



Dictamen de la Sala de Derecho Constitucional del Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogado del Córdoba

La ley 27.426, publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 28 de diciembre de 2017 con el título “Índice de Movilidad Jubilatoria. Haberes. Facultades”, tiene 12 artículos, dos de forma, y modifica:

1. *“La movilidad (de los haberes de los pasivos de ANSeS la que) se basará en un setenta por ciento (70%) en las variaciones del Nivel General del Índice de Precios al Consumidor Nacional elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) y en un treinta por ciento (30%) por el coeficiente que surja de la variación de la Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables (RIPE), conforme la fórmula que se aprueba en el Anexo de la presente ley, y se aplicará trimestralmente en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de cada año calendario. En ningún caso la aplicación de dicho índice podrá producir la disminución del haber que percibe el beneficiario.” (Art.1°).*

Es competencia del Congreso modificar la fórmula aplicable para el cálculo de la movilidad, no hay objeciones respecto a la competencia. La misma se fijó cuando el INDEC no tenía un índice que medía la inflación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el caso “Badaro” ordenó dos veces al Congreso fijar pautas de movilidad lo que no fue acatado, por ello es que el Alto Tribunal fijó para el período 2002 al 2006 el Índice General de Remuneraciones para la actualización de los haberes previsionales. En cuanto al fondo, el índice-según voceros del gobierno nacional-, será más favorable para los beneficiarios, si se considera el proceso inflacionario y sus consecuencias sobre los haberes previsionales, lo que no se sabe si será así. De todos modos, habrá que analizar en su aplicación práctica en el futuro, ya que al estar sujeto a las variables condiciones económicas, es difícil expedirse sobre el grado de afectación (o no) que puede derivarse de su implementación como fórmula de movilidad. Como la CSJN ha dicho que el pasivo debe mantener un estándar de vida similar al de haber continuado en actividad, con el transcurso del tiempo se verá si es confiscatoria o no y si respeta las pautas del Alto Tribunal. Desde luego que semejante costo político que ha tenido la sanción de esta ley hace suponer que no ha sido para aumentar los haberes, por lo que debemos presumir que el resultado será desfavorable al pasivo.

2. *“La primera actualización en base a la movilidad dispuesta en el artículo 1° de la presente, se hará efectiva a partir del 1° de marzo de 2018.” (Art. 2°). “A fin de practicar la actualización de las remuneraciones (...), se aplicará un índice combinado entre el previsto en el inciso b) del apartado I del artículo 5° de la ley 27.260 y su modificatorio y el índice establecido por la Remuneración Promedio de los Trabajadores Estables.” (Art.3°). “Encomiéndase a la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, a realizar el cálculo trimestral de la movilidad y su posterior publicación.” (Art. 4°).*

En la primera aplicación del nuevo índice, que ocurrirá con el incremento de marzo de 2018, se producirá, seguramente, una disminución en los haberes que puede considerarse confiscatoria, ya que hasta la fecha en que está previsto el comienzo de la aplicación de la fórmula contenida en la nueva ley, el monto resultante de la aplicación del índice de movilidad de la ley anterior ya se encuentra incorporado al patrimonio del beneficiario, y forma parte de su derecho de propiedad, y como tal es inviolable (art. 14 bis y 17 Constitución Nacional). Para este sector de la población (altamente vulnerable) es aceptable disponer mejoras, pero no disminuciones, por lo tanto la decisión es cuestionable. Lo razonable podría ser la aplicación del índice de la ley N° 27426 a partir del 29 de diciembre del corriente año, por el período no alcanzado por la ley anterior, o bien, entre ambos índices, aplicar solo aquella fórmula de la que se derive mayor beneficio para el jubilado/pensionado.

Si bien no existe un derecho a mantener un sistema de movilidad, ya que éste tiene carácter instrumental, el límite está dado precisamente por el grado de afectación del haber que se produzca en el cambio de un sistema a otro, de manera que de ese resultado surgirá la afectación de derechos y garantías constitucionales o no.

3. *“El Estado nacional garantiza a los beneficiarios de la Prestación Básica Universal (PBU) que acrediten treinta (30) años o más de servicios con aportes efectivos, el pago de un suplemento dinerario hasta alcanzar un haber previsional equivalente al ochenta y dos por ciento (82%) del valor del Salario Mínimo Vital y Móvil, instituido por el artículo 116 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias vigente en cada período.” (Art. 5°)*

En esta disposición se excluye de este beneficio a los que lo han obtenido su prestación por invalidez o por pensiones por fallecimiento del titular, lo que atenta contra el principio de igualdad ante la ley que reconoce la Constitución (Art. 16). La misma objeción puede predicarse del otorgamiento del reconocimiento del 82% del Salario Mínimo Vital y Móvil (SMVM) a determinado universo de beneficiarios y no a todos, no hay razones plausibles, legales ni constitucionales para sostener dicha distinción, la que además implica una restricción retroactiva indirecta en los haberes de los beneficiarios excluidos del derecho a percibir el suplemento adicional creado por el

art. 5° de la Ley 27426, que establece el 82%, que afecta el principio de no regresividad en materia previsional.

4. *“A partir de que el trabajador cumpla setenta (70) años de edad y reúna los requisitos necesarios para acceder a la Prestación Básica Universal (PBU) establecida en el artículo 17, inciso a) de la ley 24.241 y sus modificaciones, el empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites pertinentes, extendiéndole los certificados de servicios y demás documentación necesaria a esos fines. A partir de ese momento, el empleador deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio y por un plazo máximo de un (1) año. Lo dispuesto en el párrafo precedente no afecta el derecho del trabajador de solicitar el beneficio previsional con anterioridad al cumplimiento de los setenta (70) años de edad. Concedido el beneficio o vencido dicho plazo, el contrato de trabajo quedará extinguido sin obligación para el empleador del pago de la indemnización por antigüedad que prevean las leyes o estatutos profesionales. La intimación a que se refiere el primer párrafo de este artículo implicará la notificación del preaviso establecido por la presente ley o disposiciones similares contenidas en otros estatutos, cuyo plazo se considerará comprendido dentro del término durante el cual el empleador deberá mantener la relación de trabajo.”* (Art. 7°).

Esta disposición no beneficia a los trabajadores que opten continuar con su relación de empleo, ya que con la actual legislación podrían cobrar la remuneración de activos y la de pasivos, si continúan trabajando. Pero la reforma tiene la ventaja que el empleador no puede prescindir del trabajador a los 65 y a las trabajadoras a los 60 años. Dicha reforma puede afectar, o al menos disminuir el margen de posibilidades de ingreso o reinserción en el mercado laboral, para quienes aspiren a ingresar a un primer empleo o bien pretendan reincorporarse al mercado laboral antes de la edad previsional.

5. *“A partir de que el trabajador reúna los requisitos necesarios para acceder a la Prestación Básica Universal (PBU) establecida en el artículo 17, inciso a) de la ley 24.241 y sus modificaciones, el empleador deberá ingresar los aportes del trabajador y con respecto a las contribuciones patronales, únicamente aquellas con destino al Régimen Nacional de Obras Sociales de la ley 23.660 y sus modificaciones y las cuotas del Régimen de Riesgos del Trabajo de la ley 24.557 y sus modificaciones.”* (Art.8°) *“También es aplicable lo dispuesto por el presente artículo al trabajador que sigue prestando servicios sin interrupción a las órdenes del mismo empleador, luego del goce del beneficio de la jubilación, considerándose la fecha del acuerdo de la prestación como inicio del cómputo de la antigüedad posterior al mismo.”* (Art. 9°). *“Quedan excluidos de lo establecido en este Capítulo, los trabajadores del sector público aunque los organismos en los*

que presten servicios se rijan por la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t. o. 1976) y sus modificatorias.” (Art.10).

Estas disposiciones tienen por propósito alivianar las pesadas cargas laborales que tienen los empleadores, cargas que no benefician directamente a los trabajadores. Este punto es aceptable porque facilitaría la creación de nuevos empleos y/o promovería el mantenimiento de los existentes, aunque la modificación disminuirá los ingresos del Estado destinados a cubrir el pago de los haberes previsionales.

Es evidente que estamos frente a una ley que no ha tenido la deliberación necesaria, con la intervención de distintos órganos comprometidos con la realidad previsional argentina, y de allí su improvisación y carencia de ideas superadoras de un problema permanente que esta norma no solucionará. Esta imprevisión, puesta de manifiesto en la extemporánea oferta de un bono compensador, evidencia que no se han considerado numerosas propuestas con ideas originales, que preserven el derecho de los más necesitados, impidiendo incurrir en inconstitucionalidades.

6. En **conclusión**, el Colegio de Abogados debe propiciar un estudio serio de la situación previsional de la Argentina, y alentar la participación de los Colegios de Abogados de todo el país, para generar un modelo sostenible, con ideas que permitan que el déficit innegable no recaiga sobre los de menores ingresos, y que algunos beneficios desmesurados sean atenuados, y generar recursos genuinos para mantener el sistema, que no necesariamente tiene que provenir de los aportes del trabajador activo, ya que ellos se han vuelto, por diversas razones, insuficientes en todo el mundo.

Así dictaminamos.

Jorge Horacio Gentile, Romina Verri, Roberto Olmedo y Mariana Torres



DICTAMEN DE LA SALA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Córdoba, 26 de Diciembre 2017. Melisa V. Marín y Aníbal Paz, en nuestro carácter de integrantes de la Sala de Derecho de la Seguridad Social del Colegio de Abogados de Córdoba, nos dirigimos a Ud. a fin de hacerle conocer nuestra opinión respecto a la Constitucionalidad de la recientemente sancionada Ley 27.426.

Para contextualizar el análisis debemos decir que la Ley 27.426, establece un nuevo SISTEMA de MOVILIDAD, entre otras cuestiones de no menor importancia, de los beneficios previsionales, sustituyendo el art. 32 de la Ley 24241. Consideramos que para analizar los futuros planteos de inconstitucionalidad de dicha norma, debemos meritar previamente principios en materia de seguridad social, principios recogidos por nuestra Corte Suprema de Justicia en multiplicidad de fallos.

Sabemos primordialmente que la movilidad previsional es una garantía constitucional establecida en el art. 14 bis CN, cuando se refiere a jubilaciones y pensiones móviles, reglamentada (hasta el dictado de la Ley 27.426) por la ley 26.417.

Dicho esto, analizamos jurisprudencialmente los **PRINCIPIOS**:

1- La MOVILIDAD JUBILATORIA según la CSJN.

¿En qué consiste para nuestra Corte un sistema de movilidad? ¿Ajuste por Salarios o por Inflación?

"(...)la movilidad(...) no es un reajuste por inflación, (...) sino que es una previsión con profundo contenido social referente a la índole sustitutiva

de la prestación jubilatoria, para la cual es menester que su cuantía, que puede ser establecida de modo diferente según las épocas, mantenga una proporción razonable con los ingresos de los trabajadores (Fallos: 293:551; 295:674; 297:146; 300:616; 304:180; 305:611, 770, 953; 308:1848 y 310:2212). Tales principios han sido ratificados en fecha reciente por esta Corte, que ha rechazado además toda inteligencia restrictiva de la cláusula constitucional(...)."

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en Fallo "Badaro" (2006), inter alia.

2- Principio de NO CONFISCATORIEDAD.

La MOVILIDAD de las Jubilaciones puede cambiar para garantizar previsibilidad financiera al sistema, pero sólo si con ello no se vulnera el Principio de NO CONFISCATORIEDAD.

"(...)la Corte ha aceptado la validez constitucional de los cambios de los regímenes de movilidad, esto es, del reemplazo de un método de determinación de incrementos por otro, realizado a fin de lograr una mejor administración o dar mayor previsibilidad financiera al sistema de seguridad social (...); empero, el reconocimiento de esa facultad se encuentra sujeto a una indudable limitación, ya que tales modificaciones no pueden conducir a reducciones confiscatorias en los haberes (...) Ello es así porque la Constitución Nacional ha reconocido el derecho a la movilidad no como un enunciado vacío que el legislador puede llenar de cualquier modo, sino que debe obrar con el objeto de darle toda su plenitud, que no es otra que la de asegurar a los beneficiarios el mantenimiento de un nivel de vida acorde con la posición que tuvieron durante sus años de trabajo (...) Para conferir eficacia a la finalidad protectora de la ley fundamental, su reglamentación debe guardar una

razonable vinculación con los cambios que afectan al estándar de vida que se pretende resguardar, lo que no sucede si el régimen en cuestión termina desconociendo la realidad que debe atender (...), con correcciones en los haberes que se apartan por completo de los indicadores económicos (...)"

Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallo "Badaro II" (2007).

3- La PROPORCIONALIDAD de los HABERES JUBILATORIOS en relación con el SALARIO de actividad, según la CSJN.

La proporcionalidad vinculada con la RAZONABILIDAD y la SUSTITUTIVIDAD.

“(...) la Corte ha reconocido invariablemente las facultades del legislador para organizar el sistema previsional, ejercitadas dentro de límites razonables, es decir, de modo que no afecten de manera sustancial los derechos garantizados por la Constitución Nacional. (...). Que, desde tal perspectiva, el Tribunal ha destacado que la prestación previsional viene a sustituir el ingreso que tenía el peticionario como consecuencia de su labor (...), de modo que el nivel de vida asegurado por la jubilación debe guardar una relación justa y razonable con el que le proporcionaban al trabajador y a su núcleo familiar las remuneraciones que venía recibiendo y que definían la cuantía de sus aportes. Ello ha llevado a privilegiar como principio el de la necesaria proporcionalidad entre los haberes de pasividad y de actividad"

Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallo "Eliff"(2009).

4- El PRINCIPIO de PROGRESIVIDAD y su contracara, la PROHIBICIÓN de la REGRESIVIDAD en materia de Derechos Sociales.

(...) este retroceso legislativo en el marco de protección, (...), pone a ésta en grave conflicto con un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del PIDESC en particular. En efecto, este último está plenamente informado por el principio de progresividad, según el cual, todo Estado Parte se "compromete a adoptar medidas [...] para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos" (art. 2.1). La norma, por lo pronto, "debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata". Luego, se siguen del citado art. 2.1 dos consecuencias: por un lado, los estados deben proceder lo "más explícita y eficazmente posible" a fin de alcanzar dicho objetivo; por el otro, y ello es particularmente decisivo en el sub lite, "todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo a este respecto requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga" (...). Más todavía; existe una "fuerte presunción" contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el tratado (...) sobre todo cuando la orientación del PIDESC no es otra que "la mejora continua de las condiciones de existencia", según reza, preceptivamente, su art. 11.1.(...)"

Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallo "Aquino"(2004).

De acuerdo a lo expuesto, opinamos que se trata de una Ley que podría ser tachada de inconstitucional ya que se aparta claramente de los principios anteriormente mencionados. Como hecho más notorio y de

acuerdo a lo expuesto en los puntos 1 y 3 crea un nuevo **sistema de movilidad ligado NO a los salarios sino a los índices de inflación.**

La conveniencia económica-monetaria de un sistema u otro (ajuste por salarios o por inflación); dependerá de la evolución de la economía siendo en momentos tal vez uno más favorable que el otro. No obstante esto (la conveniencia monetaria) se aparta de los principios establecidos por la Corte Suprema.

Respecto a la Progresividad, no cabe duda que la reforma en el mecanismo de movilidad es claramente regresiva, porque modifica en contra de 17 millones de personas (jubilados, Asignación Universal por Hijo, Prestaciones no contributivas, personas que cobran Asignaciones Familiares, Veteranos de Guerra, etc), en forma retroactiva, tanto el período a considerar como los índices de ajuste reduciendo un aumento que tendría que ser del 12% aproximadamente a un 5,2% y con un retraso de cinco meses(octubre /febrero).

Otro punto a cuestionar es la **RETROACTIVIDAD**; la Ley 27.426 modifica retroactivamente a la Ley 26.417. Lo realiza de manera retroactiva ya que la primera actualización en base a la movilidad dispuesta en el artículo 1° de la normativa cuestionada, se hará efectiva a partir del 1° de marzo de 2018 de acuerdo a la variación experimentada por el Nivel General del Índice de Precios al Consumidor Nacional elaborado por el INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS (INDEC), para el tercer trimestre del año 2017. Conforme a lo que establecía la Ley 26.417, el incremento de marzo debía realizarse conforme a los movimientos del periodo 07/2017 a 12/2017, periodos que ya se habían devengado casi en su totalidad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 27.426.

Sin dudas, esta normativa se aplica retroactivamente apartándose del Art. 7 del Código Civil que establece: “ARTICULO 7°.- Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales....”

Otro punto cuestionable es el universo de **BENEFICIARIOS DEL SISTEMA QUE ADHIRIERON AL PROGRAMA NACIONAL DE REPARACIÓN HISTÓRICA IMPLEMENTADO POR LA LEY 27.260**. Los beneficiarios que aceptaron ingresar al programa y “someterse” a los términos del mismo homologando ante la Justicia Federal dichos acuerdos, acordaron con la Anses que desde el 1° de enero de 2007, se aplicarían los aumentos generales, y las movilidades dispuestas en la Ley N° 26.417. Dichos firmantes, expresamente convinieron acogerse a un régimen de movilidad que intempestivamente les fue modificado, imponiéndoseles un nuevo régimen que nada tiene que ver con aquel que habían suscripto. A estos jubilados/pensionados, ANSES unilateralmente les modifica las condiciones que habían pactado; condiciones que algunos habían considerado al momento de desistir de juicios que tenían en trámite.

CONCLUSIONES

Demás está decir que la futura reglamentación de la norma bajo análisis puede generar idénticos reparos constitucionales, de continuarse con la misma línea normativa expuesta, lo que podría requerir, a su turno, nueva opinión de los suscriptos.

Del análisis expuesto, podemos coincidir en términos genéricos que el sistema previsional argentino debe ser oportuna y coherentemente modificado, luego de un profundo debate especializado, atento a las deficiencias que presenta; pero, en el estado actual, y de conformidad con lo ya expuesto se desprende que la Ley posee insolvencias en virtud de las cuales podría reclamarse la inconstitucionalidad de la misma; quedando los letrados y los ciudadanos a la espera de la palabra del Poder Judicial que deberá decirnos, en su momento, si es posible instalar, en nuestro país y con nuestro sistema normativo una modificación de esta naturaleza. Sin más, aprovechamos la oportunidad para saludarlo a Ud. Atte.