

DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN C/ ESTADO NACIONAL

S.C., D.45, L.XLV.

Procuración General de la Nación (RECURSO DE HECHO)

Suprema Corte:

- I -

A fs. 210 de los autos principales (a los que corresponderán las citas siguientes), la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social —Sala 3— revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la acción de amparo del Defensor del Pueblo de la Nación, por carecer de legitimación activa, para que se condenara al Estado Nacional a otorgar la movilidad del beneficio previsional a los jubilados y pensionados que, al mes de enero de 2002, no hubieran tenido un ajuste equivalente al aumento del índice de salarios nivel general elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) y obtuvieran así, a partir de la fecha de la demanda, idénticos derechos a los reconocidos por la sentencia de la Corte en el caso “Badaro”, al tiempo que se declarara la constitucionalidad del art. 7º, inc. 2º de la ley 24.463.

Para así decidir, en lo que aquí interesa, los integrantes de la Cámara tuvieron en cuenta los precedentes de Fallos: 319:1828; 323:4098 y 326:4600, en los cuales la Corte había denegado al Defensor del Pueblo legitimación para entablar demanda. Señalaron, además, que, por razones de economía procesal, adherían a los términos del dictamen del Fiscal General subrogante, cuyos fundamentos sucintamente consistieron en que: (i) surge del art. 86 de la Constitución Nacional y de las disposiciones de los arts. 16 y 27 de la ley 24.284 que el Defensor del Pueblo no puede impugnar judicialmente una ley, pues tales normas sólo le permiten actuar en el ámbito de la Administración Pública; (ii) en este caso no se encuentran afectados derechos de incidencia colectiva, toda vez que están plenamente individualizados cada uno de los sujetos afectados y (iii) en consecuencia, la pretensión del Defensor es una petición genérica que se asemeja a la acción de clase que existe en el derecho extranjero pero que no está prevista en nuestro ordenamiento positivo.

Disconforme con este pronunciamiento, el Defensor del Pueblo de la Nación interpuso el recurso extraordinario de fs. 214/234, el que denegado a fs. 257 da origen a la presente queja.

En lo sustancial, considera que: (i) se incurre en una interpretación errónea de la Constitución Nacional, en especial de los arts. 43 y 86; (ii) la sentencia se funda en fallos que no son aplicables a este caso; (iii) en el *sub lite* lo que se pretende es que se les reconozca a los jubilados y pensionados el derecho a la movilidad que exige el art. 14 bis de la Constitución Nacional, razón por la cual fue acertada la decisión de la sentencia de primera instancia en cuanto determinó que correspondería a cada beneficiario presentarse en sede administrativa a fin de demostrar su perjuicio; (iv) se ha omitido tomar en cuenta que el art. 43 de la Constitución Nacional faculta al Defensor del Pueblo a interponer acciones de amparo contra todo acto u omisión de autoridades públicas y que, en su caso, el juez podrá declarar la constitucionalidad de la norma; (v) el art. 86 de la Constitución Nacional establece que el Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal sin hacer referencia acerca de las autoridades contra las que podrá entablar demanda cuando por su accionar violenten preceptos constitucionales; (vi) el desconocimiento de su legitimación equivale a que a cientos de personas cuya edad, en su mayoría, oscila entre los 80 y 90 años que padecen de salud precaria, falta de recursos o de ayuda se les impida el acceso a la justicia y, por ende, al derecho constitucional de la movilidad previsional y (vii) la acción entablada no tiene por finalidad la protección de un interés meramente patrimonial e individual, sino que esencialmente se propone restablecer para todo el conjunto afectado un derecho constitucional que le es retaceado por el Estado Nacional.

Considero que el recurso extraordinario es formalmente admisible, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia asignada a

Procuración General de la Nación

normas de carácter federal (arts. 43 y 86 de la Constitución Nacional) y la decisión ha sido contraria al derecho que el apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3º de la ley 48). Al respecto, es preciso destacar que, encontrándose en discusión el alcance que cabe dar a normas de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 311:2553; 314:529; 316:27; 321:861, entre muchos otros).

— IV —

En primer lugar corresponde examinar la legitimación del Defensor del Pueblo para promover el presente amparo, pues según la conclusión a la cual se arribe podría tornarse inoficioso el tratamiento de los restantes planteos formulados por el recurrente. Ello así, toda vez que dilucidar la cuestión relativa a la legitimación procesal del actor constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que deba ser resuelto por el Tribunal (Fallos: 323:4098), debe tenerse en cuenta al respecto que la justicia nacional no procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (art. 2º de la ley 27).

Sobre este aspecto, es menester señalar que la existencia de "causa" presupone la de "parte", esto es la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso, debiéndose demostrar la existencia de un interés jurídico suficiente o que los agravios expresados la afecten de manera suficientemente directa o sustancial, que posean suficiente concreción e inmediatez para poder procurar dicho proceso a la luz de las pautas establecidas en los arts. 41 a 43 de la Constitución Nacional (Fallos: 331:1364).

El Tribunal en Fallos: 330:2800, al precisar el alcance de los arts. 43 y 86 de la Constitución Nacional en referencia a la legitimación procesal del Defensor del Pueblo para iniciar acciones judiciales, sostuvo que el ordenamiento jurídico contempla casos de legitimación anómala o extraordinaria que se

caracterizan por la circunstancia de que resultan habilitadas para intervenir en el proceso, como partes legitimadas, personas ajenas a la relación jurídica sustancial en el que aquél se controvierte. En estos casos —dijo— se produce una dissociación entre los sujetos legitimados para demandar y los sujetos titulares de la respectiva relación sustancial (Piero Calamendrei, *Instituciones de Derecho Procesal*, Traducción de la 2^a Edición Italiana, Volumen I, pág. 261 y sgtes.; Francesco Cornelutti, *Instituciones del Proceso Civil*, Traducción de la 5^a Edición Italiana, Tomo I, págs. 174 y sgtes.; Hugo Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, segunda edición, Tomo I, 1956 págs. 388 y sgtes.).

En ese orden consideró como legitimado anómalo o extraordinario al Defensor del Pueblo de la Nación.

Sin embargo, es menester destacar que aun cuando la reforma constitucional de 1994 amplió el espectro de sujetos legitimados para accionar —e incluyó en él al Defensor del Pueblo— por la vía prevista en el art. 43 que tradicionalmente estaba limitada a aquellos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual, esta amplitud no se dio para la defensa de cualquier derecho, sino sólo con relación a los procedimientos tendientes a proteger ciertos derechos de incidencia colectiva (conf. dictamen de este Ministerio Público del 30 de noviembre de 2001 publicado en *Fallos*: 326:3007, en la que V.E. rechazó la acción de amparo por carecer la actora de legitimación).

Por tal motivo, estimo que, a fin de determinar la legitimación del Defensor, resulta significativo examinar la naturaleza de los derechos e intereses que constitucionalmente está llamado a proteger.

A partir de la causa H.270.XLII. “Halabi, Ernesto c/P.E.N. – ley 25.873 – dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 24 de febrero de 2009 (*Fallos*: 332:111), V.E. estableció las pautas a los fines de dirimir las cuestiones referidas a la legitimación procesal, para lo cual consideró que era necesario determinar, en primer lugar, cuál es la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procura mediante la acción deducida, en segundo término,

Procuración General de la Nación

establecer quiénes son los sujetos habilitados para articularla y bajo qué condiciones puede resultar admisible y finalmente, cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte.

En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procura, la Corte distinguió tres categorías: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

El Tribunal definió el contorno de cada una de las categorías enunciadas, así sobre la primera dijo que a ella se refiere el primer párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional que consagra la acción de amparo. Dicha vía — recordó — está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados, los cuales son los únicos legitimados para promover dicha acción.

Señaló con referencia a los derechos de incidencia colectiva (segunda categoría) que ellos tienen por objeto bienes colectivos indivisibles, los efectos de la decisión repercuten sobre el objeto de la *causa petendi*, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación y son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.

Con respecto a los derechos enunciados en la tercera categoría expresó que ellos derivan del segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional, tales como los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos individualizados.

Se dijo en aquel precedente que en estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo **hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identifiable una causa fáctica homogénea.**

La procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de ese hecho, la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de ello, también procede cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede petitionar. **De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.**

El tercer elemento está dado por la constatación de una clara afectación del acceso a la justicia. **Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño** (conf. considerando 12 del Fallo citado).

Cabe agregar a ello que debe tratarse de un grupo de personas para las cuales la defensa aislada de sus derechos no es eficaz, debido a que la medida de la lesión, individualmente considerada, es menos relevante que el costo de litigar por sí mismo (Fallos: 322:3008, considerando 14, disidencia del juez Petracchi).

El Tribunal frente a la ausencia de una ley que reglamentara el ejercicio efectivo de tales derechos consagró la acción de clase, cuya procedencia la supeditó a la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y a la constatación de que el ejercicio individual no apareciera plenamente justificado.

En cuanto al sujeto legitimado para accionar en defensa de tales derechos, la Corte reafirmó que era perfectamente aceptable dentro del esquema

Procuración General de la Nación

de nuestro ordenamiento jurídico que un afectado, el **Defensor del Pueblo** o determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del citado segundo párrafo del art. 43, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano (conf. considerando 19 *in fine* del fallo “Halabi” citado, con remisión al considerando 17 y sus citas de Fallos: 328:1146).

Sentado lo expuesto, entiendo que el asunto, según los términos en que ha sido entablada la demanda, radica en determinar si concurren los recaudos exigidos por el Tribunal para que proceda la acción de clase sobre la base de examinar si los intereses colectivos de incidencia individual que el Defensor del Pueblo invoca representar son homogéneos.

A tales fines corresponde tener particularmente en cuenta que la eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución también protege y que la Corte al consagrар pretoriamente la acción de clase para la defensa de los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos ha hecho especial hincapié en el sentido de que “en la búsqueda de la efectividad no cabe recurrir a criterios excesivamente indeterminados alejados de la prudencia que dicho balance exige” (conf. considerando 12 *in fine*, del fallo “Halabi” citado).

Tal como se vio, en esta causa el Defensor del Pueblo pretende que se condene al Estado Nacional a otorgar la movilidad del beneficio previsional a los jubilados y pensionados que, al mes de enero de 2002, no hubieran tenido un ajuste equivalente al aumento del índice de salarios nivel general elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) con arreglo a la sentencia de la Corte en el caso “Badaro” y que se declare la inconstitucionalidad del art. 7º, inc. 2º de la ley 24.463.

Planteada la litis en tales términos, a mi modo de ver, no es posible identificar qué **elementos homogéneos tiene la pluralidad de sujetos** que el Defensor intenta representar para pretender la aplicación de los precedentes “Badaro” (Fallos: 329:3089 y 330:4866), o dicho en otros términos, no se puede

determinar la **homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte**. Ello, ante la imposibilidad de establecer si el colectivo de beneficiarios de esta acción accedieron a la condición de jubilados y pensionados sobre la base del mismo régimen jurídico que el actor Badaro, cuál es el monto de sus haberes o cuándo obtuvieron el beneficio.

En efecto, en dichos precedentes, Badaro había accedido al beneficio jubilatorio en los términos de la ley 18.037 —derogada por su similar 24.241—, tenía un haber previsional superior a los \$ 1.000 y a la fecha del fallo no había recibido incrementos (conf. considerando 10 de Fallos: 329:3089).

La Corte, al pronunciarse sobre el reclamo del actor, diferenció distintos grupos que integraban el colectivo de beneficiarios según el monto de sus haberes, así pues los que cobraban el haber mínimo; los que habían recibido un suplemento por movilidad equivalente al 10% y los que percibían haberes superiores a \$ 1.000 y que no habían recibido incremento alguno (conf. considerando 10 del fallo cit.).

Por ese motivo, la Corte exhortó a las autoridades responsables, como forma de dar mayor seguridad jurídica, a que se dictara una ley que estableciera pautas de aplicación permanentes que aseguraran el objetivo constitucional de la movilidad jubilatoria y a que se emitiera una reglamentación prudente a fin de facilitar el debate anual sobre la distribución de los recursos (conf. arg. de considerando 24, Fallos: 330:4866) y destacó con particular énfasis que la decisión sólo comprendía el caso del actor.

Entiendo que si bien el criterio de la Corte a partir del caso “Halabi” se orienta en el sentido de que la falta de reglamentación y la inexistencia de una acción de clase en nuestro ordenamiento jurídico no pueden constituirse en óbice del ejercicio de derechos constitucionales reconocidos, en el caso particular del Defensor del Pueblo, cuyo objeto es la defensa del interés colectivo, resulta razonable concluir que el alcance de su representación no debe

Procuración General de la Nación

involucrar en forma indiscriminada a toda la comunidad cuando los intereses que se pretende proteger no resulten homogéneos.

Ello es así, pues la eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución también protege como derivación de la tutela de la propiedad, del contrato, de la libertad de comercio, del derecho de trabajar, y la esfera privada, todos derechos de ejercicio privado; por otro lado, también debe existir una interpretación armónica con el derecho de defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por la sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado (Fallos: 329:4593, disidencia del doctor Ricardo Luis Lorenzetti).

Es dable advertir que en este caso, tratándose lo pretendido del resguardo de intereses eminentemente económicos —que dependen de diferentes factores, tal como se ha indicado *supra*—, pueden existir situaciones diferenciadas y la protección de unos puede implicar la afectación de derechos de otros con un interés pecuniario distinto.

En ese sentido, no debe soslayarse la posibilidad de que puedan darse intereses contrapuestos entre los beneficiarios, tal como afirma el Estado Nacional cuando al responder el presente recurso señaló que “...resulta claro que existen intereses contradictorios entre los integrantes del grupo. Los que perciben el haber mínimo garantizado no pretenden que su haber se ajuste en base a un índice salarial, ya que tal conclusión implicaría una reducción de su ingreso mensual, y la eliminación de la característica de solidaridad que informa al régimen previsional. Por el contrario, tales beneficiarios habrán de defender el sistema de movilidad establecido en la ley 24.463, integrado tanto por el art. 7º —que remite a lo que establezca la ley de presupuesto— y por el art. 8º —que privilegia las jubilaciones mínimas...—. Por su parte, los que reciben los haberes más altos, en cambio, prefieren que se priorice la proporcionalidad, y que se eliminen los haberes máximos y escalas de reducción, reduciendo o eliminando la solidaridad del sistema” (v. fs. 252 vta.).

Considero, en definitiva que la pretensión del Defensor del Pueblo en el *sub lite*, al estar dirigida a la protección de derechos enteramente individuales no homogéneos cuyo ejercicio y tutela corresponde, en exclusiva, a cada uno de los potenciales afectados queda fuera del ámbito de la ampliación que ha realizado el art. 43 de la Constitución Nacional e impide que se tramite bajo la acción de clase prevista en el caso “Halabi”.

Todo lo expuesto conduce a confirmar los fundamentos de la sentencia recurrida y hace innecesario analizar los restantes planteos involucrados en la litis, pues, como es sabido, la existencia de caso o causa es un requisito jurisdiccional comprobable de oficio, su ausencia o desaparición importa la de juzgar y no puede ser suplida por la conformidad de los que intervienen en el proceso o su consentimiento por la sentencia (Fallos: 308:1489 y 325:2982, entre otros).

Debo aclarar, por último, que lo hasta aquí expresado no implica adelantar juicio alguno sobre la cuestión de fondo debatida, ni menoscabar el derecho de cada habitante de la Nación para acudir al amparo jurisdiccional cuando se vean lesionados o restringidos ilegítimamente sus derechos patrimoniales.

– VI –

Por lo expuesto, considero que corresponde declarar la admisibilidad del recurso extraordinario y de la queja y confirmar la sentencia de fs. 210.

Buenos Aires, 28 de marzo de 2010.

ES COPIA ESTEBAN RIGHI

ADRIANA N. MARCHISIO
Prosecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación

28/7/09