

## Determinacion Del Primer Haber Jubilatorio Pauta De Movilidad Sustitucion Del Isbic Por El Ripte

### JURISPRUDENCIA

En la ciudad de Mendoza, a los 25 días del mes de noviembre del año dos mil veinte, reunidos en acuerdo los señores jueces miembros de la sala "A", de la Excm. Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Doctor Juan Ignacio Pérez Curci, Doctor Manuel Alberto Pizarro y Doctor Gustavo Enrique Castiñeira de Dios, procedieron a resolver en definitiva estos autos N° FMZ 2358/2019/CA1, caratulados: "URZI, MARIA SUSANA c/ ANSES s/ REAJUSTES VARIOS", venidos del Juzgado Federal N° 2 de Mendoza, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada de fs. 39 contra la resolución de fs. 34/37, cuya parte dispositiva se tiene aquí por reproducida. El Tribunal se planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Debe modificarse la sentencia de fs. 34/37? De conformidad con lo establecido por los arts. 268 y 271 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y arts. 4° y 15° del Reglamento de esta Cámara, previa y oportunamente se procedió a establecer por sorteo el siguiente orden de estudio y votación, VOCALIA1, VOCALIA 2 y VOCALIA 3.

Sobre la única cuestión propuesta, el señor Juez de Cámara, Dr. Gustavo Enrique Castiñeira de Dios, dijo: 1) Contra la sentencia de fs. 34/37, interpone recurso de apelación la apoderada de ANSeS a fs. 39. 2) Elevada la causa a esta Alzada, a fs. 45/52 vta., expresa agravios la parte demandada. Se agravia del Inadecuado índice salarial aplicado por el a quo, y solicita la aplicación de los índices establecidos en la Resolución ANSES 56/2018, Ley 27.260, y Decreto 807/2016. Pone de manifiesto que, a través del dictado de la Resolución ANSES 56/2018, se consideró conveniente especificar la forma de actualizar las prestaciones previsionales con altas anteriores al 1° de agosto de 2016. A tal efecto se dictó la normativa mencionada, en la cual se estableció que: "Las remuneraciones de los beneficios previsionales con altas anteriores al 1° de agosto de 2016 deben actualizarse con el índice combinado compuesto por las variaciones del Índice Nivel General de las Remuneraciones (INGR), de la Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTE), y de la movilidad general, aprobado en la Resolución de la Secretaría de Seguridad Social N° 6 del año 2016, a los efectos de los cálculos previstos en el inciso a) del artículo 24 y en el artículo 97 de la Ley N° 24.241". En consecuencia, considera la actualización de las remuneraciones debe efectuarse con el índice combinado establecido en la Resolución 56/18, por resultar la normativa vigente aplicable al caso. En segundo lugar, trae a colación el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 807/2016, de la Ley N° 27.260 de creación del PROGRAMA NACIONAL DE REPARACION HISTORICA PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS, que junto con la Resolución ANSES 56/2018, disponen para la actualización de las remuneraciones para el cálculo inicial de los haberes jubilatorios, la aplicación de un índice combinado que refleja la evolución del Índice Nivel General de las Remuneraciones (INGR) y del índice de Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTE). Destaca que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Elliff", no se expidió sobre cuál era el índice más equitativo y justo para la actualización de las remuneraciones, sino que únicamente dispuso que correspondía actualizar las remuneraciones sin limitación temporal, confirmando la sentencia de segunda instancia. Si bien el fallo dictado por la Sala II de la CFSS establecía por voto de la mayoría la aplicación del ISBIC, como el Organismo no se había agraviado del índice elegido, la cuestión no quedó en definitiva sometida a la jurisdicción de la Corte, como se señaló en el dictamen del Procurador General. Manifiesta que el nuevo índice resultaría más justo por cuanto es un índice general, objetivo, se ha mantenido en cifras similares al Índice de Salarios Nivel General del INDEC, que es el que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elegido específicamente para reajustar los haberes por movilidad entre los años 2002 y 2006 en la causa "Badaro"; es congruente con los fallos de la CSJN, y se aplica para todas las jubilaciones a partir del 1 de agosto de 2016, por lo que respeta el principio de igualdad. Solicita que las costas de la segunda instancia sean impuestas en el orden causado (art. 21 de la ley 24463). Invoca jurisprudencia. Hace reserva del caso federal. 3) Corrido el traslado pertinente, atento que la actora no contesta, a fs. 53 se tiene por decaído el derecho dejado de usar y se ordena el pase al acuerdo. 4) Que estimo conveniente hacer un breve relato de los antecedentes del caso, a fin de comprender si le asiste razón a la quejosa. De las constancias del expediente administrativo N° 024-27- 11264833-5-004-000001, surge que el actor obtuvo beneficio previsional con fecha 3/09/2018 bajo el amparo de la Ley 24.241. Seguidamente, se presenta ante el ANSES y solicita reajuste de haber jubilatorio, solicitud que es desestimada mediante resolución de ANSeS. Consecuentemente, se presenta ante el Juzgado Federal de Mendoza, e interpone demanda, la cual tiene acogida favorable. Contra dicha resolución, interpone apelación la demandada. 5) Ingresando al análisis del recurso de apelación aquí vertido, estimo que el mismo debe ser rechazado, por los argumentos que a continuación se expondrán. En cuanto al agravio que versa sobre el suplemento de sustituidad que plantea ANSES, el mismo no se ve reflejado en la sentencia, motivo por el cual debe rechazarse el mismo. De la lectura de la misma se advierte que no existe

ninguna mención ni en los considerandos ni en el resolutivo, por el cual se condene al pago de una diferencia por substitutividad.

a) Respecto a la redeterminación del haber inicial, debe confirmarse la solución de primera instancia, ya que se ha aplicado correctamente la doctrina del Máximo Tribunal recaída en los autos ?Elliff, Alberto José c/ ANSES s/ reajustes varios? (11-08-2009). Allí, se ordenó la aplicación sin limitación temporal del índice de los salarios básicos de la industria y la construcción -personal no calificado-, adoptado por la resolución de ANSES n° 140/95.

b) En relación al pedido del ANSES referido a la sustitución del ISBIC por el índice RIPTE como pauta de movilidad para la determinación del primer haber jubilatorio, la cuestión encuentra adecuada respuesta en el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° CSS 42272/2012/CS1-CA1, caratulados ?Blanco, Lucio O. c. ANSeS s/ reajustes varios? (votos de la mayoría y concurrente de la Jueza Highton de Nolasco), sentencia del 18/12/2018, donde, al igual que en el caso de autos, ANSeS pretendió emplear el índice que mide la evolución de la RIPTE (Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estatales), establecido en las resoluciones 56/2018 de ANSeS y 1/2018 de la Secretaría de Seguridad Social.

Con un razonamiento apoyado en metodologías propias para el control de constitucionalidad, especialmente en el principio de legalidad y razonabilidad constitucionales, nuestro Máximo Tribunal invalido de oficio las referidas resoluciones. En este sentido, por mayoría entendió que: ?la fijación del índice de actualización no puede considerarse incluida dentro de las atribuciones genéricas que la ley 24.241 -texto según ley 26.417- reconoce en cabeza de la ANSeS (art. 36) como tampoco dentro de la facultad específica otorgada a la Secretaría de la Seguridad Social (art. 24, inciso a, segundo párrafo), habida cuenta de que la elección de la variable de ajuste no es un aspecto menor, de detalle, referente al cumplimiento del régimen de jubilaciones, sino que es una cuestión de la mayor relevancia pues tiene directa incidencia sobre el contenido económico de las prestaciones, pudiendo afectar el mandato protectorio del art. 14 bis de la Constitución Nacional o el derecho de propiedad de los beneficiarios? (cons. 17).

Así, afirmó que: ?no puede admitirse el ejercicio de una potestad de exclusivo resorte del Poder Legislativo Nacional, ejecutada por ese departamento del Estado desde el año 2008 en dos oportunidades (leyes 26.417 y 27.426) (cons. 18)? y que: ?...La intervención indebida que lleva a cabo el Poder Ejecutivo Nacional -a través de la ANSeS y de la Secretaría de la Seguridad Social- al dictar y ratificar la resolución N° 56/2018 sin tener la potestad constitucional para hacerlo, contradice el art. 14 bis de la Ley Fundamental que conjuga el ideal representativo con la realización de los derechos sociales. Asimismo, transgrede la regla básica republicana según la cual cada poder del Estado Federal debe actuar dentro de su ámbito de competencia, siendo respetuoso del ejercicio que los otros pudieran hacer de los poderes que la Constitución les atribuye. También desconoce que las normas que desde hace más de cincuenta años han reconocido las obligaciones del Estado de tutelar al trabajador en situación de pasividad no pueden ser entendidas fuera de la nueva cláusula del progreso (art. 75, inciso 19, de la Constitución Nacional), según la cual corresponde al Congreso proveer lo conducente «al desarrollo humano» y «al progreso económico» con justicia social (cons. 20)?.

En esta coherencia, afinó que: ?es el Congreso Nacional en su carácter de órgano representativo de la voluntad popular, el que deberá establecer, conforme a las facultades conferidas por la Constitución Nacional, el índice para la actualización de los salarios computables para el cálculo del haber inicial en el período en juego, toda vez que se trata de un componente decisivo para asegurar la vigencia de los derechos consagrados en el art. 14 bis de la Ley Fundamental... (cons. 21)? y que ?hasta que ello suceda y dado que la misión más delicada del Poder Judicial es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que deben adoptar para solucionar el problema, las cuestiones suscitadas en la presente causa en torno al haber inicial deberán ser resueltas de conformidad con las consideraciones dadas por el Tribunal en el caso ?Elliff? (Fallos: 332:1914)?.

En efecto, la Corte concluyó que con la resolución N° 56/2018 (después de finalizada la vigencia del art. 24 de la ley 24.241 por la sanción de la ley 26.417) ANSeS se arrogó una facultad que ya no poseía, como tampoco la tenía la Secretaría de Seguridad Social, dependiente del Ministerio de Salud y Desarrollo Social, al dictar la resolución N° 1/2018 que ratificó el RIPTE. Por tales motivos, declaró de oficio la inconstitucionalidad de las mentadas resoluciones y reafirmó la potestad del Congreso de la Nación en el establecimiento del índice de actualización aplicable como atribución constitucional exclusiva de aquel poder del Estado.

Lo mismo cabe decir del decreto 807/2016 y la resolución SSS N16/16 cuando establece un índice de actualizaciones de las remuneraciones de los afiliados al Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) que debería aplicarse, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 24 inciso a) y 97 de la ley 24.241 y sus modificatorias, con altas posteriores al mes de agosto del 2016 (art. 5), siendo esta facultad reservada al Poder Legislativo de la Nación.

Por lo expuesto, propongo no hacer lugar al planteo del recurrente, y, en consecuencia, corresponde declarar la inconstitucionalidad de oficio del decreto 807/2016, Resolución de Anses 56/2018 y de la Secretaria de la Seguridad Social 6/2016 y 1/2018 de conformidad con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en el fallo ?Rodríguez Pereyra? (C.S.J.N. fallos 335:2333 y sus citas) debiendo mantener el índice ISBIC para la actualización del haber inicial (conforme el precedente ?Elliff)

c) No asiste razón al apelante en cuanto solicita la limitación del haber reajustado, de acuerdo a la doctrina elaborada por la CSJN en ?Villanustre, Raúl Félix s/ jubilación? (17/12/1991).

Y es que en esa oportunidad se resolvió que ?las

diferencias a abonarse a favor del interesado no podrán exceder en ningún caso los porcentajes establecidos por las leyes de fondo?. Esa disposición solo tiene sentido en el régimen de la ley 18.037, que establecía el haber inicial en un cierto porcentaje del haber de referencia (art. 49 y cc.), y no en un caso -como el de marras- amparado en la ley 24.241. 6) Respecto de las costas de la presente instancia, en relación a la interpretación del art. 21 de la ley 24.463 la Sala "B", que integro, en el caso "Sartori", ya se ha pronunciado sobre su constitucionalidad. Ello siguiendo las aguas de la Corte Suprema de la Nación en el fallo "Flagello" (Fallo: 331:183), luego "Patiño" (Fallo: 332:1298); dicha doctrina legal, establecida por mayoría de sus miembros, dijo que: "Si la actora obtuvo una sentencia totalmente favorable, ya que los jueces tuvieron por demostrado que el organismo previsional, carente de apoyo fáctico y normativo le ocasionó de un modo irrazonable la necesidad y prolongación del juicio con los gastos consiguientes, constatada la conducta arbitraria y abusiva de la demandada en el pleito, a fin de asegurar la vigencia de la garantía constitucional del art. 17 de la Constitución Nacional, corresponde confirmar el fallo en cuanto desplazó el art. 21 de la ley 24.463 de Solidaridad Previsional en tanto establece que en todos los casos las costas serán por su orden?". Destaco que si bien, posteriormente al fallo "Sartori", se dicta la ley 27.423, y su art. 36, expresa que: "En las causas de seguridad social los honorarios se regularán sobre el monto de las prestaciones debidas. Las costas se impondrán de acuerdo a lo normado por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en la parte general, libro I, título II, capítulo V, con excepción de aquellos casos en que los jubilados, pensionados, afiliados o sus causahabientes resultaren vencidos, en cuyo caso se impondrán las costas en el orden causado?". Luego, el Decreto N° 157/218 (B.O. 27/2/18) del Poder Ejecutivo Nacional, en uso de las atribuciones emergentes del art. 99, inc. 3 de la Constitución Nacional, en su art. 3° estableció: "Derógase el art. 36 de la ley N° 27.423". Y respecto de su entrada en vigencia lo estableció el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, es decir, a partir del día 28 de febrero de 2018. En consecuencia, entiendo que la doctrina legal establecida en la causa "Sartori" no debe ser modificada en virtud de los antecedentes legales vigentes a la fecha de la presente resolución. Del fallo del a quo, acogiendo los reajustes del reclamo durante períodos establecidos por la normativa legal citada, surge que la ANSeS actuó fuera del marco de lo legítimo obligando al actor a litigar con la consiguiente disposición patrimonial. Como se dijo en "Patiño" -aunque existió mora en dictar un dictamen-la situación concluye en idénticos reparos, el organismo previsional ocasionó de un modo irrazonable la necesidad y prolongación del presente juicio con los gastos consiguientes. No cabe desconocer que la Administración Pública está obligada a respetar las leyes vigentes y no tiene atribuciones para declararlas inconstitucionales, no obstante, ante la jurisprudencia reiterada de la Corte Federal, que, al interpretar las normas aplicables, se pronuncia sentando doctrina interpretativa en la materia, y, en ejercicio del Derecho Constitucional material, el Estado debe adecuar su actividad a la misma, conociendo, o, debiendo conocer que, los tribunales inferiores están obligados a su seguimiento en los casos concretos sometidos a su consideración. Es decir, cuando siguen denegando peticiones que, a la postre serán concedidas por la Justicia, constriñen a los administrados a iniciar un proceso para obtener tal resultado. No obstante lo anteriormente dicho, y con fundamento en el resultado de Alzada, respecto de las costas de esta segunda instancia corresponde imponerlas a ANSES por el principio objetivo de la derrota, art. 68 del CPCCN. 7) Regúlese los honorarios de los profesionales intervinientes en la presente instancia, en un 30% de lo establecido en la primera (art. 30 ley 27423). De esta manera respondo por la NEGATIVA a la única cuestión propuesta al comienzo de este pronunciamiento. Es mi voto. **VOTO POR SUS FUNDAMENTOS DEL SEÑOR JUEZ DE CÁMARA DOCTOR JUAN IGNACIO PÉREZ CURCI.** 1- Que en principio, cabe remitirse a la relación de causa y solución contenida en el voto de mi distinguido colega en lo relativo a las costas del proceso. Que sobre el tema me permito aclarar que esta Sala A, se expidió en la causa FMZ 22035425/2012/CA1, caratulada "POLIMENI, OVIDIO FRANCISCO c/ ANSES s/ Reajustes Varios" de fecha 15/11/2017, donde se sostuvo que las costas por los principios allí expuestos deben ser impuestas a la demandada. En el fallo mencionado se dijo que al momento de decidir quién debe soportar las costas del litigio, debe primar no sólo el resarcimiento de los gastos que el demandante debió afrontar, sino también tener en cuenta que la conducta recurrente del Estado de incumplir con sus obligaciones ha otorgado carácter normal a una situación notoriamente irregular. También sostuvo esta Cámara que: "En el caso concreto de autos, tenemos que la declaración de inconstitucionalidad del art. 21 de la Ley 24.463 que propiciamos, tiene su razón de ser en que, cuando dicha normativa prevé - en correlación con el art. 15 y 18 de la misma ley- que una resolución de ANSES sea impugnada judicialmente?...En todos los casos las costas serán por su orden...?". Sin importar el resultado final del juicio, dicha solución resulta discriminatoria al excluir a quienes litiguen en contra de ANSES de la aplicación del principio general contenido en el art. 68 del C.P.C.C.N. - en caso de resultar vencedores - y además, inequitativa en relación al resto de los litigantes en causas judiciales que sean gananciosos, por cuanto es principio general que la parte vencida en el juicio es quien debe cargar con los riesgos del resultado del mismo y gastos de la contraria, aun cuando no se hubiese solicitado. Afecta asimismo la normativa en análisis, el principio de igualdad de trato en igualdad de circunstancias, porque irrazonablemente priva a quien resulte ganancioso de la aplicación del art. 68 del C.P.C.C.N. antes mencionado, lo que en modo alguno puede ser convalidado por este Juzgador, por resultar una prerrogativa a favor del Estado

en perjuicio del ciudadano más vulnerable cuando se encuentra de contraparte con toda su estructura y organización para defenderse.

Que dicho criterio encontró apoyatura igualmente en que el Estado Argentino arribó a un acuerdo de solución amistosa en el ámbito del sistema interamericano de protección a los Derechos Humanos asumiendo distintos compromisos, tales como ?no apelar las sentencias judiciales de primera o segunda instancia que hubieran sido favorables a los beneficiarios, en supuestos de hechos en los que la Corte Suprema ya se ha expedido?., así como ?desistir dentro de los sesenta (60) días corridos a la firma del presente acuerdo, de los recursos judiciales que hubieran sido presentados ante la Corte Suprema o ante la Cámara Federal de Apelaciones la Seguridad de la Seguridad Social, contra sentencias favorables a los beneficiarios, en los supuestos de hecho en los que la Corte Suprema ya se ha expedido en casos similares? (caso 11.670 ?Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros contra Argentina?, por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cfr. Informe 168/11 del 03 de Noviembre de 2011); compromiso que claramente ha sido incumplido por la demandada. Por los motivos expuestos, se entendió ?que imputar parte de las costas del proceso en cabeza del actor en un juicio en el cual puede constatarse palmariamente la conducta arbitraria y abusiva de la demandada, aunado al huérfano compromiso de una obligación internacional es, no solamente inconstitucional sino que, al mismo tiempo, anticonvencional.? Por lo que en definitiva corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 21 de la ley 24.463 e imponer las costas de la segunda instancia a la parte vencida por el principio genérico de la derrota (conf. Art. 68 del C.P.C.C.N).?

Solución que es adoptada en la presente causa y con los mismos argumentos. Sobre la única cuestión propuesta el Señor Juez de Cámara Doctor Manuel Alberto Pizarro, dijo: Que adhiero al voto que antecede por los mismos fundamentos. En mérito del resultado que se instruye en el acuerdo precedente, por mayoría, SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR el recurso de apelación deducido por la representante de ANSeS, y en consecuencia confirma la sentencia en cuanto fue motivo de apelación 2º) DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del decreto 807/2016, Resolución de ANSES 56/2018 y de la Secretaria de la Seguridad Social 6/2016 y 1/2018 3º) DECLARAR la Inconstitucionalidad del artículo 21 de la ley 24.463, y aplicar la norma general del art. 68 del C.P.C.C.N, estableciendo que las costas de ambas instancias deberán ser impuestas a la demandada vencida.. 4º) REGULAR los honorarios de los profesionales intervinientes en esta Alzada en un treinta por ciento (30%) de lo previsto en primera instancia (art. 30 ley 27.423). 5º) VENCIDO el plazo de 120 días hábiles ordenado en el art. 22 de la ley 24.463, sin que ANSES diera cumplimiento a lo ordenado en la Sentencia, la parte actora quedará habilitada para hacer uso de la facultad que le confiere los arts. 499 y 503 y ccs. del CPCCN. PROTOCOLÍCESE. NOTIFÍQUESE. PUBLÍQUESE. Fecha de firma: 25/11/2020 Alta en sistema: 30/11/2020 Firmado por: CLARA MARIA CIVIT, SECRETARIO DE JUZGADO Firmado por: GUSTAVO ENRIQUE CASTIÑEIRA DE DIOS, JUEZ DE CÁMARA Firmado por: MANUEL ALBERTO PIZARRO, JUEZ DE CAMARA Firmado por: JUAN IGNACIO PEREZ CURCI, JUEZ DE CAMARA 003215F