

30/11/2009



SOBRAL TROCCOLI
estudio jurídico

Salario Máximo

Autor: Adrián A. Troccoli | www.troccoli.com.ar

Revista de Jubilaciones y Pensiones TXXI, N°155
Ciudad Autónoma de Buenos Aires • Año • | www.troccoli.com.ar





Salario máximo

Con motivo de la reciente jurisprudencia de la sala II del fuero que por primera vez declara la inconstitucionalidad del tope aplicado a las remuneraciones para el cálculo del haber inicial, hemos decidido realizar la presente reseña con la sola intención de definir la situación problemática y la solución arribada (nota: la sentencia se encuentra en etapa de ejecución).

El inconveniente es simple, dada la redacción del art. 25 de la ley 24.241 que impide, en casos de sueldos altos, considerar los salarios efectivamente percibidos sino un valor menor, resulta imposible cumplir con el principio de substitutividad de las prestaciones II.

El art. 25 establece que no se considerarán a efectos del cálculo de la Prestación Compensatoria (PC) y Prestación Adicional por Permanencia III (PAP) los salarios que excedan del monto fijado por el art. 9 de la misma ley, haya habido aportes o no.

La cantidad de afiliados afectados se amplió notablemente por el desfasaje existente entre la recomposición salarial -que sigue (cronológicamente) a la inflación- y la menor actualización del tope del art. 9. Esto cobra especial relevancia cuando tomamos en cuenta que el monto del art. 9 se mantuvo incólume entre 4/1997 y 3/2007.

Conforme a las publicaciones de la Secretaría de Seguridad Social sobre proyecciones de la EPH y datos de la AFIP, actualmente alrededor del 3,08% de los afiliados aportan por valores inferiores a su salario por efecto de este tope IV.

Frente al planteo presentado y para abarcar situaciones que guardaban similitud con el caso particular (que no había sido resuelto por la Juez de primera instancia) la sala distinguió tres situaciones diferentes:

1- Quién percibía salarios inferiores al tope de salarios sujetos a aportes vigente al momento de su devengamiento pero que al ser actualizados a la fecha de adquisición del beneficio superasen el tope histórico V.

Este es el caso de afiliados que no habían percibido salarios por arriba del tope del art 9, sin embargo la actualización de los valores históricos de sus salarios, necesaria para el cálculo del haber, hacía que el valor a la fecha de adquisición fuera superior a los \$4.800 que valían los 60 AMPOS en 1997.

Esta cuestión representaba una distorsión inadmisibles ya que si un salario no superaba el tope al momento del devengamiento mal puede la expresión de ese mismo valor en la moneda vigente en una fecha posterior ser pasible de topes referidos a periodos posteriores (ver punto dos) y mucho menos aún por un valor histórico no actualizado. Sería algo así como mirar un valor expresado en australes e impugnarlo por su cantidad de dígitos.

Sin embargo la Cámara (con sobrada experiencia en las estafalarias interpretaciones de la Administración) decidió cortar por lo sano y evitar inconvenientes en la etapa de ejecución



que desvirtuaran la cuestión resuelta, entendiendo que la aplicación de un tope desactualizado podía afectar la necesaria actualización de las remuneraciones.

Aun cuando dicho así pudiera resultar inverosímil, recordamos que ese “sistema” estuvo vigente entre julio de 2008 y febrero de 2009. La aplicación práctica de la Res. ANSeS 298/08 producía que la ya insuficiente actualización salarial reconocida por la Administración fuera recortada, situación que fue parcialmente corregida con la entrada en vigencia de la Res. SSS 9/06 -puesta en práctica por la Res. ANSeS 135/09-.

En sede judicial siempre hemos hecho esta salvedad solicitando que se declare que a efectos de este cálculo se ordene adecuar el tope con la misma medida con la que se actualicen los salarios (sin obtener nunca una respuesta expresa de la jurisdicción).

2- La Cámara también distingue cuando por la fecha de adquisición resulta aplicable la Res SSS 6/09 VII por la que se actualizan las remuneraciones y se las limita al monto del tope vigente al momento de la adquisición del derecho.

Esta distinción apunta al reconocimiento de la insuficiencia de la Res SSS 6/09 respecto a la movilidad general de las jubilaciones durante el periodo (2002/2006) que ha sido utilizada de base para el cálculo del aumento de los topes. De este modo la Cámara continúa el desarrollo del primer punto desagregando los posibles escenarios relacionados con los topes, entendiendo que la ANSeS en la práctica podía aplicar el tope vigente al momento de la resolución de acuerdo del beneficio en aquellas sentencias donde la orden de actualización significara superar el tope mencionado.

Esta situación no es más que la consecuencia de la inamovilidad absoluta del MOPRE y los parches posteriores que aplican un incremento insuficiente del valor del tope atacado.

3- En tercer lugar la Sala declara directamente la inconstitucionalidad de la limitación a un salario máximo siguiendo los parámetros señalados desde antiguo por el Máximo Tribunal entendiendo que para que la jubilación sea sustitutiva del salario debe mantener una justa proporción con el salario percibido en actividad.

Entiende también que para mantener un justo equilibrio de las normas, deben realizarse aportes por el total de las remuneraciones; consecuentemente autoriza a la ANSeS a hacer cargo por los aportes no retenidos por empleador, esto será la diferencia entre el valor aportado y el salario real.

Más allá de que en nuestra opinión corresponde realizar el pago de esa diferencia de aportes entendemos que es así porque creemos que la piedra basal del régimen es la estructura de un sistema contributivo VIII .

Empero, la falta de aporte en tiempo y forma dejó de ser óbice para contabilizar la remuneración como la medida de la cobertura de la contingencia desde que el Máximo Tribunal fallara este año en autos “Real, Antonio Lorenzo” IX y “Rainone de Ruffo, Juana” X .

En el primer caso se hace referencia al reconocimiento judicial de salarios superiores a los declarados por el empleador al órgano recaudador, y a la condena -por sentencia firme del fuero laboral- a hacer efectivos los aportes destacando que la obligación no se encuentra en cabeza del trabajador sino del empleador. Va de suyo que frente al pago de remuneraciones no declaradas no existió retención ni aporte alguno.



En el segundo caso la empleadora pagó sumas de dinero consignadas como “remuneraciones sin aportes” que no fueron tomadas a efectos de calcular el haber jubilatorio. Allí la Corte ordenó que los mismos fueran incorporados al cálculo del haber agregando que se realice un cargo por los aportes no retenidos oportunamente al momento del pago del retroactivo del ajuste ^{XI}.

Resulta paradigmático que la Corte Suprema haya elegido este caso en particular para sentar jurisprudencia por el doble carácter de la demandada como empleadora y Caja otorgante del beneficio ^{XII}.

En el mismo sentido Juzgados de primera instancia y la Cámara Federal de la Seguridad Social se han expedido respecto de beneficios otorgados en el marco de la Ley 24.241 ^{XIII}, expedientes que han sido confirmados por la Corte ^{XIV}.

Así, existen distintas situaciones en donde todas las instancias judiciales han ordenado el pago de jubilaciones en función de remuneraciones sobre las cuales no se ha hecho descuento alguno.

Es más, dado que sobre los salarios superiores al tope del art. 9 se realizan contribuciones XV patronales con destino al Sistema Único de la Seguridad Social cuanto más aptos para ser llamados al cálculo del haber resultan los mismos.

Conforme a la redacción actual del art 11 de la Ley 24.241 la distinción entre contribuciones patronales y aportes personales ^{XVI} tiene por único objeto limitar los valores de los beneficios y tomar sin límite el salario bruto a efecto del financiamiento del sistema. Según el articulado se aporta el 11% hasta los \$ 13.879,25 y se contribuye con el 16% del total.

Consideraciones finales

Cuando hicimos referencia al aumento administrativo de la cantidad de AMPO tomada como tope (Ley 26.222) introdujimos el problema de la insuficiente actualización administrativa de los valores de referencia utilizados.

A pesar de nuestra opinión en contra de la existencia de salarios máximos sujetos a aporte que desvirtúen la posibilidad de obtener un haber sustitutivo adecuado al nivel de vida que lleva el afiliado en actividad, cabe señalar que la ley estableció este límite solo para limitar la responsabilidad de las compañías de seguro de vida en el derogado Régimen de Capitalización Individual ya que el límite a las prestaciones del Estado es dado por el art. 26 del cuerpo legal.

Aun así y frente a las consecuencias del límite atacado debemos denunciar que la dispar actualización de los distintos parámetros del sistema ha generado un importante achatamiento de la pirámide de haberes que –así como ha sido rechazada la insuficiente movilidad general del mismo período– no puede ser admitida.

En esta línea y volviendo a las consideraciones a la Res SSS 6/09 el examen de la Cámara tiene razón de ser, porque aquí sí existe una actualización de tope y si se mirara superficialmente podría olvidarse que ese tope subió aún menos que las jubilaciones.



Lamentablemente esta actualización no resiste el menor análisis, y se vuelve ridícula cuando desmenuzamos los pasos en un cálculo tomando el promedio de remuneraciones que luego se utiliza para llegar a un haber jubilatorio.

Para ser gráficos supongamos un caso particular en que se percibieron salarios irregulares (comisiones por resultado, servicios embarcados, etc.).

Sueldo para 1/2002: \$5.800

Sueldo para 2/2002: \$1.800

Para el mes de enero, la ANSeS toma solo \$4.800 y luego lo multiplica por el coeficiente vigente a la adquisición –hoy, dado por la resolución ANSeS 58/11, 3,1918–. Ahora $4800 \times 3,19 = 15.320$.

Sin embargo como los topes se actualizaron menos que los haberes jubilatorios XVII a este número se lo vuelve a recortar fijándolo en \$ 13.879,25.

Así para la ANSeS $2 \times 2 = 3,62$ XVIII

En definitiva, según los propios índices de ANSeS \$7.600 aportados deberían valer \$12.128 de promedio, sin embargo el promedio (de solo 2 meses) arroja un valor de \$9.812.

Por otro lado una cosa es el tope diseñado por el Legislador y otra es la situación actual producto de la continua aplicación de parches al sistema.

Debemos decir que quienes en 1997 percibían un salario de \$5.000 aportaban por un 95% de su salario, sin embargo ya que su salario se ha ido acomodando a los avatares de la economía argentina, a la fecha perciben alrededor de \$26.500 y por ende aportan solo por el 52% del mismo.

Si recordamos el inicio del sistema podemos entender que la expectativa de los afiliados era que cuando el AMPO se estabilizara se podía alcanzar una sustitución razonable.

De la misma forma que la existencia de un haber máximo resulta atendible, lo que hoy resulta incoherente es su cuantía.

El Legislador en la 24.241 estableció que debía ser unas 6,6 veces el salario promedio de los aportantes al sistema; sin embargo por efecto de las distintas modificaciones y la absoluta inamovilidad del MOPRE la relación con el salario promedio del SIJP, hoy la relación se encuentra en 3,27, exactamente la mitad.

La mejor expresión que encontramos en la ley que justifica decir que el Legislador entendía que el AMPO debía ser el 11% del salario promedio del sistema es la garantía fijada en el art 125 XIX del texto sancionado por el Congreso.



De la simple lectura del debate parlamentario XX que circunscribió la sanción de la ley se desprende que el cuerpo legislativo entendía que el AMPO sería el 11% del “salario medio del sistema”.

Bajo esta lógica interpretativa el valor del tope actualizado a marzo del corriente rondaría los \$27.900 XXI.

También podemos hablar de relación al haber mínimo, así el aporte máximo sujeto a aportes representaba 32 veces el haber mínimo.

Bajo este criterio el tope se ubicaría en \$39.900, claro que para cuando el AMPO valía \$80 el haber mínimo se encontraba desfasado, según que llevemos los 1.500.000 australes de agosto de 1991 a abril de 1997 por aplicación del INGR resulta en un mínimo de \$ 229,25 y un salario máximo actualizado de \$25.700.

En definitiva, de aceptar alguna limitación al salario no puede concebirse razonable el valor actual del mismo.

Nos es imposible dejar de insistir en la pobreza del doble discurso en relación al cobro de las contribuciones patronales sin límite y la clásica respuesta de la ANSeS como demandada que pretende definir el principio de solidaridad del sistema como una versión –menos romántica– de Robin Hood, prácticamente tomándolo como una excusa que puede justificar inequidades violentas como que quienes perciben salarios “altos” vean que el Estado les reconoce una sustitución máxima del 30% de su salario, aun luego de ganar un juicio de reajuste.

La solidaridad del sistema se patentiza en la existencia de la PBU y un haber mínimo en donde no influyen los esfuerzos contributivos realizados, con la multiplicación de beneficios otorgados sin aportes y con el desmedido crecimiento de los afiliados al régimen de monotributo que hoy superan al millón de personas XXII.

Evidentemente no pretendemos que en casos como el de “Melfi” el monto de la prestación se calcule mediante la aplicación de una proporcionalidad directa con la remuneración cobrada por el beneficiario, quien cobraba al cesar un salario muy superior al tope de la base imponible, pero lo que nunca debemos dejar de ponderar es el mantenimiento de una “justa proporción”, en miras de proteger el principio de sustitutividad por el que aboga todo el fuero XXIII.

Finalmente, es de notar que hemos recibido sentencias de primera instancia rechazando el planteo argumentando básicamente la inexistencia de aportes aun cuando aceptan el reconocimiento de sumas “no remunerativas” por las que tampoco se retuvo aporte alguno, lo cual resulta contradictorio.

Conclusión

Si sostenemos que el haber jubilatorio sustituye el salario de actividad y aun cuando aceptemos quitas en lo haberes más altos (o menores tasas de sustitución), entonces, para calcular el salario que debe sustituirse deben tomarse los ingresos reales del afiliado sin limitaciones que afecten este principio liminar.



Notas:

I Melfi, Alejandro c/ ANSeS s/ Reajustes varios Expte. Nº17.680/07. Juzgado Federal de primera instancia de la Seguridad Social Nº5. Sentencia 12/10/2010 sala II de la CFSS.

II Se ha definido reiteradamente al carácter sustitutivo como la posibilidad de mantener el mismo nivel de vida que en actividad. Fallos: 170:12; 179:394; 190: 428; 192:260; 243:717; 235:738; 242:441; 249:156; 258:14; 266:279; 270:294; 295:441; 303:1155.

III Por remisión del art. 30.

IV Boletín Estadístico de la Seguridad Social, segundo semestre de 2010 MTEySS, SSS. Estimaciones propias sobre datos publicados en 2008 por la SAFJP proyectados con la evolución de salarios del SIJP relevados por el Ministerio de Economía y procesados por el INDEC, arrojan cifras de alrededor del 4,5%.

V Llamamos histórico a un valor pagado oportunamente traído a fecha actual manteniendo el mismo valor nominal, es decir no-actualizado.

VI La actualización se usaba para el cálculo del suplemento por movilidad creado por el D. 1199/04) VII BO. 03/03/2009

VIII Muy a pesar de que ya cerca del 45% de los beneficios al pago fueron otorgados bajo el régimen de las Leyes 25.994 y 24.476 (según D. 1454/2005) –según datos del Boletín Estadístico de la Seguridad Social, segundo semestre de 2010– que destruyen el principio contributivo y son igualmente denominadas “jubilaciones” y liquidadas bajo la ficción de un aporte autónomo en la mayoría de los casos inexistente.

IX R. 1647. XLII. “Real, Antonio Lorenzo c/ Administración Nacional de la Seguridad Social.” 8 de febrero de 2011

X R. 181. XL. “Rainone de Ruffo, Juana Teresa Berta c/ ANSeS s/reajustes varios.” 2 de marzo de 2011.

XI El fallo se refiere a un beneficio acordado bajo la ley 18.037.

XII El expediente llegó a la Corte el 22 de diciembre de 2003 y la sentencia es de marzo de 2011.



Desde	AMPO	Valor
feb/94	\$61,00	\$3.660
abr/94	\$63,00	\$3.780
abr/95	\$72,00	\$4.320
oct/95	\$75,00	\$4.500
abr/96	\$76,00	\$4.560
abr/97	\$80,00	\$4.800
dic/99	\$80,00	\$6.000
jul/01	\$80,00	\$4.800
jun/04	\$80,00	\$6.000
oct/04	\$80,00	\$8.000
abr/05	\$80,00	\$10.000
oct/05	\$80,00	Sin Tope

XIII "Lapacó, Miguela c/ANSeS S/reajustes varios" 25.670/2006; "Kogan, Zulema C/ANses s/ reajustes varios" (16/03/10); "Lachman, Jorge Oscar c/ ANSeS s/ reajustes varios" (18/11/09);

Causa: "Tibaldi, Juan Andrés c/A.N.Se.S, s/reajustes varios" (28/10/08).

XIV Por aplicación del art. 280 del CPCCN.

XV Por DNU 491/2004 se quita el tope, con anterioridad por aplicación del art. 22 de la Ley 25.239 se "retuvo" hasta 60 AMPO/MOPRE y "contribuía" por 75 AMPO/MOPRE. Así la escala de contribuciones sobre el salario mantuvo los siguientes topes:

XVI Art. 11, Ley 24.241, in fine: Los aportes y contribuciones "...deberán ser declarados e ingresados por el trabajador autónomo o por el empleador en su doble carácter de agente de retención de

las obligaciones a cargo de los trabajadores y de contribuyente".

XVII El coeficiente originariamente introducido por la Res. ANSeS 298/08 "reflejaba" los aumentos otorgados por el D. 1199/04 y sus modificatorios.