

Jurisprudencia

Buenos Aires, 5 de junio de 2018

Fuente: página web S.A.I.J.

Jubilaciones y pensiones. Reajuste de haberes. Se declara la inconstitucionalidad del art. 2 de la Ley 27.426, el cual establece que es aplicable a los haberes devengados entre el 1/7 y el 29/12/17. Se ordena a la demandada a reliquidar los haberes del actor, correspondientes a ese período, conforme lo dispuesto por la Ley 26.417. Fernández Pastor Miguel Angel c/A.N.Se.S. s/amparos y sumarísimos, C.F.S.S., Sala III.

El Dr. Martín Laclau dijo:

Llegan las presentes actuaciones a este Tribunal a raíz de la apelación deducida por el Dr. Miguel Angel Fernández Pastor, a fs. 169/174, contra la sentencia de fs. 160/164, en virtud de la cual se rechaza la acción de amparo por él deducida a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la Ley 27.426 y del Dto. 1.058/17. El actor señala que la nueva fórmula de movilidad instrumentada por dicha normativa es lesiva de su derecho y lo perjudica desde el momento en que reduce significativamente el porcentual de incremento de su haber jubilatorio. Consecuente con este planteo, sostiene la inconstitucionalidad del art. 1 de la Ley 27.426 y de la aplicación retroactiva de ese cuerpo legislativo.

Comenzando con el análisis del primer agravio, cumple destacar que el art. 14 bis de la Constitución Nacional otorga derecho a jubilaciones móviles; pero deja librado al criterio del legislador establecer las pautas de esa movilidad, de acuerdo con las cambiantes circunstancias sociales y económicas que se hagan presentes en cada momento de la evolución de nuestro país. Trátase de una cuestión esencialmente política y, en cuanto tal, el debate ha de darse dentro de ese ámbito, cuidando de evitar la politización de la Justicia, lo que iría en desmedro de la seguridad jurídica. Claro está que este poder discrecional acordado al legislador no lleva a legitimar cualquier medida que emane de éste. Si se diera el caso de establecerse pautas de movilidad que se tradujesen en una disminución desproporcionada del haber del beneficio, resulta indudable que, en esa situación, las disposiciones legales que las establecieran serían inconstitucionales, puesto que afectarían la garantía de movilidad de las jubilaciones emanada de lo dispuesto por el citado art. 14 bis.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, la reciente sanción de la ley impugnada y la fluctuante situación económica por que atraviesa el país dificultan lograr la perspectiva necesaria como para poder efectuar un análisis preciso y equilibrado de las consecuencias que, en definitiva, tendrá la nueva normativa en el desenvolvimiento del haber de la prestación del actor. La misma sentencia apelada reconoce que, en el mes de marzo, se producirá una baja notoria en el porcentual del reajuste, y ello no es desconocido por el mismo Gobierno, el cual, con el "subsidio extraordinario" creado por Dto. 1.058/17 y otorgado por única vez a los haberes que no alcancen el nivel que allí se indica, ha intentado paliar tal situación respecto de los beneficiarios más necesitados. Pero he aquí que las nuevas pautas de movilidad introducen una reforma que acaso vaya corrigiendo esta distorsión, puesto que, si bien los índices aplicados son menores a los contemplados en la ley anterior, los reajustes por movilidad se harán cada tres meses, en vez de realizarse dos veces por año, lo que determinaría que la sumatoria de ellos se tradujese, en los hechos, en un porcentual más elevado. De esta suerte, el carácter dinámico que es propio de toda creación jurídica aconseja no tomar una solución tan drástica como sería declarar en este momento la inconstitucionalidad del art. 1 de la Ley 27.426, y aguardar los resultados que, en definitiva,

se obtengan en los próximos meses, oportunidad en la cual será posible valorar, con mayor precisión, los resultados que la nueva fórmula de movilidad trae consigo.

El segundo agravio expuesto por el recurrente, referido al carácter retroactivo de la Ley 27.426, resulta, en mi opinión, atendible. Dicha normativa se encuentra vigente desde el 29 de diciembre de 2017, tal como se desprende de su art. 11, pero retrotrae su aplicación al mes de julio de ese año, lapso durante el cual la Ley 26.417 regía y establecía otras pautas para el cálculo de la movilidad jubilatoria.

La sentencia apelada sostiene que la Ley 27.426 no es de aplicación retroactiva, puesto que el derecho del actor a ver incrementado su haber con los índices establecidos en la ley anterior se hubiese incorporado a su patrimonio en el mes de marzo de 2018 y, para esa fecha, la nueva normativa ya se encontraba vigente. De esta suerte, no se daría una aplicación retroactiva a lo dispuesto por la Ley 27.426. Señala la a quo: “la Ley 26.417 claramente estipulaba dos momentos para otorgar el incremento por movilidad: en los meses de marzo y setiembre de cada año, por lo que no era sino en dichas fechas en que la movilidad se otorgaba y devengaba, sin que dicha ley determinara que la movilidad se devengaba mes a mes aun cuando su pago se realizara semestralmente”.

Ahora bien, el anexo de la Ley 26.417 establecía la fórmula conforme a la cual se practicaba el cálculo de la movilidad, consignando que “el ajuste de los haberes se realizará semestralmente, aplicándose el valor de ‘m’ para los haberes que se devenguen en los meses de marzo y setiembre. Para establecer la movilidad se aplicará el valor de ‘m’ calculado conforme al siguiente detalle: enero-junio para el ajuste de setiembre del mismo año y julio-diciembre para el ajuste a aplicar en marzo del año siguiente”. Adviértase que, contrariamente a lo sostenido por la “a quo” en su sentencia, lo que el texto legal expresa no es que los meses comprendidos entre julio y diciembre de 2017 se devengan en marzo de 2018, sino que es al devengarse el haber correspondiente a ese mes de marzo que ha de practicarse el reajuste correspondiente a los meses de julio-diciembre.

El error en que incurre la a quo reside en confundir “lo devengado” con lo “percibido”. Lo devengado hace referencia al momento en que nace un derecho, tiene clara referencia temporal; en cambio, lo percibido señala el momento en que ese derecho se concreta. Esta distinción es de singular importancia y contribuye a esclarecer, en no escasa medida, el conflicto suscitado en Autos.

El Diccionario de la Real Academia Española define el vocablo devengar del siguiente modo: “adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título”. Queda claro que una cosa es la adquisición del derecho y otra la percepción del mismo, que tiene lugar en el momento en que aquél se concreta. Así, por ejemplo, si a un empleado se le paga por las tareas realizadas durante el mes de marzo en los primeros días de abril, su derecho a la percepción de dicho pago se origina en el mes de marzo, si bien el pago tiene lugar en el mes siguiente. Lo mismo ocurre en el caso a examen: el derecho del actor a que se calcule la movilidad de su haber durante el lapso comprendido entre los meses de julio y diciembre se origina —esto es, se devenga— durante el transcurso de esos meses, con independencia de que el pago pertinente tenga lugar en marzo del año siguiente. De allí que pueda afirmarse, en principio, que existe una aplicación retroactiva de la nueva ley cuando ésta se aplica a un período en el cual regía la ley anterior, aun cuando el pago de ese período tenga lugar en vigencia de la ley nueva.

Paul Roubier es uno de los juristas que ha dedicado mayor atención al estudio de los conflictos de leyes en el tiempo. Entiendo que las distinciones que efectúa contribuirán a introducir mayor claridad en el tema que analizamos. Para el jurista francés, una ley deviene retroactiva en la medida en que sus disposiciones se apliquen a hechos consumados bajo el imperio de una ley anterior (*facta praeterita*), o

cuando, aplicándose a situaciones en curso, se introduce en los efectos de esa situación cumplidos con anterioridad a la vigencia de la nueva ley. Ahora bien, si la ley nueva se aplica a consecuencias aún no realizadas de una situación nacida bajo la vigencia de una ley anterior, nos dice Roubier que estamos frente a una aplicación de la ley que tiene efecto inmediato y no efecto retroactivo. En suma, la ley antigua debe aplicarse a los efectos producidos con anterioridad a la vigencia de la ley nueva, en tanto que ésta debe aplicarse a los efectos posteriores a su vigencia. Así, nos dice que “todos los efectos jurídicos producidos por la situación considerada antes de la entrada en vigor de la ley nueva son parte del dominio de la ley antigua y no se los podría quitar sin retroactividad. Si nosotros suponemos una situación jurídica produciendo sus efectos durante cierto período de duración, la ley nueva determinará los efectos jurídicos que se producen después de su entrada en vigor, sin que exista otra cosa que un efecto inmediato; pero ella no podría alcanzar los efectos jurídicos anteriores, sea que se trate de modificarlos, de acrecerlos o de disminuirlos, sin que exista retroactividad” (Cfr. Paul Roubier, *Le droit transitoire –Conflicts des lois dans le temps*, Dalloz et Sirey, París, 1960, pág. 183–).

La doctrina de Roubier ha estado presente en la mente del legislador argentino en lo que al punto de conflicto de leyes se refiere. Así, el art. 7 del Código Civil y Comercial dispone: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales”.

Esta norma del Código Civil y Comercial incorpora principios sostenidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En tal sentido, Germán Bidart Campos resume la doctrina de nuestro Máximo Tribunal sosteniendo que “el principio de que las leyes no son retroactivas emana solamente de la propia ley –el Código Civil– y carece, por ende, de nivel constitucional; pero cuando la aplicación retrospectiva de una ley nueva priva a alguien de algún derecho ya incorporado a su patrimonio, el principio de irretroactividad asciende a nivel constitucional para confundirse con la garantía de inviolabilidad de la propiedad consagrada en el art. 17” (Cfr. Germán Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1988, Tomo I, pág. 475).

Conforme con lo que llevamos dicho, la Ley 27.426 deviene inconstitucional en cuanto pretende aplicarse a las consecuencias de una situación jurídica cuya existencia es anterior al 29 de diciembre de 2017, fecha de su entrada en vigor. Sólo a partir de esa fecha será válida la modalidad de ajuste de la movilidad que la nueva ley instrumenta. El derecho del actor a practicar el cálculo de la movilidad de su haber conforme al procedimiento establecido por la Ley 26.417 ha ido devengándose mes a mes y, por consiguiente, cubre el período comprendido entre el 1 de julio de 2017 y el 29 de diciembre de ese año.

En consecuencia, de prosperar mi voto y oído el Ministerio Público, correspondería confirmar el pronunciamiento materia del presente recurso en cuanto no hace lugar a la inconstitucionalidad de los arts. 1 y cs. de la Ley 27.426, y revocarlo con relación al art.2 del referido cuerpo legal, cuya inconstitucionalidad se declara en cuanto establece que el mismo es aplicable a los haberes devengados entre el 1 de julio y el 29 de diciembre del año 2017.

Consecuentemente, se ordena a la demandada que, dentro de los treinta días de quedar firme este pronunciamiento, se reliquiden, conforme con lo dispuesto por la Ley 26.417, los haberes del actor correspondientes al citado período, y se pongan al pago las cantidades resultantes, previo descuento de las sumas ya abonadas por aplicación de la Ley 27.426. Costas por su orden (art. 68 del C.P.C.C.N.).

El Dr. Rodolfo Mario Milano dijo:

Que adhiere a las conclusiones del voto del Dr. Laclau.

El Dr. Néstor A. Fasciolo dijo:

I. Por sentencia de fs. 160/164 el Juzgado Nº 8 rechazó la acción de amparo deducida, impuso costas por su orden y reguló honorarios del letrado patrocinante de la parte actora.

Contra lo resuelto se dirige el recurso de apelación de quien demanda de fs. 169/175.

II. A mi juicio, los agravios esgrimidos encuentran adecuado tratamiento en el Dict. 38.395, del 10/4/18, de la F.G. 2, por lo que en atención a razones de celeridad y economía procesal, remito a sus consideraciones.

Sin perjuicio de ello, he de agregar algunas consideraciones que considero necesario formular respecto de las dos cuestiones centrales sobre las que versan los agravios del recurrente, a saber: a) la inconstitucionalidad de la nueva fórmula de movilidad en sí misma; y b) su aplicación retroactiva.

III. En cuanto a la conformación mixta de la nueva fórmula de movilidad del art. 32 de la Ley 24.241, a partir de la sustitución de su texto anterior dispuesta por el art. 1 de la Ley 27.426 –resultado de un promedio conformado en un setenta por ciento (70%) por las variaciones del nivel general del índice de precios al consumidor nacional elaborado por el I.N.D.E.C. y un treinta por ciento (30%) por el coeficiente que surja de la variación del RIPTÉ–, destaco que la misma guarda analogía con la pauta que en su momento fuera adoptada por la mayoría de este Tribunal conformada por el recordado Dr. Roberto Wassner y el suscripto en miles de casos a partir de “Szczupak Sofía Rebeca c/Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles s/reajustes por movilidad” (Sentencia Nº 54 del 16/8/89, publicada en Ed., 134-658); “Rodríguez Camilo Valeriano c/Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles s/reajustes por movilidad” (Sentencia Nº 55 del 16/8/89, publicada en Ed., 134-819; en JA, 1989-IV-279; en LT, Año XXXVII, Nº 441, págs. 701/55 y en TSS, T. XVII-1990-64); “Bastero Benjamín c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/reajustes por movilidad” (Sentencia Nº 56 del 16/8/89, publicada en “Errepar”, Doctrina Laboral, T. III, págs. 437 y ss. y en Ed., 136-118), también reiterada en la Sentencia definitiva Nº 40.090 del 29/7/93 recaída en la Causa Nº 21.356/93 “Chocobar Sixto Celestino c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/reajuste por movilidad”.

En ellos se dispuso, a fin de preservar el carácter “alimentario” y “sustitutivo” de las prestaciones previsionales, aplicar una movilidad que “refleje una adecuada proporcionalidad entre el costo de vida y la evolución de las remuneraciones del personal en actividad”, conformada por el promedio mensual de las variaciones surgidas de los “índices de salarios de peón industrial y de costo de vida que elabora el I.N.D.E.C.”.

IV. Por otro lado, he de agregar que con arreglo al art. 7 del C.C.C.N. “a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes” y, según mi criterio, eso es lo ocurrido con la Ley 27.426, en cuanto dispone la aplicación de un nuevo índice de movilidad trimestral a partir del 1 de marzo de 2018 (arts. 1 y 2).

En ese orden de cosas se ha dicho que “La ley fija una fecha a partir de la cual comienza su vigencia y deroga la anterior, de manera que no hay conflicto de leyes. El problema son los supuestos de hecho, es decir, una relación jurídica que se ha cumplido bajo la vigencia de la ley anterior, tiene efectos que se

prolongan en el tiempo y son regulados por la ley posterior ..." (cfr. Ricardo Luis Lorenzetti "Código Civil y Comercial de la Nación" comentado, T. I, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, págs. 46 y 47).

Siguiendo con ese razonamiento cabe sostener que las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes "que se constituyeron o se extinguieron cumpliendo los requisitos de la ley anterior no son alcanzadas por este efecto inmediato ... y las que están en proceso de constitución son alcanzadas por la nueva ley" (ob. cit.).

Ahora bien, lo cierto es que de conformidad con lo dispuesto por el art. 6 de la Ley 26417, se sustituyó la cláusula de movilidad regulada originalmente por el art. 32 de la Ley 24.241 por el siguiente texto: "Las prestaciones mencionadas en los incs. a), b), c), d), e) y f) del art. 17 de la Ley 24.241 y sus modificatorias, serán móviles. El índice de movilidad se obtendrá conforme la fórmula que se aprueba en el anexo de la presente ley".

Y el anexo referido, luego de desarrollar la fórmula aplicable, concluye del siguiente modo: "El ajuste de los haberes se realizará semestralmente, aplicándose el valor de 'm' para los haberes que se devenguen en los meses de marzo y setiembre. Para establecer la movilidad se utilizará el valor de 'm' calculado conforme el siguiente detalle: enero-junio para el ajuste de setiembre del mismo año y julio-diciembre para el ajuste a aplicar en marzo del año siguiente".

En atención a esas normas, cuya validez constitucional no fue cuestionada por el recurrente, cabe concluir que la movilidad a otorgar semestralmente es el resultado de la combinación de distintas variables producidas en los semestres enero-junio y julio-diciembre, a devengar y percibir sobre los haberes de marzo y setiembre, por lo que no encuentro admisible sostener la existencia de un devengamiento mensual, como pretende el recurrente, para sustentar que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 27.426 ya había incorporado a su patrimonio el derecho a la movilidad de la Ley 26.417, siendo que aquélla había sido sustituida por la ley cuestionada cuya entrada en vigencia se produjo el 29/12/17, es decir, con anterioridad al 1 de marzo de 2018 (fecha en que habría adquirido el derecho a la referida movilidad) y al 31/12/17 (cierre del período ponderable a los fines de que se trata).

V. Por otro lado, tampoco encuentro acreditado que la aplicación de la Ley 27.426 produzca una quita confiscatoria en el haber del actor, circunstancia relevante a tener en cuenta al momento de resolver, pues deja huérfana de sustento la violación del derecho de propiedad alegado por la parte actora, aspecto a ser considerado con prescindencia que de si la mentada ley se aplica "a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes", cuanto si se entendiera que la misma tiene efectos retroactivos, supuesto en el cual "no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales" según el ya citado art. 7 del C.C.C.N.

Es el propio demandante quien en varios pasajes de su memorial cita al respecto, precedentes tales como "Actis Caporale" (C.S.J.N. 19/9/99), "Quiroga Carlos Alberto" (C.S.J.N., 11/11/14) y otros en igual sentido, llegando a admitir de manera expresa que con arreglo a la doctrina del Máximo Tribunal "... sólo se considera razonable toda quita que no supere el quince por ciento (15%) del haber calculado conforme con las pautas de esta sentencia, como una contribución solidaria a la Seguridad Social de quienes tienen mayor capacidad económica ..." (SIC, resaltado incluido, f. 171 vta., segundo párrafo).

Bajo esa premisa habré de abordar el test de confiscatoriedad, teniendo en cuenta que según el recibo del f. 5 correspondiente a haberes del período 11/17, el actor percibió la suma de pesos treinta y tres mil ciento ochenta y uno con treinta y cinco (\$ 33.181,35) por PBU/PC/PAP.

Dando por válido que –según los dichos del propio demandante– de acuerdo con la Ley 26.417, en marzo de 2018 su beneficio se habría incrementado en un catorce coma sesenta por ciento (14,60%), la prestación habría alcanzado un haber mensual de pesos treinta y ocho mil ciento cuarenta con cuarenta y un centavos (\$ 38.140,41) para el período marzo/agosto de 2018.

Tomando como punto de partida el mismo haber de pesos treinta y tres mil ciento ochenta y uno con treinta y cinco centavos (\$ 33.181,35), en virtud de la Ley 27.426, las Res. S.S.S. 2/18 y 6/18 y las Res. A.N.Se.S. 28/18 y 88/18, la movilidad aplicable en los haberes de marzo y junio del año en curso es del cinco coma setenta y uno por ciento (5,71%) y del cinco coma sesenta y nueve por ciento (5,69%), acumulativamente, de manera que el haber de marzo ascendió a la suma de pesos treinta y cinco mil cientos ochenta y uno con setenta y un centavos (\$ 35.181,71) y el de junio a pesos treinta y siete mil ciento ochenta y tres con cincuenta y cuatro centavos (\$ 37.183,54).

El cotejo del haber mensual que resulta de la aplicación de la Ley 27.426 de pesos treinta y cinco mil cientos ochenta y uno con setenta y un centavos (\$ 35.181,71) para los meses de marzo, abril y mayo, alcanza al noventa y dos coma veinticuatro por ciento (92,24%) del de pesos treinta y ocho mil ciento cuarenta con catorce centavos (\$ 38.140,14) que arrojaría la Ley 26.417, en tanto que el de los meses de junio, julio y agosto de pesos treinta y siete mil ciento ochenta y tres con cincuenta y cuatro centavos (\$ 37.183,54) equivale al noventa y siete coma cuatrocientos ochenta y siete por ciento (97,487%) del de pesos treinta y ocho mil ciento cuarenta con catorce centavos (\$ 38.140,14), antes aludido.

Evidentemente, en las dos hipótesis, las mermas verificadas del siete coma setenta y seis por ciento (7,76%) y del dos coma cincuenta y uno por ciento (2,51%) no alcanzan la entidad confiscatoria pretendida por el demandante bajo los parámetros invocados por el propio recurrente.

Por lo que vengo de exponer y de conformidad con lo opinado por el Ministerio Público a fs. 179/181, mediante dictamen del que se acompañará copia con la notificación a librar, propongo rechazar el recurso deducido. Costas por su orden en atención a las particularidades del caso (arts. 17 de la Ley 16.986 y 68, segundo párrafo, del C.P.C.C.N.). Naf.

Por lo que resulta del acuerdo de la mayoría, y oído el Ministerio Público,

EL TRIBUNAL
RESUELVE:

Confirmar el pronunciamiento materia del presente recurso en cuanto no hace lugar a la inconstitucionalidad de los arts. 1 y cs. de la Ley 27.426, y revocarlo con relación al art. 2 del referido cuerpo legal, cuya inconstitucionalidad se declara en cuanto establece que el mismo es aplicable a los haberes devengados entre el 1 de julio y el 29 de diciembre del año 2017. Ordenar a la demandada que, dentro de los treinta días de quedar firme este pronunciamiento, reliquide, conforme con lo dispuesto por la Ley 26.417, los haberes del actor correspondientes al citado período, y se pongan al pago las cantidades resultantes, previo descuento de las sumas ya abonadas por aplicación de la Ley 27.426. Costas por su orden (art. 68 del C.P.C.C.N.).

Cópiese, protocolícese, notifíquese, cúmplase con la comunicación dispuesta por la C.S.J.N. en la AA. C.S.J.N. 15/13 (pto. 4 y conc.) y, oportunamente, remítase.

Fdo.: Rodolfo Mario Milano, juez de Cámara –subrogante–; Néstor A. Fasciolo, juez de Cámara; y Martín Laclau, juez de Cámara.

Ante mí:

Eloy A. Nilsson, secretario de Cámara; y Javier B. Picone, secretario de Cámara.