes porcentajes: a) Del cincuenta por ciento (50%) cuando ambos haberes brutos, excluyendo las asignaciones familiares, superen el importe de pesos tres mil (\$ 3.000); b) Del treinta por ciento (30%) cuando sólo uno de los haberes brutos, excluyendo las asignaciones familiares, superen el importe de pesos tres mil (\$ 3.000); c) del veinte por ciento (20%) en los restantes casos.

Mediante ley 4035 (sancionada el 13/12/2005 Promulgada el 30/12/2005 y publicada en B.O.Prov. N°: 4378) se dispone que el fondo destinado al otorgamiento de asistencia económica, social y de capacitación y desarrollo de programas de fortalecimiento y transformación de los emprendimientos de quienes no cuenten con un puesto de trabajo

remunerado, estará integrado por el aporte obligatorio de los agentes públicos en actividad que, a su vez, se encuentren percibiendo beneficios previsionales o de retiro, bajo cualquier sistema previsional de que se trate, exceptuados los que solo perciban beneficio de pensión y que "...el aporte obligatorio...se calculará sobre el monto bruto correspondiente al menor haber, excluyendo las asignaciones familiares, los descuentos de ley, impuestos nacionales y provinciales, reconocimiento de alquiler y todo otro concepto no remunerativo y se descontará de las remuneraciones que perciba del Estado como activo...", fijándose como valor de referencia para calcular los aportes, el haber previsional máximo que periódicamente determine la Anses de conformidad con lo establecidos en las leyes nacionales 24241, 24463 y 26417 calculándose al 40% cuando tanto el haber del activo como el haber previsional superen el monto del valor de referencia (haber previsional máximo); del 30% cuando solo uno de los haberes supere el monto del valor de referencia y del 20% en los restantes casos.

Finalmente en 5-5-2011 por ley provincial 4653 a los efectos de las próximas liquidaciones salariales que se determinen por aplicación del nuevo valor de referencia (haber previsional máximo) se establece su vigencia a partir del 1-1-2011.

Es decir que el Fondo Solidario de Asistencia a Desocupados que en un inicio representaría el 20% del menor haber bruto que corresponda al agente que se encontrara percibiendo algún beneficio previsional, fue ampliado mediante ley 3584 (50%, 30% y 20% según el caso cuando superen el importe de \$ 3.000 a valores del año 2002), para llegar con ley 4035 al 40%, 30% y 20% cuando en el primer caso tanto el haber activo como el haber previsional superen el monto del haber previsional máximo que periódicamente determine el ANSeS.

Al haber ingresado el actor a la función pública como activo, según sus dichos en 1-4-2001 como Agente Fiscal del Poder Judicial de la Provincia de Río Negro, en la IIª Circunscripción Judicial, quedó inmediatamente encuadrado en el marco de la ley 3239. Posteriormente fue afectado por la incompatibilidad que comienza a regir cuando se promulga la ley 3.584, la que al amparo de los conceptos de la ley 3.550 dispone que la opción entre los incisos a, b y c a que hiciera referencia precedentemente, debía hacerse dentro de los quince días de su entrada en vigencia.

En relación al tema que nos ocupa, más concretamente cuando se trata de la suspensión del haber previsional o de retiro durante el desempeño simultáneo del empleo, cargo, función o contrato, he de coincidir que ley nacional es mas gravosa como bien lo dice la parte demandada en su conteste.

La CSJN se ha expedido en "Saralegui" en 14-2-2006 al hacer suyos los fundamentos expuestos por el dictamen del Procurador Fiscal quien sostuvo lo siguiente: "...En ese contexto, en cuanto al personal afectado por dicha incompatibilidad el art. 2 del decreto 894/2001 posibilitó la opción entre: a) la percepción del haber previsional o de retiro y continuar en el desempeño de la función, cargo o relación contractual, sin percibir la contraprestación correspondiente; o b) solicitar la suspensión de su haber previsional o de retiro durante el desempeño simultáneo con el cargo, función o contrato, percibiendo la retribución correspondiente al mismo o el monto del contrato. Es decir, se restableció el texto original del decreto 8566/1961 respecto de las incompatibilidades para todo el personal de la Administración Nacional que se desempeñe en los servicios civiles y al personal militar de las Fuerzas Armadas y los cuerpos de seguridad y defensa que estuviese percibiendo un haber previsional o de retiro ... La Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional (25164 BO 8-10-1999) en lo que respecta al tema examinado, concretamente la situación de las personas que perciben haber jubilatorio o de retiro y simultáneamente, prestan servicios rentados en la Administración Pública también establece límites. El art.5° de la ley 25.164 regula los impedimentos para el ingreso a personas que gozaren de un beneficio previsional, salvo a aquellas de reconocida aptitud, las que no podrán ser incorporadas al régimen de estabilidad. Además el art.21 de dicha ley, dispone que el personal que goza de jubilación o retiro no tiene derecho a la estabilidad y su designación podrá ser cancelada en cualquier momento, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia mediante el pago de una indemnización. La medida es, en efecto, conducente a los fines que imponen su adopción y no adolece de iniquidad que autorice a descalificarla como arbitraria (Fallos 253:478, entre otros). Tampoco sufre menoscabo la garantía de la propiedad por aplicación de un régimen legal de incompatibilidades, habida cuenta de las facultades del Estado para establecer una adecuada normación legal y reglamentación del empleo público (Fallos 249:373 y sus citas)... El tribunal (se refiere al a-quo) sentó la irrazonabilidad del decreto en la trasgresión de elementales garantías constitucionales, en la medida en que impone optar por la percepción del haber previsional o de retiro y continuar en el desempeño de la función, cargo o relación contractual sin percibir la contraprestación correspondiente. En cambio, señaló que la opción de solicitar la suspensión del haber previsional o de retiro durante el desempeño simultáneo con el cargo, función o contrato, percibiendo la retribución correspondiente al mismo, o el monto del contrato no sería inconstitucional por sí sola...Entiendo que la razonabilidad

del decreto en cuestión se sustenta en que no impone una de las alternativas y deja librada a la voluntad del agente elegir por lo que más le convenga a sus intereses que podrían no ser meramente patrimoniales. La falta de obligatoriedad por la opción a) en el sentido de continuar trabajando sin el pago de la remuneración, no puede generar derecho a reparación alguna en la medida en que tal hipótesis sería producto de una decisión deliberada del agente y no una medida coactiva de la Administración. Y solo en este caso resultaría aplicable la indemnización prevista en la Ley de Empleo Público (art. 21 ley 25164). Razón por la cual, no se advierte que dicha elección conlleva necesariamente una renuncia compulsiva como lo señala el a quo; pues la opción b), que el tribunal rescata como positiva, puede convenir a los intereses del agente. Además de que al elegir por recibir el salario no habría afectación al derecho adquirido a percibir su haber jubilatorio porque sólo implicaría la suspensión de su cobro. Por otra parte, si como en el caso, el salario que corresponde por la prestación del servicio es superior al monto del haber de retiro se obtiene una ventaja patrimonial y una situación privilegiada frente a quien actualmente, en ocasión de pasividad, está limitado a recibir el monto del haber de retiro e impedido legalmente a reingresar a la Administración Pública a fin de mejorar sus ingresos (conf. Art. 5 inc. f ley 25164)...".

Aclaro que Saralegui, era un retirado del Servicio Penitenciario Nacional que prestaba servicios en el Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia a quien se amplió la aplicación de las incompatibilidades de que venimos hablando.

En idéntico sentido aunque tratándose de honorarios profesionales que se regularon judicialmente al actor en su condición de Agente Fiscal, la CSJN en "Derendinger" fallo del 9-12-2009 dijo: "...la opción ejercida por el actor en los términos del Artículo 21 inc. a del Decreto 894/01 obsta la percepción de honorarios profesionales que le hubieran sido regulados en ejercicio de sus funciones...".

Más recientemente en "Loza" fallado en 7-2-2013, en un supuesto en que la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba declaró la nulidad de los actos administrativos que lo intimaban a ejercer la opción de cobro de uno de los emolumentos sueldo o jubilación-, en el caso de un encargado de registro que entendió que no constituía una relación de empleo público, también por los fundamentos y conclusiones del dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal de la Nación, la CSJN dijo: "...no existe controversia en la causa en cuanto a que el actor es encargado de un Registro Seccional del Registro Nacional de Propiedad Automotor y de Créditos Prendarios y a su vez que reviste la condición de jubilado y cobra la prestación como tal de la Caja Notarial de la Provincia

de Córdoba. La cuestión a dilucidar radica, entonces, en definir, por un lado, si a los encargados de registros seccionales se les aplica el régimen de incompatibilidades por acumulación de cargos...y por el otro, si dicho régimen en especial, decreto 894/2001- se refiere solo al cobro incompatible de dos emolumentos, uno previsional y otro remunerativo, ambos de origen estatal...Por sentencia del 29 de junio de 2010..."Longombardo Marta Cristina"...se dijo, en síntesis, que los encargados de registro están alcanzados por las disposiciones del régimen del decreto 8566/1961, sus modificatorios y complementarios...De la sola lectura de la disposición entiendo que ellas no permiten afirmar que el haber jubilatorio del actor, por provenir de la Caja Notarial de la Provincia de Córdoba, esté excluido del régimen. Ello así, asiste razón al recurrente en cuanto afirma que el decreto 894/2001 incluye a todos los regímenes previsionales en la incompatibilidad de cobro de un haber por cargo en la función pública porque cuando el legislador quiso excluir alguna situación de las previsiones de su régimen lo hizo expresamente (caso de ex combatientes de Malvinas y pensiones por fallecimiento). Resulta, entonces, aplicable la doctrina en punto a que donde la ley no distingue no cabe hacerlo (conf. Fallos: 333:735 entre muchos)...".

En cuanto a la razón de ser del descuento, centrada en que se ha de hacer, si se percibe un retiro o jubilación sobre los haberes activos, la norma provincial tiene sentido toda vez que surte sus efectos dentro del ámbito local, razón por la cual no podría la provincia hacerlo valer ante la ANSeS de modo directo, sino mediante convenio.

Ahora bien, no se puede racionalmente sostener que hay una afectación de la intangibilidad, en la percepción del haber activo deducido por el descuento que va con destino al Fondo Solidario de Asistencia a Desocupados, pues el accionante recupera dicho emolumento al cobrar el haber del retiro, al que no ha renunciado. O sea, que se trata de una suma que se percibe, pues lo que sale por un lugar ingresa mes a mes por otro.

En tal sentido, soy de la opinión de que, no hay motivo para declarar la inconstitucionalidad de las quitas que se realizan en su remuneración con fundamento en la ley 4035, y por ende rechazar la pretensión de que en lo sucesivo se mande liquidar la totalidad de la remuneración que le corresponde como Fiscal y se condene a abonar lo que se le ha descontado incorrectamente.

Más allá de que la ley originaria haya creado el fondo en tiempos en que la emergencia del Estado provincial estaba en plenitud, lo cierto es que continuó tan luego, apoyada en un aditamento que autorizó la ley de ética pública y justificó su continuidad una vez

superada la crisis extrema, pero en tanto se mantenían índices altos de desempleo en la provincia. Si bien la parte actora dice que la situación provincial fue mejorando y que es contradictorio que se incrementen los pisos remunerativos, solo puedo señalar que respecto de 1998 la situación provincial de los fondos públicos puede suponerse que han mejorado, aunque no haya prueba eficiente rendida en tal sentido, mas nada objetivo indica que lo propio haya acontecido con los índices de desocupación.

Sobre los alcances de la solidaridad en los sistemas de Seguridad Social, si bien algunos limitan el alcance de este principio solo al financiamiento de un sistema que ha de beneficiar a quien contribuye a sostenerlo, debe reconocérsele una proyección mayor que trasciende el mero aspecto financiero, y como lo explica el Dr. Ermida Uriarte en "La seguridad social en el Uruguay" (pag. 42): "...La solidaridad puede entenderse en dos sentidos: una solidaridad general en virtud de la cual todos los miembros de una sociedad prestan su cooperación al bien común aportando los medios necesarios para el suministro de las prestaciones a quienes las necesiten y con independencia del interés particular en la obtención del beneficio y una solidaridad entre las generaciones, según la cual cada generación activa debe proveer a la tutela de las generaciones pasivas...", de modo tal que, la solidaridad no es un concepto de esencia voluntaria pues en rigor constituye metas u objetivos de índole valorativa que inspira el ideal de una política sostenida en la universalidad, integralidad, igualdad y subsidiariedad, donde está claro que lo que se otorga a un afiliado o beneficiario no es algo del que necesariamente ha de gozar quien ha aportado.

No hay que olvidar en tal sentido, que dentro del sistema global de la seguridad social existen diversos subsistemas que cubren las contingencias con recursos de distintas fuentes, con disímiles sujetos protegidos que deben, para adquirir el derecho a las prestaciones, reunir diversos requisitos frente a diferentes organismos de gestión, por lo que pocas veces puede tenerse como un acto volitivo no impuesto, de modo tal que los conceptos utilizados por el legislador en las leyes de seguridad social "deben interpretarse conforme a la esencia y al sentido de la institución en juego (CSJN, fallo 313:959)".

El descuento cuya finalización y devolución pretende el actor, no ha sido válido solo por la circunstancia de haber mediado consentimiento tácito, sino en principio por su imposición legal, en tanto no se advierta arbitrariedad y este aspecto ya ha sido tratado precedentemente. No es un impuesto sino una imposición generada por una opción, asentada en un marco de limitaciones que podrían ser mayores a las que se destacan en

la demanda.

Y si bien uno de los principios básicos del sistema previsional argentino es que debe existir una razonable proporcionalidad entre el haber de pasividad y el de actividad atendiendo a la naturaleza sustitutiva que cabe reconocer al primero respecto del segundo, queda neutralizado en el presente supuesto en que, lo que está en juego es la suspensión integral de percepción mientras se encuentra en estado activo dentro de la administración pública. Ciertamente la opción de la ley 3550 y posteriores, es mas ventajosa para el aquí accionante que aquellas que fueron la razón de ser del tratamiento hecho por la CSJN en los fallos cuyas partes medulares fueron transcriptas.

En cuanto al planteo del aporte por retiro del 13% va de suyo que el actor ha perdido el "estado policial" que es inherente a su condición de retirado por las condiciones que hoy día desempeña en el marco de su condición de funcionario judicial, por lo que si hoy día tal porcentaje de aporte no se ve justificado, no es este el ámbito propicio para hacer valer su cuestionamiento.

El hecho de que el aporte con destino al fondo haya sido uno determinado al inicio del vínculo de empleo público por parte de Romero al frente de la Fiscalía, y luego haya aumentado, no cambia la mirada que debe tenerse sobre la constitucionalidad de cuanto estamos tratando.

La CSJN también se ha expedido en relación a ello en el sentido de que "nadie tiene derecho a la inmutabilidad del ordenamiento jurídico" al hacer suyo el dictamen de la Procuración General, en mayo/2007. Se trataba un supuesto en que mediante resolución 1077/03 se dispuso la cesantía de Oscar Stutz como personal de planta temporaria en razón de que había incompatibilidad para su desempeño pues gozaba de un beneficio previsional. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala III) había confirmado la sentencia de la instancia anterior que acogió favorablemente el amparo promovido por Stutz y declaró ilegítima la resolución 1077/03 en la comprensión en que la reglamentación de la ley no pudo aplicársele al agente Stutz por no integrar la resolución el régimen jurídico vigente al momento de su ingreso, sustentó bajo el cual se lo declaraba cesante, por lo que carecía de causa suficiente tal decisión administrativa. La Procuración sostuvo lo siguiente: "...El a quo no cuestionó las atribuciones del Poder Legislativo Nacional para fijar el régimen de incompatibilidades para sus empleados como tampoco se pronunció sobre la invalidez del DP 1002/02. Se limitó a declarar la ilegitimidad de la resolución de cesantía porque al fundarse el acto en una causal de incompatibilidad creada con posterioridad al ingreso

del agente se violaban sus derechos de propiedad y estabilidad...aquel no goza del derecho a la estabilidad del empleado legislativo. Por lo tanto, mal puede argüirse la violación de un derecho que no se tiene. Tampoco entiendo vulnerado su derecho de propiedad desde que la reglamentación no lo obliga a renunciar a su status de jubilado o de empleado legislativo sino que le otorga la posibilidad de optar por percibir sólo uno de los dos ingresos del erario público. Por otro lado, plantear la imposibilidad de imponer un nuevo régimen de incompatibilidades o de acumulación de cargos con las soluciones equitativas para cada tipo de situación posible- a quienes ya estén cumpliendo funciones implicaría admitir la inalterabilidad de leyes o reglamentos. Sobre el particular tiene dicho V.E. que nadie tiene derecho a la inmutabilidad del ordenamiento jurídico y que las normas se aplican a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes a partir del momento de su vigencia. Es decir que, la modificación de una ley o reglamentación por otra posterior no origina cuestión constitucional alguna porque nadie tiene el derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a la inalterabilidad de los mismos (Fallos: 325:2600 y 2875 entre muchos). Lo dicho me permite concluir en que, en el supuesto como el subexamine, no deviene irrazonable la motivación del acto de cesantía para lo casos como el del agente Stutz quien no solo no denunció en el tiempo determinado por la norma la percepción del haber jubilatorio sino que tampoco formuló la opción a la que tenía derecho, ...En este entendimiento y ante la circunstancia de que el actor en su demanda planteó la inconstitucionalidad de la reglamentación que incluye nuevas causales de incompatibilidad para los empleados legislativos, corresponde por razones de brevedad y en lo que fuere pertinente, remitirse a las conclusiones esgrimidas en la causa "Saralegui" de caracteres análogos a los aquí planteados...".

En cuanto al modo de cómputo del aporte, sobre el cual el accionante destaca que no es posible que se tome como base un bruto que comprende importes, que no solo no ingresan al patrimonio sino que son retenidos por el Estado Nacional como impuesto o aportes obligatorios, no se ha argumentado la inconstitucionalidad de la norma jurídica que así lo dispone (art. 8 de ley 3584, modificatorio del art. 2 de la ley 3239) y no veo razones para hacer un mérito oficioso de ello.

De todo lo expresado concluyo que no hay una pugna entre el ordenamiento legal como conjunto y los principios fundamentales que lo informan. En cuanto al porcentaje de retención dispuesto con destino al Fondo, el que en su consideración no podría superar el 33% por encima de lo cual el importe deductivo sería confiscatorio, entiendo que con

las razones dadas, no se da la condición indicada, sin perjuicio de lo cual tampoco se acredita que la aplicación específica de los presupuestos legales lleven a superar en el caso puntual el 33% del cual se está hablando, toda vez que los parámetros de cálculo han ido modificándose desde la ley originaria hasta llegar a la última reforma que ya no habla de montos base en términos económicos puros (como lo fue al inicio de \$ 3.000) sino que remite a la suma de un valor de referencia que es el haber previsional máximo que periódicamente determine la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) tal como lo establecen las leyes 4035 y 4653) y que tampoco esta opción sea menos gravosa que la lisa y llana renuncia a la percepción del retiro.

TAL MI VOTO.

La Dra. María del Carmen Vicente dijo: Que adhiero a las conclusiones arribada por la primer votante, por las mismas consideraciones fácticas y jurídicas, así como a la solución propuesta.

Sin perjuicio de ello, agregare algunas consideraciones que resultan pertinentes al planteo, aportando elementos que son posteriores a la emisión del voto por la colega preopinante.

La Ley 3550 establece principios de idoneidad, honestidad para el desempeño de cargos públicos, privilegiando el interés público sobre el privado, y garantizando mayor transparencia, registro y publicidad de los actos públicos.

Todo ello en juego con una serie de incompatibilidades con el ejercicio de la función pública que reglamenta, respecto de la cuales se cuestiona la constitucionalidad en el presente caso.

Hasta el momento el STJRN no se ha expedido sobre el tema de las incompatibilidades en el ejercicio de la función pública a través de una sentencia concreta, pero si se ha avocado al tratamiento de las incompatibilidades en los casos de los profesionales que ejercen la mediación y otros operadores del sistema judicial, expidiéndose el Tribunal en pleno en Resolución N° 821/2013 del 27 de Noviembre de 2013, donde por decisión de la mayoría conformada por los Dres. Sergio M. Barotto, Liliana L. Piccinini y Ricardo A. Aparcian donde determinaron la existencia de incompatibilidades entre dichos profesionales si estos ostentan un cargo y función pública- y la percepción de honorarios por sus labores en el ámbito judicial si los mismos estuvieran cargo del Estado u organismos nacionales, provinciales, municipales, empresas del estado y entes reguladores sean parte o uno de las partes interviniente actúe con beneficio de litigar sin gastos, salvo el caso de expresa renuncia anticipada a percibir los honorarios a cargo del

Estado. Asimismo, determinan incompatibilidad de quienes perciben un haber jubilatorio y cumplen funciones como mediadores o auxiliares de justicia.

Cabe destacar los siguientes párrafos de los considerandos vertidos en la resolución que brindan pautas interpretativas para el presente caso, entre otras cosas y previa transcripción del art. 19 de la Ley 3550 dicen: “...Transcripta así la norma en sus partes pertinentes, en claro queda que las incompatibilidades se refieren “al ejercicio de la función pública”, de manera que el distingo entre ejercicio de cargo y ejercicio de función pública, debe en todo caso- ser interpretado del modo que mejor se adapte a la tésis de la Ley de ética pública. Pero por sobre todo, y porque no pueden presumirse incongruencias en el Legislador ni actitud desconocedora de los postulados de la Carta Magna; debe advertirse que el art. 2 de las Normas Complementarias de la C. Pcial. Prohíbe acumular en una persona, dos o más empleos...”. En otro de sus considerandos establece como criterio: “...fundamentalmente porque nos encontramos en la exégesis de la ley de Ética Pública, el sostenimiento de la interpretación es justamente- ético y no semántico (coloco negrita para destacar). Ergo, si lo que percibe quien a la sazón es agente público y presta servicios como Mediador- se denomine tal percepción remuneración, dieta, emolumento u honorario, procede del erario público, tal extremo los subsume en el supuesto legal de incompatibilidad con la función pública a la luz de los postulados éticos de la ley...”.

Asimismo cabe reseñar los siguientes párrafos: “ En suma, lo que la ley expresamente prescribe tal como reza el comienzo del art. 19 de la Ley 3550- es la actividad que se presente incompatible con la función pública que se ostenta y ejerce merced al cargo actual, frente al cual se ofrece éticamente incompatible desempeñar otra función (no otro cargo), del cual emerja el derecho a percibir “cualquier otro emolumento” proveniente del Estado.- Más aún, si nos remitimos a los fundamentos del Proyecto de Ley N° 224/2000, que dio origen a la Ley L N° 3550, advertimos que ni siquiera es necesario ingresar al concepto de doble percepción de emolumento del Estado, para determinar si existe o no incompatibilidad, pues conforme a los mismos, las incompatibilidades “buscan asegurar la dedicación exclusiva a una función y la independencia e imparcialidad en la toma de decisiones”.- Si tal era el objetivo y el espíritu del Legislador, a poco de andar la regla axiomática a fuerza de interpretaciones, sufrió el desgaste. Ya no se trató de asegurar la dedicación exclusiva del agente público, sino que no tenían dicho plus y/o bonificación, permitiendo a estos ejercer la profesión. Más nunca se permitió, afortunadamente, litigar contra o a favor del Estado, ni aperebir

por doble vía emolumentos del Estado...”.-

Estos párrafos citados, dejan en claro los criterios del STJRN bajo los se deben mirar los planteos que se hagan en torno a la ley de ética pública, los que evidentemente se ajustan a mandatos constitucionales y presupuestos legales que se deben interpretar desde los principios éticos, teniendo en cuenta el espíritu de la norma y no su literalidad. En los planteos en torno a los supuestos previstos de incompatibilidades de función pública, la mirada ética debe ser privilegiando lo público sobre lo privado.

En el caso, el actual ejercicio de la función pública por parte del actor, junto a su situación pasiva de retirado de la Policía de Río Negro, resulta incompatible de acuerdo a los términos de la Ley 3550, pero ofreciéndole la ley una opción más como es continuar con su percepción, la que resulta menos gravosa que en otros regímenes legales.

En el ejercicio de opciones ante estos casos que prevé la ley, el actor ejerció la menos gravosa, no sin perder de vista que es el propio interesado quien a optado por mutar su situación de pasivo a activo, honrando la función pública con su idoneidad, pero sujeto a normas que le pueden resultar convenientes o no, pero que no podemos calificar de inconstitucionales.

Cabe, también señalar como un aporte más de la legislación en tal sentido las previsiones de la Ley de Jubilaciones N° 24241, para aquellos que acceden al beneficio jubilatorio y quieren continuar activos, así su art. 111 dice: "Todo afiliado que, de común acuerdo con su empleador si desarrolla actividad en relación dependencia, decida permanece en actividad con posterioridad al cumplimiento de la edad establecida para acceder a la jubilación ordinaria podrá: ...b) Acceder a la prestación de jubilación ordinaria. En tal caso se postergará hasta que cese en su actividad el pago de las prestaciones del Régimen de Reparto que pudieran corresponder y se mantendrá la obligación de declaración e ingreso de los aportes y contribuciones previsionales destinados al financiamiento del Régimen de Reparte, según los establecido en el art. 18".-

TAL MI VOTO.

El Dr. Diego Jorge Brogginí dijo: La razón legal del descuento que se practica sobre el haber que el actor percibe como representante del Ministerio Público Fiscal resulta de las disposiciones del art.19, inc.n), de la Ley 3.550 de Idoneidad y Ética de la Función Pública, que declara incompatible "...el desempeño de toda actividad remunerada por el Estado, sea éste Provincial o Municipal, con la percepción de cualquier tipo de

beneficio previsional o haber de retiro, concedido en el orden nacional, provincial o municipal...”, previéndose que “...las personas alcanzadas por la mencionada incompatibilidad deberán formular la opción entre: a) la percepción del haber previsional o de retiro y continuar en el desempeño de la función, cargo o relación contractual, efectuando el aporte obligatorio al Fondo Solidario de Asistencia a Desocupados establecido por la Ley Provincial N° 4.035 y sus modificatorias; b) solicitar la suspensión de su haber previsional o de retiro durante el desempeño simultáneo del empleo, cargo, función o contrato, percibiendo la retribución correspondiente al mismo o el monto del contrato; c) presentar la renuncia al empleo, cargo o función remunerada por el Estado o rescindir el contrato...”.

A su turno se crea por Ley 4.035 el Fondo Solidario de Asistencia a Desocupados, destinado según su art.1° a financiar: “...a) El otorgamiento de asistencia económica, social y de capacitación para los habitantes de la Provincia de Río Negro que, teniendo preferentemente carga de familia, no cuenten con un puesto de trabajo remunerado y desarrollen proyectos productivos bajo esquemas de microemprendimientos asociativos, individuales, familiares y/o solidarios...”; y b) “...El desarrollo de programas de fortalecimiento y transformación de los emprendimientos financiados por el fondo en los términos del inciso precedente...”. Mientras que por el art.2°, “...El Fondo creado de acuerdo a lo establecido en el artículo precedente, estará integrado por el aporte obligatorio de los agentes públicos en actividad que, a su vez, se encuentren percibiendo beneficios previsionales o de retiro, bajo cualquier sistema previsional de que se trate, exceptuados los que sólo perciban beneficio de pensión. El aporte obligatorio al Fondo Solidario de Asistencia a Desocupados se calculará sobre el monto bruto correspondiente al menor haber, excluyendo las asignaciones familiares, los descuentos de ley, impuestos nacionales y provinciales, reconocimiento de alquiler y todo otro concepto no remunerativo y se descontará de las remuneraciones que perciba del Estado como activo. Se fija como valor de referencia para calcular los aportes, el haber previsional máximo que periódicamente determine la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), de conformidad con lo establecido en las Leyes Nacionales N° 24.241, 24.463 y 26.417 y demás normas concordantes. El monto de los aportes se calculará de acuerdo a los siguientes porcentajes: a) Del cuarenta por ciento (40%) cuando, tanto el haber de activo como el haber previsional, superen el monto del valor de referencia fijado en el presente artículo; b) Del treinta por ciento (30%) cuando, sólo uno de los haberes supere el monto del valor de referencia fijado en el presente artículo;

c) Del veinte por ciento (20%) en los restantes casos...”.

En tales condiciones mal puede admitirse la inconstitucionalidad de la quita del modo que se sostiene en la demanda, es decir por excesivo gravamen tributario o por afectación de la garantía de intangibilidad de que goza la remuneración del actor, por tratarse del mecanismo del que se ha valido el legislador para hacer operativo un aspecto esencial (vgr. el esquema de incompatibilidades) dentro de la noción de ética en el ejercicio del cargo que aquél ostenta, con fuente directa en el art.36 de la Constitución Nacional, el Preámbulo de la Constitución de la Provincia de Río Negro en cuanto declara el objeto de garantizar “...el ejercicio universal de los Derechos Humanos sin discriminaciones, en un marco de ética solidaria...” y con la justificación dada por los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que cita en su voto la Dra. Gabriela Gadano.

Todo sobre la base de los principios que enuncia el art.2º de la Ley 3.550, cuales son “... a) La idoneidad y honestidad para el desempeño de cargos; b) El resguardo de la calidad institucional del Estado Provincial y el derecho a la información de la ciudadanía; c) El fortalecimiento del sistema democrático de gobierno, cumpliendo y haciendo cumplir la Constitución Nacional, la Constitución Provincial y las leyes; d) La promoción del bienestar general, priorizando en todas las acciones los intereses del Estado, privilegiando el beneficio público por sobre el particular; e) La garantía de mayor transparencia, registro y publicidad de los actos públicos...”.

Donde rescatando las razones que refieren al supuesto del caso, de entre aquéllas que según enseñaba el maestro Miguel Marienhoff justifican el régimen de incompatibilidades, se tiene que ante todo se trata de “...establecer un medio jurídico que permita evitar los evidentes abusos que, en todos los países, se han cometido en la provisión de cargos o empleos de la Administración Pública, abusos que consistieron en atribuirle el ejercicio de varios empleos a una misma persona...”, como así también “...obtener una ordenación del mercado de trabajo. Con esto se desea que el ejercicio de las funciones que están cargo de la Administración Pública sea distribuido entre el mayor número posible y conveniente de personas, y no entre un reducido número de ellas...”. Bajo un propósito por el que en definitiva se tiende “...a la mejor atención y satisfacción del interés público...”, determinante a su vez del deber de interpretar las normas respectivas en forma amplia y extensiva (cfr. “Tratado de Derecho Administrativo”; Buenos Aires; Abeledo-Perrot; 1983; Tomo III-B; pág.245 y ss.). Sin ergo existir un ápice de ilegalidad, irrazonabilidad y mucho menos la violación al

principio de igualdad que se acusa, sino todo lo contrario, al tratarse de una solución que comulga con la que rige en el ámbito del Poder Judicial de la Nación, conforme la Resolución N° 2382/1997, por la cual "...las personas jubiladas que hayan ingresado o reingresado al Poder Judicial de la Nación, o lo hiciesen en lo sucesivo, para ocupar cargos de magistrados o funcionarios sólo percibirán íntegramente las compensaciones correspondientes al ejercicio de la función en el caso de que se suspenda el pago de sus haberes de pasividad. Asimismo, podrán optar por seguir percibiendo la jubilación sin limitación alguna, en cuyo caso únicamente corresponderá liquidar por el ejercicio de la función los rubros suplemento Acordada 71/93, compensación jerárquica, compensación funcional, permanencia en la categoría a partir del momento del reingreso y bonificación por antigüedad, sea en el servicio o en el título, sólo por el lapso que no fue computado a los fines de determinar el haber de pasividad que se continúa cobrando...".

Dicho dispositivo fue declarado vigente por la Resolución N° 145/2008 del Consejo de la Magistratura de la Nación, al tiempo que establece expresamente que su incumplimiento "...será considerado mal desempeño de las funciones...", explayándose en el Considerando sobre fundamentos de la previsión que cuadran plenamente en el supuesto del caso y resultan sumamente ilustrativos a efectos de la cabal comprensión por la parte actora respecto de la razón de impertinencia de su pretensión, cuales son que la norma "...tiene por finalidad proteger el salario justo que cada persona debe percibir por su trabajo en el Estado, de manera que nadie se vea empobrecido ni enriquecido más allá de la justa remuneración por su cargo..." y que "...todo funcionario público tiene la obligación de cuidar los recursos del erario público, que son, en definitiva, los aportes que hacen todos los ciudadanos para el correcto funcionamiento del Estado y, en el caso concreto, de la administración de Justicia. En ese sentido, pesa sobre cada uno de ellos un deber de ser celoso y cuidadoso respecto del manejo de fondos, que incluye, entre otros, la cantidad de dinero que recibe como salario. Es decir, la sociedad espera de funcionarios de la jerarquía de los magistrados de la Nación el respeto absoluto de las reglas vigentes, más aún aquellas que hacen a sus emolumentos...".

En tanto que para el mismo organismo "...tales previsiones se encuentran inspiradas en razones de justicia social e igualdad, toda vez que, en el contexto de una crisis económica como la que actualmente padece el Estado argentino, los elevados índices de desempleo se ven contrapuestos con la especial situación de agentes del Poder Judicial

de la Nación que perciben simultáneamente ingresos provenientes del ejercicio de la función pública en dicho Poder del Estado y de distintos regímenes jubilatorios o de retiro, sean nacionales, provinciales, municipales o privados..." (cfr. Resolución N° 425/05 en el expediente "Rodríguez Marcela s/ incompatibilidad de percepción de retribuciones p/ cargo en el Poder Judicial de la Nación"; concordante con la solución del expediente "Pérez Petit, Arturo (Juez de la Cámara Federal de General Roca) s/ resolución 145/08 del Plenario".

Por todo lo cual adhiero a la solución de total rechazo de la demanda en que coinciden las colegas que me preceden en el orden de votación.

TAL MI VOTO.

Por todo lo expuesto, la SALA II de la CAMARA del TRABAJO de la SEGUNDA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL, con asiento en esta ciudad;

RESUELVE: I. RECHAZAR ÍNTEGRAMENTE la demanda deducida por RICARDO ERNESTO ROMERO contra la PROVINCIA DE RIO NEGRO (PODER JUDICIAL), con costas a la parte actora. Se regulan los honorarios profesionales de los Dres. Eduardo Manuel Martirena en \$ 10.000,00, los del Dr. Raúl E. Bidart en \$ 10.000,00, los del Dr. Gustavo Adrián Martínez en \$ 2.500,00, los del Dr. Mauricio Luis Merlotti en \$ 4.500 y los del Dr. Fernando Carrasco en \$ 7.000,00 (sin monto base. Arts. 6,7,9, 10 y 40 Ley de Aranceles), a cuyo fin se ha tenido en cuenta la importancia de los trabajos realizados, calidad y extensión de los mismos y la particularidad de que a pesar de su complejidad, carecía de monto base que permitiera establecer pautas objetivadoras del importe que hubiera estado en juego en el supuesto de que se hubiera hecho lugar a la demanda.

II. Regístrese, notifíquese y cúmplase con Ley 869.

DRA.GABRIELA GADANO

Vocal de Trámite - Sala II

DR.DIEGO JORGE BROGGINI DRA. MARÍA DEL CARMEN VICENTE

Vocal - Sala II Vocal - Sala II

Ante mí:

Dra. María Magdalena Tartaglia
Secretaria Subrogante