

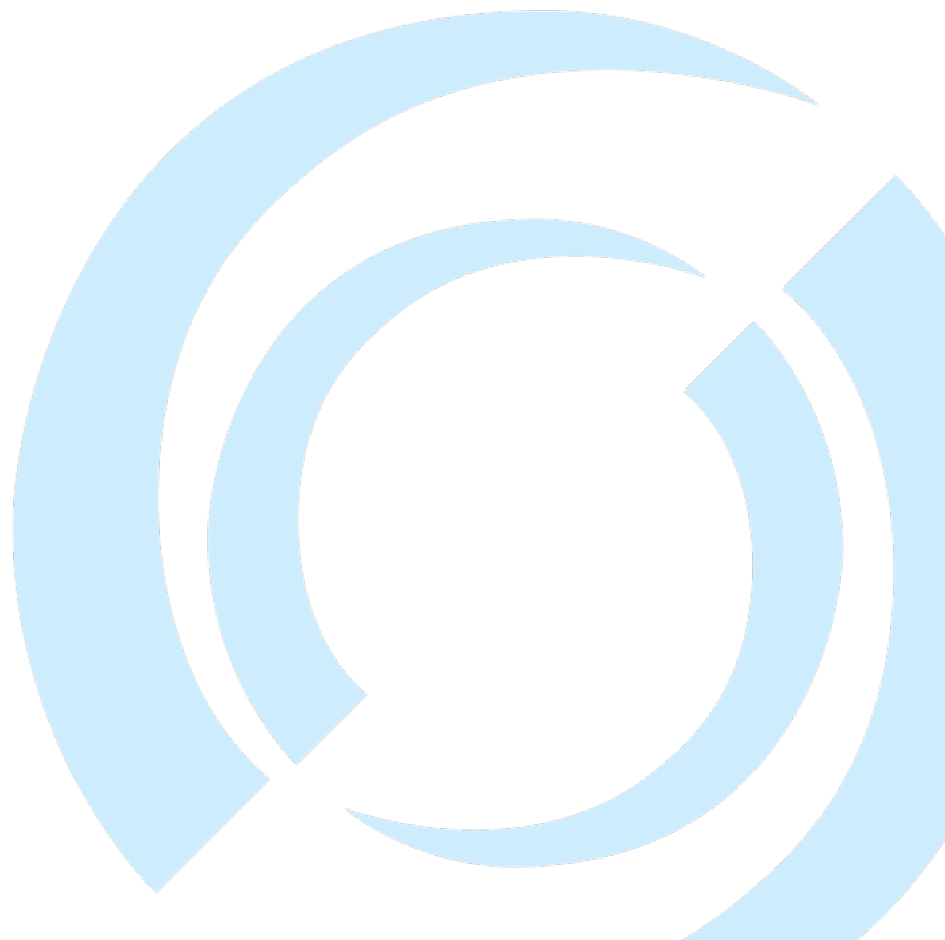
15/10/2010



**Sentencias de Reajuste.
Insuficiencia de la tasa de interés**

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

Revista de Jubilaciones y Pensiones TXXI, Nº 282
Ciudad Autónoma de Buenos Aires • Año 2010 • | www.troccoli.com.ar





I. Introducción – Esquema de reconocimiento de deudas

El presente trabajo tiene como objetivo demostrar la insuficiencia del método actualmente utilizado por los tribunales para la determinación del retroactivo en caso de sentencias de ajuste de haberes previsionales y colaborar con el necesario debate proponiendo posibles soluciones.

La razón de ser de la movilidad de los beneficios es que los mismos mantengan su poder adquisitivo a lo largo del tiempo y los titulares puedan mantener su nivel de vida. Sin embargo esta relación no es tomada en cuenta respecto de las diferencias adeudadas al momento de ordenar el pago de los reajustes.

La disparidad entre la evolución de las jubilaciones y la “tasa de interés para el uso de la justicia” (cdo. BCRA 14.290) se ha vuelto absurda a medida que la inflación ha acelerado su ritmo ya que los aumentos de las jubilaciones registrados para el último año arrojan un total de 37,06% contra una tasa pasiva de 7,49%(1).

El aumento otorgado en septiembre de 2011 –correspondiente al segundo semestre del año– es del 16,82%, que equivale al total de intereses calculados por tasa pasiva desde 08/2009 a hoy. Es decir que el incremento de un solo semestre es igual a dos años de intereses por tasa pasiva.

II. Cuestiones preliminares - Ley 23.928 y emergencia económica

“...como rara paradoja y magia legislativa, esta misma ley –L. 25.561– mantuvo la prohibición”(2) de actualizar las obligaciones de dar sumas de dinero originada en el régimen de convertibilidad muy a pesar del proceso inflacionarios que registra el país desde el abandono del sistema de paridad con la moneda estadounidense.

Tomando en consideración la fuerte depreciación monetaria sufrida en los últimos tiempos, la sola entrega del valor nominal originariamente adeudado no alcanza a cubrir una reparación integral del daño cuando la deuda se cancela años después de la fecha de pago originaria.

La insuficiente actualización en este período de las prestaciones previsionales de tracto sucesivo a cargo de la ANSeS ha motivado los reclamos por movilidad que han recibido una primer respuesta por parte del Máximo Tribunal en el antecedente “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios”(3).

Su aplicación corrige –al menos parcialmente– el valor actual de las prestaciones en curso de pago(4). Sin embargo, a la fecha los tribunales del Fuero no han corregido el deterioro de las deudas originadas en los períodos pasados que son abonadas al momento del recálculo del haber mensual.

Así, solo se repara parcialmente el daño permitiendo que el Estado Nacional incumpla con la manda constitucional de pagar jubilaciones y pensiones móviles –ya que solo paga de forma incompleta los haberes no prescriptos anteriores a la ejecución efectiva de la sentencia–.



Esta situación resulta novedosa y surge de la combinación de dos factores: la imposibilidad legal de actualizar las deudas de dinero, aún en caso de mora del deudor, durante un proceso inflacionario sostenido –la inflación resulta moderada en comparación con otros períodos históricos pero su prolongada duración acumula una importante pérdida del valor del dinero– la aplicación de una tasa de interés por mora que no cubre siquiera la pérdida del poder adquisitivo del dinero adeudado.

Entonces, en nuestra opinión este esquema pensado para el Régimen de Convertibilidad, que se basaba en la estabilidad económica, produce efectos indeseados⁽⁵⁾ cuando son aplicados a períodos signados por la depreciación monetaria.

Así, si analizamos la aplicación de los mismos criterios dentro del período de plena vigencia de la ley de convertibilidad, podemos decir que el método no producía un daño en el patrimonio del acreedor, Vgr. para las deudas exigibles en 1995 canceladas recién en el año 2000, se pagaba la misma cantidad de dólares estadounidenses que correspondía percibir en 1995 más una tasa que cubría la falta de disponibilidad del dinero.

En definitiva con el monto entregado tardíamente el acreedor podía comprar más o menos los mismos bienes que hubiera comprado si su deuda hubiera sido cancelada en tiempo y forma.

Honestamente, no consideramos que sea válido referirse a deudas “convertibles a dólares estadounidenses”⁽⁶⁾ por lo que realizamos esta única mención como un simple recordatorio del marco económico que rigió durante casi 11 años.

Sin embargo deberíamos poder hablar de bienes de consumo, digamos entonces botellas de leche. Si con la diferencia del haber debido el jubilado podía comprar x botellas en 1995, cuando finalmente cobraba esa diferencia en el año 2000 podía comprar la misma cantidad. Además recibía un “plus” por no haber podido consumirlas cuando tuvo la necesidad, sino 5 años más tarde.

La situación actual resulta algo difícil de explicar y encuentra sustento legal en el marco de emergencia permanente que se prorroga indefinidamente⁽⁷⁾.

Decimos que es difícil de explicar por qué el art. 7 de la Ley 23.928 inicia el Capítulo Segundo de la misma, titulado “de la convertibilidad del Austral”.

Consecuentemente nos obliga a ejercitar la memoria para recordar que desde enero de 1992 la moneda de curso legal lleva otra denominación y ya llevamos más de nueve años desde la salida del régimen de convertibilidad.

Aún así el debate parlamentario que signó la sanción de las seis leyes de prórroga de la emergencia no hace una sola referencia a la falta de actualización o, mejor dicho, a las razones que justifiquen el pago a valores nominales. Existe entonces una ausencia total de razones que expliquen la postura adoptada por el Legislador, resultando las leyes consecuentes prácticamente en una cuestión caprichosa, por ello ante la falta de razonabilidad de las leyes corresponde simplemente declarar su inconstitucionalidad o zanjear las iniquidades que las mismas producen.



En este sentido tiene dicho la Sala III del fuero, en autos "García Norma Concepción c/ ANSeS s/ Reajustes varios" del 16/8/07 que: "...la evolución de los parámetros macroeconómicos y sociales... no legitima, al presente, quita alguna...".

La importancia del precedente citado es que con su dictado la Cámara entiende que perdió fuerza la Ley de emergencia económica, ya que ponderando la necesidad de reparar el perjuicio de quienes "... no tuvieron una movilidad adecuada para mantener razonablemente en el tiempo su valor real...", cambia radicalmente el criterio mantenido hasta ese momento en los fallos "Sirombra Lucila Elvira c/ANSeS s/reajustes varios" y "Rueda Roberto c/ANSeS s/reajustes varios", en los cuales se limitaba el reajuste de los haberes al 70% de la variación habida en el Promedio de las Remuneraciones declaradas al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, con ajustes semestrales a partir de enero de 2002.

a) Los intereses por Mora

En este marco legal y luego del antecedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "Spitale, Josefa Elida c/ ANSES s/ impugnación de resolución administrativa"(8) dictado el 14 de septiembre de 2004 las deudas previsionales son canceladas considerando únicamente el valor nominal de la deuda de capital con más un índice que refleja un mix de tasas de interés publicada por el Banco Central, que de ninguna manera refleja el costo del dinero que paga un banco en la República/ que no debe confundirse con el valor real de una tasa pasiva pagada por los bancos(9).

Vale recordar que esta Tasa Pasiva –cdo 14.290–(10) resulta de la publicación por el Banco Central de la República Argentina de una Serie estadística de tasas "para el uso de la Justicia", que según dice el órgano emisor se realiza en cumplimiento del art. 10 del D. 941/91, reglamentario de la Ley 23.928, es decir atiende a la reglamentación del régimen de convertibilidad, por lo que debería encontrar su límite natural con la salida del mismo, teniendo en cuenta su carácter accesorio.(11)

El decreto 941/91 (modificatorio del D. 529/91), tenía por objeto poner a disposición de los jueces una herramienta coherente con el entonces nuevo marco legal que permitiese "mantener incólume el contenido económico de la sentencia" frente a la mora del acreedor. No obstante, sus efectos prácticos dentro de un escenario monetario sustancialmente distinto del de la convertibilidad no llegan de ninguna manera a cumplir con el objetivo enunciado por el mismo decreto.

Aclaramos que, a nuestro entender, el daño surge de la falta actualización monetaria, y no necesariamente de la tasa aplicada en concepto de intereses moratorios, sin embargo la jurisprudencia ha sostenido repetidamente que a partir de la sanción de la Ley 23.928 estos intereses deben cumplir con una doble función de reponer la pérdida del poder adquisitivo del capital originario y la compensación por la indisponibilidad del dinero, soportando una carga ajena a su naturaleza(12).

b) La cuantía del daño. Una confiscatoriedad del 56,65%

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido, en materia de jubilaciones y pensiones, algunos parámetros a los que se ha referido como pautas razonables de



movilidad, es decir cual debió ser el incremento mínimo que debió otorgarse a los beneficios jubilatorios para no afectar la garantía contenida en el art 17 de la Carta Magna. Decimos mínimos ya que toda la jurisprudencia ordena aplicar los aumentos generales de ANSeS en la medida que estos resultasen superiores al incremento del índice de salarios.

En el fallo "Badaro" se determinó que para el período comprendido entre 01/02 y 12/06 se debía reconocer un incremento total de 88,57%.

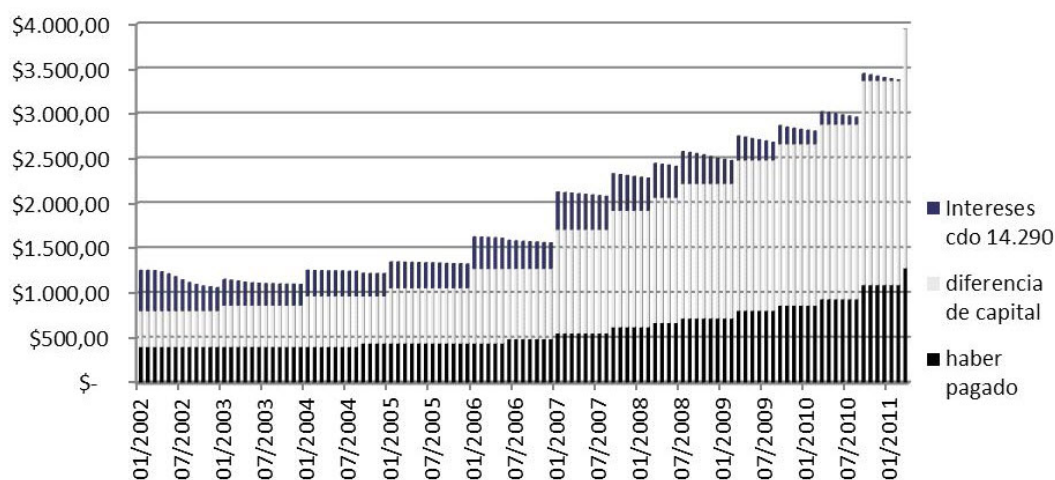
Tomando en consideración que el Máximo Tribunal no se ha expedido a la fecha respecto de períodos posteriores a 2006 y la jurisprudencia de los tribunales inferiores en su mayoría ha considerado suficientes los incrementos administrativos posteriores(13), el incremento acumulado de los haberes previsionales desde la salida de la convertibilidad hasta 03/2011 resulta en un 392,92%(14).

No obstante, cuando las sentencias ordenan el pago de una deuda previsional con más la tasa de interés pasiva, la aplicación de los guarismos comúnmente sentenciados arroja un resultado -113,7%(15)- que no mantiene ninguna proporción con las pautas delineadas en "Badaro" respecto de la movilidad.

Teniendo en cuenta que el objeto de la movilidad es mantener incólume el valor de las prestaciones, resulta difícil aceptar como razonable que los haberes adeudados tomen un valor de actualización que no alcance a cubrir el monto del haber vigente al momento del pago.

El cuadro expuesto a continuación expone lo irrazonable de la forma de actualización aplicada actualmente a las diferencias devengadas por el reajuste de haberes.

Analizando los haberes pagados por la ANSeS y las diferencias adeudadas por cada mensual se observa a modo de ejemplo que en el mensual 01/2007 se efectuaba una quita de la misma proporción que en el haber de 01/2001, sin embargo al momento de liquidar las diferencias devengadas por cada uno de esos mensuales en concepto de capital e interés por tasa pasiva, se termina liquidando una suma mucho menor por la deuda más antigua, lo cual resulta irrazonable.





El gráfico refleja la evolución de un haber administrativo originario de \$400 a 01/2002 y el resultado del reajuste del haber inicial a \$800 con más la movilidad del IS anualizado hasta 12/2006 y luego los aumentos generales de ANSeS (sin SAC para simplificar el gráfico). Los intereses están calculados por la diferencia expresada en pesos nominales más la tasa pasiva –cdo 14.290– al 31/3/11.

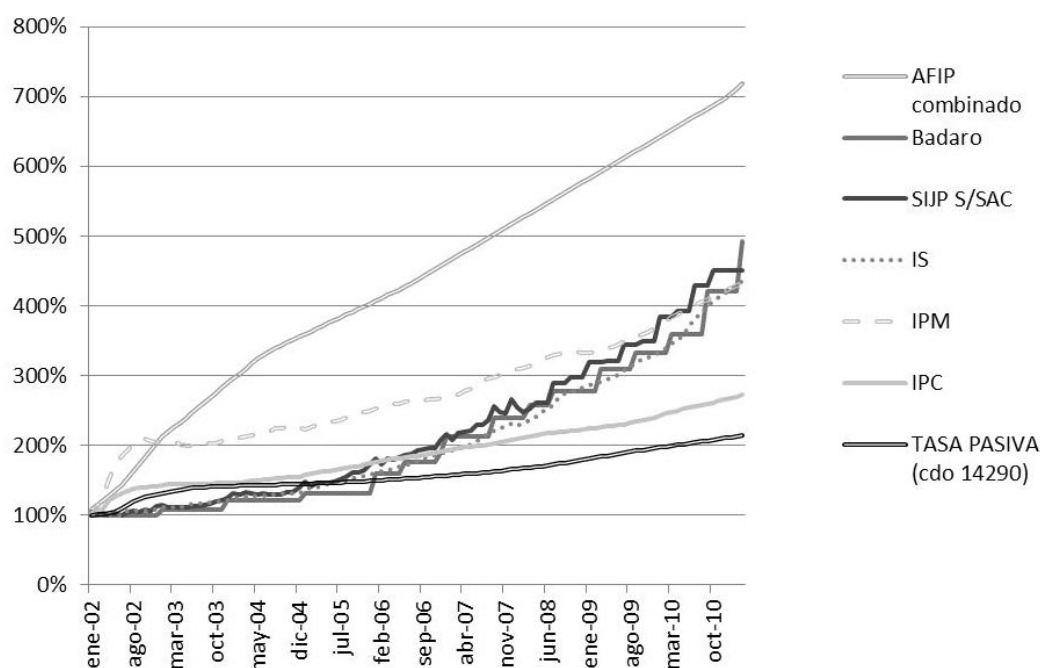
Como hemos dicho la evolución de la Tasa Pasiva entre 01/2002 y 12/2006 arroja un total de 55,75%, que debe sumarse al capital originario al momento del pago. Considerando el período completo hasta 03/2011 los intereses calculados por tasa pasiva resultan en 113,7%.

Sin embargo el incremento de las jubilaciones para fines de 2006 ya acumulaba un 88,57% que trepa a un 392,92% para marzo de este año.(16)(17)

Así, la comparación con otras variables económicas usadas de referencia en la materia nos muestra la absoluta insuficiencia para cubrir la actualización necesaria.

Como puede verse, desde la salida de la convertibilidad, el IPC siempre se mantuvo por encima de la tasa pasiva. Asimismo la evolución del IS se mantuvo por debajo de la tasa pasiva hasta 01/2006 y a partir de ese momento lo supera hasta hoy.

El resto de las variables, en particular las salariales, mantienen una sana correlación, siendo notorio que la suma de la tasa de interés moratoria y punitorio (que denominamos “AFIP combinada”) cobrada por el Estado cuando es acreedor de deudas previsionales, se encuentra en el nivel superior y en claro contraste con aquella, la más baja de todas es la utilizada para cancelar sus deudas.



c) Estado Acreedor



Se incorpora en el gráfico la serie conformada por las distintas tasas de interés cobrada por la AFIP para las deudas previsionales, es decir la situación inversa a la reclamada –o la otra cara de la misma situación– que viene a ser como se ajusta la deuda de los particulares con el Estado Nacional, lo que nos recuerda el abuso del derecho exorbitante de la Administración.

Supongamos como ejercicio que fuéramos al mismo tiempo deudores y acreedores del Estado en el doble papel de autónomo jubilado que continúa ejerciendo una actividad (a la espera del resultado de un juicio de reajuste).

Supongamos que la ANSeS por un error en el cálculo jubilatorio nos debe por el mes de enero de 2009 \$ 128,00 y en ese mes no pagamos el mes de autónomo, que en ese momento valía también \$ 128,00 (categoría I).

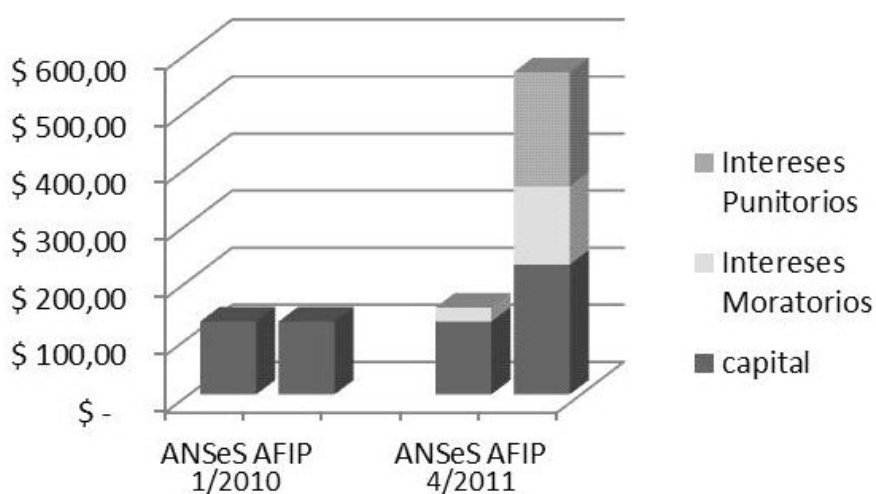
Ahora bien, como la AFIP sí actualiza la deuda de capital⁽¹⁸⁾, contabiliza la misma en meses adeudados y los multiplica por el valor de la categoría al momento del pago solo de capital al 30 de abril deberíamos \$ 227,76. Además deberíamos en concepto de intereses por mora (28 meses) un 60% de ese capital.

Si además la AFIP hubiera iniciado un juicio para reclamar la deuda deberíamos pagar intereses punitivos los que ascienden a otro 88,00% más.

Supongamos también que en el corto plazo de 2 años logramos el rechazo del reclamo administrativo y una sentencia firme. Supongamos también que la sentencia sea liquidada dentro del plazo legal y puesta al pago en el mes de mayo del corriente.

La deuda por capital no recibe actualización alguna por lo tanto en lo que respecta a la deuda generada el mes de enero de 2009 es cancelada con el pago de la misma cantidad nominal de pesos.

El cálculo de la tasa pasiva por esos meses arroja un total de 18,93%.



01/2010

	Capital originario
AFIP	\$ 128,00
ANSeS	\$ 128,00

04/2011

Capital	Intereses moratorios	Intereses punitorios
\$ 227,76	\$ 136,66	\$ 200,43
\$ 128,00	\$ 24,24	\$ -

En esta hipotética situación, para la misma deuda originaria el Estado me cobraría \$3,71 por cada \$1 que estaría obligado a poner al pago.

Debemos en este punto detenernos y señalar los considerandos de la Resolución General AFIP 841/2010 la cual reza "Que se hace necesario adecuar las referidas tasas a las condiciones económicas actuales, a fin de estimular el cumplimiento en término de las obligaciones tributarias y evitar que los contribuyentes morosos financien sus actividades mediante el incumplimiento de los impuestos."

En términos prácticos, atento al articulado de la Resolución, esto significó que AFIP aumentara los intereses resarcitorios al 36% anual y los punitorios al 48% anual a partir del 1 de enero del 2011. Estos valores

duplican la tasa de interés activa publicada por el Banco Nación(19) por lo que la asimetría con la que se comporta el estado según sea actor o demandado resulta injustificable.

En este punto también resulta oportuno señalar que la Ley de Procedimientos Fiscales (20) en su artículo 52 dispone la aplicación de intereses punitorios "Cuando sea necesario recurrir a la vía judicial para hacer efectivos los créditos y multas ejecutoriadas, los importes respectivos devengarán un interés punitorio computable desde la interposición de la demanda."

La descripción parecería aplicarse bastante bien a la situación de los jubilados que se ven sistemáticamente obligados a litigar.

Ahora bien, a pesar de la habilitación legal los intereses punitorios simplemente no existen en el fuero, aunque podríamos hacer algún paralelismo con las astreintes(21) que se imponen luego del incumplimiento de una orden judicial, que suelen ser fijadas al día de hoy en una suma fija de \$30 diarios. Que representan el 8,28% nominal anual del valor promedio de las sentencias que pone al pago ANSeS(22).

Cabe preguntarse cuál es la lógica según la cual podemos sostener que el guarismo utilizado para actualizar los haberes jubilatorios le permite a la ANSeS cancelar



tardíamente haberes adeudados a valores absolutamente dispares según el momento en que es compelido a cumplir con sus obligaciones.

Insistimos en que la falta de actualización de las deudas de ANSeS hoy genera situaciones injustas y por demás irrazonables, ya que se ponen al pago valores menores cuando la morosidad es mayor.

De lo expuesto surge claramente que no sólo se sigue sin reparar íntegramente el perjuicio sufrido por todos los jubilados y pensionados que fueron privados de la movilidad de sus prestaciones, sino que se premia al deudor, a quien parece convenirle demorar aún más su cumplimiento.

Éste es el daño.

III.- Afectación del patrimonio

La Corte Suprema tiene dicho que el valor de los haberes no pueden reducirse en más de un 15% sin afectar la garantía de inviolabilidad de la propiedad.

En distintas épocas se han sostenido distintos criterios sobre el porcentaje de quita admisible, ahora, como hemos sostenido en la presente, la fórmula de ajuste utilizada actualmente arroja como resultado el pago de menos del 60% del capital adeudado en concepto de haberes devengados, lo cual evidentemente afecta la garantía del art. 17 de la CN.

Podemos recordar que en el precedente “Abuchedid, Fuad s/Reajuste del haber”(23) nuestro máximo tribunal resolvió que corresponde impugnar el porcentaje de disminución de la prestación en algunos casos ya que:

“...si bien es cierto que se ha admitido que los montos de los beneficios previsionales pueden sufrir una quita para el futuro sin menoscabo del derecho de propiedad cuando circunstancias de interés general así lo aconsejen, no lo es menos que se ha destacado también que, esa reducción no debe ser confiscatoria ni arbitrariamente desproporcionada...”.

Entonces, y en especial consideración de la doctrina más reciente expuesta en “Badaro” (26/11/07), considerando 18, en el cual puso de manifiesto la inexistencia de circunstancias económico financieras que impidieran al Estado cumplir con los deberes a su cargo, las solicitudes de reajuste de haberes no pueden tener otro resultado que el pago integral de las deudas reclamadas ante la justicia(24).

A pesar de la doctrina de nuestro máximo tribunal la ANSeS insiste en que la tasa pasiva resulta excesivamente gravosa y argumenta que conforme al diseño normativo de la Ley 24.463 debiera imponerse solo la tasa de caja de ahorro del BCRA a las deudas del organismo. Solo basta leer el dictamen del procurador en “Badaro” donde se relata que la tasa aplicada por la Cámara Federal de la Seguridad Social fue materia de agravio. Asimismo ponemos de manifiesto que no obstante el resultado de todas las causas judiciales, la Administración Nacional continua agraviándose de la aplicación de la tasa pasiva y sigue planteando el uso de una tasa menor, al mismo tiempo que reciente normativa del Ministerio de Economía(25) recoge el mismo criterio estableciendo la aplicación de tasas menores para el pago de deudas previsionales.

IV.- Soluciones simples a un problema sencillo

A nuestro entender este dislate tiene 2 remedios posibles:

Aplicar por analogía el régimen anterior a la Ley de convertibilidad, ajustando la deuda de capital por el Índice de Precios Mayoristas (IPM), más un x% anual por mora.

Calcular la deuda en partes de haberes adeudados, más un interés por mora.

a) Ley 21.864

La primer solución posible es la de seguir una lógica sencilla: ya que se dejó de lado el régimen de convertibilidad debemos dejar de lado las reglas que se basaban en el mismo y teniendo en cuenta que el "nuevo" sistema económico guarda similitud con el vigente antes de la vigencia del austral convertible resulta razonable aplicar las mismas soluciones que resultaban antes de la convertibilidad.

En ese sentido la Ley 21.864 fue aplicada por el fuero por años y existen numerosos programas usados frecuentemente que permiten su cálculo sin discusión alguna(26).

Es más, hoy en día usamos estos guarismos para calcular las deudas de la ANSeS originadas en períodos anteriores a 2/1992, actualizando el capital hasta la entrada en vigencia de la Ley 23.928, deudas que –por inconcebible que parezca– existen y continuamos ejecutando.

Hay que considerar que el IPM es –hasta hoy– el menos criticado de los índices que publica el INDEC y los resultados que arrojarían su aplicación para actualizar el capital no resulta en absoluto exagerado, de hecho en los últimos años subió menos que el IS del mismo Instituto que se utiliza como referencia para la movilidad jubilatoria.

Vale poner de manifiesto que no es nuestra intención reeditar las circunstancias tristemente conocidas que regían en épocas anteriores a la ley de convertibilidad cuando la hiperinflación empujaba a gastar lo cobrado el día inmediato posterior a ser percibido puesto que los salarios perdían dramáticamente su poder de compra con el correr de los días. Sin embargo la enorme demora en el pago de retroactivos(27) torna indispensable corregir la pérdida del poder adquisitivo de las sumas adeudadas.

Ahora nos preguntamos, si la situación de emergencia económica permanente en la que pareciera que vivimos disminuyera y en 2011 no se prorrogara automáticamente la Ley 25.561, ¿qué sucedería con estas deudas?

Dado el ordenamiento jurídico vigente el pago de una deuda exigible en 2001 sería actualizada tal y como dicta el sentido común, entonces repetiríamos otra historia, quizás nuevamente debamos ver la fecha de la sentencia para establecer el método de actualización, llegando al ridículo que quien tenga mayor demora en la justicia se vea beneficiado respecto de quien alcanzase más rápidamente una sentencia.

Si bien el Máximo Tribunal se ha expedido en autos "Chiara Díaz..."(28) rechazando la actualización de deudas corresponde destacar que dicho rechazo se fundó en la validez de una Ley provincial contraria a la 23.928 y en que el Poder Judicial no puede revisar la oportunidad, mérito o conveniencia de las Leyes dictadas por el Congreso, destacando

que solo puede analizar su arbitrariedad o razonabilidad y esa situación no había sido alegada en el caso por lo que no correspondía expedirse al respecto.

Tal como hemos mencionado la irrazonabilidad del congelamiento de las jubilaciones por el período post-convertibilidad fue luego analizado por ese tribunal en autos "Badaro" de fecha posterior al antecedente "Chiara Díaz".

b) Medir la Deuda en Haberes.

Partiendo de la base de que la obligación del Estado es pagar haberes previsionales, al momento de la cancelación tardía de los mismos la forma de medir la deuda debe ser la misma que se utiliza para calcular el haber.

Supongamos un ejemplo claro, un beneficio incorrectamente suspendido por la ANSeS en 01/2002, habilitado por orden judicial recién en 03/2011.

Aquí la cuenta es muy simple el beneficiario debe percibir 9 años y 3 meses de prestaciones, es decir 120 haberes (incluyendo PAC).

Supongamos también que la sentencia ordena calcular el haber siguiendo la doctrina sentada en el antecedente "Badaro, Adolfo Valentín", correspondiendo a la fecha de suspensión un haber de \$400.

El haber reajustado al 12/2009 sería de \$ 1.971,68

Por ende 120 haberes = \$236.601,44.

Sin embargo la liquidación del retroactivo conforme a las pautas actuales de liquidación arroja un capital de \$ 91.327,21 y solo \$ 25.723,72 de intereses.

Evidentemente la suma de ambos conceptos cubre solamente 59,37 haberes (\$117.050,93 /\$1.971,68).

Ahora, en los casos de reajustes de haberes en curso de pago corresponde calcular la diferencia entre lo efectivamente abonado y el monto correctamente calculado –el haber que hubiera correspondido– y expresarla como partes del haber debido.

Así, usando los valores del ejemplo anterior, si la Administración hubiera pagado el haber de 01/2006 calculado administrativamente en \$ 440 y el haber de sentencia debía ser de \$ 634,38 simplemente debemos contabilizar que se canceló el 69% del mensual, debiendo entonces 0,31 haberes.

Luego habrá que sumar los parciales mensuales adeudados y multiplicar el total por el valor del haber a la fecha de pago.

Ya hemos explicado que el método desarrollado es recogido por la AFIP al momento de cobrar sus créditos previsionales y cabe mencionar que la propia ANSeS actualiza sus créditos de la misma manera cuando el deudor es un beneficiario del régimen, siguiendo lo establecido por las resoluciones de la Gerencia de Asuntos Jurídicos de ANSeS 874/05 y la resolución de ANSeS 80/1999.



De acuerdo a la normativa mencionada, la Administración cobra sus créditos contra los titulares de un beneficio descontando un porcentaje fijo del haber, determinando la deuda al momento de fijar el cargo en determinada cantidad de haberes.

Cabe resaltar que la metodología de cobro de la ANSES detallada, consiste en otorgarle a su crédito la actualización de la movilidad de los haberes, ya que de existir aumentos generales de Ley, el monto retenido aumenta proporcionalmente al aumento del haber.

En definitiva es el mismo mecanismo que se usa en “Volonté, Luis Mario s/ Jubilación”(29), en el cual la CSJN ordena actualizar las rentas de autónomos a la fecha de adquisición mediante un mecanismo de equivalencias en el que se toma como unidad el valor del haber mínimo por haber sido durante el período de actividad el valor de referencia con el cual se medían las categorías autónomas.

A diferencia de la doctrina de “Volonté”, en el método propuesto la equivalencia debe hacerse con la evolución de los haberes conforme a sentencia y no respecto de los haberes mínimos ya que esto generaría desfasajes indeseados.

La primer ventaja de este método es que no resulta necesaria la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de convertibilidad o la de las leyes de emergencia ya que simplemente se torna inaplicable, al declarar las obligaciones a cargo de la ANSeS como una prestación de valor, teniendo en cuenta el carácter alimentario de los beneficios(30).

Debemos destacar que la Corte Suprema ha dicho que las pautas de movilidad de las jubilaciones no importan una forma de indexación(31), por lo que la exclusión no es caprichosa, sino la aplicación de la jurisprudencia vigente en nuestra específica materia.

De lo expuesto se desprende que al no requerir la inconstitucionalidad de una ley no existiría cuestión federal suficiente para interponer un recurso extraordinario federal y la CSJN no tendría que expedirse al respecto, lo cual implicaría contribuir a la celeridad procesal disminuyendo la litigiosidad.

Otro de los beneficios del método propuesto es su sencillez ya que se aplica el mismo índice tanto para actualizar los haberes como para actualizar las sumas retroactivas por las diferencias devengadas. Ello también

impide que se generen ciertos desfasajes que dependan del momento en que se ponga al pago la deuda, ya que este método sigue la movilidad de los haberes.



V.- Cuestiones conexas

a) Interés por Mora

Cabe resaltar que la función propia de los intereses moratorios es compensar la indisponibilidad del capital durante el transcurso de la mora, así la actualización propuesta no alcanza para compensar esta pérdida, sino solo a mantener el valor del capital adeudado a lo largo del tiempo.

Por ello resulta necesario fijar una tasa por mora y sería razonable estipular una tasa fija baja, del orden de un 4%.

Aclaremos que aún en períodos de estabilidad salarial el capital adeudado por la Administración debe pagar algún interés, no para reparar la pérdida del poder adquisitivo sino simplemente por no haberlo abonado a tiempo.

Debemos aclarar que la aplicación de la tasa activa impulsada en otros fueros para mantener incólume el contenido de la sentencia no resulta directamente aplicable en el ámbito debatido porque a diferencia de lo que sucede generalmente en las sentencias del fuero civil o comercial en donde se fija un daño actual, sea basado en prueba cercana a la sentencia o por una estimación del magistrado que establece la cantidad de dinero necesaria para reparar el daño al momento del dictado de la sentencia. Por ello la tasa solo debe mantener ese valor hasta el momento del pago.

En cambio, en las sentencias de reajuste de haberes no se hace consideración alguna por la adecuación de los haberes pasados por darle el tratamiento de una simple deuda dineraria –en la que no existen cláusulas de actualización alguna– y sistemáticamente transcurren varios años desde que se dicta una sentencia en primera instancia hasta que la misma se liquida. Por estas particulares características y el proceso inflacionario actual (reflejado en el aumento de los salarios y posterior adecuación de los haberes jubilatorios) la aplicación de una tasa simple es intrínsecamente riesgosa o llanamente insuficiente.

b) La aplicación de la doctrina “Spitale”

Corresponde que realicemos una especial mención al antecedente “Spitale” en el que la CSJN sostiene que la tasa pasiva resultaba satisfactoria en aquel momento para reparar el menoscabo patrimonial sufrido por el deudor.

Sin embargo es menester resaltar dos cuestiones, la primera se refiere a la fecha en la que fue dictado el fallo. En ese momento –como hemos dicho– el aumento de las distintas variables económicas tenidas en cuenta por el máximo tribunal no presentaban un desfase importante con la tasa pasiva publicada por el BCRA, por lo que la aplicación de la misma en 2004, aun cuando no fuera óptima, al menos cubría el capital adeudado.

El segundo punto importante que cabe analizar del precedente surge del mismo fallo, que en el considerando 7 sostiene que: “...la tasa pasiva promedio que elabora el Banco Central de la República Argentina es adecuadamente satisfactoria del menoscabo patrimonial sufrido por la demandante, en el marco de la índole previsional de la relación jurídica en examen, el carácter alimentario de las prestaciones adeudadas y el período de

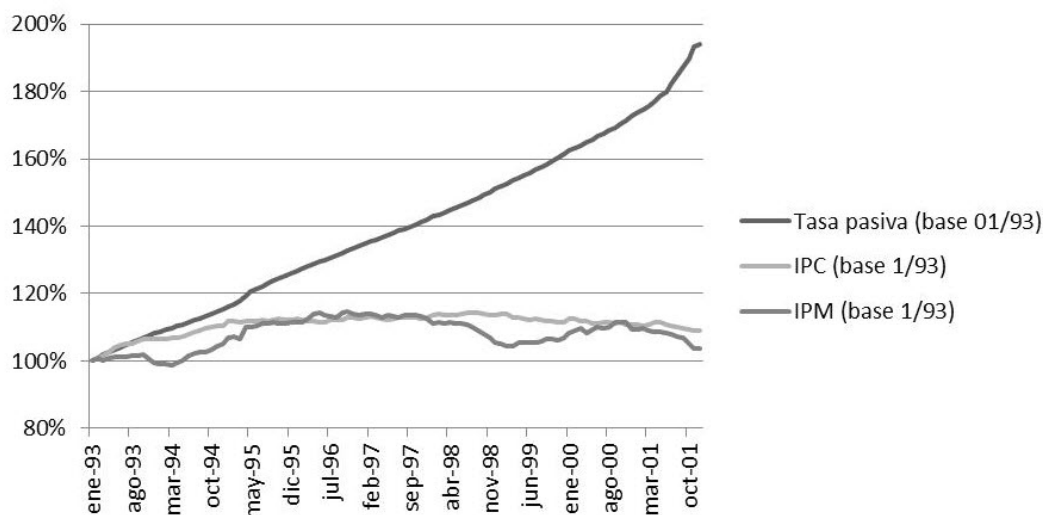


estabilidad del valor de la moneda durante el lapso que corresponde a la deuda reclamada..." (la negrita me pertenece).

En decir, surge del considerando expuesto que la CSJN consideró adecuada la aplicación de la tasa pasiva en un contexto de estabilidad del valor de la moneda, el cual no se mantuvo a lo largo del tiempo.

Asimismo podemos resaltar que en el considerando 2 del mismo precedente la CSJN atribuye a los intereses un importante fin, el cual es: "...la conservación del valor adquisitivo de las sumas debidas...".

A fin de analizar la incidencia de la aplicación de la tasa pasiva hasta el dictado de "Spitale" basta observar el cuadro expuesto a continuación en el que la línea que marca la serie acumulada de la tasa de interés siempre superó la inflación medida por IPC acumulando diferencias que responden al rendimiento de capital, de manera de cubrir la mora, en el orden del 6,62% anual efectivo.

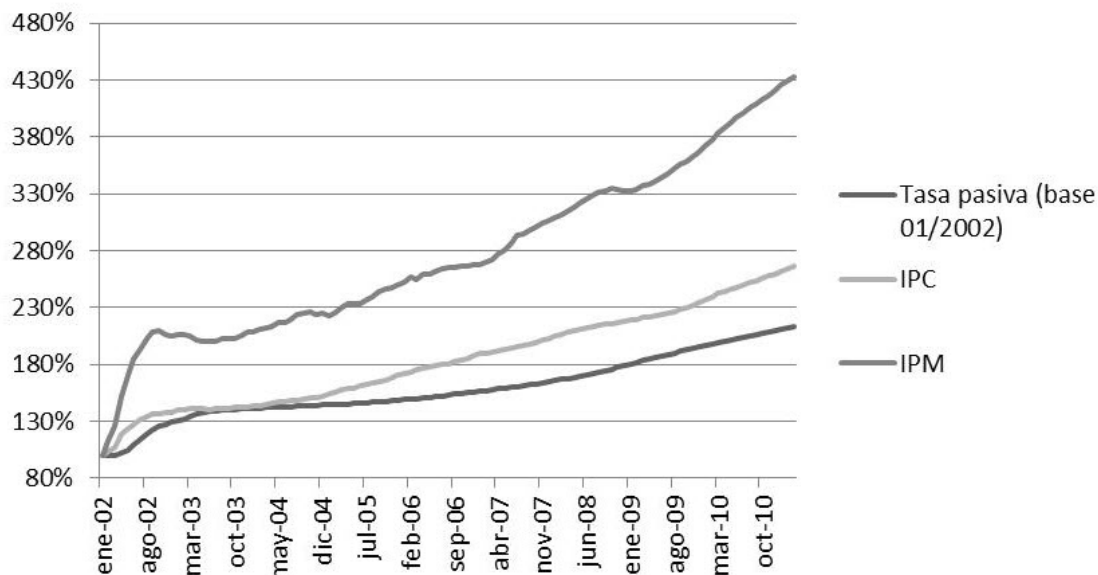


(Realizado sobre datos del INDEC –www.indec.gov.ar– y el Ministerio de Economía –<http://www.mecon.gov.ar/peconomica/basehome/infoeco.html>–).

Ahora bien, es evidente que las condiciones económicas han mutado y el máximo tribunal se ha referido a estos cambios como tan notorios en el fallo "Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios" dictado el 08/08/06, que en el considerando 9º) expresa: "...Que no puede obviarse que los cambios en las condiciones de hecho producidos desde el año 2002, trajeron aparejadas variaciones importantes en cualquiera de los indicadores que pueden utilizarse para analizar el mantenimiento o disminución en el nivel de vida del jubilado, y que desde el año 2003 se consolidó un proceso de recuperación de las variables salariales, que no se reflejó en un contemporáneo reconocimiento para la totalidad de las prestaciones jubilatorias. Lo dicho, que surge de datos que por su carácter público no necesitan de mayor demostración..."



La aplicación de la tasa del comunicado 14.290 resulta absolutamente insuficiente para cubrir la inflación –nuevamente, medida por el criticado IPC– como puede observarse del siguiente gráfico el pago de deudas a valor nominal con más la tasa pasiva no cubren una reparación integral del daño producido por la Administración al no pagar oportunamente.



n la época del dictado del precedente “Spitale” la tasa pasiva no generaba el importante perjuicio que ocasiona en la actualidad, teniendo en cuenta que a septiembre de 2004 daba un incremento del 43,33%, la tasa activa un 91, 61 %, el IPC un 43, 33% y el Índice de salarios 30,86%.

Ahora bien, si realizamos las comparaciones en marzo de 2010 la tasa pasiva arroja un incremento de 113,7% entre 2002 y 3/2011, período para el cual la Administración Nacional de la Seguridad Social reconoció un aumento de 219,18%.

Todo el Fuero se acoge al criterio de la CSJN que se expidió ya en innumerables oportunidades respecto a la insuficiencia de esos aumentos de ANSeS, sin embargo la aplicación de la tasa del comunicado 14.290, no hace más que convalidar los aumentos generales de la ANSeS que continuamente son declarados insuficientes para cubrir la movilidad de las prestaciones.

c) Fondo de Garantía de Sustentabilidad (FGS)

Por otro lado la ANSeS posee recursos propios significativos, cuya evolución no puede dejar de analizarse ya que están siendo invertidos a tasas muy superiores a la que afronta al momento de cancelar sus deudas, el último informe del Fondo de Garantía de Sustentabilidad (FGS)(32) dice que la rentabilidad de las inversiones realizadas por la ANSeS, ha sido del 83,9% desde diciembre de 2008.

Dado que en el mismo período la tasa pagada por el Organismo en los juicios de ajuste solo creció un 19,58% la ANSeS se comporta en la actualidad como un Banco que paga una tasa menor por los préstamos que toma que por los créditos que otorga teniendo una ganancia neta –Spread– que lo alienta a mantener y dilatar la presente litigiosidad.



Recordemos que dentro de los fines enunciados por la ANSeS para el FGS se encuentra “atender eventuales insuficiencias en el financiamiento del régimen previsional público, a efectos de preservar la cuantía de las prestaciones previsionales”. Bien, no parece razonable que la Administración actúe como una AFJP prefiriendo “deberle” a los beneficiarios mientras invierte los fondos administrados a tasas superiores a la que les reconoce a los actores.

VI.- Reflexiones finales

En definitiva todos los otros fueros han paliado la situación de alguna manera pero parece que a la fecha las deudas con los jubilados siguen quedando relegadas, ya sería tiempo que se haga justicia.

Sin llegar a la inaplicabilidad de la Ley de convertibilidad bien puede establecerse como tasa de interés el mismo índice que se utiliza para determinar el valor de la deuda de curso sucesivo, es decir aplicar el índice de movilidad como tasa de interés. De todas maneras insistimos en la necesidad de incorporar un plus a ese índice solo por la demora en el pago.

El Nomen iuris adoptado poco importa mientras se cumpla con la reparación integral del daño causado, es decir que si ordena pagar una suma de dinero suficiente como para cubrir la cantidad de haberes adeudados tomando para el cálculo el valor actual del haber conforme lo determine la sentencia de reajuste no hace a la cuestión de fondo que esos montos lleven el nombre de intereses moratorios, actualización del capital, deudas de valor, o multas.

Asimismo debemos tener en mira tomar los recaudos para impedir la posibilidad de que la Administración, reticente al pago, provoque desfasajes a posteriori de la sentencia sea modificando el medio de pago o dilatando la fecha efectiva de cumplimiento.

Resulta enigmático que debamos reclamar al Poder Judicial que corrija lo que el Máximo Tribunal le solicitare al Poder Legislativo: resolver la situación vinculada con los años anteriores a la corrección efectiva del haber jubilatorios que por el desborde de causas generadas por la actitud recalcitrante del Estado Nacional demoran años.

En definitiva calcular el valor adeudado por el Estado en concepto de haberes impagos usando este método resulta una simple aplicación práctica de mantener la relación con el ingreso de los trabajadores activos con el haber de los pasivos tornando “indiferente” la fecha de pago(33).

Lo que se debe por movilidad, es lo que se debe de actualización, simple, sencillo.

--

Notas:

(1) Considerando los aumentos otorgados por las Res. ANSeS 58/2011 y R. 448/11.

(2) Del voto del señor Juez doctor Alberto I. Balladini, STJRN en autos "Loza Longo, Carlos Alberto C/ R.J.U. Comercio e Beneficiamiento de Frutas e Verduras y Otros S/Sumario S/Casacion" (Expte. N° 23987/09-STJ-).

(3) Fallos 329:3089 y 330:4866, 26/11/2007

(4) Oportunamente y en absoluta soledad hemos planteado que la aplicación del Índice de Salarios del INDEC resulta inapropiada para cumplir con el principio de sustitutividad, libro de ponencias del 5° Congreso Argentino de Previsión Social, Págs.302/314. Resaltamos que la aplicación de la doctrina emanada del precedente "Badaro" reconoce al 12/2009 un incremento del 232,11% cuando el promedio del SIJP subió 308,37%. sobre datos publicados por la Dirección Nacional de Programación Macroeconómica, Secretaría de Política Económica, sobre la base de información del INDEC del Ministerio de Economía - <http://www.mecon.gov.ar/peconomica/basehome/infoeco.html>- Tomando como base el promedio del cuarto trimestre de 2001 que arroja un salario medio declarado de \$940,589, siendo el valor del cuarto trimestre de 2009 de \$3.841.

(5) "...los cambios en las circunstancias pueden hacer que la solución legal, correcta en su comienzo, se torne irrazonable, y que cuando ello sucede el cumplimiento de la garantía en juego atañe también a los restantes poderes públicos que deberán, dentro de la órbita de su competencia, hacer prevalecer el espíritu protector que anima a dicho precepto, dentro del marco que exigen las diversas formas de justicia."; "Valles, Eleuterio s/jubilación" CSJN 29/10/1987; 310:2212

(6) Ley 23.928, art. 1

(7) -Ley 25.561 B.O. 07/01/2002;

-Ley N° 25.972 B.O. 17/12/2004. Art. 1: "Prorrógase en los términos de la presente ley, hasta el 31 de diciembre de 2005, el plazo al que refiere el artículo 1° de la Ley N° 25.561;

-Ley N° 26.077 B.O. 10/1/2006. Art. 1: "Facúltase al Poder Ejecutivo nacional a adoptar las medidas necesarias tendientes a lograr una salida ordenada de la situación de emergencia pública. A tal fin, prorrógase hasta el 31 de diciembre de 2006 la vigencia de la Ley N° 25.561". Resulta notorio que la Ley "entró" en vigencia a partir del 1° de enero de 2006, siendo promulgada el 9 de enero y publicada el 10 de enero de ese año.

-Ley N° 26.204 B.O. 20/12/2006. Art. 1: " Prorrógase hasta el 31 de diciembre de 2007 la vigencia de la Ley N° 25.561;

-Ley N° 26.339 B.O. 4/1/2008. Art. 1: "Prorrógase hasta el 31 de diciembre de 2008 la vigencia de la Ley N° 26.204". Aquí también la Ley "entró" en vigencia con anterioridad a su promulgación, contrariando el art. 2 del CC.



-Ley N° 26.456 B.O. 16/12/2008. Art. 1: "Prorrógase hasta el 31 de diciembre de 2009 la vigencia de la Ley 26.204, prorrogada por su similar 26.339."

-Ley 26.563 B.O. 17/12/2009. Art. 1: "Prorrógase hasta el 31 de diciembre de 2011, la vigencia de la Ley 26.204, prorrogada por sus similares 26.339 y 26.456."

(8) Fallos: 327: 3721 del 14/09/04

(9) Comunicado BCRA 14.290 Tasa de interés pasiva para el uso de la Justicia, del 5/08/1991.

(10) Nótese que siempre nos referimos al comunicado BCRA 14.290, ya que no es correcto decir simplemente "tasa pasiva" ya que ninguna entidad financiera del país paga por el uso del dinero el valor indicado por la serie publicada por ser teóricamente un mix de tasas diferentes (de hecho ni siquiera es una tasa, sino una serie).

(11) Decreto 529/91 Art. 8° "Las liquidaciones judiciales practicadas o a practicarse por aplicación de sentencias firmes o recurridas, se convertirán a australes por el régimen de la Ley N° 23.928 en la suma resultante de la actualización que se hubiere dispuesto o se disponga en el futuro hasta el 1° de abril de 1991, en las condiciones establecidas por la ley y por la presente reglamentación.

"En oportunidad de determinar el monto de la condena en australes convertibles, el Juez podrá indicar la tasa de interés que registrá a partir del 1° de abril de 1991, de modo de mantener incólume el contenido económico de la sentencia." -conf . art. 10, Decreto 941/91- (la negrita me pertenece).

(12) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, in re: "Samudio de Martínez, Ladislao c. Transporte Doscientos Setenta S.A." del 20/04/2009; Cámara de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, in re:

"Barreiro, Jorge Andrés c/Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A. s/ Ordinario", del 20/7/2006, Sala B, in re: "Lebuis, María c/Caja de Seguro S.A.", del 30/11/2007; Cámara Nacional de Apelaciones del

Trabajo, Sala VII, in re: "García, Pablo Fabián c/Día Argentina S.A.), de 16/7/2008; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, in re: "Herrera, Antonio D. c/ Ejército Argentino", del 25/6/04; Sala III, in re: "Bonfigli, Alberto Jorge y otros c/Estado Nacional y otros", del 17/8/2007; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, in re: "Correa, Horacio N. y otros c/Estado Nacional", del 16/3/2005

(13) Con excepción del criterio de la Sala 2 de la Cámara del Fuero, en autos "Berón Ángel Natal c/ANSeS s/reajustes varios" en donde establecen trasladar de las variaciones del IS hasta febrero de 2009.

(14) 88,57%, IS cuarto trimestre 2001 a 12/2006 + 13% Ley 26.198 + 12,5% D. 1346/07 + 7,5% + 7,5% D. 279/08 + 11,69% Res. ANSeS 135/09 + 7,34% Res. ANSeS 65/09 + 8,21% Res. ANSeS 130/10 + 16,9% Res ANSeS 651/10 + 17,33% Res. ANSeS 85/11

(15) Para el período 01/2002 al 03/2011



(16) La diferencia proporcional es aún mucho mayor si compramos deudas de enero 2004, que resulta en 308,80% de Badaro contra 51,1% por tasa pasiva. Ello así porque el resultado de 2002 arrojó un incremento de 7,6% para los salarios calculados por el INDEC contra un 30,7% de la tasa pasiva, por el impacto de la salida de la convertibilidad.

(17) Esta situación fue señalada por la Dra. María del Carmen Besteiro en las 1ras Jornadas Internacionales de Derecho de la Seguridad Social, Bs. As. junio 2009, Universidad de Buenos Aires.

(18) Ley 18038. Art. 13: "Los aportes en mora deberán abonarse de acuerdo con el monto de la categoría, vigente a la fecha de su pago, con más el interés punitivo pertinente, sin perjuicio de las sanciones que correspondan"

Decreto 2104/93 Art. 4º "La determinación de la deuda... se practicará de acuerdo con la/s categoría/s... correspondientes al momento de su devengamiento, calculadas según su valor al tiempo de la consolidación"

(19) Aplicada por plenario Civil del 20/4/09, "Samudio de Martínez, Ladislao c/ Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios".

(20) Ley 11.683; t.o. D. 821/98.

(21) art.666 bis, CC; y art 37 CPCCN

(22) Calculado conf. datos publicados por ANSeS, en base al total abonado sobre el total de liquidaciones.

(23) CSJN, A 548, XXI.

(24) En el mismo sentido ver Fallos: 158:132; 170:394; 179:394; 234:717; 253:783; 258:14; 300:616; 303:1155.

(25) Ministerio de Economía y Finanzas Públicas Resolución 15/2010 (bonos de consolidación de deudas previsionales 5ta serie.)

(26) El único error que genera utilizar el índice al "penúltimo mes anterior al que esos importes sean puestos a disposición del titular" no guarda la importancia que tenía en épocas de hiperinflación.

(27) En particular ver "Capa, Néstor Fernando c/ANSeS y otro s/ reajustes varios" del 16/10/09, Sala II CFSS, en donde se sostiene que: "es público y notorio el irrazonable tiempo que insume el proceso previsional" (del voto del Dr. Herrero).

(28) 7/3/06, C. 1051. XL. Chiara Díaz, Carlos Alberto c/ Estado provincial s/ acción de ejecución.

(29) CSJN del 28/03/1985. En el mismo sentido "Makler, Simón c/ ANSeS s/ inconstitucionalidad ley 24.463"; M. 427. XXXVI, 20/5/03



(30) Los Dres. Alterini, Ameal y López Cabana dicen que: "... si lo debido es el valor X, el acreedor tiene la expectativa de que se le entregue lo necesario para conservar igual aptitud patrimonial que con X; si el valor X equivale a 100 kg de trigo, el deudor de ese valor X debe entregar la suma equivalente al precio de plaza de dicha cantidad de trigo...". (Editorial Abeledo Perrot, Segunda edición, 1998, pág 478).

(31) "S. 2758. XXXVIII. Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios." 17/5/05; Considerando 5° "el artículo 53 de la ley 18.037 no era una cláusula indexatoria" y Considerando 6° del voto de E. Raul Zaffaroni y Carmen M. Argibay: "...tampoco cabe 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 al solo efecto de contrarrestar el impacto de la inflación."

(32) "Informe mensual FGS febrero 2011 (datos a enero 2011)", publicado en el mes de mayo de 2011, disponible en el sitio web de la ANSeS.

(33) Fallos:293:551; 295:674; 297:146; 300:616; 304:180; 305:611, 770, 953; 308:1848; 310:2212 y especialmente "Sánchez" y "Badaro".