

Eugenio Luis Palazzo
Doctor en Ciencias Jurídicas

Buenos Aires, 26 de junio de 2019

Sra. Presidenta de la
Asociación Profesional del Cuerpo Permanente del Servicio Exterior de la Nación
Dra. Marta Insausti Urdapilleta de Aguirre
De mi mayor consideración:

Se solicita mi opinión acerca de las acciones judiciales que podrían interponerse ante el eventual dictado, por parte del Poder Ejecutivo Nacional, de un decreto de necesidad y urgencia (DNU) que derogaría la ley 22.731, por la cual se creó el Régimen Especial de Jubilaciones y Pensiones del Servicio Exterior de la Nación, y transfiriera a los afiliados comprendidos en ese régimen al Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), regulado por la ley 24.241 y sus normas modificatorias y complementarias. El anteproyecto que se me remitió admite, sin embargo, que los beneficiarios de prestaciones ya otorgadas mantengan sus derechos.

1. Los antecedentes del régimen

El régimen específico para el personal del Servicio Exterior se originó en el decreto ley 1049 del 29 de enero de 1958. En su considerando se destacaba la existencia de derechos adquiridos, la necesidad de “un retiro decoroso y digno al término de sus funciones”, “la calificada representación que ejercieron en nombre de la Nación” y “el Estado Diplomático del que están investidos” (B.O. 4-3-1958). Dicho régimen se extendió al personal del Poder Judicial por el decreto ley 5567, también de 1958. Años después, durante el gobierno del Gral. Onganía, se derogó este beneficio para el Servicio Exterior, pero no para el Poder Judicial.

El artículo 74 de la ley 20.957, que regula el Servicio Exterior de la Nación, dispuso: “El régimen de previsión aplicable a los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación estará integrado por las normas generales establecidas para los agentes de la administración pública nacional, y las normas específicas referidas a ellos que modificaren aquéllas”.

En el debate en el Senado, el miembro informante -el senador Bravo- subrayó, al fundamentar dicha previsión, que “el servicio exterior constituye una carrera orgánica”, que posee un sistema específico de “ingreso, promociones, deberes y obligaciones de sus integrantes”, y que “los diplomáticos retirados o jubilados siguen formando parte del cuadro permanente del servicio exterior”, es decir que pueden ser convocados a prestar servicios nuevamente, pese a su situación de pasividad (D. Ses. Senado, 1974, reunión 6ª, 6 y 7 de junio, pág. 662).

En cumplimiento de esa manda se dictó la ley 22.731, por la cual se estableció el Régimen de Jubilaciones y Pensiones para funcionarios del Servicio Exterior de la Nación, que establece, entre otras previsiones, un haber de jubilación equivalente al 85% móvil de la

remuneración total de la categoría de mayor jerarquía desempeñada durante un mínimo de cuatro años.

En el mensaje de elevación se señaló que la aplicación de este régimen se encuentra condicionada a “la acreditación de una verdadera carrera en el Servicio Exterior de la Nación, caracterizada por el ejercicio en forma efectiva de funciones de esa naturaleza durante un lapso mínimo de quince años continuos o veinte discontinuos”, y que “con carácter de carga pública se impone a los beneficiarios del régimen la obligación de desempeñar los cargos, funciones y misiones que les asigne el Poder Ejecutivo” (B.O. 8-2-1983).

Posteriormente, al sancionarse el proyecto de ley 25.668, que derogaba distintos regímenes previsionales específicos, el Presidente Duhalde dictó el decreto 2322/2002, por el cual vetó varias de sus disposiciones, entre ellas la que afectaba a la ley 22.731, y destacó, en el considerando, la litigiosidad que tales derogaciones producirían.

2. Los fundamentos de la derogación proyectada

La propuesta de DNU derogatorio señala, como argumentos que la sustentan, que al evaluar la dinámica del régimen establecido por la ley 22.731, se observa que ha tenido un costo creciente durante los últimos diez años, y que dicha situación, de acuerdo con las proyecciones realizadas por la Secretaría de Seguridad Social, se vería agravada en el mediano plazo por cuestiones demográficas del propio colectivo.

Añade que analizado el régimen especial en relación con el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), no se observan fundamentos sólidos que justifican su vigencia y aplicación, desde la perspectiva del principio de equidad que sustenta y orienta al Sistema de Seguridad Social, pues el nivel de sus prestaciones resulta significativamente mayor, en comparación con las otorgadas por el régimen general.

También destaca que, en el régimen especial, es dable observar la insuficiente proporcionalidad entre el nivel de beneficio que se recibe y el esfuerzo contributivo asumido; lo cual afecta la sustentabilidad financiera actual y futura del régimen especial y a su déficit.

Subraya, además, los objetivos del Gobierno Nacional en orden a la reducción del déficit fiscal y de avanzar hacia un régimen de seguridad social más equilibrado.

Finalmente estima que existe la urgencia en la adopción de la medida, y que ello hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes; indica que ha intervenido el servicio jurídico permanente de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación, y que la medida se dicta de acuerdo a las facultades emergentes del artículo 99, incisos 1 y 3, de la Constitución Nacional y a los artículos 2º, 19 y 20 de la ley 26.122 que es la que regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de decretos de necesidad y urgencia, los de veto parcial con promulgación parcial, y la legislación delegada, que dicta el Poder Ejecutivo.

3. Análisis de esa argumentación

En primer término, cabe destacar que la urgencia mencionada para evitar la intervención del Congreso en la derogación de esta ley, si es que existiera, de ningún modo reúne los recaudos exigidos por el artículo 99, inciso 3 de la Constitución Nacional: “circunstancias excepcionales [que] hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”, desarrollados por la Corte Suprema en precedentes que más adelante citaré. Es decir, la vía normativa elegida es incorrecta, y violenta disposiciones constitucionales.

También desde el punto de vista formal se debe señalar que el dictamen del servicio jurídico de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación no es el adecuado en una materia vinculada con la seguridad social, que requiere la opinión de los abogados del Estado de esa área.

En cuanto al fondo del tema, corresponde advertir que la regla constitucional que rige el sistema jubilatorio es la movilidad, impuesta por el artículo 14 bis, incorporado en la reforma de 1957, que implica, como lo ha expresado nuestra Corte Suprema de Justicia, la necesaria proporcionalidad entre el haber de pasividad y el de actividad (Fallos 255:306; 263:400; 267:196; 294:83; 300:84; 304:1722). Este principio, denominado *sustitutivo* interpreta adecuadamente los objetivos de la seguridad social, receptados por los convenios internacionales: su carácter tuitivo e integral. Fue reafirmado, ya en este siglo, en los casos “Sánchez” (Fallos 328:1602) y “Badaro” (Fallos 329:3089), y en especial en la continuidad de este último, conocida como “Badaro II”.

El Estado ha procurado limitar la movilidad consagrada constitucionalmente mediante la aplicación de índices inadecuados y la fijación de topes, lo cual, la mayor parte de las veces, ha sido desechado por inconstitucional por la Corte Suprema (los citados “Badaro”, “Actis Caporale -Fallos 323:4216- entre otros).

Por ende, el régimen de la ley 22.731 resulta plenamente conforme a los principios sobre seguridad social de la Constitución Nacional, así como de los tratados internacionales de derechos humanos que consagran la exigencia de *vida digna* en la ancianidad (art. 17, Conv. Interam. sobre la Protección de Dchos. Humanos de las Personas Mayores). Vida digna implica que el ingreso en la pasividad no debe alterar las posibilidades económicas de un trabajador.

Los problemas de financiación del sistema, que tanto se alegan, no afectan exclusivamente al régimen específico en análisis, sino a todo el esquema de jubilaciones y pensiones, y puede provenir de distintas causas, entre ellas una mayor expectativa de vida en general (no exclusiva de este colectivo), y también la utilización de fondos destinados a jubilaciones y pensiones para otros fines. La forma de superarlos no debe ser la supresión de beneficios, que atenta contra la *progresividad* de la protección social exigida por los tratados internacionales (art. 26, Conv. Am. Dchos. Humanos).

Por otra parte, así como las prestaciones, en este régimen específico, carecen de topes, tampoco los aportes los tienen, lo cual en la actualidad incrementa los ingresos compensando, en alguna medida, los egresos. Pero además de derogarse el régimen esos

mayores aportes se convertirían en pagos sin causa, con la consiguiente obligación de devolver, y la posibilidad de un incremento de litigiosidad.

4, Las alternativas de los cuestionamientos judiciales

4.1. Ante todo, debo resaltar que resulta prácticamente inviable, que casi cabe descartar la posibilidad de medidas preventivas, anteriores al dictado del eventual DNU, pues el sistema de control de constitucionalidad argentino, tomado del norteamericano (conocido como *control difuso* pues está a cargo de todos los jueces, en oposición al *control concentrado*, encomendado a un tribunal único), requiere la existencia de un caso concreto para que el Poder Judicial se halle habilitado a pronunciarse sobre él, una *causa* (en la terminología del art. 116 Const. Nac.) vinculada a una situación de hecho real, y no meramente hipotética o abstracta (CSJN, Fallos 210:848; 245:552; 306:1283; 313:594). En el mismo sentido ha señalado ese Alto Tribunal que “si lo demandado carece de objeto actual, su decisión es inoficiosa” (Fallos 253:346; 320:2806, con remisión al dictamen del Procurador Fiscal).

Los precedentes más cercanos a esta alternativa se refieren a impugnaciones del procedimiento legislativo, y han sido, en su inmensa mayoría, contrarias a admitirlo (CSJN, Fallos 256:556; 268:352).

No obstante, cabe reconocer que la regulación de la acción de amparo, prevista en el artículo 43 de la Constitución Nacional y en la ley 16.986, admite su procedencia aun cuando se trate de una amenaza inminente, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, a un derecho. También, desde fines de los años ochenta del siglo pasado, la Corte ha reconocido la existencia de acciones declarativas de inconstitucionalidad (CSJN, Fallos 305:1679), pero ante normas ya dictadas, cuya eventual aplicación produciría una grave incertidumbre jurídica.

Otro obstáculo para un planteo de este tipo es la reticencia, en la inmensa mayoría de los juzgados del fuero de la Seguridad Social, a dar un trámite adecuado a los amparos. Cabría también la posibilidad de plantearlo en el fuero contencioso administrativo, que sí les da trámite urgente. En una u otra alternativa tampoco cabe descartar que se susciten cuestiones de competencia entre ambos fueros, que prolongarían mucho el procedimiento.

En definitiva, la jurisprudencia vigente torna desaconsejable intentar una acción de amparo antes del dictado del eventual DNU. Si igualmente, en ejercicio del derecho a la jurisdicción por el cual todos podemos petitionar ante la justicia, se optara por promoverla, habría que contar con evidencias muy contundentes de la inminencia del dictado del DNU en cuestión.

4.2. Una vez dictado el DNU resultaría adecuado impugnarlo, aún antes de su aplicación concreta, tanto por la vía del amparo, como mediante acciones declarativas, en ambos casos petitionando también medidas cautelares de no innovar. La vía del amparo debe iniciarse dentro de los quince días de dictada la medida, de acuerdo con lo previsto por el artículo 2°, inciso “e” de la ley 16.986, norma que muchas veces se ha considerado

superada por el artículo 43 de la Constitución, introducido por la reforma de 1994, pero que, a todo evento, conviene acatar.

Para ello estarían legitimados tanto esa Asociación como los futuros beneficiarios. La primera pues el artículo 4º, inc. "A" del Estatuto Social la habilita para: "Representar y defender los intereses profesionales, económicos y asistenciales de los miembros del Cuerpo Permanente del Servicio Exterior de la Nación ...", y el artículo 43 de nuestra Carta Magna admite el amparo colectivo, presentado por una asociación. Los futuros beneficiarios, tanto que hayan reunido los requisitos para jubilarse o que se encuentren próximos a cumplirlos, pues en este caso sí se configuraría la amenaza inminente como recaudo del amparo, y los primeros podrían alegar un derecho adquirido. Ha señalado la Corte Suprema que cuando, en vigencia de una ley, un particular ha cumplido todos los requisitos, obligaciones sustanciales y recaudos formales para ser titular de un derecho, debe admitirse que lo ha adquirido y resulta inadmisibles su suspensión por una ley posterior (Fallos 296:737).

El borrador de proyecto de DNU que se me enviara resulta impugnables tanto en base al incumplimiento de las exigencias del artículo 99, inciso 3 de la Constitución; por la afectación de la movilidad jubilatoria; por la pérdida de los aportes superiores al tope; así como por la afectación de derechos adquiridos en el caso de quienes ya han reunidos las exigencias para jubilarse.

Es decir que los distintos legitimados podrían invocar fundamentos que se suman, y que puedan sostener la posición de unos y otros, que son diversas.

4.2.1 No se advierte la imposibilidad de someter un proyecto similar al procedimiento legislativo, máxime estando reunido el Congreso, tampoco se constata la urgencia cuando se trata de un régimen vigente desde ya hace varias décadas, e incluso no se ha declarado una emergencia que abarque el tema.

En el precedente "Verrocchi" la Corte Suprema sostuvo que el presupuesto para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia es que las cámaras del Congreso no puedan reunirse materialmente por razones de fuerza mayor -acciones bélicas o desastres naturales- y cuando "la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes" (Fallos 322:1725). Se trata, como ocurrió en ocasión de la primera utilización de este instituto desde la recuperación de la democracia -la implantación del plan austral en junio de 1985- de casos en que los tiempos del Congreso pudieran tornar ineficaces las medidas estatales (Balbín, Carlos "Los decretos reglamentarios y de necesidad y urgencia", en "Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", dirigido por Daniel Sabssay y coordinado por Pablo Manili, Edit. Hammurabi, tomo 4, 2010, págs. 162 y ss.).

Tal presupuesto no se observa en el caso pues la vigencia del régimen que se pretende derogar ya lleva más de veinticinco años, y si bien requiere, seguramente, un nuevo análisis, el ámbito adecuado para realizarlo es el Congreso de la Nación, único órgano

competente para establecer las regulaciones de la seguridad social, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional.

La regulación de los derechos es un cometido propio de los órganos legislativos, de acuerdo con las previsiones del artículo 14 de nuestra Carta Magna, que los consagra “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”. Se trata de una conquista del constitucionalismo enunciada en los primeros documentos que le dieron origen. La intervención del Poder Ejecutivo solamente puede ocurrir en casos excepcionales, como lo destaca el segundo párrafo del inciso 3 del artículo 99, que sanciona con nulidad absoluta e insanable la emisión de disposiciones legislativas por su parte. El párrafo siguiente la admite solamente en circunstancias excepcionales, que ya he descrito.

4.2.2. La movilidad en las jubilaciones impuesta constitucionalmente, en cuanto requiere, como ya he explicado en el punto 3 de este dictamen, que el ingreso de pasividad sustituya, en su capacidad adquisitiva, al de actividad, no puede admitir topes. Y así lo reconoció la Corte Suprema en el citado “Actis Caporale”.

Claro que, si se impide realizar aportes por encima de un tope, puede interpretarse, como lo hizo la misma Corte Suprema en “Gualtieri” (Fallos: 340:411), que la ausencia de ellos justifica restringir también los beneficios. Por ende, la exclusión de aportes superiores, que resultaría de integrar a todos los agentes del Servicios Exterior en el régimen general de jubilaciones, afecta en forma directa la proporcionalidad con el total de remuneraciones que percibe un agente en actividad.

Por supuesto que lo correcto sería que no hubiera tope para nadie, y así se cumpliría la manda constitucional, pero el hecho de que lo haya para muchos no justifica que se le imponga también a quienes no lo tenían, violando sus derechos.

4.2.3. Los aportes ya efectuados superiores al tope general se convertirían en pagos sin causa, e implicarían un enriquecimiento injustificado del sistema de seguridad social. El artículo 1796 del Código Civil y Comercial incluye entre los supuestos de pago sin causa el “realizado en consideración a una causa futura que no se va a producir”, e impone su devolución.

Pero esa devolución no cumple el recaudo de la reparación integral de un daño. En “Rodríguez Pereyra” (Fallos 335:2333) la Corte entendió en que el “principio general” que establece el artículo 19 de la Constitución Nacional, según el cual se “prohíbe a los ‘hombres’ perjudicar los derechos de un tercero” se encuentra “entrañablemente vinculado a la idea de reparación”. Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral. En otros precedentes, la Corte ha derivado el derecho a la reparación del derecho de propiedad amparado en el artículo 17 de la Constitución o, en otras oportunidades, directamente de la garantía constitucional de la seguridad jurídica (Fallos 326:417). El derecho a una reparación es un derecho perfectamente extraíble de los artículos 17, 19, 41, 75, inciso 22 o 33 de la Constitución Nacional y del artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La restricción indebida de la movilidad jubilatoria es un daño ilegítimo provocado por esta medida que el Estado ha proyectado, y debe ser evitada y reparada.

4.2.4. Si bien nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de un régimen legal, su modificación no puede cambiar la situación de quienes ya han reunido todas las condiciones para acogerse a sus beneficios. En ese caso dicho beneficio integra el derecho de propiedad, con el alcance constitucional del término que es mucho más amplio que el dominio consagrado en la regulación civil, e incluye los beneficios previsionales (Fallos 158:132; 314:1477). Es decir que ellos tienen el amparo del artículo 17 de la Constitución Nacional.

Por lo tanto, quienes hayan cumplido con las exigencias del régimen especial de jubilaciones y pensiones, tanto de años de servicio, edad y aportes, así como también las referidas al ingreso en la carrera diplomático y permanencia en ella, ya han adquirido el derecho a gozar de esos beneficios, y una norma que se lo impidiera confiscaría su propiedad. Cuando los hechos jurídicos -fuente o productores de derechos- se han consumado en la forma prevista en la ley, debe considerarse que han producido su efecto específico de crear un derecho pleno y no una mera expectativa (CNApel. Civil, Sala G, 31/07/84, "Cincotta de Rebagliati, Angélica y otros c/Arzobispado de la Ciudad de Buenos Aires").

4.3. Independientemente de su utilización como argumento en amparos o acciones declarativas que procuren impedir la vigencia del DNU proyectado, los aportes en más efectuados al carecer, ellos, de topes máximos, constituyen, como ya señalé, un pago sin causa, que debe ser reintegrado.

La vía procesal adecuada para ello es una acción de repetición, esto es un juicio ordinario, con las dilaciones que ello implica.

5. A modo de síntesis final entiendo que el DNU proyectado resulta inconstitucional, y que puede ser impugnado judicialmente, una vez dictado, mediante acciones de amparo o declarativas, con medidas cautelares en ambos casos. Asimismo, podría pedirse la repetición de las sumas pagadas en exceso del tope de aportes. He señalado los lineamientos básicos de la argumentación a utilizar, sin perjuicio de abundar en ella en el caso que resulte necesario iniciar dichas acciones. En tal supuesto se debería definir una estrategia judicial global que posibilite el mejor resultado posible, en los tiempos más acotados que los procedimientos tribunalicios permitan.

Estimo que lo expuesto responde la consulta efectuada, y quedo a disposición para cualquier ampliación o aclaración que considere necesaria.

Saludo a usted atentamente.