

DICTAMEN

En virtud del requerimiento realizado por la Anses para suscribir un convenio con el objeto de que el Cuerpo Permanente del Servicio Exterior de la Nación realice aportes suplementarios, tanto Activos como Pasivos, para llegar a la sustentabilidad del régimen actualmente vigente. Asimismo, a efectos de evitar un cambio legislativo de la Ley 22.731, y luego de sucesivas reuniones, se llegó a un proyecto de Acta Acuerdo del cual se solicita un dictamen a efectos de ponderar su legalidad .

I. La personería gremial de la Asociación

La Asociación Profesional del Cuerpo Permanente del Servicio Exterior de la Nación (ASEN) ostenta la Personería Gremial N° 1473 con los alcances de la Ley N° 23.551 y su Decreto Reglamentario N° 467/88, otorgada por Resolución MTySS N° 596 de fecha 6 de julio de 1989.

Su Estatuto¹ dispone, en su art. 2, que pueden ser afiliados tanto las personas activas como los pasivos, que pertenecen al Cuerpo Permanente del Servicio Exterior de la Nación, y que la afiliación no es automática ni obligatoria por lo que no representa a la totalidad del Cuerpo Permanente, salvo en aquellas situaciones enmarcadas en la ley 23.551.

Debe destacarse que, conforme el art. 4, constituyen objetivos del APSEN, entre otros:

“C) Proveer a la defensa individual o colectiva de sus afiliados cuando sus derechos hayan sido vulnerados, ateniéndose a lo previsto en este Estatuto, en la Ley Orgánica del Servicio Exterior de la Nación, su Reglamentación y disposiciones concordantes.

D) Entender, como parte interesada, en todo eventual proyecto de reforma de la legislación vigente que regule la actividad del Servicio Exterior de la Nación y en las resoluciones o decisiones internas que puedan alterar la referida normativa.”

¹ Aprobado por Resolución MTySS N° 303 de fecha 2 de mayo de 1989, con las modificaciones introducidas por las Resoluciones MTySS N° 174 de fecha 10 de marzo de 1998, N° 470 de fecha 19 de julio de 1999 y N° 448 de fecha 7 de julio de 2005.

Concordantemente, la Comisión Directiva, de acuerdo con el art. 20, tiene por función “a) Hacer cumplir las disposiciones contenidas en este Estatuto, las Resoluciones de la Asamblea y sus propios Acuerdos, y b) Realizar las gestiones que se requieran a fin de lograr los objetivos de la Asociación”.

Tales objetivos han sido invocados para suscribir el modelo de Acta Acuerdo, que tiene por función mejorar la sostenibilidad y sustentabilidad del Régimen Especial de Jubilaciones y Pensiones del Servicio Exterior de la Nación -Ley N° 22.731-.

II. Vigencia del Acta Acuerdo

Conforme los antecedentes enunciados y con la finalidad de mejorar la sostenibilidad y sustentabilidad del Régimen Especial de Jubilaciones y Pensiones del Servicio Exterior de la Nación -Ley N° 22.731-, en los considerandos del Acta Acuerdo, se dispone que tiene por finalidad que los afiliados al APSEN realicen un aporte mensual adicional con destino al Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA).

Si bien en los considerandos se plantea que se refiere al personal “comprendido en el ámbito de representación de la APSEN, así como sus familiares beneficiarios de pensión por fallecimiento”, en las cláusulas se generaliza la aplicación del acuerdo a todos los miembros del Cuerpo Permanente pero discriminando a los activos de los pasivos, ya que para estos últimos la adhesión es voluntaria.

En efecto, la Cláusula Primera tal cual se encuentra redactada, se expresa que “Los funcionarios del Cuerpo Permanente Activo y Pasivo del Servicio Exterior de la Nación y sus derechohabientes, realizarán mensualmente un aporte solidario, complementario, extraordinario, y transitorio destinado al Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) ...”, por lo que no se diferencia entre afiliados y no afiliados al APSEN o al ARSEN.

Mientras, en la cláusula Sexta, APSEN y ARSEN se comprometen a realizar todos sus esfuerzos para lograr el porcentaje requerido de adhesión “... del 75% de los miembros del Cuerpo Permanente pasivo y derechohabientes, como condición para la continuidad de la vigencia de la presente Acta Acuerdo...”.

Sin embargo, a continuación se sostiene que:

“La ANSES, en coordinación con la UGPRES del MREC, informará al personal pasivo y derechohabientes no afiliados a la APSEN y la ARSEN respecto de los términos de la presente Acta Acuerdo a los fines de promover su adhesión voluntaria.”

Ahora, en el segundo párrafo de la Cláusula Sexta pareciera alcanzar a la totalidad del personal que haya ratificado el Acta, en tanto allí se dice que:

“...En el caso de que, por no alcanzarse el porcentaje requerido en el plazo indicado en el párrafo anterior, operase la terminación de la presente Acta Acuerdo, el MREC deberá reintegrar los aportes del Cuerpo Permanente Activo del SEN. En el caso del Cuerpo Permanente Pasivo y derechohabientes, la ANSES deberá proceder al reintegro total de los aportes complementarios efectuados...”. (el resaltado es nuestro).

Es decir, a partir de su entrada en vigencia (01/09/2019 conforme la cláusula Séptima y sujeto a aprobación de la Asamblea Extraordinaria del APSEN), todos aquellos que ratifiquen el Acta Acuerdo deberían comenzar, inmediatamente, a desembolsar el aporte adicional establecido, no obstante encontrarse a la condición resolutoria de lograr los porcentajes de ratificación dispuestos en el Acta.

En cuanto a los porcentajes de ratificación, el Acta Acuerdo solo se refiere al Cuerpo Permanente Pasivo pero en forma contradictoria pues, en tanto en la cláusula Sexta se busca lograr la adhesión, antes del 31/12/2019, del 75% de los miembros del Cuerpo Permanente pasivo y derechohabientes, como condición para la continuidad de la vigencia de la presente Acta Acuerdo, en la cláusula Séptima refiere “la obtención del consentimiento previsto en la cláusula primera, por parte del 90% del Cuerpo Permanente Pasivo, antes del 31 de agosto de 2019”.

No habiendo mencionado el Acta Acuerdo el porcentaje de adhesión de los Activos, parecería y en este momento debería así interpretarse, que sería suficiente su suscripción por parte del APSEN, en la medida que fuera ratificada por la Asamblea Extraordinaria para que tuviera eficacia sobre la totalidad de sus afiliados. Sin embargo, existen serias dudas respecto a las personas alcanzadas por el Acuerdo que no hayan adherido a título personal, ya sea afiliados o no afiliados, al mismo.

Lo mencionado debe ser debidamente aclarado ya que plantea los siguientes interrogantes:

- a) Momento en que se comenzará a efectuar el pago del aporte adicional;
- b) Personal Activo alcanzado por el Acta Acuerdo;
- c) Cual es el porcentaje de adhesión que se tomará como condición resolutoria del Acuerdo respecto del Personal Pasivo y derechohabientes, 75% o 90%.

III. La Sustentabilidad

El aporte solidario, complementario, extraordinario y transitorio, destinado al Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) conforme los porcentajes indicados en la cláusula primera, deberán ser objeto de estudio de acuerdo con lo informado por la cláusula Tercera en la medida que se deberá conformar una Comisión de seguimiento a tal fin.

Sin embargo, el Acta no contiene señalamiento alguno respecto a las pautas para que se cumpla con la finalidad enunciada en los considerandos. Es decir, no sólo no indica la dimensión actual del problema que se quiere evitar, de acuerdo con lo indicado en los considerandos, y tampoco, con el estudio de la situación actual, si la adhesión al Acta Acuerdo será un paliativo o una solución de fondo.

O sea, al no encontrarse ninguna pauta precisa a cumplir, no se puede llegar a ninguna conclusión acertada y su revisión, en el plazo de tres años, si no se señala en este momento que es lo que se pretende lograr, no contendrá pauta alguna de negociación por lo que podría agravarse lo que se quiere evitar.

IV. La Asamblea Extraordinaria

La Comisión Directiva ha convocado a una Asamblea Extraordinaria para el 4 de julio de 2019, a las 13.30hs, cuyo Orden del Día es el siguiente:

- 1) Elección de un Presidente de la Asamblea y dos afiliados para la firma del acta;
- 2) Decisión respecto de la firma de eventual convenio con autoridades gubernamentales referido al régimen jubilatorio del SEN.

El Código Civil y Comercial de la Nación ha regulado el régimen de las asociaciones civiles con mayor detenimiento que el Código de Vélez y en el art. 186 realiza un reenvío expreso a la Ley de Sociedades (LS).

Tal cual se ha realizado la convocatoria a Asamblea, aunque se pusiera a disposición de los afiliados el proyecto de Acta Acuerdo, no puede ser sujeto a ratificación con los alcances previstos en su cláusula 7.

La doctrina ha señalado que el orden del día fija la competencia de la asamblea, conforme lo establecido en el art. 246 de la LS. Por esa razón, el temario exteriorizado en el llamamiento debe ser expreso, claro y concreto como garantía para los asambleístas, a quienes debe darse posibilidad de decidir sobre su asistencia (interés), perspectivas de informarse para la discusión (formación de criterio) y emisión del voto (decisión)².

En efecto, la convocatoria no puede ser realizada con pautas de excesiva laxitud y la LS es clara al respecto ya que el art. 246 dispone que “Es nula toda decisión sobre materias extrañas a las incluidas en el orden del día”. En consecuencia, en caso que se llegara a aprobar el convenio en esta asamblea extraordinaria será de aplicación lo dispuesto en el art. 251 de la LS, que expresa:

“Toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad por los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada. Los accionistas que votaron favorablemente pueden impugnarla si su voto es anulable por vicio de la voluntad. También pueden impugnarla los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor. La acción se promoverá contra la sociedad, por ante el Juez de su domicilio, dentro de los tres (3) meses de clausurada la asamblea”.

En el caso que el Acta Acuerdo, tal cual ha sido proyectado, sea aprobado por la referida Asamblea, los representantes del APSEN podrían encontrarse

² Halperín, Isaac, Sociedades Anónimas, ed Depalma, pags. 570/1; Gagliardo, Mariano Sociedades Anónimas, Abeledo Perrot, ,pag243

incurso en la responsabilidad prevista en el art. 177 de la LS que establece que no se extingue la responsabilidad de los directivos si la responsabilidad deriva de la infracción a normas imperativas, (Cfr. arts. 274 y 279 de la ley 19.550) tal cual es el caso. Asimismo, teniendo en cuenta que se trata de una nulidad relativa, podría interpretarse válidamente que solo tienen acción aquellos que se opusieron a lo decidido.

Por lo tanto, aquellos afiliados que no hayan intervenido en la Asamblea Extraordinaria o hayan votado negativamente, tendrán una acción disponible en la medida que se apruebe el Acta Acuerdo conforme el temario previsto en el Orden del Día.

V. Alcance del Acta Acuerdo

En el mentado proyecto se establece que la intervención del APSEN, para suscribir el Acta Acuerdo, se realiza en su carácter de asociación gremial

Cabe hacer mención al art. 31 de la ley 23551, establece que:

“ Son derechos exclusivos de la asociación sindical con personería gremial:

- a) Defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores;
- b) Participar en instituciones de planificación y control de conformidades con lo que dispongan las normas respectivas;
- c) Intervenir en negociaciones colectivas y vigilar el cumplimiento de la normativa laboral y de seguridad social;
- d) Colaborar con el Estado en el estudio y solución de los problemas de los trabajadores;
- e) Constituir patrimonios de afectación que tendrán los mismos derechos que las cooperativas y mutualidades;
- f) Administrar sus propias obras sociales y, según el caso, participar en la administración de las creadas por ley o por convenciones colectivas de trabajo”.

En el caso, se trataría de un convenio que establece un aporte suplementario para todos los miembros, activos y pasivos del Cuerpo Permanente, que sean afiliados o no a la Asociación y cuya obligatoriedad se encontraría sujeta a porcentuales de ratificación con los reparos ya mencionados. Para el caso de los Pasivos, su obligatoriedad se encontraría determinada por la adhesión voluntaria.

Por tanto, la intervención de la Asociación se sostendría en base a lo dispuesto en el inc. c) del art. 31, mediante una interpretación extensiva de lo que se denomina negociación colectiva, que se encuentra reglamentada en la ley 24185. Sin embargo, sería materia de aclaración el alcance de la intervención del APSEN y, si dichas facultades emanan de este último cuerpo legal debería seguirse el procedimiento reglamentado para esta clase de convenios, ello en la medida que pudiera aparecer como aplicable lo previsto en el art. 8 que establece que “La negociación colectiva regulada por la presente ley será comprensiva de todas las cuestiones laborales que integran la relación de empleo, tanto las de contenido salarial como las demás condiciones de trabajo...”.

En efecto, la Cláusula Primera expresa que:

“Los funcionarios del Cuerpo Permanente Activo y Pasivo del Servicio Exterior de la Nación y sus derechohabientes, realizarán mensualmente un aporte solidario, complementario, extraordinario, y transitorio destinado al Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), calculado sobre la base imponible de la remuneración en el caso del personal activo o sobre el haber previsional bruto en el caso del personal pasivo y derechohabientes...”.

Dicha cláusula no realiza distinción alguna entre aquellos que se encuentran afiliados y los que optaron por no serlo, de acuerdo con el principio de la libertad sindical y se la encuadraría dentro de lo que se considera una negociación colectiva (cfr. Art. 31 inc.c) de la ley 23551) por lo que esta cláusula podría ser objetada en cuanto otorgaría efectos vinculantes a lo acordado para todos los miembros del Cuerpo, tanto activos como pasivos, una vez alcanzados los porcentuales de participación allí previstos.

A ello se suma que en virtud de lo dispuesto en la cláusula Sexta, pareciera que, una vez que se suscriba el Acta Acuerdo, entrará en vigencia automáticamente pues, de lo contrario, no se explica lo expuesto en su penúltimo párrafo en cuanto prevé que, en caso de no alcanzarse el porcentaje requerido para su ratificación en el plazo indicado (31/12/2019) y se opere la terminación del Acta Acuerdo, el MREC deberá reintegrar los aportes del Cuerpo Permanente Activo del SEN y que, en el caso del Cuerpo Permanente Pasivo y derechohabientes, la ANSES será quien deba proceder al reintegro total de los aportes complementarios efectuados. Asimismo, es objetable que, en caso que ello suceda, no se establezca un plazo y condiciones para la devolución.

Debe también destacarse la contradicción existente entre lo dispuesto en la Cláusula Sexta, referido a la vigencia del Acta Acuerdo en la medida de lograr la adhesión del 75% de los miembros del Cuerpo Permanente pasivo y derechohabientes, como condición para la continuidad de la vigencia de la presente Acta Acuerdo y lo establecido en la Cláusula Séptima en cuanto allí se requiere “la obtención del consentimiento previsto en la cláusula primera, por parte del 90% del Cuerpo Permanente Pasivo, antes del 31 de agosto de 2019”.

VI. Reducción de remuneraciones adicionales

Por último, y conforme el anterior dictamen emitido, se ha pedido se aclare si es posible, mediante un DNU, modificar, la ley 23.797. En esa oportunidad se mencionó que, en el caso “Tobar”³, del 22 de agosto de 2002, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco de análisis del decreto 896/01 y 10 de la ley de emergencia 25.453, que dispusiera reducciones remuneratorias del sector público, declaró inconstitucional una reducción salarial por entender que no tenía carácter transitorio, que se podía desnaturalizar el salario y porque generaba gran incertidumbre en los empleados respecto a lo que se podía percibir cada mes, ya que dependía ello de una variable económica imprevisible.

Cabe mencionar que la doctrina ha expresado que "Las modificaciones al contrato no pueden ser arbitrarias, sino que deben ser razonables y fundadas, debiendo respetar la sustancia de cada relación contractual (...) y conservar el

³ Fallos: 325:2059

equilibrio económico-financiero tenido en cuenta al contratarse, por lo que las prestaciones extraordinarias o mayores, los traslados no previstos, etc., deben ser debidamente compensados, ya sea con el pago de horas extras, compensaciones especiales, pago de viáticos, etc. según fuere procedente" (en referencia a la relación de empleo público)⁴.

Para el dictado de un DNUN es necesario invocar una situación de emergencia y en el marco de una emergencia económica ratificada por ley (situación que no se presentaría en el caso), la CSJN ha sostenido in re "Guida Liliana c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ empleo público", que la Administración "goza -en el ámbito de su competencia- de prerrogativas exorbitantes propias del régimen ius administrativo que le permiten, a fin de satisfacer en la mejor forma el interés público, introducir modificaciones en el contrato, siempre que ellas sean razonables y no signifiquen una alteración sustancial de sus condiciones. Cabe destacar que esta Corte ha reconocido desde antiguo las particularidades de la relación de empleo público y su incidencia en las modalidades que ésta asume (Fallos: 166:264; 187:116; 191:263; 210:85; 220:383, entre otros) (...) la intangibilidad del sueldo del empleado público no está asegurada por ninguna disposición constitucional, ya que la Ley Fundamental sólo la contempla respecto del presidente y vicepresidente de la Nación, los ministros del Poder Ejecutivo, los jueces de la Nación y los miembros del Ministerio Público (arts. 92, 107, 110 y 120 de la Constitución Nacional). No existe, por ende, un derecho adquirido a mantener el nivel de la remuneración futura sin variantes y en todas las circunstancias. Aun la estabilidad administrativa reconocida en el art. 14 bis de la Constitución, es susceptible de razonable limitación "en ocasión de grave penuria nacional" (Fallos: 253:478), por lo que ante la misma situación, no puede juzgarse inicua la decisión de disminuir -razonablemente- las remuneraciones que deben ser atendidas con el presupuesto de la Nación, sin que sea requisito de validez para tal disposición, la restitución de las sumas que los agentes han dejado de percibir..." (Fallos 323:1566 "Guida"; Fallos: 326:1138 "Müller"; 327:2111 "Miglierini"; 327:5318 "Colina").

A ello se suma el fallo plenario de la CNFed. Cont. Adm., "Galicer, María Cristina y otros c/ Estado Nacional s/ cobro de pesos" del 10.6.88, que dijo que "El nivel remuneratorio alcanzado -uno de cuyos componentes es el aguinaldo- está amparado por la garantía constitucional de estabilidad en el

⁴ Escola, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, tomo II, pág., 426, Depalma, Bs. As. 1979

empleo, por ser un atributo esencial de éste (...) Fuera de casos excepcionales no resulta legítimo que el Estado restrinja esa garantía mediante la reducción unilateral de la remuneración de sus empleados (doctr. CS Fallos: 290:138, consid. 16; 292:351, consid. 5; 295:634, cons.1; 295:807, cons.4; 6-12-77, "Meza", ED Rep. 12-352 N° 13; Cam. Cont. Adm. Fed., Sala III, 22-05-1986, "Galizia" Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública RAP 96:87/8;id. 22-6-1987)". (Carattini M., Fallos Plenarios, pág. 248, RAP, Bs. As., ed. actualizada al año 2004).-

Es decir, en el caso, no nos encontramos frente a una situación de emergencia declarada por ley; debe ponderarse que en la medida de que el Estado disponga por un DNU la derogación de la ley 23.797, no resulta una situación similar a la derogación del sistema previsional, previsto en la ley 22.731, pero se podría discutir su validez, en la medida que se estará afectando la estabilidad del empleo público, tutelado en el art. 14 de la Constitución Nacional, lo cual posibilitaría una defensa con fundamento en los precedentes mencionados y apoyo de sólida doctrina.

Buenos Aires, 18 de junio de 2019.