

UNIVERSIDAD F.A.S.T.A.



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

HABER JUBILATORIO. SU REAJUSTE Y
MOVILIDAD

CARRERA: Abogacía

CÁTEDRA: Ciclo orientado – Derecho Público

AUTOR: FOLTRAN, David Eduardo

PROFESOR TUTOR: Dr. FERNANDEZ, Marcelo

AREA TEMÁTICA: Derecho Previsional

DEPARTAMENTO DE METODOLOGÍA DE LA

INVESTIGACIÓN: Lic. Amelia S. RAMÍREZ

Fecha: Diciembre de 2009

ÍNDICE

Abstract (objeto)	pág. 3
Introducción	pág. 4
Marco teórico.....	pág. 5
Concepto. Naturaleza jurídica.	pág. 6
Fuente constitucional.	pág. 7
Parte histórica. Los orígenes.	pág. 10
Período 1969 a 1993	
Ley N° 18.037.	pág. 13
Ley N° 21.118.	pág. 16
Haber mínimo y monto mínimo	pág. 17
Jurisprudencia del período.	pág. 18
Un quiebre en el sistema. Reforma de 1994.	
Ley N° 24.241.	pág. 21
La controversia en torno al art.160 Ley N° 24.241.	pág. 25
Ley N° 24.463.	pág. 27
Jurisprudencia del período. Caso “Chocobar”.	pág. 29
Un retorno a la seguridad social.	
Caso “Sánchez”.	pág.33
Caso “Badaro”.	pág. 37
Fallos posteriores: “Cirillo” y “Berón”.	pág. 42
Ley N° 26.417.	pág. 44
Conclusiones.....	pág. 46
Propuestas	pág. 49
Bibliografía	pág. 55

Abstract

En los poco más de 60 años de vida de nuestro sistema previsional, uno de sus grandes problemas y que se encuentra aún sin resolver, es el tema relacionado con los haberes previsionales, y puntualmente, el poder determinar qué montos deben percibir los beneficiarios del sistema previsional, su movilidad, y el hecho de que ese monto sea suficiente para cumplir con el mandato constitucional de tener el mismo carácter integral e irrenunciable.

Haremos un análisis de la situación de los haberes previsionales en diferentes estadios de la historia de nuestro país, analizando las principales leyes previsionales que existieron y la más importante jurisprudencia al respecto.

Introducción

En los últimos 30 años se han ido deteriorado sustancialmente los haberes de los beneficiarios del sistema previsional argentino, a tal punto que podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que el haber jubilatorio no refleja el promedio de las remuneraciones que percibió una persona en su actividad y que el mismo no es sustitutivo de ese haber de actividad.

En forma progresiva y alarmante se han ido degradando los tres axiomas de la seguridad social, como son el de la “*relación necesaria*” entre el haber de actividad y pasividad, la “*necesaria proporcionalidad*” y el “*carácter sustitutivo*” de la prestación previsional; todo esto a partir de textos legales que procuraron reglamentar la garantía constitucional de la movilidad de las prestaciones.

Además de realizar un análisis de cómo se ha llegado a esta situación a través de la historia, reflejada en las leyes y en la jurisprudencia, procuraremos brindar una solución al mencionado problema, estableciendo por un lado qué períodos deben ser considerados para el cálculo del haber, por otro lado, qué remuneraciones deben entrar en dicho cálculo, y finalmente qué sistema de movilidad consideramos ajustado a derecho a fin de garantizar la manda constitucional de “jubilaciones y pensiones móviles”.

A los efectos del desarrollo del trabajo y de una mejor comprensión, lo hemos dividido en diferentes partes, la primera de las cuales contiene la parte conceptual, naturaleza jurídica y fuente constitucional; y a continuación, tres partes en donde haremos el análisis de diferentes momentos históricos.

Podemos afirmar que ningún otro tema previsional logró tanta repercusión como el de los haberes de los jubilados y pensionados, calificados de magros por las entidades que nuclean a los sectores interesados, admitidos como insuficientes por funcionarios que aducen limitaciones económicas, objeto de polémicas políticas, de análisis jurídicos y de discutidos fallos judiciales.

El desfasaje evidente que se produjo entre los haberes de los beneficiarios y sus necesidades vitales, originó la promoción de cientos de miles de reclamos administrativos, que culminaron posteriormente en la instancia judicial.

El aluvión de reclamos originó jurisprudencia, muchas veces contradictoria, que al menos nos obliga a un serio replanteo del tema.

Concepto. Naturaleza jurídica.

Podemos decir que jurídicamente, el haber jubilatorio es sustitutivo del ingreso habitual del trabajador.¹

Nuestra legislación aceptó el carácter sustitutivo del haber previsional, entendiéndose como sustitutivo del ingreso que percibía el trabajador en actividad.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, por un lado consideró a la prestación como **compensatoria**, buscando mantener el nivel de vida anterior de los beneficiarios; y por otro lado tuvo en cuenta su naturaleza **alimentaria**, al reclamar la fijación de haberes mínimos para los sectores de muy bajos ingresos.

¹ Roberto Wassner, “Manual de jubilaciones y pensiones”, Ediciones La Rocca, 1989.

Fuente constitucional.

Ya vimos antes de que manera se incorpora el artículo 14 bis al texto constitucional tras la reforma de 1957.

En particular lo que nos interesa para este trabajo es la parte del mencionado art.14 bis que establece que “*El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable*”, y además que, “*En especial, la ley establecerá:jubilaciones y pensiones móviles;.....*”²

Para entender el verdadero espíritu del artículo es menester analizar los debates de la Convención Constituyente de 1957. De esta manera podremos comprender qué sentido le daban al haber previsional y a su movilidad los convencionales.

El miembro informante, Dr. Jaureguiberry expresa que “...con la técnica del artículo nuevo se llega también al enunciado de estos derechos con el criterio de protección legislativa”.³

El convencional Bravo expresa que “...el salario vital y móvil debe variar de acuerdo con las modificaciones del costo de vida”.

² **Art.14 bis CN:** “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”

³ Sesión del 21 de octubre de 1957, transcrita por el Dr. Roberto Wassner, en “Régimen Nacional para los Trabajadores en Relación de Dependencia; Régimen Nacional para los Trabajadores Autónomos; procedimientos y temas comunes a ambos”, páginas 130 a 136, Ediciones La Rocca.

El Dr. Giordano Echegoyen sostiene: "...la seguridad social tiende a (...) mediante pensiones móviles (...) el pago de las jubilaciones móviles, derecho indiscutido, para adaptarlas al valor adquisitivo de nuestro signo monetario, que es indispensable realizar con espíritu de estricta justicia para todos aquellos que perciben montos reducidos, que no guardan la menor relación con el costo real de la vida."

El convencional Martella expresa que "...se da la norma que el beneficiario será como el salario, móvil".

El convencional Peña expuso: "...el trabajador deberá gozar de un salario mínimo, vital y móvil; las jubilaciones y pensiones móviles que beneficiarán a un numeroso sector de hombres y mujeres que han servido dignamente a la colectividad y que hoy por razones de la inflación reinante, se ven obligados a vivir en la mayor estrechez y angustia."

El convencional Irma Othar sostiene: "...salario vital y móvil, salario vital mínimo de acuerdo con la carestía de la vida y móvil para que se vaya moviendo a medida que se vayan moviendo los precios."

El convencional J.A. Ghioldi a su vez que: "...el salario mínimo vital y móvil es de carácter fundamental."⁴

El convencional Riva sostuvo respecto de los haberes de los jubilados y pensionados, la necesidad de "...la equiparación de sus asignaciones a los emolumentos de los funcionarios y/o agentes en actividad."⁵

Por demás interesante lo que expone el convencional Horacio Thedy al sostener que "...cuando establecemos el salario mínimo, vital y móvil no habrá convenio ni ley alguna que lo puede rechazar ni violar pues incluso habrá un recurso protector ante el Poder Judicial que afirmará en su fallo el derecho social garantizado por la Constitución (...) afirmamos derechos que

⁴ Sesión del 22 de octubre de 1957.

⁵ Sesión del 23 de octubre de 1957.

van a quedar arraigados en la vida política argentina con la gran alcurnia de una norma constitucional”. Y agrega que: “**el salario debe servir para comer, vestir, educar a los hijos, tener asistencia médica, vivienda, ocio y esparcimiento.**”⁶

Por último, citaremos al constituyente Arigós que dijo “...voy a mantener el pensamiento que ha movido a la comisión a incorporar los términos “jubilaciones y pensiones móviles”, sobre cualquier deficiencia técnica que esto pudiera significar, está el pensamiento de incorporar una gran institución a las jubilaciones y pensiones, a fin de que ellas sigan el ritmo del costo de vida.”

Posteriormente, luego de la reforma constitucional de 1994, al quedar incorporada con jerarquía constitucional conforme el art.75 inciso 22) la “*Declaración Universal de los Derechos Humanos*”⁷, podemos citar como fuente su artículo 22 que establece que “*Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*”; y con especial énfasis a su artículo 25, que en su inciso 1º) dispone que: “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.*”

Parte Histórica

⁶ Sesión del 24 de octubre de 1957.

⁷ Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el día 10 de diciembre de 1948.

Los orígenes.

Comenzando un recorrido histórico, podemos ver que, si bien en nuestro país existieron cajas previsionales desde principios del siglo XX, como la ex –Caja para el personal de la Administración Pública Nacional (ley 4349 de 1904), sin duda se puede tomar como punto de partida la creación de las cajas de jubilaciones “masivas”, como lo fueron la ex –Caja para el Personal del Comercio, que empezó a funcionar el 1º de Enero de 1945 por decreto-ley 31.665/44, y la ex –Caja para el Personal de la Industria, que rigió desde el 1º de Septiembre de 1946 por decreto-ley 13.937/46.

Posteriormente, se incorporó el régimen previsional de los Empresarios, Profesionales e Independientes, comenzando sus funciones el 1º de Enero de 1955, por ley 14.397, la ex –Caja para Trabajadores Autónomos. En la misma fecha se crea la ex –Caja de Trabajadores Rurales mediante ley 14.399; y posteriormente, se crea la ex –Caja para el Personal de Servicio Doméstico por decreto-ley 326/56, comenzando a tener vigencia a partir del 1º de Enero de 1957.

Como podemos apreciar, existían todos regímenes independientes unos de otros (eran doce en total), y cada uno de ellos regidos por sus propias leyes y reglamentos, funcionando el Instituto Nacional de Previsión Social como órgano de coordinación, supervisión y apelación en el orden administrativo. En esos regímenes se establecían “jubilaciones anticipadas”, jubilaciones ordinarias con muy pocos requisitos (tan sólo diez años con aportes), y un régimen de movilidad jubilatoria que se llamaría “del 82% móvil”.

Todo este sistema previsional, inédito en la Argentina, vino a ser coronado con el broche de oro, al ser incluido dentro del texto constitucional de la nueva Constitución Nacional redactada en 1949, y que luego de su derogación por el gobierno de facto en 1957, y seguir en vigencia nuestra

primera Carta Magna de 1853/60, se incorporó al texto constitucional a través del conocido art.14 bis.

Podemos decir entonces que la primera ley previsional sistemática posterior a la reforma constitucional de 1957 fue la ley N° 14.499, que entró a regir a fines de 1958 y que asignaba como haber de la jubilación ordinaria, el 82% móvil de la remuneración asignada al cargo, oficio o función de que fuere titular el solicitante al momento del cese o del otorgamiento del beneficio. Dicha ley preveía un mecanismo de actualización que se efectuaba anualmente mediante la aplicación de índices del costo de la vida.

El decreto 11.732/60 preveía la aplicación de coeficientes para actualizar los haberes de quienes no estuviesen encuadrados en convenios colectivos o en el presupuesto de la Nación. Vale aclarar que a raíz de una discusión de la época, se sostuvo que la palabra “presupuesto” comprendía también a las entidades o empresas privadas con componente estatal, teniéndose que emitir una ley aclaratoria al respecto⁸. Si bien el mencionado decreto no establece cómo se determinaban los coeficientes, se tuvo por entendido en la época que se deberían ajustar a las oscilaciones del costo de vida.

Vale decir que, en general, los haberes previsionales se actualizaban tomando la pauta de los índices del costo de vida, o bien considerando las remuneraciones que percibiría el titular de continuar en actividad.

A poco de empezar y habiendo transcurrido algunos años se empezó a notar el desfinanciamiento de estas cajas de jubilaciones, la necesidad de ir eliminando esas “jubilaciones anticipadas”, la también necesidad de aumentar el requisito de años con aportes, y lo engorroso del sistema del 82% móvil, pues había que realizar un seguimiento *in eternum* del

⁸ Ley 16.945, sancionada y promulgada el 15/09/1966, establece en su art.1° que “Aclárase el artículo 2° de la Ley 14.499 precisando que la mención que se hace en el mismo a “la asignación fijada por el presupuesto” se refiere únicamente al presupuesto de la Nación y de las entidades cuyo presupuesto está sujeto a la aprobación del Estado.”

expediente del beneficiario, e ir adecuando los haberes casi en forma mensual, trabajando expediente por expediente en forma manual, todo esto con el agravante de un constante y creciente proceso inflacionario, que obligaba a otorgar aumentos periódicos a los trabajadores en actividad, y por lógica consecuencia, el trabajador ya jubilado quería que inmediatamente se trasladaran esos aumentos en su haber jubilatorio, lo que convirtió al sistema en un verdadero caos y poco menos que inviable para aquellos años.

Llegamos así a la segunda mitad de la década de 1960, donde se inicia una etapa de importantes modificaciones. En primer lugar, por medio de la ley 17.575, se establece un nuevo régimen administrativo, reduciendo a solamente tres el número de cajas jubilatorias: 1) la Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles; 2) la Caja Nacional de Previsión para el personal del Estado y Servicios Públicos; y 3) la Caja Nacional de Previsión para los Trabajadores Autónomos. En segundo lugar, se sancionan en 1968 dos cuerpos legales que regirían el derecho previsional en nuestro país por 25 años. Estamos hablando de la ley 18.037 que establecía el régimen jubilatorio para todos los trabajadores en relación de dependencia, y la ley 18.038 que establecía el régimen jubilatorio para los trabajadores autónomos. Ambos regímenes comenzaron a tener vigencia el 1º de Enero de 1969.

Nosotros entendemos que a los efectos de este trabajo sólo es relevante realizar un análisis del régimen de la ley 18.037, toda vez que éste es el régimen que contempla tomar las remuneraciones de los trabajadores en actividad y establece un régimen de movilidad. El régimen de la ley 18.038 contempla otro sistema para la determinación de los haberes previsionales, basado en las categorías que aportan los trabajadores independientes y profesionales, teniendo también jurisprudencia y axiomas propios, por lo que entendemos que por su importancia y extensión es merecedor de un especial análisis y de un futuro trabajo al respecto.

PERÍODO 1969 -1993.

Ley N° 18.037.

Esta importantísima ley comenzó a tener vigencia a partir del 1° de Enero de 1969, y establecía el régimen de jubilaciones y pensiones para todos los trabajadores que presten servicios en relación de dependencia.

Salvo algunas excepciones taxativamente enumeradas en el plexo legal, prácticamente todos los trabajadores en relación de dependencia del país entraban bajo su régimen legal, sean o no funcionarios del Estado.

Conforme lo normado en el art.49 de esta ley, a efectos de calcular el haber jubilatorio de una jubilación ordinaria se utilizaba el siguiente mecanismo:

- a) Se tomaban en cuenta los últimos 10 (diez) años calendarios anteriores al cese, es decir, si por ejemplo una persona cesaba en sus tareas el 30 de abril, se tomaba hasta el 31 de diciembre del año anterior.
- b) Se multiplicaban los montos percibidos anualmente en forma nominal, por coeficientes de actualización que en función de la variación del nivel general de las remuneraciones fijaba al 31 de diciembre de cada año la Secretaría de Seguridad Social. A tal efecto se realizaba una encuesta permanente, ponderando las variaciones producidas en cada una de las actividades significativas, en relación a los afiliados comprendidos en ellas.
- c) Se excluían de los montos nominales percibidos al sueldo anual complementario.
- d) Una vez actualizadas las remuneraciones se tomaban los 3 (tres) años más favorables. Se sumaban los tres y se los dividía por 36 (treinta y seis), lo que nos arrojaba el promedio mensual del período considerado.

- e) Este valor obtenido se multiplicaba por el índice de corrección vigente a la fecha de cesación de los servicios. Coeficientes de actualización e índices de corrección son, con distintos nombres, pautas para evitar el deterioro monetario de los sueldos percibidos.
- f) Se calculaba la edad mínima requerida y el posible exceso de edad que tuviere el trabajador a la fecha del cese, y se asignaban los porcentajes correspondientes. La norma preveía que se le aplicaba el 70% (setenta por ciento) si al momento de cesar en la actividad el afiliado no excedía en 3 (tres) años la edad requerida para obtener la jubilación ordinaria. Se le aplicaba el 78% (setenta y ocho por ciento) si el afiliado al momento de cesar excedía en 3 (tres) años la edad requerida; el 80% (ochenta por ciento) si excedía en 4 (cuatro) años la edad requerida; y el 82% (ochenta y dos por ciento) si excedía en 5 (cinco) años o más la edad requerida.

Nota: siempre sostuvimos que la aplicación de esta normativa producía un efecto inverso al buscado. El trabajador que reunía los requisitos para jubilarse (edad y años de servicios), prefería seguir trabajando al menos 5 años para alcanzar el mayor porcentaje sobre su promedio de remuneraciones, y de esa manera las personas de sexo masculino no se retiraban hasta pasados sus 70 años de edad y no daban lugar a las generaciones jóvenes, a las que siempre les costó muchísimo insertarse en el mercado laboral.

El art.50 de la ley 18.037 establecía que el haber de la jubilación por edad avanzada será equivalente al 60 (sesenta por ciento) del promedio establecido de conformidad con el procedimiento establecido por el art.49.

El art.52 de dicha ley establecía que el haber de la pensión será equivalente al 75% (setenta y cinco por ciento) del haber de jubilación que gozaba (pensión derivada) o le hubiera correspondido percibir al causante (pensión directa).

Ahora bien, determinado el haber jubilatorio de un beneficiario, ¿qué pasaba con la movilidad que establecía el art.14 bis de la Constitución Nacional? Al respecto, la ley en su art.53 expresaba que “*Los haberes de las prestaciones serán móviles, en función de las variaciones del nivel general de las remuneraciones.*”

Nótese que la normativa habla de variación en el nivel general de las remuneraciones, alterando el espíritu de la norma constitucional, que como vimos era la de apegarse a las variaciones de los índices de costo de vida.

Los problemas se empezaron a notar cuando los haberes previsionales comenzaron a quedar cada vez más rezagados respecto a los sueldos de los activos. Y cabe preguntarse cómo ocurrió ello si el sistema contemplado en la ley era realmente bueno. La respuesta es muy sencilla. Los gobiernos de turno, acuciados siempre por las cuestiones económicas, comenzaron a “*meter mano*”, no tanto en los coeficientes de actualización, pero definitivamente SÍ en los índices de corrección que se aplicaban, y de esta manera se desvirtuó por completo la realidad económica de los beneficiarios del sistema previsional.

Vale alguna reflexión. En épocas de crisis económica pero sin inflación, la controversia era si se podía o no reducir el haber de las prestaciones, aún en su valor nominal (recordemos el descuento sobre los haberes del 13%).⁹

⁹ Descuento establecido por la ley 25.453 y su reglamentación, Decreto 896/2001, del 11 de julio de 2001. Ambas normativas fueron declaradas inconstitucionales por la C.S.J.N. en diversos fallos, ejemplo, en “Tobar, Leónidas c/ Estado Nacional s/ Amparo”, del 22 de agosto de 2002, fallos 348:38.

La Corte en la causa "Guida" (Fallos: 323:1566) se había pronunciado acerca de la constitucionalidad del decreto 290/95, que había dispuesto reducciones remuneratorias del sector público. Allí el Tribunal sostuvo que la modificación de los márgenes de remuneración, en forma temporaria, motivada por los efectos de una grave crisis internacional de orden financiero, no implicaba per se una violación del art.17 de la Constitución Nacional. Asimismo, que en tal supuesto no mediaba lesión a dicha garantía cuando por razones de interés público, los montos de las remuneraciones de los agentes estatales eran disminuidos para el futuro sin ocasionar una alteración sustancial del contrato de empleo público en la medida en que la quita no resultaba confiscatoria o arbitrariamente desproporcionada.

Actualmente, con el ritmo inflacionario, bastaría con no aumentar adecuadamente los haberes previsionales y cambiar, no lo sustancial de la controversia, sino el denominador de la misma.

Ley N° 21.118.

La ley N° 21.118 fue sancionada el 30 de septiembre de 1974 y promulgada el 16 de octubre de ese mismo año.

Esta ley introdujo importantes reformas al texto de la ley 18.037 y tuvo como característica la de establecer un régimen muy amplio de prestaciones, incluyéndose beneficios que luego fueron derogados por la ley 21.327.

También introdujo importantes cambios en los tópicos que son objeto de este trabajo: haber jubilatorio y su movilidad. En este aspecto se restableció la mecánica de fijar el haber inicial de las prestaciones como ya lo había dispuesto oportunamente la ley 14.499 del año 1958, es decir, sobre la base de la remuneración actualizada correspondiente al mejor cargo, oficio o función desempeñado por el afiliado en cualquier momento de su carrera.

Con relación a la movilidad de los haberes esta nueva ley se remitió al promedio de los aumentos que obtengan los trabajadores en actividad, sin considerar situaciones individuales, apartándose de esta manera prudentemente del precedente constituido por la mencionada ley 14.499 que tantos trastornos provocó en el funcionamiento de los organismos previsionales.

Lo más importante de esta reforma introducida por la ley 21.118 estriba en la movilidad de los haberes de los beneficiarios a la par de los aumentos concedidos a los activos.

La ley N° 21.327 del 10 de junio de 1976, apenas comenzado el Proceso de Reorganización Nacional, deroga las disposiciones de la ley 21.118 y restablece la plena vigencia de la ley 18.037.

Haber mínimo y monto mínimo.

En un tema confuso y controvertido por la existencia de normas contradictorias, conviene al menos precisar algunos conceptos.

A efectos de compensar a los sectores de menor nivel económico, que en función de los aportes realizados y los coeficientes de actualización utilizados, percibirían una prestación muy baja, se dictó el Decreto 885/84, el cual permitía otorgar una compensación económica a dichos beneficiarios. Hay que decir que de algún modo se ejercía la facultad conferida por el art.55 de la ley 18.037.¹⁰

Ese complemento excepcional rige desde entonces, bien con distintas denominaciones.

Entonces, en la actualidad se sigue cobrando:

- 1) una suma resultante de aplicar los coeficientes y las pautas vigentes, a la que se le llama *haber mínimo*;
- 2) una suma resultante de agregar al haber mínimo un adicional compensatorio. Ese total obtenido se denomina *monto mínimo*.

¹⁰ **Art.55 Ley 18.037:** “El Poder Ejecutivo queda facultado para establecer haberes mínimos de las prestaciones, superiores a los que resulten de aplicar a los vigentes a la fecha de promulgación de esta ley, la movilidad que corresponda de acuerdo con el artículo 53, pudiendo fijar diferenciales para los casos en que las remuneraciones tenidas en cuenta para obtener la prestación hicieran presumir manifiestamente, por su exigüidad, que no constituyeron una contribución ponderable en los medios de vida del afiliado.

El haber máximo de las jubilaciones otorgadas o a otorgarse, incluida la movilidad que corresponda, será equivalente a quince (15) veces el haber mínimo de jubilación ordinaria vigente al 1. De julio de 1988. A partir de esta fecha dicho máximo se reajustara de acuerdo con el art.53.” (Art. 55, último párrafo, texto según ley 23568, art. 3, B.O. 24/06/88).

Jurisprudencia en este período.

En paralelo con las reformas examinadas, un sordo rumor de alud de pleitos, creciente en su presagio devastador, se hizo audible en los ámbitos judiciales. Luego, el rumor ya no fue presagio y la avalancha de juicios fue realidad; y la fuerza del caudal de litigios rompió las compuertas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que se vio totalmente superada.

Recordemos entonces que los haberes previsionales podían provenir entonces de dos situaciones totalmente diferenciadas:

- a) cuando la norma vigente al cesar el trabajador determinaba el haber en función de las remuneraciones asignadas al cargo y la movilidad en la misma relación;
- b) cuando el trabajador había cesado en vigencia de la ley 18.037, ya fuere el texto originario o el modificado luego por las reformas introducidas por las leyes 21.451 y 22.976.

En la primera situación, en general el criterio judicial fue el de tratar de mantener esa proporción. Sin embargo, se aceptó que por razones de conveniencia general o interés público se podían disminuir relativamente esos haberes siempre que esa reducción no fuera confiscatoria, excesiva y violatoria del derecho de propiedad. Los criterios judiciales variaban respecto de considerar cuál era el porcentaje por encima del cual la reducción era inconstitucional. Para algunos el 10% y para otros el 15%.

La Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en innumerables casos, y sólo citaremos algunos a título de ejemplo: “Camarota, Veder”, del 24 de febrero de 1976 (fallos 294:83); “Alvarez, Rodolfo y otros”, del 1º de diciembre de 1983 (fallos 305:2083); y “Capobianco, Donato”, del 14 de agosto de 1984 (fallos 306:999).

El criterio aceptado es que no se fijaba el aludido porcentaje y que la presunta confiscatoriedad se debía analizar en cada caso en concreto.

Con respecto al pedido de inconstitucionalidad de la ley 21.327, que recordemos que derogó el régimen de la ley 21.118, la Sala III de la C.N.A.S.S. en fallo "Toniollo, Alejandro Rufino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", sentencia 29.438 del 2 de septiembre de 1992¹¹, dijo que: "Atento las razones jurídicas y de ordenación administrativa que la inspiraron, no puede ser tachada de inconstitucional la ley 21.327 que dispuso derogar el sistema de movilidad implementado por la ley 21.118, congelando transitoriamente los haberes de quienes hubiesen obtenido sus prestaciones bajo el imperio de ésta, y restableciendo de esta suerte la igualdad entre los distintos beneficiarios, que pasaron a regirse por un único sistema de determinación del haber."

Con respecto a la segunda situación, trabajadores cesados durante el régimen de la ley 18.037, a partir de 1986 las 8 (ocho) Salas que integraban la Cámara de Apelaciones del Trabajo, resolvieron considerar las modificaciones que hubiese tenido el haber inicial en relación con los índices de salarios del peón industrial.

Se procedió además a no considerar el año calendario exigido por la ley, sino las remuneraciones mensuales percibidas en crítica explícita a la objetividad de los coeficientes de actualización e índices de corrección utilizados por las autoridades.

En absolutamente todos los reclamos administrativos que luego llegaron a la órbita judicial, se declaró la inconstitucionalidad de los arts.49 y 53 de la ley 18.037, en lo que respecta a los índices y coeficientes utilizados para "actualizar" las remuneraciones de los afiliados.

¹¹ V-Lex, Id., 34133472

Como importante hito dentro de la jurisprudencia de este período de la legislación argentina, hay que recordar un plenario de la otrora llamada Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social (hoy convertida en Cámara Federal de la Seguridad Social), que se dictó para unificar criterios y disponer que en todos los casos en que se ordene la sustitución de los índices previstos en los arts.49 y 53 de la ley 18.037, corresponde aplicar el índice del salario del peón industrial de la Capital Federal.¹²

¹² Plenario C.N.A.S.S. “Bordó”, del 30 de agosto de 1991.
V-Lex, Id., 34192500

Un quiebre en el sistema.

Ley N° 24.241.

En el mes de septiembre de 1993 se sanciona una importante modificación al régimen previsional argentino. Se da nacimiento a la ley N° 24.241, que comenzaría a regir en forma parcial desde el 1° de febrero de 1994, y en forma definitiva, con la aplicación del Libro II desde el 15 de julio de 1994.

Esta ley crea el llamado “Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones”, toda vez que unifica a las ex –cajas de industria, de comercio y de autónomos. Es decir, que su universo de aplicación se extiende a todos los trabajadores en relación de dependencia como a todos los trabajadores independientes, cuentapropistas o autónomos.

Además, crea un sistema inédito en nuestro país. Por un lado, un régimen previsional público, fundamentado en el otorgamiento de prestaciones por parte del Estado, que se financiarán a través de un sistema de reparto, conocido como “Régimen de Reparto”. Por el otro, crea un régimen previsional basado en la capitalización individual, que se conocería como “Régimen de Capitalización”.

En el “período de transición”, que va desde el 1° de enero de 1994 y hasta el 14 de julio del mismo año, se aplica un sistema de determinación del haber muy similar al contemplado en la ley 18.037, con la diferencia que en lugar de tomar el promedio de los tres mejores años, se toma el promedio de los últimos 10 (diez) años calendarios. Se aplica de igual manera coeficientes de actualización de las remuneraciones e índice de corrección.

A partir de entrada en vigencia del Libro II de la ley (15 de julio de 1994), el sistema para determinar el haber es el siguiente:

- a) Lo que se conocía como haber jubilatorio se lo desguaza en tres partes: una Prestación Básica Universal (PBU); una Prestación Compensatoria (PC); y una Prestación Adicional por Permanencia (PAP).
- b) El art.20 de la ley establecía que acreditando 30 (treinta) años de servicios, la PBU se calculaba multiplicando 2,5 veces el aporte medio previsional obligatorio (AMPO), unidad de medida también creada por esta ley.
- c) En 1997, el AMPO fue reemplazado por el MOPRE (Módulo Previsional), mediante Decreto 833/97 (B.O. 29/08/1997).¹³
- d) Para los beneficiarios que acrediten más de 30 (treinta) años de servicios y hasta 45 (cuarenta y cinco), el haber de la PBU se incrementará en un 1% (uno por ciento) por cada año adicional.¹⁴
- e) El art.24 establece como se calcula la Prestación Compensatoria (PC). Se toman las últimas 120 (ciento veinte) remuneraciones percibidas (excluido el SAC), inmediatas anteriores a la cesación de servicios. Nótese que no se toman años calendarios como en la 18.037, sino que si la persona cesó el 31/05/2009, se toman las remuneraciones desde el 01/06/1999, siempre y cuando no tuviere en el medio períodos de inactividad.
- f) Se suman entonces esas 120 remuneraciones y se las divide por 120, obteniendo de esta manera el “promedio de las remuneraciones”.
- g) A ese promedio se lo multiplica por un coeficiente resultante de multiplicar 1,5% por la cantidad de años de servicios, y hasta un máximo de 35 años. Es decir, si el afiliado trabajó 30 años, se multiplica $30 \times 1,5$, lo que

¹³ El aporte mínimo de un trabajador también se calcula en MOPRES (3 MOPRES), al igual que el aporte máximo (75 MOPRES).

¹⁴ Recientemente x Resolución 65/2009 se estableció que el valor de la PBU vigente desde el 01/09/2009 es de \$ 390,82.-

nos arroja un 45%. Si el promedio de las remuneraciones es, por ejemplo, \$ 2.000.-, la PC sería el resultado de multiplicar $\$2.000 \times 45\%$, es decir, \$ 900.- ($2.000 \times 0,45$).

- h) El art.30 establece la forma de calcular la PAP (Prestación Adicional por Permanencia), que sólo se abonaba a los afiliados que hubieran optado por continuar en el llamado Régimen de Reparto. Es decir que los beneficiarios del sistema de capitalización individual NO percibían esta prestación.
- i) Se usaba el mismo promedio de remuneraciones que para la determinación de la Prestación Compensatoria, pero a ese promedio se lo multiplicaba por el resultante de multiplicar 0,85% (ochenta y cinco centésimos por ciento) por cada año de servicios con aportes realizados al SIJP, es decir, por cada año de servicios con aportes posteriores al mes de julio de 1994.
- j) Es decir que, si un beneficiario se jubilaba por el sistema de reparto en el mes de julio de 2000, y suponiendo un promedio de remuneraciones de \$ 2.000.-, percibía de PAP \$ 102.-, resultante de multiplicar $6 \times 0,85$ por un lado (5,10%), y $\$ 2.000 \times 0,051$ por el otro (\$ 102.-).
- k) Con la modificación introducida por la ley N° 26.222¹⁵ a principios del año 2007, el coeficiente aplicado para el cálculo de la PAP se elevó de 0,85% al 1,5%, el mismo porcentaje que se usaba para calcular la Prestación Compensatoria.

Nótese que una persona con \$ 2.000.- de promedio de remuneraciones en el año 2000, antes del fin de la convertibilidad, en tiempos de estabilidad económica, estaría percibiendo de jubilación \$ 1.202.- desagregados en \$ 200.- de PBU; \$ 900.- de PC; y \$ 102.- de PAP.

¹⁵ La ley N° 26.222 fue sancionada el 27 de febrero de 2007 y promulgada el 7 de marzo de 2007.

Lo más importante a destacar acá es que ese haber jubilatorio representa tan sólo el 60% (sesenta por ciento) de su promedio de remuneraciones.

Con la aplicación de este sistema, y con el transcurso de los años, la situación se fue agravando; a tal punto que los beneficiarios fueron obteniendo su beneficio previsional con haberes menores al 50% (cincuenta por ciento) del sueldo que percibían en actividad al momento de retirarse.

Adelantándonos a las conclusiones, sin lugar a dudas esta unánimemente criticada ley 24.241 se hizo con fórmulas económicas y con finalidades meramente económico-financieras, desatendiendo por completo la manda constitucional del art.14 bis CN.

Es dable hacer notar que hay que hacer el análisis de la normativa a la par del contexto histórico en el que se desarrolló la misma. En estos años de nuestro país, se realizaron profundos cambios en materia económica y en la estructura del Estado, dándosele prioridad a los aspectos económicos-financieros del Presupuesto.

La controversia en torno al art. 160 de la Ley N° 24.241.

La ley 24.241 preveía también un sistema de movilidad de las prestaciones, y lo hacía a través de un polémico artículo, el 160, que mantuvo su vigencia por poco tiempo, hasta ser derogado por el art.7 de la ley 24.463.

Dicho art.160 expresaba que: *“A partir de la fecha de entrada en vigor de la presente, la movilidad de las prestaciones, se efectuará en la forma indicada en el art. 32. Hasta la fecha de vigencia del Libro Primero de esta ley, se estimará el valor del AMPO en función de la información que brinde la Contribución Única de la Seguridad Social (CUSS).*

El Estado nacional garantiza el cumplimiento de los derechos previsionales adquiridos con anterioridad a la vigencia de la presente ley.

La movilidad de los haberes de las prestaciones otorgadas o a otorgar por aplicaciones de leyes anteriores a la presente, que tengan una fórmula de movilidad distinta a la del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, continuará practicándose de conformidad con las disposiciones vigentes a la fecha de entrada en vigor de esta ley.”

Las desprolijidades del texto de la ley 24.241 son públicamente conocidas. Hay que tener en cuenta que el proyecto original del PEN sólo preveía a partir de la vigencia de la ley el régimen de capitalización individual, pero que por presiones y acuerdos políticos se produjeron enmiendas, dando como resultado un engendro que ha obligado a la utilización de criterios hermenéuticos para conciliar sus normas, entre sí, en relación a otras leyes, y en la relación a la Constitución Nacional.

Hasta el dictado de la ley 24.241 no había ningún régimen de movilidad igual al previsto, entonces, ¿para qué el tercer párrafo del art.160 transcrito? Cabe preguntarse, ¿fue una imprevisión?; de querer el legislador haber mantenido la vigencia de todos los sistemas de movilidad anteriores, ¿no debió decirlo expresamente y no por descarte? ¿No debió el primer

párrafo del artículo decir que el nuevo régimen de movilidad se aplicaba sólo a las prestaciones del régimen previsional público creadas por esta ley?

Si la imprevisión del legislador no se presume y las contradicciones entre distintas normas deben ser objeto de una interpretación que las armonice, debería considerarse que:

- a) El último párrafo del art.160 debe interpretarse en el sentido que la movilidad de los haberes determinados por leyes especiales se seguirá rigiendo por las mismas;
- b) El art.53 de la ley 18.037 debe considerarse derogado por el art.168 de la ley 24.241 por no ser compatible con su régimen de movilidad en los términos del art.156;¹⁶
- c) En virtud de lo preceptuado por los arts.32 y 160 de la ley 24.241, el decreto 2433/93 y Resoluciones 9/94 y 26/94 de la Secretaría de Seguridad Social, corresponde aplicar a los haberes previsionales adquiridos bajo el régimen de la ley 18.037, un incremento por movilidad a partir del 01/04/1991 del 3,28% anual, por ser esta variación de igual extensión cuantitativa que la experimentada por el Aporte Medio Previsional Obligatorio (AMPO), el cual es estimado por las mencionadas Resoluciones.
- d) Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entenderá en importantes fallos que conforme al art.160 de la ley 24.241, el régimen de movilidad del art.53 de la ley 18.037 mantuvo su vigencia hasta ser derogado por el art.7º de la ley 24.463, en marzo de 1995.¹⁷

Ley Nº 24.463 y su régimen de movilidad.

¹⁶ **Artículo 156 ley 24.241:** “Las disposiciones de las Leyes Nros. 18.037 (t.o. 1976) y 18.038 (t.o. 1980) y sus complementarias, que no se opongan ni sean incompatibles con las de esta ley, continuarán aplicándose supletoriamente en los supuestos no previstos en la presente, de acuerdo con las normas que sobre el particular dictará la autoridad de aplicación.”

¹⁷ Afirmación de todos los ministros de la CSJN excepto Boggiano, en fallo “Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ Reajustes varios”, sentencia del 17/05/2005, fallos 328:1602.

En marzo de 1995 se sancionó esta controvertida ley llamada “Ley de Solidaridad Previsional”, que contenía importantes reformas a la ley 24.241, y establecía un mecanismo de “movilidad” de los haberes previsionales, a la vez que modificaba el procedimiento judicial para recurrir los actos de la A.N.Se.S. (Administración Nacional de la Seguridad Social).

Entre otras importantes reformas, en el art.18, como ya se mencionara supra, establecía que la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social, creada por la ley 23.473, se transformaba en la Cámara Federal de la Seguridad Social.

Pero su régimen de movilidad jubilatoria es tan increíblemente insensato que para poder explicarlo y/o analizarlo y/o criticarlo es menester transcribirlo.

El art.7º de la ley 24.463 reza así: *“Movilidad de las prestaciones.*

1. La movilidad de las prestaciones de los sistemas públicos de previsión de carácter nacional, por períodos anteriores a la promulgación de la presente ley se registrarán por los siguientes criterios:

a) Las prestaciones correspondientes a períodos anteriores al 1º de abril de 1991 se ajustarán según el índice definido en el anexo 1 de esta Ley;

b) Las prestaciones correspondientes a períodos comprendidos entre el 1º de abril de 1991 y la fecha de promulgación de la presente ley se ajustarán según las disposiciones oportunamente aprobadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación y por organismos de su dependencia.

2. A partir de la vigencia de la presente ley todas las prestaciones de los sistemas públicos de previsión de carácter nacional tendrán la movilidad que anualmente determine la Ley de Presupuesto. Dicha movilidad podrá ser distribuida en forma diferenciada a fin de incrementar las prestaciones mínimas.

En ningún caso esta movilidad podrá consistir en una determinada proporción entre el haber de retiro y las remuneraciones de los activos.”

Por algo los previsionistas han denominado a esta ley como “Ley de Desbaratamiento Insolidario”. Las previsiones del inciso 1º) de la norma van a ser declaradas inconstitucionales en reiteradas oportunidades como ya veremos, porque los coeficientes e índices de corrección elaborados por el Ministerio de Trabajo y por la Secretaría de Seguridad Social, no reflejaba la realidad de los aumentos ni del costo de vida ni de los índices de remuneraciones.

El análisis del inciso 2º) es más complejo, pero adelantamos que cabe considerarlo inconstitucional por las razones que se verán *in extenso* al analizar el fallo de la CSJN “*Sánchez*”, por no respetar la necesaria proporción que debe existir entre los haberes que se perciben en la pasividad y las remuneraciones que se percibían al encontrarse en actividad, como derivación del mandato impuesto por el art.14 bis de la Constitución Nacional.

Si han existido incrementos en las remuneraciones de los activos durante los 10 (diez) años que han seguido a la vigencia de la llamada “Ley de Solidaridad Previsional”; y en **ninguna** de las leyes de presupuesto de los años siguientes se otorgó incremento alguno por movilidad de los haberes previsionales, hay que concluir que existieron omisiones inconstitucionales.

Se puede concluir también que el inciso 2º) del art.7º de la ley 24.463, adolece de inconstitucionalidad sobreviviente, es decir, que no resultaba inconstitucional al momento de la sanción y promulgación de la ley, pero que, al haber abusado el Parlamento de la facultad que le otorgaba la referida disposición, de establecer anualmente la movilidad de las prestaciones previsionales, para por vía de omisión mantenerla congelada desde la fecha de entrada en vigencia de aquella, la norma se ha tornado inconstitucional.

Jurisprudencia en este período. El caso “Chocobar”.

Entre marzo de 1995 y fines del año 2001 no hubo incrementos significativos en el costo de vida ni en las remuneraciones de los trabajadores; por el contrario, hubo períodos de deflación y de bajas salariales.

Quizá ese contexto justifique la sanción de uno de los fallos más importantes en materia previsional que marcará una época: el fallo “*Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos*”, sentencia del 27 de diciembre de 1996 (Fallos 319:241).

A continuación realizaremos un análisis crítico de este fallo.

El voto mayoritario, compuesto por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, López, Boggiano y Vázquez, sostuvo que:

- 1) A contrario sensu de los principios señeros con que se nutre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tales como el “*pro homine*”, el “*pro actione*” y el “*favor debilis*”, se consagró la idea de que el derecho de la seguridad social debía ser asistido en función de los recursos de cada Estado, desvirtuando el sentido de lo dispuesto por los arts. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁸, y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁹ (considerando 11).

¹⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, Art.22: “Toda persona, como miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”

¹⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Art.26: “Desarrollo progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

- 2) El alcance y contenido de la garantía constitucional de movilidad de las prestaciones previsionales no son conceptos lineales y unívocos que dan lugar a una exégesis única, reglamentaria e inmodificable, sino por el contrario, susceptibles de ser moldeados y adaptados a la evolución que resulte de las concepciones políticas, jurídicas, sociales y económicas dominantes (considerando 15).
- 3) Los axiomas de la seguridad social, tales como la “relación necesaria” entre el haber de actividad y pasividad, la “necesaria proporcionalidad” y el carácter “sustitutivo” de la prestación previsional, fueron enunciados a partir de textos legales que reglamentaron la garantía constitucional de la movilidad (leyes 14.499 y 18.037), pero que los mismos de ninguna manera constituían principios constitucionales insusceptibles de ser modificados por el legislador (considerando 24).
- 4) El método establecido por la ley 18.037 para llevar a cabo la movilidad de los haberes, actualiza el crédito previsional con fundamento en la depreciación de la moneda, sistema éste de indexación, que fue derogado por los arts.7, 10 y 13 de la ley 23.928²⁰ (considerando 29).
- 5) El art.160 de la ley 24.241 deroga la movilidad dispuesta por el art.53 de la ley 18.037, conforme lo prescripto por el Decreto 2433/93 (considerando 32).
- 6) La doctrina de los derechos adquiridos abarca al beneficio jubilatorio, más no a la cuantía de los haberes (considerando 39).
- 7) No existe un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos (considerando 42).

²⁰ La ley 23.928 conocida como la “Ley de Convertibilidad del Austral”, fue sancionada y promulgada el 27 de marzo de 1991, y prohíbe todas las normas legales o reglamentarias que establezcan o autoricen la indexación por precios, actualización monetaria o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, con efecto desde el 1° de abril de 1991 (art.10).-

- 8) La aplicación retroactiva del apartado 1) del art.7º de la ley 24.463, es congruente con la ley 23.928 (considerando 44).
- 9) Declara la inconstitucionalidad del apartado 1) inciso b) del art.7º de la ley 24.463 (considerando 47).
- 10) Reconoce una movilidad para el período 01/04/1991 al 31/03/1995 del 13,78% (trece con setenta y ocho céntimos por ciento) (considerando 48).

Vale hacer una breve mención al voto minoritario, integrado por los ministros Belluscio, Petracchi, Bossert y Fayt, porque consagran la vigencia de la ley 18.037 y su compatibilidad con la ley 23.928.

Este voto minoritario sostiene que la movilidad del régimen de la ley 18.037 no implica el mero reajuste por inflación medida en relación a un índice periódico que se vincule con alguna de las variables económicas (considerando 15). Ello es así toda vez que "...la movilidad de los haberes previsionales prevista por el art.53 de la ley 18.037, mediante la utilización de un índice oficial que mide las variaciones salariales producidas efectivamente desde el 1º de abril de 1991, no constituye una forma de "indexación" por desvalorización monetaria prohibida por la ley 23.928, supuesto que sólo podría haberse configurado si la pauta de movilidad hubiese estado vinculada con un índice de precios que, con independencia de la realidad de los salarios, llevara a un reajuste de haberes de manera automática" (considerando 31).

Además afirma que el art.160 de la ley 24.241 no derogó el art.53 de la ley 18.037, y que no cabe la aplicación retroactiva de lo dispuesto por el apartado 1) inciso b) del art.7º de la ley 24.463 (considerando 18), primando la aplicación del art.10 de este último cuerpo legal (considerando 22) que claramente así lo establece.

Del análisis de ambas posturas entendemos que lo que dividió al Tribunal fue la postura sostenida por la mayoría de considerar la movilidad jubilatoria dispuesta por la ley 18.037 como sinónimo de indexación, sistema éste vedado por la ley de convertibilidad del Austral. Recordemos que la indexación es el ajuste de una variable económica (salario, precios, etc.), en función de las variaciones que registran alguna serie de índices.

Al no reconocerle anclaje constitucional a la axiología previsional, sino tan solo legal, la misma será pasible de ser modificada en virtud de nueva legislación (en el caso la ley 24.463), a la que incluso se justificó en su aplicación retroactiva.

Haciendo ahora alusión a los efectos que se produjeron con la aplicación sistemática en nuestros tribunales de la doctrina adoptada por la C.S.J.N. en “Chocobar”, sobre la movilidad de los haberes de los jubilados y pensionados que se encontraban reclamando judicialmente el reajuste de aquellos, podemos afirmar (y así lo entendió la doctrina en su mayoría) que se constituyó un verdadero “despojo a los jubilados”.²¹

Dicha afirmación se basa en que según el pronunciamiento en “Chocobar”, el incremento de la movilidad entre el 01/04/1991 al 31/03/1995 debía ser un 3,28% anual acumulativo; cuando en realidad dicho incremento debió ser según el INGR, de un 64%, y según el ISBIC de un 29,37%.²²

²¹ artículo de Edgardo Waissbein, en “Revista de Jubilaciones y Pensiones”, Tomo VI, página 811.

²² El ISBIC (índice salarios básicos de la industria y la construcción) fue utilizado como pauta de movilidad por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en la materia desde 1986. Luego también por la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social. Se utilizó hasta principios de 1994 cuando las distintas Salas pasaron a utilizar el INGR (índice nivel general de remuneraciones).

El retorno a la seguridad social. El caso “Sánchez”.

Con fecha 17 de mayo de 2005 nuestro más Alto Tribunal, con su nueva conformación, tuvo ocasión de pronunciarse respecto de la viabilidad del reajuste previsional para el período 01/04/1991 al 31/03/1995 en la causa “*Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ Reajustes varios*” (fallos 328:1602)

El pronunciamiento en cuestión implicó el abandono de la doctrina sentada en la causa “Chocobar”, por el cual se reconocía para el período señalado, una movilidad del haber previsional del 13,78% por aplicación del AMPO.

La nueva conformación de la Corte Suprema restituyó la aplicación del art.53 de la ley 18.037 para todas aquellas personas que se jubilaron por este régimen, para el período 01/04/1991 al 31/03/1995, en la interpretación de que el mismo no era incompatible con el régimen desindexatorio propuesto por la ley 23.928; ni tampoco que fuera derogado por el art.160 de la ley 24.241, con más la aplicación del índice nivel general de remuneraciones (INGR) a los fines de estipular la actualización del haber previsional.

No nos cabe duda que una de las finalidades del fallo es la de lograr restituir los principios previsionales sentados judicialmente con anterioridad al caso “Chocobar”, y en especial aquel principio que habla del carácter sustitutivo de la prestación previsional.

En la postura mayoritaria de la nueva Corte, los principios previsionales ya reseñados tienen anclaje constitucional y no legal como otrora se sostuviera. Así, la proporción justa y razonable que debe haber entre el haber de pasividad con el de actividad es consecuencia directa del salario mínimo vital y móvil reglado por el art.14 bis, puesto que si por imperativo constitucional este salario debe asegurar vivienda, educación,

salud y alimentación; en pasividad, y como consecuencia de los aportes previsionales efectuados, se debe tener derecho a los mismos beneficios (considerando 5), máxime cuando en esta instancia de la vida la tutela legal se torna más necesaria, y no admite razonamientos regresivos (considerando 6).

Con agudeza, el fallo nos recuerda que a partir de la reforma constitucional de 1994, las obligaciones constitucionales con la clase pasiva no provienen solamente del art.14 bis, o del art.75 inciso 22), sino que el art.75 inciso 23) prevé la obligación de legislar medidas de acción positiva a favor de la ancianidad (doctrinalmente conocida como discriminación inversa), a fin de garantizar a los mismos el ejercicio y goce de los derechos fundamentales (considerando 3).²³

Reiteramos algo que creemos fundamental, para seis de los nueve integrantes de nuestro más Alto Tribunal de justicia²⁴, la relación proporcional entre los haberes previsionales y las remuneraciones que se percibían en actividad tiene raigambre constitucional.

A su vez, se sostiene que el art.53 de la ley 18.037 no fue derogado por el art.160 de la ley 24.241, por lo que proclama la vigencia de este método de movilidad hasta la entrada en vigencia de la ley 24.463, cuyo art.11 deroga al art.160 de la ley 24.241 (considerandos 7 y 8), manteniendo

²³ Art.75 inc.23): “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.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.”

²⁴ Voto conjunto de los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Highton de Nolasco y Lorenzetti, a lo que hay que sumar el voto del ministro Maqueda.

Los Dres. Argibay y Zaffaroni limitaron la relación de necesaria proporcionalidad entre los haberes de los pasivos y las remuneraciones percibidas cuando se encontraban en actividad a la vigencia de la ley 18.037, al igual que lo había hecho el voto mayoritario en “Chocobar”.

Por su parte el ministro Boggiano mantuvo, ahora en solitario, la postura del voto mayoritario de “Chocobar”.

el ajuste por movilidad hasta el 30 de marzo de 1995 según las variaciones en el índice del nivel general de remuneraciones (INGR) (considerando 9).

Por su parte, los Dres. Zaffaroni y Argibay se encargan de ratificar que el art.53 de la ley 18.037 no contempla un procedimiento indexatorio, puesto que apunta a regular los incrementos en el haber jubilatorio cualquiera fuese la razón que determinara el aumento de los salarios, sea o no inflación; y máxime cuando la ley 23.928 no tuvo por intención establecer un congelamiento salarial. Tampoco corresponde asignar a las jubilaciones que se pagaban bajo la ley 18.037 el carácter de una deuda con monto determinado, cuyo valor nominal variaba conforme a ciertos índices.

El ministro Maqueda sostuvo con acierto que la interpretación judicial en el ámbito previsional debe estar regida por el principio "*in dubio pro justitia socialis*", principio éste que apunta a materializar el estándar de bienestar constitucionalmente garantizado.

Reiteró también la idea de que la jubilación constituye la prolongación de la remuneración, que posee carácter alimentario y que el principio básico que sustenta el sistema previsional argentino es el de la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad.

Por último sostiene que la movilidad no presupone únicamente una necesaria actualización monetaria frente al deterioro que produce un proceso inflacionario, sino un ajuste periódico que, sin congelamiento del haber, y aunque no haya inflación, mantenga al jubilado en una situación de permanente relación proporcional entre pasividad y actividad.

Nosotros creemos que así como en la década de los '90 se produjo en la Argentina un notorio retroceso de la justicia social, en la que la actividad legislativa y administrativa de carácter regresivo fue acompañada por resoluciones condescendientes de la C.S.J.N. (nos remitimos a los considerandos de "Chocobar"); nuestro más Alto Tribunal, con su nueva

conformación, ha dado importantes pasos para desandar dicho camino. Vale citar algunos ejemplos, como declarar la inconstitucionalidad del art.46 inciso 1º) de la Ley de Riesgos del Trabajo en autos “Castillo”²⁵; declarar la inconstitucionalidad del tope de la indemnización por antigüedad del art.245 de la LCT en autos “Vizzotti”²⁶; luego declarar la inconstitucionalidad del art.16 de la ley 24.463 en “Itzcovich”²⁷, para luego hacer justicia con los jubilados en el referido caso “Sánchez”.

Ahora bien, pese a todo lo bueno que observamos en el fallo “Sánchez” que estamos tratando, que sin duda significó el retorno al camino de la justicia social en materia previsional; más allá, reiteramos, del saludable restablecimiento de los principios cardinales que conforman a la previsión social, el fallo en cuestión nos generó algunas dudas.

Por ejemplo, no entendemos por qué la C.S.J.N. frena la movilidad al 31/03/1995 y nada dice respecto a la movilidad posterior. Nosotros creemos que si la Corte hubiera sido consecuente con los principios que consagra en el fallo, debió declarar la inconstitucionalidad del inciso 2º) y del último párrafo del art.7º de la ley 24.463, y aplicar una pauta de movilidad con posterioridad al 31/03/1995.

Algunos dirán que en la causa sólo estaba en juego la aplicación del art.53 de la ley 18.037, y este artículo sólo estuvo vigente hasta la fecha referida por aplicación del art.10 de la ley 24.463, y que los actores de la causa no objetaron la movilidad dispuesta por esta última ley. Es dable advertir que el Máximo Tribunal posee facultades para realizar un control constitucional de oficio, si bien es cierto que ello es materia de una ardua discusión doctrina.²⁸

Además, ¿cómo puede dudarse de los perjuicios que ocasionó la movilidad dispuesta por la ley 24.463 en “ausencia de demostración del

²⁵ Fallo en “Castillo, Angel Santos c/ Cerámica Alberdi SA”, del 7 de septiembre de 2004.

²⁶ Fallo en autos “Vizzotti, Carlos Alberto c/ AMSA SA s/ despido”, del 14 de septiembre de 2004.

²⁷ Fallo en autos “Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios”, del 17 de mayo de 2005.

²⁸ Ver la postura de la Corte en fallo “Banco Comercial de Finanzas SA s/ Quiebra”, sentencia del 19 de agosto de 2004 (B.1160, XXXVI).

perjuicio”?, siendo que estamos hablando de cuestiones de carácter alimentario, y que desde la sanción de la ley, 7 (siete) presupuestos después (en 2002), se otorgó un ajuste al sector previsional que cobraba el mínimo jubilatorio, y sólo un aumento del 10% sobre los sectores que percibían un haber por encima del mínimo y hasta \$ 1.000.

El caso “Badaro”.

Con fecha 26 de noviembre de 2007 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó una nueva sentencia referida sobre el tema de la movilidad jubilatoria, y lo hizo en los autos “*Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ Reajustes varios*”.

A decir verdad, este fue el segundo pronunciamiento en los mencionados autos, ya que llegó a esta resolución en virtud de un planteo de incumplimiento a una resolución anterior (de fecha 8 de agosto de 2006), conocida como “Badaro I”, en la cual se fijaron pautas de recomposición de los haberes previsionales y pago de retroactividades.

En ese fallo “Badaro I” se le había otorgado al Estado Nacional la posibilidad de rectificar el sistema conforme las pautas decididas en un plazo estipulado prudencialmente (no se establece una pauta de días o meses, sino que habla de “plazos prudenciales”).

A raíz de la denuncia de incumplimiento y de inconstitucionalidad de la Ley de Presupuesto para el año 2007 (Ley N° 26.198), se abrió el tratamiento del recurso extraordinario, y se llegó entonces al pronunciamiento de noviembre de 2007, conocido como “Badaro II”.

En la sentencia de “Badaro II” se aceptó el reclamo interpuesto por el señor Valentín Badaro alegando la falta de la movilidad y se le hace lugar a

la consecuente recomposición de su haber jubilatorio, el cual se ubicaba en la categoría de los haberes superiores a \$ 1.000.-, entendiendo El Alto Tribunal que el sistema utilizado de movilidad jubilatoria era confiscatorio y no respetaba las garantías del artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

La Corte Suprema entendió en consecuencia que correspondía hacer lugar al reclamo, declarando la inconstitucionalidad del inciso 2) del artículo 7 de la ley 24.463, y ordenando el reajuste de la prestación recibida por el actor a partir del 1º de enero de 2002 y hasta el 31 de diciembre de 2006, según las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. Dicho reajuste es retroactivo por lo que la Administración Nacional de Seguridad Social no sólo debe abonar el nuevo haber conforme esas reglas sino que, además, debe pagar la retroactividad que resulte de la liquidación correspondiente, con más los intereses fijados a tasa pasiva y deduciéndose las sumas que pudieran haberse abonado en cumplimiento del decreto 764/06.

Esta importante decisión de la Corte se fundamentó en las siguientes consideraciones:

1) El contenido de la norma que se propone al Estado Nacional que cree, debía reparar el “menoscabo sufrido por los beneficiarios que percibían haberes superiores a los mínimos por la falta de una oportuna adaptación a los cambios en las condiciones económicas”.

2) La ley 26.198 (presupuesto aprobado del año 2007), si bien contempló un incremento anual de las prestaciones previsionales, no cumplía --a criterio de la CSJN-- con las prescripciones de dicha resolución pues no resolvía la situación de los años anteriores.

3) Se destacó que este “aumento... -al igual que el previsto por el decreto 1346/07- rige para la totalidad de la clase pasiva, sin examinar el achatamiento en la escala de beneficios señalado por esta Corte, además de que no se ha hecho cargo de que ese desfase se ha venido agravando

durante los últimos cinco años... sólo el decreto 764/06 introdujo una mejora en el haber del actor, pero su magnitud,... no guarda relación con la disminución evidenciada en la causa”.

4) Si bien la Corte reconoció la facultad constitucional del Estado en la elección y determinación de los regímenes de movilidad, también destacó que, naturalmente, “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”, en otras palabras, corresponde la aplicación del principio de razonabilidad.

5) Estableció que brindar contenido a la garantía constitucional del derecho a la movilidad (contemplada en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional) es un deber del Congreso Nacional y consiste en “asegurar a los beneficiarios el mantenimiento de un nivel de vida acorde con la posición que tuvieron durante sus años de trabajo”.

6) Otro pasaje de la sentencia amplía este concepto, y lo hace en los siguientes términos: “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 (Fallos: 327:3677), con correcciones en los haberes que se apartan por completo de los indicadores económicos”.

7) La Corte hizo en el fallo un análisis económico del desfasaje cuyo reconocimiento pretendía la actora, con las siguientes cifras que denotan la autenticidad del planteo “frente a subas en el nivel de precios del 91,26% en el período examinado y modificaciones en los salarios del 88,57%, según el Instituto Nacional de Estadística y Censos, la prestación del actor se encuentra alcanzada sólo por el incremento general del 11% dispuesto por el decreto 764/06 en ese mismo lapso, guarismos que acreditan suficientemente la pérdida invocada por el apelante”.

8) Asimismo, desestimó los planteos de la demandada sobre la gravedad institucional y la crisis de las cuentas públicas, ya que no demostró la existencia de graves circunstancias de orden económico o financiero que le impidieran al Estado cumplir el mandato constitucional o bien disponer lo necesario para al menos generar “una recuperación sustancial del deterioro sufrido por la prestación del actor”. Según la Corte dichas manifestaciones no son congruentes “con la mejora en las cifras de la recaudación y balance fiscal que son de público conocimiento”.

9) La Corte resaltó que el único aumento otorgado al beneficio previsional del actor resultó insuficiente para reparar el deterioro de su haber jubilatorio, y que fuera exigido por el fallo anterior, de lo que resultó una declaración de inconstitucionalidad del régimen de movilidad aplicable, ordenando su sustitución y el pago de las diferencias pertinentes.

10) Fijó la utilización del nivel general del índice de salarios elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) como parámetro de ajuste del haber del actor.

11) Previendo la crítica respecto del eventual aluvión de reclamos que esta decisión implicaría, la Corte dejó sentada su posición al afirmar que su opinión se limita a este caso traído a su conocimiento y que considera “que contribuiría a dar mayor seguridad jurídica el dictado de una ley que estableciera pautas de aplicación permanentes que aseguren el objetivo constitucional. Una reglamentación prudente de la garantía en cuestión, además de facilitar el debate anual sobre la distribución de recursos y evitar el uso de facultades discrecionales, permitiría reducir la litigiosidad en esta materia, que ha redundado en menoscabo de los derechos de los justiciables y del adecuado funcionamiento del Poder Judicial (Fallos: 328:566 Itzcovich), por lo que se formula una nueva exhortación a las autoridades responsables a fin de que examinen esta problemática”.

Como era de esperarse, con posterioridad al pronunciamiento en el caso “Badaro II”, existieron numerosos planteos al máximo Tribunal en procesos similares a éste, de los cuales resultó la confirmación de que estamos ante una cuestión federal admisible y que corresponde la aplicación de la doctrina “Badaro” ya impuesta.

En efecto, en los autos "*Carutti, Myriam Guadalupe c/ ANSeS*", con fecha 19 de febrero de 2008 así se resolvió. Textualmente el sumario reza: "Las objeciones esgrimidas respecto a la omisión del Congreso de dictar normas que fijen un método de movilidad suscitan cuestión federal para su consideración por la vía intentada, pues si bien la existencia o inexistencia de la cosa juzgada es un problema de hecho y de derecho procesal, ajeno a la instancia extraordinaria, ello no es óbice para conocer en un planteo de dicha naturaleza cuando la decisión impugnada extiende su valor formal más allá de límites razonables y omite una adecuada ponderación de aspectos relevantes de la causa, lo cual redundando en un evidente menoscabo de la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 323:2562). Y revisando las circunstancias económicas que se fueran operando desde el año 2002, declara procedente el recurso extraordinario y revoca la sentencia apelada con el alcance del fallo «Badaro».”.

Fallos posteriores: “Cirillo” y “Berón”.

Como ya vimos, la Corte Suprema resolvió en el caso “Badaro” la inconstitucionalidad del inciso 2º) del art.7º de la ley 24.463, y dispuso que la prestación del actor se ajuste, a partir del 1º de enero de 2002 y hasta el 31 de diciembre de 2006, según las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC).

Lo que siguió al conocimiento público de este importante fallo, es una catarata de presentaciones administrativas y judiciales reclamando en cada caso en particular la aplicación de la doctrina sentada en el mencionado caso, pero comenzó a surgir el inconveniente de tener que resolver la movilidad de las prestaciones con posterioridad a los períodos previstos en “Badaro”; con el agravante de vivirse en nuestro país un nuevo proceso inflacionario que, según estadísticas privadas, rondaría el 30% de inflación anual.²⁹

En este contexto es que la Excma Cámara Federal de la Seguridad Social (C.F.S.S.), en fallo “*Cirillo, Rafael c/ ANSeS s/ Reajustes varios*”, del 18 de abril de 2008, adopta las previsiones del caso “Badaro”, y extiende la aplicación de los índices de variación general hasta esa fecha.

Posteriormente, en el año 2009, nuevamente la Cámara Federal de la Seguridad Social ordenó ajustar un beneficio por la variación de salarios por el período enero 2007 a febrero 2009, argumentando que la evolución del nivel de salarios es trascendental para determinar su incidencia en los haberes. Esto fue resuelto en autos “*Berón, Ángel Natal c/ ANSeS s/ Reajustes varios*”, Sala II, sentencia del 14 de agosto de 2009.

²⁹ Consulta realizada en FIEL, www.fiel.org. Se toman en cuenta las mediciones privadas atento las fuertes críticas que han recibido las mediciones oficiales que realiza el INDEC (ver Diario “Clarín”, edición de fecha 12 de agosto de 2008).

Es decir, que la justicia se encuentra aplicando los principios y argumentos de "Badaro", pero extendidos en el tiempo, hasta la actualidad.

Consideramos importante resaltar que ante la defensa de la Administración Pública, argumentando en su favor la cantidad de aumentos que le dieron a la clase pasiva, la Cámara Federal de la Seguridad Social sostuvo que "amén del ajuste reconocido por la ley 26.198 y el decreto 1346/07 sólo se agregó el porcentaje otorgado por el decreto 279/08 que importó dos aumentos del 7,5% para todo el año 2008... Así las cosas, conforme los datos que surgen del índice de salarios que elabora el I.N.D.E.C.- elegido por el Alto Tribunal- el mismo registró una variación para el lapso enero 2007 a febrero 2009 del orden del 53,45%, superior al 46,90% reconocido a través de los incrementos establecidos por la ley de presupuesto citada y los decretos posteriores".

La Ley N° 26.417.

En octubre de 2008 el Congreso de la Nación sancionó la ley N° 26.417³⁰, llamada “De movilidad de las Prestaciones del Régimen Previsional Público”, y que incluye a los beneficiarios que dependan del Sistema Nacional de la Seguridad Social.

Esta ley prevé una pauta de ajuste de los haberes previsionales a realizarse dos veces al año, en los meses de marzo y septiembre, siendo primero de los ajustes a realizarse en marzo de 2009.

Dicho ajuste se realizará conforme dos fórmulas (la que resulte menor). La primera de las fórmulas consiste en un promedio entre la evolución semestral de los salarios y el aumento interanual de la recaudación de los impuestos que se destinan a financiar el pago de jubilaciones. La segunda fórmula tiene en cuenta la variación de los recursos totales del sistema por beneficiario (incluyendo los aportes y contribuciones a la seguridad social).

Pese a que en principio, parecería que el nuevo cuerpo legal cumple con la manda de la C.S.J.N. sentada en el Caso “Badaro”, la realidad es que no cumple con lo fijado por el Alto Tribunal, ya que la movilidad no es consecuencia directa de una proporcionalidad entre el salario y las jubilaciones, sino que la ley fija dos formulas y manda a aplicar el ajuste que resulte menor de ambos cálculos.

Tampoco la nueva ley prevé nada acerca del reajuste por el período 2002/2008, lo que seguramente traerá aparejado una lluvia de nuevos juicios.

Podemos afirmar que esta nueva ley no ha resuelto la controversia y según varios analistas, generará dos oleadas de juicios: uno por la

³⁰ La ley 26.417 fue sancionada el 1° de octubre de 2008 y promulgada con fecha 15 de octubre de 2008.

retroactividad del período 2002/2008; y otro cuando se comiencen a aplicar los ajustes, por no respetarse la relación aumento de los salarios - incremento de las jubilaciones.

Vale recordar que en un fallo reciente "*Berón, Ángel*", que analizamos supra, la Cámara Federal de la Seguridad Social hizo lugar a un pedido de reajuste cuando en un determinado período el nivel del índice de salarios fue superior al porcentaje de aumentos que otorgó el P.E.N.

Por lo tanto no nos cabe ninguna duda que, cuando en uno o dos años se empiecen a comparar el nivel de los salarios junto con los aumentos otorgados a través de esta ley 26.417, comenzaremos a tener una nueva oleada de reclamos administrativos y judiciales por no ajustarse a los principios que rigen al derecho previsional, ni reflejar el haber de pasividad una relación necesaria y una proporcionalidad con los haberes de actividad.

Como ya lo expusimos en una parte del trabajo, en la actualidad, con un proceso inflacionario que no cesa, bastaría con no aumentar adecuadamente los haberes previsionales para proceder a violar la manda constitucional del art.14 bis.

Para concluir el análisis crítico de esta norma, nos remitiremos a una parte de lo expresado por la C.S.J.N. en los considerandos del caso "*Badaro*", donde sostiene que "Para conferir eficacia a la finalidad protectora de la ley fundamental, su reglamentación debía guardar una razonable vinculación con los cambios que afectan el estándar de vida que se pretende resguardar, **lo que no sucede si el régimen en cuestión termina desconociendo la realidad que debe atender (Fallos: 327:367), con correcciones en los haberes que se apartan por completo de los indicadores económicos**".

Conclusiones.

Tal como lo hemos expresado al comienzo del trabajo, hemos observado como, en forma progresiva y alarmante, se han ido deteriorando los tres axiomas de la seguridad social, como son el de la “*relación necesaria*” entre el haber de actividad y pasividad, la “*necesaria proporcionalidad*” y el “*carácter sustitutivo*” de la prestación previsional; todo esto a partir de textos legales que procuraron reglamentar la garantía constitucional de la movilidad de las prestaciones.

Compartimos totalmente la posición del Dr. Juan José Etala que expresa: “Cuando un régimen es móvil debe mantener la movilidad en todas sus consecuencias para mantener la proporción necesaria entre todos los elementos que constituyen el sistema, evitando arbitrariedades e inequidades.” Agrega además que “Lo ideal sería aplicar el nivel del costo de vida, cuando la inflación carcome las economías individuales y nacionales (...) pero es que ni siquiera los activos obtienen que sus remuneraciones se adecuen a dicho nivel (...) lo mejor y deseable sería reajustar en función de la mayor productividad porque ello representaría una real mayor incrementación del valor adquisitivo de los haberes y haría partícipe a los jubilados de los mayores beneficios reales que obtienen los activos.”³¹

Creemos que es imposible encontrar una respuesta justa si al realizar el análisis prescindimos del art.14 bis de la Constitución Nacional. Y no nos referimos sólo a la letra del artículo, sino a su espíritu, a las discusiones registradas en el seno de la Convención Constituyente, como ya vimos.

Al respecto, el Dr. Bidart Campos, refiriéndose a las reglas de interpretación de normas constitucionales, sostiene que “se debe estar al criterio histórico, que respeta la voluntad del legislador.”³²

Haciendo una correcta hermenéutica de la manda constitucional encerrada en el art.14 bis CN, estando a su verdadero espíritu y leyendo lo que manifestaban los convencionales constituyentes sobre este artículo, no

³¹ Juan José Etala, “Las prestaciones de la seguridad social y su movilidad”, Ed. 1973 R.D.T.

³² Germán Bidart Campos, “Manual de derecho constitucional argentino”, Editar, Buenos Aires, 1979.

hay duda que el haber previsional básico, debe al igual que el salario mínimo vital y móvil para los trabajadores en actividad, asegurar al beneficiario su comida, vestimenta, educación de sus hijos, asistencia médica, vivienda, ocio y esparcimiento.

La ausencia de un sistema eficiente de movilidad se traduce en una evidente lesión al carácter sustitutivo del haber, al no mantener una adecuación que permita, mediante el reconocimiento de la movilidad dispuesta constitucionalmente, al mantenimiento de un standard de vida que reiteramos, garantice la alimentación, vivienda, educación, asistencia sanitaria, y en definitiva, una vida digna, objetivos básicos del principio de movilidad de las prestaciones jubilatorias.-

Existe una parte del trascendente fallo “*Sánchez*” que analizamos en este trabajo, que refleja con claridad nuestra postura y es tan contundente que nos hemos permitido transcribirla. En dicho fallo la Corte Suprema ha declarado que *“el objetivo preeminente de la Constitución, según expresa su preámbulo, es lograr el “bienestar general” (Fallos: 278:313), lo cual significa decir la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que esta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. Por lo tanto, tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: in dubio pro justitia socialis. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consignan o tienden a alcanzar el “bienestar”, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad” (Fallos289:430, página 436).*”.-

Es tan claro el mandato que nos cuesta entender como, si el salario mínimo vital y móvil en la actualidad es de \$ 1.440.-³³ (Pesos un mil

³³ Resolución N° 2/2009 del Consejo Nacional del Empleo, Productividad y Salario Mínimo Vital y Móvil. Se establece un mínimo de \$ 1.400.- a partir del 1° de agosto de 2009 para todos los

cuatrocientos cuarenta); el monto mínimo que perciben los beneficiarios del sistema previsional es de \$ 827,23.- (Pesos ochocientos veintisiete con veintitrés centavos).-

Nosotros consideramos que si esos \$ 1.440.- es lo pautado como mínimo indispensable para que una persona pueda alimentarse, vestirse, alquilar una vivienda, pagar sus impuestos y servicios, tener adecuada asistencia médica y esparcimiento, también debe ser el monto mínimo que debe percibir todo beneficiario del sistema previsional. Es decir, no compartimos esa dicotomía existente entre el salario mínimo vital y móvil por un lado y los haberes previsionales por el otro, cuando a nuestro entender debe garantizarse ese mínimo a percibir para ambos sectores.

A lo referido hay que agregarle que según las mediciones realizadas al mes de Septiembre de 2009, la Canasta Básica Total (CBT), que sirve para determinar la línea de pobreza, asciende a \$ 1590.-

El monto que perciben en la actualidad los jubilados y pensionados de nuestro país anda muy cercano a los indicadores de niveles de indigencia, puesto que la Canasta Básica Alimentaria (CBA) asciende a \$ 778,90.-

Si una persona gana menos de lo que se estipula como CBA es considerado indigente, estamos entonces ante la cruda realidad que los 2.105.000 (dos millones ciento cinco mil) jubilados y pensionados que perciben el monto mínimo, son prácticamente **indigentes**. Eso sin contar que existen otros casi 2.000.000 (dos millones) de jubilados y pensionados que perciben poco más de \$ 1.000.- mensuales, y entonces ya no son indigentes, sino que son simplemente **pobres**.

Propuestas.

trabajadores mensualizados que cumplan la jornada legal completa de trabajo. Ese monto se incrementa en forma escalonada a \$ 1.440.- a partir del 1° de octubre de 2009; y a \$ 1.500.- a partir del 1° de Enero de 2010.-

En esta parte del trabajo expondremos cuales son nuestras propuestas, claramente diferenciadas en dos temas: uno referido a cómo calcular el haber previsional y qué remuneraciones considerar al efecto; y otro referido a qué sistema de movilidad consideramos adecuado seguir.

Cálculo del haber:

Con respecto a cómo se debe calcular el haber previsional, podemos decir que es siguiendo una escala de porcentajes similares a las que establecía la normativa de la ley 18.037, de entre un 70% a un 82%, pero sin tomar en cuenta el exceso en la edad para aplicarlos, porque tendría efectos no deseados como que la persona no se quiera retirar a los 65 años, sino esperar a cumplir la edad que le otorgue el porcentaje más alto. Sí en cambio, considerarse el excedente en la cantidad de años con aportes al sistema previsional.

Proponemos en consecuencia, la utilización de distintos porcentajes aplicables sobre el promedio de remuneraciones considerando el **excedente en los años con aportes**, y a razón de aplicar un coeficiente adicional de 0,70588235 por cada año de excedente, teniendo como tope el 82% (ochenta y dos por ciento).

Es dable hacer notar que una persona de sexo masculino necesita 65 años de edad y acreditar 30 años de servicios con aportes, dentro de los considerados regímenes comunes, para poder acceder al beneficio previsional. Asimismo, que esa misma persona comenzaría a aportar a los 18 años de edad (así lo establece el art.2º de la ley 24.241³⁴), siendo en consecuencia su vida útil, de 47 años (65-18).

Atento ello, hemos prorrateado ese posible excedente de años de servicios en la escala que va del 70 al 82%, y establecido como tope este último.

³⁴ **Art.2º Ley 24.241:** “Están obligatoriamente comprendidas en el SIJP y sujetas a las disposiciones que sobre afiliación establece esta ley y las normas reglamentarias que se dicten, las personas físicas mayores de dieciocho (18) años de edad...”

Por ejemplo, si una persona acredita al momento de jubilarse 35 (treinta y cinco) años con aportes, el porcentaje aplicable sobre su promedio de remuneraciones sería de 73,52941175%, resultante de sumar al 70% (base) el coeficiente de 0,70588235 por cada año excedente (en el caso 5 años).

En el caso de las personas de sexo femenino, que tienen una edad jubilatoria menor (60 años de edad), la vida útil es de 42 años, por lo que el coeficiente aplicable por cada año debe ser del 1% sobre el excedente.

Como se verá hay una diferencia en el porcentaje aplicable sobre el excedente, pero esa diferencia es producto de la falta de igualdad en las edades requeridas para los diferentes sexos: 65 años para los varones y 60 años para las mujeres.

Nosotros no compartimos el criterio de tener un sistema previsional con disparidad de edades entre los varones y las mujeres, y creemos que la edad debe ser única para ambos sexos, más aún si vemos que estudios recientes dejan entrever que las mujeres viven entre 4 y 10 años más que los hombres.³⁵

Remuneraciones a considerar:

³⁵ Informe realizado por Naciones Unidas, ver www.un.org.

Con respecto a qué remuneraciones se deben considerar a los efectos de determinar el promedio de las mismas, para aplicar luego el porcentaje de acuerdo al esquema anterior, estamos en principio de acuerdo a lo que preveía al respecto la ley 18.037, aunque consideramos que dicho sistema de la ley 18.037, puede dar lugar también a injusticias.

Para explicarnos mejor, expondremos como hipótesis de trabajo un caso tomado de la vida real.

Tenemos una persona que trabaja sus primeros 20 años como gerente de una empresa muy importante, percibiendo altas remuneraciones, que a efectos de clarificar el ejemplo, diremos que es un monto estable de \$ 10.000.- (Pesos diez mil) mensuales; aportando \$ 1.100.- (pesos un mil cien) mensuales, producto de deducir de su sueldo el 11%.

Es decir que, en 20 años, y sin tomar en consideraciones los SAC, aportaría \$ 264.000.- (Pesos doscientos sesenta y cuatro mil), resultante de multiplicar los \$ 1.100.- por 240 (20 años).

Luego esa persona se va de la empresa, y sus últimos 10 (diez) años de aportes lo hace como un empleado raso de una PYME, percibiendo una remuneración mensual de \$ 1000.- (Pesos un mil); por lo que en aportaría \$ 110.- por mes, es decir, \$ 13.200.- en los 120 meses.

Según la modalidad de determinación del promedio establecido por la ley 18.037, tomando únicamente los últimos 10 años con aportes, dicho promedio sería de \$ 1.000.-, y percibiría en consecuencia una jubilación de \$ 700.-, producto de aplicarle al mencionado promedio, el 70%.

Como vemos, aportó en total en su vida laboral \$ 277.200.-, resultado de sumar los 264.000 más los 13.200.

Ahora veamos exactamente el mismo caso, pero invirtiendo los trabajos, de manera que en los primeros 20 años de vida laboral percibió

una remuneración mensual de \$ 1.000.-, aportando en consecuencia, la suma de \$ 26.400.-, resultado de multiplicar \$ 110.- por 240 meses.

Y los últimos 10 años los trabaja en la importante empresa percibiendo una remuneración mensual de \$ 10.000.-, aportando entonces la suma de \$ 132.000.- (resultado de multiplicar \$ 1.100.- por 120 meses).

Acá vemos que aportó en total en su vida laboral \$ 158.400.-, resultado de sumar los 26.400 más los 132.000.-

Aquí el promedio, siempre según la normativa de la ley 18.037, sería de \$ 10.000.-, percibiendo en consecuencia un beneficio jubilatorio de \$ 7.000.-, por aplicación a ese promedio del 70%.

Es decir que, de seguir ese procedimiento a efectos de determinar el promedio de remuneraciones, se daría en ciertas circunstancias, la injusticia que representa el hecho de que una persona habiendo aportado \$ 277.200.- en su vida laboral, perciba una jubilación de \$ 700.- (hipótesis uno); mientras que otra persona, aportando al sistema previsional la suma de \$ 158.400.-, (notablemente inferior al monto de la hipótesis uno), percibiría un haber jubilatorio de \$ 7.000.- (hipótesis dos), lo que resulta a todas luces injusto.

Cabe preguntarse entonces cómo se soluciona esa inequidad. Nosotros consideramos que existen dos formas de solucionarlo. Una sería un régimen de capitalización individual puro, similar al que se aplica en los Estados Unidos de América, con cuentas de capitalización manejadas por el Estado, no en manos privadas, porque nuestra Constitución Nacional es bien clara al respecto cuando impone al Estado la obligación de otorgar los beneficios de la seguridad nacional (art.14 bis CN).

Pero la solución que proponemos es un sistema de módulos, como si fuera unidad de medida, que a lo largo de la vida laboral, el trabajador va

adquiriendo año tras año, y que tiene un valor mínimo, equivalente al aporte mínimo si tomamos en cuenta el salario mínimo vital y móvil.

Es decir que, si tomamos un salario mínimo vital y móvil de \$ 1.500.-, el valor anual de aportes que debe realizar una persona es de \$ 1.980.-, resultado de multiplicar \$ 165 (11% de 1.500) por 12 meses.

De esta manera, si una persona alcanza la suma de \$ 1.980.- al finalizar el año, se le acreditaría UN MÓDULO.

De alcanzar a “comprar” UN MÓDULO por cada año de servicio, acreditaría por lo menos 30 MÓDULOS al momento de acceder a su beneficio previsional.

Entonces, el promedio de remuneraciones que se debe tomar a efectos de calcular su haber estará dado por el resultado de la siguiente fórmula: $x*y/30$, siendo “x” la cantidad de MÓDULOS que posee, e “y” el monto del salario mínimo vital y móvil al momento de jubilarse.

Volviendo a las hipótesis vistas supra, en la hipótesis uno, el trabajador habrá comprado 143 MÓDULOS (133 en sus primeros 20 años más 10 en los últimos 10), siendo su promedio de remuneraciones el resultado de $143*1500/30$, es decir, \$ 7.150.-

De la misma manera, en la hipótesis dos, el trabajador habrá comprado 86 MÓDULOS (20 en sus primeros 20 años más 66 en los últimos 10), siendo su promedio de remuneraciones el resultado de $86*1500/30$, es decir, \$ 4.300.-

Movilidad:

El tercer aspecto a considerar es el tema referido a la movilidad, sobre todo la de los haberes previsionales.

Todos los sistemas que se puedan aplicar a los efectos de la determinación del haber previsional, en principio, funcionan bien en mayor o menor medida, pero dependerá su éxito o no de la estabilidad de las remuneraciones. Es muy difícil establecer a priori un sistema para un país en donde se viven constantes procesos inflacionarios.

De ahí la importancia del tema de la movilidad de las prestaciones. Por un lado para mantener (o tratar de hacerlo) el valor de las remuneraciones históricas que se consideraran oportunamente. Estimamos que el sistema de MÓDULOS propuestos evita el envilecimiento de las remuneraciones, pero siempre y cuando se mantenga debidamente actualizado el salario mínimo vital y móvil, elemento fundamental porque es parte de la ecuación.

Por otro lado, para que una vez determinado en forma correcta ese haber previsional, éste no se deteriore con el transcurso del tiempo. Aquí estimamos pertinente la aplicación de una actualización conforme el nivel del costo de vida. Recordemos que así lo habían previsto los constituyentes en 1957 en referencia a la movilidad establecida en el art.14 bis C.N., y que también así lo estima prudente realizar el Dr. Juan José Etalá cuando expresa que “Lo ideal sería aplicar el nivel del costo de vida, cuando la inflación carcome las economías individuales y nacionales...”

Nuevamente hay que advertir que tampoco puede funcionar correctamente este sistema de movilidad si las mediciones del nivel del costo de vida no se realizan en forma correcta.

Solamente así se logrará que el haber previsional cumpla con el fin sustitutivo por el cual fue creado.

Bibliografía.

- ◆ Antonio Vázquez Vialard, “*Derecho del trabajo y de la seguridad social*”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008.
- ◆ Roberto A. Wassner, “*Manual de jubilaciones y pensiones*”, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1989.
- ◆ “*Manual de Jurisprudencia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*”, selección y sistematización a cargo de Mariano H. Mark y Francisco J. Vardé, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
- ◆ “*El caso ‘Sánchez’: un adiós parcial al precedente ‘Chocobar’*”, artículo de Alberto Calandrino y Guillermo Calandrino, publicado en “*Revista de Jubilaciones y Pensiones*”, año 2005, del Dr. Guillermo J. Jáuregui.
- ◆ “*Del robo del siglo al retorno a la justicia social*”, artículo de Edgardo Weissbein, publicado en “*Revista de Jubilaciones y Pensiones*”, año 2005, del Dr. Guillermo J. Jáuregui.