

Con motivo de la posible modificación del régimen jubilatorio actualmente aplicable a los funcionarios de carrera del Servicio Exterior de la Nación, se ha requerido la opinión del suscripto acerca de las consecuencias que podrían derivarse de esa eventual modificación.

I. Derecho adquirido

Los derechos adquiridos integran el repertorio de contenidos del derecho constitucional de propiedad, y por consiguiente quedan amparados por la garantía de inviolabilidad consagrada en el art. 17 de la C.N.

En la seguridad social, y especialmente en el derecho previsional su importancia es innegable, encontrándose vinculada con la cuestión de la ley aplicable para la obtención de la jubilación, más aun en un ámbito en el cual los cambios normativos son frecuentes, motivados por las variaciones en materia de evolución demográfica, cambios en los niveles de empleo, y adecuaciones en las modalidades de financiamiento.

Marienhoff lo caracteriza como la causa o el motivo jurídico para el otorgamiento de un beneficio previsional, "Cuando a alguien se le otorga una jubilación es porque tiene derecho a obtenerla, Se trata de un derecho adquirido.

La calidad de adquirido que posee un derecho, proviene directamente de alguno de los actos jurídicos que se la confieren, sea una ley, un contrato, una sentencia o un acto administrativo. Y para su existencia cuando se han cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en la ley para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido aunque falte la declaración formal de una sentencia o de un acto administrativo.

El criterio precedentemente expuesto ha tenido legal recepción en el art. 161 de la Ley 24.241 que establece que el derecho a las prestaciones se rige en lo

sustancial, salvo disposición expresa en contrario: a) para las jubilaciones, por la ley vigente a la fecha de cese en la actividad o a la de solicitud, lo que ocurra primero, siempre que a esa fecha el peticionario fuera acreedor a la prestación, y b) para las pensiones, por la ley vigente a la fecha de la muerte del causante.

En consecuencia, para los funcionarios en actividad, a la fecha de emisión de este informe, el régimen jubilatorio aplicable es el creado por la Ley 22.731, pero si a la fecha del cese en la actividad o a la de la solicitud del beneficio el régimen hubiera quedado derogado, el aplicable será el vigente en ese momento.

II. Los derechos adquiridos, la propiedad de las cotizaciones y la cuestión de los aportes sin tope.

La cuestión de la propiedad de los aportes, y las características de ese derecho, tiene estrecha vinculación con la noción misma de derecho adquirido.

Sobre la cuestión de las cotizaciones y la propiedad de las mismas, se ha dicho que el patrimonio que administra un organismo previsional, es un patrimonio social de afectación, y si no se lo protegiera, sería en desmedro de los restantes beneficiarios y aportantes al sistema, ya que, "en cualquier sistema económico-financiero de seguridad social se debe afirmar que los propietarios del dinero y responsables de su administración son quienes aportan y quienes en virtud de esos aportes luego serán beneficiarios. En los sistemas contributivos -reparto- son los sujetos de la seguridad social quienes aportan a su financiación con el fin específico nacido de la ley y de la propia intencionalidad de los aportantes, otro fundamento lo constituye el hecho que los que efectúan el aporte son los miembros de la sociedad, y por último, se basa también en el hecho de la concepción social del riesgo. La razón ética de la existencia de los fondos de la seguridad social es la "solidaridad social" y también la práctica de la virtud social que es la "justicia social", -de ciertas

formas de sociedades intermedias o del estado- también es un patrimonio social de afectación que debe ser aplicado exclusivamente para dicho fin con sólo la utilización adecuada de lo que requiera su administración”[.

Por ello podemos afirmar que la propiedad de los aportes efectuados a un sistema de estas características no es de los afiliados aportantes. El aporte está destinado a financiar un régimen sobre previsión, y es por eso, propiedad de la ANSES que atienden el pago de los beneficios.

Esto ha sido ratificado por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, “...el hecho de efectuar aportes no genera ni un derecho de propiedad que permita al afiliado disponer de las sumas ingresadas en tal concepto, ni un derecho correlativo a obtener un beneficio por la sola circunstancia de haber padecido la retención, ya que la constitución legal del fondo de las cajas previsionales, está conformada con el producto del descuento forzoso sobre los sueldos cuyo destino es el de posibilitar el cumplimiento de los fines para los cuales las cajas fueron creadas (doct. Causas B. 52.239, sent. De 23-VII-1991, “Acuerdos y Sentencias”, 1991-II, pagina 611; B. 53.571, sent. De 18-IV-1995, “Acuerdos y Sentencias”, T. 1995-II, pagina 96; B. 55.774, sent. De 25-II-1997, “Acuerdos y Sentencias”, t. 1997-I, pagina 210.) Causa B. 64.762, “Espelet”, sent. de 15-VIII-2007, SCJBA.

Si alguna duda pudo generarse en los primeros años de vigencia del régimen de capitalización creado por la Ley N° 24.241, con el paso del tiempo quedo claramente establecido que los aportantes afiliados a las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP), solo tenían un derecho de dominio imperfecto sobre los aportes efectuados a la cuenta de capitalización individual.

Sin perjuicio de ello, a partir de la eliminación del régimen de capitalización individual y el traspaso de los aportes a la ANSES, se efectuaron planteos por parte de afiliados a las AFJP tendientes a la restitución de los mismos, y se ha

resuelto, que es inconstitucional el art. 7 de la Ley N° 26.425 en cuanto establece el traspaso del saldo voluntario existente en la Cuenta de Capitalización Individual a la ANSES, en tanto resulta lesivo a los derechos amparados por los arts. 14 bis tercera parte y 17 de la Constitución Nacional, pues tales sumas son de propiedad del afiliado titular, quien las ha depositado con la finalidad de obtener en el futuro un beneficio previsional.

Distinguiendo entre estos aportes y los obligatorios, el Dr. Fasciolo en su voto dice: “Desde ya, considero apropiado remitir a esos precedentes por razones de celeridad y economía procesal y, sobre esa base, encuentro oportuno destacar que, a mi juicio, resulta a todas luces manifiesta la distinta naturaleza jurídica de los aportes obligatorios y voluntarios. Los primeros fueron establecidos por la ley coercitivamente en base al principio de solidaridad previsional (sea que estos hubieren sido dirigidos al régimen de reparto o al de capitalización), lo que en ocasiones justifica su exigencia sin derecho a devolución aunque no se tenga acceso a una prestación, cuando esa privación resulta de circunstancias personales del propio afiliado (como ser la falta de edad o años de servicios y aportes exigidos o del incumplimiento de cualquier otro requisito legalmente establecido, conf. doctrina de fallos 319:2177 y del dictamen de Fallos 328:33).

Respecto a los voluntarios, se indica que fueron previstos por el legislador como facultativos o libres, y sólo admitidos en el régimen de capitalización, lo que excluye toda posibilidad de asimilación a los obligatorios. Sobre ellos su titular goza de un derecho de propiedad, por lo que deben ser devueltos, cuando se han modificado las condiciones a las que adhirió al momento de efectivizarlos.

En mi criterio la naturaleza de los aportes voluntarios guarda estrecha relación con los aportes que sobre el total de la remuneración bruta percibida están obligados a efectuar los funcionarios diplomáticos de carrera.

Recuérdese que los aportes sin la limitación del tope constituye una de las características diferenciadoras del régimen jubilatorio creado por la Ley 22.731, lo que vale para concluir que en el hipotético supuesto de que se produzca la derogación de la ley va de suyo que corresponderá brindarle una solución a la situación disvaliosa que se plantearía derivada de la circunstancia de haber alimentado con mayores aportes a un régimen que quedaría sin efecto.

Por ello es importante hacer referencia a reiterados fallos emitidos por la Justicia de la Seguridad Social en reclamos formulados por funcionarios del Poder Judicial de la Nación, al amparo de la Ley 24.018.

“Por sentencia de fs. 49, el Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social nro. 5 rechazó la demanda promovida por los coactores contra las resoluciones que les denegaron los beneficios jubilatorios solicitados por la ley 24018 alegando su condición de jefes de despacho de primera y el derecho adquirido derivado de la presentación de la renuncia condicionada a sus cargos. Con costas por su orden. Contra lo resuelto se dirige el recurso de apelación de la parte actora que fue concedido y sustentado a fs. 54/64. II. En torno a la cuestión de fondo, considero aplicable al sub examine las consideraciones vertidas en numerosos precedentes en los que me pronuncié por la improcedencia del reclamo, aún con anterioridad al dictado de la mentada acordada del Superior Tribunal (ver, entre otros, sentencia 109542 del 17.12.09 in re 42417/07 “Pirroni Lucía Margarita c/ANSeS s/acción meramente declarativa”). La posición adoptada se ve reforzada, a partir de la Ac. 20/12 del 30.10.12, que declaró la invalidez de la Res. 196/06 del Consejo de la Magistratura, dispuso mantener los cargos que integran el escalafón del Poder Judicial de la Nación aprobado por acordada 9/2005 con las denominaciones allí consignadas **y ordenó a las Habilitaciones de Capital e interior del país el cese inmediato del descuento a los jefes de despacho del aporte personal previsto en el art. 31 de la ley 24018, modificó el monto de los aportes para ese cargo con arreglo a la pauta del art. 11 de**

la ley 24241 y dispuso, por quien corresponda, el reembolso de las sumas retenidas en demasía durante el período de vigencia de la resolución anulada. (Cfr. S.I. registrada el 2.6.15, causa 26807/13 “UNIÓN DE EMPLEADOS DE JUSTICIA DE LA NACIÓN C/PODER JUD. DE LA NAC. – CORTE SUPREMA DE JUST. DE s/acción meramente declarativa” y S.D. del 3.8.15 in re 67180/12 “Rivolta Palma María Cristina c/ANSeS s/amparos y sumarísimos”). Por lo demás, los demandantes no pueden invocar la afectación de un derecho “previsional” adquirido siendo que se trata de una empleada en actividad del Poder Judicial en “expectativa” de jubilarse, situación que no se ve alterada por la aceptación de su renuncia condicionada por la Cámara respectiva a los fines de iniciar su trámite jubilatorio, máxime si se tiene en cuenta que no ha alegado ni probado oposición alguna al reembolso de las sumas retenidas en demasía dispuesto por el Superior, de manera que le fue reintegrado el aporte adicional exigido por el régimen especial cuyo amparo pretende. **(El resaltado me pertenece)**. Por lo demás, considero oportuno agregar que no ha sido alegado por la parte actora ni acreditado en autos que hubiere mediado renuncia definitiva al cargo, ni que aquella hubiere sido presentada ante la Cámara del fuero que ejerce la superintendencia del mismo y, por tanto, es la autoridad que debe aceptarla. La solución que propicio adoptar concuerda con la adoptada por el suscripto en la causa 80327/12 “POSSE JOSE C/ANSES S/PRESTACIONES VARIAS” (sentencia del 14.6.16). En igual sentido se ha expedido la F.G. 2 (dictamen nro. 37218 del 30.12.16 en autos 5607/13 “CARRIZO ANA MARIA C/ANSES S/PRESTACIONES VARIAS”...” .

La Ley 24.018 es la que estableció el régimen jubilatorio, entre otros, de los jueces de la Nación y por resolución del Consejo de la Magistratura, luego declarada inválida, se otorgó el mismo tratamiento a otros funcionarios del Poder Judicial de menor jerarquía, quienes se vieron por ello obligados a realizar los aportes previsionales sin tope.

La anulación de dicha equiparación motivó que se decidiera el cese inmediato del descuento a los jefes de despacho del aporte personal previsto en el art. 31 de la ley 24.018; la modificación del monto de los aportes para ese cargo con arreglo a la pauta del art. 11 de la ley y el reembolso de las sumas retenidas en demasía durante el período de vigencia de la resolución anulada.

La solución precedentemente descripta es la que podría ser utilizada para resolver la situación de los aportes que sobre la remuneración bruta hay realizan los diplomáticos de carrera, es decir sin tope, ello en el supuesto de resolverse una modificación y/o derogación del régimen jubilatorio creado por la Ley 22.731.

III.- Derecho a la jubilación. Derecho en expectativa -

Para entender el funcionamiento del derecho de propiedad, en relación a las jubilaciones y pensiones, resulta interesante discriminar las distintas etapas que atraviesa el derecho de los afiliados. En la primera, son solo afiliados y cotizantes a un sistema; la segunda comienza cuando han reunido las condiciones para obtener el beneficio; y la tercera desde el otorgamiento de la prestación.

El derecho a la jubilación corresponde a la primera etapa, cuando los afiliados a un sistema previsional se encuentran en actividad, y aún no alcanzaron los requisitos de acceso a las prestaciones conforme a la normativa vigente, no podemos hablar de un derecho a jubilarse mientras está prestando servicios, es lo que la doctrina y jurisprudencia han definido como “derecho condicional o en expectativa”, y que no está resguardado por la garantía de inviolabilidad de la propiedad.

No es un derecho de propiedad (adquirido), no ha ingresado todavía al patrimonio del afiliado ninguna prestación previsional, existe solo la posibilidad de obtenerlo si reúne las condiciones exigidas para ello.

Ese derecho que tiene el trabajador, mientras se prolonga la relación de trabajo, a obtener una jubilación futura, es un derecho de expectativa, o como expresan algunos autores, derecho bajo condición suspensiva o condicional, significando que se perfecciona cuando se cumple la condición (edad, antigüedad, invalidez, etc.).

IV. La ley aplicable -

En esta primera etapa, puede producirse la modificación legislativa del sistema previsional sin afectar derechos o garantías constitucionales. Y al alcanzar los requisitos de acceso a la jubilación es que comienza la segunda etapa, y es en la cual adquiere relevancia la cuestión de la ley aplicable para conceder la jubilación.

Bidart Campos se pregunta: “¿Puede perderse tal derecho a la jubilación futura?” Y recuerda que al referirse al aporte había dicho que “la sola circunstancia de soportar la retención y efectuar la contribución a una caja de previsión no confiere derecho alguno. Es decir, que mientras no se esté en condiciones de acceder a un beneficio jubilatorio y por ello se produzca el cese o el inicio del trámite, la ley puede variar las condiciones de los afiliados en actividad para obtenerla, de donde surge que una modificación cualquiera puede hacer desaparecer para ellos ese derecho futuro...”.

Si es cierto, que para la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y los tribunales inferiores del fuero de la seguridad social, la ley aplicable es la de la cesación en el empleo, cuando el afiliado dejó de trabajar antes del otorgamiento.

Para los afiliados en actividad, toda ley de previsión es retroactiva mientras esa actividad continua, no ha cesado, y por lo tanto no se ha concedido la jubilación, mientras tanto, no hay incorporación al patrimonio de ningún derecho efectivo, y la ley puede privar de la expectativa o de la eventualidad sin lesionar la propiedad. “Las leyes de jubilaciones tienen carácter

administrativo, son de orden público y por lo tanto pueden modificar los requisitos exigidos en la legislación vigente bajo la cual se han prestado los servicios, desde que, hasta la decisión que haga cosa juzgada, no hay sino un derecho en expectativa que cesa, cede o se modifica ante una ley de ese carácter". (C.S.J.N. Fallos, T.205. página 147.)

V. Momento en el cual se adquieren los derechos -

En la segunda etapa, en la que el afiliado alcanza las condiciones exigidas debemos distinguir dos situaciones, a) que continúe en actividad, b) que se produzca la cesación en el servicio.

Bidart Campos, en 1968, había dicho que la ley que rige el otorgamiento es la vigente en el momento de concederse, con la sola excepción de los casos de fallecimiento o de cesación de servicios anteriores. Muchos años después, ratifica lo expresado, sintetizando: el derecho a la jubilación se rige: a) por la ley vigente a la fecha del otorgamiento, cuando el afiliado está todavía en actividad; b) por la ley vigente a la fecha de la cesación en la actividad, cuando el afiliado dejó de trabajar antes del otorgamiento.

En suma, para los supuestos de cese en la actividad anterior al otorgamiento de la jubilación, la ley vigente en el momento de cesar como trabajador y al entrar en pasividad es la aplicable a la concesión del beneficio, sin que otra posterior pueda tener alcance retroactivo.

La doctrina judicial en Argentina en esta materia ha sido clara, al sostener que; la jubilación es un derecho que se adquiere al cumplir los requisitos exigidos por la ley previsional respectiva y el cese que ha de tomarse como origen del beneficio pretendido es el que coincide con la fecha en que se reúnen tales requisitos. Antes, solo el particular tiene un derecho de expectativa ostentando el estado de 'pretendiente al beneficio', el que puede quedar frustrado si en el interin una ley posterior modifica las condiciones o suprime el beneficio

(Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, B.50130, sent. 29-9-87, "Ciafardini", Acuerdos Y Sentencias. t. 87-IV-129)

VI. El beneficio concedido. El status Jubilatorio -

Resulta útil recurrir a la noción de status jubilatorio, el que queda protegido por la garantía constitucional de la propiedad inviolable, claramente diferenciado del goce de beneficio, o derecho al monto del mismo, que si bien no admite rebajas confiscatorias, no es intangible.

“Los elementos constitutivos del status jubilatorio, resultante de la situación del agente al momento del cese, deben ser mantenidos para evitar que se opere en los hechos una retrogradación por obra de modificaciones reglamentarias que alteren las condiciones existentes al conceder el beneficio (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda. Fallos 328:1602);

La modificación de cualquiera de los elementos que constituyeron el "status jubilatorio" causa agravio a las garantías reguladas en los arts. 14 bis, 17 y 18 de la Constitución Nacional (Disidencia de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Guillermo A. F. López). (Fallos: 320:1602); El derecho otorgado por el art. 23 del decreto Ley N° 7825/63, al constituir uno de los componentes del status jubilatorio, no puede ser desconocido por el mero hecho de haberse derogado la norma que lo concedió. (Fallos: 311:1446).

Se había discutido en la doctrina, acerca del momento en que el "status" puede considerarse adquirido con carácter definitivo, y según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, era la del vigente al momento en que se dicte la resolución administrativa, asignándole al acto administrativo carácter constitutivo. En otra postura, se sostuvo que el derecho se consolida cumplidos los requisitos exigidos conforme a la ley vigente al momento de solicitarse la jubilación y cesar en el servicio. Y para esta posición, el derecho se adquiere antes de la decisión administrativa, y el acto solo se limita a verificar estos extremos, tiene carácter declarativo.

Según la antigua jurisprudencia de la Corte Suprema, el derecho del aspirante a una jubilación solo tenía carácter de derecho adquirido, en sentido constitucional, cuando ha sido dictado y está firme el acto administrativo que, al otorgar la jubilación, inviste al peticionante en el status de jubilado (Fallos 242:40; 247:140, entre otros). No obstante ello, ese criterio restrictivo, no resultaba consistente con la regla general que la propia Corte tiene establecida como el momento en que un derecho puede ser considerado adquirido e incorporado al patrimonio de su titular. En ese sentido, en el precedente de Fallos 296:723[21] el Tribunal afirmó que: "Si bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido aunque falte la declaración formal de una sentencia o de un acto administrativo, pues estos sólo agregan el reconocimiento de ese derecho o el apoyo de la fuerza coactiva necesaria para que se haga efectivo ".

Adviértase que la controversia se encuentra actualmente dilucidada en virtud de lo dispuesto por el ya mencionado art. 161 de la Ley 24.241, que determina que la ley aplicable es la vigente a la fecha del cese o el de la solicitud del beneficio.

A esta altura resulta ineludible vincular los alcances del status jubilatorio con las consecuencias que sobre los haberes de pasividad podrían generarse ante una eventual derogación de la Ley 23.797, modificada por la Ley 24.489, conocida como "ley de enganche" en virtud de la cual se estableció que los funcionarios en actividad de la Categoría "A" (Embajadores) que integran el Servicio Exterior de la Nación percibirán las mismas remuneraciones y adicionales que el Procurador General de la Nación. Los funcionarios de las restantes categorías percibirían porcentajes decrecientes.

Sobre esta cuestión es necesario aclarar que el estatus jubilatorio queda protegido por la garantía constitucional de la propiedad inviolable, claramente

diferenciado del goce de beneficio, o derecho al monto del mismo, que si bien no admite rebajas confiscatorias, no es intangible.

Lo expuesto vale para sostener que la eventual derogación de la conocida como “Ley de Enganche” generará que la movilidad en los haberes de pasividad consagrada por la Ley 22.731 tendrá una base de cálculo que deberá adecuarse al sistema de incremento en los haberes que se establezcan para los funcionarios en actividad.

Sin perjuicio de lo precedentemente expuesto considero importante señalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia entiende que en materia previsional es aplicable el “principio de progresividad” consagrado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que a partir de la reforma del año 1994 poseen rango constitucional.

Por la aplicación de dicho principio resulta que queda descalificado todo accionar gubernamental que en la práctica produzca un resultado regresivo en el goce efectivo de los derechos o dicho de otro modo, una reducción en el alcance ascendente de los derechos.

Partiendo de la aludida construcción y ante la eventual derogación de la Ley 23.797, con el argumento del derecho adquirido, podría intentarse plantear que la modificación en la pauta de la movilidad de los haberes constituye una violación del principio de progresividad.

Va de suyo que se trataría de un reclamo judicial, de resultado incierto.

Buenos Aires, 11 de abril de 2018.