

## Breves anotaciones sobre la ley que no es

Ante la invitación de la Editorial habremos de efectuar algunas consideraciones sobre el proyecto de ley n° 26.649 que fuera vetado por el Poder Ejecutivo mediante decreto n° 1.482/10.

En primer lugar cabe efectuar una aclaración, el denominado “proyecto de ley del 82 % móvil” no establecía justamente “el 82 % móvil” que el ideario colectivo supo acuñar a lo largo de décadas en nuestro país.

En rigor de verdad, en la Argentina, muy pocas leyes determinaron el haber jubilatorio en un porcentaje del haber de actividad que percibía el trabajador al momento de retirarse (por ej. las leyes 14.499 y 21.118); y por cierto fueron muy pocos los que accedieron a dicha prerrogativa. Por el contrario, si supieron contar y lo hacen algunos en la actualidad con el mentado beneficio, determinados empleados y funcionarios estatales, tanto nacionales como provinciales.

Actualmente, los denominados regímenes especiales pueden clasificarse en vigentes (x ej. leyes 24.018 para Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial y 22.731 para Funcionarios del Servicio Exterior); parcialmente vigentes ya que el porcentaje de jubilación en relación con el haber de actividad solo se considera a un determinado momento y no continúa dicha relación a posteriori (x ej. leyes 24.016 docentes, 22.929 investigadores y científicos) y a los que podemos sumar el reciente régimen instituido para docentes universitarios que parte de un 82 % fijo (ley 26.508); y finalmente los derogados (x. ej. leyes 24.018 para los Poderes Ejecutivo y Legislativo, 21.121, 21.124, 22.955, etc.).

En consecuencia, nunca tuvimos como método de determinación de haberes jubilatorios a nivel general el denominado “82 % móvil”. Por su parte, la ley 18.037 que fue el régimen jubilatorio general que mayor cantidad de años tuvo vigencia no lo previó como método de determinación de haber inicial, toda vez que la última remuneración percibida no siempre es la mejor y fue por ello que había optado por un porcentaje del promedio de los tres mejores años de entre los últimos diez trabajados.

Por otra parte, este proyecto de ley en comentario, no solo no instauraba el denominado régimen si no que tal como se desprende de su art. 1 fijaba el HABER MINIMO que garantiza el art. 125 de la ley 24.241 en el 82 % del salario mínimo vital y móvil vigente al momento de la promulgación de la norma. A posteriori, no habría de incrementarse cada vez que el salario mínimo vital y móvil así lo hiciera. Tampoco sabemos que ocurriría si el S.M.V.M. quedase fijo tal como ya ocurrió en otros momentos históricos. Es aquí donde surge el interrogante sobre el porque de otorgarle la movilidad que fija su art. 4, que seguidamente habremos de comentar.

A su vez, el art. 2 imponía que el haber mínimo garantizado en el art. 1 se aplicaría a los TREINTA días de promulgada la ley; se puede establecer aquí un paralelo con el plazo en el que se ordenan las medidas cautelares por las que se dispone el pago de la movilidad garantizada en el precedente “BADARO”.

El Título II de la norma contiene solo un artículo, se trata del antes referido n° 4 por el que se determina la movilidad de las prestaciones previsionales y lo hace ordenando un nuevo art. 32 de la ley 24.241.

Aquí cabe efectuar una consideración respecto del contexto en el que nació el proyecto en análisis y que tramitara parlamentariamente como expte. n° 47/10, ya que era uno

entre muchísimos proyectos de ley que trataban sobre la movilidad jubilatoria, el proceso previsional y el régimen jubilatorio en sí.

En ese sentido, la norma no deja aclarado si se refiere al SISTEMA INTEGRADO DE JUBILACIONES Y PENSIONES (S.I.J.P. creado por ley 24.241) o al SISTEMA INTEGRADO PREVISIONAL ARGENTINO (S.I.P.A. instaurado por ley 26.425) que abrogó el régimen de capitalización y unificó el régimen previsional público. Asimismo, se refiere a la ley 26.417, la cual es anterior a la ley 26.425 extremo fácil de advertir dado la numeración, sin modificarla directamente ni derogarla. Por el contrario, ratifica la modalidad bianual de la misma (en los meses de marzo y septiembre) limitándose a cambiar la FORMULA DE MOVILIDAD VIGENTE por el INDICE DE SALARIOS DEL NIVEL GENERAL elaborado por el I.N.D.E.C. o del RIPTE, el que resulte más CONVENIENTE para el beneficiario.

Aquí, es dable hacer una aclaración, el presente análisis pretende limitarse a una lectura jurídica relacionada a la jurisprudencia actual de la materia, al solo efecto de responder si el proyecto vetado AYUDABA A ELIMINAR LA LITIGIOSIDAD ACTUAL O NO. Ello es, sin referir a las medidas que involucran a los recursos parafiscales y/o tributarios que se relacionan con la temática y que tienen plena incidencia en el funcionamiento del régimen de movilidad actual y que a su vez tiene estrecha relación con la viabilidad del proyecto en cuestión.

Así es como en lugar de la palabra CONVENIENTE debió ser utilizada la que suponemos mejor representa el cambio de paradigma pretendido y es MAYOR. Ya que el término conveniente (adjetivo que refiere a UTIL, PROVECHOSO, OPORTUNO, CONFORME, CONCORDE, DECENTE y PROPORCIONADO) da lugar a diversas interpretaciones que luego terminan siendo dirimidas en los tribunales.

En relación con la litigiosidad, cabe aquí comenzar a apuntar las primeras consecuencias, creemos no previstas, cuando el salario mínimo vital y móvil siguiera incrementándose y el haber que se pusiese al pago (con más la movilidad del art. 4) no representase el 82 % del S.M.V.M., ¿no daría lugar a demandas que pretendiesen dicho extremo? ¿No fue acaso la intención de los redactores del proyecto que el haber mínimo nunca fuese inferior al 82 % del Salario Mínimo Vital y Móvil?

Por lo tanto si la idea era que siempre el haber mínimo jubilatorio fuese el 82 % móvil del S.M.V.M. creemos que no tenía razón de ser el art. 3, tal como lo señalamos anteriormente. Toda vez que si se fija un régimen de proporcionalidad de manera móvil, no hay lugar a otro parámetro de movilidad, la garantía inicial acompaña de manera permanente a la determinación del monto del beneficio.

En cuanto al camino transitado por el S.M.V.M. basta remitirse al decreto 388/2003 y comparar el camino seguido por las jubilaciones y pensiones mínimas en igual período. Es en la actualidad donde la pauta salarial de 220.000 trabajadores se ha recuperado en mejor forma que los haberes jubilatorios que perciben casi seis millones de personas.

En septiembre del presente año ha pasado de \$ 1500 a \$ 1740 (18,5 %), allí es donde de haberse promulgado la norma surge el haber de \$ 1426,80 al que habrían elevado las jubilaciones y pensiones mínimas. Así, para enero de 2011 el S.M.V.M. alcanzaría la suma de \$ 1840. Aquí es donde nuevamente nos surge la duda, ya apuntada, a la luz de la interpretación dada a los arts. 1 y 3 del proyecto sobre si las jubilaciones y pensiones mínimas treparían o no a principios del año que viene a la cantidad de \$ 1.508,80.

En 1991, a inicios del plan de convertibilidad, sólo el 17 % de los jubilados cobraban el haber mínimo jubilatorio más recordado, el de los \$ 150. En la actualidad entre el 70 y el 75 % de los jubilados perciben el haber mínimo, ello significa que las recomposiciones de haberes previstas en el Título III del proyecto, arts. 5, 6 y 7, habrían hecho un flaco favor a la equidad. ¿Acaso las personas que tienen más tiempo como jubilados no habrían tenido un ajuste mayor de sus haberes que los jubilados de fechas más recientes?, como así también, ¿no se hubiesen beneficiado más los que tenían beneficios derivados de regímenes especiales derogados y aquellos que obtuvieron los mal denominados en algunos casos, “beneficios sin aportes”?

A su vez, como el art. 5 al pretender sin decirlo expresamente disponer la aplicación del precedente “Elliff” de la Excma. C.S .J.N. no aclara como se aplicaría lo allí dispuesto, por ej, para un beneficio derivado de un régimen especial derogado ante la doctrina resultante de fallos de la Excma. C.S.J.N. específicos en la materia como lo son entre otros “Casella”, “Arrues”, “Pildain”, “Pérez María Magdalena”, “Paillás”, etc.

Creemos que la terminología utilizada “RECALCULAR” el haber inicial debió ser reemplazada por REDETERMINACION del haber inicial, de esa forma quedaría claramente reflejada la recepción del fallo “Elliff”. Aunque, por otra parte podemos sostener, como lo han hecho otros, en cuanto a que en dicho precedente no se determinó un INDICE EN PARTICULAR tal como pareciera desprenderse del propio fallo de la Excma. C.S .J.N. sino que su intención habría sido que se cumpla estrictamente la previsión legal de actualizar las remuneraciones consideradas al momento de determinar el haber inicial.

Asimismo vale señalar que no utiliza estrictamente el parámetro fijado por el Excmo. Tribunal ya que emplea la expresión “hasta la adquisición del derecho” cuando la C.S.J.N. ha establecido “hasta la adquisición del beneficio”.

En cuanto al art. 6 consideramos que no debió utilizarse el término AJUSTAR ya que si su intención, nuevamente inferida a partir del INDICE utilizado, ha sido la de MOVILIZAR los haberes por el período 01/04/1991 al 31/03/1995 remitiéndose a la jurisprudencia de la Excma. C.S.J.N. in re “SANCHEZ MARIA DEL CARMEN”, debería ser explícita la redacción en tal sentido.

Así es que luego, el art. 7 habría de encontrar su lógica en el precedente “BADARO” para el período 01/01/2002 al 31/12/2006. Aquí nuevamente, podemos señalar que no se recepta la situación actual de la litigiosidad en la materia ya que el periodo posterior que va desde el 01/01/2007 hasta la entrada en vigencia de la ley 26.417 (conf. res. N° 6/2009 de la S.S.S.) no ha sido tratada. Máxime cuando es dicho periodo el que estaría siendo considerado por la Excma. C.S.J.N. en el caso “ROSSI” luego de los precedentes de la Excma. C.F.S.S. en los autos “CIRILLO” y “BERON ANGEL”.

Aquí también debe señalarse que en cuanto a los beneficios otorgados bajo la ley 24.241 nada dice respecto de los conceptos que deben ser redeterminados y movilizadas, por ej. los fallos de la Excma. C.F. S.S. en los que se ordenó la redeterminación y movilidad de la P.B .U., P.C. y P.A.P. (Ver “Rodríguez” de Sala I y “Bruzzo” de sala III, entre otros), son posteriores al precedente “Elliff” en el que solo se ordenó la movilidad de la P.C. y la P.A .P.

Por su parte el art. 8 parece receptar el plazo previsto en el art. 22 de la ley 24.463 y ordena pagar en el término de ciento veinte días contados desde la promulgación de la ley.

El art. 9 es quizás el que más lugar daría a la litigiosidad, ya que establece que las redeterminaciones y movilidades ordenadas como el nuevo haber mínimo fijado no darían derecho alguno a percibir retroactividad que pudiese corresponder por las diferencias producidas entre el haber recalculado y el haber efectivamente percibido por el beneficiario. Ello significa, que solo se utilizaría para fijar el nuevo haber que debió haber cobrado el beneficiario (conf. doctrina de C.S.J.N. en sentido similar en los autos “BLUME” y “TEJEDOR”) para desde allí en adelante fijar la nueva movilidad.

Ahora bien, lo que más llama la atención es la falta de fundamento de tal disposición, es decir una expresa indicación del o los “por qué”, ya que la irretroactividad de la ley previsional no surge claramente del art. 3 del C.Civ. amén de las disposiciones del art. 13 de la ley 26.222. El citado artículo vino a restablecer un viejo paradigma previsional en cuanto a la ley vigente al cese. No menos cierto es que por su parte la Excm. C.S .J.N. ha reinterpretado siempre a favor del jubilado tal extremo (ver “ARCURI ROJAS”) todo ello en aras de dar mayor progresividad a partir de la irrenunciabilidad e imprescriptibilidad y sumo extremo que debe observarse a la hora de denegar beneficios previsionales (ver “BALLANTE MARIA”).

Así también, la Excm. C.F .S.S. ha ido receptando en algunos casos como en el dcto. 1490/02 que el accionar del Estado reconociendo una situación de injusticia consolidada en el pasado puede servir como acto interruptivo de la prescripción (ver “Leguizamón Juan Bautista y otros” Sala I). Por lo tanto diríamos que el art. 9 solo se limita a decir que no habrá lugar a retroactividades porque si, pero judicialmente el resultado podría ser otro.

Finalmente, en el art. 10 se establece un parámetro que ha sido creado pretorianamente, a fin de evitar que con motivo de lo que ella ordena resulte un haber inferior al que venía percibiendo el beneficiario. Solo vale señalar que aquí se refiere al S.I.P.A. y no al S.I.J.P. como lo hace en el art. 1.

En cuanto al art. 11, debe señalarse que con la estructura de ingresos de la A.N.Se.S. y considerando que con ellos se pagan no solo jubilaciones y pensiones, habrían unos 3.5 a 3.7 millones de beneficiarios de la Asignación Universal por Hijo, se debería incrementar los ingresos para pagar los beneficios que se desprenden de esta ley.

Por último el art. 12 le pone un tope a los recursos del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del régimen previsional Publico de Reparto (F.G.S.), mediante ley de presupuesto lo que no dice es adonde irían los excedentes si los hubiera, se supone que de ello se debería encargar la ley de presupuesto. En cuanto a dicha ley, cabe agregar que luego del veto presidencial, recientemente, se ha reinstalado el tema del 82 % móvil al momento de discutir el presupuesto 2.011 (ver diario primera hora edición n° 12043 del 05/11/2010, pág. 20).

De las consideraciones efectuadas por los legisladores parecería desprenderse que se necesitarían 35.000 millones de recaudación adicionales y liberar fondos de la A.N.Se.S. que hoy se destinan al programa CONECTAR y al INGRESO UNIVERSAL POR HIJO para que se pudiera pagar el 82 % del S.M.V.M. y las redeterminaciones y movilidades que preveía el proyecto de ley que comentamos.

Así es como nuevamente se reedita la discusión de los fondos previsionales en la ley de presupuesto; al fin y al cabo el art. 7 de la ley 24.463 sigue vigente ya que el legislador no lo ha derogado hasta el presente.

En la realidad actual del fuero de la seguridad social, con problemas edilicios, prórrogas de plazo para dictar sentencia, ni la aprobación del proyecto en análisis, ni la de los proyectos de ley que prevén otorgar efectos erga omnes a las sentencias de la Excma. C.S .J.N., o incluso una sentencia del Máximo Tribunal en idéntico sentido, acabarían inmediatamente con la litigiosidad que se ha generado a lo largo de muchísimos años.

Por su parte, la situación particular de cada beneficiario en relación a su propia historia personal en cuanto a si tuvo o no una sentencia judicial anterior (ver casos jurisprudenciales en cuanto al alcance de la cosa juzgada, por ej. “Furlan”, “Satej”, “Baillot”, “Duant”, los dos primeros de la Sala III de la Excma. C.F.S.S. y los dos restantes de la Excma. C.S.J.N. entre muchos otros) y las retroactividades que les corresponderían; no se solucionarían con una decisión de tales características.

Todo ello, amén de lo que resultaría ante el incumplimiento por parte de la Administración a un decisorio de tales características, ya que ello conllevaría a la ejecución de dicha sentencia transformando a los juzgados inferiores automáticamente en juzgados de ejecución ya no solo de los litigios existentes sino de los correspondientes a un universo de jubilados que hoy asciende a 5,9 millones (3.5 del sistema contributivo y 2,4 de beneficiarios por moratoria).

Lo referido precedentemente, nos demuestra que tan alejados estamos de contar con una política pública en materia previsional que permita avizorar un derecho a la seguridad social previsible y sustentable a largo plazo.

Una política estatal de las características de la seguridad social necesita del esfuerzo y compromiso de todos los sectores de la sociedad, con reglas claras que permitan ver prístinamente a quien se beneficia y a costa de que sacrificios, con una gran responsabilidad que asegure el cobro de aquello que se determine como justo y equitativo para cada uno.

(\*) Secretario del Juzgado Federal de primera instancia de la Seguridad Social N° 6. Docente universitario en la Facultad de Cs. Económicas (UBA), Facultad de Derecho (UNLZ), Facultad de Derecho (UCES). Director académico del Curso Superior Previsional Práctico (U.K.) Invitado a posgrados UBA, USAL y U.M. - Publicado por elDial DC14AF.