



Ministerio Público de la Nación

AUTOS: "DE LA VEGA CARLOS ALEJANDRO Y OTROS c/ANSES
s/INCONSTITUCIONALIDADES VARIAS"

EXPEDIENTE N°: 92227/13

JUZGADO N°: 04

DICTAMEN N° 238376/14

FISCALIA N°: 1

Señora Juez:

I- V.S. solicita la opinión de este Ministerio Público Fiscal a fin que me expida acerca de la procedencia de la acción.

II- Surge de autos que los actores iniciaron la presente demanda en procura de obtener un pronunciamiento judicial que declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de los arts. 1° y 6° de la ley 26.425 y de la Res. ANSeS 290/09 a fin de obtener el cobro de los fondos previsionales correspondientes a los aportes obligatorios y voluntarios realizados en el marco del derogado SIJP de la ley 24.241.

Dan a entender que no se realizaron reclamos administrativos previos debido a que no persiguen el reajuste de sus haberes previsionales.

Al respecto, el art. 31 "infine" de la ley 19549 (modif. por ley 25344 art. 12) establece que: "Los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los artículos 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudas establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el artículo 25 y en el presente".

En ese sentido, la jurisprudencia ha sostenido que: "con la sanción de la ley de emergencia económica 25344, los arts. 30 a 32 de la ley de procedimiento administrativo fueron sustituidos, y en su nueva redacción se deduce que el reclamo administrativo previo se ha consagrado como requisito sine qua non para la posterior procedencia de la vía judicial, importando ello una reforma sustancial (cfr. CFSS Sala 1 sent. del 19-7-01 "ZENIQUEL MARIA LIDIA Y OTROS"; íd Sala 11 sent. 100980 del 18-7-03 "RUIZ MARIA ADELA C/ANSES"; íd Sala 11 sent. 95613 del 30-12-2002 "Raffo Miguel Angel clAnses"; entre otros).

En tal sentido, cabe destacar que la finalidad del reclamo administrativo previo no es otra que producir una etapa anterior al pleito, dar a la administración la posibilidad de revisar el caso, salvar algún error y promover el control de legitimidad y conveniencia de lo actuado por los órganos inferiores (Fallos 311:689; 314:725; 324:3335).

Asimismo, el procedimiento administrativo tiene como cometido, sin lugar a dudas, proporcionar al estado, y a los particulares en especial, un medio idóneo para resolver los conflictos que la aplicación de las resoluciones de la propia administración -ya sea de carácter general o particular- susciten a las partes. Se trata pues de una herramienta eficaz para dilucidar y resolver dichas cuestiones en forma gratuita para el administrado y que le otorga al mismo la posibilidad de obtener la satisfacción de su pretensión evitando tener que recurrir a la vía judicial.

La exigencia de tal reclamo no debe ir más allá del principio de colaboración que le da sustento, ni puede constituirse en una limitación de las garantías constitucionales de los administrados, ni tanto menos, de las facultades indelegables de los órganos judiciales, de modo que el cumplimiento de este requisito formal jamás puede implicar la sustracción de "casos" potencialmente judiciales del conocimiento de los jueces de la Constitución (C.N., arto 116), especialmente en supuestos como el que nos ocupa, en los que se discute la validez constitucional de una norma dictada por el Poder Legislativo que la Administración Pública no puede dejar de aplicar.

Cuando el objeto de la acción versa sobre la inconstitucionalidad de una ley o de un decreto, como es el caso de autos, el reclamo está excluido de la exigencia de tratamiento en sede administrativa como paso previo a su impugnación judicial.

En otras palabras, transitar por dicho camino procedimental no es necesario cuando el objeto de la demanda versa sobre la declaración de inconstitucionalidad de una norma dictada por el Poder Legislativo, pues la cuestión no puede ser dirimida en sede administrativa, ya que es el Poder Judicial el único habilitado para juzgar la invalidez de las normas dictadas por los otros Poderes, (CFSS, en ese sentido sentencia de la Sala I en el exp.



Ministerio Público de la Nación

15.854/2003. "CAÑETE, RAÚL ORLANDO c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior" 16/07/03 y sus citas; sentencia de la Sala II en el exp. 47.796/2002."RODRÍGUEZ, DALMACIO c/ Estado Nacional" 16/03/04 y sentencia de la Sala III en el expediente exp. 26.550/2004. "OLMOS, DANIEL c/ Estado Nacional - A.N.Se.S. s/ Inconstitucionalidades varias" del 6/07/06, entre otras).

Sobre el particular, la C.S.J.N. ha sostenido que cualesquiera sean las facultades que corresponde reconocer al poder administrador para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no cabe admitir que sea de su resorte el declarar la inconstitucionalidad. Ello, es así, porque aceptar semejante tesis importaría desconocer que el Poder Judicial es, en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo y admitir, en consecuencia, la posibilidad de que el poder pueda residir y concentrarse en una sola sede (CFSS, Sala III. Sent. Definitiva 112843 Del 08.05.06, "De la Torre, Enrique Julio c/ Estado Nacional - A.N.Se.S. s/ Inconstitucionalidades varias").

El reclamo administrativo previo a la demanda judicial es un recurso particular que se le concede al administrado con el objeto que la administración revise su conducta para evitar el inicio de un juicio si a su criterio ésta ha restablecido la juridicidad incumplida.

Comadira define al reclamo administrativo previo como "un remedio que se acuerda al particular, distinto y al mismo tiempo similar al de los recursos, orientado siempre a lograr el restablecimiento de la juridicidad en la Administración Pública cuando su orden ha sido vulnerado." (Comadira, Julio R. / Monti, Laura (colaboradora), Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada, t.1, Buenos Aires, La Ley, 2007, 1ª ed., p. 506 y su nota).

A esta altura cabe preguntarse acerca del sentido que tiene el reclamo administrativo previo, cuando los actores pretenden que la ANSeS deje de cumplir con la ley 26.425.

Ello es así, por cuanto los litisconsortes buscan que les paguen los fondos que aducen haber aportado en carácter de obligatorios y voluntarios en el marco de la ley 24.241.

Al respecto, merece recordarse que la Ley 26.425, promulgada el 4 de diciembre de 2008, unificó el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones en un único régimen Previsional Público llamado Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) financiado a través de un sistema solidario de reparto, eliminándose el actual sistema de capitalización.

Ahora bien, el régimen de capitalización instituido por la Ley 24.241 preveía el deber de los afiliados de realizar imposiciones obligatorias y el derecho a efectuar aportes voluntarios así como depósitos convenidos.

Los aportes obligatorios, tal como expresa tienen su fundamento en el art. 14 de la CN y resultan indisponibles para las partes, constituyendo el sustento fundamental, aunque no el único, para financiar las prestaciones de vejez, invalidez y muerte.

En cambio, los aportes de carácter voluntario fueron creados con el fin de incrementar el haber de jubilación ordinaria o de anticipar la fecha de su percepción.

De la lectura de la Ley 24.241 se desprende que el legislador buscó incentivar los aportes previsionales a través de dos instrumentos: a) las imposiciones voluntarias realizadas por el trabajador (art. 56) y b) los depósitos convenidos que cualquier persona física o jurídica convenga con el afiliado para su depósito en la cuenta de capitalización individual del trabajador (art 57).

Ambas modalidades tenían por objeto complementar, mejorar o incrementar el importe de la jubilación ordinaria una vez que el trabajador hubiera cumplido los requisitos necesarios para acceder a la misma.

Es dable tener en cuenta que en la causa “Villarreal, Mario J. c PEN, PLN y Máxima AFJP s/ amparo” del 03.06.13 (S.C., V. 49, L. XLVII), cuya temática es análoga a la aquí debatida, la Sra. Procuradora General de la Nación dictaminó que: “La distinta naturaleza entre el derecho de propiedad y el derecho previsional explica la diferencia en términos de disponibilidad. Tal como han sido tradicionalmente concebidos en nuestro país, los derechos previsionales otorgan a los beneficiarios, en virtud de las contribuciones realizadas durante su vida activa, una expectativa de que frente a una contingencia –vejez, fallecimiento o invalidez- percibirán un



Ministerio Público de la Nación

haber que asegure su subsistencia digna. Por ello, la disponibilidad de los individuos sobre sus aportes previsionales no puede desentenderse de la consecución de los propósitos de cobertura (cf. Art. 1 y 82, in fine, Ley 24.241). De hecho, el artículo 82 in fine de la Ley 24.241 disponía expresamente que el patrimonio del fondo de jubilaciones y pensiones estaba solo destinado a generar las prestaciones previsionales dispuestas por esa ley”.

Asimismo señaló que: “Excepcionalmente y en forma independiente del carácter voluntario u obligatorio del aporte, la Ley 24.241, permitía que al momento de jubilarse los afiliados retiren fondos excedentes, cuando el propósito de la cobertura se encontraba satisfecho”; “...el beneficiario accedía a esa prerrogativa excepcional cuando el total de su cuenta de capitalización -compuesta por aportes obligatorios y voluntarios- excedía el monto necesario para la obtención de una prestación previsional que la ley consideraba suficiente para la subsistencia digna”.

En esa misma línea, sostuvo: “El art. 6° de la 26.425 -que fue reglamentado a través de las resoluciones Anses 290/09, 134/09 y 184/10- consagra el derecho de los afiliados que hubieran realizado aportes voluntarios a transferir esos fondos a la Anses para mejorar su haber previsional o bien a transferirlos a una administradora de fondos de jubilaciones y pensiones, que haya modificado su objeto social para ese fin. A través de los arts. 9 y 10 de la resolución 290/09 se reglamentaron los pormenores necesarios para hacer operativo el derecho de los afiliados a un incremento en el haber previsional cuando opten por su gestión estatal”.

Cabe resaltar el criterio sentado por la Procuradora en su dictamen en cuanto destaca que el SIPA importó el retorno a un esquema previsional general único, de gestión exclusivamente estatal y explícitamente apoyado sobre un principio de solidaridad inter-generacional, transparentando así el hecho de que son las clases laboralmente activas las que financian con sus aportes previsionales el mantenimiento de las correspondientes clases pasivas. De esta manera fue posible incorporar cinco millones de nuevos jubilados, contemplándose la situación de las amas de

casa y de las personas que por pertenecer a determinados estratos sociales tienen enorme dificultad de acceder a un empleo formal.

Al promulgarse la Ley 26.425 que creó el SIPA y disolvió el angustiante régimen de capitalización individual, se consolida un sistema que alberga la solidaridad de toda la sociedad en su conjunto para financiar las necesidades de la Seguridad Social.

Aquella concepción previsional se fundaba en el ahorro individual y carecía de vínculo alguno con el fundamento solidario que debe revestir a esta relevante realidad.

Su fracaso generó la iniciativa de derogar el régimen de capitalización individual previsto por la Ley 24.241 y reemplazarlo por un sistema al servicio de la comunidad.

La Ley 26.425 creó un sistema inclusivo de la sociedad en su conjunto, que se cimienta en tres pilares básicos: 1) la universalidad del derecho de la seguridad social, 2) la solidaridad social como sustrato, que parte de la premisa que los riesgos sociales inherentes al régimen previsional son compartidos por toda la sociedad y, como tales, deben ser asumidos por la sociedad en su conjunto; 3) la justicia redistributiva que implica el reconocimiento que el mercado por sí solo no puede generar bienestar general y por ende, los ciudadanos no están en igualdad de condiciones en el mercado para obtener ingresos en suficiencia para su vida activa. Mucho menos para la pasiva, de manera tal que la Seguridad Social en su sentido amplio, garantiza la cohesión social, mediante la redistribución y la protección social inclusiva de todos los ciudadanos.

En la Justicia Federal de la Seguridad Social se han dictado varios pronunciamientos en concordancia con el criterio aquí enunciado.

La Sala I de la CFSS, señaló que las imposiciones voluntarias son aportes adicionales que no revisten carácter obligatorio por depender exclusivamente de la voluntad del trabajador subordinado o autónomo, constituyendo un ahorro previsional dirigido a complementar el haber de la jubilación ordinaria del régimen de capitalización. Asimismo, los depósitos convenidos son aquellos de carácter único o periódico realizados por terceros y acordados con el afiliado para ser depositados en su cuenta de



Ministerio Público de la Nación

capitalización individual. Ello así, el afiliado no puede disponer en cualquier momento de los fondos acumulados en la cuenta de capitalización individual en carácter de aportes voluntarios, ni puede darle un destino alternativo al prescripto en el art. 56 de la Ley 24.241 (in re: “Herrera Laubscher, Sady c/ Estado nacional y otro s/Amparos y Sumarísimos”, CFSS Sala I, Sent. Int N° 78.765 del 20.04.10).

Por su parte, el Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 4, en autos “Mentasti, Carlos Rodolfo c/ PEN y otros s/ amparo” (Expte. N° 5.192/2009, Sent. Def. N° 23.050), sostuvo que el aporte ingresado en forma “voluntaria” no difiere en cuanto a su naturaleza del aporte ingresado en forma “obligatoria”, pues la parte actora tampoco puede disponer del mismo, sino hasta el cumplimiento de los requisitos legales que le permitan acceder a una jubilación, retiro o pensión.

En igual sentido resolvió la Titular del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 10: “No encuentro agravio en el derecho de propiedad ocasionado en la transferencia de los fondos de la CCI en el marco del art. 7 porque en materia previsional no deben invocarse derechos adquiridos cuando el beneficio no ingresó al patrimonio, derecho que se declara de acuerdo a la ley vigente a la fecha del cese en la actividad mediante el acto administrativo que lo invista del “estatus” de jubilado y en esa oportunidad genera el derecho adquirido” (“Rossi, Pablo A. c/ Estado Nacional s/ Amparos y Sumarísimos”, de fecha 5.12.08).

En el mismo orden de ideas, cabe señalar que los afiliados del régimen de capitalización carecen del derecho al recupero de la totalidad del dinero acumulado en las cuentas de capitalización individual.

Ello no implica desconocer el derecho que asiste a quienes han aportado y contribuido al sistema previsional a través del régimen de capitalización, pues el ejercicio del mismo se encuentra condicionado al cumplimiento de los requisitos establecidos para el acceso a las prestaciones previsionales que para cada caso, establece la ley del nuevo Sistema Integrado Previsional Argentino.

La CSJN sostuvo que “el derecho del aspirante a la jubilación sólo tiene carácter de “derecho adquirido” cuando ha sido dictado y está

firme el acto administrativo que, al otorgar la jubilación, enviste al peticionante del status de jubilado. Únicamente a partir de ese acto administrativo existe la garantía del art. 17 de la CN, con anterioridad, lo más que puede alegarse es un mero derecho en expectativa” (Fallos 242:40-Panizza de Tagni, Maria U., sent. del 13.10.58, a lo que agrego que a mi entender ni siquiera éste último.

En esa inteligencia, no se advierte la arbitrariedad e ilegalidad invocada por el accionante, ni lesión al derecho de propiedad, en la medida que la ley 26.425, a través del Estado Nacional, garantiza a los afiliados y beneficiarios del eliminado régimen de capitalización la percepción de iguales o mejores prestaciones y beneficios que los que gozan a la fecha de la entrada en vigencia de la citada (art. 2°).

Las disposiciones de la Ley 26.425, como sus respectivas reglamentaciones, no solo armonizan con el orden jurídico en general y respetan los derechos y garantías consagradas en la Constitución Nacional y las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos, sino que a su vez los materializa, operativiza y los lleva a su plenitud.

A mayor abundamiento, cabe señalar que la Excma. Cámara Federal de la Seguridad Social, dispuso, “Es facultad y deber del Estado proveer un sistema previsional. Puede mantenerlo en el tiempo, introducir modificaciones e inclusive suprimirlo o suplantarlo por otro que estime más conveniente según los intereses que privilegie en un momento dado. Además, la afiliación o incorporación de sus destinatarios tiene carácter imperativo, pues “...se compadece con los fines de protección social a los cuales responde la implantación del sistema y se vincula con la irrenunciabilidad de los beneficios de la seguridad social consagrada por nuestra ley suprema -art. 14 bis, párrafo 3° C.N.” (conf. Raúl Jaime y José Brito Peret, “Régimen Previsional-Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones-Ley 24.241”).

Por ello, no existe perjuicio atendible derivado de la unificación del sistema previsional y la eliminación del régimen de capitalización –con la consecuente incorporación del actor al régimen de reparto-, en tanto las garantías de que se trata encuentran suficiente resguardo, sin que tal conclusión implique un juicio de valor sobre la



Ministerio Público de la Nación

solución adoptada por la ley 26.425.” (Del voto de la mayoría, CFSS, Sala III, sent. 126.751, 31.8.2009 “Rossi Pablo Ariel c/ Estado Nacional- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y otros s/ Amparos y Sumarísimos”).

En igual fallo que el citado en el párrafo anterior el Dr. Laclau en su voto dijo: “No ha de tener acogida favorable la petición del accionante de permanecer en el sistema de capitalización estatuido por la ley 24.241 y derogado por la ley 26.425. Ello es así, toda vez que resulta innegable la atribución del Estado para escoger el sistema previsional merced al cual se hace operativa la garantía al resguardo de la seguridad social contemplada por el art. 14 bis de la C.N. Tanto la ley 24.241 como la ley 26.425 fueron dictadas siguiendo un procedimiento legal marcado por la Constitución y, en tal sentido, trátense de decisiones de naturaleza política que fueron canalizadas a través de vías legales válidas, en la medida que en ambas oportunidades, el sistema adoptado resguarda –en términos generales- el derecho a la seguridad social, instrumentado por los ordenamientos que esas leyes creaban”. (Boletín de Jurisprudencia CFSS N° 50, Año 2010).

En este sentido, y en consonancia con los lineamientos sentados por la Procuradora General de la Nación en el dictamen precedentemente citado, ninguna duda cabe acerca de la constitucionalidad de la Ley 26.425 y de la Res.290/09. Ello en virtud de no configurarse ningún tipo de supuesto que pueda cercenar el derecho de propiedad del reclamante.

Cabe destacarse que en la Fiscalía General ante la Cámara Federal de la Seguridad Social ya ha tenido oportunidad de expedirse en casos de aristas similares a las planteadas en autos en las causas: “Greco Carlos Alberto c/ Estado Nacional y otro s/Inconstitucionalidades varias con medida cautelar adjunta”, Expte. N° 85.154/2010 perteneciente a la Sala III, Dictamen N° 34.184/13 y “Copello Jorge Carlos c/Estado Nacional s/Inconstitucionalidades Varias con Medida Cautelar Adjunta”, Expte. 115.439/2010, perteneciente a la Sala I, Dictamen N°34188/2013.

En el caso de marras el ente de gestión no puede resolver los cuestionamientos de inconstitucionalidad de los litisconsortes. Tampoco

ordenar el pago que los actores denominan devolución, ya que la actividad de la ANSeS es sub legal. Deben cumplir inexorablemente con la manda legal.

Desde esta perspectiva el reclamo administrativo previo sería un ritualismo inútil, ya que la ANSeS, carece de facultad para resolver un eventual reclamo.

En razón de ello es dable analizar la vigencia del ritualismo inútil, en cuanto excepción al reclamo administrativo previo que habilita la instancia judicial, no obstante haber sido normativamente suprimido por la reforma que la ley 25.344 (art. 12) introdujo al art. 32, inc. e) de la ley N° 19.549.

Se puede definir al ritualismo inútil en el procedimiento administrativo como la excepción al reclamo administrativo previo que habilita la instancia judicial provocada por el rigorismo estéril de la administración. En otras palabras, este instituto implica que, cuando exista una ostensible inutilidad, resulta un dispendio administrativo que se obligue al administrado a acudir previamente a su sede para luego intentar la vía judicial.

En ese sentido, Luqui afirma que el ritualismo inútil se manifiesta “cuando las normas vigentes o los actos realizados por la Administración demuestran la imposibilidad absoluta de que la pretensión del actor pueda ser satisfecha sin que exista un juicio” (Conf. Luqui, Roberto E., “Revisión Judicial de la Actividad Administrativa”, T. II, pág. 135, Bs. As., Astrea, 2005).

La ley 25.344 derogó formalmente la excepción contemplada en el entonces vigente inciso e) del art. 32 de la ley n° 19.549, relativa a la necesidad de acreditar la interposición del reclamo administrativo previo a la demanda judicial.

Cabe recordar que el citado inciso se refería al supuesto en que mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil.

Al respecto se debe observar que en el reconocimiento normativo de la citada excepción se había plasmado una centenaria



Ministerio Público de la Nación

jurisprudencia, desarrollada, con sustento en principios y garantías constitucionales (confr. A. Gordillo: “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo 4, décima edición, XII, 14-16, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2010).

En relación a ello, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, dictó el fallo plenario en la causa “Córdoba Salvador y otros c/ EN - Dirección General de Fabricación Militares s/empleo público”, de fecha 18/05/11, en cual se dijo que “...la derogación formal del inciso e) del art. 32 de la ley n° 19.549 es irrelevante y la excepción continúa jurídicamente vigente en la medida en que, como se precisara, tiene su fundamento en la Constitución Nacional.

En ese fuero, así lo han declarado asiduamente distintos pronunciamientos posteriores a la ley n° 25.344 (Sala I: “Young Silvia Norma y otros c/ E.N.-ENTEL Residual- y otro s/Proceso de conocimiento” del 15/3/01; Sala II: “Pulli, Elisa c/ E.N.-Ley 25.453 s/Proceso de Conocimiento” del 21/6/07; Sala III: “Chapana Máximo y otros c/ Dirección General de Fabricaciones Militares s/Empleo Público” del 5/9/06; Sala IV: “López Tomasa Ana y otros c/ Dirección General de fabricaciones Militares” del 22/02/07; Sala V: “Meza Agustín y otros c/ E.N.M° Defensa-EMGA-Dto.2769/73 s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de seg.” del 14/8/06”; entre otros).

De esta forma el Plenario mencionado fijo como doctrina legal que el ritualismo inútil traduce un principio jurídico que subsiste como tal, no obstante haber sido normativamente suprimido por la reforma que la ley 25.344 -art. 12- introdujo al art. 32, inc. e) de la ley 19.549 respecto al reclamo administrativo previo.

Por lo expuesto, a mi entender, la exigencia en autos de un reclamo administrativo previo resulta ser un ritualismo inútil, ya que la ANSeS no se encuentra facultada a devolver los aportes y por ello no puede sino concluirse en la innecesariedad que en el caso reviste el agotamiento de la vía administrativa, por lo que, de compartir mi opinión, V.S. debería tener por habilitada la instancia judicial.

Máxime, si se tiene en cuenta que la habilitación de instancia es el "acceso a la justicia", más no el resultado del pleito y mucho menos los posibles fundamentos de la sentencia a dictarse (C.N. Conten. Adm., Sala TI, 22-04-93 in re: "Shapiro Electrocivil SRL" y "Zarategui" del 03-12-85). Es por ello, que en supuestos de duda rige el principio pro actione por el que debe estarse a favor de tal habilitación con el fin de resguardar la garantía de la defensa en juicio de los derechos" (C.Nac. Conten. Adm. Fed., Sala 11, "Susteras Aída Viviana c/ E.N. (Min. De Educación y Justicia s/ordinario" del 29-06-93).

En los términos que anteceden, tenga V.S. por contestada la vista conferida.

Fiscalía, 14 de abril de 2014.

*GABRIEL DE VEDIA
Fiscal Federal*

ANTE MÍ

*PATRICIO J. TORTI CERQUETTI
Secretario Federal*