

Trabajo dependiente y jubilación pública en la provincia de Buenos Aires. ¿Incompatibilidad o discriminación?

Revista de la Escuela Judicial: ISSN 2796-874X

Año: 02 / N° 2 - Mayo 2022

Recibido: 28/03/2022

Aprobado: 17/04/2022

Trabajo dependiente y jubilación pública en la provincia de Buenos Aires. ¿Incompatibilidad o discriminación?

Dependent work and Public Retirement in the province of Buenos Aires. Incompatibility or discrimination?

*Por Gerardo Raúl Mosquera¹
Universidad Nacional de La Plata*

Resumen: El trabajo busca poner al descubierto la discriminación que padecen los hombres y mujeres jubilados en la provincia de Buenos Aires, a quienes se les priva por esa sola circunstancia de percibir otra remuneración o ingreso proveniente de una relación de dependencia, ya sea de carácter pública o privada, siendo mucho más evidente en el caso de los docentes. Para ello, analizamos la norma previsional de facto a la que están sometidos quienes desempeñan su labor para el Estado provincial o municipal a la luz del nuevo plexo normativo

¹ Abogado (Universidad Nacional de La Plata). Egresado de Escuela Judicial del Concejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Doctorando en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Diplomado en Derecho procesal penal (CALP). Asesor letrado del Ministerio de Trabajo de la provincia de Buenos Aires (deleg. Reg. Saladillo). Ex abogado de la Asesoría General de Gobierno de la provincia de Buenos Aires. Ex abogado del Consejo de Reforma del Estado de la provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: gerardoraulmosquera@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4253-1195>.

surgido luego de la reforma constitucional de 1994, demostrando su contradicción y la primacía del bloque de convencionalidad por sobre hacer cesar la afectación de los derechos que sufren los trabajadores jubilados.

Palabras clave: Discriminación – Jubilados – Docente – Incompatibilidad – Derechos humanos – Principios.

Abstract: The work seeks to uncover the discrimination suffered by retired men and women in the Province of Buenos Aires, who are deprived for that sole circumstance of receiving other remuneration or income from a dependency relationship, whether of a public nature or private, being much more evident in the case of the jubilee teachers. For this purpose, we have analyzed the de facto provisional norm as some women have been designing in their work for the Provincial and Municipal State in the light of the new normative plexus passed by the constitutional reform law of 1994, demonstrating its contradiction and the blockade of agreement on sovereignty, concluding with the need to modify the article of the provisional law to make the affection of the rights that suffers the workers and workers jubilees

Keywords: Discrimination – Jubilation – Teachers – Incompatibility – Human Rights – Principles.

Planteo del tema

El artículo 60 del Decreto-ley N° 9.650 sancionado durante el Gobierno de facto reza textualmente:

Será incompatible la percepción del haber jubilatorio con el desempeño de cualquier actividad en relación de dependencia, con excepción de los servicios docentes. Es incompatible asimismo, la percepción de jubilación por edad avanzada, con el de otra jubilación o retiro nacional, provincial o municipal.

Como se desprende del término literal de la norma, resultaría incompatible, es decir, estaría prohibido, cobrar el haber previsional conjuntamente con la remuneración que pudiera derivarse de una actividad en relación de dependencia. La norma admite como única excepción al cobro simultáneo de remuneraciones los servicios docentes, sin aclarar si los profesionales de la educación que obtuvieron su jubilación por su actividad como tal pueden efectivamente percibir su haber previsional al mismo tiempo que cualquier otro estipendio o ingreso, sea de una relación de empleo público o privado. Más adelante me ocuparé con mayor detenimiento de esa distinción que indica el precepto en análisis.

El Instituto de Previsión Social de la provincia de Buenos Aires –cuya misión es la de orientar la política de previsión social en el territorio de la provincia de Buenos Aires, asesorar a los poderes públicos en materia de previsión social y aconsejar al Poder Ejecutivo la adopción de medidas tendientes a su perfeccionamiento, así como recaudar los recursos, conceder y pagar las prestaciones, disponer la inversión de fondos y rentas de cada sección y realizar los demás actos administrativos inherentes a la naturaleza del Ins-

tituto, bajo la responsabilidad personal y solidaria de los miembros del directorio—, apegándose al texto citado, priva a todo aquel que lleva a cabo tareas como dependiente en cualquier organismo del Estado provincial o municipal, o incluso en la órbita privada, del beneficio previsional al que hubiera accedido, para lo cual es preciso reunir los requisitos legales —en su mayoría, años de aportes al sistema previsional y la edad necesaria para alcanzar el beneficio—, quitándoles a quienes tengan un empleo público o privado de percibir su sueldo y el haber previsional de manera conjunta, so pena de interrumpir el pago de la prestación previsional y generar un cargo en su contra por los importes que hubieran recibido en forma sincrónica.

Nos preguntamos entonces si esta incompatibilidad que la norma pregona es legítima o representa una discriminación abierta, expresa y manifiesta. Anticipamos desde ya nuestra opinión en contra de su validez constitucional. Intentaremos, en lo que sigue, dar los fundamentos de ello.

Inconstitucionalidad del artículo 60 del Decreto-ley N° 9.650. Al infinito y más allá

El artículo 60 del Decreto-ley N° 9.650 se ha perpetuado en el tiempo, traspasando las fronteras de un “gobierno de hecho”, extendiendo su vigencia en la nueva república que tuvo lugar con el retorno a la democracia en 1983, fortalecida con la sanción de la reforma constitucional de 1994. Sin embargo, ello no empece que lo consideremos abiertamente inconstitucional, especialmente a la luz del contenido de los tratados de derechos humanos que forman parte del bloque de convencionalidad producto de la incorporación de los mismos a nuestro ordenamiento jurídico (art. 75 inc. 22 de la

Constitución nacional) y del orden jerárquico que consagra el artículo 31 de la carta magna. Ello, por las siguientes razones.

En primer lugar, dicha norma es inconstitucional desde su origen, por haber sido dictada por un Gobierno de facto, lo que no puede ser soslayado por el juez intérprete de la ley. Una norma dictada por una fuerza armada que toma el poder sin el voto popular, sin respetar la Constitución nacional ni provincial, recurriendo a la fuerza irresistible y a la tortura como método para sembrar el miedo y evitar cualquier planteo discursivo sobre cualquier disposición, emanada del Gobierno más autoritario y nefasto que ha existido en Argentina, no puede nunca resultar constitucional. Su vigencia ofende el sistema democrático y los principios republicanos, habiéndose incurrido en una inconstitucionalidad por omisión.

Pero el decreto-ley no solo es inconstitucional por su génesis, sino que además lo es porque conculca derechos humanos fundamentales, como el derecho de propiedad sobre un haber jubilatorio, el derecho a la protección de la seguridad social y a no ser excluido del beneficio previsional por el mero hecho de ser jubilado.

Por supuesto que, más que una declaración de inconstitucionalidad, debería promoverse la sanción de una nueva norma legal que de manera expresa y contundente permitiera el cobro del haber previsional aun cuando el beneficiario tuviera un vínculo dependiente del Estado o de una persona física o jurídica privada.

El reconocimiento del poder constituyente y de los poderes políticos constituidos, entre ellos, las potestades legislativas a autoridades no democráticas ni republicanas –que, entre otras cosas, prescinden del funcionamiento del Congreso nacional–, importa la concesión de “facultades extraordinarias” y la “suma del poder público”, en los términos del artículo 29 de la Constitución nacional, siendo los actos dictados por el Gobierno provincial que sancionó el Decreto-ley N°

9.650 absolutamente nulos; dicha nulidad se encuentra reforzada actualmente por el artículo 36 de la Constitución nacional.

La Corte Suprema confirmó la declaración de nulidad insanable de las normas de facto y la privación de sus efectos cuando tales normas configurasen un evidente abuso de poder frente a las garantías y derechos esenciales de los individuos (fallos 309:1692).

Las leyes emanadas del Congreso nacional o provincial, en tanto en cuanto son el resultado de la deliberación democrática, tienen una presunción de validez moral y, por consiguiente, deben ser aplicadas por la judicatura. Pero no puede ocurrir lo propio con una norma de facto como el Decreto-ley N° 9.650, que adolece de la presunción de legitimidad desde su nacimiento.

La validez de las leyes de facto durante los Gobiernos constitucionales ha planteado debates doctrinarios y discrepancias jurisprudenciales, existiendo dos posturas diferentes acerca de este problema, que llamaremos “doctrina de la equivalencia” y “doctrina de la inequivalencia”.

La doctrina de la equivalencia fue el criterio general de la Corte Suprema de Justicia hasta el Gobierno constitucional de 1983, como lo demuestran la Acordada de la Corte Suprema del 7 de junio de 1943 (fallos 196:5), “Arlandini”, del año 1947 (fallos 208:184) y “Ricardo F. Molinos”, de 1968 (fallos 270:367). Esta doctrina atribuye a las normas emanadas de los Gobiernos de facto la misma validez que a los actos legislativos de los Gobiernos de jure, y reconoce su capacidad para otorgar derechos adquiridos –por ejemplo, beneficios jubilatorios–, así como su ultraactividad cuando fuesen normas penales –principio de la ley penal más benigna–.

En cambio, la doctrina de la inequivalencia otorga una validez solo precaria a los actos y leyes de los Gobiernos de facto. Esta doc-

trina, inaugurada por la Corte Suprema de 1983, se plasmó en decisiones históricas como “Aramayo”, del año 1984 (fallos 306:72). En este caso, sostuvo que existe una diferencia esencial entre los actos y las normas de los Gobiernos de facto y los de jure, que deriva de la diferente naturaleza de los Gobiernos que las originan. Para la Corte, la restitución del orden constitucional requiere que los poderes del Estado nacional o los de las provincias, en su caso, ratifiquen o desechen, explícita o implícitamente, los actos del gobierno de facto. En “Dufourq”, de 1984 (fallos 306:174), extendió la doctrina a las leyes de facto, sosteniendo que su validez está condicionada a que el Gobierno constitucionalmente elegido las ratifique, explícita o implícitamente.

Si bien en el caso del Decreto-ley N° 9.650 podría decirse que existió una confirmación implícita de su validez por los Gobiernos constitucionales que prosiguieron desde el retorno a la democracia en 1983, ello no impide la declaración de inconstitucionalidad de uno de sus artículos cuando, como acontece en el caso del artículo 60, se afectan derechos constitucionales reconocidos en un *corpus iure* cuya superioridad normativa no está en discusión, encabezado por la Constitución nacional, los tratados de derechos humanos y hasta la propia ley suprema provincial.

Si se realizase un control y escrutinio estricto de la norma cuestionada, podría advertirse que estamos en presencia de una clara discriminación por la condición de ser jubilado, violando igualmente, el citado artículo 60, el derecho de propiedad al cobro del haber jubilatorio, el derecho a la seguridad social, el principio protectorio, el *pro homine*, el de progresividad, el de buena fe, el de sustitutividad, el de integridad y el de irrenunciabilidad, por citar algunos, todos ellos de aplicación a la relación de empleo público o privado.

Alternativas para superar la prohibición legal de percibir un sueldo como dependiente y el haber jubilatorio

La limitación impuesta por el artículo 60 del Decreto-ley N° 9.650 puede ser superada de tres maneras: planteando la inconstitucionalidad de la norma, modificando el precepto legal legislativamente, realizando una interpretación “aggiornada” de la norma cuestionada con el resto del ordenamiento jurídico.

Plantear la inconstitucionalidad de la norma

En este caso se necesita de un caso judicial y del compromiso del juzgador, quien deberá salir de su zona de confort y atreverse a adoptar un rol activo.

Las reformas normativas introducidas a nivel constitucional en 1994, especialmente la incorporación al bloque de constitucionalidad federal de los tratados internacionales de derechos humanos indicados en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución nacional, exigen que el sistema jurídico argentino recepte, plenamente y en todas sus ramas, las reglas y principios constitucionales de nuestro Estado social y democrático de derecho.

Los nuevos pilares sobre los que se funda el Código Civil y Comercial ponen a disposición de los jueces herramientas fundamentales para la reconstrucción del derecho desde la óptica de los principios, los valores, la ética, la igualdad, la no discriminación, la equiparación real ante una situación visiblemente desfavorable; en definitiva, la apertura del sistema a soluciones más justas, la reconstrucción de la ciencia jurídica, vista como una práctica social compleja, en la que los derechos vuelven al centro de la escena.

Al respecto, no puede soslayarse que el artículo 1, con el que comienza el “Título Preliminar”, categóricamente sostiene que: “Los

casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte”. Concordantemente, el artículo 2 dispone que

La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

La incorporación de estos enunciados y su trascendental ubicación en el nuevo código no es casual. Este esquema de fuentes supone explicitar un denominador común entre las normas constitucionales y el derecho privado, consistente en la protección de la persona.

Ahora existen varias fuentes del derecho que compiten con reclamos de autoridad legítimos por su primacía en los casos. La Constitución, los tratados internacionales, la ley, las decisiones judiciales nacionales, extranjeras, regionales o internacionales, son algunas de ellas, y su legitimidad proviene a veces de la deliberación mayoritaria, a veces de la lógica contramayoritaria de los derechos, y a veces de la necesidad de mantener consistencia en el lenguaje del derecho a lo largo del tiempo.²

El Código Civil y Comercial, al menos desde un punto de vista teórico, recepta aquel desafío, otorgando a los tratados internacionales de los que la nación es parte —en particular, los de derechos humanos— un papel fundamental en el nuevo ordenamiento. En este aspecto

² Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”. Sentencia del 27 de noviembre de 2012.

innova profundamente al aceptar explícitamente la constitucionalización del derecho privado y establecer una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado.

No parece haber interpretaciones disímiles, al menos las que se exteriorizan públicamente, en cuanto al rol que deben asumir los jueces en el nuevo sistema que impone la reforma. Con los principios que recoge el nuevo código y el andamiaje de derechos consagrados en la Constitución nacional y los tratados internacionales de derechos humanos, el juez debe resolver pensando en el ciudadano de a pie, con base en principios sociales. De allí el deber de resolver razonablemente (art. 3). Lejos de ser una puerta a la discrecionalidad judicial, son límites a ella. La idea es que los jueces resuelvan los problemas de la sociedad –de eso se trata el derecho–. La apertura “principiológica” provoca, de algún modo, la ruptura con el modo subsuntivo derivado de un derecho basado en simples reglas. En ese escenario, el juez pasa a ser observado como quien identifica los consensos básicos de la sociedad, el *ethos* jurídico dominante, para erigirlos en sustento de sus decisiones; y con ello, la posibilidad, por conducto de principios, de conectar la política con el derecho (Berizonce, 2014).

El nuevo ordenamiento deposita su confianza en los jueces, pone en sus manos un conjunto formidable de facultades y deberes para que cumplan con sus funciones, pero en esta faena no solo les señala las reglas, sino que también les indica los principios y valores. En tal inteligencia, los principios que el código se encarga de destacar se presentan como complementos heurísticos que facilitarán el trayecto del razonamiento decisional, que constitucionalmente está impuesto como deber del juez de motivar la decisión, con un costado particularmente destacado en la consideración democrática de las sentencias judiciales (Morello, 1994).

En tal sentido, cabe destacar que, desde la perspectiva de las normas previsionales, la posibilidad de continuidad de la relación laboral

con el trabajador jubilado es una realidad cada vez más presente en el contexto económico actual y con los efectos negativos que aún tiene la pandemia de covid-19.

La Ley N° 24.241, en su artículo 34 –texto sustituido por el artículo 6 de la Ley N° 24.463–, admite la posibilidad de que el trabajador jubilado vuelva a la actividad remunerada estableciendo la compatibilidad entre ambas situaciones sin suspensión del beneficio previsional. Expresamente, dice: “Los beneficiarios de las prestaciones del régimen previsional público podrán reingresar a la actividad remunerada tanto en relación de dependencia como en carácter de autónomos”. Es decir que un trabajador puede incluso haber laborado siempre bajo las órdenes de un mismo empleador, jubilarse y reingresar como dependiente del mismo empleador, con goce de la jubilación obtenida en ese mismo empleo.

En el ámbito provincial, sin embargo, la Ley N° 9.650 impide esa posibilidad, sin que exista una razón suficiente ni se explicita cuál es el interés general protegido con dicha prohibición.

El haber jubilatorio forma parte del derecho de propiedad que la Constitución nacional reconoce en los artículos 14 y 17 y se encuentra en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es que la prestación previsional que el trabajador percibe viene a sustituir el ingreso que tenía el jubilado como consecuencia de su labor (fallos 289:430; 292:447; 293:26; 294:83, entre otros). Ergo, impedirle a un trabajador o trabajadora que perciba su haber previsional so pretexto de que mantiene una relación de dependencia conculca su derecho de propiedad sobre el beneficio previsional, garantizado por los artículos 14, 14 bis y 17 de la Constitución nacional y por la propia ley suprema provincial (arts. 10 y 31), así como también la posibilidad de que el flamante jubilado pueda tener una vida digna (art. 12 inc. 3 de la Constitución provincial; art. 11 inc. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 13 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales), implicando un grosero incumplimiento de los deberes que tiene el Estado de proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona mayor.

Argentina, al aprobar por Ley N° 27.360 la “Convención interamericana sobre protección de los derechos humanos de las personas mayores”, tiene la obligación de salvaguardar los derechos humanos y las libertades fundamentales de dichas personas enunciados en la convención –entre los que se encuentran la prohibición de discriminar por edad y la obligación de proteger la dignidad de los adultos mayores–, debiendo a tal fin adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar las prácticas contrarias (art. 4 inc. a); implementar medidas afirmativas y realizar los ajustes razonables que sean necesarios para el ejercicio de los derechos establecidos en la convención, absteniéndose de adoptar cualquier medida legislativa que sea incompatible con la misma (art. 4 inc. b); adoptar y fortalecer todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia, a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos (art. 4 inc. c).

Privar a un jubilado de su haber previsional por el hecho de que mantiene una relación de empleo público o privado implica lisa y llanamente un incumplimiento grosero por parte del Estado de la obligación que le compete, siendo pasible, por ello, de responsabilidad internacional. Además, de este modo se afecta también el principio de sustitutividad del haber jubilatorio, el cual implica que, como la jubilación constituye una consecuencia de la remuneración que percibía el beneficiario como contraprestación de su actividad laboral, una vez cesada esta y como débito de la comunidad por dicho servicio, el beneficio jubilatorio le debe permitir al jubilado mantener el estatus de vida que tenía mientras se encontraba en actividad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “Quiroga, Carlos Alberto c/ ANSeS s/ Reajustes Varios” (fallos 337: 1277), puso particular énfasis en el carácter integral de los beneficios de la seguridad social. La fuente más encumbrada del derecho positivo, la Constitución nacional, en su artículo 14 bis, prescribe en forma expresa que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social con carácter de integrales e irrenunciables. Es una directiva suprema categórica que obliga a los jueces de la seguridad social a velar por la inmutabilidad e integridad de tales derechos, fulminando toda norma o acto del Estado o de los particulares que en forma actual o inminente los lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta (art. 43).

El aludido carácter integral que le atribuye la Constitución a las prestaciones de la seguridad social indica que la protección que otorga a sus titulares debe ser acorde con sus necesidades económicas, sociales y asistenciales. Tal es el propósito que procura el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando prescribe que:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

En torno a esta cualidad primaria que distingue a las prestaciones de la seguridad social, la Corte Suprema también ha puntualizado lo siguiente:

Que la necesidad de mantener una proporción justa y razonable entre el haber de pasividad y la situación de los activos, es consecuencia del carácter integral que reconoce la Ley Suprema a todos los beneficios de la seguridad social y de la íntima vinculación que

guardan las prestaciones aseguradas al trabajador, con aquellas de naturaleza previsional, que son financiadas primordialmente con los aportes efectuados durante el servicio. Los derechos a una retribución justa y a un salario mínimo vital y móvil dirigidos a garantizar alimentación y vivienda, educación, asistencia sanitaria y, en definitiva, una vida digna, encuentran su correlato en las jubilaciones y pensiones móviles que deben ser garantizadas a los trabajadores cuando entran en pasividad. Cualquier situación que impidiera el goce efectivo de los beneficios de la seguridad social, tal como han sido creados por el legislador siguiendo el mandato constitucional, ya sea disminuyéndolos o aniquilándolos, tornaría irrisoria la cláusula constitucional y vacíos de contenidos los principio que ella consagra.³

El alto tribunal de la nación ha dicho que debe realizar

una consideración particularmente cuidadosa a fin de que en los hechos no se afecten los caracteres de ‘integrales’ e ‘irrenunciables’ de los beneficios de la seguridad social, ya que el objeto de estos es la cobertura de los riesgos de ‘subsistencia’ y ‘ancianidad’, momentos en la vida en los que la ayuda se hace más necesaria. Sus titulares son ciudadanos y habitantes que al concluir su vida laboral supeditan su sustento, en principio absolu-

³ Caso “Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios”. Sentencia del 17 de mayo de 2005, considerando 5.

tamente, a la efectiva percepción de las prestaciones que por mandato constitucional le corresponde.⁴

La Cámara Federal de Paraná, en autos “Cuesta Jorge Antonio c/ AFIP s/ Acción de Inconstitucionalidad”, puntualizó en idéntico sentido que “el beneficio jubilatorio no es ganancia en los términos de la ley tributaria, sino un débito social que se cumple reintegrando aportes efectuados al sistema previsional”.

La Suprema Corte ha sostenido con reiteración que la jubilación es un derecho que se adquiere al cumplirse con los requisitos exigidos por la ley respectiva,⁵ y solo a partir de allí puede reputarse incorporado a la propiedad del beneficiario y tutelado por la inalterabilidad de los derechos adquiridos.⁶

De este modo, sería contrario a la doctrina legal citada que se le prive a los jubilados del derecho al cobro del haber jubilatorio.

Modificar el precepto legal legislativamente

La modificación del cuerpo legal en crisis, y en particular el artículo 60 del Decreto-ley N° 9.650, es tal vez la opción más directa, aunque para ello se deben reunir varias voluntades dispuestas

⁴ Caso “Rolón Zappa, Víctor Francisco s/ Queja”. Sentencia del 25 de agosto de 1988, considerando 4.

⁵ Causas B. 53.529, “Soler”, sentencia del 27 de abril de 1993; B. 53.916, “Portiansky”, sentencia del 4 de julio de 1995; B. 57.240, “Bianchi de Paez”, sentencia del 24 de noviembre de 1998; B. 58.492, “Palacios”, sentencia del 21 de junio de 2000; B. 58.399, “Mingolla”, sentencia del 12 de julio de 2000; y B. 57.384, “Gazzola”, sentencia del 6 de septiembre de 2006.

⁶ Causas B. 61.255, “Bidart”, sentencia del 21 de mayo de 2008; y B. 61.256, “Milillo”, sentencia del 15 de junio de 2016; Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos: 317:219, 329:2146.

a eliminar la injusta situación que padecen los jubilados docentes, para lo cual es preciso una fuerte participación de los sectores involucrados, gremios, legisladores y los representantes del Ejecutivo, de manera de moldear un nuevo estatus jurídico que le permita a todo trabajador público percibir su jubilación aun cuando mantenga una relación de subordinación.

Realizar una interpretación “aggiornada” de la norma cuestionada con el resto del ordenamiento jurídico

Si los magistrados quieren conservar la norma cuestionada con su texto original, es necesario entonces realizar una interpretación de la misma a la luz de todo el plexo normativo que conforma hoy el derecho argentino, procurando compatibilizar dicho precepto con la Constitución provincial, la Constitución nacional, los tratados de derechos humanos, las leyes análogas y los principios y valores jurídicos, así como la finalidad de la ley, como lo ordenó el legislador a partir del año 2015 y surge de la lectura de los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación, debiendo amoldar los términos del decreto-ley a las pautas que imponen las normas de relevación superior, aprobadas por medio de un procedimiento democrático, haciendo posible que de esa interpretación coherente con todo el ordenamiento no se le quite a los jubilados su derecho adquirido al haber previsional, a fin de evitar un trato discriminatorio a quienes reúnen la condición de jubilados.

Esa interpretación armónica, favorable al derecho de quienes han alcanzado su jubilación, constituye *per se* una medida de acción positiva que los magistrados deben utilizar como recurso para cumplir con la manda del artículo 75 inc. 23 de la Constitución nacional.

La situación del docente jubilado en relación de dependencia. Metamorfosis de una tutela preferente en categoría sospechosa

Si ya aparece visible la discriminación que sufren los jubilados por encontrarse en la situación de que la norma previsional bonaerense les impide cobrar sus haberes si mantienen una relación de dependencia, mucho más evidente es la situación de vulnerabilidad y el trato adverso que les dispensa a los docentes el organismo previsional, siempre con fundamento en lo normado por el artículo 60 del Decreto-ley N° 9.650, una vez que obtienen su jubilación por su desempeño en la enseñanza.

Es extraño y contradictorio que se les brinde en actividad un trato favorable y preferente y luego, al momento del cese, cuando se jubilan, se les quiten los beneficios y la consideración especial, privándolos también de los derechos que otrora les fueron otorgados.

En efecto, quienes se desempeñan como docentes en la provincia de Buenos Aires pueden cobrar el sueldo por dicha actividad conjuntamente con la remuneración derivada de trabajos en relación de dependencia, sean del sector público o privado, sin que exista incompatibilidad alguna.

Una segunda “ventaja” que se les concede a quienes se dedican a la enseñanza es la posibilidad de acceder a la jubilación a una edad mucho menor de la del resto de los mortales, ya que podrían hacerlo al alcanzar los cincuenta años de edad y los veinticinco años de aportes previsionales.

Ahora bien, una vez que se jubila —y pese al hecho de que ese beneficio proviene de su actividad como docente, la cual, como dijimos, es compatible con la percepción de un sueldo derivado de un empleo público—, se le impide cobrar su haber jubilatorio si es que mantiene una relación de empleo, pasando de ser un sujeto de preferente tutela

a un verdadero paria, a quien se lo discrimina precisamente por reunir la condición de ser jubilado, a pesar de que la actividad por la que se jubiló era compatible –conforme lo establece el propio Decreto-ley N° 9.650 y el artículo 53 de la Constitución provincial– con la percepción de un emolumento derivado de un empleo público o privado.

En su primer párrafo, el artículo 53 de la Constitución provincial establece: “No podrá acumularse dos o más empleos a sueldo en una misma persona, aunque sea el uno provincial y el otro nacional, con excepción de los del magisterio en ejercicio”. Por su parte, el artículo 60 del decreto-ley consagra como excepción al cobro simultáneo de la jubilación con otro ingreso el proveniente de la actividad docente.

Por lo tanto, si ello es así, no podría prohibirse que un docente jubilado siga cobrando de manera conjunta su haber previsional que proviene de su labor como docente conjuntamente con otros ingresos que pudieran provenir de otras actividades en relación de dependencia, públicas o privadas. Si así ocurriera, se estaría incurriendo en una contradicción y en una discriminación directa y manifiesta basada en el solo hecho de reunir la condición de docente jubilado, transformándose ello en una nueva “categoría sospechosa” y a sus integrantes en marginados y excluidos de los beneficios que tenían cuando se encontraban en actividad, lo que constituye un verdadero dislate, una violación flagrante al principio de no discriminación, al derecho de propiedad, la no regresividad de los derechos y el principio *pro homine*, entre otros, al mismo tiempo que representa una decisión inequitativa y flagrantemente ilegítima por parte del organismo previsional.

Resulta necesario que los magistrados tengan en este caso una actuación comprometida, impidiendo que se concrete un caso de “apartheid” hacia los docentes jubilados, siendo menester que se admita el cobro conjunto de su haber y el de cualquier otro sueldo que provenga de una relación de dependencia.

La solución que proponemos se ajusta al principio de equidad que rige en todo el ordenamiento jurídico y al principio de razonabilidad, haciendo compatibles las normas mediante una interpretación coherente de todas las disposiciones, teniendo como referencia la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.⁷

La decisión que propugnamos es también una forma de brindar al justiciable, y en particular a los trabajadores y trabajadoras de la educación que se jubilen, la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 15 de la Constitución provincial, de manera de no tener que postergar su acceso a la misma, para no tener que privarlo del derecho al cobro de una de los dos prestaciones a cargo del Estado.

Debe tenerse presente la finalidad de la ley, a la que se refiere el artículo 2 del Código Civil y Comercial como segunda pauta de interpretación de la norma. En tal sentido, no puede haber duda de que, si el precepto en cuestión –el artículo 60 del decreto-ley en cuestión– le permite a los docentes ejercer su oficio al mismo tiempo que se desempeñan en otra actividad en relación de dependencia, es porque se ha querido proteger y beneficiar a estos trabajadores de manera expresa, constituyendo ello un caso de discriminación positiva, entendiendo que el servicio educativo que brindan representa un fin esencial a la sociedad, adoptándose incluso un régimen diferenciado para promover los servicios docentes que les permita la jubilación a una edad inferior al resto de los empleados y con menos años de aportes debido al desgaste psicofísico que implica la actividad.

Esta interpretación finalista corrige y adapta los términos del artículo 60 del decreto-ley a la necesidad de adecuar esta norma al texto de la Constitución nacional que prohíbe la discriminación (art. 16), al

⁷ Cf. artículo 2 del Código Civil y Comercial; artículos 28, 31, 75 inc. 22 de la Constitución nacional.

igual que lo hace la Constitución provincial (art. 11) y un sinnúmero de convenios internacionales (arts. 7 y 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), todos ellos, de jerarquía superior a la norma a modificar.

En tal sentido, cabe señalar que la Constitución de la provincia de Buenos Aires, en su artículo 53, promueve la educación e incentiva la actividad docente, procurando que más personas se dediquen a dicha actividad a fin de que la provincia pueda contar con el personal suficiente y calificado para enseñar los contenidos de cada asignatura que conforma el plan de estudios.

En la interpretación constitucional siempre debe prevalecer el contenido teleológico de la Constitución. El constituyente provincial, al imponer una medida de acción positiva en favor de los trabajadores de la educación, permitiendo que solamente estos tengan el derecho a cobrar más de un sueldo, ha procurado incentivar la educación y la formación de los estudiantes.

Ese privilegio concedido por la Constitución local a los docentes se encuentra reforzado por los principios que positivizó a través del artículo 39 inc. 3: irrenunciabilidad, progresividad e interpretación más favorable al trabajador, jubilado o en actividad, los cuales permiten esclarecer y evidenciar de manera palmaria cuál debe ser la correcta interpretación del artículo 60 del Decreto-ley N° 9.650/80, teniendo en cuenta la finalidad tuitiva hacia quienes han ejercido el magisterio.

Por tal razón, si se pensara que la carta magna provincial solamente protege al docente en actividad, haciendo posible que cobre el sueldo por esa labor y cualquier otro emolumento proveniente de otro empleo, y luego de que este alcanza el beneficio jubilatorio

le quita o suspende por tiempo indefinido el goce efectivo del haber previsional por la circunstancia de continuar trabajando en el mismo empleo que tenía cuando se desempeñaba como docente, se estaría incurriendo en una interpretación y aplicación opuestas a la expresamente consagrada por el constituyente provincial, quien, a través del artículo 39 inc. 3 y del 53, inauguró la discriminación positiva para brindarles a todos aquellos varones y mujeres que abrazaron con pasión la vocación docente, de manera excepcional, el derecho a cobrar por trabajos docentes y también de otros ámbitos del sector público; por lo que, para ser consecuente con dicha finalidad, no resulta lógico ni ajustado al sentido común y la equidad que, luego de alcanzar la jubilación por su trabajo como educador, se lo obligue a elegir entre el sueldo proveniente del empleo público que siempre tuvo y el haber previsional que es producto de la actividad docente, ya que mientras se encontraba en ejercicio de la docencia pudo percibir ambos estipendios.

Considerar que ese privilegio o permiso se termina cuando el docente se jubila implicaría el nacimiento de una nueva “categoría sospechosa”: la de los docentes jubilados que quieren continuar laborando en sus empleos públicos y al mismo tiempo cobrar su haber previsional al que tienen derecho, de la misma manera que percibían su sueldo docente y la remuneración derivada de su cargo o empleo público conjuntamente.

Si bien una interpretación adecuada a la finalidad de la norma no podría excluir a los jubilados docentes del derecho a percibir su haber por la actividad que otrora llevaron a cabo con vocación, dedicación y entusiasmo, en simultáneo con otros ingresos fruto de su trabajo bajo dependencia del Estado, es necesario dejarlo expresamente aclarado en la norma bajo análisis, de manera de evitar la inequidad que ello genera a quienes se encuentran en dicha situación.

La ley adquiere un contenido distinto a lo largo de su vigencia, debiendo adaptarse la interpretación y aplicación del artículo 60 del Decreto-ley N° 9.650 a las normas jurídicas que conformaron el nuevo plexo jurídico argentino luego del regreso a la democracia, y en particular con posterioridad a la reforma constitucional del año 1994 y la incorporación de los tratados de derechos humanos, y, más recientemente, con la sanción del Código Civil y Comercial, que sigue siendo la fuente en la que abrevan todas las demás ramas del derecho. Sin perjuicio de ello, es necesario que varíe la expresión gramatical para disipar cualquier duda.

Los trabajadores, sean estos activos o pasivos –aquellos que se han jubilado–, son objeto de preferente tutela, según palabras de la Corte Suprema,⁸ y requieren del Estado y de cada uno de los poderes que lo componen la adopción de medidas de acción positiva que refuercen sus derechos en lugar de restringirlos o suprimirlos.

En tal sentido, la Corte Suprema ha resuelto en el fallo “Pedraza, Héctor Hugo c/ ANSeS s/ acción de amparo” que los jubilados son uno de los “grupos vulnerables” que define nuestra Constitución, debiendo protegerse su prestación previsional por tener la misma, al igual que el salario, neto carácter vital y alimentario (artículo 75 inc. 23 de la Constitución nacional), siendo mandato del constituyente otorgar mayor protección a quienes más lo necesitan.

Existe un colectivo de personas, entre los que se encuentran los niños, las mujeres, las personas con discapacidad y los jubilados, que merecen un trato preferencial y de protección preferente, debiendo ser objeto de una discriminación positiva por manda constitucional, no pudiendo privarse al docente jubilado de su haber previsional aduciéndose una

⁸ Caso “Kuray, David Lionel s/ recurso extraordinario”. Sentencia del 30 de diciembre de 2014.

incompatibilidad supuesta entre la percepción de dicho haber y el cobro de otra remuneración en relación de dependencia. Si es posible que el docente en actividad perciba ambos emolumentos sin cuestionamiento alguno, lo lógico, propio, coherente y conducente a la finalidad de la norma es que también pueda cobrar el haber previsional que deriva de esa actividad docente cuando ya deja de trabajar, para lo cual hizo los aportes durante veinticinco años –es decir que ni siquiera se trata de dinero que el Estado entrega como una dádiva o gratificación–.

La equidad humaniza el derecho y evita la aplicación de una injusticia.

Por otra parte, si el Estado privara a los educadores jubilados de cobrar su haber previsional, cuyo derecho se han ganado por haber realizado aportes el tiempo que la ley ha establecido, se generaría un enriquecimiento sin causa en su favor y un sacrificio contra todos aquellos que ostentaban un empleo público.

Si el organismo previsional suspendiera el pago de estos haberes, se estaría quebrantando la confianza legítima que supone que el Estado ha de cumplir con las obligaciones a su cargo y que no dañará los intereses de sus habitantes. Si bien ello no constituye un derecho subjetivo, sí constituye una expectativa, un interés que genera en el particular una “confianza legítima”.

Si durante su desempeño como docentes los educadores necesitaron de cobrar su sueldo, conjuntamente con la remuneración proveniente del empleo público que tenían, con mayor razón deberán contar con el haber previsional –cuyo monto es inferior al sueldo– cuando dejen de prestar su labor como docentes y se jubilen por esa actividad. Lo contrario sería condenar a la indigencia a quienes la ley y la Constitución provincial protegen de manera especial.

El llamado “principio de progresividad” está inserto en el diseño del derecho internacional de los derechos humanos en general y en

el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en particular, según el cual todo Estado parte se compromete a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos (art. 2.1). Implica la “obligación positiva” de los Estados de “garantizar el ejercicio y disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder, y también en relación con actuaciones de terceros particulares”. Este principio apunta a que las garantías constitucionales de los trabajadores, en virtud de la protección establecida en el artículo 14 bis de la Constitución nacional, no se vean condicionadas por eventuales normas regresivas que atenten contra el orden público laboral.

Si el Instituto de Previsión Social incluye o pretende incluir –en base al artículo 60 del decreto-ley– a los docentes jubilados entre los que no pueden percibir el haber previsional conjuntamente con el sueldo como empleados públicos, cuando sí se les permitía mientras se encontraban en actividad, siendo que el haber previsional no es otra cosa que la continuación del salario que cobraban como docentes, debe concluirse que dicha norma es inconstitucional y que existe por ende una presunción o sospecha grave de ilegitimidad del acto administrativo que dispuso el corte del pago de los haberes previsionales.

En este orden de ideas, es el juez quien debe velar por el cumplimiento del mandato constitucional, protegiendo la cuantía de los haberes previsionales de cualquier quita o disminución que resulte confiscatoria. Cuando exista una norma que se contraponga con tal claro principio, debe ser revisada y desestimada.

La supremacía constitucional, según Bidart Campos (1988), apunta a la noción de que la Constitución formal y revestida de superlegalidad obliga a que las normas y los actos estatales y privados se ajusten a ella. Ello envuelve una formulación de deber ser:

todo el orden jurídico-político del Estado debe ser congruente o compatible con la Constitución formal.

Reflexiones finales

La palabra “jubilación” proviene del latín *iusbilatio-onis* y significa “acción y efecto de jubilar o jubilarse”, “eximir de servicio por razones de ancianidad o imposibilidad física a la persona que desempeña o ha desempeñado algún cargo civil, señalándole pensión vitalicia o recompensa por los servicios prestados” (Fernández Vázquez, 1981, p. 447).

La jubilación constituye un derecho adquirido de carácter vitalicio para los funcionarios y empleados al servicio de los organismos o entes públicos o privados, y se otorga cumplidos los extremos previstos en la ley o en los convenios laborales. No es un favor: es el pago de una deuda. El derecho a la jubilación no es simultáneo sino sucesivo a la relación laboral y se perfecciona en el momento en que se cumplen los siguientes requisitos legales: edad del empleado y antigüedad en el cargo o, en su defecto, incapacidad física.

El principio de sustitutividad del haber jubilatorio implica que, como la jubilación constituye una consecuencia de la remuneración que percibía el beneficiario como contraprestación de su actividad laboral, una vez cesada esta y como débito de la comunidad por dicho servicio, el beneficio jubilatorio le debe permitir al jubilado mantener el estatus de vida que tenía mientras se encontraba en actividad. Por lo tanto, dicho principio debe ser asegurado, siendo deber del Estado, por imperio del artículo 14 bis de la carta magna, otorgar los beneficios de la seguridad social con carácter de integrales e irrenunciables.

El carácter integral que le atribuye la Constitución nacional a las prestaciones de la seguridad social indica que la protección que otorga a sus titulares debe ser acorde con sus necesidades económicas, sociales y asistenciales. Tal es el propósito que procura el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando prescribe que

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial, la alimentación, vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

En torno a esta cualidad primaria que distingue las prestaciones de la seguridad social, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puntualizado lo siguiente:

Que la necesidad de mantener una proporción justa y razonable entre el haber de pasividad y la situación de los activos, es consecuencia del carácter integral que reconoce la Ley Suprema a todos los beneficios de la seguridad social y de la íntima vinculación que guardan las prestaciones aseguradas al trabajador, con aquellas de naturaleza previsional, que son financiadas primordialmente con los aportes efectuados durante el servicio. Los derechos a una retribución justa y a un salario mínimo vital y móvil dirigidos a garantizar alimentación y vivienda, educación, asistencia sanitaria y, en definitiva, una vida digna, encuentran su correlato en las jubilaciones y pensiones móviles que deben ser garantizadas a los trabajadores cuando entran en pasividad. Cualquier situación que impidiera el goce efectivo de los beneficios de la seguridad social, tal como han sido creados por el

legislador siguiendo el mandato constitucional, ya sea disminuyéndolos o aniquilándolos, tornaría irrisoria la cláusula constitucional y vacíos de contenidos los principio que ella consagra.⁹

Como ha destacado el alto tribunal de la nación:

una consideración particularmente cuidadosa a fin de que, en los hechos no se afecten los caracteres de “integrales” e “irrenunciables” de los beneficios de la seguridad social, ya que el objeto de estos es la cobertura de los riesgos de “subsistencia” y “ancianidad”, momentos en la vida en los que la ayuda se hace más necesaria. Sus titulares son ciudadanos y habitantes que al concluir su vida laboral supeditan su sustento, en principio absolutamente, a la efectiva percepción de las prestaciones que por mandato constitucional le corresponde.¹⁰

La Cámara Federal de Paraná, en autos “Cuesta Jorge Antonio c/ AFIP s/ Acción de Inconstitucionalidad”, puntualizó en idéntico sentido que “el beneficio jubilatorio no es ganancia en los términos de la ley tributaria, sino un débito social que se cumple reintegrando aportes efectuados al sistema previsional”.

Finalmente debe tenerse presente que tanto la Ley N° 26.485 como la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (CEDAW) prohíben la discrimina-

⁹ Caso “Sánchez, María del Carmen c/ANSeS s/ reajustes varios”. Sentencia del 17 de mayo de 2005, considerando 5.

¹⁰ Caso “Rolón Zappa, Víctor Francisco s/ Queja”. Sentencia del 25 de agosto de 1988, considerando 4.

ción contra la mujer por cualquier motivo, y que en la actividad docente esta tiene una fuerte presencia y participación. Por lo tanto, si se le prohibiera a las trabajadoras de la educación jubiladas por su labor como docente percibir su haber previsional por el simple hecho de ostentar un cargo o empleo público, cuando ello no era un obstáculo para tener derecho a la remuneración por ese empleo y por su sueldo como educadora, se produciría no solo una discriminación hacia la mujer por su situación como jubilada docente, sino también un supuesto de violencia económica y patrimonial al constituir ello una perturbación en la propiedad de sus bienes; la retención indebida de su haber previsional y derechos patrimoniales; la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; y la limitación o control de sus ingresos (art. 5 inc. 4, apartados a, b, c y d de la Ley N° 26.485), incumpliendo así el Estado con todos los derechos reconocidos por la CEDAW y la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” (art. 3 de la Ley N° 26.485).

Creemos que existen razones suficientes para darle al texto del artículo 60 del Decreto-ley N° 9.650 una nueva redacción, inclusiva, que permita que todas las personas que se jubilen y mantengan al mismo tiempo una relación de dependencia puedan percibir ambos haberes sin incompatibilidad alguna, especialmente si se trata de docentes jubilados, pues ya cuentan con una tutela especial por parte de la propia Constitución provincial, por la labor tan relevante y necesaria que desarrollan.

Bibliografía

- BOUZAT, G. (1997). “La argumentación jurídica en el control constitucional. Una comparación entre la *judicial review* y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad”. En: *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*. Recuperado de: https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica11.pdf.
- BERIZONCE, R. O. (2014). “Prólogo”. En: GUZMÁN, L., *Derecho a una sentencia motivada*. Buenos Aires: Astrea.
- BIDART CAMPOS, G. J. (1999). *El orden socioeconómico en la Constitución*. Buenos Aires: EDIAR.
- FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, E. (1981). *Diccionario de Derecho Público*. Buenos Aires: Astrea.
- MORELLO, A. M. (1994). *El proceso justo*. Buenos Aires: Librería Editora Platense - Abeledo Perrot.