

*Poder Judicial de la Nación*  
*Año del Bicentenario*

SENTENCIA DEFINITIVA N°: 138801

Causa N° 40490/2006JFSS N°5 SALA II

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 21 de octubre de 2010 reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Cámara Federal de la Seguridad Social para dictar sentencia en estos actuados: "RISPOLI LUIS JORGE C/ ANSES S/REAJUSTES VARIOS"; se procede a votar en el siguiente orden:

EL DOCTOR EMILIO LISANDRO FERNANDEZ DIJO:

ANSES y el actor apelan la sentencia. ANSES, cuestiona la metodología de cálculo del haber inicial, la aplicación de los precedentes "Sánchez María del Carmen" "Eliff" y "Badaro", la declaración de inconstitucionalidad de las resoluciones 63/94 y 918/94 y de los artículos 7 inc. 2 y 9 de la ley 24.463 y 24 y 26 de la ley 24.241. El actor apela que no se actualice la PBU, que no se declare la inconstitucionalidad de los arts. 9 y 25 de la ley 24.241, la movilidad del haber, cuestiona los topes fijados por los arts. 26 de la ley 24.241 y 9 de la ley 24.463 y la imposición de las costas en el orden causado, peticionando la inconstitucionalidad del art. 21 de la ley 24.463.

En tanto el reajuste del haber ha sido cuestionado por ambas partes, será analizado a modo conjunto.

El accionante tiene beneficio acordado con arreglo a la ley 24.241.

A efectos de estimar el promedio de las últimas 120 remuneraciones conforme lo indica el artículo 24 inc. a) de la norma invocada, el organismo actualizó los salarios percibidos sólo hasta el mes de abril de 1991 acorde lo indicado por las resoluciones 63/94, 918/94 y 140/1995.

Atento ello, la cuestión a resolver gira en torno a la limitación introducida por las resoluciones invocadas y, por otra parte, la elección del índice a utilizar.

En tales circunstancias, los agravios introducidos encuentran adecuada respuesta en la doctrina del Superior Tribunal recaída en los autos "Eliff Alberto c/Anses s/Reajustes Varios", sent del 11 de agosto del año 2009 (E. 131 XLIV R.O), en donde confirmó la postura de esta Sala que ordenó la aplicación del índice de los salarios básicos de la industria y la construcción –personal no calificado-, escogido por la resolución 140/95, sin limitación temporal.

Razones de economía procesal aconsejan remitir a dicho precedente a fin de evitar un dispendio jurisdiccional innecesario, por lo que corresponde ratificar la actualización de las remuneraciones tenidas en mira para la estimación de la PC y PAP, con arreglo del índice que señala la Resolución indicada, hasta la fecha en que se produjo la adquisición del derecho.

No ha de obstar a lo señalado, la falta de índices en tal sentido, debiendo la administración adoptar los medios necesarios para proceder a su emisión en el plazo de cumplimiento del decisorio.

Ahora bien, la facultad que se asigna a ANSES para determinar el índice, no autoriza que estos sean arbitrarios o únicamente subordinados al criterio del organismo emisor. Por ello, en ningún caso, el índice en cuestión podrá diferir de los que, por similar concepto, emita el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos u organismo oficial que lo remplace en la determinación de índices oficiales.

El planteo vinculado con la movilidad de la prestación, por el período posterior a la fecha de adquisición del beneficio, encuentra adecuada respuesta en lo resuelto por el Superior Tribunal en la causa "Badaro" (Fallos: 329:3089 y 330:4866).

Con respecto al período posterior, es procedente analizar la cuestión ante el dictado de la ley 26.417, por lo que corresponde acotar las pautas de movilidad por el período comprendido entre enero de 2007 hasta el mes de marzo de 2009, fecha de entrada en vigencia del mecanismo de ajuste previsto por esta norma.

En el precedente "Badaro" la Corte Suprema, como es sabido, dispuso ajustar el beneficio previsional, a partir del 1° de enero de 2002 y hasta el 31 de diciembre de 2006, según las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. Para el lapso posterior, precisó que las objeciones formuladas referentes a la insuficiencia del aumento del 13% previsto en la ley 26.198 debían ser desestimadas, pues su adecuación sólo podría ser examinada eventualmente, en forma conjunta con el incremento dispuesto por el decreto 1346/07, recién cuando se conozca la evolución definitiva del estándar de vida del jubilado durante el corriente ejercicio.

En dicho fallo, se sostuvo que el objeto de la garantía de movilidad que consagra el artículo 14 bis de la Constitución Nacional es: "... acompañar a las prestaciones en el transcurso del tiempo para reforzarlas a medida que decaiga su valor con relación a los salarios de actividad...".

Los haberes previsionales deben ajustarse de modo de dar adecuada satisfacción a su carácter sustitutivo, lo que lleva a resolver la cuestión planteada mediante la utilización del nivel general del índice de salarios elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. -del

precedente "Badaro" ( ver en similar sentido, CSJN R. 400. XLIII; RHE Rey, Juan c/Administración Nacional de la Seguridad Social 28/05/2008).

La justeza y equidad que emana del precedente Badaro, ha sido reconocida por la propia ANSES, como se evidencia en la Resolución 955/2008, por la cual se la autoriza a consentir las movilizaciones dispuestas por las sentencias, con ajuste a la doctrina sentada por el Superior Tribunal en dicho fallo.

Ello así, siguiendo con los parámetros que aquel fija, no debe perderse de vista que la evolución del nivel de salarios es trascendental para determinar su incidencia en los haberes previsionales, pues sólo un incremento efectivo que absorba o supere esos porcentuales será suficiente para considerar cumplida la garantía del art.14 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, resulta insoslayable examinar la evolución de los salarios, por el período "ut supra" indicado.

Durante este lapso, amén del ajuste reconocido por la ley 26.198 y el decreto 1346/07 sólo se agregó el porcentaje otorgado por el decreto 279/08 que importó dos aumentos del 7,5% para todo el año 2008.

Así las cosas, conforme los datos que surgen del índice de salarios que elabora el I.N.D.E.C.- elegido por el Alto Tribunal-el mismo registró una variación para el lapso enero 2007 a febrero 2009 del orden del 53,45% superior al 46,90% reconocido a través de los incrementos establecidos por la ley de presupuesto citada y los decretos posteriores.

Atento ello, y de acuerdo con la doctrina judicial que surge del precedente Badaro, corresponde reconocer a la actora el derecho a reajustar su haber previsional hasta alcanzar la evolución registrada por el referido índice, salvo que, a su respecto, los incrementos dispuestos por los sucesivos decretos del Poder Ejecutivo y demás disposiciones, arrojasen una prestación superior, en cuyo caso deberá estarse a su resultado (según crit. V. 108. XLIII; RHE Velázquez, José María c/Administración Nacional de la Seguridad Social 22/07/2008T. 331, P. 1672).

Por lo expuesto, se propicia: Ajustar el haber de la parte actora desde enero de 2002 hasta la entrada en vigencia del mecanismo de ajuste previsto por la ley 26.417, modificatoria de su igual, ley 24.241(art. 32), según las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, a cuyo fin, al practicarse liquidación deberán tenerse en cuenta las sumas que pudieran haberse percibido en virtud de los incrementos habidos en dicho período. En caso de que los sucesivos aumentos acordados a los haberes previsionales,arrojasen respecto del actor, una prestación superior, deberá estarse a su resultado.

Al recurso de ANSES

Respecto del reajuste del haber, me remito a lo señalado.

En cuanto al artículo 9 de la ley 24.463 y 26 de la ley 24241 el juez de grado señala que si bien la implementación de los topes máximos sería legítima, lo es en tanto su aplicación no provoque una merma superior al 15% sobre los haberes, más allá de dicho porcentaje la quita sería confiscatoria, lo que habilitaría a declarar la inconstitucionalidad del mismo. Citando el fallo del Alto Tribunal "Tudor, Enrique José c/ ANSES"

En consecuencia, corresponde declarar la inconstitucionalidad de esta norma, en la medida que, practicada la liquidación, resulte una quita que supere el porcentaje arriba indicado, por lo que se rechaza el agravio de ANSES, y en atención a lo peticionado por el actor, se declara expresamente la inconstitucionalidad del art. 9 de la ley 24.463,y 26 de la ley 24.241, con el alcance señalado.

La suma que resulte en razón de las pautas que determina esta sentencia constituye la definición judicial del monto a liquidar y la integridad de su pago queda exento de cualquier merma o limitación resultante de interpretación a adecuación administrativa (Conf. criterio del Alto Tribunal, in re "Pozzi Hilda Alicia C/ANSeS S/ Reajustes Varios" sent. del 13 de marzo de 2007).

Con respecto a la inconstitucionalidad del artículo 24 de la ley 24241, se señala:

De larga data el Alto Tribunal se ha pronunciado ratificando la facultad de legislar del Congreso, a quien corresponde apreciar las ventajas e inconvenientes de las leyes que dicta, resultando por tanto, ajeno al poder judicial, analizar este aspecto, quien debe limitando su actuación a pronunciarse de conformidad con lo establecido por la ley, y aún en la hipótesis de que se arguyera o pretendiera que la ley es dura o injusta, salvo que se demuestre o sea evidente que es irrazonable y contraria a la Constitución Nacional.

Ello así, las pautas que fija el artículo 24 de la ley 24.241, para la determinación de la prestación compensatoria, no aparecen como manifiestamente irrazonables ni contrarias a la Constitución, sino el resultado de la ponderación de diversos factores que han incidido en la voluntad legislativa al momento de decidir al respecto, por lo que no corresponde al juzgador modificarlas, so pena de alterar el sentido y alcance general de la norma y sus previsiones.

"Existiendo la facultad de legislar en el Congreso, corresponde a éste apreciar las ventajas

# *Poder Judicial de la Nación*

## *Año del Bicentenario*

e inconvenientes de las leyes que dictare, siendo todo lo referente a la discreción con que hubiera obrado el cuerpo legislativo ajeno al poder judicial"... "Tanto la organización social como política y económica del país reposan en la ley, y el control judicial deberá ser ejercido con la mayor medida pues la misión más delicada de los jueces es saber mantenerse dentro de su órbita, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes del Estado"... "No corresponde a los jueces decidir sobre la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones; ni pronunciarse sobre la oportunidad o discreción en el ejercicio de aquéllas, ni imponer su criterio de eficacia económica o social al Congreso de la Nación (CSJN Galli, Hugo Gabriel y otro c/ PEN - ley 25.561 - dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo sobre ley 25.561. 05/04/2005 T. 328, P. 690)

"Las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado para adoptar decisiones que les son propias no están sujetas al control judicial. LL. 04-02-02, c/nota. LL. 26-04-02 (suplemento). LL. 19-04-02, n° 103.613 (suplemento). B. 32. XXXVIII.; Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: "Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo. 01/02/2002T. 325, P. 28). " No incumbe a los tribunales el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones y no corresponde sustituirlo, sino aplicar la norma tal como éste la concibió. (P 137 XXXII; Partido Alternativa Progresista de Corrientes s/ reconocimiento de personería jurídico - política como partido de distrito. 20/08/1996T. 319, P. 1640)

En otro orden, ha de tenerse presente que "la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de alguna de sus partes es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerada como ultima ratio del orden jurídico" (CSJN Fallos 288: 325; 290:83; 294: 383; 312: 1437 y 1681; "Rallín Hugo Félix y otros" Sent. del 7-5-91; "IACHEMET, María c/Armada Argentina" Sent. del 29-4-93; "Conti Juan c/Ford Motor Arg. S.A." Sent. del 29-3-88; entre otros ).

Por lo señalado, se hace lugar al agravio y se revoca la inconstitucionalidad del art. 24 de la ley 24.241

Al recurso de la parte actora.

La Prestación Básica Universal ha sido considerada como un beneficio al que tiene derecho todo afiliado al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, con independencia de los aportes y de la mayor o menor proporcionalidad que estos puedan tener con el haber de esta prestación, las únicas condiciones para su percepción son alcanzar la edad requerida y tener 30 años de aportes. Su finalidad es, esencialmente redistributiva, "al repartir montos idénticos a quienes han hecho aportes diferentes"( ver en este sentido. Paya Martín Yañez "Régimen de Jubilaciones y Pensiones", pag.614).

El ajuste de esta prestación y su consiguiente incidencia en la determinación del haber inicial, queda determinada por el legislador y el organismo de aplicación.

En ese contexto, debe tenerse presente el incremento habido en esta prestación, de acuerdo a lo dispuesto por la ley 26.417 y Resolución 6/2009 y mod.

Por ende considero que no existen elementos que autoricen a apartarse de la norma, por lo que se rechaza el agravio.

Respecto de la movilidad, e inconstitucionalidad de los arts. 9 de la ley 24.463 y 26 de la ley 24.241, me remito a lo señalado precedentemente.

El actor plantea la inconstitucionalidad del art. 9 y 25 de la ley 24.241

El primero de ellos establece un tope en la remuneración sujeta a aportes y el segundo, expresa que para establecer el promedio de las remuneraciones –a los fines del artículo 24- no se considerará el sueldo anual complementario ni los importes que en virtud de lo previsto en el segundo párrafo del artículo 9º excedan el máximo fijado en el primer párrafo del mismo artículo. La reglamentación aclaró que estarán exentas de este límite la suma de las remuneraciones imponibles devengadas con anterioridad al 1º de febrero de 1994 (decreto 679/95).

De acuerdo a lo señalado precedentemente, la aplicación del artículo 25, implicó que el tope de la remuneración a considerar para establecer el promedio, no podía superar los \$4800. Este valor se mantuvo invariable hasta el 1º de abril de 2007, fecha en que fue elevado al importe de \$6000. Con posterioridad se comenzó a recomodar su valor de acuerdo a los incrementos otorgados a los beneficios previsionales (ley 26.417 art. 10).

Otra situación que no debe perderse de vista, está dada por la ponderación del límite vigente al momento en que se devengó la remuneración; situación que recién fue modificada por la Res. A.N.Se.S 6/2009 que en su art. 14 punto 2 in fine establece que las remuneraciones actualizadas no deberán superar el monto máximo de la base imponible establecida en el artículo 9º de la Ley N° 24.241, texto sustituido por el artículo 1º de la Ley N° 26.222, vigente a la fecha de la cesación de servicios.

El actor manifiesta que percibió remuneraciones simultáneas durante el período 11.1992 hasta julio de 2000, es decir que desde el 1.2.1994 a pesar de sus dos ingresos y aportar por los mismos en su totalidad ya que estos independientemente considerados no superan la remuneración máxima sujeta al pago de aportes, al realizar el cálculo del haber la demandada limita el salario a considerar para establecer el promedio para calcular la PC y la PAP, a la remuneración máxima sujeta al pago de aportes, ( cita años 1998, 1999 y 2000) lo que significa que desde el inicio se pierde la debida relación de proporcionalidad entre el salario percibido por el titular y su ingreso como jubilado.

Ello así, en tanto no se le aplicó, como sostiene el mismo apelante, el artículo 9 de la ley 24.241, para la determinación de sus aportes, deviene abstracto pronunciarse al respecto.

Cabe entonces referirse, entonces, a la inconstitucionalidad del art. 25 de la ley 24.241, en tanto se aplicó el tope a la sumatoria de las remuneraciones percibidas. Así las cosas, de confirmar la aplicación del tope cuantitativo previsto por el art. 25 bajo análisis se limitaría la percepción del beneficio, atentando contra la proporción justa y razonable que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad, situación que se vería afectada si en el cálculo del haber jubilatorio no se reflejaran las variaciones que se produjeron en las remuneraciones (causas "Sánchez" y "Monzo" en Fallos: 328:1602, 2833 y 329:3211).

En virtud de ello, corresponde admitir el agravio deducido y declarar la inconstitucionalidad del artículo 25 de la ley 24.241 y su reglamentación, debiendo verificar el organismo si por esas remuneraciones se han efectivizado los aportes correspondientes y/o en caso contrario, formular el cargo pertinente.

Con respecto a la inconstitucionalidad del art. 21 de la ley 24.463 e imposición de costas al vencido, este Tribunal se ha expedido en los autos, "Arena Alfredo c/ANSeS S/ Reajustes por Movilidad"(sent.def. 74868 del 7-10-99 (a disposición en la Mesa de Entradas de la Sala).

El Superior Tribunal, en dichos los autos (sent. del 9 de agosto de 2001), por voto mayoritario, revocó la inconstitucionalidad del artículo 21 de la ley 24.463 y ratificó la imposición de las costas por su orden. Criterio que reitera en otros precedentes (in re "Sayús, Enrique Roque c/ ANSeS s/ reajustes varios".16/11/04 T. 327;" De Majo, Salvador Félix c/ANSeS s/reajustes varios" 28/10/2008; "Flagello", Fallos 331:1873; Videla Raúl Jorge c/ ANSES s/ reajustes varios sent, 6/10/2009 entre otros)

En razón de ello, se rechaza el agravio.

En atención al mérito, calidad y eficacia de la labor profesional, se propicia confirmar los honorarios regulados en la instancia de grado y regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora, por su labor en la alzada, en el 25% de los regulados en aquella (Ley 21.839, art. 14 y cc.)

Por lo expuesto, propicio: Revocar parcialmente la sentencia de grado. Revocar la declaración de inconstitucionalidad de las Resoluciones 63/94 y 918/94, Declarar la inconstitucionalidad de los artículos 9 de la ley 24.463 y 25 y 26 de la ley 24.241, en la forma señalada. Ratificar el ajuste de las remuneraciones tenidas en mira para el otorgamiento de la PC y PAP, en caso de corresponder, con arreglo al índice que señala la Resolución ANSES 140/1995, sin la limitación temporal referida en la norma, y ello hasta la fecha de adquisición del derecho. Para la movilidad posterior a la fecha de adquisición del beneficio, reajustar el haber de la parte actora desde enero de 2002 hasta la entrada en vigencia del mecanismo de ajuste previsto por la ley 26.417, modificatoria de su igual, ley 24.241(art. 32), según las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, a cuyo fin, al practicarse liquidación deberán tenerse en cuenta las sumas que pudieran haberse percibido en virtud de los incrementos habidos en dicho período. En caso de que los sucesivos aumentos acordados a los haberes previsionales, arrojasen respecto del actor, una prestación superior, deberá estarse a su resultado. Confirmar la sentencia en lo demás que decide. Imponer las costas de alzada en el orden causado (art. 21 de la ley 24.463). Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora, por su labor en la Alzada, en el 25% de los regulados en primera instancia (art. 14 de la ley 21.839 y mod.)

#### LA DOCTORA NORA CARMEN DORADO DIJO:

En orden al cuestionamiento dirigido contra la pauta de movilidad para el período comprendido entre enero de 2007 y febrero de 2009, si bien en antecedentes anteriores sostuve la aplicación del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, un nuevo análisis de la cuestión introducida en esta instancia me lleva a rever la postura propiciada.

En efecto, si bien el objeto de la garantía de movilidad, que consagra el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, es acompañar a las prestaciones en el transcurso del tiempo para reforzarlas

*Poder Judicial de la Nación*  
*Año del Bicentenario*

a medida que decaiga su valor con relación a los salarios de actividad (Fallos 329:3089 y 330:4866), atento la finalidad perseguida, no debe soslayarse que en el período involucrado el actor se vio alcanzado por los incrementos otorgados por la ley 26.198, decretos 1346/07 y 279/08, cuya insuficiencia no ha sido acreditada en el especie, por lo que no corresponde adoptar una pauta de recomposición para el período controvertido

En cuanto a las restantes cuestiones adhiero a las conclusiones vertidas por el voto que encabeza el decisorio.

EL DOCTOR LUIS RENE HERRERO DIJO

Adhiero al voto del Dr. Fernández.

A mérito de lo que resulta del voto de la mayoría, el Tribunal RESUELVE: Revocar parcialmente la sentencia de grado. Revocar la declaración de inconstitucionalidad de las Resoluciones 63/94 y 918/94, Declarar la inconstitucionalidad de los artículos 9 de la ley 24.463 y 25 y 26 de la ley 24.241, en la forma señalada. Ratificar el ajuste de las remuneraciones tenidas en mira para el otorgamiento de la PC y PAP, en caso de corresponder, con arreglo al índice que señala la Resolución ANSES 140/1995, sin la limitación temporal referida en la norma, y ello hasta la fecha de adquisición del derecho. Para la movilidad posterior a la fecha de adquisición del beneficio, reajustar el haber de la parte actora desde enero de 2002 hasta la entrada en vigencia del mecanismo de ajuste previsto por la ley 26.417, modificatoria de su igual, ley 24.241(art. 32), según las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, a cuyo fin, al practicarse liquidación deberán tenerse en cuenta las sumas que pudieran haberse percibido en virtud de los incrementos habidos en dicho período.

En caso de que los sucesivos aumentos acordados a los haberes previsionales, arrojasen respecto del actor, una prestación superior, deberá estarse a su resultado. Confirmar la sentencia en lo demás que decide. Imponer las costas de alzada en el orden causado (art. 21 de la ley 24.463). Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora, por su labor en la Alzada, en el 25% de los regulados en primera instancia (art. 14 de la ley 21.839 y mod.)

Regístrese, Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

USO OFICIAL

LUIS RENE HERRERO  
 JUEZ DE CAMARA

EMILIO LISANDRO FERNANDEZ  
 JUEZ DE CAMARA

NORA CARMEN DORADO  
 JUEZ DE CAMARA

Ante mi:

AMANDA LUCIA PAWLOWSKI  
 SECRETARIA DE CAMARA