

“Márquez Alfredo Jorge c/ ANSeS s/ incidente”  
S.C., M.641, L. XLVII

Suprema Corte:

-I-

El actor dedujo demanda contra la A.N.Se.S. con la finalidad de obtener el ajuste de su haber jubilatorio por movilidad de conformidad con la doctrina sentada por la Corte Suprema *in re “Badaro”* (Fallos: 329:3089 y 330:4866) y el pago de las diferencias de haberes retroactivas (fs. 2/18 vta., expte. inc. 64906/2010). Solicitó, a su vez, el dictado de una medida cautelar que ajuste su jubilación, sobre la base de que el derecho alegado resultaba verosímil en razón de lo decidido en el precedente indicado. Fundó la existencia de peligro en la demora en que se encuentra afectado un derecho de carácter alimentario y en su avanzada edad (fs. 14, expediente 64906/2010).

La jueza de primera instancia no hizo lugar a la medida precautoria. Entendió que su concesión implicaría la satisfacción de la pretensión principal (fs. 21, expediente 64906/2010).

Apelada la decisión, la sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social, por mayoría, admitió el recurso del actor, revocó la decisión de primera instancia y ordenó a la A.N.Se.S. la adecuación del haber jubilatorio con el incremento establecido en el precedente “Badaro”, hasta tanto se dicte sentencia definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada (fs. 6/14). El tribunal consideró que el derecho invocado por el actor es verosímil en atención a lo resuelto por la Corte Suprema en el precedente citado. Por su parte, tuvo por acreditado el peligro en la demora en función de la naturaleza alimentaria de la pretensión y del tiempo que insumiría la tramitación del proceso principal.

Contra esa decisión, el Estado nacional interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación motivó la articulación del recurso de hecho en consideración (fs. 19/37, 50/vta. y 52/56).

-II-

En su expresión de agravios, la demandada argumenta que el pronunciamiento reseñado debe ser equiparado a sentencia definitiva en los términos del artículo 14 de la ley 48, pues es susceptible de originar perjuicios de difícil reparación ulterior por una eventual sentencia final favorable.

Postula, a su vez, que el tribunal *a quo* interpretó erróneamente el derecho federal aplicable al caso, en particular, las leyes 25.561 y 26.563, los artículos 16, 17, 18, 28, 31 y 75 de la Constitución Nacional y, finalmente, los términos del precedente de la Corte *in re* "Badaro". En especial, la recurrente aduce que el *a quo* ignoró los límites que el Tribunal fijó al pronunciar aquella sentencia.

La recurrente atribuye, además, arbitrariedad a la sentencia apelada, por entender que carece de fundamentación suficiente. Sobre el particular, alega que: (i) la decisión perturba el interés público al avanzar sobre los recursos del sistema previsional; (ii) en el *sub examine* no se configura una situación de urgencia real, en tanto el actor, al tiempo de plantear el recurso extraordinario —esto es, septiembre de 2010— cobraba un haber de \$ 12.288,99 mientras que la jubilación mínima era de \$. 1.046,50; y dado que en el año 2007 el señor Márquez percibió un crédito de reajuste por movilidad por la suma de \$ 567.507,82; (iii) el *a quo* prejuzgó y afectó la garantía del debido proceso al emitir un pronunciamiento que tiene efectos análogos a los de la sentencia de mérito.

-III-

Si bien las resoluciones que decretan medidas cautelares no constituyen, en principio, sentencia definitiva en el sentido del artículo 14 de la ley 48, esa regla cede cuando la medida ordenada pueda originar un agravio de insuficiente, tardía o dificultosa reparación ulterior (*Fallos*: 319:1069; 326:3729). La medida cautelar innovativa dictada en el caso causa precisamente un agravio de esa naturaleza, pues ella consiste en el reconocimiento efectivo de la porción principal de la demanda del actor, de modo que una eventual sentencia favorable a la demandada no importaría una reparación. La decisión es, pues, equiparable a sentencia definitiva en los términos de la doctrina de la Corte (cf. *Fallos*: 316:1833, 328:3628, entre otros).

La apelación es también procedente en la medida en que atribuye arbitrariedad al pronunciamiento que impugna. En efecto, la fundamentación que sostiene la sentencia recurrida es aparente y su conclusión, por ello, dogmática, lo que impide tenerla como una derivación razonada del derecho vigente con singular aplicación al caso.

-IV-

A través de la medida cautelar concedida en la sentencia recurrida, el actor consiguió que, antes que tramitara la causa y se respetara el debido proceso de ambas partes, se le reconozca un incremento adicional de su haber jubilatorio. Esta pretensión coincide con el objeto central de su demanda. Para ello, la cámara consideró acreditada la verosimilitud del derecho invocado sobre la base de lo resuelto por la Corte Suprema en el precedente “Badaro” y el peligro en la demora en función de la naturaleza alimentaria de la pretensión y del tiempo que insumiría la tramitación del proceso principal.

En este contexto y ante los agravios planteados por el organismo previsional, la controversia consiste en decidir si la medida cautelar innovativa otorgada al actor está debidamente fundada en los hechos de la causa y contiene una interpretación correcta del derecho federal. En especial, si constituye una interpretación razonable de la doctrina del caso “Badaro”.

-V-

En mi opinión, la sentencia del *a quo* no cumple con el requisito de fundamentación mínima necesaria para que ella cuente como un acto jurisdiccional válido. En efecto, el pronunciamiento no funda en los hechos concretos de la causa la existencia de motivos de urgencia que respalden el antípico de la tutela judicial, evitando la tramitación del proceso legal.

La obtención de una medida cautelar innovativa que coincide sustancialmente con la pretensión principal implica una adjudicación anticipada de derechos, que soslaya la tramitación del debido proceso, que es uno de los pilares de nuestro ordenamiento jurídico y del estado de derecho. En particular, cuando tales medidas involucran la adjudicación anticipada de derechos previsionales —como sucede en el caso—, eso implica avanzar sobre el destino de los fondos previsionales sin garantizar un debido proceso previo, donde la A.N.Se.S. pueda expedirse sobre el impacto que tal pretensión puede ocasionar en la administración de los recursos que tiene a cargo para financiar la totalidad del sistema previsional argentino. En ese marco, la concesión infundada y generalizada de medidas cautelares de esta clase incrementa exponencialmente el perjuicio a la sustentabilidad del sistema previsional, afectando especialmente a los jubilados y pensionados que no incurren en una utilización abusiva de herramientas procesales de esa clase.

En el caso, los magistrados fundaron la medida que reconoció anticipadamente la pretensión central del actor en alusiones genéricas acerca de la naturaleza del derecho a un haber jubilatorio y de la situación crítica del fero de la seguridad social. Ese pronunciamiento, a mi juicio, implicaría avanzar sobre los recursos previsionales que amparan a una pluralidad de situaciones heterogéneas entre sí —y todas, por cierto, dignas de preservación—, lo que habría exigido que la Cámara fundara con mayor rigor su decisión sobre la base de la existencia de razones concretas, excepcionales y atendibles que evidenciaran —con relación al peticionario— una afectación genuina de los derechos fundamentales que protege el sistema previsional.

El actor, vale recordar, recibe un haber jubilatorio que supera en más de trece veces a la jubilación mínima: en el mes de enero del 2010 (año en el que se decretó la cautelar) gozaba de un haber de \$ 11.356,61 (fs. 48) cuando el haber jubilatorio mínimo ascendía a \$ 827,23 (resolución A.N.Se.S 65/09). A su vez, el accionante reconoce que percibió, a raíz de un reclamo judicial anterior, un crédito previsional en concepto de reajuste por movilidad por aplicación de la doctrina sentada por la Corte Suprema en el caso “Chocobar” (fs. 2 y 26), que la A.N.Se.S cuantificó en \$ 567.507,82 (fs. 139).

En tales condiciones, postular que era necesaria una intervención judicial urgente para asegurar las condiciones de vida digna, a las que todo beneficiario del sistema previsional tiene un derecho fundamental, exigía una argumentación mayor.

En ausencia de esa fundamentación, la decisión de la cámara no es más que un anticipo arbitrario de la sentencia que sólo podría obtenerse tras un debido proceso legal de conocimiento contradictorio y completo.

En fin, a pesar de llevar el ropaje de una decisión que adopta una medida cautelar urgente, la sentencia apelada está, sin embargo, divorciada de las posibles necesidades de asistencia que podrían motivarla.

—VI—

Por otro lado, el tribunal *a quo* aplicó en forma automática el criterio de movilidad fijado por la Corte en el caso “Badaro”, desatendiendo el propio texto de la sentencia en la que fundó su decisión. En efecto, en aquel precedente, al establecer una pauta de movilidad en reemplazo de la omisión del Congreso, la Corte explícitamente puntualizó que “en cuanto a la proyección de [lo que allí decidía] sobre la numerosa cantidad de pleitos en los que se debaten controversias similares, cabe recordar que las consideraciones expuestas en el presente fallo en torno al ajuste de la prestación del actor por el período reclamado se limitan únicamente al caso concreto reseñado: ese es el acotado ámbito de debate traído en esta oportunidad a conocimiento del Tribunal.”(v. considerando 23º).

De acuerdo, entonces, con los términos de la sentencia dictada en los autos “Badaro”, la doctrina de ese precedente no instituye una regla general aplicable a todos los casos. Por el contrario, se trata de una decisión individual, sensible a las particularidades del planteo concreto del actor en aquel proceso.

Por otra parte, la aplicación de la doctrina del fallo “Badaro” presupone que los hechos del caso actual son análogos —en todo aspecto que sea jurídicamente significativo— a los que dieron lugar al precedente. Sin embargo, en el *sub lite*, las

circunstancias del caso son diversas de las que determinaron aquella decisión. De ahí que la aplicación de esa doctrina no podía ser realizada en forma mecánica, sino que, al menos, exigía un esfuerzo argumental dirigido a mostrar por qué las diferencias existentes no son relevantes.

El criterio que la Corte determinó en el precedente “Badaro” —en particular, en la sentencia registrada en Fallos: 330:4866— tuvo en miras las circunstancias de hecho que afectaban al actor en ese proceso, quien era beneficiario de un haber jubilatorio medio. A su vez, no puede perderse de vista que el Tribunal adoptó esa decisión en un contexto normativo distinto, donde no regía una ley de movilidad que atendiera en condiciones de igualdad los derechos de todos los jubilados. En el caso, el haber de retiro del señor Márquez corresponde a un estrato mucho más elevado dentro de la escala de jubilaciones y pensiones. En efecto, el actor percibió en el mes de enero del año 2010 un haber que superaba en más de trece veces el mínimo. A su vez, reconoció que percibió un crédito por movilidad, por aplicación de la doctrina sentada por V.E. en el caso “Chocobar” (Fallos: 319:3241), que la A.N.Se.S cuantificó en \$ 567.507,82 (fs. 139). Por último, al momento de dictarse la medida aquí recurrida, el Congreso de la Nación había sancionado la ley de movilidad de las prestaciones del régimen previsional público (ley 26.417) en uso de las atribuciones, que la Corte Suprema le había exhortado ejercer en la primera decisión recaída en el caso “Badaro” (Fallos 329:3089). La sentencia apelada prescindió de valorar estas circunstancias.

No hay una razón para presuponer un criterio de movilidad invariable según los montos de los haberes en cuestión. Por ello, nada indica que el criterio de movilidad que pudiera corresponderle al actor para el período comprendido en su reclamo sea el mismo al que se arribó, para un haber muy inferior, en el precedente

“Badaro”. La mera invocación de esa decisión anterior de la Corte es, por ello, insuficiente para juzgar que la pretensión tiene la verosimilitud necesaria para dictar una medida cautelar innovativa como la impugnada.

Por último, y más importante aún, el juicio de verosimilitud en el que el *a quo* funda su decisión yerra en un aspecto fundamental. Es que al obligar llanamente a la A.N.Se.S. a ajustar el haber del actor aplicando la pauta de movilidad determinada por la Corte en su pronunciamiento de Fallos: 330:4866 sin más fundamento que la invocación de ese precedente, el *a quo* desconoció palmariamente el principio de solidaridad intra-generacional que caracteriza al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIPA) el que determina el derecho del actor a su haber jubilatorio.

Un sistema de jubilaciones y pensiones gobernado por un principio de solidaridad intra-generacional se caracteriza precisamente por el hecho de que el monto específico al que cada jubilado tiene derecho no es determinado individualmente en abstracto, sino con atención al impacto que esa determinación tiene en los otros beneficiarios, cuya suerte comparten.

En el régimen previsional público regulado por la ley 26.425, en el que se enmarcan los derechos jubilatorios del actor, los haberes previsionales se financian a través de un sistema solidario de reparto (cf. artículos 1, 7 y 8 de la ley 26.425). Esto implica que el monto de los haberes a los que el jubilado tiene derecho depende de la determinación de los derechos del resto de los beneficiarios sobre el total de los fondos previsionales.

Ese principio característico del sistema solidario de reparto no agota, por cierto, el tipo de consideraciones que deben ser tenidas en cuenta en la determinación y ajuste de los haberes de retiro de los beneficiarios del SIPA. Por

ejemplo, el sistema reconoce en el haber jubilatorio una prestación sustitutiva de las remuneraciones de actividad, lo que brinda razones para alinear ambos haberes de modo que guarden cierta proporcionalidad razonable. Pero esa dimensión sustitutiva del derecho previsional debe ser compatibilizada con otros objetivos del sistema previsional. Por ejemplo: brindar a las personas que requieren de su cobertura los medios necesarios para garantizarles una subsistencia digna (cf. Fallos: 324:3868, 334:829 y sus citas), universalizar los beneficios de la seguridad social, o mejorar prioritariamente la situación de los jubilados y pensionados de la parte inferior de la escala.

Un sistema previsional de esa naturaleza obliga a atender los efectos que la petición de determinación o reajuste del monto de los haberes jubilatorios de un beneficiario arroja sobre el derecho del resto de co-beneficiarios, cuya suerte ha de compartir solidariamente. Adjudicar su pretensión —como lo hecho el *a quo*— aplicando mecánicamente una regla de movilidad fijada judicialmente para otro caso y sólo considerando el reclamo individual del actor importa desatender un principio fundamental del régimen jurídico que era su misión interpretar.

En suma, la aplicación mecánica de la pauta de movilidad del precedente de Fallos: 330:4866 al caso individual del actor no sólo importó atribuirle a la decisión de la Corte el alcance de una norma de general —cuando el Tribunal había sido cauto en negarle precisamente esa inteligencia— y extenderla infundadamente a un caso significativamente distinto, sino que, además, implicó desconocer un principio central del sistema jurídico vigente en materia previsional: el principio de solidaridad intra-generacional sobre el que se asienta el régimen de distribución de los recursos de la seguridad social.

Como adelanté, la generalización de medidas como la dispuesta tendría altísimos costos para el organismo previsional estatal y, por lo tanto, para los recursos que financian el sistema. Al dictar una medida cautelar innovativa que aplica irreflexivamente la pauta de movilidad de “Badaro”, el Tribunal ha abdicado su función de evaluar cuál podría ser el impacto de su decisión sobre las cuentas públicas y el riesgo correspondiente de que ella afecte la realización de políticas generales o la satisfacción de intereses públicos prioritarios, en materia de seguridad social.

En casos que pueden afectar de ese modo el interés público, la consideración prudente de las consecuencias sociales de la medida ordenada es ineludible (cf. doctrina de Fallos: 307:2267, considerando 4º; 314:1202, considerando 7º, 316:1833, considerando 6).

Al haber prescindido totalmente de ese tipo de argumentaciones decisivas para la validez de la solución adoptada, la sentencia impugnada debe caer por aplicación de la doctrina de la Corte en materia de arbitrariedad de sentencias.

-VII-

Por las consideraciones expuestas, entiendo que corresponde admitir el recurso de hecho deducido, declarar formalmente procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia impugnada.

Buenos Aires, 28 de junio de 2013.

ES COPIA

ALEJANDRA MAGDALENA GILS CARBÓ

*Alej*  
ADRIANA V. MARCHISIO  
Prosecretaria Administrativa  
Procuración General de la Nación