

Causa: Bastero, Benjamín c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos.

Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social, Sala III, 16 de agosto de
El doctor Fasciolo dijo:

1°- El apelante no reitera en esta instancia el objeto principal de sus presentaciones de fs. 25/26 y 31/32 dirigidas a los organismos administrativos consistente en que se le aplicará el régimen de la ley 22.955 (Rev. D. T. 1983-B, p. 1693) de modo de asegurarle el pleno goce de su derecho a la movilidad del haber jubilatorio, a pesar de que aquéllos omitieron expedirse sobre el particular en sus resoluciones de fs. 29, 34 y 37.

El abandono señalado inhibe a este Tribunal de pronunciarse al respecto, toda vez que su conocimiento en la causa se encuentra circunscripto a los agravios deducidos.

Así las cosas, cabe precisar que los términos del memorial recursivo de fs. 40/45 plantean como cuestión central –sin perjuicio de aquellas otras que más adelante se atenderán- la inconstitucionalidad de los arts. 49, 53, 55 y 82 de la ley 18.037, t.o. 1976, p. 844). A través de ello pretende el quejoso se haga lugar a la reliquidación de haberes en tanto se verifique un desequilibrio confiscatorio entre aquéllos y los salarios correspondientes a los trabajadores en actividad que reúnen las mismas condiciones del titular a la fecha de su cese, condenándose al organismo a abonar las diferencias resultantes, debidamente actualizadas y con más sus intereses, hasta el efectivo pago.

2°- La índole de las cuestiones a resolver torna oportuno recordar, como consideración previa, que la declaración de inconstitucionalidad de la leyes constituye un acto de suma gravedad inconstitucional, de manera que debe ser considerada como ultima ratio del orden jurídico (Fallos: 260-153; 286-76; 294-383; 295-455 y 850; 299-393; 300-1087; 301-962; 302-457, 484 y 1149).

Ya sea por aplicación del reiterado principio pretoriano referido al carácter no absoluto de los derechos, como por las propias disposiciones constitucionales vinculadas al caso (arts. 14 nuevo y 67, inc. 11) o por la intención que movió al reformador a enumerar algunos derechos sociales en la ley suprema, lo cierto es que el establecimiento del régimen de jubilaciones y pensiones móviles fue delegado por aquél en el legislador.

3°- Todo lo expuesto me lleva a la conclusión de que el derecho a la movilidad no supone un mandato constitucional de adecuación estricta del salario mínimo vital y de los haberes de pasividad al índice de costo de vida –por entonces inexistentes, además- tal como hoy lo identificamos al elaborado por el I.N.D.E.C.

Sostengo esa conclusión en que el art. 14 nuevo de la Constitución Nacional no establece expresamente esa pauta para el cálculo de la movilidad, y que al remitir a la ley que regule los derechos sociales que establece, delega en el legislador la tarea de reglamentar el mecanismo que permita alcanzar el fin buscado.

La postura que sostengo asegura la movilidad de las jubilaciones y pensiones al permitir la adecuación de aquéllas a las posibilidades que ofrezca la realidad económica del país, sin perder por ello de vista la promoción del bienestar general que conforme al preámbulo, constituye una de las metas a las que debe orientarse la acción de gobierno.

4°- Pues bien, diversos regímenes fueron establecidos en consecuencia por el legislador para asegurar la movilidad de las jubilaciones y pensiones.

Entre ellos, el de la ley 18.037 procura otorgar al beneficiario algo más que una simple pensión a la vejez, por cuanto relaciona su haber con las mejores remuneraciones percibidas, dentro del último período de actividad, de modo de asegurarle un nivel de vida acorde con el alcanzado durante aquél.

De tal modo, el carácter sustitutivo atribuido a los haberes de pasividad por el legislador se constituye en el medio elegido por aquél para asegurar la movilidad de sus importes dentro del marco constitucional.

5°- Para que esa razonable proporcionalidad no se vea afectada por el transcurso del tiempo y el paulatino envilecimiento de nuestra moneda, la ley de que se trata establece dos métodos de reajuste que en su texto ordenado en 1976 se encuentran en sus arts. 49 y 53.

6°- Por el primero de ellos se ordena actualizar las remuneraciones a tener en cuenta para el cálculo del haber por los “coeficientes que al 31 de diciembre de cada año, fije la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, en función de las variaciones del nivel general de las remuneraciones”.

Esa misma norma agrega que “los montos obtenidos de conformidad con lo establecido en los párrafos precedentes se multiplicarán, a su vez, por el índice de corrección al que se refiere el art. 53, vigente a la fecha de cesación del servicio”.

7°- Por su parte, el art. 53 prevé la movilidad de los haberes en función de la variación del nivel general de las remuneraciones, para cuyo cálculo establece que “dentro de los 60 días de producida una variación mínima del 10 % en dicho nivel general o de establecido un incremento general de las remuneraciones, cualquiera fuere su porcentaje, la Secretaría de Estado de Seguridad Social dispondrá el reajuste de los haberes de las prestaciones en un porcentaje equivalente a esa variación”. Para ello, la mencionada Secretaría establecerá el índice de corrección en base a las variaciones del nivel general de las remuneraciones que surjan de una encuesta permanente que realizará “...ponderando las variaciones producidas en cada una de las actividades significativas, en relación al número de afiliados comprendidos en ellas”.

8°- En el plano teórico, coincido con quienes han dicho que las disposiciones legales citadas resultan razonables y adecuadas al fin propuesto a condición de que: a) La encuesta se confeccione sin distorsiones en base a informaciones veraces y actualizadas; b) La fijación de los índices resultantes se haga en puntualidad y estricto acatamiento al resultado que arrojen las encuestas, es decir, que no se vea demorada o distorsionada por consideraciones ajenas al mantenimiento del valor real de los haberes; y c) Que la tasa de inflación no alcance niveles elevados, de modo que la desvalorización monetaria, medida por períodos anuales o bimestrales, en base a las variaciones que arroje la encuesta de remuneraciones, no llegue a reflejarlas de modo adecuado, y ello derive, en consecuencia, en la confiscatoriedad del haber.

9°- Sin embargo, en los hechos es de público y notorio que, tal como lo reflejan las estadísticas oficiales que elabora el I.N.D.E.C. a partir de inicios de la década anterior se ha desatado un pavoroso proceso inflacionario con marcadas oscilaciones que, casi sin excepción, no ha bajado de un porcentaje anual de tres dígitos, y que, al momento en que pronuncio mi voto, ha dado pie a que los especialistas en la materia lo califiquen de “hiperinflacionario”.

10.- En estas condiciones, resulta indudable que tanto el sistema de determinación del haber inicial como el de su periódica actualización previstos por los arts. 49 y 53 de la ley 18.037 (t.o. 1976), en los aspectos vinculados con la aplicación de coeficientes de

ajuste e índices de corrección, por incidencia de la elevada inflación y sin perjuicio de otras desviaciones que pudieron haberse deslizado en la confección —a partir de la reiterada determinación de índices de ajuste inferiores a los resultantes de la encuesta de remuneraciones— han devenido irrazonables, por cuanto con ella se ha producido un marcado descenso en términos reales de los haberes previsionales y una acentuada desproporción de aquéllos con las remuneraciones que le habría correspondido percibir al titular, de haber continuado en actividad.

La confiscatoriedad que de ello se deriva dio pie a que en infinidad de casos, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo —cuanto conservaba competencia en la materia— y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, declararan la inconstitucionalidad de las normas en cuestión (Fallos: 307-1921 y 308-1848; y “Tallo, Antonio” y sus abundantes citas de abril 22-1986, y causas: “Labusta, Manuel s/ jubilación” de noviembre 12-1987, entre muchos otros).

11.- Descalificados en su validez los métodos dispuestos por el legislador para establecer la movilidad de los haberes, es preciso determinar el procedimiento que permita cumplir adecuadamente aquél mandato constitucional.

No se me escapa que esa tarea es propia del legislador (art. 67, inc. 11 de la Constitución Nacional), toda vez que la materia “se inserta en el círculo de facultades que constituyen la competencia funcional del Congreso de la Nación, como órgano investido del poder de reglamentar los derechos y garantías reconocidos por la Carta Magna con el objeto de lograr la coordinación necesaria entre el interés privado y el interés público y hacer realidad la promoción del bienestar general anunciado en el preámbulo y contenido en la cláusula del art. 67, inc. 16 de la Constitución Nacional” (Fallos: 308-1848).

12.- Pero hasta tanto aquél no se haga cargo de ese cometido estableciendo un sistema de alcance general que, sin perjuicio de las diferencias que contemple, permita la elaboración de cálculos actuariales necesarios para el financiamiento y buena administración de los entes de la previsión social, corresponde al órgano jurisdiccional competente en ejercicio válido de sus funciones, suplir el vacío legal producido por la declarada inconstitucionalidad de las normas aplicables en las causas de decidir.

13.- En cumplimiento de ese deber, propondré la aplicación en el caso de un método y un índice de ajuste que suplan adecuadamente la finalidad perseguida, procurando evitar con ello incurrir en las deformaciones derivadas del sistema legal previamente descalificado, de modo que el resultado a obtener aúne armoniosamente el respeto a la cláusula que dispone la movilidad de los haberes como objetivo, y al espíritu de la legislación dictada en su consecuencia que preconiza el carácter sustitutivo de aquéllos como sistema elegido para su logro (conf. doctr. Fallos: 307-2366).

A ese fin habré de procurar que la solución por adoptar en ambos aspectos resulten, por la generalidad de su aplicación, de sencilla implementación por la Caja.

14.- A tal fin, juzgo oportuno promediar mes a mes los índices de salarios de peón industrial y de costo de vida que elabora el I.N.D.E.C.

La conjunción que propicio de dos índices fácilmente disponibles y verificables de usos múltiples en nuestra vida de relación y originados de fuente insospechada, despeja las dudas que acerca de su fidelidad con la realidad se deriva de los elaborados por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social según lo autorizan los arts. 49 y 53 de la ley, favorecidas en ese caso por la especificidad de su aplicación y por ser confeccionados por la propia administración para el pago de sus deudas a los

beneficiarios del sistema sin la mínima participación o control de los sectores interesados.

Por otra parte, el índice promedio resultante se compadece con los principios que dieron origen a la movilidad, a la vez que neutraliza las distorsiones que podrían derivarse de bruscas o caprichosas oscilaciones en cualquiera de ambos.

15.- Pero ello sólo no basta para asegurar que el haber resultante preserve al beneficiario un nivel de vida acorde con el alcance en el último período de su actividad; ese objetivo exige, además, que la aplicación del índice elegido se haga con la mayor inmediatez posible entre el período que aquél representa y el momento de realizar el cálculo del importe que corresponde actualizar.

Por eso es que, habida cuenta de la frecuencia con el que el Indec los confecciona y publica, propongo que se utilice el índice combinado por períodos mensuales, sin perjuicio de recurrir de los cálculos que fuere necesario formular para determinar los importes a abonar, conviertan al pago en extemporáneo y ello derive en una interminable sucesión de actualizaciones.

16.- Proceder de ese modo obliga, a su vez, de no contarse con esa información en el expediente, a discriminar mes a mes las retribuciones percibidas por el afiliado durante los últimos 10 años calendarios de su actividad inmediatamente anteriores al año de cesación en el servicio, como paso previo al cálculo del haber inicial.

Para ello, deberán desagregarse mes a mes en la misma proporción que resulte del índice de salarios del peón industrial del Indec las remuneraciones correspondientes a cada año calendario, según la siguiente fórmula: las remuneraciones anuales nominales se corresponderán a la suma de los índices del año, y la retribución de cada mes será igual al total anual nominal percibido dividido por esa suma de índices y multiplicado por el índice correspondiente al mes de que se trate.

17.- Las remuneraciones mensuales nominales que surjan de las constancias del trámite o del sistema de desagregación descrito en el párrafo precedente, según su caso, se actualizarán conforme la evolución del índice combinado que refleje la variación habida en aquéllas entre el penúltimo mes anterior al del cese y el penúltimo mes anterior al de su devengamiento, ambos incluidos.

Se sumarán a continuación las remuneraciones mensuales ya actualizadas y se determinará el haber inicial, aplicando el porcentaje correspondiente a la edad del titular sobre las remuneración promedio resultante de dividir por 36 las tres mejores remuneraciones anuales ajustadas.

18.- Cumplido de ese modo el procedimiento previsto en el art. 46 de la ley 18.037, t.o. 1976 se suplirá el establecido por el art. 53 mediante la aplicación mensual del índice combinado relativo al penúltimo mes inmediato anterior al de la exigibilidad del haber que se pretenda liquidar, dividido por el del último mes anterior en que se produjo el cese en la actividad, ambos incluidos.

19.- Del cotejo de los haberes mensuales y sueldo anual complementario así calculados respecto de los efectivamente percibido por el beneficiario, que el organismo informará a través de un cuadro comparativo que confeccionará y notificará en forma expresa y con entrega de copia a la parte interesada, surgirá el perjuicio sufrido por ésta con motivo de la aplicación de las normas legales impugnadas.

De configurarse aquél en un margen que exceda el indicado en el considerando siguiente, la Caja de origen deberá, dentro de los 90 días hábiles administrativos de recibido el expediente, y para lo sucesivo, adecuar el sistema de cálculo de los haberes al que se

describe en este pronunciamiento, hasta tanto se verifique la condición señalada en el considerando 12.

20.- A esta altura cabe tener en cuenta que la base de la presente impugnación es el concepto de confiscatoriedad y que ésta depende, a su vez, de la magnitud del perjuicio, ya que salvo lesión constitucional, corresponde a la ley establecer el modo de cálculo del haber inicial y la forma de actualización de ese haber para lo sucesivo.

En este entendimiento, considero como confiscatoria, en las circunstancias actuales de elevada inflación, cualquier diferencia de los haberes superiores al 10 % entre los valores comparados en el considerando anterior, toda vez que según el art. 53 de la ley, ese porcentaje constituye el límite del perjuicio aceptado por el legislador.

Las razones expuestas conducen igualmente a admitir la invalidez del art. 55 de la ley 18.037, t. o. 1976, para el supuesto que aquél se torne aplicable una vez recalculado el haber del modo indicado precedentemente, en la medida en que la diferencia entre el importe que corresponde percibir al interesado por aplicación de las pautas de esta sentencia respecto del máximo previsto en esa norma supere, en cada caso el 15 % del primero (conf. Fallos: 308-915 y 1788 y causa “Buezas, Tomás c/ I.M.P.S.”, de febrero 18-1988).

Por ello, el demandante será acreedor al cobro de la totalidad del importe equivalente a cada diferencia mensual que resulte del cuadro comparativo mencionado, en tanto aquélla exceda de los porcentajes de tolerancia admitidos, que resulten aplicables según su caso de acuerdo a lo precedentemente expuesto, que se calculará en relación al haber que debió haber percibido el beneficiario.

21.- De prosperar mi voto, habrá de comprender, con los alcances precedentemente indicados, a las diferencias resultantes a partir de los dos años anteriores al reclamo administrativo, habida cuenta de la oposición por parte de la demandada, en tiempo y forma, de la excepción de prescripción liberatoria (Fallos: 307-669) y de lo dispuesto en tal sentido por el art. 82 de la ley 18.037, t.o. 1976 (Fallos: 308-394 y causas “Jaroslavsky, Bernardo” de febrero 26-1985 y “Córdoba, Juan J.” de septiembre 3-1987).

22.- Las diferencias que arroje el cuadro comparativo a que se refieren los considerandos precedentes deberán ser canceladas con más su actualización e intereses en la oportunidad que corresponda según lo dispone la normativa vigente, entre la que no cabe prescindir de las leyes 21.864 y 23.568, cuya validez no fue cuestionada en el caso hasta el presente.

23.- Establecido –como ha sido- el derecho del apelante al reajuste reclamado y determinado que la tardanza en el pago es imputable a la demandada, “cabe concluir necesariamente que el reclamo del actor por los intereses moratorios debe prosperar en razón de la privación a su dueño de un capital que la deudora no tenía derecho a retener (art. 622, del Cód. Civil)” (Fallos: 306-204 y 307-582).

Considero a tal fin, suficientemente resarcitoria –por aplicarse sobre montos actualizados-, una tasa anual del 8% que se calculará sobre cada crédito de condena por el mismo período en que se practicara la actualización del crédito respectivo (CS, causa “Buezas, Tomás c/ I.M.P.S.” de febrero 18-1983).

24.- Atento a que el recurrente no solicita que se impongan costas a la Caja y habida cuenta de los alcances con que fuera promulgada –por el dec. 2312/86- la ley 23.473, (Rev. D.T., 1987-A, p. 757) me pronuncio, en igual sentido, por la no imposición de costas al organismo.

25.- A modo de conclusión de los argumentos vertidos y como síntesis de ellos, de acuerdo, además, con lo concordemente dictaminado por el señor Fiscal, en lo pertinente, voto por:

A) Hacer lugar al reclamo en lo sustancial y declarar en el caso la inconstitucionalidad de los arts. 49 y 53 de la ley 18.037, t.o. 1976, en lo que se refiere al método e índices de actualización de las remuneraciones computables para fijar el haber inicial y para el reajuste de los haberes previsionales, como así también del art. 55 de esa ley en lo atinente al máximo del haber previsional, con el alcance expuesto en el considerando 20);

B) Rechazar la pretensión del organismo previsional de que se considere a esa sentencia como constitutiva de derechos y la inconstitucionalidad del art. 82 de la ley 18.037, t.o. 1976 deducida por la parte actora; haciendo lugar a la defensa de prescripción de los créditos de fecha anterior a los dos a los previos al reclamo administrativo opuesta por aquel;

C) Ordenar a la Caja de origen para que dentro el plazo de 90 días hábiles administrativos de recibido el expediente por ella de cumplimiento a esta sentencia por la que se la condena a abonar los haberes que se devenguen en lo sucesivo con arreglo a las pautas establecidas en los considerandos 14 a 18, hasta tanto rija el sistema legal que se descalifica, y proceda a su actualización toda vez que el incremento que resulte por aplicación del índice combinado sea superior al 10%; sin perjuicio del oportuno pago de las retroactividades resultantes de acuerdo a la normativa vigente. Todo ello en base a lo que arrojen los cuadros comparativos que previamente confeccionará, los que deberá poner en conocimiento del interesado del modo indicado en los considerandos 19 y 22, a los efectos allí expresados;

D) Ordenar a la Caja de origen que, a fin de cumplir con el trámite de las liquidaciones a producir por ella, elabore un informe que contenga la expresa mención de los índices de ajuste y tasas de interés aplicables, según su caso, con los anexos que correspondan en función del pago a realizar, a saber:

1) ANEXO 1: Determine el haber inicial del jubilado o causante y su evolución mensual posterior hasta el momento de realizar su informe con arreglo a lo indicado en los considerandos 14 a 18;

2) ANEXO 2: Detalle en el siguiente orden y en cuatro columnas:

a) los haberes mensuales y sueldo anual complementario resultantes del anexo anterior corresponde al período inmediatamente anterior en dos a los al reclamo administrativo y hasta el momento de confeccionar su informe;

b) los haberes percibidos por esos conceptos en igual período;

c) las diferencias que arroje en cada caso la comparación de ambas columnas expresadas en porcentajes; y

d) las diferencias aludidas en el punto anterior expresadas en sumas de dinero;

En caso que el haber resultante excede el máximo previsto por el art. 55 de la ley 18.037, t.o. 1976, se dejará constancia del importe del tope aplicado en una quinta columna precisándose en dos columnas sucesivas las diferencias que surjan de la comparación del haber que arroje la aplicación de esta sentencia, respecto de aquél, en porcentaje y en dinero.

3) ANEXO 3: en lo que respecta a las retroactividades a abonar actualice las diferencias que exceden los porcentajes indicados en el considerando 20 y calcule los intereses respectivos todo ello con arreglo a las pautas establecidos en los considerandos 22 y 23;

E) Sin costas.

Todo lo cual, así lo voto.

El doctor Wasser dijo:

1°- La titular de autos obtuvo el beneficio jubilatorio y cesó en la actividad en vigencia de la ley 18.037 t.o. 1976 conforme surge de fs. 12.

Se presenta a fs. 25 solicitando el reajuste de su haber jubilatorio en base a la proporcionalidad que a su juicio debería guardar con la remuneración que percibiría en la actividad y plantea la inconstitucionalidad de la ley 18.037.

A fs. 28/29 la Caja de origen deniega la petición y opone la defensa de prescripción para el supuesto de prosperar el reclamo del titular.

A fs. 31/32 la recurrente apela la resolución administrativa, invoca jurisprudencia y pide actualización monetaria y aplicación de intereses sobre los montos que se le adeudarían de progresar la tesitura. Plantea la inconstitucionalidad del art. 53.

Elevado el expediente al organismo de alzada, éste se expide a fs. 36/37 ratificando el criterio administrativo y sosteniendo que la sentencia a dictarse debe tener efectos constitutivos y generarlos a partir de la fecha de dictado de la misma.

A fs. 40/44 obra el recurso judicial que reúne las características de fundamentación suficiente y necesaria.

Plantea en esa oportunidad el recurrente la inconstitucionalidad de los art. 49, 53, 55 y 82 de la ley 18.037, y solicita la actualización monetaria más sus intereses, y que se respeten las pautas de reajuste para el futuro. Efectúa diversas consideraciones, invoca jurisprudencia y pide se disponga alguna medida probatoria.

2°- Llegadas las actuaciones a sede judicial se requiere dictamen del Ministro Público que luce a fs. 60.

3°- Entrando al fondo de los problemas planteados considero necesario introducir un pensamiento fundamental: los planteos de inconstitucionalidad corresponde analizarlos con basamento en la propia Constitución, cuya primacía es necesario respetar por ser la norma básica, sustento y condición del estado de derecho y atento lo prescripto por el art 31 de la misma. Más allá de eventuales interpretaciones sobre la legitimidad de origen del texto actual aprobado por la Convención constituyente reunida en Santa Fe en 1957, la CS ha decidido en los autos “Guerrero de Soria c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos.” el 20 de septiembre de 1963 que la reforma introducida es un hecho político no judicializable y no cabe duda que es a la luz de sus disposiciones y de sus fundamentos que debemos examinar la corrección de los planteos de inconstitucionalidad que se efectúen.

Obviamente la interpretación no puede ser excesivamente literal ni reducirse a un párrafo del art. 14 bis y a su discusión en el seno de la convención sino que debe ser abarcativa del espíritu de los convencionales al debatir el artículo precitado en su totalidad. Como enseña Germán J. Bidart Campos “en nuestro derecho judicial, se suele marcar el caso “Avico c/ De la Pesa”, de 1934 (Fallos: 172-21) como el comienzo de un línea interpretativa que acomoda la Constitución a las circunstancias sobrevinientes a ella que van suscitándose en el tiempo” (“La Corte Suprema”, Buenos Aires, Allende y Brea, 1982, ps. 46/47).

4°- Aclarada lo inútil que sería plantear en el caso la disquisición entre las cláusulas programáticas y las operativas, mencionaré más en concreto los fundamentos constitucionales de la movilidad de los haberes previsionales.

Sólo hay diferencias de matices secundarios en la opinión de los convencionales, por ello propicio se decrete la inconstitucionalidad del art. 53 de la ley 18.037, t.o. 1976, por violatorio –esencialmente- del art. 14 bis de la Constitución Nacional y, en consecuencia, del art. 17 de la misma.

Conforme con lo sostenido por la CS en los autos “Valles, Eleuterio S.” fallado el 29 de octubre de 1987, considero que “el cumplimiento de aquel mandato constitucional atañe también a los restantes poderes públicos, los que deberán dentro de la órbita de su competencia, hacer prevalecer el espíritu de los constituyentes, dentro del marco que exigen las diversas formas de justicia”. Dicho principio es reiterado en autos “Codecá, Amelia A.” el 27 de septiembre de 1988.

Por lo expuesto propiciaré se decrete la inconstitucionalidad del art. 53 de la ley 18.037, t.o. 1976, y se utilicen a fin de actualizar los haberes las pautas resultantes de combinar y promediar para los distintos períodos los índices de salarios del peón industrial y de precios al consumidor o costo de vida, y que se mantenga este esquema para el futuro en la medida en que subsista el actual ordenamiento legal y no experimente variantes apreciables la situación general del país.

Sin perjuicio de considerar distintos perímetros en el eventual análisis de la validez y alcance del art. 53 de la ley 18.037, estimo que en autos sólo debe considerarse confiscatoria una reducción que supere el 10 % entre los haberes percibidos y los que surgirían de la aplicación de esta sentencia (CS, “Alvarez, Rodolfo”; “Praeger, Andrés”; “Di Franco, Juan C.”; “Andrés, Fernando” todos de diciembre 1-1983 y concs.).

En lo que hace a la solución que se propicia en lo referente a la alegada inconstitucionalidad del art. 55 de la ley 18.037, he de señalar, en mi opinión, que cuando se ha producido una reducción confiscatoria de los haberes percibidos o a percibir comparados con los que corresponden por aplicación del tope previsto en la norma precitada, cabe efectivamente, decretar la inconstitucionalidad de ésta (CS, “Petrino, Pedro” de mayo 24-1983; “Monge, Ciriaco” de abril 26-1983 y concs.). Opino que uno de los principios básicos de la seguridad social –de lo que se nutre el derecho previsional- es el de la solidaridad y que no corresponde que haya siempre una relación matemática entre lo aportado y lo que se percibirá como haber; que la responsabilidad social conduce a que se examinen los problemas del país en su conjunto y contemplando la cobertura de los sectores de menor poder económico social.

En consecuencia propicio que con respecto a la inconstitucionalidad del art. 55 de la ley 18.037 se considere no confiscatoria toda reducción eventual en los haberes que supere el 15 % del que correspondería al beneficiario.

En consecuencia y por los fundamentos expuestos adhiero al voto del camarista preopinante.

5°- En lo que respecta a la fecha inicial de pago de las diferencias devengadas, corresponde abonar las mismas, con estricta aplicación del art. 82 de la ley 18.037.

No procede, en consecuencia, hacer lugar al planteo respecto al carácter constitutivo de la sentencia a dictarse por cuanto no se constituirá ningún estado de derecho nuevo sino que se reparará un agravio inferido por aplicación de una norma inconstitucional.

6°- Respecto a la impetrada inconstitucionalidad del art. 49 de la ley 18.037, t.o. 1976 propiciaré se dé curso favorable a tal reclamo toda vez que las variantes registradas a lo

largo del año tornan ilusorias la certeza de un coeficiente anual y se adopte como pauta para la determinación del haber inicial la actualización de las remuneraciones mensuales en el período considerado para esos efectos, con la combinación de coeficientes a los que me referí en relación al art. 53 de la norma precitada y a la fecha de cesación en la actividad; sólo debe considerarse confiscatoria una reducción que supere el 10 % entre los haberes percibidos y los que surgirían como consecuencia de este fallo.

7°- Corresponde hacer lugar al reclamo de actualización monetaria conforme a la ley 21.864 y opino que los intereses deben abonarse desde la fecha en que se devengan haberes (CS, “Miralles, Enrique A.” de abril 18-1985), con la tasa del 8 % anual por tratarse de montos actualizados.

8°- Creo, asimismo, que debe rechazarse el pedido de imposición de costas en atención a que se encuentra vigente la ley 18.477 (Rev. D. T., 1970, p. 123) conforme surge del dec. 2312/86.

9°- Sin abrir juicio sobre la constitucionalidad del art. 2° de la ley 23.568 (Rev. D. T., 1988-B, p. 1168), no puedo prescindir de la misma en el contexto normativo en el que la Caja de origen debe dar cumplimiento a la sentencia a dictarse, fuente indiscutible de derecho, en concordancia con el plexo legal vigente dentro de los noventa días hábiles administrativos de recibidos el expediente en sede administrativa.

10.- Por todo lo expuesto y oído el representante del Ministerio Público, propicio:

- a) Se considere formalmente admisible el recurso interpuesto.
- b) Se declare la inconstitucionalidad de los arts. 49 y 53, y 55 de la ley 18.037, t.o. 1976, y se desestime lo peticionado respecto del art. 82 el texto legal.
- c) Se haga lugar a la defensa de prescripción opuesta respecto de los créditos que resulten de fecha anterior a los dos años previos al reclamo administrativo.
- d) Se rechace la pretensión del organismo previsional tendiente a que se considere a la sentencia que se dicte como constitutiva de derechos.
- e) Se revoque la resolución recurrida y se ordene a la caja de origen que en el plazo de noventa días hábiles administrativos efectúe el cálculo del haber inicial y de la movilidad pertinente, de conformidad con las consideraciones de este voto que a esos puntos hacen referencia, y abone las sumas resultantes con la actualización monetaria y sus intereses al 8 % anual desde la fecha en que se devengaron y hasta su efectivo pago.
- f) Se impongan las costas por su orden.

El doctor Laclau dijo:

En el presente caso apela el titular argumentando que el haber de su prestación no guarda relación con la remuneración que percibiría en actividad, razón por la cual tacha las inconstitucionales a los arts. 49, 53 y 55 de la ley 18.037, t.o. 1976.

1°- Aun cuando la confiscatoriedad derivada de la aplicación de dichas normas no se encuentra totalmente acreditada en autos, entiendo que la misma constituye un hecho notorio que, en cuanto tal, exime al interesado de convalidar dicha afirmación en base a una prueba acabada.

Sabido es que los jueces sólo pueden considerar los hechos afirmados por las partes y que, entre ellos, únicamente pueden tomar en cuenta, al dictar sentencia, los que se encuentran probados. Esta verdad primaria hállase resumida en el viejo aforismo latino según el cual sententia esse debet secundum allegata et probata. De allí que el juez no pueda suplir las deficiencias probatorias en base al conocimiento privado que pueda

tener de los hechos alegados. Pero ello no implica que los acontecimientos que han adquirido pública notoriedad no deban ser admitidos, toda vez que, respecto a ellos, su veracidad surge con independencia de la cuestión ventilada en juicio.

2°- En el caso presente, entiendo que el agravio constitucional invocado por el recurrente puede ser considerado un hecho notorio, ante las decenas de miles de reclamos por reajustes de haberes que se hallan radicados, no sólo en el ámbito judicial, sino también en las distintas cajas nacionales de previsión, los cuales ponen en evidencia, ante el agudo proceso inflacionario en que nos hallamos inmersos, las falencias derivadas del método implementado por la ley 18.037 para calcular el haber inicial del beneficio y su posterior movilidad.

Por otra parte, en caso de requerirse una medida para mejor proveer, estimo que se dilataría el procedimiento en forma tal que, atento a la naturaleza de la cuestión debatida, tornaría ilusorio para el recurrente el derecho de defensa en juicio consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional. En tal sentido, comparto la opinión de Germán J. Bidart Campos según la cual la garantía constitucional del debido proceso incluye la duración razonable del mismo. “Todo proceso ha de tener una duración que sea razonable de acuerdo con la naturaleza de la pretensión jurídica que se ventila en el proceso. Cuando la pretensión es urgente, el proceso deber durar menos —o mucho menos— que cuando no reviste ese apremio”. (Bidart Campos, “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, Buenos Aires, Ediar, 1988, t. I, p. 466).

En el caso que nos ocupa, estimo que el art. 14 bis de la Constitución Nacional es suficientemente claro en cuanto a la movilidad de los haberes jubilatorios y, respecto a este punto, la remisión al debate de los constituyentes resulta innecesaria. En cuanto a la pauta en base a la cual dicha movilidad ha de concretarse, la misma ha sido dejada al arbitrio del legislador, dentro de las previsiones contenidas en el art. 28 de nuestra Carta Magna. Ha de ser el Congreso Nacional quien, previa evaluación de las discusiones de la Convención de 1957, el sentido del precepto constitucional y el método que ha de emplearse para asegurar la movilidad de los haberes previsionales podría llevar a que, habiendo hecho varios constituyentes mención al incremento del costo de la vida, se sostuviera que es en base al mismo que han de ser ajustados, periódicamente, las jubilaciones y pensiones, con lo cual se destruirían las bases financieras que dan sustento al régimen previsional argentino, el cual, según es sabido, se asienta en aportes y contribuciones calculados sobre los ingresos de la población activa.

3°- La movilidad de las jubilaciones y pensiones a que se refiere el art. 14 bis de la Constitución Nacional ha sido reglamentada por la ley 18.037 en sus arts. 49 y 53, proveyendo un método para el cálculo del haber, merced al cual se intenta cumplir el precepto constitucional. Cabe, por tanto establecer si, en el caso, dicha metodología resulta razonable, o, en otros términos, si se cumple lo preceptuado por el art. 28 de nuestra Carta Magna en el sentido de que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio”.

Al respecto, es preciso recordar que nuestro sistema previsional encuéntrase estructurado en líneas generales, sobre la base de la proporcionalidad entre los aportes efectuados y los beneficios otorgados, si bien esta proporcionalidad se halla atenuada por el principio de solidaridad que lleva a la reducción previsional se destina al financiamiento de las prestaciones más bajas. Pero, en términos generales, cabe afirmar que nuestras jubilaciones cumplen una función “sustitutiva” del ingreso que se obtenía en actividad, no inspirándose, por tanto, en el criterio de “subsidiariedad” propio de un

régimen de seguro social. Esta circunstancia lleva a que nuestro sistema intente preservar al trabajador, durante su pasividad, un nivel de vida análogo al que había, obtenido en su vida activa, no contentándose con asegurarle la percepción de un beneficio modesto y uniforme, como en el caso de los seguros sociales, donde la financiación del sistema hállese, por entero, a cargo de la colectividad.

Es más, nuestro Alto Tribunal ha declarado, reiteradamente, que las prestaciones previsionales se incorporan, como derecho adquirido, al patrimonio del beneficiario, por lo que resultan amparados por el art. 17 de la Constitución Nacional (Fallos, 235-783; 242-40; 247-140 y conscs.). Si bien se ha reconocido que este principio no es absoluto, toda vez que, al mediar razones de orden público o de beneficio general, las prestaciones son pasibles de reducción sin que ello implique violar la garantía constitucional de propiedad (Fallos, 192-359; 242-441; 234-718; 258-14, entre otros), en los diversos casos concretos los jueces deberán cuidar que tal reducción no se traduzca en un desequilibrio de la razonable proporción que debe existir entre las situaciones de actividad y pasividad, a fin de no afectar el nivel de vida el beneficiario en forma confiscatoria o injustamente desproporcionada (Fallos: 170-12; 190-428; 235-783; 243-717; 258-14; 260-279; 269-174; 295-441; 303-1115; 306-615, entre otros). Es que, como la misma Corte ha establecido al fallar, el 19 de abril de 1988, en el caso de don Julio C. Márquez, “la jubilación constituye una consecuencia de la remuneración que percibía el beneficiario como contraprestación de su actividad laboral una vez cesada ésta y como débito de la comunidad por dicho servicio, razón por la cual el principio básico que se privilegia es el de la necesaria proporcionalidad entre el haber de pasividad y el de actividad”. (Rev. D. T., 1988-B, 1613).

La ley 18.037 establece, en sus arts. 46 y 53, pautas para la determinación del haber inicial del beneficio y su posterior reajuste merced a las cuales intenta preservar la aludida proporcionalidad.

Sin embargo, el acelerado proceso inflacionario a que está sujeto el país ha llevado a que el sistema ideado por la ley 18.037 sea desbordado y que sus disposiciones se traduzcan en un resultado palmariamente confiscatorio respecto del ingreso de los beneficiarios, lesivo de los derechos y garantías consagrados por los arts. 14 bis y 17 de nuestra Constitución Nacional. En efecto, el art. 49 de la ley 18.037, al aplicar coeficientes anuales de actualización a los salarios anteriores al cese, impide actualizar debidamente las remuneraciones percibidas durante el último año de actividad, con lo cual, desde el comienzo, se produce una brusca caída en el nivel de ingresos del beneficiario. Esta circunstancia es agravada por el art. 53 de la ley de marras, al disponer que dentro de los 60 días de producida una variación mínima del 10 % en el nivel general de las remuneraciones o un incremento general de éstas, se dispondrá el reajuste de haberes en un porcentaje equivalente a esa variación. En tiempos de estabilidad económica, puede interpretarse que la disminución que sufre el haber del beneficiario en virtud de la anualidad de los coeficientes a que se refiere el art. 49 y del período bimensual contemplado por el art. 53 representa una contribución del interesado al sistema que lo ampara, atento razones de solidaridad; pero, en épocas de acelerada inflación como la que vivimos, dicha carga se torna confiscatoria y el carácter sustitutivo de la prestación, al igual que la debida proporcionalidad entre las situaciones de actividad y pasividad, tórnase ilusorio. Por ello, entiendo que es procedente declarar la inconstitucionalidad de los arts. 49 y 53 de la ley 18.037, t.o. 1976.

4°- En lo concerniente a la alegada inconstitucionalidad del art. 55 de la ley 18.037, merced al cual el legislador fija un tope máximo a las jubilaciones, entiendo que la misma no puede tener acogida favorable. En efecto, como expresé anteriormente, si

bien es principio fundamental del régimen previsional argentino que exista una proporcionalidad entre los aportes efectuados y los beneficios acordados, este principio de solidaridad social, de acuerdo al cual los beneficios más altos son reducidos con la finalidad de lograr una adecuada cobertura para los sectores de más bajos recursos, todo ello dentro de un sistema redistributivo de la renta que hállese implícito en las bases mismas de la moderna previsión social. El monto o porcentaje de esa quita es materia de política legislativa en cuyo ámbito no puede inmiscuirse el Poder Judicial, toda vez que la misma es resultante de cálculos y estimaciones que pueden variar en las diversas épocas, en base a datos que no siempre maneja el juzgador.

5°- Habiéndose declarado, en el caso, la inconstitucionalidad de los artículos en base a los cuales según la ley 18.037, ha de efectuarse el cálculo del haber del beneficio, surge la necesidad de determinar algún sistema sustitutivo, toda vez que no existe disposición legal que pueda regir dicha operación.

6°- Por ello, entre los diversos parámetros utilizables, estimo que los índices mensuales del salario de peón industrial de la Capital Federal, elaborados y publicados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, es el que mejor se adapta a la naturaleza del derecho en discusión, toda vez que el mismo, aparte de su carácter público y fácilmente verificable, permite mantener la necesaria vinculación entre el haber previsional y la remuneración obtenida por el personal en actividad. Cabe destacar, por otra parte, que la totalidad de las salas que integran la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, han adoptado, en casos similares, el índice de referencia.

7°- Una vez establecido el índice testigo que ha de ser utilizado, en el presente caso, a fin de constatar las variaciones producidas en el nivel de las remuneraciones, cabe destacar que, como dijimos anteriormente, estas mutaciones habrán de ser apreciadas mes a mes y no en forma anual, como establece el art. 49 de la ley 18.037, ni cada sesenta días, como señala el art. 53 de ese cuerpo normativo.

Así, para calcular el haber inicial del beneficio, habrán de aplicarse coeficientes mensuales de actualización, para lo cual resulta imprescindible establecer la retribución que el interesado percibía, mes a mes, durante el período que se tome en consideración para efectuar dicho cálculo. Cuando los datos que el organismo previsional posea sólo permitan el conocimiento del monto anual de retribución, la remuneración mensual se obtendrá desagregando, de esa suma total, los montos correspondientes a cada mes, en la misma proporción que reflejen en ese año los índices mensuales del salario del peón industrial de la Capital Federal. Una vez obtenido el monto de la remuneración mensual, la misma habrá de ser actualizada en base a esos mismo índices del peón industrial.

A continuación, habrá de efectuarse un cuadro comparativo, haciendo figurar, en una columna, el haber inicial efectivamente percibido por el beneficiario y sus actualizaciones mensuales posteriores, calculados por el organismo previsional y, en otra columna el haber inicial y los posteriores reajustes calculados en base a los índices mensuales del salario del peón industrial de la Capital Federal. En aquellos períodos en que surja una diferencia mayor del 10 % entre los montos comparados, ha de considerarse que el haber del beneficiario ha sufrido una merma a la que cabe calificar de confiscatoria, razón por la cual ésta tendrá derecho a percibir, debidamente actualizados y con los intereses correspondientes, la cantidad que exceda al 10 % de diferencia entre los términos de la comparación llevada a cabo. Cabe destacar que se ha considerado el 10 % de diferencia entre los montos comparados para determinar la confiscatoriedad de la merma producida en el haber, por ser tal porcentaje el admitido por el propio legislador, en el art. 53 del cuerpo del interesado, a fin de facilitar los

cálculos llevados a cabo por el organismo administrativo y atendiendo a razones de solidaridad propias del sistema.

8°- Aun cuando el organismo administrativo no se haya expedido respecto a la actualización por depreciación monetaria de los haberes, entendiéndose que en el punto no puede ser soslayado, toda vez que, en caso contrario, podrían resultar ilusorios los derechos reconocidos al apelante. Esta actualización deberá practicarse conforme a las disposiciones de la ley 21.864 (Rev. D. T., 1978, p.880).

9°- Corresponde, asimismo, hacer lugar al cobro de intereses por parte del recurrente, con la tasa del 8 % anual sobre montos actualizados.

10.- En lo concerniente a la fecha inicial del pago del reajuste, cabe destacar que el organismo previsional sostiene que, ante “una hipotética decisión favorable a la parte interesada en sede judicial”, dicha decisión revestiría el carácter de sentencia constitutiva, razón por la cual sólo podría surtir efectos desde la fecha en que se dicte.

Estimo que tal aseveración no puede darse como válida, toda vez que, por este fallo, no se constituirá ningún estado de derecho nuevo, sino que sólo se reparará una situación injusta derivada de la aplicación de una norma que, en el caso, se conceptúa inconstitucional.

Ahora bien, habida cuenta que el organismo previsional ha interpuesto en término la prescripción liberatoria contemplada por el art. 82 de la ley 18.037, t.o. 1976, y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al fallar, el 26 de febrero de 1985, en autos “Jaroslavsky, Bernardo s/ jubilación”, sostuvo que, en materia de reajustes por movilidad del haber jubilatorio rige la prescripción de dos años establecida en el citado artículo, entiendo que, en el caso, cabe hacer lugar a la defensa de prescripción de los créditos de fecha previa a los dos años anteriores al reclamo administrativo.

Por lo que resulta del acuerdo de la mayoría, el Tribunal resuelve: 1) Declarar formalmente admisible el recurso interpuesto. 2) Declarar la inconstitucionalidad de los arts. 49, 53 y 55 de la ley 18.037, t.o. 1976. 3) Desestimar la declaración de inconstitucionalidad del art. 82 de la ley 18.037. 4) Hacer lugar a la defensa de prescripción opuesta respecto de los créditos que resulten de fecha anterior a los dos años previos al reclamo administrativo. 5) Rechazar la pretensión del organismo previsional tendiente a que se considere a esta sentencia como constitutiva de derechos. 6) Revocar la resolución recurrida y, por ende, ordenar a la Caja de origen que dentro del plazo de 90 días hábiles administrativos –a contar desde el momento que ella reciba el expediente- efectúe el cálculo del haber inicial y de la movilidad pertinente, de conformidad con el consid. 25, puntos c) y d) del voto del doctor Fasciolo; abone los haberes que se devenguen en lo sucesivo con arreglo a esas pautas; y –en la oportunidad que establece la normativa vigente- pague las sumas retroactivas resultantes con más su actualización monetaria y sus intereses del 6 % anual, desde la fecha en que se devengaron y hasta su efectivo pago. 7) Disponer que en el período posterior al juzgado y mientras rija el sistema que se descalifica se proceda de conformidad con esta sentencia. 8) Declarar la instancia sin costas. – Néstor Fasciolo. – Roberto Wassner. – Martín Laclau.