

# EL DERECHO PREVISIONAL



**Abog. Ana María Cecilia Bazán**

# Objeto y Principios



El derecho previsional es un subsistema de la seguridad social.

La SCJBA ha señalado “...El objeto de la seguridad social radica en la protección del hombre ante las contingencias que la vida en sociedad le depara por lo que los principios imperantes en este orden exigen suma prudencia antes de denegar un beneficio, evitando la adopción de criterios que conduzcan a la pérdida de un derecho previsional a quien las normas han querido proteger...” (Causa A 70667 “GRATTONE, David Virginio c/ Caja de Seguridad Social para Escribanos de la Prov. de Bs. As. s/ Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”).

Los principios que gobiernan la seguridad social toda, y que por ende resultan de aplicación insoslayable al sistema previsional, son los consagrados en los artículos 14 bis de la C.N., 39 inciso 3 y 40 de la C.P.

Además, se entroncan con otras directrices de origen legal.

El artículo 39 inciso 3° de la C.P., contempla los denominados derechos sociales, incorporados a través de la reforma constitucional del año 1994 y constituye la recepción a nivel provincial de la finalidad tuitiva perseguida

# Objeto y Principios



por el constituyente nacional al incorporar el artículo 14 bis a la C.N.

Los principios que enumera la norma constitucional provincial referida son:

**IRRENUNCIABILIDAD**

**JUSTICIA SOCIAL**

**GRATUIDAD DE LAS ACTUACIONES**

**PRIMACIA DE LA REALIDAD**

**INDEMNIDAD**

**PROGRESIVIDAD**

**EN CASO DE DUDA, INTERPRETACIÓN A FAVOR DEL ADMINISTRADO**

El artículo 40 de la C.P. consagra el principio de **AUTONOMÍA**

**ECONÓMICA y FINANCIERA** del sistema previsional provincial

La C.N. contiene, además, otros principios que informan al derecho previsional:

**INTEGRALIDAD Y MOVILIDAD**

# Objeto y Principios



Los principios enumerados hallan reconocimiento expreso, además, en los tratados internacionales con jerarquía constitucional, de acuerdo al artículo 75 inciso 22 de la C.N. y 11 de la C.P.

Cabe mencionar alguno de ellos:

**Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**, art. XVI “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias [...] de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

**Declaración Universal de Derechos Humanos**, art 25.1, “Toda persona [...] tiene asimismo derecho a los seguros en caso de [...] invalidez [...] y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

**Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, art. 9, “Los Estados Partes [...] reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

# Objetos y Principios



Abordaré los principios conceptualmente y de acuerdo al tratamiento jurisprudencial que han recibido, con el objeto de delinear el sistema de previsión social vigente en la Provincia de Bs. As.

Luego comentaré dictámenes de la AGG en donde fueron aplicados.

## **IRRENUNCIABILIDAD**

Dado el carácter de orden público acordado por vía constitucional a la seguridad social, resulta inviable interpretar la conducta del administrado como una renuncia al reconocimiento íntegro de sus derechos en la materia.

La S.C.J.B.A., en la Causa I 2175 “TORREGROSA LASTRA, Juan Carlos c/ Pcia de Bs. As. s/ Inconstitucionalidad del art. 73 de la ley N° 6716. Tercero: Caja de Prev. Soc. para Abogados”, dio tratamiento a varios de los principios emanados del art. 39 inciso 3) de la C.P. (15/12/10)

En lo que aquí interesa dijo “...A la luz del **principio de irrenunciabilidad** constitucionalmente consagrado, lo censurable del caso es que la norma infiera la renuncia de un derecho [...] que luego tendrá directa incidencia a la hora de perfeccionar el acceso al beneficio jubilatorio...”.

# Objeto y Principios



## Reseña del caso:

El actor demandó a la caja profesional citada solicitando se declare la inconstitucionalidad del artículo 73 de la Ley N° 6716, en virtud de cuya aplicación la caja consideró desistido el cómputo de casi diez (10) años de aportes jubilatorios.

Señala el nombrado que sus aportes a la caja habían sido muy irregulares y, en algunos períodos, escasos. No obstante, no recibió comunicación por parte del ente previsional por medio de la cual se le reclamara el pago de la deuda, hasta que en el año 1998 recibió la notificación de un juicio ejecutivo por los aportes correspondientes al año 1995.

Cuando concurrió a la sede con la intención de regularizar su situación previsional, tomó conocimiento de que a los años de desempeño profesional correspondientes al lapso 1985 a 1994, se les había consignado la leyenda “Desistido art. 73”.

Denuncia la vulneración del derecho a gozar de beneficio previsional porque se lo priva de años de trabajo respecto de los cuales la obligación de integrar los aportes se hallaba prescripta.

# Objeto y Principios



La S.C.J.B.A. remitió a su doctrina ya sentada con anterioridad para otros regímenes previsionales según la cual **“La ausencia de aportes jubilatorios oportunos no invalida el desempeño de la actividad, ni la mora en el pago tiene por consecuencia privar al afiliado renuente de sus derechos. Probado el ejercicio profesional, nada obsta a que el pago de los portes previsionales se efectúe con posterioridad”** (Causa B. 54.623).

Acude a la doctrina de la C.S.N. según la cual leyes previsionales deben hacer efectivo el derecho constitucional de la seguridad social, por el **fin tuitivo** propio que las informa, permitiendo al afiliado dar cumplimiento a la **obligación solidarista** de ingresar los aportes.

Por último, esgrime que también se encuentra comprometido el **principio de razonabilidad**, que impone un valladar al poder reglamentario de los derechos individuales conferido al legislador.

# Objeto y Principios



## JUSTICIA SOCIAL

Se puede decir, en apretadísima síntesis, que consiste en preferir una interpretación o norma, según corresponda, que tutele de una manera más eficaz el reconocimiento del derecho previsional a todos o a la mayor cantidad de miembros de la comunidad.

En la Causa B 54.813 “FISCAL DE ESTADO c/ Pcia. de Bs. As- (I.P.S.). Coadyuvante DUCA, Lucrecia A. Demanda Contencioso Administrativa”, la S.C.J.B.A. **dijo “...El Alto Tribunal federal ha desarrollado una doctrina que importa ubicar a la justicia social como principio de interpretación jurídica de jerarquía constitucional: el objetivo preeminente de la constitución es lograr el bienestar general, lo que significa decir la Justicia en su más alta expresión, esto es, la Justicia Social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que esta cuenta con vistas a lograr que todos sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. De modo que el principio in dubio pro justicia sociales, tiene categoría constitucional...no cabe frustrar el propósito tuitivo de la seguridad social con formalismos, con encuadres rigurosos, con desaprensión....” (02/03/99).**



# Objeto y Principios



## Reseña del caso:

La actora había obtenido jubilación ordinaria en base a un cargo docente –maestra de grado especial del Ministerio de Salud- beneficio que luego reajustó con la consideración de una categoría mayor –jefe de servicio educativo (equiparado de Directora de 1ra)-.

Si bien no estaba en duda el desempeño del mayor cargo, el mismo no estaba previsto en el presupuesto vigente al tiempo de labor de la nombrada en el entonces Ministerio de Acción Social, ámbito de sus labores mejor remuneradas.

Ponderó el máximo Tribunal el efectivo desempeño de la interesada en el mayor cargo acordado **-verdad material-** y el **principio de movilidad jubilatoria**, por el cual de haberse prolongado en el desempeño del cargo en cuestión la beneficiaria estaría percibiendo en la actividad con la equiparación a Directora de Primera-.

Define luego a la que llama **“garantía de movilidad”** como **“...razonable proporcionalidad entre la situación de jubilado y la que resultaría de continuar el afiliado en actividad, proporción que dejaría de existir de no trasladarse al haber de la pasividad el aumento derivado de la equiparación de cargos sobre la que se trata...”**

# Objeto y Principios



## **PRIMACÍA DE LA REALIDAD y EN CASO DE DUDA INTERPRETACIÓN A FAVOR DEL ADMINISTRADO**

La doctrina y jurisprudencia son pacíficas en torno al fin esencial de las normas de la seguridad social: la protección del afiliado y su grupo familiar ante el acaecimiento de las contingencias de vejez, invalidez o muerte, exigiéndose un máximo de prudencia en casos en que su inteligencia pueda llevar a la pérdida de un derecho por parte de aquellos a quienes las leyes han querido beneficiar (**verdad material**).

En caso de duda **debe soslayarse cualquier interpretación desfavorable para el administrado**, que colisione con el referido fin tuitivo de la ley previsional.

La S.C.J.B.A., en la causa B 57028 “HERMOSO, Raúl E. c/ Pcia. de Bs. As. (I.P.S.) s/ Demanda Contencioso Administrativa” aplicó ambos principios.

Reseña del caso:

El actor solicitó pensión en su calidad de hijo incapacitado y a cargo de su madre, extremos debidamente acreditados. Empero, a juicio del I.P.S. su estado civil (divorciado) obstó al otorgamiento del beneficio, por estar prevista dicha prestación solo para la hija mujer divorciada por culpa exclusiva del marido.

# Objeto y Principios



La S.C.J.B.A. acogió favorablemente su pretensión, removiendo dos obstáculos: su condición de hijo divorciado, no previsto como beneficiario por el régimen previsional provincial y los efectos de la culpa a ambos esposos que asignaba el divorcio vincular.

Respecto del primero de ellos, el cual motivó el rechazo de la petición en sede administrativa, dijo el máximo Tribunal “...**El régimen previsional vigente en la Provincia de Buenos Aires (dec. ley 9650/80) contempla en el art. 34, entre otros beneficiarios, a los hijos de ambos sexos** en las condiciones del inciso anterior dice la norma (inc. 2)- Despejada la cuestión de la vocación pensionaria de los hijos varones del causante, queda en pie lo atinente a los requisitos que cabe exigirles para acceder al beneficio que reclama el actor, es decir, a qué condiciones del inc 1 del art. 34 remite el inc 2). **Sobre la base de que en esta materia debe procurarse la aplicación racional de las normas que la integran evitándose la adopción de soluciones injustas cuando es posible arbitrar otras de mérito opuesto (C.S.J.N. in re, “Jáuregui”, sent. del 23-VIII-84), estimo que, atento el estado de divorciado del actor, su situación puede encuadrarse en el apartado c) del inc. 1) del art. 34 que habla de las hijas viudas y las hijas separadas de hecho o divorciadas por culpa exclusiva del marido...”.**

# Objeto y Principios



En torno al segundo impedimento (la culpa), recordó su criterio relativo a “...que a los fines de dirimir el derecho a **pensión no corresponde distinguir entre el divorcio vincular y aquel otro decretado en base a las disposiciones del art. 67 bis de la ley 2393...**” y acudió a la doctrina sentada por la S.C.J.N. en el precedente “GUEZALEZ” “...cuando sostuvo que los efectos de la culpa de ambos esposos que el art. 67 bis de la ley 2393 establece para **la sentencia de divorcio obtenida por ese procedimiento, regula sus consecuencias civiles pero no trae aparejada la pérdida del derecho previsional...**En efecto, compartiendo esa doctrina, considero que se impone por consecuencia de la ponderación de las circunstancias de cada caso, máxime en circunstancias como las presentes, en las que **el beneficio reclamado no deriva del vínculo matrimonial analizado sino de la relación materno filial, debiéndose –asimismo- ponderar la situación socio económica del peticionante y su incapacidad...**”.

(Se casó en el año 1982, se separó de hecho en el 1985, fecha desde la cual convivía con su madre y a cargo de ella por una incapacidad psiquiátrica que padecía desde el año 1979).

Es una clara aplicación del principio de **primacía de la realidad o verdad material**.

# Objeto y Principios



En la causa A 72102, “BORIO, Lía Inés c/ Pcia. de Bs. As. (IPS) s/ pretensión anulatoria y su acumulada LARGUÍA, Graciela Elba. Recurso extraordinario de inaplicabilidad”, nuestro cimero Tribunal desarrolló “in extenso” **el principio de interpretación a favor del administrado, en caso de duda “...En la interpretación de las normas previsionales debe primar el fin tuitivo que las animan, de tal modo que el sentido que a aquéllas se asigne no conduzca a desnaturalizarlas o a la pérdida o desconocimiento de los beneficios por ellas reconocidos. Lo contrario implica incurrir en una interpretación rígida, incompatible con los principios y la finalidad tuitiva de todo régimen previsional. Esta es la solución que surge del principio contenido en el art. 39 ins. 3 de la Constitución provincial, incorporado en la reforma de 1994, destinado a quienes están encargados de aplicar e interpretar el derecho y conforme al cual en caso de duda, en materia de seguridad social, regirá el principio de interpretación a favor del trabajador...”**.

Este fallo es de fecha 19/10/16, es decir, posterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, siendo de relevancia por estar referido al derecho a pensión de una cónyuge supérstite divorciada del causante por el art. 214 inc 2° del CC derogado, estado “...que no se identifica con el divorcio por culpa concurrente, motivo por el cual no puede

# Objeto y Principios



afirmarse que haya culpabilidad en la separación y en el divorcio a los efectos de excluirlo, por esta causa, de la pensión que procura obtener...” consistiendo **la cuestión a resolver “...en ponderar si las prestaciones a las cuales se comprometió el causante en el convenio homologado en el proceso de divorcio quedan comprendidas en el concepto de “alimentos” a los que alude la disposición antes mencionada...”**.

Reseña del caso:

Borio: separada de hecho desde 1980. Causante: fallecido en 2004. JCA la coparticipó con la cóny div vinc (Larguía) x el factor culpa atribuido al causante en la separación de hecho, mediante información sumaria-

La Cámara de Ap. en lo Contenc Adm revocó sentencia: descartó la concurrencia del art. 34 inc 1) Dec Ley N° 9650 /80 (TO Dec N° 600/94) x falta de convivencia al deceso y que de ac. al art 39 inc a) -de aplicación-, no se demostró de manera inequívoca su inocencia en una separación de más de 20 años. Respecto de Larguía interpretó que las prestaciones pactadas en el ac. de div. Homolog. (UDEEC y aportes obra soc) no cumplían requisitos mínimos para abastecer el ppio de continuidad patrimonial que rige en materia prev a fin de que proceda el benef de pensión al cóny divorciado con reserva alimentaria.

# Objeto y Principios



S.C.J.B.A. otorgó el 100% del beneficio de pensión a Larguía, respecto de quien sostuvo que el div vinc no se identifica con el div x culpa concurrente. Entonces encuadró su situación en el art 34, apart 1º párrf 2º (alimentos por parte de causante), sin perjuicio de su procedencia cuando existe concurrencia con conviviente.

Ponderó que las prestaciones a las que se comprometió el causante están comprendidas en el concepto de alimentos x el carácter sustitutivo de la pensión en relación al deber de alimentante que gravita sobre el titular de una jubilación o sobre quien tiene derecho a ella.

## **GRATUIDAD DE LAS ACTUACIONES**

Los trámites previsionales, sean relacionados con beneficios de jubilación, pensión y/o reconocimiento de servicios son sin costo para los administrados.

## **INDEMNIDAD**

Se relaciona la imposibilidad de la adopción de medidas y/o decisiones que perjudiquen los objetivos propios de la materia.

# Objeto y Principios



## **PROGRESIVIDAD**

En materia previsional se debe propender al desarrollo progresivo de los derechos, enervando cualquier actuación que implique un retroceso en las conquistas otorgadas por la legislación local.

El Estado, en un doble rol, debe **actuar** para dar satisfacción al derecho social y **abstenerse** de atentar contra la realización dada al derecho previsional.

En la Causa I 1984 “SOSA, Marta Beatriz y otros. Inconstitucionalidad ley 11.761”, la S.C.J.B.A. se refirió a este principio (29/19/08).

“...Recientemente [...] la Corte de justicia de la Nación se ha explayado respecto al contenido y alcance del aludido **principio de progresividad**. Conforme la doctrina y jurisprudencia de organismos internacionales [...] tal principio **implica, por un lado, que los Estados deben proceder de forma tal de alcanzar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales; y, por el otro, y ello es particularmente decisivo en el caso, que todas las medidas de carácter deliberadamente regresivas requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente atento la “fuerte presunción” contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el principio es estudio.**



# Objeto y Principios



De allí que el principio de progresividad, que también enuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto de los derechos económicos y sociales (art. 26), **implica no solo una obligación positiva –en el caso, garantizar la movilidad de las jubilaciones y pensiones (art. 14 bis de la Constitución nacional)-, sino también una obligación *negativa*...El contenido económico de la jubilación ya otorgada no solo se encuentra amparado por la garantía constitucional de la propiedad, sino que en tanto reglamentación de la movilidad, no puede ser objeto de una legislación regresiva sin violación de lo estatuido por el art. 39 inc. 3 de la constitución local. Lo dicho no significa que el quantum de la prestación previsional deba mantenerse incólume en toda circunstancia...”.**

Reseña del caso:

Los accionantes habían adquirido su derecho jubilatorio en vigencia de las leyes 5678 y 11.322 y afirman que la ley 11.761 contiene preceptos -cuya inconstitucionalidad alegan- que lesionan gravemente los derechos adquiridos conforme las normas bajo cuyo amparo obtuvieron la prestación previsional.

Sostienen que el art. 25 de la ley 11.761. los sustrae del régimen legal por el cual se jubilaron, modificando de manera confiscatoria la condición jurídica que invisten y que

# Objeto y Principios



tienen incorporado a su derecho de propiedad.

Aducen que es principio reiterado en la legislación previsional, y en la interpretación que de ella ha hecho la jurisprudencia, que el derecho a la prestación jubilatoria y su determinación se rige por la ley vigente a la fecha de producirse el hecho que determina la concesión del beneficio.

Puntualizan que el derecho previsional adquirido válidamente al amparo de un régimen implica la consolidación de una situación jurídica que no puede ser suprimida ni alterada por una ley posterior sin agravio al derecho de propiedad. Alegan que se les impone una serie de condicionamientos y reducciones en sus haberes jubilatorios que afectan gravemente su derecho de propiedad.

La norma cuestionada determina que, cualquiera sea la fecha en la que aconteció el hecho generador de la prestación, corresponde la aplicación de la nueva ley N° 11.761, a los fines de regir el derecho a las prestaciones, es decir los recaudos exigibles a los fines del otorgamiento de la jubilación.

Se establecía un tope salarial por sobre el cual no se aportaba, por lo que dichos importes no impactaban en el haber jubilatorio, con fundamento en el déficit de la caja jubilatoria e imposibilidad de pago de beneficios altos.

# Objeto y Principios



La S.C.J.B.A. dió razón a los accionantes en cuanto afirmaban que “... **la nueva ley se aparta del principio consagrado en la legislación provincial en la materia, así como su interpretación jurisprudencial, el que como ha sido dicho reiteradamente consiste en la aplicación de la norma vigente al tiempo de suceder el hecho que determina la concesión del beneficio (día del cese en los servicios para la jubilación o del fallecimiento del causante en el caso de pensión), a los fines de la dilucidación del derecho al beneficio previsional y a su determinación** (arts. 111, ley 5425, t.o. 1959; 47 y 93, ley 8587 y 23, dec. ley 9650/1980 t.o. 1994; 72, ley 11.322; doct. causas B. 48.093, "Díaz", sent. 11-III-1980; B. 53.939, "Carrillo", sent. 4-V-1993; B. 56.503, "Giordano", sent. del 18-VIII-1998; B. 53.441, "Tierno" ya citada, entre muchas otras)...El derecho previsional ha de examinarse atendiendo a su doble carácter, que se manifiesta en la **condición de jubilado y en el disfrute de la prestación, o sea en el acto otorgante que reconoce el derecho y en el goce sucesivo del monto en que ese derecho se traduce** (ver dictamen del entonces señor Procurador General, doctor Elías Homero Laborde, en la causa I. 1165, "García", sent. del 22-IV-1986, "Acuerdos y Sentencias", t. 1986-I, pág. 487, entre otras)...”.

# Objeto y Principios



La norma dejaba afuera del concepto de remuneración todo importe que se abonara al activo por encima de una cifra indicada, reclamando los actores que han aportado sobre el total de las remuneraciones percibidas en actividad, por lo que la disposición que cuestionan resulta injusta, arbitraria y violatoria de la igualdad ante la ley y altera la forma de liquidar el haber jubilatorio establecido en los arts. 40 de la ley 5678 y 44 de la 11.322.

Dijo la S.C.J.B.A. “**...ponerle un tope a la remuneración sujeta a aportes y contribuciones -reduciendo así los ingresos al sistema- como forma de rebajar la prestación previsional de los jubilados que alcanzaron las máximas categorías, no sólo no resulta razonable, sino que constituye una verdadera paradoja que frente a la situación de déficit del sistema previsional que impone exigir a los pasivos un aporte de hasta el 12% de su haber, se reduzca tanto la contribución de quienes más ganan como la del Banco de la Provincia de Buenos Aires en su carácter de empleador...**”

Acá se ve la aplicación del **principio de progresividad en su dimensión negativa**: la abstención de medidas que atenten contra derechos adquiridos, lo que no se vincula con el quantum del haber sino con la determinación del mismo en base a las reglas vigentes al momento del nacimiento del derecho.

# Objeto y Principios



La **aplicación positiva del principio en estudio** se relaciona con el actuar del Estado tendiente a dar satisfacción al derecho social y, tal como lo señala la C.S.J.N. en el fallo “**BADARO**”, las prestaciones -en especial las dinerarias-, deben ir acompañando el vaivén de la economía a los fines de asegurar su suficiencia para subvenir las necesidades.

Reseña del caso:

El actor, frente a la salida de la convertibilidad y reaparición del fenómeno inflacionario, recibió un aumento del 11% en su haber jubilatorio. La C.S., luego de reseñar la política de aumento de los haberes mínimos y su nulo impacto respecto del nombrado -por no percibir la jubilación mínima-, sostuvo que la ausencia de aumento en el haber del actor no se compadece con un sistema válido de movilidad, por cuanto el propósito de atender necesidades más urgentes en modo alguno podrían llevar a convalidar una indefinida postergación de quienes, como el actor, no se encuentran en el extremo inferior de la escala salarial previsional. Y así introduce una novedad: **en lugar de fijar la cuantía del ajuste que correspondería a Badaro, afirma que el precepto constitucional de movilidad se dirige primordialmente al legislador, que es quien posee la facultad y el deber de fijar la garantía constitucional en juego.**

# Objeto y Principios



Así, **requirió al Poder Ejecutivo de la Nación y al Congreso que adopten las medidas necesarias a fin de disponer un ajuste por movilidad del beneficio**, por encontrar que la situación padecida por Badaro es común a un importante conjunto de jubilados y pensionados, siendo su intención **el dictado de una disposición general que resuelva la situación del colectivo**.

Ello motivó aumentos generales del 13% y la suba del haber mínimo.

**En la provincia de Buenos Aires la movilidad se otorga de oficio** por el Organismo previsional competente, resultando operativo el principio de progresividad mediante la aplicación del **artículo 50 del Decreto Ley N° 9650/80 (Texto Ordenado Decreto N° 600/94)**, actualizando el haber de los pasivos de acuerdo a las variaciones salariales de los activos.

Solo frente a rubros respecto de los que no surge palmaria su naturaleza remunerativa, se requiere trámite específico.

# Objeto y Principios



## MOVILIDAD

Está referido al importe de las prestaciones y comprende las modificaciones de los sueldos del personal actividad (doctrina causas B. 50.349 “BRACUTO”) “... **de forma tal que el derecho a una jubilación móvil adquirida conforma a la categoría alcanzada en actividad y sobre cuya base se otorgó el beneficio, queda ligado a las variaciones que experimenta el cargo otrora desempeñado...**” (Causa B. 61,376 “ALÉ, Alejandro c/ Pcia. de Bs. As. (I.P.S.). Demanda Contencioso Administrativo”).

### Reseña del caso:

Esta causa es ilustrativa porque el actor cuestionó la merma del *quantum* de su jubilación, en función de la desaparición para el personal activo de la Comuna en donde desempeñó el mejor cargo, de una bonificación por él percibida.

Dijo al respecto la S.C.J.B.A. “...la movilidad de los haberes previsionales recibe sustento en el principio de proporcionalidad que debe existir entre la situación patrimonial del jubilado y la que correspondería de continuar en el desempeño del mismo cargo tenido en cuenta para la determinación del haber...proporción que dejaría de existir si se mantuviera en el haber de la pasividad –como pretende el accionante- una bonificación

# Objeto y Principios



que ha sido suprimida para el personal en actividad...De haberse atendido la Administración a la posición esgrimida por el reclamante su haber jubilatorio sería superior al percibido por el personal de su misma categoría en actividad, hecho este que vulneraría los principios de proporcionalidad y movilidad...”.

## **AUTONOMÍA ECONÓMICA y FINANCIERA**

El I.P.S. es el Organismo de gestión previsional en el ámbito provincial.

Actúa como persona jurídica de Derecho Público.

Su objetivo es realizar en todo el territorio de Provincia de Bs.As. los fines del Estado en materia previsional.

Las relaciones del I.P.S. con el Poder Ejecutivo se mantienen a través del Ministerio de Trabajo, atento tener naturaleza jurídica de ente descentralizado, esto es, separado de la administración central, dotado de personalidad jurídica propia y con capacidad de administración propia (autarquía).

Paréntesis: Ley N° 24.241.



# Objeto y Principios



## **INTEGRALIDAD**

Se relaciona con la consideración de la totalidad de los servicios del administrado, aún los laborados en ámbitos de extraña jurisdicción, recepcionados en virtud de otro principio: el de **reciprocidad**.

Hay una concreta aplicación del principio de integralidad en relación a las tareas simultáneas desempeñadas por el cotizante al régimen previsional y su ponderación al momento de liquidar el reajuste por simultaneidad, debiéndose determinar el mismo sobre la base de la totalidad del referido desempeño y no sólo y exclusivamente con los servicios prestados en simultaneidad con aquellos de donde se extrajo el cargo base del haber.

En la Causa B. 56.440, “IBAÑEZ, Ricardo Héctor c/ Pcia. de Bs. As. (I.P.S.) Demanda contencioso administrativa”, dijo el máximo Tribunal provincial que “...Conforme a un reciente pronunciamiento del superior Tribunal -por mayoría- la interpretación de la ley previsional que conduce a desconocer -a los fines de determinar el haber- las tareas desarrolladas con posterioridad al cese, tal la efectuada por la Administración, resulta irrazonable y excede las prescripciones de la normativa aplicable al caso. Ello así en tanto, como sostuvo la Corte Suprema de Justicia Nacional en autos “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Malhi de Ciarlotti, Haydeé c/Provincia de Bue-

# Objeto y Principios



nos Aires (Instituto de Previsión Social)” en sentencia del 14 de octubre de 1997; el art. 41 del dec. ley 9650/80 (art. 45 en el t.o. por dec. 600/94) al regular el modo de calcular la jubilación del afiliado que hubiere desempeñado dos o más cargos simultáneos, exige reunir un lapso mínimo de tres años en esas condiciones para tener derecho a sumar los haberes respectivos en forma proporcional, sin requerir que dicha simultaneidad sea total (ver considerando octavo del fallo citado). **Por lo que, en tal marco normativo, carece de sustento la decisión de limitar el cómputo de los servicios que se invocan como simultáneos a aquellos prestados en esas condiciones, la que agrega un exigencia en el cumplimiento de las funciones que, además de ser ajena a las prescripciones del art. 41 del dec. ley 9650/80, no se aviene con el ordenamiento jurídico restante y priva de efectos a un período considerable de servicios con aportes que la interesada estaba autorizada expresamente a desarrollar después de haber cesado en el ámbito provincial, conforme los arts. 54 (art. 60 en el t.o. por dec. 600/94) y concordantes de la ley previsional (ver considerando décimo del fallo citado)...” (15/06/99).**

# Objeto y Principios



## **LECTURA DE DICTÁMENES**

# Derecho aplicable



**El régimen previsional general de la Provincia de Bs. As. se encuentra regulado por el Decreto Ley N° 9650/80 (Texto Ordenado Decreto N° 600/94).**

La norma se divide en cinco (5) Títulos:

- I. **Ámbito de aplicación, régimen financiero, obligaciones de los empleadores y cómputo de servicios.**
- II. **Prestaciones: ordinaria, invalidez, edad avanzada y pensión.**
- III. **Determinación del haber.**
- IV. **Carácter de las prestaciones, suspensión y extinción.**
- V. **Disposiciones generales y transitorias.**

# Derecho aplicable



Conviven con la referida norma general, regímenes especiales, resultando el Instituto de Previsión Social la autoridad de aplicación, siendo algunos de ellos:

Ley N° 13.237/04, destinada al personal del Servicio Penitenciario.

Decreto-Ley N° 7918/72, aplicable a los magistrados y funcionarios judiciales que enumera (art. 2°).

Ley N° 8320 (Texto Ordenado Decreto N° 1066/95), de aplicación a los legisladores.

Ley N° 12.875/02, que prevé una jubilación especial para aquellos soldados conscriptos ex-combatientes de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, que hayan participado en las acciones bélicas desarrolladas entre el 02/04 y el 14/06 de 1982 en el denominado Teatro de Operaciones Malvinas o aquellos que hubieran entrado efectivamente en combate en el área del Teatro de Operaciones del Atlántico Sur (TOAS).

Ley N° 13.191/04, prevé como beneficiarios a los guardavidas.

Ley N° 10.593, comprensiva de los agentes con discapacidad.

# Jubilación Ordinaria



## **Artículo 24 Decreto Ley N° 9650/80 (Texto Ordenado Decreto N° 600/94)**

Análisis de cada uno de sus incisos, servicios docentes y frente a grado

Determinación del haber y mayor porcentaje **a alcanzar de acuerdo a los artículos 42 y 43 y su aplicación a los incisos a), b), c) y d)**

**Cese jubilatorio:** Adm. Pública Provincial y Municipal (Ley N° 14.656), L.C.T.

## **Artículo 25 Decreto Ley N° 9650/80 (Texto Ordenado Decreto N° 600/94)**

Personal artístico: desempeño exclusivo en cuerpo de baile (40 edad y 20 serv)

## **Artículo 26 Decreto Ley N° 9650/80 (Texto Ordenado Decreto N° 600/94)**

Insalubridad, Decretos N° 926/13, 58/15 y 598/15 (**lectura de dictamen**)

## **Artículo 27 Decreto Ley N° 9650/80 (Texto Ordenado Decreto N° 600/94)**

Prorratio serv art 24 incs b), c) d) y 26 y recip (**lectura de dictamen**)

## **Artículo 28 Decreto Ley N° 9650/80 (Texto Ordenado Decreto N° 600/94)**

Ceguera congénita (45 años de edad o 20 de servicios)

# Jubilación por invalidez



## **Artículos 29, 30, 31, 32, 33 y concs. del Decreto Ley N° 9650/80 (Texto Ordenado Decreto N° 600/94)**

Tiene derecho, con prescindencia de la edad y servicios, el afiliado que se incapacite física y/o psíquicamente, **durante la relación de empleo, en un 66% o más de su capacidad laboral**, invalidez que se considera total (art 29).

También se reconoce derecho cuando **la incapacidad se produjera dentro de los dos (2) años siguientes al cese**, con ciertos recaudos: **mínimo diez (10) años de servicios con aportes al IPS, cese incausado** y que **no se hubiere reingresado** a otro régimen previsional comprendido en sistema de reciprocidad (art 32).

**Presunción:** acreditada **la incapacidad al cese y el desempeño del afiliado en servicios ininterrumpidos durante diez (10) años inmediatos anteriores**, PODRÁ presumirse que la incapacidad se produjo durante la relación de empleo (art 30).

Se otorga con carácter **provisional**, quedando sujeta a reconocimientos médicos periódicos conforme la reglamentación (art 33).

Decreto Ley N° 476/81, art 30: exámenes médicos o revisiones **anuales o en cualquier tiempo**, cuando lo peticione el IPS o los disponga el Organismo Médico, hasta el cumpli

# Jubilación por invalidez



miento de los recaudos para ser **definitiva**: titular con cincuenta (50) años o más de edad y percepción del beneficio durante por lo menos diez (10) años o más.

Extinción: art. 64: inc a) desaparición de la incapacidad durante la provisoriedad; b) desempeño de actividad en relación de dependencia, excepto en reingreso del pasivo en el marco de la Ley N° 10592. **(lectura de dictamen expediente 2900-81116)**

El Instituto de Previsión Social cuenta con un sector médico –Departamento Control Médico, Junta Médica Centralizada-, destinado a la evaluación y emisión de dictamen en torno a la incapacidad y grado de la misma de los agentes. Su instrumentación se efectuó mediante la Resolución N° 5/99 del IPS , con el objetivo de garantizar la uniformidad de criterios y debido fundamento de los dictámenes, con competencia para intervenir en los casos de agentes activos con carácter previo al cese **(lectura de dictamen expediente 21557-278759/14, resolución 5/99 y fallo)**.

**Determinación del haber:** equivalente al 70% de la remuneración asignada al cargo de que era titular el afiliado a la fecha del cese jubilatorio o de la correspondiente al cargo de mayor jerarquía desempeñado, supuesto en el que deberá acreditar la permanencia en el mismo de treinta y seis (36) meses consecutivos o sesenta (60) alternados (artículo 45 Decreto Ley N° 9650/80 -Texto Ordenado Decreto N° 600/94-).



# Jubilación por edad avanzada



## **Artículos 35, 46 y concordantes del Decreto Ley N° 9650/80 (Texto Ordenado Decreto N° 600/94)**

Requisitos: sesenta y cinco (65) años de edad y no menos de diez (10) años de servicios de afiliación al IPS, con una prestación de servicios de por lo menos cinco (5) años durante el período de ocho (8) años anteriores al cese en la actividad.

### **Determinación del haber:**

- 50% de la jubilación ordinaria
- se incrementa un 2% por cada año de servicios que exceda a los diez (10) años
- en ningún caso el haber resultante podrá superar el 100% del haber de la jubilación ordinaria.
- no le es de aplicación el art 47 (solo para jubilación ordinaria)

**Incompatibilidad de percepción** con la de otra jubilación o retiro nacional, provincial o municipal (art 60 párrafo 2°)

**(lectura de dictámenes)**

# Pensión



**Se encuentra regulado por los artículos 34, 36, 37, 38, 39 y conchs. del Decreto Ley N° 9650/80 (Texto Ordenado Decreto N° 600/94)**

Posee un **carácter sustitutivo** respecto del deber de alimentante que gravita sobre el titular de una jubilación o sobre quien tiene derecho a ella. Reiteradamente se ha sostenido la **naturaleza alimentaria** de las prestaciones que prevé el derecho previsional, las cuales tienden a la cobertura integral –artículo 14 bis de la C.N.- de riesgos de subsistencia y ancianidad en los momentos de la vida en que la ayuda resulta más necesaria. **En forma específica, la pensión procura compensar el desequilibrio económico que produce en el grupo familiar la muerte de uno de sus miembros económicamente activo.**

Se llama **directa** a la pensión que nace ante el deceso de un trabajador y **derivada** a la que tiene como antecedente el fallecimiento de un pasivo (titular de jubilación)

La señalada relación entre la pensión –instituto del derecho previsional- con el derecho de familia, permite columbrar las consecuencias que las modificaciones introducidas por el CCyC tienen, en particular, en el derecho a **pensión de los ex cónyuges, de los convivientes y de los hijos.**

# Pensión



Ello, por cuanto el CCyC:

\* regula diversas formas de organización familiar, como ser las **uniones convivenciales** y las **familias ensambladas**

\* en **materia matrimonial**, introdujo importantes cambios en lo atinente a la ruptura del vínculo, ya que **derogó el sistema de divorcio fundado en la noción de culpa**, lo cual gravita de manera sustancial en el beneficio de pensión

\* en relación a los **hijos**:

incorporó la figura del **progenitor afín**

**amplió la autonomía** del menor de edad

**mantuvo** como regla general, **la obligación alimentaria de los padres hasta los veintiún (21) años de edad**, ya vigente por imperio de la Ley N° 26.579 (B.O. 22/12/09)

pueden suceder **personas nacidas luego de la muerte del causante** mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos del artículo 561 (art 2279, inc c)

# Pensión



El **art 34 del Decreto Ley N° 9650/80 (Texto Ordenado Decreto N° 600/94)**, establece quiénes tienen derecho a pensión, en caso de muerte o presunción legal de fallecimiento, de un jubilado o de un afiliado en actividad.

Tiene cinco (5) incisos:

El inciso 1, en los apartados a) hasta d) inclusive, fija un orden de beneficiarios que **CONCURREN** entre sí, es decir, no se excluyen.

En cambio, entre los incisos 1 a 5 se establece un orden de relación que **SI ES EXCLUYENTE**.

## Inciso 1:

-la viuda o el viudo

-la conviviente o el conviviente, en el mismo grado (es decir, **EXCLUYE** al cónyuge) y orden, cuando el causante estuviere separado de hecho y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por los menos cinco (5) años inmediatamente anteriores al deceso, los que se reducen a dos (2) si hubiera descendencia, o el causante fuera soltero, viudo, separado legalmente o divorciado

-hay tres supuestos en que el conviviente no excluye al cónyuge supérstite y el beneficio se otorga a ambos, en **PARTES IGUALES**:

# Pensión



\*que el causante hubiera estado contribuyendo al pago de **alimentos (a favor del cónyuge, no de los hijos)**, \*que estos hubieran sido reclamados **fehacientemente** en vida del causante o \*que este fuera **culpable** de la separación.

Caso práctico:

**Expediente N° 21557-241734/12:** Fiscalía de Estado observó la Resolución del Instituto de Previsión Social que otorgó pensión a un conviviente, con sustento en la falta de acreditación del plazo de cinco (5) años de cohabitación con visus maritales exigido por la ley, en virtud del estado civil (casada) de la fallecida.

Fundó sus dichos en la declaración del requirente ante la policía.

La Asesoría General de Gobierno ratificó el criterio favorable al otorgamiento, vertido en la instancia originaria.

Se basó en la prueba documental (la que se reconoció escasa), los testimonios e informe ambiental agregados y la particular situación planteada atento las especiales circunstancias en que el conviviente efectuó esa declaración: la causante se había suicidado en la vivienda común, el conviviente era quien la había encontrado y avisado a la policía, oportunidad en la

# Pensión



había prestado la declaración en cuestión.

También se tuvo en cuenta la efectiva acreditación de la convivencia al deceso, la probada existencia de una relación afectiva establecida y de un proyecto de vida en común (que trasciende a la mera convivencia que podría no responder a un compromiso similar al del matrimonio, x ej, cuidado de un enfermo) y el breve lapso en duda.

Además se ponderaron antecedentes jurisprudenciales relacionados con:

**-la reforma constitucional del año 1994** (art 39 inc 3), por la que “...se incorporó a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires un principio destinado a quienes están encargados de aplicar e interpretar el derecho: en materia de seguridad social regirán los principios de justicia social y primacía de la realidad (Causa B 64077 “GALLARDO, Horacio”).

**-los fines tutelares del derecho previsional**, habiendo dicho al respecto la Corte Suprema de la Nación que “...En materia de previsión y seguridad social no cabe extremar el rigor de los razonamientos lógicos, en procura de que el propósito tuitivo de la ley se cumpla; pues lo esencial, en estos casos, es cubrir riesgos de subsistencia y ancianidad, de modo que no debe llegarse al desconocimiento de derechos sino con extrema cautela (DE LA PEÑA, Julio A.,06/08/75, Fallos, 292:367)

# Pensión



**Código Civil y Comercial de la Nación**, vigente desde el día 1º de agosto de 2015.

Modificaciones que repercuten en el derecho previsional, en especial, en el beneficio de pensión del ex conyuge y del conviviente:

1) **En materia matrimonial**, derogó el sistema de divorcio fundado en la noción de culpa, es decir, desaparecen las causales subjetivas del divorcio.

Como se vio, la culpa es determinante para analizar el derecho a pensión de quien se encuentre separado de hecho o divorciado. Ello, tanto en el art 34 inciso 1) del Decreto Ley N° 9650/80 (Texto Ordenado Decreto N° 600/94) en análisis –en donde cónyuge supérstite y conviviente concurren-, como en lo supuestos de pérdida del derecho a pensión que prevé el art 39 de dicho cuerpo legal. Lo mismo ocurre en el caso de la hija separada de hecho o divorciada: se requiere, además de otros requisitos, su inocencia -art 34, inc 1), apartado c)-.

En otros regímenes previsionales provinciales también la culpa gravita de modo determinante: Ley N° 13.237, art 23 (Servicio Penitenciario), Ley N° 13.236, art 44 (Caja de Policía), como así en el orden nacional: Ley 24.241, art 53 y Ley N° 17.562, art. 1º (T.O. Ley N° 23.623)

# Pensión



De acuerdo al CCyC, los cónyuges se deben alimentos durante la vida en común y la separación de hecho (**art 432**). Luego del divorcio, la obligación alimentaria puede subsistir, aunque por motivos totalmente ajenos a la culpa:

-por **acuerdo** de partes (**art 432**) ,

-por dos situaciones expresamente contempladas en el CCyC, basados en la **solidaridad familiar (art 434)**: a) a favor de quien padece una **enfermedad grave preexistente** al divorcio, transmitiéndose esta obligación a los herederos del alimentante (**cónyuge enfermo**) ; b) a favor de quien no tiene recursos suficientes ni la posibilidad razonable de procurárselos (**cónyuge vulnerable**). En este caso, la obligación alimentaria no puede durar más de lo que duró el matrimonio y no procede a favor de quien recibe la llamada “compensación económica”. La obligación en estos dos (2) casos cesa si desaparece la causal que la motivó o si la persona alimentada se casa, vive en unión convivencial o incurre en indignidad.

No ha existido consulta que hubiere motivado que la Asesoría se expida al respecto, por lo que **expresaré mi parecer**: a la luz del carácter sustitutivo de la pensión, que está destinada a paliar las consecuencias económicas motivadas en la falta de contribución del causante, las diferentes hipótesis reseñadas no tendrán la misma injerencia (o carecerán de ella) en el derecho previsional:



# Pensión



-ante **alimentos pactados** en vida del causante (otrora alimentante), resulta razonable que el cónyuge supérstite (alimentado) pueda solicitar pensión, en la proporción pactada.

-**cónyuge enfermo** (alimentado), a mi juicio cobra especial relevancia que la obligación alimentaria se transmite a los herederos del alimentante.

Aquí hay dos aspectos: **1)** la propia norma no acudió al ámbito previsional frente al deceso del cónyuge alimentante, sino que resuelve la situación del cónyuge supérstite enfermo en el seno familiar: los herederos. Entonces, podrá este además solicitar pensión?? No parece acertado hacer nacer en cabeza del cónyuge alimentado un derecho a pensión, ya que se superpondría con la obligación alimentaria de los herederos; **2)** podrá el cónyuge alimentado pedir pensión ante el deceso del heredero alimentante??? Resulta poco razonable, frente a la ausencia de vínculo ponderado por el derecho previsional.

-**cónyuge vulnerable**, al no transmitirse la obligación alimentaria a los herederos del cónyuge alimentante, ante el deceso de este: el cónyuge alimentado podría solicitar pensión?? Es posible conjeturar que si, en la proporción fijada con anterioridad y con fecha de vencimiento: no podrá exceder el tiempo que reste para completar lo que duró el matrimonio (si es que ya venía percibiendo alimentos) o el número de años que el matrimonios duró.

# Pensión



## **Paréntesis:**

El CCyC contempla la figura de la “**compensación económica**” (**art 441**): Es el derecho a una compensación que tiene el cónyuge al cual el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por **causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura**.

Puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente por plazo indeterminado.

No tiene carácter alimentario, aunque de ser muy representativa ¿podrá absorberlos?

Siguiendo con la materia matrimonial, el CCyC impone el deber alimentario entre los **cónyuges separados de hecho (art 432)**, de lo que se sigue que frente al deceso del cónyuge separado de hecho alimentante y el estado de necesidad derivado de dicho fallecimiento, parece razonable la procedencia del beneficio de pensión en la proporción percibida por el ex cónyuge alimentado en vida del fallecido.

La norma previsional, como vimos, ante el derecho a alimentos nacido del vínculo matrimonial que no se ha disuelto favorece al cónyuge supérstite *inocente*, calidad que se presume mientras no se demuestre lo contrario, aún tratándose de supuestos en los que

# Pensión



concorre con el o la conviviente. Ello, en general, sin ponderar el principio de substitutividad de la pensión y el desequilibrio económico que la muerte del alimentante provocó en el núcleo familiar que realmente dependía del causante.

Aún más, en este punto la ley previsional asigna el mismo valor al reclamo de alimentos efectuado al causante que a la efectiva percepción de los mismos.

Ahora bien: ante una separación personal en la que no se han percibido alimentos en vida del causante y el cónyuge supérstite subsistió sin su contribución económica, no parece razonable que el Estado asuma, ante el deceso del beneficiario de una jubilación, una obligación alimentaria nunca efectuada (por falta de reclamo y/o cumplimiento), a través del pago de una prestación previsional que afecta el fondo solidario integrado con el aporte de los cotizantes al sistema previsional, o en detrimento del conviviente.

La AGG, en su función de asesoramiento al IPS (art. 40 Ley ° 14.853), ha sostenido el carácter sustitutivo de la pensión respecto de la obligación alimentaria.

Así, en el caso del cónyuge separado de hecho, al recaudo de ausencia de culpa del peticionante (para el que se exige algún medio probatorio fehaciente y contemporáneo al evento) se agregó –tomando las previsiones del art. 34 para evitar el desplazamiento por parte de la conviviente- la acreditación del reclamo y/o percepción de alimentos *con vigencia al momento del deceso* (**lectura de dictamen Expediente N° 21557-199743/11** )

# Pensión



2) El CCyC regula en forma específica a las parejas que no se casan, a las que denomina **uniones convivenciales**.

El derecho previsional, por su misma naturaleza expansiva, se adelantó en el reconocimiento de estas uniones, acordando, acreditados determinados recaudos, beneficio de pensión al conviviente.

El CCyC otorga efectos jurídicos propios a las uniones convivenciales que contempla el Título III (**arts 509 a 528**), que cumplimenten ciertos recaudos, entre ellos, un plazo mínimo de **convivencia de dos (2) años (art 510)**.

El establecimiento de este plazo admite conjeturar su impacto en el derecho previsional vigente, por cuanto el art 34 del Decreto Ley N° 9650/80 (T.O. Decreto N° 600/94) en análisis establece, como se señalara, que para acceder a pensión el o la conviviente deben demostrar la vida en común y con visos matrimoniales durante por lo menos cinco (5) años que se reducen a dos (2) en caso de existir descendencia en común, o el causante fuera soltero, viudo, separado legalmente o divorciado.

Parece justo que el plazo de convivencia a exigirse en sede previsional, en materia de pensión, sea de dos (2) años, en armonía con el CCyC (**art 510, inc. e**)

El Título III del CCyC, en su Cap 4, regula el cese de la convivencia y sus efectos. El párra-

# Pensión



fo final del inciso g) del art 523 refiere a su interrupción y contiene una enumeración de los posibles motivos de esa interrupción, que no implican sus cese.

Dicha norma resulta de utilidad a los fines previsionales, por ser común en la materia que la interrupción de la convivencia cercana y/o inmediata anterior al deceso del beneficiario se deba a razones de enfermedad (internación geriátrica) o de fuerza mayor (violencia doméstica).

La normativa provincial de violencia familiar –Ley ° 12.568, modif por Leyes N° 14.509 y 14.657- es aplicable a las uniones convivenciales, a las que se refiere expresamente (art 2°).

En cuanto a la prueba de la convivencia, también con implicancias directas en el beneficio de pensión, se crea un **registro** para su inscripción (**art 511**). Esta inscripción no es un requisito de existencia o configuración (no es constitutiva), sino un medio para facilitar su prueba.

Por ello, a mi entender, la falta de registración no debería ser un obstáculo para su invocación en sede previsional.

# Pensión



El CCyC no establece obligación alimentaria entre los convivientes, ni después de cesada la unión convivencial, sino asistencia durante la convivencia (**art 519**).

Ergo, el derecho previsional en tanto régimen especial, seguirá conteniendo regulaciones autónomas propias de la materia: el derecho a pensión del o la conviviente, dado el mencionado carácter sustitutivo del deber de alimentante que gravita sobre el titular de una jubilación (pensión derivada) o sobre quien tiene derecho a ella (pensión directa).

Igual que para el supuesto del divorcio, el CCyC contempla como uno de los posibles efectos del cese de la convivencia la figura de la “**compensación económica**” (**art 524**): Es el derecho a una compensación que tiene el conviviente al cual el cese referido produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica y que tiene por **causa adecuada la convivencia y su ruptura**.

Puede consistir en una prestación única o en una renta por tiempo determinado que no podrá ser mayor a la duración de la unión convivencial.

Ello, a diferencia del divorcio, en el cual excepcionalmente podría establecerse por plazo indeterminado.

No tiene carácter alimentario.

# Pensión



3) El CCyC regula derechos que surgen de las “**familias ensambladas**”, más conocidas como “los tuyos, los míos y los nuestros” (Título VII, Capítulo 7)

Reconoce la figura del **progenitor afín**: aquél que sin ser el padre o la madre vive con el hijo de su pareja -matrimonial o conviviente- (**art 672**) y, entres otros, le asigna **un deber subsidiario de alimentos en favor de los hijos de su cónyuge o conviviente (los responsables principales son sus padres, art 676)**.

El sistema previsional argentino no considera la condición de **hijo afín**. Tanto en la enumeración del art 34 en estudio, como en los regímenes particulares y en el ámbito nacional (art 53 Ley N° 24241) se menciona solo a los hijos del causante entre los causahabientes con derecho a pensión.

Por vía jurisprudencial, hace ya tiempo, se abrió un camino interpretativo favorable para el otorgamiento de pensión a favor del hijo afín, **cuando el progenitor estuvo unido en matrimonio con el causante**.

# Pensión



“La ley ampara la condición de hijastro a punto tal de generar una obligación alimentaria en cabeza de la sociedad conyugal, por lo que es lógico admitir el derecho a pensión de los hijastros a fin de evitar condiciones disvaliosas desde el punto de vista del carácter alimentario del beneficio previsional” (“DONATI, Carolina s/ pensión, C.S. sentencia 05/10/76; HERRERA, Domitila Tadea, Recurso de hecho, 31/07/84, C.S., fallos 311:30)

Más recientemente, en un fallo de la Cámara posterior a la vigencia del CCyC, se condenó a pagar alimentos a los otrora guardadores con fines de adopción que desistieron del derecho y de la acción tanto de la guarda como de la adopción luego de casi cinco (5) años de haber convivido el futuro adoptante con ellos “...corresponde fijar un 30% del sueldo de la pretensa adoptante en concepto de alimentos, y establecer el plazo razonable de cinco años para el cumplimiento de tal obligación o su cese en caso de otorgamiento de guarda a otra persona, lo que ocurra primero. Ello en concordancia con lo normado en el artículo 676 del nuevo Código Civil y Comercial. Si bien el Código contempla la obligación alimentaria (en caso de ruptura de la convivencia) del cónyuge a favor del hijo del otro, porque ha asumido su sustento durante la vida en común, más aún es exigible al “padre



# Pensión



afín” que durante casi cinco años le ha dado trato de hijo y ha querido emplazarlo en ese estado a tal punto de haber solicitado autos para sentencia un año y cuatro meses antes de desistir del juicio...”

#### 4) Regula el “**matrimonio igualitario**” (art 402)

Esta figura ya había sido recepcionada por nuestra legislación, mediante la Ley N° 26.618 (B.O 22/07/10), modificatoria del Código Civil derigado y según la cual el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

A su vez, el art 42 de dicha norma prescribe que todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos (2) personas del mismo sexo así como de distinto sexo.

# Pensión



**Desde la vigencia de la ley citada**, la Asesoría General de Gobierno estimó incluido en el art 34 inciso 1 del Decreto Ley N° 9650/80 (T.O. Decreto N° 600/94) al conviviente del mismo sexo (**lectura de dictamen**)

Luego, el **inciso 1** detalla, de las letras a) hasta la d), los restantes beneficiarios que, como se dijo, **CONCURREN** con la viuda o el viuda y/o convivientes:

- a) Los hijos** de ambos sexos **solteros** y las **hijas viudas** que no perciban jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva (salvo opción por la pensión de este art), **hasta los dieciocho (18) años de edad;**
- b) Las hijas solteras y las hijas viudas** que acrediten **convivencia** habitual y continuada con el causante durante los **diez (10) años** inmediatos al deceso, que a ese momento tengan **cincuenta (50) años de edad** y que se encontraren **a cargo** del causante, sin desempeño de actividad lucrativa, carentes de bienes que produzcan rentas ni perciban jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva (salvo opción por la de este art)
- c) Las hijas viudas y las hijas separadas de hecho o divorciadas por culpa exclusiva del marido que no perciban alimentos de este, todas incapacita-**

# Pensión



**tadas** para el trabajo y **a cargo** del causante a la fecha de su deceso, que no perciban jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva (salvo opción por la de este art)

- d) Los nietos** de ambos sexos **solteros** y las **nietas viudas** que no perciban jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva (salvo opción por la pensión de este art), **huérfanos** de padre y madre, **hasta los dieciocho (18) años de edad.**

Cabe efectuar, en relación al derecho de pensión del hijo menor de edad, dos observaciones:

1) La obligación alimentaria de los padres hacia los hijos ha tenido una importante evolución doctrinaria y jurisprudencial, en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico el 22/11/90 y con rango constitucional a partir de la reforma de la CN de 1994.

El **CCyC** establece, como regla general, la obligación alimentaria de los padres hasta los veintiún (21) años de edad (salvo que el obligado acredite que el hijo tiene recursos suficientes para proveérselos él mismo) (art 658).

El límite de dieciocho (18) años para la pensión del hijo, establecido por la norma previ-

# Pensión



nal (tanto en el ámbito provincial como nacional) resulta contrario a normas de carácter superior, y violatorio del principio constitucional de igualdad ante la ley, ya que la protección económica de los hijos entre dieciocho (18) y veintiún (21) años varía según tengan a sus padres vivos o no.

2) El **CCyC** amplió la autonomía del menor de edad, otorgándosela de manera progresiva, mediante el reconocimiento de aptitudes para ejercer por sí mismo derechos a medida que se desarrolla, incorporando el cambio de paradigma producido a partir de citada Convención sobre los Derechos del Niño, de acuerdo al principio de constitucionalización del derecho privado que surge de sus fundamentos.

Se define al menor de edad como la persona que no ha cumplido dieciocho (18) años y se subcategoriza al adolescente: el menor de edad que cumplió trece (13) años (art 25).

La regla general es que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, *aunque la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente, puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico.*

La AGG se expidió en forma favorable frente al derecho de un adolescente (menor de edad mayor de 13 años) de petitionar antes el Instituto de Previsión Social el otorgamien-

# Pensión



to de la pensión derivada del deceso de su madre, sin la intervención de representante legal **(lectura de dictamen expediente 21557-352256/16)**.

Y respecto a las hijas separadas de hecho o divorciadas por culpa exclusiva del marido que no percibieran alimentos de este, incapacitadas para el trabajo y a cargo del causante, la Asesoría General de Gobierno ha desestimado la asignación de culpa en el trámite de divorcio por presentación conjunta, aconsejando al Instituto de Previsión Social el otorgamiento de pensión, de cumplirse los restantes recaudos, conforme doctrina de la SC en la Causa B 57028 “HERMOSO, Raúl Edmundo” **(lectura de dictamen)**

## **Inciso 2:**

-los **hijos y nietos de ambos sexos**, en las condiciones del inciso anterior: supuesto de inexistencia de cónyuge supérstite y/o conviviente.

# Pensión



## **Inciso 3:**

-la **viuda o el viudo y el o la conviviente**, en las condiciones del inc 1, en **conurrencia con los padres** incapacitados para el trabajo o que hubieren cumplido ochenta (80) años a la fecha del deceso, que no perciban jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva (salvo opción por la pensión de este art): supuesto de inexistencia de hijos.

## **Inciso 4:**

-los padres en las condiciones del inciso precedente: supuesto de inexistencia de cónyuge supérstite y/o conviviente e hijos.

## **Inciso 5:**

-los hermanos solteros de ambos sexos y las hermanas viudas, todos huérfanos de padre y madre y a cargo del causante al momento del deceso, que no perciban jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva (salvo opción por la pensión de este art), hasta los dieciocho (18) años de edad: supuesto de inexistencia de los beneficiarios enunciados en los incisos anteriores.

# Pensión



El **art 36** del Decreto Ley N° 9650/80 (TO Decreto N° 600/94), suprime el límite de dieciocho (18) años para los **hijos, nietos y hermanos de ambos sexos** (inciso 1, apartados (a) y (d) e inciso 5), que se encontraren incapacitados y a cargo del causante al deceso o incapacitados al cumplir dieciocho (18) años de edad.

La propia norma, en el párrafo 2º, define qué entiende por estar a cargo: “...estado de necesidad revelado por la escasez de recursos personales y la falta de contribución importaría un desequilibrio esencial en su economía particular...”

El párrafo 3º dispone que la reglamentación fijará pautas objetivas para establecer si el causahabiente estuvo a cargo.

Así, art 32 **Decreto N° 476/81** reglamentario, menciona los elementos de juicio que a los fines indicados puede requerir el Instituto de Previsión Social, pudiendo agregar cualquier otro que estime pertinente.

En la práctica, es de mucha utilidad el requerimiento de informes a la A.N.Se.S.

# Pensión



El **art 37** del Decreto Ley N° 9650/80 (TO Decreto N° 600/94), suprime el límite de dieciocho (18) años para los **hijos, nietos y hermanos de ambos sexos** (inciso 1, apartados (a) y (d) e inciso 5), que cursen regularmente estudios secundarios, terciarios o superiores, no desempeñen actividades remuneradas y no perciban jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva.

En estos casos la pensión se abona hasta los veinticinco (25) años de edad o hasta la finalización de los estudios, lo que ocurra primero.

La propia norma, en el párrafo 2º, remite a la reglamentación para que establezca los estudios y los establecimientos a los que se refiere el art, como también la forma y modo de acreditar la regularidad.

Así, el art 32 **Decreto N° 476/81** reglamentario, detalla los recaudos: estudios universitarios, secundarios o terciarios, alumnos regulares (acreditación al comienzo de cada ciclo lectivo), establecimientos autorizados, reconocidos o incorporados a la enseñanza oficial, por la autoridad respectiva.



# Pensión



El **art 38** del Decreto Ley N° 9650/80 (TO Decreto N° 600/94), establece el derecho a acrecer de los beneficiarios copartícipes y el derecho a pensión de los parientes excluidos por otros causahabientes, de acuerdo al orden establecido por el art 34.

El **art 39** del Decreto Ley N° 9650/80 (TO Decreto N° 600/94), establece quiénes no tendrán derecho a pensión:

- 1) el cónyuge que por su culpa o culpa de ambos, estuviere divorciado o separado de hecho del causante a la fecha de la muerte o fallecimiento presunto
- 2) todos los causahabientes en caso de indignidad.

Como se vió: en los casos de cónyuge divorciado por mutuo, los efectos de la culpa asignada a ambos esposos por el Código Civil (también en la separación personal, por conducto del art 67 bis Ley N° 2393), pueden ser contrarrestados en sede previsional mediante reserva alimentaria. Doctrina de la Corte Suprema de la Nación en el precedente “**GUEZALEZ**”, donde sostuvo que la sentencia de divorcio regula consecuencias civiles del mismo, pero no trae aparejada la pérdida del derecho previsional.

Aún más: sin reserva alimentaria se puede acreditar el carácter sustitutivo de la pensión

# Pensión



El **CCyC** establece obligación alimentaria a favor del hijo mayor que se capacita hasta los veinticinco (25) años de edad, si la prosecución de los estudios le impide proveerse de medios para sostenerse.

En este caso, la protección económica para el hijo mayor que se capacita no varía según tenga sus padres vivos o no, habiendo sido el derecho previsional también pionero en el reconocimiento de este derecho.

Dos cuestiones prácticas:

1) Ante la proliferación de estudios y/o carreras terciarias y/o academias, algunos poco ortodoxos o de escasa duración y/o carga horaria, es frecuente la consulta a la AGG, desde el Instituto de Previsión Social, en relación a su encuadre en el art 37.

Se aconseja, antes situaciones dudosas, dar intervención a la Dirección General de Cultura y Educación.

2) Ante una suspensión en los estudios o cambio de carrera de un beneficiario de la prórroga prevista por el art 37, la AGG tiene criterio sobre la viabilidad de la rehabilitación de la pensión, cuando se acredite la condición de alumno regular en el reinicio en los estudios o en la nueva carrera.

# Pensión



El **art 48** del Decreto Ley N° 9650/80 (TO Decreto N° 600/94) establece el haber de la pensión en el 75% de la jubilación que percibía el causante al deceso o de la jubilación a que tenía derecho al cese o del haber calculado para la jubilación ordinaria, por invalidez o edad avanzada, al momento del fallecimiento en la actividad.

El **art 49** del Decreto Ley N° 9650/80 (TO Decreto N° 600/94) fija los porcentajes del beneficio en caso de concurrencia de causahabientes:

- la mitad para el/la cónyuge, el/la conviviente, si concurren hijos, nietos o padres del causante, entre quienes se reparte la otra mitad por partes iguales, a excepción de los nietos que percibirán, en conjunto, la parte de pensión a que hubiere tenido derecho el progenitor fallecido,
- si no hay hijos, nietos o padres del causante, el total corresponde a el/la cónyuge, el/la conviviente,
- si se extingue el derecho de uno de los copartícipes, su parte acrecerá a la de los restantes beneficiarios.