

## **EXPOSICIÓN DR. IVÁN JOSÉ MARÍA CULLEN (06-11-03)**

### **XVIII CONGRESO DE CONTADORÍAS GENERALES DE PROVINCIAS 5-6-7 NOVIEMBRE DE 2003**

#### **TEMA: MARCO LEGAL DEL CONVENIO DE TRANSFERENCIA DE CAJAS DE JUBILACIONES DE PROVINCIA- CONFLICTOS DERIVADOS**

Señores Integrantes del Congreso de Contadurías Generales de Provincias Generales:

Es para mí un señalado honor tener la oportunidad de ocupar esta prestigiosa Tribuna y poderme dirigir a un auditorio tan selecto.

Cabe entonces, en primer lugar, agradecer al Contador General de la Provincia de Salta C.P.N. Delgado y a la Subcontadora C.P.N. Susana Molina que han tenido la amabilidad de invitarme.

Mi vinculación con la Provincia de Salta – es necesario aclararlo – surge por la circunstancia de haber sido contratado como integrante de un equipo de profesionales formado por los Dres. Germán J. Bidart Campos – reconocido constitucionalista en todo el país – Mario Augusto Saccone, Arturo Arrizabalaga (padre e hijo) y el suscripto, a quienes se nos encomendó atender la defensa jurídica de la Provincia en los conflictos derivados de la aplicación del convenio de transferencia con la Afip.

Esta experiencia profesional me ha permitido profundizar en los aspectos vinculados con los convenios de transferencia de las cajas previsionales provinciales formalizados en el marco del Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento que suscribieron las Provincias con la Nación celebrado en fecha 12-08-1993.

Queda aclarada entonces la circunstancia que mi intervención en este foro se encuentra circunscripta en los aspectos jurídico-constitucionales y previsionales derivados de mi condición de especialista sin ser funcionario público de provincia alguna.

#### **1.- La Crisis del Sistema Previsional**

Muy brevemente conviene recordar una circunstancia por demás notoria que afecta a todo el mundo y que en nuestro país reviste características especiales.

Todos los sistemas previsionales acusan problemas de mayor o menor actitud derivados de hechos objetivos de alcance general como el incremento de la expectativa de vida y de algunos puntos que, aun existiendo en otros países, en Argentina tuvieron una repercusión significativa en el desfinanciamiento del sistema.

A sólo título enunciativo, el alcance de la garantía de “movilidad” prevista en el artículo 14 bis de la C.N. antes del fallo de la C.S.J.N. en “Chocobar”, la existencia de numerosos sistemas específicos que permitían alcanzar la jubilación sin cumplir con recaudos razonables de edad y aportes; la inestabilidad institucional; los amplios períodos históricos de inflación y de hiperinflación; la sustracción de recursos propios de las cajas para cubrir necesidades políticas; los sistemas de “enganche” y el cúmulo de adicionales no remunerativos que impactan ya sea en recursos que no se realizan o en prestaciones que deben cumplirse, ponen de manifiesto una situación por demás delicada que lógicamente no va a ser tema de intervención en este foro pero que es necesario recordarla para tener presente de qué estamos hablando.

Ello es así porque el Pacto Federal aludido y los Convenios de Transferencia como la creación de un sistema previsional privado (AFJP) apuntaron con mayor o menor éxito a la búsqueda de una solución a esta problemática.

Los convenios se suscribieron todos con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, por lo que es importante señalar que el marco legal de éstos tiene en la cúspide del ordenamiento jurídico argentino la Constitución Nacional con las importantes reformas introducidas en 1994.

## **2.- La reforma constitucional de 1994**

El Estado Federal Argentino, como Uds. saben, se estructura en una distribución de competencias entre las Provincias y el Estado Nacional que tiene dos ejes:

- a) Los poderes residuales de las provincias, dado que en todo lo que no está expresamente delegado al gobierno nacional en la C.N. corresponde a las provincias (art.121 C.N.).
- b) Los poderes implícitos que se le otorgan al Congreso Nacional a través del art. 75 inc. 32 C.N. con una amplitud mayor que la del modelo norteamericano en razón que el Estado Federal puede ejercer todas las facultades implícitas que considere “convenientes” y no “necesarias” como lo dispone el modelo norteamericano (Sección VIII Inciso XVIII C.NORT.).

Este esquema se contrapone con otro establecido por ejemplo en Canadá e incluso en la Constitución Española de 1978 en virtud del cual la Constitución regula las facultades de las provincias en forma expresa y las competencias residuales le corresponden al Estado Nacional. Queda claro que en el texto constitucional no había norma alguna que determinara la competencia exclusiva de las provincias expresa y literalmente consagrada con exclusividad como no sea aquellas que hacen a su propia autonomía.

La tensión entre facultades implícitas del gobierno federal y facultades residuales de los gobiernos provinciales fue conduciendo paulatinamente a un acrecentamiento de las primeras sobre las segundas.

Es lo que llamamos “crisis del Estado Federal”. Pues bien, en 1994 se incorporó una facultad expresa propia de las provincias y precisamente en el ámbito previsional.

El art. 125 segunda parte C.N. determina que “...las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y profesionales...”.

De ello se deducen dos consecuencias importantes:

- a) Que nunca la Nación – so pretexto de la expansión de sus atribuciones implícitas – puede apropiarse de las cajas provinciales o interferir en éstas.
- b) Que cualquier delegación que pueda hacer la provincia respecto de su sistema previsional hacia la Nación (que es el caso de los convenios de transferencia) debe interpretarse siempre con un criterio favorable a las competencias provinciales en toda esta materia.

Queda así como primera conclusión que todos los conflictos interpretativos del convenio de transferencia han de resolverse teniendo presente que si no hay una delegación expresa en algunos puntos o si otros tienen redacción confusa, la interpretación debe estar acorde con la preservación de las facultades provinciales en la materia.

### **3.-Problemas de los convenios de transferencia**

Los problemas de aplicación de los convenios de transferencia son muchos y es destacable señalar que a través de la comisión de enlace se han ido aclarando muchos aspectos. Esta “comisión de enlace” se enmarca en un principio constitucional que recogió la reforma de 1994 cuyo principal impulsor fue el destacado jurista Pedro Frías al que llamamos “federalismo de concertación”.

Sin embargo, hay muchos y graves problemas que subsisten y que se motivan en primer lugar porque el organismo de fiscalización (Afip) que es el que recauda es diferente del organismo que tiene que hacerse cargo de las prestaciones (Anses) que es el que paga.

Ello provoca – y nosotros tenemos experiencias concretas en tal sentido – que la Anses vea el tema de los adicionales no remunerativos establecidos antes del convenio de transferencia como excluidos de la obligación de efectuar contribuciones y aportes y la Afip – hasta ahora – se resista a aceptar este criterio.

Claro está que a la larga todos sabemos que no se puede pagar una prestación si no hay recursos ingresados por aportes y contribuciones, de donde parece difícil de mantener la posición meramente recaudatoria de la Afip que no contempla este aspecto y además se sustenta en una interpretación extensiva de las delegaciones que las Provincias hicieron a la Nación en el convenio de transferencia que se contradice con el criterio restrictivo con que debe interpretarse todo lo que signifique renuncia a sus facultades por parte de la provincia en una materia que la C.N. le reserva expresamente para sí. En tren de hacer un esquema sintético de los temas principales que cabe advertir en el problema que nos ocupa, permítaseme comentar siquiera brevemente cuáles son estos problemas y sus soluciones.

#### **a.-Sistema de fiscalización de la Afip**

La Afip ha tratado a las provincias como un contribuyente común, olvidando que se trata de estados autónomos anteriores a la creación del mismo Estado Federal.

El tema fue motivo de nuestra actuación profesional específica que culminó exitosamente al menos en un aspecto: la Afip no puede aplicar multas a las Provincias.

No obstante esto, tiene un alcance mayor que el de la mera imposibilidad de aplicar sanciones.

En efecto, el Dictamen del Procurador del Tesoro de la Nación que obra al Tomo 237 Página 358 es terminante al respecto y significa lisa y llanamente que en todo lo que se refiere al convenio de transferencia, la relación debe efectuarse con una leal colaboración entre Afip y Provincia y no mediante inspecciones y sumarios administrativos.

Dicho de otra manera, la Ley 11.683 no es aplicable a las facultades de fiscalización respecto de aportes y contribuciones en el marco del convenio de transferencia.

Refuerza este criterio interpretativo la inexistencia de órgano judicial de contralor dado que si aplicáramos el procedimiento administrativo común en materia de aportes y contribuciones previsionales, el tema pasaría a la Cámara Federal de la Seguridad Social que en un caso de San Juan se declaró incompetente pasando el expediente a la C.S.J.N. que lo tramita como acción meramente declarativa.

## **b.- Temporalidad**

Resulta un tema central observar que los compromisos de la Provincia son hacia el futuro, de donde no existe obligación de hacer aportes y contribuciones respecto de adicionales no remunerativos establecidos con anterioridad a la vigencia del convenio de transferencia.

Ello surge claro de algunos precedentes de la C.S.J.N. como son “Durán”; “Donnaruna”, etc.

Y, por otra parte, cuando la Provincia se obliga a no sancionar normas que contradigan la legislación nacional y respetar éstas, no está obligándose a privar a sus propios empleados de adicionales remunerativos que en algunos casos hace muchos años que venían percibiendo.

## **c.- Los convenios colectivos de trabajo o acuerdos convencionales**

Cuando el carácter no remunerativo de la retribución se ha alcanzado por medio de un convenio colectivo de trabajo o acuerdo de carácter convencional debidamente homologado por la provincia antes del convenio de transferencia, no deben tributar los aportes y contribuciones porque les alcanza la resolución conjunta de la Afip, Secretaría de Trabajo y Secretaría de Seguridad Social publicada en B.O. del 27-10-1999 que si bien refiere al orden nacional, no puede dejar de aplicarse en los convenios colectivos de carácter provincial.

Ello es así porque también las Provincias están facultadas para concertar convenios colectivos de trabajo o acuerdos convencionales con sus empleados y éstos tienen la misma validez que los que se hacen en el orden nacional que por otra parte tienen un origen común en la decisión de la OIT 154 ratificada por la Nación (Ley 23.544).

Además de ello, cualquier norma jurídica que establezca un adicional remunerativo antes del convenio de transferencia exige para cambiar su carácter (hacerlo remunerativo y generador de aportes y contribuciones) la sanción de una nueva norma jurídica que modifique la anterior y va de suyo que no puede la provincia modificar “per se” una convención colectiva en cuya sanción ha concurrido un tercero (la representación gremial) que aparecería afectado por una decisión tomada por una sola de las partes que suscribiera el acuerdo convencional.

## **d.- Retenciones automáticas y coparticipación**

He escuchado con mucha atención a la C.P.N. que me precedió en el uso de la palabra y observo que la Afip descuenta por coparticipación con anticipación a las presentaciones de las declaraciones juradas.

Pues bien, esto no es posible porque hoy la coparticipación federal está constitucionalizada y tiene un objetivo claro marcado en el art. 75 inc.2 C.N. en consonancia con el art. 75 inc.19 C.N. que tiende a fomentar un desarrollo integral del país procurando superar las desigualdades que acusan las diferentes regiones y provincia y aspirando a lograr una igual calidad de vida en todos los habitantes.

Con semejante protección es de toda evidencia que la posibilidad de cobrar directamente reteniendo de coparticipación no puede ejercerse sino en el marco estricto de las declaraciones juradas y luego de que éstas se hubieren presentado.

## CONCLUSIÓN

Esta breve exposición pretende hacer llegar a Uds., que tienen el trabajo cotidiano de atender la forma de cumplimiento de los convenios de transferencia, la convicción que en el marco constitucional actual toda la relación entre la Afip y las Provincias debe estar enmarcada en los principios básicos he enunciado y que a título de colofón me permito reiterar:

- Colaboración inter partes y no supremacía, coerción o sanciones de parte de la Afip hacia las provincias.
- Respeto de las decisiones provinciales tomadas con anterioridad al convenio de transferencia.
- No invadir el ámbito de las convenciones colectivas de trabajo.
- Perseverar en la tarea de la comisión de enlace para hacer efectivo el federalismo de concertación que la Constitución Nacional impone.
- No admitir retenciones automáticas de coparticipación sino sobre la base e imputaciones previstas en las respectivas declaraciones juradas.

Agradezco la atención que han dispensado a mis palabras y quedo a disposición de Uds. para cualquier inquietud o preguntas que quieran formularme.

Muchas gracias.

DR.IVÁN JOSÉ MARÍA CULLEN  
PROFESOR TITUTLAR  
DERECHO CONSTITUCIONAL I Y II U.N.R.  
CONVENCIONAL CONSTITUYENTE 1994 (M.C.)