



EL DERECHO

PROCEDIMIENTO: Cosa juzgada. Interpretación no restrictiva. **JUBILACIONES Y PENSIONES:** Fuerzas Armadas y de Seguridad. Suplementos remunerativos y bonificables. Alcance de la doctrina de la CSJN

1.- El actor solicitó el reajuste de su haber de retiro durante la vigencia de la doctrina “Costa Emilia” del Alto Tribunal de la Nación, pero el precedente “Oriolo” operó un cambio sustancial de esta doctrina con relación al alcance del derecho controvertido—más beneficioso y ajustado al ordenamiento convencional- por lo que corresponde aplicar sus directivas a la pretensión articulada en la demanda, esto es, reconociéndose naturaleza remunerativa y bonificable a los suplementos creados por el decreto 2.744/93 y sus actualizaciones (Dtos. 1255/2005, 1126/2006, 861/07 y 884/2008).

2.- Es justo y equitativo disponer que las diferencias que se devenguen como consecuencia del carácter remunerativo y bonificable que se dispuso para los suplementos previstos en el decreto 2744/1993 y sus actualizaciones (Dtos. 1255/2005, 1126/2006, 861/07 y 884/2008), se abonen, con el carácter señalado, desde el dictado del precedente “Oriolo, Jorge Humberto y otros” del Alto Tribunal de la Nación.

3.- La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Boldrin Alejandro Enrique (sent. del 16/9/99), si bien ratificó el instituto de la cosa juzgada, reconoció también el derecho del beneficiario que ha sufrido una disminución confiscatoria en su haber jubilatorio, a ejercer “el derecho constitucional de efectuar nuevos reclamos frente a la concreción de posteriores perjuicios provocados por la disminución del monto de los haberes jubilatorios”

4.-En materia de previsión social, el régimen de la cosa juzgada respecto de las sentencias desfavorables al jubilado, no debe ser restrictivo, ya que lo que importa es el reconocimiento exacto de los derechos acordados por las leyes, no pudiendo el juez desoír un reajuste que fue otorgado a otros agentes que se hallaban en su misma condición con fundamento en que la pretensión no podía ser objeto de un nuevo pronunciamiento.”

CFed. Seguridad Social, sala II, julio 13-2017.- Abascal Carlos A. c. Estado Nacional – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y otro s. Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seguridad.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires,

VISTO Y CONSIDERANDO:

Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de esta Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de grado que declaró la existencia de cosa juzgada respecto del decreto 2744/93 y sus actualizaciones, decretos 1255/2005, 1126/2006, 861/07 y 884/2008. El apelante solicita que se revoque lo decidido y se ordene que se aplique en estos autos la doctrina sentada por el Máximo Tribunal de la Nación en el precedente “Oriolo Jorge Humberto y otros c/EN – Ministerio de Justicia Seguridad y DDHH – PFA – Dto. 2133/91 s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seguridad” (Fallos 333:1909), y se reconozca el carácter remunerativo y bonificables de los adicionales creados por los decretos mencionados.

Las constancias de la causa revelan que el actor obtuvo sentencia firme con respecto a una demanda anterior que sin perjuicio de reconocer la naturaleza general de los suplementos previstos en el decreto 2744/1993, consideró que los mismos no revestían carácter “bonificable” de conformidad con la doctrina del precedente “Costa Emilia c/ Caja de Retiros Jub. y Pensiones Policía Federal s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de seg.” (Fallos: 325:2161).

Para resolver correctamente el presente caso es necesario recordar que la CSJN en el citado pronunciamiento “Oriolo Jorge Humberto y otros c/EN – Justicia Seguridad y DDHH – PFA – Dto. 2133/91 s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg” (Fallos: 333:1909), efectuó un significativo giro jurisprudencial al abandonar la doctrina sentada en el precedente “Costa, Emilia”, en el que si bien había reconocido el carácter general de los suplementos en cuestión –se reitera- no les asignó naturaleza “remunerativa” ni “bonificable”.

Ahora bien, si se admitiera la aplicación puramente mecánica o ritual del instituto de la cosa juzgada en los presentes actuados, se podría configurar una grave lesión al derecho de propiedad y a la incolumidad de los derechos humanos sociales cuya protección judicial reviste naturaleza constitucional y convencional, en perjuicio de aquellos actores que hubieran introducido su reclamo y obtenido sentencia con anterioridad a la fecha del beneficioso precedente “Oriolo” (del 5 de octubre de 2010).

Se frustraría, a todas luces, el pleno reconocimiento de un derecho humano de naturaleza social tutelado expresamente en la Carta Magna y en diversos instrumentos internacionales, si se consintiese la perpetuidad de un pronunciamiento anterior, cuya aplicación al caso justiciable importaría el desbaratamiento liso y llano del principio de



“progresividad” de los derechos sociales, incorporado a nuestra legislación positiva por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Boldrin Alejandro Enrique (sent. del 16/9/99), si bien ratificó el instituto de la cosa juzgada, reconoció también el derecho del beneficiario que ha sufrido una disminución confiscatoria en su haber jubilatorio, a ejercer “el derecho constitucional de efectuar nuevos reclamos frente a la concreción de posteriores perjuicios provocados por la disminución del monto de los haberes jubilatorios” (considerando 9°).

La inmutabilidad de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada debe ceder frente al mandato preambular de “afianzar la justicia” que grava el cometido institucional de los tres poderes del Estado, obligándolos en su específica zona de reserva constitucional a conciliar sus decisiones con los derechos, garantías constitucionales y convencionales y fines superiores que tales normas fundamentales consagran, en procura de afianzar la justicia, como se señaló recién, el bienestar general y evitar el desbaratamiento de los derechos humanos supremos por la aplicación mecánica e irreflexiva de institutos o figuras jurídicas de naturaleza procesal de inferior jerarquía normativa (Fallos: 305:2220).

El Alto Tribunal de la Nación ha señalado desde antiguo que la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la Ley, toda vez que los jueces en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la ratio legis y del espíritu de la norma en procura de una aplicación racional que avenge el riesgo de un formalismo paralizante, que atente contra el desconocimiento del derecho en cuestión, llegando al punto de volver inoperante la protección establecida en el art. 14 bis de la Ley Fundamental sobre los derechos de carácter alimentario, integrales e irrenunciables de la seguridad social (Fallos 234:482; 241:277; 247:37).

Cabe recordar que la República Argentina se comprometió al suscribir la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), lograr en forma “progresiva” la plena afectividad de los derechos humanos sociales que consagra este documento, de suerte que no representa una cuestión menor pretender aplicar maquinalmente la “cosa juzgada” de una sentencia cuando ello entrañaría la “regresividad” de un derecho de la seguridad social que por expreso mandato constitucional reviste carácter integral e irrenunciable –o “imprescriptible”- y en detrimento de la “garantía constitucional de movilidad” cuyo principal cometido consiste, precisamente, en evitar esa “regresividad” futura.

El maestro Lino E. Palacio señala respecto de este instituto que: “La cosa juzgada no constituye un atributo esencial o necesario de la sentencia, sino una simple creación del ordenamiento jurídico que puede o no acordar tal calidad a los pronunciamientos judiciales firmes sin alterar, con ello principio lógico u ontológico alguno. De allí la inutilidad de cualquier teoría que pretenda justificar la institución de la cosa juzgada fuera del criterio axiológico expresado por las normas que vedan la derogación de las sentencias firmes; y en esa línea de reflexiones parece obvio que son valoraciones de seguridad, orden y poder –más que de JUSTICIA ESTRICTA- las que aconsejan su mantenimiento en los ordenamientos jurídicos” (v. Derecho Procesal, Ed. Abeledo Perrot, T. V pág. 511).

El célebre jurista uruguayo Eduardo J. Couture destacó –en el mismo sentido- lo siguiente: “...Es verdad que en el sistema de derecho la necesidad de certeza es imperiosa. El tema de la impugnación de la sentencia no es otra cosa que una lucha entre las exigencias de verdad y las exigencias de firmeza. Pero es que aún siendo esto así, la necesidad de firmeza debe ceder, en determinadas condiciones, ante la necesidad de que triunfe la verdad. La cosa juzgada no es de razón natural. Antes bien, la razón natural parecería aconsejar lo contrario: que el escrúpulo de verdad sea más fuerte que el escrúpulo de certeza, y que siempre, en presencia de una nueva prueba o de un hecho fundamental antes desconocido [o cuando está en juego nada menos que el goce pleno y efectivo de una garantía constitucional, agregamos nosotros] pudiera recorrerse el camino andado para restablecer el imperio de la justicia...”.

De ello parecería inferirse sin esfuerzo que la aplicación al caso concreto de una nueva doctrina expansiva y beneficiosa en orden al alcance de la protección, emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es, a juicio de los subscriptos, un deber insoslayable de los jueces en su trascendental cometido de afianzar la justicia en el proceso (arts. 28 y 31 de la Constitución Nacional), a fin de lograr progresivamente –como quedó dicho- la plena efectividad de los derechos sociales.

Como bien señala el maestro Germán J. Bidart Campos: “Si asumimos el dato de que la interpretación de la constitución por la Corte suscita fuente de derecho judicial en el orbe constitucional cuando sus sentencias tienen calidad de “sentencia modelo” y engendran seguimiento a causa de su ejemplaridad, se entiende mejor por qué al caso de la pura interpretación de la constitución le atribuimos –cuando emana de la Corte Suprema- la naturaleza simultánea de un control de constitucionalidad.” (v. Manual de la Constitución Reformada, Tomo I, Editorial EDIAR, 1996, pág. 321).

Más adelante, este notable jurista refuerza el concepto de la siguiente manera: “En nuestra opinión, la interpretación judicial que de la constitución hace la Corte Suprema en sus sentencias cuando aplica sus normas, tiene el mismo rango de la constitución interpretada. Decimos que, en el derecho constitucional material, se trata de la constitución



EL DERECHO

“más” la interpretación que de ella hace el derecho judicial de la Corte. Este “más” implica componer una unidad con la sumatoria.” (op. cit. pág. 352)

Jamás podría admitirse en el marco del derecho constitucional y convencional actual, que una nueva hermenéutica constitucional no tuviese preeminencia sobre otra anterior restrictiva o disvaliosa sobre el alcance, goce y ejercicio de los derechos sociales, no sólo porque el principio de “progresividad” al que aludimos recién –de rango convencional- lo impediría, sino porque dicha interpretación vulneraría la regla constitucional de “igualdad ante la ley” –al cual se volverá más adelante- al mantenerse de esta suerte a un determinado colectivo social en una situación de inferioridad o desventaja con respecto a otro colectivo social que se halla en idénticas condiciones en orden al goce efectivo que garantiza la norma fundamental sobre el mismo derecho constitucional.

Es más, de seguirse esta línea de pensamiento equivocada, se consagraría el principio inverso consistente en que revestiría primacía en la hermenéutica constitucional lo disvalioso sobre lo beneficioso, lo restrictivo sobre lo “progresivo”, resultado que devendría a todas luces incompatible con el programa de protección de los derechos humanos del sistema interamericano y europeo actualmente vigente en el mundo civilizado.

En la causa “Arcuri Rojas Elsa c/ ANSeS s/ Pensiones” (Fallos 332:2454) la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado lo siguiente: “Que es el reconocimiento del “principio de progresividad” en la satisfacción plena de esos derechos el que ha desterrado definitivamente interpretaciones que conduzcan a resultados “regresivos” en la materia (arts. 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y considerando 10 del voto del Dr. Maqueda en Fallos: 328:1602)” (v. Considerando 14°).

Y en el considerando 15° de este leading case, agregó lo siguiente: “Que sería estéril el esfuerzo realizado por el legislador para cumplir con la obligación establecida en el artículo 1° del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Protocolo de San Salvador”), en cuanto exige que los Estados parte adopten todas las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales, si por vía interpretativa se sustrajera de esa evolución a quienes se encuentran en situación de total desamparo por aplicación de leyes anteriores [o de sentencias anteriores, pues también son normas jurídicas obligatorias] que establecían un menor grado de protección ...”.

No hay duda que los principios fundamentales de “progresividad” e “igualdad” se retroalimentan y vivifican mutuamente con miras a concretar en hechos –no sólo en teoría- el programa de protección de los derechos humanos, hoy con vigencia autoaplicativa en el mundo occidental. Bidart Campos nos ofrece una pista al respecto cuando señala lo siguiente: “La reforma constitucional de 1994 ha avanzado en las formulaciones de la igualdad, superando la mera igualdad formal con claros sesgos de constitucionalismo social y complementado con normas de la constitución histórica” (op. cit. pág. 530).

De ello se deriva que la vetusta y gélida doctrina “Licio Rocca” en orden a la incidencia de la cosa juzgada sobre los derechos de la seguridad social (año 1988), se daría de bruces con el bloque de constitucionalidad y convencionalidad federal que incorporó la reforma constitucional de 1994, emergiendo de tal suerte la doctrina “Foussats, Horacio Néstor” (Fallos 305:2220), como más ajustada a este nuevo orden jurídico universal, especialmente cuando sostiene en forma premonitoria –lo reiteramos- lo siguiente: “En materia de previsión social, el régimen de la cosa juzgada respecto de las sentencias desfavorables al jubilado, no debe ser restrictivo, ya que lo que importa es el reconocimiento exacto de los derechos acordados por las leyes, no pudiendo el juez desoír un reajuste que fue otorgado a otros agentes que se hallaban en su misma condición con fundamento en que la pretensión no podía ser objeto de un nuevo pronunciamiento.”

También encierra un dato no menor que la consolidación de situaciones de inequivalencia –cualquiera fuera la causa- entre sectores, colectivos sociales o grupos etarios que se hallaran en idéntica situación, entrañaría una más que evidente conculcación de la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

El artículo 75 inciso 23 de la Constitución reformada en 1994 es bien claro al respecto cuando prescribe que corresponde al Congreso: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...”

Es sabido que la garantía constitucional de “igualdad” exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones. María Angélica Gelli ha precisado este concepto al recordar que “la doctrina reiterada de la Corte Suprema ha sostenido que la ley debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancia, con lo cual ha examinado la categoría normativa hacia adentro, para evaluar si a alguno de los integrantes de aquéllas se los excluye del goce de los derechos que se reconocen a los otros.” (v. “Constitución de la Nación Argentina –Comentada y Concordada- Segunda Edición Ampliada y Actualizada, Ed. La Ley, pág. 136).



EL DERECHO

Por lo tanto, la citada garantía de igualdad ante la ley se ciernen como un clipeo protector del goce equivalente, pleno y efectivo de los derechos de todas las personas que se hallan en idéntica situación, por lo que la cosa juzgada debe ceder en estos supuestos que cobijan en su seno situaciones de desigualdad, inequivalencia o discriminación negativa.

Siguiendo este derrotero doctrinario, el Alto Tribunal de la Nación ha señalado en la causa “Mussano, María Isabel s/amparos y sumarisimos” (Fallos 331: 1116) lo siguiente: “Los loables motivos que inspiraron el principio de inmutabilidad de las sentencias no son absolutos y deben ceder frente a la necesidad de afirmar el valor jurídico objetivo constitucional de afianzar la justicia, entendida esta como una virtud al servicio de la verdad sustancial, lo cual se expresa a través de una decisión judicial que conduzca a consagrarla y al reconocimiento de los derechos que surgen evidenciados de las constancias del proceso (...) La existencia de resoluciones que formalmente se apartan de lo dispuesto en una sentencia firme, lejos de menoscabar la autoridad de la cosa juzgada la preservan, porque salvaguardan su justicia, sin lo cual el más íntimo sentido de dicha autoridad que es su sentido moral, no es concebible.”.

La normativa procesal no se reduce a una mera técnica de organización formal de los procesos, sino que en su ámbito específico tiene como finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso y salvaguardar la garantía de la defensa en juicio. Ello no se logra si se rehuye atender a la verdad objetiva de los hechos que de alguna manera aparecen en la causa con decisiva relevancia para la justa decisión del litigio (C.S.J.N. Fallos 302:1611, entre otros).

Las certeras puntualizaciones fundales y procesales formuladas por los señores ministros disidentes en la causa “Flagello, Vicente c/ANSeS s/interrupción de prescripción” (Fallos: 331:1873), ofrecen más que suficiente pábulo para inclinar la balanza de la justicia en resguardo de cualquier derecho subjetivo constitucional de la seguridad social que se halle en aparente pugna con una figura o regla procesal. Todas las figuras, reglas y principios procesales fueron instituidas por el legislador para garantizar el goce efectivo de los derechos humanos sociales en el proceso, no para frustrarlos o restringirlos irrazonablemente.

El actor solicitó el reajuste de su haber de retiro durante la vigencia de la doctrina “Costa Emilia” del Alto Tribunal de la Nación, pero, como quedó dicho más arriba, el precedente “Oriolo” operó un cambio sustancial de esta doctrina con relación al alcance del derecho controvertido en autos –más beneficioso y ajustado al ordenamiento convencional- por lo que entienden los infrascriptos que –por las razones expuestas en los párrafos precedentes- corresponde aplicar sus directivas a la pretensión articulada en la demanda, esto es, reconociéndose naturaleza remunerativa y bonificable a los suplementos creados por el decreto 2.744/93 y sus actualizaciones (Dtos. 1255/2005, 1126/2006, 861/07 y 884/2008).

En orden a las diferencias de haberes adeudadas al actor como resultado de esta decisión, se impone aplicar un criterio superior de justicia y equidad que plasme un razonable equilibrio entre el crédito alimentario reconocido al accionante y la disponibilidad efectiva de los recursos públicos –siempre escasos- necesarios para solventarlo.

El Alto Tribunal ha señalado reiteradamente que: “Los jueces, al tiempo de dictar sus sentencias, deben ponderar las consecuencias posibles de sus decisiones y mientras la ley lo consienta han de prescindir de aquellas que verosímilmente sean notoriamente disvaliosas.” (Fallos 322: 1526).

Y en un *leading case* de antigua data había puntualizado en el mismo sentido lo siguiente: “No debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo, toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma. (Fallos 302: 1284)

En consecuencia, y teniendo en cuenta estos postulados jurídicos axiomáticos emanados del Alto Tribunal de la Nación, se considera justo y equitativo disponer que las diferencias que se devenguen como consecuencia del carácter remunerativo y bonificable que se dispuso para los suplementos previstos en el decreto 2744/1993 y sus actualizaciones (Dtos. 1255/2005, 1126/2006, 861/07 y 884/2008), se abonaran, con el carácter señalado, desde el dictado del precedente “Oriolo, Jorge Humberto y otros” del Alto Tribunal de la Nación.

Con relación a las costas, teniendo en cuentas las particularidades del caso y la novedosa solución a la que arribó el tribunal, corresponde imponerlas por el orden causado (CPCCN, art. 68 *in fine*).

En orden a la naturaleza y complejidad del asunto, al resultado obtenido y al mérito de la labor profesional, corresponde regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora en el 14% del importe que resulte de la liquidación por el trabajo realizado en ambas instancias (cf. Ley 21.839, arts. 7 y 40 y ley 24.432, art. 13).

Por último, atento a la imposibilidad legal de aplicar mecanismos de actualización monetaria que compensen la pérdida del poder adquisitivo del dinero como consecuencia de la inflación, sumado a ello la naturaleza alimentaria de la pretensión esgrimida en la demanda, se considera justo y razonable para garantizar la integridad del crédito del actor,



EL DERECHO

aplicar la tasa de interés que resulte del promedio mensual de la tasa activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos, desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago.

Por lo expuesto, y oído el Ministerio Público, el tribunal **RESUELVE**:

1) Revocar la sentencia apelada, y en consecuencia, hacer lugar a la demanda en lo que respecta a la aplicación de la doctrina del precedente "Oriolo Jorge Humberto y otros c/ EN ..." del Alto Tribunal de la Nación, al haber de retiro del accionante.

2) Condenar a la parte demandada a pagar -en el plazo de 120 días de quedar firme esta sentencia- las diferencias de haberes adeudadas a partir de la fecha del precedente "Oriolo, Jorge Humberto y otros" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y hasta su efectivo pago, con más la tasa de interés que resulte del promedio mensual de la tasa activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos,

3) Imponer las costas por el orden causado (CPCCN, art. 68 *in fine*).

4) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora en la suma que resulte de aplicar el 14 % del importe que resulte de la liquidación por el trabajo realizado en ambas instancias.

5) Devolver las presentes actuaciones al juzgado de origen a sus efectos.

El Dr. Emilio Lisandro Fernández no firma por hallarse en uso de licencia (art. 109 RJN).

Nora Carmen Dorado Juez de Cámara – *Luis René Herrero* Juez de Cámara. – Ante Mí: *Amanda Lucía Pawlowski* Secretaria de Cámara