



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL - SALA 2

CAUSA N°9846/2017

*Sentencia Definitiva*

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los \_\_\_\_\_, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Cámara Federal de la Seguridad Social para dictar sentencia en estos autos **ANGELERI M. [REDACTED] I. [REDACTED] Y OTROS c/ MINISTERIO DE JUSTICIA SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS Y OTRO s/AMPAROS Y SUMARISIMOS**, se procede a votar en el siguiente orden:

**EL DOCTOR LUIS RENE HERRERO DIJO:**

Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Tribunal en virtud de los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia de grado que hace lugar parcialmente a la acción de amparo incoada.

La jueza a quo en su decisorio ordena al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos (denominado en adelante "el Ministerio") certificar las sumas que cada una de las actoras percibió en concepto de "incentivos" como remunerativas, efectuando las retenciones hasta el cese laboral, tanto por aportes y contribuciones a la seguridad social como por impuesto a las ganancias. A su vez, ordena a la Administración Nacional de la Seguridad Social que -al momento de calcular el haber inicial de la prestación previsional- incluya los incentivos percibidos en forma regular y habitual conforme lo establecido en el art. 6 de la ley 24.241.

La parte actora en su memorial de agravios (v. fs. 286/295) solicita se revoque la sentencia y se ordene que el Ministerio ingrese los aportes y contribuciones omitidos. A su vez, considera que se efectuó una incorrecta interpretación del art. 6 de la ley 24241 en cuanto equipara a los premios estímulo, gratificaciones u otros conceptos de similares características percibidos por los agentes de la Administración Pública. También señala, que los "incentivos" percibidos integran la remuneración por lo que no revisten carácter excepcional como aquellas referidas en el art. 6 de la ley 24241 in fine. Solicita se declare la inconstitucionalidad del art. 6 de la ley 24.241, subsidiariamente, se aplique el plazo de prescripción -quinquenal- previsto en el art. 56 de la ley 11.683.

La Administración Nacional de Seguridad Social cuestiona el decisorio (v. fs. 296/301) en orden a los siguientes puntos: a) inadmisibilidad formal del amparo, b) vencimiento del plazo dispuesto por la ley 16.986 para iniciar la acción pretendida, c) improcedencia del cómputo del "incentivo" en el cálculo del haber jubilatorio y, e) el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva.

Por su parte, el Ministerio de Justicia centra su agravio (v. fs.302/309) en la procedencia de la vía elegida, solicita la aplicación de la teoría de los "actos propios", toda vez que los amparistas aceptaron el régimen que ahora cuestionan. Por último, destaca el carácter discrecional que presentan los "incentivos", que le quita sustento a la calidad de general y permanente, reconocido en la sentencia.



Como se desprende de los términos de la demanda, las coactoras – empleadas de planta permanente de la Inspección General de Justicia- accionan contra el Estado Nacional y la Administración Nacional de Seguridad Social, con el objeto de que se reconozca el carácter remunerativo a los incentivos dinerarios que perciben mensualmente de acuerdo con el “Régimen de Cooperación Técnica Financiera” establecido por las leyes 23.283 y 23412 y se condene al Ministerio de Justicia a ingresar los aportes y contribuciones devengados que omitió al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. Destaca que todas las actoras fueron intimadas a iniciar los trámites jubilatorios.

En primer término cabe advertir que según surge de la consulta realizada en la página de la ANSeS, si bien las coactoras M. I. Angeleri y M. E. Kolytk se encuentran percibiendo beneficios previsionales (PC, PBU y PAP n° de beneficio 15588206030 y 15099209320), no surge que la Sra. Angeleri sea titular de un beneficio (PC, PBU y PAP). Con lo cual, no obstante tratándose de una afiliada en actividad, corresponde entender en los presentes actuados a este Tribunal por razones de economía procesal, principio que autorizan a dejar de lado los reparos procedimentales y entrar de lleno en la cuestión de fondo, dada la índole de los derechos en juego y a fin de evitar más dilaciones que puedan traducirse en una efectiva privación de justicia (Fallos 326:3541, 4019; 327:1453; “Deheza Selci, Norberto c/ M° de Justicia y DD.HH. s/decreto 542/93”, entre muchos otros).

Sentado lo anterior se analizarán los agravios de las partes.

1) En cuanto a la excepción de falta de legitimación pasiva, adelanto que no tendrá favorable acogida, toda vez que en la demanda se persigue el reconocimiento del carácter remunerativo de los “incentivos” percibidos por las actoras, con lo cual la ANSeS –quien tiene a su cargo el reconocimiento y pago de las prestaciones de [seguridad social](#)- se encuentra legitimada para intervenir en un proceso en el que se cuestionan los conceptos integrantes de la remuneración a tener en cuenta para determinar el haber previsional de las titulares.

2) En relación al planteo referido a la improcedencia de la vía elegida por el accionante, este Tribunal ha señalado que corresponde el ejercicio de la acción de amparo a tenor del nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional, destacando que este remedio constitucional no puede ostentar carácter residual sino la vía principal y excluyente de otras carentes de celeridad, cuando se advierte la existencia de un accionar arbitrario o ilegal por parte de autoridades públicas o de particulares. (Conf. "Lomaquiz de Brogini, Ana, c/ A.N.Se.S. Sala II sent. 71973 del 28/4/98 y "Carretero, Miguel Andres C/Anses" sent. 71979 del 28/4/98".

La doctrina es unánime en el sentido de interpretar que todo tipo de manifestación estatal, sean actos, hechos, acciones, decisiones, órdenes, negocios jurídicos u omisiones, con capacidad para afectar los derechos de los particulares, quedan comprendidos en el artículo 43 de la Carta Magna y, por tanto, son susceptibles de provocar el control jurisdiccional (En el mismo sentido, Morello Augusto y Vallefín, Carlos "El Amparo. Régimen Procesal" pág. 24; Sagués Néstor Pedro "El amparo" pág. 68; Lazzarini "El juicio de amparo" p. 161; Rivas, Adolfo Armando "El amparo" pág. 119).





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL - SALA 2

Asimismo, la naturaleza alimentaria de la cuestión en debate impone adherir al criterio que sostiene la doctrina mayoritaria (Rivas Adolfo, "El amparo y la nueva constitución Argentina", LL 1994, E. 1330, Palacio, Lino E. "La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994", LL, 1995-D 1237), en cuanto a que la visión restrictiva sobre el alcance de la ley 16.986 y la jurisprudencia que la avala ha quedado sin efecto por imperio de la reforma constitucional de 1994 ( Cf. art. 43) y por las respectivas cláusulas de los tratados internacionales sobre derechos humanos que, por disposición del art. 75, inc. 22 de la Carta Magna, revisten jerarquía constitucional.

En consecuencia, la acción de amparo interpuesta resulta la vía idónea para el esclarecimiento de la cuestión en debate, a la luz de los derechos presuntamente afectados de naturaleza alimentaria y preferente tutela constitucional, razones que me llevan a avalar la decisión adoptada por el juzgador.

3) En cuanto al plazo cuestionado para la deducción de la demanda, este tribunal ha expresado reiteradamente que no se produce la caducidad de la acción de amparo en los términos del art. 2 inciso e) de la ley 16.986 si la conducta lesiva del organismo implicado se sigue prolongando en el tiempo o tiene aptitud para renovarse periódicamente, pues de tal suerte se configura un incumplimiento continuado que traslada sus efectos hacia el futuro (esta Sala en autos "Elías, María Elena Adriana c/ANSES", Sent. Int. N 46016 del 02/09/97; Sala I "Portos, José C/ANSES", Sent. del 25/02/97). Corresponde, pues, rechazar el agravio.

4) El Ministerio de Justicia solicita la aplicación de la teoría de los "actos propios"; manifiesta que fueron las actoras las que se sometieron sin reserva y de manera voluntaria al régimen jurídico que ahora cuestionan. A criterio de esta Alzada, resulta irrazonable la aplicación de la "teoría de los actos propios" para neutralizar la defensa de un derecho al que la Constitución Nacional le confiere carácter integral e irrenunciable. En este sentido, el Ministro Horacio Rosatti ha señalado –criterio que comparto– que: "...Resulta inoponible la teoría de los actos propios cuando el interesado se vio obligado a someterse al régimen como única vía posible para acceder al ejercicio de su actividad..." (Disidencia del Dr. Horacio Rosatti en autos: "GASPARUTTI DIEGO c/ EN-Mº DEFENSA-Mº RECI Y C-GN s/PERSONAL MILITAR Y CIVIL DE LAS FFAA Y DE SEG" CSJN sent. del 03/05/2018).

Propongo, en consecuencia desestimar este agravio.

5) En cuanto a los "incentivos", cabe señalar que fueron creados en el marco de convenios con entidades públicas o privadas que tienen por objeto la cooperación técnica y financiera con la Dirección de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y Créditos Prendarios, previa autorización del Poder Ejecutivo, los cuales eran sufragados con fondos provenientes de los entes cooperadores, de conformidad con lo dispuesto en las leyes 23.283 y 23.412.

Ahora bien, respecto al carácter no remunerativo de los incentivos y la discrecionalidad en su otorgamiento -esgrimido por el Ministerio- el Convenio N° 95 de la



OIT (8/6/1949) que entró en vigencia el 24 septiembre 1956, establece en su art. 1º lo siguiente: “A los efectos del presente Convenio, el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar...”.

No caben dudas que el objeto de esta norma es garantizar a las remuneraciones de los trabajadores, independientemente de su denominación o metodología de cálculo, una protección integral.

Por ende, el “incentivo” cuestionado en esta causa importó una ventaja patrimonial normal y habitual -según copias de los recibos agregados a estos autos a fs. 11/40- que debe considerarse como una contraprestación salarial en los términos del art. 6 de la ley 24.241, que se traduce en una mejora en las condiciones de trabajo y en los ingresos de sus titulares, mas allá de la naturaleza discrecional que ostentan, cuestión irrelevante a los fines de determinar el carácter salarial de los mismos

Una solución contraria devendría violatoria del principio protectorio y el plexo de derechos que de él se derivan, a la luz de lo prescripto por el art. 14 bis. de la Constitución Nacional, que –sobre el punto- expresa lo siguiente: “el trabajo gozara de la protección de las leyes, las que deben asegurar al trabajador una retribución justa, y condiciones dignas y equitativas de labor”. Cualquier limitación constitucional que se pretendiese imponer bajo el ropaje del “*nomen juris*” –en orden al principio de primacía de la realidad- sería inconstitucional (Fallos 329:3680; 332:2043).

Conforme lo anterior, resulta concluyente que las disposiciones de este artículo, que refiere al trabajo en sus diversas formas, resulta comprensivo del que se desarrolla tanto en el campo de la actividad pública como de la privada (Fallos: 330:1989; 335:729).

Este Tribunal ha sostenido, en un precedente análogo que: “...en cuanto se otorgaron adicionales de carácter no remunerativo que, en la práctica, incrementaron el haber del trabajador, debe considerárselos como integrantes de la remuneración y, como tal, tenidos en cuenta para determinar el haber jubilatorio...” (Ver en ese sentido similar "RICCI, ESTHER ELENA MAGDALENA Y OTROS c/ A.N.Se.S.". CFSS Sala II. Sentencia del 28/09/00)

En consecuencia, dado que no se verifica en el caso ningún elemento que permita tener por demostrado que el pago de las sumas acordadas no obedeció en contraprestación de la labor de las coactoras, debe confirmarse la sentencia en este aspecto.

6) Respecto del agravio vertido por las partes en torno a la obligación de ingresar los aportes y contribuciones por los incentivos el art. 6 de la ley 24241, primer párrafo, le atribuyó carácter remunerativo a todo ingreso que percibiere el afiliado en dinero o en especie susceptible de apreciación pecuniaria, en retribución o compensación o con motivo





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL - SALA 2

de su actividad personal, en concepto de sueldo, sueldo anual complementario, salario, honorarios, comisiones, participación en las ganancias, habilitación, propinas, gratificaciones y suplementos adicionales que tengan el carácter de habituales y regulares, viáticos y gastos de representación, excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes, y toda otra retribución, cualquiera fuere la denominación que se le asigne, percibida por servicios ordinarios o extraordinarios prestados en relación de dependencia.

El último párrafo de esta norma establece lo siguiente: “Se consideran asimismo remuneración las sumas a distribuir a los agentes de la administración pública o que éstos perciban en carácter de premio, estímulo, gratificaciones u otros conceptos de análogas características. En este caso, también las contribuciones estarán a cargo de los agentes, a cuyo efecto antes de proceder a la distribución de dichas sumas se deberá retener el importe correspondiente a la contribución.”

Con respecto a la obligación de los actores de abonar las contribuciones patronales sobre las sumas percibidas en concepto de “incentivos” –además de los correspondientes aportes personales- (Crf. art. 6 inc. 1 de la ley 24241), entiendo que provoca una desigualdad irrazonable entre trabajadores según el ámbito en el que se desempeñen -público o privado- pues excluye a algunos de lo que, en similares condiciones, se otorga a los otros, asignando un tratamiento dispar –más gravoso para el trabajador público- en el goce y ejercicio del derecho de “trabajar”. Si en ambos sectores del mundo del trabajo se considera a los incentivos como parte de la remuneración del trabajador, deben recibir el mismo tratamiento jurídico. Admitir lo contrario, importaría consagrar una discriminación inconstitucional y una clara violación de la garantía de igualdad ante la ley (Crf. Fallos 287:42; 293:551 y otros)

En orden a la carga que se impone al trabajador de ingresar estos aportes personales y contribuciones patronales, con fundamento en que las sumas percibidas por los referidos conceptos constituyen adicionales salariales “extrapresupuestarios”, entiendo que este razonamiento importa convalidar un enriquecimiento sin causa por parte del Estado Nacional, en perjuicio de los trabajadores y un claro apartamiento de la pauta hermenéutica que debe aplicarse en materia previsional según el Alto Tribunal de la Nación, a saber, “...la interpretación y aplicación de las leyes previsionales debe hacerse de tal modo que no conduzca a negar los fines superiores que persiguen, dado que por el carácter alimentario y protector de riesgos de subsistencia y ancianidad que poseen los beneficios, solo procede desconocerlos con extrema cautela” (“Romero, Olga Inés c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba” CSJN Sent. del 19/12/2006, Fallos 329:5857).

Por todo ello, propongo revocar la sentencia apelada en cuanto ordena a la parte actora el pago de las contribuciones patronales omitidas por las sumas percibidas en concepto de “incentivos”.

7) Respecto al agravio vertido por la parte actora relativo a la obligación de ingresar los aportes personales por las sumas reconocidas, el máximo Tribunal de la Nación ha declarado que la obligación de aportar rige aunque el afiliado eventualmente no llegare a gozar de ninguno de los beneficios, por que los aportes de los afiliados



constituyen una contribución obligatoria impuesta por razones de solidaridad (CSJN 21/2/69 LT XVIII a 447).

Como también lo señaló en fecha reciente, que si se permitiera que el trabajador que cotizó solo por una parte de su salario de actividad, obtuviera una prestación que incluyera las sumas por las que no contribuyó al sistema, ello constituiría un verdadero subsidio contrario a la protección del esfuerzo contributivo realizado por el conjunto de los afiliados (CSJN, “Gualtieri, Alberto c/ANSeS s/Reajustes Varios”, sentencia del 11 de abril de 2017).

Por lo expuesto, corresponde confirmar la sentencia, en lo relativo al ingreso de aportes personales por parte de las coactoras.

8) Por último, en relación a las retenciones que corresponda efectuar en concepto de impuesto a las ganancias, no encontrándose debidamente acreditado el perjuicio denunciado, es prematuro expedirme al respecto.

En consecuencia, debe revocarse parcialmente la sentencia en cuanto compele al actor a ingresar las contribuciones patronales omitidas, y condenar al estado nacional -agente de retención- a sufragar las mismas por todo el periodo no prescripto, ello, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan en el marco de la ley 23.283.

**LA DOCTORA NORA CARMEN DORADO DIJO:**

Adhiero a la solución del voto del Dr. Herrero.

En virtud de lo que resulta del precedente acuerdo, y oído que fue el Ministerio Público, este Tribunal RESUELVE: 1) Revocar parcialmente la sentencia apelada; 2) Ordenar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación a que ingrese las contribuciones patronales por las sumas percibidas por las actoras en concepto de “incentivos”; 3) Confirmar la sentencia en lo demás que decide y fue materia de agravios; 4) Regular los honorarios a favor de la representación letrada de la parte actora por su actuación ante la Alzada en el 30 % de lo fijado por su actuación en la instancia anterior; 5) Devolver las presentes actuaciones al juzgado de origen a sus efectos.

Regístrese, protocolícese, notifíquese y oportunamente devuélvase

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

JSM

