

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO:...Setecientos Dos.....

En la ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los _____Ocho_____ días, del mes de _____Julio_____ del año dos mil trece, estando reunidos en la Sala de Acuerdos los Excelentísimos Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Doctores **ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA, LUÍS MARIA BENÍTEZ RIERA Y SINDULFO BLANCO**, Ante mí, la Secretaria autorizante se trajo al acuerdo el expediente caratulado: “**E. R. S. G. C/ RES. N° 341 DE FECHA 9 DE MARZO DE 2.007, DICTADA POR LA ADMINISTRACION DE JUBILACIONES DEL INSTITUTO DE PREVISION SOCIAL**”, a fin de resolver los Recursos de Apelación y Nulidad interpuestos contra el Acuerdo y Sentencia N° 529 de fecha 14 de diciembre de 2.011, dictada por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala.-----

Previo el estudio de los antecedentes del caso, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, resolvió estudiar y votar las siguientes; -----

C U E S T I O N E S:

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: **PUCHETA DE CORREA, BENÍTEZ RIERA Y BLANCO**.---

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, LA SEÑORA MINISTRA ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA, DIJO: En cuanto al Recurso de Nulidad, la recurrente no fundamento expresamente el presente recurso, por lo que se la tiene que tener abdicada del mismo. Por otro lado de la lectura de la Sentencia impugnada no se observan vicios o defectos procesales que ameriten de oficio su declaración de nulidad en los términos autorizados por los Artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil. **ES MI VOTO**.-----

A SUS TURNOS LOS SEÑORES MINISTROS LUÍS MARIA BENÍTEZ RIERA Y SINDULFO BLANCO, DIJERON: Que se adhieren al Voto de la Ministra Preopinante Alicia Beatriz Pucheta de Correa, por los mismos fundamentos.-----

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LA SEÑORA MINISTRA ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA, PROSIGUIÓ DICHIENDO: El acto administrativo que dio origen a la presente causa, fue la resolución P.I.D.A.J. N° 341 de fecha 9 de marzo del 2.007, dictada por el Presidente del Instituto de Previsión Social (fs.8/9), que dispuso: “*Art. 1° Reconocer a S. G., E. R., xx (xx) años de servicios prestados como asegurado(a) al Instituto de Previsión Social, equivalente a 8 (ocho) semanas de aporte, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 13 de la Ley 430/73 y la Ley N° 2755/05. Art. 2° Establecer como monto del aporte complementario por servicios reconocidos con el cargo mencionado asegurado (a), la suma de Gs. 93.946 (Guaraníes noventa y tres mil cuatrocientos noventa y seis) equivalente al 5 % (cinco por ciento) de Gs. 1.869.921 (Guaraníes un millón ochocientos setenta y nueve mil novecientos veinte y uno) resultante del coeficiente de actualización aplicado al total de salarios gozados durante los años de servicios reconocidos. Art. 3° Conceder al/a la asegurado (a) S. G., E. R. una Jubilación Ordinaria, correspondiente al 84 % (ochenta y cuatro por ciento) a partir del 01/01/2.007, de conformidad al Considerando de la presente Resolución y disposiciones de la Ley 98/92. Art. 4° Abonar mensualmente la suma de Gs. 2.960.126 (Guaraníes dos millones novecientos sesenta mil veinte y seis), en concepto de lo concedido en el artículo anterior. Art. 5° Descontar mensualmente el 15 % del monto de la Jubilación concedida en concepto de amortización de su deuda, que según el expediente N° 22.545/06, que asciende a la suma de Gs. 93.496 (Guaraníes noventa y tres mil cuatrocientos noventa y seis) hasta su cancelación, de conformidad al Art. 15 inc. c) de la Ley 430/73 y 6% (seis por ciento) conforme a las disposiciones de la Ley 98/92. Art. 6° Autorizar a la Dirección de la Administración de Jubilaciones a incluir en las planillas el Beneficio concedido. Art. 7° Imputar la erogación al rubro correspondiente. Art. 8° Comunicar a quienes corresponda y cumplida archivar.*”---

El accionante, interpuso acción contencioso administrativa, contra la precitada resolución. El Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, resolvió por Acuerdo y Sentencia N° 529 de fecha 14 de diciembre de 2.011, cuanto sigue: “*1° NO HACER LUGAR, a la Excepción de Prescripción, opuesta como medio general de defensa, por el representante convencional del Instituto de Previsión Social contra la presente demanda instaurada por el Señor Eugenio R. Saldivar González, por los fundamentos expuestos en el considerando de esta resolución. 2° IMPONER LAS COSTAS de la Excepción de Prescripción a la parte perdedora. 3° HACER LUGAR, a la presente demanda contencioso administrativa en estos autos promovidos por E. R. S. contra la Resolución N° 341 de fecha 9 de marzo de 2.007, dictada por la Administración de*

Jubilaciones del Instituto de Previsión Social (I.P.S.), y en consecuencia: 4° REVOCAR la Resolución N° 341 de fecha 9 de Marzo de 2.007, dictada por la Administración de Jubilaciones del Instituto de Previsión Social (I.P.S.), de conformidad y de acuerdo con lo expuesto en el exordio de la presente resolución. 5° IMPONER las costas, a la parte perdidosa. 6° ANOTAR...”.-

Se alza en apelación contra lo resuelto por el Tribunal de Cuentas, la parte demandada, el Instituto de Previsión Social, su representante, la Abogada María Verónica Alegre Gentile, expresa agravios a fojas 125/131, argumentando en lo medular del mismo cuanto sigue: “...*La excepción de prescripción opuesta por mi mandante, tiene por objeto estudiar si la acción contra el acto administrativo recurrido, fue o no ejercida dentro del plazo de 5 días hábiles contemplados en el Art. 4 de la Ley N° 1.462/35, y no si el derecho a peticionar la jubilación prescribió o no. De las constancias obrantes en autos, podemos afirmar sin mucho estudio que el Sr. Eugenio R. Saldivar efectivamente ejerció su derecho a peticionar su jubilación ordinaria, teniendo el pronunciamiento respectivo del Instituto de*

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO:.....setecientos dos.....

Previsión Social, el cual fue otorgarle el mencionado beneficio, y fijar el monto del miso, con lo que la instancia administrativa quedo completada. A partir de ese momento en adelante el beneficiado, en caso de sentirse agraviado, tenía un plazo de Ley para iniciar la Acción Judicial, en el caso del actor, se dio por notificado de la Res. N° 314/07 en fecha 14 de marzo de 2.007, y promovió la presente demanda contencioso administrativa en fecha 16 de julio de 2.010, transcurriendo tres años y cuatro meses. En cuanto a la cuestión de fondo, tenemos que el Tribunal de Cuentas se ha pronunciado erradamente sobre la aplicación de la Ley. El Tribunal encontró motivo suficiente para revocar la resolución impugnada por el accionante, imponiendo a la demandada incluir en la re liquidación de los haberes jubilatorios la Indemnización de Haber por Retiro Voluntario. Nos permitimos manifestar en primer lugar que la liquidación del Haber Jubilatorio del Sr. E. R. S. se ha realizado de conformidad al Art. 60 de la Ley N° 98/92. La hoy demandante solicito su retiro voluntario en el 2.004, prestando servicios hasta el 31 de agosto de ese año en la institución, después de dos años (2.006) aporto en otra patronal. El cálculo para determinar el monto del haber jubilatorio, fue realizado a partir del mes de noviembre del 2.006 hasta diciembre de 2.001, tomando como base la planilla de Computo de Semanas consolidado, obrante en el expediente. Para la determinación del monto del Haber Jubilatorio mi mandante no incluyo el monto recibido por el Sr. E. R. S. en concepto de Retiro Voluntario en el 2.004,

ya que bajo ningún punto de vista puede ser considerado como salario. Es aquí donde se produce el primer error de fondo, en vista que el retiro voluntario constituye una opción para el trabajador, quien al adoptarla da por terminada la relación laboral con su empleador, a cambio de una suma de dinero, siendo este un pago extraordinario y no habitual. Otra cuestión a ser tenida en cuenta es que una remuneración para que sea considerada salario debe ser periódica, igual y sucesiva, y que debe ser acordada de mutuo acuerdo entre el empleado y empleador, como es sabido la figura del retiro voluntario se realiza una única vez y a solicitud del empleador, por tanto esta no puede ser incluida para el cálculo del haber jubilatorio, ya que no es el sueldo habitual, que el accionante ha percibido durante toda su vida laboral. El Tribunal hace una interpretación errada del art. 227 del Código Laboral, en virtud a que en la norma de referencia se establecen los requisitos de salarios, de la cual sin mucho análisis se concluye que el retiro voluntario reúne dichos requisitos. Por otro lado al referirse al art. 76 de la Carta Organica Actualizada del Seguro Social, concluye, que con la aplicación de la misma se configuran los elementos necesarios para el retiro voluntario. El artículo mencionado cita las distintas remuneraciones a ser consideradas como partes del salario y menciona además que puede ser también “cualesquiera otras remuneraciones accesorias que tengan carácter normal en la empresa o trabajo”, podemos apreciar nuevamente la nota distintiva es que gocen del elemento de normalidad y periodicidad, no del carácter de extraordinarios. En este sentido debemos manifestar, que las cuestiones concernientes a la Seguridad Social han sido incorporadas al Código del Trabajo, de acuerdo a lo dispuesto en los art. 382 y 383 efectivamente, por tanto el mencionado cuerpo legal ha derogado el concepto de Salario contenido en el Decreto N° 1.860/50, aprobado por la Ley N° 375/56, modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 427/73, por ser dictada posterior en el tiempo. Consecuentemente debe prevalecer la definición contenida en el art. 227 del Código del Trabajo. En resumen el Tribunal ha incurrido en dos errores, en cuanto al procedimiento, se ha aplicado una norma que no guarda relación con la cuestión planteada, en lo que a la excepción de prescripción se refiere, pudiendo notar que el miembro preopinante se refirió al derecho a la jubilación, siendo que la discusión radicaba en el plazo para promover la acción contencioso administrativa. En cuanto al fondo, en virtud a que se interpretaron erradamente las normas laborales en cuanto a la consideración del Salario, lo cual desemboca en un fallo hasta si se quiere decir sin fundamento. Concluye solicitando la revocación del Acuerdo y Sentencia recurrido....”-----

Al contestar el traslado que le fuere corrido, la adversa, el Sr. E. S. G., en su escrito obrante a fojas 141/144, expreso en síntesis cuanto sigue:

“...Vuelvo a sostener como ya lo hice al contestar la excepción de prescripción, que no es cierto lo afirmado por el demandado, ya que la notificación presunta nunca fue practicada conforme lo dispone la ley procesal, es decir, no se cumplió lo previsto en el artículo 133 inc. j del C.P.C., por tanto nunca corrió el plazo como para que impere la prescripción, amén que en forma clara y contundente el artículo 84 de la ley 98/92. Si la Ley del Instituto de Previsión Social, en este caso la 98/92 prevé la imprescriptibilidad de la jubilación, como es posible, que los abogados del Instituto demandado pretender coartar el derecho del trabajador que aporto estoicamente por más de treinta años. Los infructuosos intentos de los abogados del Instituto de Previsión Social al tratar de desmeritar la inclusión en la suma de Guaraníes 142.535.698, en la liquidación de haber jubilatorio, ya que el argumento esgrimido es infantil y sin sustento legal, ya que por más de que presuntamente el Código Laboral no describe en forma taxativa lo que debería ser considerado salario, es una falacia más de la adversa, pues como lo sostuve, la suma percibida como retiro voluntario debe formar parte del salario, y por ende debe ser valorado dentro del cálculo de los treinta y seis últimos meses del trabajo, desde cualquier punto de vista legal, el instituto de previsión social a través de la Dirección de administración debe proceder a la re liquidación por corresponder así en derecho y por imperio de la Ley que rige el funcionamiento del Instituto de Previsión social, es mas en la Ley 430, en su art. 28 inc. d, se prescribe en forma clara y contundente. Es tardía la pretensión del IPS al pretender desconocer que el haber de retiro voluntario forma parte de los últimos 36 meses de sueldo y debe ser parte de la re liquidación del haber jubilatorio. Apelación mal concedida, a partir del A.I. N° 362 que declara la nulidad de la actuación de la ujier, se presenta en ventanilla en fecha 4 de setiembre de 2.012 a presentar su apelación, es decir, dejaron transcurrir más de 30 días, siendo excesivo el tiempo transcurrido para presentar su apelación, ya que el acto resuelto les atañe a ellos en forma exclusiva y no a mí, en consecuencia no era parte de la misma, pero como mi deseo es finiquitar el juicio, le notifique y lo mismo no apelaron dentro de Ley. Por otro lado el poder presentado por el abogado Víctor Leiva Gómez en fecha 4 de setiembre de 2012 perdió eficacia, ya que para esa fecha

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO:...setecientos dos.....

el que había otorgado el Poder fue cesado en sus funciones como presidente de I.P.S., lo lógico era que este confirme por medio de otro poder a los abogados que litigan en nombre de IPS para este juicio en particular, en virtud al art. 64 inc. c del C.P.C. en concordancia con el artículo 347 del Código Civil. Concluye

solicitando la confirmación del fallo recurrido...”.-----

Ahora bien, el fondo de la cuestión traída a estudio ante esta Alta Magistratura, radica en determinar, si el haber recibido en concepto de retiro voluntario, por el accionante, puede ser considerado como salario, a los efectos que el mismo sea tenido en cuenta al momento de realizar la liquidación del haber jubilatorio del hoy accionante.-----

Como cuestión previa, analizando la prescripción de la acción planteada por el Instituto de Previsión Social, debo puntualizar que de la atenta lectura de los antecedentes administrativos glosados a autos, no se encuentra en autos notificación válida de la Resolución N° 341/07 al administrado. La demandada afirma que el accionante tuvo conocimiento del acto administrativo, situación que no se encuentra suficientemente probada en autos, pues como ya indique no se ha realizado la pertinente notificación. El Instituto de Previsión Social, hace referencia a un sello que indica censado, y es de fecha 14 de marzo de 2.007 (fs. 8), y a la presentación de notas por parte del accionante, pero no se puede tener como notificación válida dicho sello, pues no cumple con los requisitos mínimos para tenerla como una notificación del acto administrativo, en tanto que la simple presentación de notas, sin saber cuál era el contenido de las mismas tampoco puede ser tenido como válido.-----

Como ya lo indique del análisis de las constancias de autos, llego a la conclusión que al accionante no le ha sido notificado de conformidad al plexo legal aplicable, el acto administrativo hoy recurrido, pues una notificación realizada en las condiciones ut supra descriptas, no cumple con los requisitos mínimos para ser considerada como válida, y de las constancias de autos tampoco se desprende sin lugar a equívocos que la misma haya cumplido con el principio de “finalidad”. Consecuentemente el término para la interposición de las acciones pertinentes no se encontraba prescripto, pues el cómputo para la interposición de la acción contencioso administrativa recién se inicia con la interposición de la misma, dada la falta de notificación ya indicada.-----

Haciendo un recuento de los antecedentes del caso, tenemos que el hoy accionante, solicitó al Instituto de Previsión Social su retiro voluntario, pues el mismo se desempeñaba como funcionario de dicha Institución. Este pedido tuvo acogida favorable, por Resolución N° 068-017/04 de fecha 25 de agosto de 2.004 (fs.16/19), el Consejo de Administración del Instituto de Previsión Social, resolvió aceptar el retiro voluntario del Sr. E. R. S. G., de 30 años de antigüedad, y autorizó al pago de la suma de GUARANIES CIENTO CUARENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CINCO MIL, SEISCIENTOS

NOVENTA Y OCHO (Gs. 142.535.698), en concepto de retiro voluntario.-----

Posteriormente, en fecha 24 de enero de 2.006, el Sr. Saldivar, solicitó ante la Dirección de Administración de Jubilaciones del Instituto de Previsión Social su jubilación ordinaria, pedido que también tuvo acogida favorable y se materializó en la Resolución N° 341 de fecha 9 de marzo de 2.007, ut supra transcripta, y hoy recurrida ante esta Instancia Judicial.-----

Ahora bien, la Ley N° 92/92, en su artículo 60, expresa cuanto sigue: *“Tendrá derecho a la jubilación ordinaria, el asegurado que haya cumplido 60 (sesenta) años de edad y tenga 25 (veinte y cinco) años como mínimo de servicios reconocidos, debiendo corresponderle el 100% (cien por ciento) del promedio de los salarios de los 36 (treinta y seis) últimos meses anteriores al último aporte, o (cincuenta y cinco) años de edad y 30 (treinta) años como mínimo de servicios reconocidos, debiendo corresponderle el 80% (ochenta por ciento) del promedio de salarios de los 36 (treinta y seis) últimos meses anteriores al último salario. Este porcentaje aumentará a razón del 4% (cuatro por ciento) por cada año que sobrepasa los 55 (cincuenta y cinco) años de edad, en el momento de solicitarlo hasta los 59 (cincuenta y nueve) años de edad”*.-----

De la lectura del precitado artículo, tenemos que el mismo determina la manera a ser calculado el haber jubilatorio, como ya hemos indicado, el accionante solicita que sea tenido en cuenta el haber percibido en concepto de retiro voluntario, como un salario más, y sea tenido en cuenta para el computo del promedio de salarios de sus últimos 36 meses de servicios.-----

Así las cosas, tenemos que el Código laboral, en su Título Cuarto, Capítulo I, al hablar del Salario en General, entre otras cosas, expresa: **“Artículo 227.- A los efectos de este Código, salario significa la remuneración, sea cual fuere su denominación o método de cálculo que pueda evaluarse en efectivo, debida por un empleador a un trabajador en virtud de los servicios u obras que éste haya efectuado o debe efectuar, de acuerdo con lo estipulado en el contrato de trabajo. Artículo 230.- El salario puede pagarse, por unidad de tiempo (mes, quincena, semana, día u hora); por unidad de obra (pieza, tarea o a destajo) y por comisiones sobre las ventas o cobros por cuenta del empleador. Si el valor de la remuneración en especie no se determina en el contrato de trabajo, será fijado prudencialmente por la autoridad competente. No constituirán salario las colaciones, gastos de transferencias, gastos de viajes y otras prestaciones que suministre el empleador con el objeto de facilitar la ejecución de las tareas. Artículo 232.- El**

salario se pagará a intervalos regulares, conforme a las siguientes reglas: a) El pago del salario se efectuará semanalmente, por quincena o por mes, excepcionalmente, de acuerdo con la naturaleza del trabajo cuando el trabajador no trabaje diariamente, el salario podrá ser abonado al término de cada jornada, por semana o quincenalmente, en ningún caso la remuneración diaria del trabajo a jornal será inferior a la suma que resulte de dividir el salario mínimo mensual por veinte y seis días; y, b) En los trabajos por pieza, medida o unidad de obra, cada quince días, por los trabajos concluidos en dicho período”.-----

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO:.....setecientos dos.....

De la lectura de los artículos que anteceden, se colige, como una de las acepciones de salario, que el mismo, consiste en la remuneración debida por un empleador a un trabajador en virtud a servicios u obras que este haya efectuado o deba efectuar, de acuerdo a lo estipulado en un contrato de trabajo, y a continuación regla la forma de pago del salario en el artículo 232, estableciéndola en intervalos regulares, de acuerdo al tipo de trabajo que sea realizado.-----

En cuanto al retiro voluntario, como su nombre lo indica, consiste en una suma de dinero que se abona al funcionario justamente por el “retiro voluntario”, por parte del mismo, de la institución donde presta servicios, como un estipendio especial y extraordinario, y no como una contraprestación a la labor desempeñada, por un contrato de trabajo. Otro punto a tener en cuenta es que el haber de retiro voluntario, no es abonado en intervalos regulares, por el contrario se paga en una sola oportunidad al cumplirse con todos los requisitos establecidos por el plexo legal para el retiro voluntario del administrado de la Institución.-----

En resumen, el Haber de Retiro Voluntario, no se percibe como una contra prestación por labores desempeñadas a favor del empleador, todo lo contrario, se percibe, porque se ha dejado de prestar labores a favor del empleador, por un acuerdo entre ambas partes. De todo lo expuesto, se concluye que el haber recibido por el accionante, en concepto de retiro voluntario, no puede ser tenido como un salario más, computable, para la liquidación de la jubilación, porque no se recibe como remuneración regular, por servicio prestado (*SALARIO*), sino cuando se deja de prestarlo.-----

En cuanto a las manifestaciones por parte del accionante, en relación a la extemporaneidad en la interposición del recurso de apelación, del análisis de autos, se desprende, que la misma ha sido planteada dentro del plazo de Ley, luego que el A.I. N° 362 de fecha 5 de julio de 2.012, dictado por el Tribunal de Cuentas, haya declarado Nulas y sin ningún valor la Cedula de Notificación de fecha 1 de febrero de 2.012, por la cual se notificaba a la parte demandada, de lo Resuelto en el Acuerdo y Sentencia N° 529 de fecha 14 de diciembre de 2.011, dictado por el Tribunal de Cuentas Segunda Sala. En cuanto a la invalidez del poder alegada por el mismo, las mismas son manifestaciones genéricas, sin andamio jurídico, que no han sido probadas, por medio de ninguna instrumental glosada a autos.-----

En merito a todo lo expuesto a lo largo de los párrafos que anteceden, concluyo que la presente causa no puede tener acogida favorable, en consecuencia corresponde **REVOCAR PARCIALMENTE** el Acuerdo y Sentencia N° 529 de fecha 14 de diciembre de 2.011, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, en sus numerales TERCERO, CUARTO Y QUINTO, con la confirmación de los numerales PRIMERO Y SEGUNDO. Como lógico corolario deviene la confirmación del acto administrativo recurrido en autos.---

En cuanto a las costas, las mismas deberán ser impuestas en el orden causado, por no registrar el caso específico de autos interpretación jurisprudencial, al no existir fallos constantes y uniformes al respecto, razón por la cual la accionante pudo de Buena Fe, haber creído tener un mejor derecho a su favor, al momento de interponer la presente acción contencioso administrativa, de conformidad a los art. 193 y 205 del Código Procesal Civil. **ES MI VOTO.**-----

A SUS TURNOS LOS MINISTROS LUIS MARIA BENITEZ RIERA Y SINDULFO BLANCO, DIJERON: Que se adhieren al Voto de la Ministra Preopinante Alicia Beatriz Pucheta de Correa, por los mismos fundamentos.-----

Ante mí:

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO...702.....

Asunción, 08 de Julio de 2013.-

VISTOS: Los méritos del acuerdo que anteceden, la Excelentísima; -----

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL
RESUELVE:**

1- **DESESTIMAR** el recurso de nulidad.-----

2- **REVOCAR PARCIALMENTE** el Acuerdo y Sentencia N° 529 de fecha 14 de diciembre de 2.011, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, de conformidad los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.-----

3- **COSTAS** en el orden causado.-----

4-**ANOTESE** y notifíquese.-----

Ante mí:

Secretaria:

Abog. Norma Domínguez

Ministros:

Alicia B. Pucheta de Correa

Sindulfo Blanco

Luís Ma. Benítez Riera