



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

AUTOS: “ [REDACTED] c/ANSES s/REAJUSTES VARIOS”

EXPEDIENTE N°: 097.394/17

JUZGADO N°: 08

DICTAMEN N°: 317980/19

FISCALIA N°: 1

Señor Juez:

I-. Se solicita la opinión de este Ministerio Público Fiscal respecto del planteo efectuado por la parte actora en relación a la inconstitucionalidad del Decreto 807/16.

II- Surge de las constancias de autos que, en el marco de un pedido de reajuste de haber previsional, el [REDACTED] solicitó la declaración de inconstitucionalidad del art. 2 del Decreto 807/16.

Fundamentó dicha solicitud en los artículos 14 bis y 17 de la Constitución Nacional siendo que, según sus dichos, el índice dispuesto por el decreto no otorga la garantía de las jubilaciones y pensiones móviles, de modo que no se asegura la relación proporcional entre el ingreso de actividad que le hubiera correspondido recibir.

En el momento procesal oportuno, la demandada manifestó que el beneficio del actor fue actualizado con los índices dispuestos en el Decreto 807/16, solicitando que la Sra. Magistrada rechaza la redeterminación del mismo.

Para reafirmar su postura, la ANSeS manifestó que el actor no logra demostrar el gravamen necesario para declarar la Inconstitucionalidad de una Ley.

Asimismo, sostiene que el Poder Judicial no tiene dentro de su esfera de competencia la determinación de la movilidad jubilatoria, y en razón de ello, el Congreso de la Nación con la sanción de la Ley 27.260 estableció un mecanismo de actualización de acuerdo a sus facultades.

En estos términos llegan las presentes actuaciones a este Representante del Ministerio Público Fiscal.

III-. Reseñadas de manera sucinta las pretensiones de ambas partes, estimo oportuno analizar los caracteres propios del control de constitucionalidad de las leyes.

Al respecto, nuestra Corte Suprema de Justicia ha explicado que “En efecto, el derecho constitucional comparado conoce dos modelos puros u originarios de control de constitucionalidad: el difuso o estadounidense y el centralizado o austríaco. Conforme al primer modelo, cualquier juez puede en un proceso declarar la inconstitucionalidad de una norma y, en consecuencia, sentenciar sin aplicarla.

Conforme al segundo modelo, un único tribunal puede juzgar la inconstitucionalidad de la norma, pero en caso que lo haga ésta no sólo no se aplica al caso sino que pierde vigencia erga omnes. El derecho comparado conoce también modelos impuros o combinados, que sin perjuicio de la facultad de todos los jueces de declarar la inconstitucionalidad de la norma y no aplicarla en la sentencia, admiten también la existencia de un único tribunal con competencia para conocer de ella y hacerle perder vigencia erga omnes. No existe ningún modelo impuro en el mundo que combine los modelos puros en forma que la competencia para hacer caer erga omnes la vigencia de la norma se disperse en todos los jueces, simplemente porque la dispersión de una potestad contralegislativa de semejante magnitud es inimaginable, dado que abriría el camino hacia la anarquía poniendo en peligro la vigencia de todas las leyes. El modelo argentino es claramente el difuso o norteamericano en forma pura” (Conf. CSJN, Fallos 333:1023, “Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ amparo”).

La Constitución es la “norma suprema” del Estado, cúspide de todo el ordenamiento jurídico que ha de ser congruente con ella tanto en los procedimientos que le dan origen, como en su contenido. Es la dimensión estrictamente jurídica de la Constitución, sobre la que se funda la supremacía y el control constitucional (Santiago, Alfonso (h) “La Corte Suprema, sus funciones y el control constitucional” La Ley, T.1993-E, Sec. Doctrina).

Corresponde destacar que existe una tradicional directriz emanada de la Corte Suprema de la Nación que señala la medida con que debe ser ejercido el control de constitucionalidad por parte de los jueces.

El Más Alto Tribunal de la Nación ha determinado que en nuestro ordenamiento jurídico, la voluntad del constituyente prima sobre la del legislador (art. 31 de la Constitución Nacional), por lo que en atención a las facultades de control de constitucionalidad de las leyes, confiado por la Constitución Nacional al Poder Judicial, corresponde que éste intervenga cuando tales derechos se desconozcan (CS-S-32, XXI, noviembre 27-1986, “Sajejan, Juan B. c/Zaks de Sajejan Ana” ED N° 6724, 24-4-87, pág. 3).

En ese sentido, cabe recordar que es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, ya que configura un acto de suma gravedad (Fallos: 302:1149; 303:1708, entre otros), por lo que no debe recurrirse a ella, sino cuando una estricta necesidad lo requiera y no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio a la que cabe acudir en primer lugar (Fallos: 327:1899 y sentencia del 13 de mayo de 2010, in re C. 2705, L.XLI, “Consejo Profesional de Ingeniería Agronómica c/Marini, Carlos Alberto s/ejecución”).



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Asimismo, es dable tener presente, a la luz de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (confr. Fallos: 315:923; 326:3024, entre otros).

Para que tal efectivo control pueda llevarse a cabo es menester que el interesado en la solicitud de declaración de inconstitucionalidad de una norma demuestre claramente de qué manera ésta contraría la Constitución Nacional, causándoles de este modo, un gravamen, debiendo probar además que ello ocurre en el caso concreto (C.S. –S-387, XIX, feb. 10-1987, “Sosa Aristóbulo y otros c/ Neuquen, Provincia de –agua y energía- Sociedad del Estado”, ED. 6756, 12-6-87, pág. 4).

Se requiere asimismo que la colisión entre la disposición constitucional y la ley de menor jerarquía sea evidente, pues la tacha de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional (CS 18-12-1984, “Tumini, Mónica c/ Gemar S.R.L.” R.E.D. 19, pág. 1483 y Fallos: 301:962; 302:457; 484 y 1149, entre otros), pues no compete a los jueces hacer declaraciones abstractas o generales sobre inconstitucionalidad, sino decidir cuestiones efectivas de derecho (CNTrab., Sala III, 31-12-87, “Di Biase, Vicente. DT. Mayo 1988, pág. 834).

Así como normalmente se acusa de inconstitucionalidad cuando se transgrede la constitución porque se hace algo que ella prohíbe, también hay inconstitucionalidad cuando no se hace lo que ella manda hacer. Esta omisión es inconstitucional, y a la figura la llamamos “inconstitucionalidad por omisión”.

Para detectarla hay que examinar en cada caso si la obligación de “hacer” que impone la Constitución (por ej., legislar en tal o cual materia) viene exigida inmediatamente o está condicionada o se deja temporalmente librada a la oportunidad y discreción propias del criterio del órgano que tiene el deber, etc.

Por lo menos en las omisiones inconstitucionales que lesionan (por ej. Si no se reglamentan las cláusulas constitucionales programáticas que los reconocen) es menester divulgar la idea de que sobre tales omisiones debe recaer el control de constitucionalidad que las subsane, en resguardo de la supremacía, y en beneficio del titular del derecho que por la misma omisión sufre perjuicio” (Germán Bidart Campos “Manual de la Constitución reformada”, Tomo I, EDIAR, Buenos Aires, 2006).

El análisis de la validez constitucional de una norma de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y es sólo, en consecuencia, practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere; por la gravedad de tales exámenes debe

estimárselos como última ratio del orden jurídico, de tal manera que no debe recurrirse a ellos sino cuando una estricta necesidad lo requiera (Fallos 328-1491), y sólo viable si su irrazonabilidad es evidente (Fallos: 328-91 y “Direc. Nac. Migraciones” del 12/12/2007); en aquellos supuestos en los que se advierta una clara, concreta y manifiesta afectación de las garantías consagradas por la CN (Fallos: 327-831 y 2551); cuanto que dicho control no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por los restantes poderes (Fallos: 328-91).

Resulta oportuno recordar que “es deber de los jueces contribuir al esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva y reemplazar, de ser necesario, el fundamento esgrimido por las partes. Al respecto, se ha sostenido que dentro de las facultades específicas y ante un caso sometido a su jurisdicción, el control de la constitucionalidad del derecho a aplicar es una obligación impuesta a los jueces con carácter imperativo e ineludible y, por lo tanto, debe ser realizado aún de oficio” (Conf. CNAT, J.A. 1968-IV-377; CNASS, Sala II, sent. del 12.02.95, “Elkan, Tomás Tiberio”; CFSS, Sala II, sent. del 20.11.98, “González, Herminia del Carmen”).

También se ha afirmado que “Si bien buena parte de la doctrina señala que el mecanismo de control constitucional puede ser operado únicamente por la parte interesada y no por los jueces de oficio, se han levantado voces refractarias a esta tesitura con sólidos argumentos y apoyatura normativa incuestionable, alegando que al derecho lo aplica el juez, no las partes, tal como reza el conocido brocardio “iura novit curia”, de donde resulta que el juez depende de las partes en lo que “tiene” que fallar, pero no en “como debe fallar” (Conf. Bidart Campos, G., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional”, T. II, pág. 357). Conforme ello, se ha sostenido también que el control de constitucionalidad de oficio tampoco viola la defensa en juicio, pues frente al derecho aplicable no cabe esgrimir esa garantía (Conf. CNASS, Sala II, sent. del 21.05.95, “López Bujanda, Alberto Felipe”).

En resumen, el principio determinante es el de la validez de la ley pero el juez puede y debe interpretar y aplicar la Constitución Nacional si surge la evidente colisión entre la norma jurídica y la Constitución en el caso concreto (ED. N° 6724, 24-4-87, pág. 3).

IV-. Liminarmente, respecto del Decreto 807/16, cuya constitucionalidad aquí nos ocupa, cabe recordar que en sus considerandos la norma atacada dispone “que a fin de comenzar a dar una solución a la problemática planteada y con el objeto específico de interrumpir la principal causa de generación masiva de juicios, el Estado Nacional ha decidido efectuar las correcciones necesarias para que las remuneraciones que se toman en cuenta para calcular las futuras prestaciones, sean actualizadas en forma justa y razonable, en concordancia con las previsiones que ha



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

definido el Legislador al momento del dictado de la normativa previsional vigente y la jurisprudencia emanada del Tribunal cimero”... “Que en ese sentido, resulta necesario que los valores históricos de las remuneraciones a considerar para el cálculo de prestaciones a otorgar, sean actualizados de acuerdo a los lineamientos establecidos en el presente decreto” ... “Que en esa línea en las prestaciones a otorgar con alta a partir del mensual agosto, las remuneraciones históricas tomadas en cuenta para calcular el salario promedio, serán actualizadas de la siguiente manera: hasta el 31 de marzo de 1995, se aplicará el Índice Nivel General de las Remuneraciones (I.N.G.R.); entre el 1° de abril de 1995 y el 30 de junio de 2008 se aplicará la evolución de la Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables (R.I.P.T.E.) calculada por la Secretaría de Seguridad Social. Para su elección se ha tenido en cuenta que ambos índices no se limitan a un sector de la economía en particular sino que reflejan la evolución de los salarios declarados por los empleadores de todos los sectores. De esta manera, su aplicación va a permitir una justa y adecuada actualización de las remuneraciones a considerar”.

Finalmente, dentro de los considerandos, se establece “que la presente medida se dicta en virtud de las atribuciones emergentes del art. 99, incisos 1 y 2 de la Constitución Nacional”.

Con esa lógica, el decreto en su art. 1 dispone: “Determinase el Índice de actualización de las remuneraciones de los afiliados al SISTEMA INTEGRADO PREVISIONAL ARGENTINO (SIPA) que deberá aplicarse, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 24 inciso a) y 97 de la Ley N° 24.241 y sus modificatorias”.

En su artículo siguiente establece que “El índice a que se refiere el artículo 1° del presente decreto, deberá incluir:

a. Hasta el 31 de marzo de 1995 las variaciones del Índice Nivel General de las Remuneraciones (I.N.G.R.).

b. Entre el 1° de abril de 1995 y el 30 de junio de 2008, las variaciones de la Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables (R.I.P.T.E.).

c. A partir de esta última fecha, las variaciones resultantes de las movilidades establecidas por la Ley N° 26.417”.

Luego, el artículo 5° dice: “Las disposiciones contenidas en los artículos 1°, 2° y 3° del presente decreto serán de aplicación para la actualización de las remuneraciones que deban considerarse para el cálculo de las prestaciones previsionales que se otorguen con alta mensual agosto”.

En el caso de autos, de las constancias obrantes y de la propia declaración de la actora surge que la misma adquirió su derecho al beneficio previsional estando vigente el decreto 807/16.

En relación a ello, la actora manifiesta que en la redacción primigenia de la ley 24.241, la selección del índice recaía en la Anses con la única condición que se tratase de un índice oficial, mientras que luego de la reforma introducida por la ley 26417, se determina en su art. 2do que luego de entrada en vigencia de dicha ley “a fin de practicar la actualización de las remuneraciones a que se refiere el art. 24 inc. a de la ley 24.241 y sus modificatorias, para aquellas que se devenguen a partir de la vigencia de la presente ley, se aplicará el índice combinado previsto en el art. 32 de la mencionada ley. La Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social establecerá el modo de aplicación del citado índice”, y a su vez en el art. 12 de la ley 26.417, se facultó a la Secretaria de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social a dictar las normas reglamentarias que establecerán los procedimientos de cálculo del correspondiente promedio.

Continúa diciendo que, de las normas citadas, se infiere que en ningún momento la ley 24.241, tanto en su redacción originaria, que estuvo vigente en este aspecto hasta su modificación por la ley 26.417, delegó en el Poder Ejecutivo Nacional la elección del índice que se utilizaría para actualizar las remuneraciones para calcular el promedio del art. 24 de la ley 24.241, máxime cuando desde la sanción de la ley 26.417, dicha cuestión estaba prevista en la misma ley y por consiguiente no puede ser objeto de tratamiento por el Poder Ejecutivo Nacional. Ello no lleva a menos que concluir que el PEN, con el dictado del decreto 807/16 está infringiendo el art. 99 inc. 2, de la CN, pues está alterado el espíritu de la ley arrogándose facultades reglamentarias que nunca le fueron delegadas.

Por su parte, la ANSeS arguye que los valores históricos de las remuneraciones a considerar para el cálculo del beneficio de la parte actora, fueron actualizados de acuerdo con los lineamientos establecidos en el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 807/16 y el fijado por la ley 27.260.

Agrega que estos índices serán de aplicación para la actualización de las remuneraciones que fueron considerados para el cálculo de las prestaciones previsionales que se otorguen con alta en el mensual de agosto de 2016.

Por todo lo expuesto, y atento a que el beneficio de la parte actora fue calculado actualizando previamente sus remuneraciones con los índices dispuestos en el decreto 807/16, no puede pretender la misma que se redetermine nuevamente su haber y por lo tanto se solicita a V.S. se rechace la pretensión del actor en todos sus términos.

V.- Cabe tener presente que, al no ser absolutos los derechos y garantías individuales consagrados por la Constitución, su ejercicio está sometido a las leyes que los reglamenten (Fallos: 308-1631 y 2246; 312-312), dependiendo la racionalidad



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

de éstas de su adecuación al fin perseguido, no siendo pasible la tacha inconstitucional en tanto no tenga base en una iniquidad manifiesta (Fallos: 305-831; 297-201; 299-428).

En tal inteligencia, cabe reiterar, como ya fuera expresado, que el Dec. 807/16 fue dictado en virtud de las atribuciones emergentes del art. 99, incisos 1 y 2 de la Constitución Nacional.

Sobre ello debe destacarse que el artículo 99 de nuestra Carta Magna expresa que “El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: 1. Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país. 2. Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”.

El presidente de la República Argentina, siguiendo los lineamientos del proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi, tiene concedidas en el texto constitucional un cúmulo de atribuciones expresamente enumeradas y precisas.

La reforma de 1994 mantuvo la designación del Presidente como Jefe Supremo de la Nación; suprimió la frase que atribuía a su cargo la administración general del país; y le añadió la jefatura de gobierno y la responsabilidad política de la administración general.

No obstante, se ha interpretado que el inc. 1 del hoy art. 99 indica que el Presidente de la Nación tiene poderes implícitos de los que se deriva el de actuar si, por ejemplo, ocurren graves emergencias económicas y sociales. Antes de 1994, esa hermenéutica llevó a legitimar los decretos de necesidad y urgencia emanados del Poder Ejecutivo (Conf. Gelli, María Angélica “Constitución de la Nación Argentina”, Capítulo Tercero).

La jefatura suprema de la Nación se refiere a la titularidad del estado federal, porque en la semántica de la Constitución ambos términos se emplean como sinónimos. En consecuencia de esa jefatura, el presidente de la nación representa al país ante los demás estados y ante los organismos internacionales. En nombre del estado, negocia y firma los convenios internacionales.

La reforma de 1994 agregó que el Presidente de la Nación es el Jefe de Gobierno y responsable político de la administración general del país. Dado que no es posible, bajo el sistema constitucional, pensar que el presidente ejerza alguna dirección sobre los otros poderes del estado, la jefatura del gobierno es la ejecutiva, pero en sus perfiles políticos, pues el art. 100 de la CN concede el ejercicio de la jefatura administrativa al jefe de gabinete de ministros. En realidad, la responsabilidad del presidente emana de la elección que efectuó del jefe de gabinete y

de que puede delegar y retomar competencias administrativas (Conf. Gelli, María Angélica “Constitución de la Nación Argentina”, Capítulo Tercero).

La instrucción y reglamentos que debe dictar el Presidente tiene como finalidad la aplicación de las leyes que lo requieran y en principio, dependen de que esas normas estén relacionadas con la administración y las atribuciones ejecutivas.

A la luz del inc. 1 del art. 99 CN, se evidencia que no se trata de reglamentar una ley, sujetándose a sus términos y espíritu, sino de dictar reglas generales para la administración. Se denominan autónomos por esa característica de no estar ligados a una ley.

Se ha dicho que, “a su respecto no juega la condición de que el Congreso haya dictado normas primarias, pues éste no podría legislar sobre esas materias sin invadir una esfera constitucional propia del presidente que Marienhoff define como su zona de reserva. Estos reglamentos están destinados a la administración y cumplen sus efectos dentro de ella, con referencia a su organización y funcionamiento, pero no tienen fuerza obligatoria para las personas fuera de ese ámbito y en cuanto puedan afectar su esfera de libertad porque, como hemos dicho, ésta solo puede ser reglamentada por leyes formales-materiales (Conf. A. Gordillo, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, V-49)” (Conf. Bidegain, Carlos María, “Curso de Derecho Constitucional”, Abeledo Perrot, Bs. As., pág. 301).

Por otra parte, en cumplimiento del art. 99 inc. 2 de la CN, el Poder ejecutivo tiene la atribución de integrar la ley con los pormenores necesarios para su cumplimiento y la afectación de sus objetivos específicos para los cuales fuera creada.

El inc, 2 del art. 99, prohíbe que el Presidente de la República altere el espíritu de la ley con excepciones reglamentarias.

Es decir, el Presidente no debe suprimir ni agregar supuestos a la ley que desvirtúen su finalidad.

Aquí se evidencia la subordinación de la administración a la legislación, en tanto y en cuanto los mismos no pueden evadirse de las pautas delineadas por el Congreso (Conf. Carnota, Walter F. y Maraniello, Patricio A. “Derecho Constitucional”, La Ley, 2008, pág. 226).

De esta forma, la realización de un correcto control de razonabilidad en términos de relación y proporcionalidad entre la norma legal y las disposiciones reglamentarias, permitiría alcanzar criterios adecuados para examinar, en cada circunstancia, los eventuales excesos del Poder Ejecutivo.

So pretexto de reglamentar no puede desvirtuarse lo dispuesto por la ley ni suplir sus lagunas cuando para ello sea necesario ejercer una atribución propia del Congreso, como, por ejemplo, crear impuestos o extender sus alcances a sujetos no incluidos (Fallos: 131:1046; 132:561; 158:187; 270:429; 270:452), o someter el



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

ejercicio de un derecho a exigencias no dispuestas por la ley e incompatibles con sus fines (Fallos: 267:215), o prescindir de requisitos a que aquella supedita la aplicación de sanciones (Fallos: 249:501), o de otros modos invadir la zona reservada a la legislación primaria o contradecir sus preceptos, su espíritu o su finalidad (Conf. Bidegain, Carlos María, “Curso de Derecho Constitucional”, Abeledo Perrot, Bs. As., pág. 302).

La reglamentación legislativa de las disposiciones constitucionales debe ser razonable, esto es, justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido, y proporcionada a los fines que se procura alcanzar, de tal modo de coordinar el interés privado con el público y los derechos individuales con el de la sociedad (Fallos 312-496; 308-418).

Al respecto, la Corte Suprema ha expresado que, es la razonabilidad con que se ejercen las facultades reglamentarias el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicho presupuesto (Fallos: 327-5002).

VI-. En este contexto, a fin de arribar a una solución virtuosa, resulta menester recordar que el acto administrativo tiene que satisfacer todos los requisitos relativos al objeto, competencia, voluntad y forma, y producirse con arreglo a las normas que regulan el procedimiento administrativo.

La exclusión o inexistencia de los elementos esenciales o el incumplimiento total o parcial de ellos, expresa o implícitamente exigidos por el orden jurídico, constituyen la formula legislativa común, para definir los vicios del acto administrativo. En otros términos, el acto viciado es el que aparece en el mundo jurídico por no haber cumplido los requisitos esenciales que atañen a su existencia, validez o eficacia. El defecto, vicio o irregularidad afecta al caso en la medida o magnitud del incumplimiento del requisito concretamente violado. La consecuencia que hay que asignar al acto viciado no depende de supuestos apriorísticos, sino de la importancia que en cada caso tenga el vicio cometido (Conf. Dromi, José Roberto, “Derecho Administrativo”, Ed. Astrea, Tomo I, págs. 218/219).

De esta forma, vicios del acto administrativo son las faltas o defectos con que éste aparece en el mundo del derecho y que, de acuerdo con el orden jurídico vigente, lesionan la perfección del acto, en su validez o en su eficiencia, impidiendo su subsistencia o ejecución.

En suma, la invalidez es la consecuencia jurídica del acto viciado, en razón de los principios de legalidad, justicia y eficacia administrativa.

Siguiendo esta línea, resulta interesante mencionar que el órgano administrativo debe realizar las funciones que especialmente le competen, es decir, debe actuar dentro de la esfera de competencia que le corresponde. Puede ocurrir que el órgano administrativo exceda su competencia invadiendo la de los órganos legislativos o judicial o que invada la esfera de competencia de un órgano que no forma parte de su pirámide jerárquica. Este supuesto sería de incompetencia absoluta, determinante de un acto nulo de nulidad absoluta. También tendría esta característica el acto que dictara el órgano administrativo invadiendo la esfera del legislativo la llamada zona de reserva legal, zona en la cual solo está permitida la actividad del legislador (Conf. Diez, Manuel M. "Manual de Derecho Administrativo", Tomo I, Ed. Plus Ultra, pág. 229).

Ampliando esta tesitura, Agustín Gordillo habla de incompetencia respecto a materias legislativas, "Cuando los órganos administrativos dictan resoluciones sobre cuestiones que sólo pueden ser resueltas por el Congreso; como ser, creación de sanciones sin previsión de ley o al menos razonable delegación legislativa constitucionalmente válida, disposición de fondos sin autorización presupuestaria; venta de inmueble del Estado sin ley que lo autorice; aumento de tasas de la Inspección General de Justicia, modificaciones introducidas por la misma administración al sistema jubilatorio, (CNFed. CA, Sala V, Boerio, LL, 2000-B, 743, 1999; CNFed CA, Sala III, Gómez Escalante, LL, Supl. Adm., 2005 (setiembre) 25, con nota de Vocos Conessa, Juan Martín, "Sólo por ley...", pp. 25-31. Sin embargo, la Corte Suprema modificando la constante jurisprudencia del fuero federal, resolvió que el régimen establecido por el decreto 894/01 es constitucional, CSJN, Saralegui, 2006, LL 2006-C, 743; pero sin embargo ha declarado inconstitucional la no actualización proporcional de todos los haberes previsionales en Badaro, con nota de Robeldo, Néstor D., "El caso Badaro ¿La Corte Suprema va hacia un nuevo rol institucional?" LL, 2007-A, 240. Sin perjuicio de otras referencias, ver el magnífico trabajo de Bonina, Nicolás, "El ocaso de los dogmas sobre la inejecutabilidad del Estado," en Res Publica Argentina, RAP, 2006-1: 91-109, especialmente p. 94, nota 14 y sus remisiones; para el derecho internacional ver Graciarena, op. cit., pp. 195-203) otorgamiento sin ley de una concesión de servicios públicos, que por implicar una restricción a la libertad de trabajar y ejercer industria lícita debe ser objeto de una ley formal, y en general, todas las limitaciones al derecho constitucional de trabajar y ejercer industria lícita, reducciones salariales dispuestas por el Poder Ejecutivo provincial sin habilitación legislativa, etc." (Conf. Gordillo Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo III, Capítulo VIII-39/40).

Continuando con la exposición del tema, el citado autor agrega "También los decretos que en su origen se hallan viciados de inconstitucionalidad (Ver ejemplos



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

locales en Oroz, Miguel H. E., “La emergencia bonaerense y su inconstitucionalidad sobreviniente,” JA, 2003-III, 1362/63, notas 5 y 7. Pulvirenti, Orlando, “¿Luz roja para el Código de Tránsito?” LL, 2007-B, 1349) por haber sido dictados por el Poder Ejecutivo con exceso de sus facultades reglamentarias, no son susceptibles de purga o subsanación mediante la ratificación parlamentaria ulterior (CSJN, Fallos, 322: 1868, Franco, 1999; CNFed. CA, Sala IV, Langenauer, LL, 2000-D, 576; ED, 26-IV-2000) sin perjuicio de que la nueva ley tenga eficacia para el futuro (Uno de los votos en CSJN, Guida, LL, 2000-C, 824; DJ, 2000-2, 1086. Ver también Oroz, “La emergencia bonaerense...,” op. cit., § I, p. 1364, nota 8). En todos los casos el acto es nulo, (CSJN, Chinici Hnos., 1921, JA, 7: 514; Fallos, 322: 1318, Tantucci, 1999; supra, nota 215; PTN, Dictámenes, 69:235; González Pérez, op. cit., p. 318; Marienhoff, op. cit., p. 518) de nulidad absoluta e insanable como dice el inc. 3 del art. 99 de la Constitución (Lo recuerda la CNFed. CA, Sala IV, in re Rodelia S.A., 1999, LL, 2000-A, 142.) y, tratándose de decretos del Poder Ejecutivo, no parece que pueda darse normalmente la hipótesis de inexistencia...” (Conf. Gordillo Agustín, ob. cit., Tomo III, Capítulo VIII - 40).

Como corolario del tema, expone Gordillo que “Hace algo más de una década que el supuesto más frecuente de incompetencia respecto a materias legislativas lo dan los decretos delegados, de necesidad y urgencia, etc., producto de una abdicación del Poder Legislativo en el cumplimiento de sus funciones constitucionales, tolerando y hasta autorizando que el poder ejecutivo avance sobre materias que les están vedadas, lo cual es creciente” (Conf. Gordillo Agustín, ob. cit., Tomo III, Capítulo VIII - 40).

No cabe duda que la importancia que tiene la deliberación, la búsqueda de consensos en una democracia, lo cual sólo puede tener lugar en el seno del Congreso, máxima representación de la voluntad popular.

La legislación por decreto, en sentido contrario, termina por afectar a la deliberación, desconoce la participación ciudadana en la elaboración de normas y, en tal sentido, además de importar un atropello a la voluntad popular, generalmente deviene en una deficiente calidad de las normas elaboradas por esa vía.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-6/86, desarrolla el principio de legalidad en el Estado de Derecho como una de sus principales bases de sustentación. En la misma, se expone que “la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de

acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente” (Conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. La Expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay”).

VII.- Entiendo fundamental en este punto de la exposición, traer a colación el criterio doctrinario sentado por el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación en el reciente fallo “Blanco, Lucio Orlando c/ANSeS s/Reajustes Varios”.

En la citada causa, la Corte Suprema resolvió rechazar la solicitud de la ANSeS de aplicar el mecanismo de actualización previsto en el artículo 5 de la ley 27260 (índice RIPTE) para el cálculo del haber inicial del actor, toda vez que el reclamante no había adherido al Programa de Reparación Histórica ni suscripto el acuerdo transaccional que ella reglamenta, declarando además la inconstitucionalidad de las resoluciones 56/2018 de la ANSeS y 1/2018 de la Secretaría de Seguridad Social, que establecen la actualización de las remuneraciones computables para el cálculo del haber inicial mediante el índice RIPTE.

Para decidir de este modo, por mayoría, se determinó que es el Congreso Nacional, en su carácter de órgano representativo de la voluntad popular, el que debe establecer, conforme a las facultades conferidas por la Constitución Nacional, el índice para la actualización de los salarios computables para el cálculo del haber inicial en el período en juego (1994-2003), dado que se trata de un componente decisivo para asegurar la vigencia de los derechos consagrados en el artículo 14 bis de la Ley Fundamental.

Agrega además que, reasumida la facultad por el Congreso de elegir el indicador para la actualización de los salarios computables al sancionar la ley 26.417 en el año 2008, será en el marco de la tarea legislativa -a través del diálogo de las dos cámaras que deben confluir en la sanción de una ley- que se establecerán las pautas adecuadas para hacer efectivo el mandato del artículo 14 bis de establecer “jubilaciones y pensiones móviles”.

Completando lo expuesto, la Suprema Corte ordenó comunicar la sentencia al Congreso para que, en un plazo razonable, se fije el indicador para la actualización de los salarios computables para el cálculo del haber inicial en el período en cuestión.

Finalmente, se dispuso que hasta tanto el Congreso de la Nación sancione la ley



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

con el indicador citado, se aplicará el criterio judicial emergente del fallo “Elliff”, es decir, se actualizarán las remuneraciones mediante el índice ISBIC.

En suma, a partir del fallo “Blanco”, el Supremo Tribunal aclaró que, a partir de la sanción de la Ley 26.417 -de Movilidad Previsional- es el Congreso de la Nación el único que puede arrogarse la facultad de establecer el indicador para la actualización de los haberes previsionales, escogiendo en aquella oportunidad un índice combinado, ordenando su aplicación a las remuneraciones “que se devenguen a partir de la vigencia de la presente ley” (Conf. Arts. 2º y 6º).

La mención realizada no resulta ociosa pues, si bien la obligatoriedad de los fallos de la CSJN, fuera del caso concreto, es motivo de debate, toda vez que ninguna norma consagra el deber de acatamiento y no rige el *stare decisis* anglosajón, existe al menos el deber ético derivado de la autoridad formal, seguridad jurídica y previsibilidad, igualdad del justiciable y el principio de economía procesal (Gozáini, Osvaldo A.: “La doctrina del precedente obligatorio *stare decisis* y el valor de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia” - DJ - 1993-II-802; Ferraris, Enrique A.: “¿Deber moral o deber legal? Acerca de la obligatoriedad de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores” - LL - 1994-C-942-946; Sagüés, Néstor P.: “Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación” - ED - 93-891-900; Gelli, María A.: “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada” - LL - 2003-803-835; entre otros).

A ello cabe agregar que, la CSJN es identificada como la última intérprete de la CN y de las leyes que en su consecuencia se dicten, con base en la distribución de competencias establecida por el propio texto constitucional. En 1985, en la causa “Cerámica San Lorenzo” (Fallos: 307:1094), se fijó la doctrina oficial acerca de la obligatoriedad “atenuada” del precedente para los tribunales inferiores (González Tocci, María L.: “Eficacia y obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A propósito de la aplicación de la regla del *stare decisis* en el derecho argentino” en “Reflexiones sobre Derecho Latinoamericano” - Vol. 12 - Livre Expressão Editora - San Pablo, Río de Janeiro, Buenos Aires -2013 - págs. 503/16). Quedando claramente establecido que “...la Corte Suprema solo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos”, no obstante señalar que “carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia”. El criterio del precedente citado, según destaca la doctrina, fue aplicado posteriormente en forma consistente en todas sus integraciones (Sbdar,

Claudia B.: “El valor del precedente en el derecho judicial argentino” - LL - 11/10/2017 - 1 - LL 2017-E-1129).

En tal sentido, esa doctrina ha sido ratificada y ampliada recientemente al decirse que “La autoridad institucional de dichos precedentes, fundada en la condición de este Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por esta misma Corte como por los tribunales inferiores. Así, se estableció que el Tribunal no podría apartarse de su doctrina, sino sobre la base de causas suficientemente graves como para hacer ineludible un cambio de criterio. Sería en extremo inconveniente para la comunidad si los precedentes no fueran debidamente considerados y consecuentemente seguidos (cfr. Thomas M. Cooley citando al canciller Kent: “Constitutional limitations” - T. 1 - pág. 116). Y aun cuando ello no signifique que la autoridad de los antecedentes sea decisiva en todos los supuestos, ni que pueda en materia constitucional aplicarse el principio de «stare decisis» sin las debidas reservas (conf. Willoughby: “On the Constitution” - T. 1 - pág. 74-), no es menos cierto que cuando de las modalidades del supuesto a fallarse no resulta de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes’ (CSJN - 11/2/2014, “Arte Radiotelevisivo Argentino SA c/Estado Nacional s/acción de amparo”).

VIII-. En virtud de lo expuesto y teniendo en consideración el citado precedente “Blanco”, toda vez que la temática relativa a la determinación del índice de actualización en materia de beneficios previsionales es detentada exclusivamente por el Congreso de la Nación, el Decreto 807/16 habría sido emitido por un órgano que carece de competencia en la materia -el Poder Ejecutivo-, resultando por tanto nulo de nulidad absoluta de conformidad con la Ley de Procedimientos Administrativos (art. 7 inc. a y 14 inc. b), correspondiendo de compartir mi opinión, así declararlo.

En los términos que anteceden, téngase por contestada la vista conferida.

Fiscalía, 14 de Junio de 2019.

GABRIEL DE VEDIA

Fiscal Federal

ANTE MI

PATRICIO J. TORTI CERQUETTI

Secretario Federal