Mendoza, 30 de diciembre de 2013.

VISTOS: los presentes N° 24034976/2008 caratulados: “COCO, Gladys V. y ots. c/ ANSeS y ENA p/ Amparo”, de cuyo estudio,

RESULTA:

I.- Que, a fs. 14/23, la señora Gladys Virginia Coco, por sí y, por sus hijos menores, V.A. y F.E.D.G. C., con patrocinio letrado, promueve demanda en contra de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) y el Estado Nacional, solicitando que se los condene a pagar la totalidad de la diferencia existente entre el haber que perciben como pensionados por Consolidar AFJP, y el haber mínimo legal que determina la legislación vigente para el Sistema integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP), desde la fecha inicial de pago del beneficio, con más los intereses legales correspondientes.-

Asimismo, solicita se declare la inconstitucionalidad del art. 3º del decreto 391/03 y del art. 125º de la ley 24.241, reformado por la ley 26.222 en cuanto disponen la exclusión del pago del complemento de integración al haber mínimo para los beneficiarios del régimen de capitalización que no tienen participación del régimen público, por resultar contrario al art. 14 bis de la Constitución Nacional.-

Relata, en lo sustancial, que su esposo falleció a los 42 años de edad, habiendo realizado aportes al SIJP a partir del año 1994, por lo que accedió al beneficio de pensión bajo la modalidad de renta vitalicia previsional para ella y sus dos hijos menores de edad.-

Que, el monto total del beneficio ($ 546), a pesar de estar correctamente liquidado, resulta sensiblemente inferior al mínimo legal que rige en el SIJP dejándolos en franca situación de desamparo por no cubrir las necesidades más elementales.-

Que, frente a las miles de jubilaciones mínimas otorgadas a personas que no han efectuado ningún aporte, resulta claramente discriminatorio negarle la pensión mínima a la esposa y los hijos de un trabajador que en su vida laboral realizó los aportes exigidos por la legislación vigente, y si no reunió un monto mayor en su cuenta de capitalización individual fue a causa de una muerte temprana.-

Que, a diferencia del régimen legal previsto por Chile, el nuestro no prevé qué pasa si los afiliados al régimen de capitalización nacidos con posterioridad a 1963 o 1968, según se trate de varones o mujeres, fallecen prematuramente sin acumular, por esa sola razón, fondos suficientes en sus cuentas individuales.-

Afirma que esta falta de previsión, es violatoria de los arts. 16º y 17º de nuestra Carta Magna.-

Cita antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales que doy por reproducidos en mérito a la brevedad. Asimismo, aborda el tratamiento particular de cada uno de los

derechos constitucionales que considera conculcados, a saber: propiedad, razonabilidad, orden de prelación de las normas y legalidad, entre otros.-

Funda la procedencia de la vía excepcional del amparo, ofrece prueba y reserva el caso federal.-

II.- Atento la presentación fuera de término efectuada por ANSeS, a fs. 43 se ordenó el desglose del informe circunstanciado rendido por esa parte en los términos del art. 8º de la ley 16.986. Dicha decisión, quedó firme dado que el Organismo Previsional no apeló la resolución que rechazó el recurso de reposición deducido contra aquella providencia (v. fs. 51 y 54, respectivamente).-

III.- Por su parte, el Estado Nacional no compareció ni rindió el informe solicitado sin perjuicio de encontrarse debidamente notificado (v. fs. 44).-

IV.- Clausurado el período probatorio sin que la parte actora presentara alegatos, se llama autos para dictar sentencia a fs. 75.-

CONSIDERANDO

I.- Liminarmente, atento que alguna jurisprudencia de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social entiende improcedente la vía del amparo en esta materia, cabe señalar que en casos sustancialmente análogos al presente, donde se cuestionó la constitucionalidad del art. 3 del decreto 391/03 y el art. 125 de la ley 24.241 reformado por la ley 26.222, dos salas de ese Superior Tribunal confirmaron las sentencias que consideraron viable la acción en virtud de los derechos comprometidos y el carácter manifiesto de la arbitrariedad denunciada.-

Así, en el caso “Fragueiro, Juan Manuel c/ ANSeS – Binaria Seguros de Retiro S.A. – Arauca Bit AFJP s/ Amparos y sumarísimos”, originario del Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social Nº 7, la Sala I confirmó, el 27/08/2007, convalidó el fallo que sostenía: “Es irrefutable que la vía elegida resulta admisible por cuanto entiendo acreditada la existencia del requisito de la urgencia. En efecto, lo alimentario no puede esperar, razón por la cual la vía excepcional del amparo deviene idónea para el reclamo de autos, tal cual lo prevé el art. 43 CN, compartiendo de esta manera lo dictaminado por la fiscal interviniente”.-

En el caso “Espíndola Roxana B. y ot. c/ ANSES s/ Amparo”, donde el juez de primera instancia del Juzgado Federal Nº 1 de Rosario había rechazado el amparo por resolución del 28/10/2009 en mérito a la naturaleza excepcional de la vía, la necesidad de mayor amplitud de debate y prueba y, en especial, el hecho que la actora había consentido la percepción del beneficio al recibir los sucesivos pagos hasta la iniciación de la acción, la Sala II revocó ese dictum al considerar que: “…el amparo resulta la vía idónea elegida para el esclarecimiento de la cuestión de debate a la luz de los derechos presuntamente afectados, de naturaleza alimentaria y preferente tutela constitucional”.-

Luego, esa misma Sala II en autos “Rossi Falcone Damián Eduardo c/ ANSeS y ot. s/ Amparos y Sumarísimos” (sent. del 18/04/2011), sostuvo que: “En primer lugar, cabe analizar si es procedente la vía procesal elegida por el accionante a fin de que se reparen los rederos que cree vulnerados. Respecto de ello, esta Sala ha tenido oportunidad de señalar mediante voto mayoritario que, en situaciones análogas a la presente, corresponde el ejercicio de la acción de amparo a tenor del nuevo artículo de la Constitución Nacional, destacando que tal remedio procesal no puede tener ya un carácter residual sino que debe considerárselo la vía principal y excluyente de otras carente de celeridad cuando se advierte la existencia de un accionar arbitrario o ilegítimo (sent. 70.434 del 21/11/96 “Belmar Carrasco c/ ANSES)”.-

En consecuencia, considero que la vía del amparo intentada en la especie resulta apta e idónea para el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad articulado. Es que, la naturaleza alimentaria del beneficio en las especiales circunstancias invocadas por la amparista, esto es, la muerte prematura del esposo y padre que trabajaba en relación de dependencia cuyos ingresos son suplidos en la proporción de ley por una renta para la esposa y sus dos hijos menores de $ 254,01 y $ 117,60 respectivamente, resulta una circunstancia suficiente y determinante a la hora de evaluar su procedencia.-

Además, no cabe soslayar que los presupuestos que hacen viable la acción de amparo prevista por art. 43 de la Constitución Nacional, deben interpretarse conjuntamente con el derecho a la tutela judicial efectiva cuando, como en el caso, median circunstancias excepcionales que permiten considerar “a priori” la ineficacia de su tratamiento por el procedimiento ordinario.-

II.- Dicho esto, conforme el relato de la causa, el “thema decidendi” se circunscribe a determinar si la exclusión de la actora y sus hijos de la garantía del haber mínimo garantizado que perciben los beneficiarios del régimen previsional público, viola el art. 14 bis de la Constitución Nacional.-

La prueba rendida en autos acredita que, la señora Gladys Virginia Coco (DNI Nº …) y los menores V.A. D. G. C. (DNI Nº …) y F.E.D.G. C. (DNI Nº …), como derechohabientes de Ricardo Andrés Di Giovambattista, obtuvieron el beneficio de pensión en el año 2008 por fallecimiento del afiliado en actividad a Consolidar AFJP (v. fs. 1/5 y 8/13). Asimismo, que al 6/3/2008 el monto percibido era de $ 294,01 para la viuda y $ 117,60 para cada uno de los hijos (v. fs. 6).-

Ello, obedece a que el causante pertenecía a un sistema de capitalización cuyos beneficios eran íntegramente privados y fueron liquidados a la fecha de su fallecimiento en la modalidad de una renta vitalicia previsional en razón de la opción realizada por la amparista en nombre propio y el de sus hijos menores de edad. Dicha

prestación se otorgó bajo la vigencia del régimen de capitalización previsto por la ley 24.241 –

En consecuencia, para determinar si procede el pago de la diferencia entre el monto de la renta vitalicia percibida hasta alcanzar el haber mínimo legal garantizado por el art. 125 de la ley 24.241, es preciso realizar una reseña del plexo normativo que atañe a tal cuestión.-

El artículo 27 de la ley 24.241 trata las normas aplicables a las prestaciones de “Pensión por fallecimiento” y el decreto N° 728/2000 (que reglamenta el citado artículo) establece la integración de capital por parte del régimen público en caso de “pensión por fallecimiento del afiliado en actividad” solamente para varones nacidos antes de 1963 y mujeres nacidas antes de 1968. Cuando no se den los supuestos establecidos por el decreto Nº 728/00 para que ANSeS participe en la integración del componente público, no resultará de aplicación el Decreto N° 391/2003 (que fija el haber mínimo) al no cumplirse los presupuestos legales para ello.-

A su vez, el artículo 26 de la ley 26.198 establece el haber mínimo de cada beneficio correspondiente a las prestaciones a cargo del régimen previsional público del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP).-

Ahora bien, el artículo 125 de la ley 24.241 es el que prescribe que el Estado Nacional garantizará a los beneficiarios del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones del Régimen Previsional Público y a los del Régimen de Capitalización que perciban componente público, el haber mínimo establecido en el artículo 17 de esa ley (artículo incorporado por art. 11 de la ley 26.222 B.O. 8/3/2007). Por el artículo 8° de la ley Nº 26.417 (B.O. 16/10/2008), se estableció que el haber mínimo garantizado debía ajustarse en función de la movilidad prevista en el artículo 32 de la ley 24.241.-

El artículo 32 hace referencia, concretamente, a la movilidad de las prestaciones, entre otras, la que aquí nos ocupa.-

Con la sanción de la ley 24.463 de Solidaridad Previsional, se derogó lisa y llanamente el haber mínimo garantizado que preveía el art. 125 de la ley 24.241, lo cual trató de subsanarse con el dictado de diversas normas que fueron intentando una suerte de restablecimiento del mismo (por ejemplo decretos 391/03, 1194/03,683/04, 1199/04 y 748/05). También se modificó el art. 16 de la misma ley que supedita la garantía en el otorgamiento y pago de las prestaciones del Régimen previsional público a la ley de presupuesto.-

La sanción de la ley 26.425 (BO 9/12/2008) dispuso la unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones en un único régimen previsional público (SIPA), financiado a través de un sistema solidario de reparto, garantizando a los afiliados al régimen

de capitalización una cobertura igualitaria con el régimen previsional público en cumplimiento de lo previsto por el artículo 14 bis de la CN.

Por resolución N° 6/09 de la Secretaría de Seguridad Social, se estableció que las disposiciones de la ley 26.417 se aplicaban a partir del 1º de marzo de 2009 para los beneficios que comprenden el SIPA instituido por los artículos 2 y 8 de la Ley 26.425.-

El decreto N° 2104/2008 estableció que los beneficios liquidados por las Compañías de Seguro de Retiro (CSR) bajo la modalidad de renta vitalicia previsional, como el presente caso, de componente íntegramente privado continuarán abonándose por las CSR. Si poseen componente estatal, serán abonados a través de la red de pago de ANSeS, debiendo las CSR informar las prestaciones y girar los fondos pertinentes a dicho Organismo, de acuerdo a las normas que dicten conjuntamente la Superintendencia de Seguros de la Nación(SSN) y la propia ANSeS.-

Así, claro está, en ningún artículo de la ley ni en su reglamentación se prevé qué pasa si los afiliados al régimen de capitalización individual nacidos con posterioridad a 1963 ó 1968 -según sea hombre o mujer-, fallecen tempranamente sin acumular fondos suficientes en sus cuentas individuales, no ya por la regularidad o irregularidad de los aportes sino porque su vida se apagó antes de lo previsto. En el sub-lite, el causante nacido el 23/10/1964 fallece el 28/8/2007.-

En tal contexto, corresponde analizar si la exclusión de los actores es razonable o contraria a los derechos consagrados en nuestra Constitución Nacional.-

Sabido es que las leyes regulan generalidad de casos, por ello cuando nos encontramos frente a situaciones que no tienen un encuadramiento específico en la norma, el juzgador está obligado a aplicar el principio de hermenéutica e interpretar armónicamente el ordenamiento positivo vigente para resolver el caso que se somete a decisión.-

Para cumplir dicha tarea, comenzaré por recordar que el artículo 14 bis de la Carta Magna establece la obligación del Estado de otorgar los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter integral e irrenunciable.-

El derecho a la seguridad social tiene como principios básicos, el de la solidaridad y la subsidiariedad. Los principios técnicos de la misma se vinculan necesariamente con aquellos, y son entre otros, los principios de integralidad, universalidad e igualdad. Todos ellos, a su vez, traducen el respeto a los principios de dignidad y libertad que establece nuestra ley fundamental.

Los principios enunciados resultan de aplicación en todo el sistema por integrar, como ya dijera, el universo de prestaciones en las que se traduce el derecho a la seguridad social.

Cabe tener presente que, el haber mínimo es determinado por el ingreso necesario para cubrir las necesidades básicas de subsistencia y su fijación se encuentra

determinada en última instancia, por la necesidad de resguardo del principio de dignidad que, como ya dijera, resulta el sustento de los beneficios de seguridad social garantizados por el art. 14 bis de nuestra Carta Magna. Su finalidad, según señala destacada doctrina, es: “…otorgar a todo tipo de beneficiario de la previsión social una prestación cuyo importe le permita atender a su subsistencia -y de su familia en su caso- aunque sólo sea en forma totalmente básica y alimentaria. Se parte de la idea de que la comunidad social debe atender con cobertura mínima a cualquier miembro de ella, y aun sin que exista una necesaria correlación entre el monto de esa prestación mínima y los aportes que el beneficiario haya realmente ingresado al sistema. Se entiende que aquella porción en que el haber mínimo exceda de los aportes efectuados o remuneraciones percibidas por el beneficiario, tendrá naturaleza asistencial, o sea, no contributiva. Es entonces una cobertura solidaria y redistributiva, típica de lo que actualmente se denomina el primer pilar y que se atiende sobre la base de recursos que tienen principalmente origen fiscal, o sea, desde los que más pueden hacia los que poco o nada tienen" (Fernando Payá y María T. Martín Yañez, "Régimen de Jubilaciones y Pensiones", doctrina citada en el fallo “Valdez, María Ester c/ ANSeS s/ Amparo” del 17/6/2011).-

Así entonces, como consecuencia del examen integral de la cuestión debatida en autos, me pronuncio por admitir la pretensión demandada y, en consecuencia, declarar, sólo para este caso, en concreto, la inconstitucionalidad del art. 125 de la ley 24.241 incorporado por la ley 26.222, y art. 3 del decreto 391/03.-

Es que, en definitiva, como sostiene otro autor, en la ley 24.241 coexisten dos sistemas, puede decirse en principio que hay igualdad entre quienes se encuentran incluidos en un mismo régimen, pero la realidad es que todos son trabajadores en un sentido amplio, es decir, con o sin relación de dependencia, y si están en un régimen u otro ello es compulsivamente impuesto por la ley (Ruprecht, Alfredo J., “Derecho de la Seguridad Social”, Bs As, 1995, Zavalia Editor, págs 10 y sgts, 311 y 360 y sgts).

Encontrándose entonces acreditado en la especie que el haber que cobran los amparistas representa menos de la mitad del mínimo legal garantizado, es evidente que no resulta suficiente para atender sus mínimas necesidades vitales. Lo exiguo del beneficio los coloca en una situación de desventaja y desprotección con relación a los beneficiarios del régimen público. Esta situación, de clara desigualdad, es aún más injusta desde que desaparece el régimen de capitalización y los beneficiarios pertenecen al sistema solidario de reparto dispuesto por la ley 26.425, sin posibilidad de acceder al haber mínimo garantizado.-

Desde este punto de vista, sólo cabe concluir que el Estado asume un rol protagónico a la hora de hacer frente a las necesidades que no se han podido prever o bien, habiendo sido previstas, no permiten el ejercicio pleno del derecho consagrado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional.-

En la citada causa “Valdez, María Ester c/ ANSeS s/ Amparo” (sent. del 17/6/2011), originaria del Juzgado Federal N° 1 de Rosario, se sostuvo luego de un exhaustivo análisis que: “Este haber de “pensión por fallecimiento de afiliado” que de manera reducida había determinado en un principio la AFJP y luego continuó marcadamente decreciente llegando a caer hasta menos de la mitad del haber mínimo legal, se debe a los efectos del precitado artículo 125 de la ley 24.241 (texto según ley 26.222) que arbitraria e injustificadamente excluye a los actuales beneficiarios que no perciben componente público, de la garantía del “haber mínimo garantizado. Es viable, entonces, plantear la invalidez constitucional de la norma y la integración del haber hasta alcanzar el mínimo legal” (con fundamento en el artículo de Rafael E. Toledo Ríos, titulado “Los parias del SIPA. Rentas Vitalicias de componente íntegramente privado”, publicado en Revista de Jubilaciones y Pensiones, Año 20-Julio/Agosto 2010- N° 117, pp. 273-278).-

Ya en autos “Kevorkian, Eduardo Manuel c/ ANSeS s/ Amparos y Sumarísimos”, al tratarse la situación de un beneficiario del régimen de capitalización en cuyo haber no existía componente del régimen público, se declaró la inconstitucionalidad del artículo 125 de la ley 24.241 y se ordenó a la ANSeS la integración de las diferencias entre el haber que paga la AFJP y el haber mínimo vigente desde la fecha inicial de pago del beneficio (sentencia del Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 1, de fecha 9/4/2008, publicada en Revista de Jubilaciones y Pensiones Año 8 - Marzo/Abril 2008-N° 103, p. 148-152).-

Asimismo, en la causa “Fragueiro, Juan Manuel c/ ANSeS – Binaria Seguros de Retiro S.A.- Arauca Bit AFJP s/ Amparos y sumarísimos” (sentencia del Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 7 de fecha 21/2/2007, confirmado por la Sala 1 de la CFSS del 27/8/2007) se dispuso pagar a la ANSeS la diferencia en la percepción de la renta vitalicia previsional hasta alcanzar el haber mínimo garantizado que prevé el artículo 46 de la ley 26.198 y sus modificatorias, resaltando que: “… el Estado asume un rol absolutamente protagónico a la hora de hacer frente a una situación que no ha podido prever o bien, habiendo sido prevista no permite el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 14 bis de la CN. (fallo citado en la Revista de Jubilaciones y Pensiones Año 20-Julio/Agosto 2010- N° 117, pp. 275-276).-

Más recientemente, la Sala II de la CFSS en el expediente “Rossi Falcone, Damian Eduardo c/ ANSeS y otro s/ Amparos y Sumarísimos” (N° 141763), revocó la sentencia de grado ordenando pagar al actor la diferencia entre el haber que percibe por su beneficio de jubilación por invalidez hasta alcanzar el haber mínimo garantizado previsto por el artículo 46 de la ley 26.198 y modificatorias, señalando que el perfil proteccionista que rodea a nuestra Constitución Nacional exige de parte del juzgador su aplicación al caso

concreto para que tanto el actor como su núcleo familiar puedan gozar en plenitud el derecho consagrado en el artículo 14 bis (sentencia del 18/4/2011).-

Así las cosas, toda vez que los jueces no pueden dejar de fallar en las causas que son sometidas a decisión conforme lo dispone el artículo 16 del Código Civil, corresponde establecer en el presente que en la renta vitalicia previsional elegida como modalidad de prestación, se debe incluir a la amparista y sus hijos en la percepción del haber mínimo garantizado en igualdad de condiciones que los beneficiarios del régimen previsional público; como asimismo que, debe hacerse cargo la ANSeS, como ente gestor de la seguridad social, de la diferencia entre lo que perciben y aquél monto que prevé la legislación vigente, esto es, aquél previsto en el art. 46 de la ley 26.198 y las eventuales modificaciones que sufra el mismo. También debe aplicarse la movilidad prevista en los artículos 6, 8 y 15 de la ley 26.417, modificatorios del artículo 32 de la ley 24.241, a partir del 1 de marzo de 2009 y toda normativa posterior vigente que corresponda.-

Todo ello a partir de la interposición de la demanda, con más sus intereses en base a la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina. (conf. CSJN in re “Spitale, Josefa Elida s/ impugnación de resol. Administrativa del 14/09/04, fallos 325:1185, entre muchos otros).-

II.- En relación a las costas, atento la particularidad y lo novedoso de la cuestión planteada, corresponde imponerlas en el orden causado (art. 68, 2da. parte, del CPCCN).-

III.- A efectos de regular los honorarios de los letrados intervinientes he de tener en cuenta el mérito, extensión y eficacia de la labor desarrollada aplicando en lo pertinente lo normado por los arts. 6, inc. b) a f), 7 8 y conc. de la ley 21.839, modif. por la ley 24.432.-

Por todo ello, normas legales y jurisprudencia citada,

RESUELVO:

1º) HACER LUGAR a la demanda deducida por Gladys Virginia Coco, por sí y por sus hijos menores V.A. y F.E.D.G. C., contra la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) y el Estado Nacional y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad, sólo para este caso, en concreto, de lo normado por el art. 125 de la ley 24.241 incorporado por la ley 26.222, y el art. 3 del decreto 391/03.-

2º) Ordenar a la demandada que abone la diferencia entre el monto de la renta vitalicia previsional que vienen percibiendo los pretensores y el haber mínimo garantizado que prevé el art. 46 de la ley 26.198 y sus sucesivas modificaciones mientras corresponda, con más la movilidad prevista en los artículos 6, 8 y 15 de la ley 26.417, modificatorios del artículo 32 de la ley 24.241, a partir del 1 de marzo de 2009 y toda normativa posterior vigente que corresponda. Todo ello a partir de la interposición de la

presente demanda (4/9/2008), con más sus intereses, calculados conforme la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina.-

3º) Imponer las costas por su orden (art. 68, 2da. parte del CPCCN).-

4º) Regular los honorarios los honorarios del Dr. Rodrigo M. Guerrero, como patrocinante, en la suma de pesos cinco mil ($ 5.000), por tratarse de un proceso sin monto, conforme lo establecen los art. 6 inc. b) a f) y conc. de la ley 21.839.-

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE.

Gpr