

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 18.314 (I.A.S.S.)

Por

Washington Bado

A la ausencia de estudios doctrinarios sobre la cuestión de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los gravámenes impositivos a las prestaciones de seguridad social –acertadamente señalada por Héctor-Hugo Barbagelata-¹. debe agregarse que en los fallos contradictorios de la Suprema Corte de Justicia sobre la aplicación del I.R.P.F. a las pasividades, no se hizo un análisis lógico-sistemático respecto de la evolución de las disposiciones aplicables de la Constitución. El tema tampoco se trató cuando se produjo la sustitución de ese impuesto por otro, el I.A.S.S. (ley 18.314), que gravaría las pasividades con destino al Banco de Previsión Social.

Sin embargo –tal como lo enseñaba en la apertura de sus célebres clases Justino Jiménez de Aréchaga- ese análisis es indispensable para “comprender cabalmente la Constitución en vigor” y –agregamos nosotros- aplicarla correctamente². Nunca debe desestimarse el imperativo constitucional, a título de que se trate de normas se consideren como programáticas y mucho menos debe prescindirse de la voluntad popular, que se expresa, no solo en los textos, sino también en el espíritu que las sustenta y se ha desarrollado históricamente. Eso es lo que marca la verdadera esencia de esas disposiciones superiores que no pueden ser transgredidas ni siquiera por la ley. Es con ese enfoque que consideramos deben analizarse los artículos, 7º, 8º, 53º, 67º y 72º de la actual Constitución, lo que nos llevará a tener el honor de coincidir con el profesor Barbagelata, cuando advierte que la aplicación de esos gravámenes “conspira contra el derecho a una *vejez digna*, o dicho de otro modo, *atenta contra la dignidad de la persona* que es el fundamento

¹ Derecho Laboral. T.L. No.228 -Octubre-diciembre 2007 ps. 779 y ss.

² “Las constituciones –decía- han de tener algo de fotografía pero han de tener algo de programa. Ya Heller nos ha enseñado que entre el deber ser contenido en la norma y el ser de la realidad ha de existir un cierto grado de tensión, sin el cual la norma podrá ser formalmente perfecta pero han de faltarle condiciones de viabilidad. Pero no nos preocupe demasiado asegurar ese grado de tensión, hasta quitar a los textos constitucionales (que por su propia eminencia tienen siempre un valor ejemplarizante) ese algo de programa, de ideal de perfección, que mueve a la voluntad popular y que ayuda a superar la realidad del día a día en que se vive”. (“La Constitución de 1952 –Medina- T. I p. 18)

mismo de todo el sistema de los derechos humanos”³(subrayado en el original)

_____()

El concepto de “trabajo” no estuvo incorporado en las primeras dos constituciones que tuvo la República -según el modelo de las Revoluciones Norteamericana y Francesa- y recién se introdujo en la de 1934, consecuentemente con la evolución doctrinaria que recogió las reivindicaciones del Movimiento Obrero que estalló en el siglo XIX, a partir de la Revolución Industrial. Esto se plasmó, ya en el Siglo XX, en constituciones como la de Querétaro, México (1917) y Weimar, en Alemania (1919) que le otorgaron ese rango a los derechos sociales, continuándose después en otras.

Es precisamente en nuestra Constitución de 1934 que el concepto de “trabajo” se introduce como derecho fundamental, agregándolo a la enumeración del artículo 7º que ya venía de la Constitución de 1830, abarcando de ese modo “vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad”.

Pero también el concepto de “trabajo” se incorporó como deber - obligación social- en el actual artículo 53 que, en su primera parte, quedó redactado así: “Todo habitante de la República, sin perjuicio de su libertad, tiene el deber de aplicar sus energías intelectuales o corporales en forma que redunde en beneficio de la colectividad”.

Concomitantemente y –agregamos- como una consecuencia lógica de lo anterior, el constituyente estableció en el mismo cuerpo normativo el modo de extinción de esa obligación social de trabajar, en lo que hoy es la primera parte del artículo 67 de la Constitución , que dispone:

“Las jubilaciones generales y seguros sociales se organizarán en forma de garantizar a todos los trabajadores, patronos, empleados y obreros, retiros adecuados y subsidios para los casos de accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación forzosa, etc.; y a sus familias, en caso de muerte, la pensión correspondiente.”

Es evidente que estas dos disposiciones están estrechamente ligadas. La Constitución establece en la primera, la obligación social de trabajar que tienen todos los habitantes de la República, pero a su vez prevé, en la segunda, como es lógico, la extinción de esa obligación, garantizando a quien cumplió con ella el derecho a una jubilación adecuada al trabajo prestado a la sociedad, por el tiempo exigible y el pago de los aportes

³ Op. Cit. p. 785 “Desde esta óptica – concluye- conforme al derecho positivo uruguayo, no sería constitucionalmente viable que gravámenes fiscales afecten la integridad del derecho a prestaciones jubilatorias adecuadas, destinadas a garantizar, en toda la medida de lo posible, el mantenimiento del nivel de vida que se tenía al culminar la etapa laboral.”

correspondientes. Como la obligación de trabajar, tal como expresamente se dice, es sin perjuicio de la libertad –fundamento de todo el sistema constitucional- la protección es amplia y abarca a todo el trabajo como actividad productiva o si se quiere al “hecho del trabajo”, por lo que el artículo se refiere a todos los trabajadores, “sean empleados, patronos u obreros”.

Debe concluirse que el artículo 53 consagra la obligación social de trabajar y el 67 la exoneración de esa carga por el Estado, cuando se vuelve inexigible, porque el trabajador acredita su cumplimiento por el tiempo legalmente previsto y el pago de los aportes obligatorios al fondo administrado por la Caja que recoge sus servicios. En cumplimiento del mandato dirigido por el constituyente al legislador, se fueron dictando sucesivos estatutos de pasividad que organizaron diferentes Cajas, hasta cubrir en la actualidad prácticamente todas las ramas de actividad.⁴

()

Del desarrollo expuesto puede concluirse que jurídicamente -en una relación sinalagmática- el Estado sería acreedor de trabajo y deudor de seguridad social. Ese vínculo se materializa en una relación de afiliación entre el trabajador y el organismo de seguridad social que ampara sus servicios. Y aunque se ha sostenido que el artículo 53 no pasaría de ser una simple disposición programática⁵, ya hemos visto que, como bien lo enseñaba Jiménez de Aréchaga, el imperativo constitucional no puede ser desconocido bajo esa presunción, que conduciría a negar la preceptividad que caracteriza a toda norma jurídica, con mayor razón aún si tiene rango constitucional .

Pero, es más, el artículo 67 dice que se debe “garantizar” el otorgamiento de “retiros adecuados”, lo que significa que el Estado reconoce el máximo compromiso –“nihil prius fide”- de que se respetarán los “retiros adecuados” que se otorguen a los trabajadores. No se debe olvidar que la Sección II de la Constitución, que contiene estos artículos se titula de “Derechos, deberes y garantías” y que, de acuerdo al artículo 80 numeral 6º

⁴ Washington Bado: “El Convenio No. 128 de O.I.T. sobre prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivencia y nuestro régimen jubilatorio” –Derecho Laboral- No. 97 ps. 60 y ss. Como se ve, este desarrollo teórico del autor de estas líneas es muy anterior al planteamiento de inconstitucionalidad que hoy es un tema de actualidad. Fue expuesto por quien era entonces Aspirante en los cursos de Derecho del Trabajo y Previsión Social y publicado en 1974 en la Revista codirigida por los Dres Américo Plá Rodríguez y Héctor-Hugo Barbagelata. Fue también expuesto por el autor en la 3ª. Mesa Redonda “Disposiciones constitucionales sobre el trabajo” del Cursillo sobre “El Derecho del Trabajo y los funcionarios públicos” organizado por la Revista (Librería Acali 10-27 de mayo de 1977) publicado en el No. 5 de la Biblioteca de Derecho Laboral. (ps. 95 y ss.)

⁵ V.: Héctor Gros Espiell: “La evolución constitucional del Uruguay”-Ed. Facultad de Derecho -1966, p. 110)

esos derechos forman parte de “las bases fundamentales de la nacionalidad”.⁶ La garantía del Estado respecto de esos derechos es que no pueden ser privados ni limitados “sino por razones de interés general.”

Y, en cuanto a esto último, una vez más volveremos a las enseñanzas del insigne constitucionalista, para recordar que habiéndose introducido también en la Constitución de 1934 el contralor de la constitucionalidad de las leyes por la Suprema Corte de Justicia, Jiménez de Aréchaga expresaba que “en el debate de esta Sección II se encuentran elementos de juicio suficientes para entender que, en la opinión de los autores de la Constitución del 34, la Suprema Corte puede revisar esos juicios de conveniencia y de oportunidad que están en la base de las leyes dictadas por el Parlamento con el fin de garantizar el orden público o de asegurar el interés general”. Y advertía que -no existiendo en la Constitución una definición de este concepto “deberá ser apreciado según un juicio de razonabilidad” quedando además limitado por el principio de igualdad⁷ Por ello concluía:

“De tal manera, no será conforme a la Constitución la ley que, para defender el interés general, pueda herir de distinto modo, en distinto grado, con diferente intensidad, los derechos fundamentales de los habitantes.”⁸

Estas apreciaciones cobran relevancia, no solo por la jerarquía de quien las formula, sino porque además, una interpretación del concepto del “interés general” - que violenta el derecho a los “retiros adecuados” que se garantizan en el artículo 67 de la Sección II- se ha transformado en la piedra angular del voto que cambió el fallo que se pronunció por la constitucionalidad del impuesto a la renta a las pasividades, en oposición al anterior que declaró lo contrario. No debemos olvidar que por estar estos derechos en la Sección II, la propia Constitución declara que forman parte de “las bases fundamentales de la nacionalidad” (Artículo 80 numeral 6º, parte final) lo que les otorga el fundamento más alto de imperatividad.

El concepto de “razonabilidad” que señalaba Jiménez de Aréchaga como una valla infranqueable para el legislador, es tan antiguo como el concepto

⁶ Como lo recuerda Jiménez de Aréchaga, -op.cit. pss. 17-23- este concepto de “garantías” fue especialmente discutido en una comisión de la Constituyente de 1934 prevaleciendo la interpretación, impulsada por uno de sus integrantes, el Dr. Augusto César Bado (que Jiménez de Aréchaga comparte) de que en realidad lo que se consagró en el texto constitucional fue el “derecho a obtener de el Estado la garantía” en la protección de aquellos derechos “que son inherentes a la condición humana” y que no pueden ser privados ni limitados “sino conforme a las leyes y por razones de interés general”

⁷ Op. Cit. ps. 17-23 Preguntaba Jiménez de Aréchaga: “¿Qué es el interés general? No hay en la Constitución una definición del concepto. Es un término más amplio que el de “orden público” sin que este otro haya sido objeto de una definición constitucional. El interés general deberá ser apreciado según un juicio de razonabilidad. De todas maneras conviene establecer que el juego de otras disposiciones constitucionales en cierto modo contiene o limita la noción de interés general”. Y puntualiza a continuación: “No debe olvidarse, por ejemplo. Que la Constitución consagra el derecho a la igualdad. Por lo tanto, una restricción de derechos en vista del interés general estará limitada, al mismo tiempo, por el principio de que todos los hombres son iguales ante las leyes

⁸ Op.cit. p.23

de equidad que formulara Aristóteles en los albores de nuestra civilización, como uno de los fundamentos del Derecho y que particularmente en referencia a la labor de los jueces, inmortalizó el jurisconsulto romano Ulpiano con su célebre sentencia: “Aequitatem ante oculos habere debet iudex”.

Modernamente el concepto de “razonabilidad” ha tenido otros desarrollos, especialmente en nuestro país por el Dr. Américo Plá Rodríguez en relación al Derecho Laboral y al de la Seguridad Social, lo cual se explica por la inspiración tuitiva y la base profundamente humanista que estas ramas del Derecho tienen, con el trabajador dependiente, el niño, el anciano, el desvalido y las prestaciones alimentarias y sociales que los sostienen: el salario, la pasividad, el subsidio. Para Plá Rodríguez “la arbitrariedad puede mirarse como la contrapartida de la razonabilidad”.⁹

Todo esto tiene que ver con el respeto del principio de igualdad en la desigualdad, que también se ha discutido en los fallos mencionados. Como bien lo expresaba otro gran constitucionalista, Aníbal Luis Barbagelata, “el concepto más moderno de igualdad jurídica es aquel que habla no ya de una igualdad ante la Ley, sino de una igualdad de la Ley”.¹⁰ Se suele considerar que la ley debe tratar de modo igualitario a los casos iguales y de manera desigual a los diferentes, por lo cual la diferenciación –explicaba Aníbal Luis Barbagelata, coincidiendo con Jiménez de Aréchaga- tiene que ajustarse al criterio de razonabilidad que corresponde al hombre medio, por lo cual, aún conciente de las dificultades que los casos concretos pueden plantear, afirmaba que la verdadera igualdad se afirma en “trato desigual para los hombres desiguales pero iguales oportunidades para todos y el mantenimiento de unas condiciones que permitan a los hombres diferenciarse efectivamente según sus talentos y sus virtudes...”¹¹

Este concepto de “razonabilidad” que han afirmado tan eminentes juristas, en relación al interés general también fue aplicado por la Suprema Corte de Justicia cuando declaró que “el principio de igualdad ante la ley impone que la ley debe ser igual para todas las personas que se encuentren en igualdad de circunstancias y condiciones, que entre ellas no puedan establecerse excepciones ni privilegios”¹² Y, en materia tributaria, respecto a la igualdad ante las cargas públicas, recogiendo la opinión de Villegas¹³ y de Giuliani Fonrouge¹⁴ señaló “la necesidad de asegurar el mismo tratamiento a quienes encuentran en análogas situaciones, de modo que no

⁹ Américo Plá Rodríguez: “Curso de Derecho Laboral” Ed. Idea- 1987 T. I ps. 66-67

¹⁰ Aníbal Luis Barbagelata “Teoría de los Derechos Fundamentales-“ pss. 160 y 164 “El principio de igualdad tendría que ser respetado no sólo por el juez, el administrador sino también por el legislador... No solo se trata de aplicar igualitariamente la ley, sino también de conseguir que las leyes consagren un tratamiento igual para los hombres.”

¹¹ Ibid.

¹² Sentencia No. 125 de 9.10.61. Repertorio de Sentencias -1978- p. 77

¹³ “Curso de Finanzas” p. 19

¹⁴ “Derecho Financiero” T. I ps. 280-281

constituye regla férrea, porque permite la formación de distingos o categorías siempre que estas sean razonables, con exclusión de toda discriminación arbitraria, injusta y hostil contra determinadas personas o categorías de personas.”

Por lo tanto puede decirse que la “razonabilidad” como criterio limitante del arbitrio político del legislador, está sólidamente sostenido tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial en nuestro Derecho, aunque no haya sido recogido en el fallo que declaró la constitucionalidad del I.R.P.F . a los pasivos.

_____()

¿Cómo se trasladan estos conceptos al tema de la constitucionalidad de los gravámenes sobre las pasividades?

Ya hemos visto que la imposición del deber de trabajar a todos los habitantes de la República en beneficio de la colectividad, por el artículo 53 de la Constitución, se compensó por el art. 67, garantizando “retiros adecuados” para todos los trabajadores que cumplieren con él.

Se ha dicho en el fallo que las pasividades han sido gravadas “en su condición de ingresos y como tal, factor representativo o manifestación en suma de capacidad contributiva”, sin que cuente “la denominación legislativa adoptada al crearse el tributo...” En contestación de esto debe decirse que es claro que lo que importa no son las denominaciones sino la naturaleza jurídica de las prestaciones. Aunque materialmente las pasividades, como todas las prestaciones pecuniarias constituyen un ingreso en el patrimonio individual de cada persona, no constituyen propiamente una renta, ni de capital ni de trabajo -y en eso todos están de acuerdo- sino una prestación social derivada del sistema de protección de los riesgos que tienen ese carácter, consagrado en la Constitución. Nadie puede discutir hoy que esas prestaciones sociales son propias de las coberturas de vejez, invalidez y sobrevivencia, que pertenecen a la Seguridad Social y en nuestro Derecho, por razones tradicionales que derivan de su antiguo origen histórico, se denominan jubilaciones y pensiones.

Se ha dicho que no se las grava en cuanto tales sino porque constituyen un ingreso patrimonial. Pero, en nuestra opinión, es fácil darse cuenta de que un ingreso, especialmente protegido por una norma superior a la ley, no puede ser desprendido de su verdadera naturaleza, para transformarlo en una simple suma de dinero, a la que el Estado puede gravar, en perjuicio de quien la recibe como un derecho adquirido, fundado en el trabajo aportado a la sociedad y en violación de la garantía que la Constitución prescribe.

El artículo 67 de la Constitución dice que esas prestaciones sociales deber ser “adecuadas” y aunque la Constitución no dice adecuadas a qué, debe excluirse que tengan que serlo al interés del propio Estado obligado a pagarlas. Nadie puede ampararse en su propio interés para desconocer sus obligaciones. Héctor-Hugo Barbagelata, fundándose en los principios de *progresividad y suficiencia* aplicables a la Seguridad Social, sostiene que “según el sentido natural y obvio del adjetivo *adecuado* -“apropiadas o acomodadas a las condiciones, circunstancias u objeto de alguna cosa”- el alcance de la expresión “no puede ser sino el mantenimiento, en la medida de lo posible, de las condiciones económicas que disponía el jubilado al momento de acogerse a la jubilación.”¹⁵

Desde el punto de vista que inspira este trabajo, en cuanto a la correlación entre el deber social de trabajar y su extinción por la acreditación del derecho al retiro, se llega a la misma conclusión: las prestaciones deben ser adecuadas al trabajo que cumplió el sujeto de seguridad social, titular de la relación de afiliación al Instituto que comprende la actividad prestada, debiendo tenerse en cuenta la calificación, la retribución percibida y el tiempo de los servicios computados. Todo eso es lo que precisamente se refleja en el monto de los aportes vertidos al fondo correspondiente y el derecho jubilatorio se configurará cuando se cumplan por el titular los requisitos legales de edad y tiempo de servicios, exigidos por el estatuto de pasividad que deba aplicarse.

Las coberturas de las también llamadas contingencias - riesgos sociales de vejez, invalidez y sobrevivencia- son la materia propia de los diferentes estatutos de pasividad que existen en nuestro Derecho. Las prestaciones de esas coberturas, de acuerdo a los artículos 471 y siguientes del Código Civil, son “bienes incorporales personales” que surgen en este caso por “disposición de la ley” en favor de las personas amparadas, de donde nace la acción personal de exigir su pago, en su totalidad y sin menoscabos, al instituto de Seguridad Social que está obligado a servir las, porque comprende a los servicios prestados. Obviamente son también prestaciones alimentarias que cubren la pérdida de los medios de subsistencia del trabajador, lo que explica que se les reconozca como derechos humanos, especialmente protegidos por la Constitución.

Técnicamente las coberturas de los riesgos pueden realizarse bajo sistemas de reparto o de capitalización, como el de ahorro previo que estableció la ley 16.713, que creó, aunque dentro de un sistema mixto, las llamadas A.F.A.P.s. En los sistemas de reparto –que se mantienen y son los que han estado funcionando hasta ahora- no hay un derecho propiamente conmutativo del trabajador que se jubila sobre sus aportes

¹⁵ Op. Cit. p. 783

(“do ut des”) porque estos se integraron a un fondo común, afectado a la cobertura del colectivo correspondiente. Pero cuando el trabajador hace valer la causal jubilatoria adquirida porque se configuran las circunstancias que la determinan (edad y servicios) lo que era una expectativa se transforma en un derecho subjetivo -y precisamente por el concepto de “adecuación” que garantiza el Estado- se genera en su favor la prestación que debe otorgársele, en función de los haberes y el tiempo de servicios computados. Dependiendo en cada Caja del estatuto de pasividad aplicable (ya que hay varios en nuestro país y tienen normas diferentes) el monto básico de pasividad, suele reducirse al jubilarse el trabajador en un porcentaje predeterminado por las llamadas tasas de reemplazo (reducción sobre el monto básico que resulta de los años de servicios) y los tope máximos –casi siempre muy injustos- pero que se fijan previamente para cada rama de actividad, con el fin de asegurar el sostén económico-financiero del respectivo régimen estatutario. Esto depende de las características del colectivo asegurado, el ingreso, la renta nacional, el factor demográfico y la expectativa de vida, pero importa destacar que el trabajador activo lo conoce de antemano y puede tomar sus propias previsiones.

De todo lo anterior se concluye que no hay jubilados ricos o pobres y mucho menos “privilegiados” –en realidad son viejos o enfermos- y que su “capacidad contributiva” al erario público no debe medirse por el ingreso que el mismo Estado les garantizó con la Constitución, quedando fuera de toda discusión que la prestación de pasividad una, una vez otorgada con arreglo a derecho, ya no puede ser revocada ni disminuida, directa ni indirectamente. Héctor-Hugo Barbagelata sostiene esta misma conclusión apoyándose no solamente en la Constitución Nacional, sino también en los compromisos asumidos por el Estado en numerosos tratados internacionales y convenios de O.I.T. aprobados por nuestro país.¹⁶

()

En el comienzo de este trabajo vimos como Jiménez de Aréchaga enseñaba gráficamente que en el “deber-ser” de toda Constitución siempre hay algo de “fotografía” pero mucho más de “programa”, que mueve “la voluntad popular –decía- y “ayuda a superar la realidad del día a día en que se vive.”

¹⁶ Op. Cit. p.780 Menciona a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; Carta Internacional Americana de Garantías Sociales; Preámbulo de la Constitución de O.I.T. y Declaración de Filadelfia de 1944; Carta de la O.E.A.; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la O.N.U. de 1966; Pacto de San José de Costa Rica de 1969 y Protocolo de San Salvador de 1988; Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, de 1998

Y fue precisamente el “día a día” que se empezó a vivir en nuestro país aceleradamente a partir de la segunda mitad del siglo XX, el que le quitó efectividad a la garantía establecida a favor de las pasividades por el artículo 67 de la Constitución, cuando se desencadenó una inflación galopante, que le quitó de hecho a las pasividades la adecuación de las prestaciones que aquella norma quiso asegurarle a los trabajadores en retiro. Por más que las normas de revaluación automática de las pasividades (“escala móvil”) quisieron evitarlo, aunque su importe nominal se mantuviera, la depreciación del signo monetario y otros factores macroeconómicos, hacían que el poder adquisitivo de las pasividades disminuyera día a día, desconociéndose de hecho la protección de las prestaciones consagrada en la Constitución.

El empobrecimiento de los pasivos fue generalizado y conmovió a la ciudadanía. Fue entonces que la “voluntad popular” –al decir de Jiménez de Aréchaga- consustanciada con el espíritu humanista y justiciero que la había inspirado en un largo proceso histórico-jurídico, promovió -a partir de un movimiento surgido espontáneamente entre los propios pasivos- una reforma del artículo 67 de la Constitución que -después de recogerse las firmas necesarias- fue plebiscitada en el Acto Electoral de 1989 y obtuvo el apoyo del 80% de la masa ciudadana. Después de esta reafirmación de propósitos por la soberanía popular, ya no puede dudarse del verdadero espíritu del artículo reformado. Más aún si se agrega que en 1994 otra reforma constitucional, impulsada nuevamente por la ciudadanía que respaldó a los pasivos, consagró un agregado a las disposiciones especiales y transitorias que imposibilitó que por la vía de normas presupuestales, se modificaran las disposiciones de la Seguridad Social, habilitando que la Suprema Corte de Justicia sumariamente pudiera declarar la inconstitucionalidad.

Con la reforma de 1989, a la garantía genérica ya consagrada por el artículo 67 en su redacción anterior, se vino a sumar un mecanismo especial de incremento obligatorio de las pasividades, en oportunidad del ajuste de las remuneraciones del sector público, que debe ser igual, como mínimo, a la variación operada en el índice medio de salarios.

Se ratificó así en la Constitución el principio de que las pasividades no pueden ser menoscabadas ni disminuidas por vías indirectas, garantizándose una vez más el valor de las prestaciones en relación al trabajo. Esto refuerza la interpretación que hemos venido sosteniendo en cuanto a la relación sinalagmática entre la obligación social de trabajo y el derecho a la pasividad, como piedra angular del sistema de seguridad social de la Constitución, pues se podía haber tomado cualquier otro índice de actualización, pero se tomó precisamente el índice medio de salarios.

Pero también se agregaron en la reforma constitucional de 1989 otros incisos al artículo 67. Se dispuso:

“Las prestaciones previstas en el inciso anterior se financiarán sobre la base de:

- A) Contribuciones obreras y patronales y demás tributos establecidos por ley. Dichos recursos no podrán ser afectados a fines ajenos a los precedentemente mencionados, y
- B) La asistencia financiera que deberá proporcionar el Estado, si fuera necesario.”

Las “contribuciones obreras y patronales” son los aportes que se vierten por trabajadores y patronos en un régimen contributivo de seguridad social y lógicamente sólo se refieren a las relaciones activas de trabajo; no a los pasivos. Los “demás tributos” que se mencionan en el texto, consecuentemente con el propósito de la reforma, tampoco deben gravar las propias prestaciones que reciben los pasivos, pues se estaría en contradicción con la propia reforma ya que, simplemente, operarían como rebajas de la pasividad que es lo que no se quiso que ocurriera. Pero esto resulta aún más claro si se analiza el inciso B) que le agregó la garantía financiera del Estado al servicio de las pasividades. Es claro que el Estado no puede obtener recursos de las prestaciones cuya satisfacción está obligado a financiar en caso de ser necesario.

No era necesario que se dijera que las jubilaciones no podían ser rebajadas. Eso ya surgía del artículo 67 antes de la modificación. Lo que se agregó fue que no se podían rebajar por la vía del impuesto inflacionario – que no otra cosa era la quita que se les hacía- y se sentó de ese modo un principio de interpretación general. Este principio no puede ser soslayado a la hora de tener que resolver si es constitucional la quita que se hace por otro impuesto, trátase del I.R.P.F. o del I.A.S.S. que lo sustituyó. Independientemente de lo anterior, uno y otro también son inconstitucionales, por discriminatorios y hasta confiscatorios en algunos casos, por las escalas acumulativas que se establecen, que en forma progresivamente discriminatoria se introducen entre trabajadores jubilados, bajo el pretexto de que unos ganan más y otros menos. En realidad, lo que el Estado les garantizó a unos y a otros fue un retiro adecuado en forma proporcional al trabajo prestado y a los aportes vertidos por cada uno, mientras estuvieron en actividad, de forma de mantener la situación que tenían al jubilarse.

En la reforma constitucional de 1989 se agregó además un último párrafo respecto de la financiación de las prestaciones que viene a corroborar la garantía consagrada en el texto original. En el inciso A) se dispuso que los recursos propios no podrán ser afectados a fines ajenos al sistema y al establecerse en el B) la asistencia financiera del Estado en caso necesario, eso significa que **el Estado no puede pretender obtener recursos detrayéndolos de las propias prestaciones cuya satisfacción está**

obligado a financiar en caso necesario, porque sería una contradicción.

No puede obtener de allí recursos para destinarlos a Rentas Generales, como lo hacía el I.R.P.F. o al B.P.S., como se dispuso por el I.A.S.S., con el agregado de que también lo pagan quienes ni siquiera perciben sus pasividades de éste. Tampoco parece jurídicamente viable -a pretexto de que “los que ganan más paguen más”- financiar por esa vía la desprotección de quienes ganan menos, porque eso es de responsabilidad del propio Estado y no de los jubilados que tienen un ingreso mayor porque se lo ganaron trabajando y aportando. La capacidad contributiva de cada jubilado, en un régimen de retiros que tiene precisamente ese carácter, ya fue considerada cuando ese trabajador estaba en actividad y aportaba según su nivel de ingresos.

En definitiva pues, con la reforma constitucional de 1989, a la garantía específica que ya existía en el texto original del artículo 67, se ha agregado la garantía financiera del Estado y se reafirmó el principio de la preservación del poder adquisitivo de las pasividades otorgadas.

_____()

En el fundamento de voto que decidió el fallo que declaró la constitucionalidad de I.R.P.F a las pasividades, se dice que “toda ley goza de la presunción de constitucionalidad mientras no se pruebe lo contrario.” Esto, que también se sostuvo en algunos fallos anteriores¹⁷ es a nuestro juicio un error jurídico. El error radica en que lo que tiene la ley es una presunción de legitimidad –que es cosa muy diferente a su constitucionalidad- cuando se ha cumplido formalmente las etapas necesarias para su aprobación. En realidad todos los órganos del Estado tienen el deber jurídico de ajustar sus resoluciones al principio de legalidad, que, entre otros, subordina la ley formal a lo que manda la Constitución. Cuando alguien, en ejercicio del derecho que le compete acciona o se excepciona pidiendo su inconstitucionalidad, las partes –como en todo litigio- quedan en pie de igualdad. No es el accionante el que tiene que “probar” propiamente la inconstitucionalidad como se ha dicho, ni obra en su contra ninguna presunción. Más bien son los emplazados, los otros Poderes del Estado, los que tienen que demostrar ante el máximo órgano del Poder Judicial, que la ley impugnada no viola la Constitución y que no son válidos los argumentos en contrario. En todo caso, si algún principio de interpretación hubiera que aplicar sería el “principio protector” del Derecho Laboral (“in dubio pro operario”) que trasladado a la Seguridad Social se vuelve “en la duda a favor del afiliado” -como lo afirmara Videla Morón

¹⁷ Cfr. Enrique Véscovi: “El proceso de inconstitucionalidad de las leyes.”Facultad de Derecho y Ciencias Sociales –Cuadernos. No. 18

lo que también comparte Plá Rodríguez.¹⁸ También debería reconocerse la aplicación del principio de “conservación de la condición más beneficiosa”, que fundamenta la protección de los derechos de retiro, adquiridos o en curso de adquisición, consagrada en el Convenio No.128 de O.I.T. ratificado por nuestro país.

Dijo también el juzgador que “es desacertado formular observaciones sobre la conveniencia, justicia u oportunidad del sistema tributario que impulsaran otros poderes del Estado”. No olvidemos que estamos en el terreno de los derechos fundamentales. Ya hemos visto que Jiménez de Aréchaga, comentando las facultades de la Suprema Corte sostenía precisamente lo contrario cuando afirmaba que “puede revisar esos juicios de conveniencia o de oportunidad que están en la base de las leyes dictadas por el Parlamento con el fin de garantizar el orden público o de asegurar el interés general”, siendo precisamente esto último lo que se invoca en el fallo para sostener como válida la limitación del derecho reconocido en el artículo 67 de la Constitución.¹⁹ Y es lógico que se reconozcan esas facultades, porque de lo contrario la competencia de la Suprema Corte de Justicia se reduciría a la de una especie de órgano convalidador de la simple validez formal de las decisiones de los Poderes colegisladores, lo cual contradice los fundamentos extensamente expuestos por los propios constituyentes –como lo destacara Jiménez de Aréchaga- respecto de la aptitud de obrar del máximo órgano del Poder Judicial, en cuanto a los derechos fundamentales garantizados en la Sección II de la Carta Magna.

Se dice también en el fallo que el artículo 67 debe armonizarse “con el numeral 4º del artículo 85 – o sea la competencia de la Asamblea General para establecer las contribuciones necesarias para cubrir los presupuestos- con lo que se estaría reconociendo que la mentada reforma tributaria es una norma presupuestal, lo que violaría la prohibición -también prevista en la Constitución en las disposiciones especiales y transitorias (letra V)- de que por esa vía se pueda legislar en materia de seguridad social.²⁰

Por último, en cuanto a la violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 8º -que fuera ampliamente analizado en el anterior pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia, se dice en el fallo que el I.R.P.F. “no establece un tratamiento desigual entre todos los que se encuentren en las mismas condiciones.” Pero si se analiza el texto de la ley esto no era así. Por su condición de pasivos, jubilados y pensionistas, todos estarían en la misma situación, pero la ley impugnada introduce una escala de tramos de renta gravable y alícuotas correspondientes que aplicada a las pasividades viola el principio de

¹⁸ “La Seguridad Social en el Uruguay” F.C.U. -1991- p- 30

¹⁹ Op. Cit. p. 18

²⁰ Las citas del fallo comentado de la Suprema Corte de Justicia se tomaron de la publicación de “Búsqueda”, de 8.5.08

igualdad. Todos los pasivos son iguales ante la ley, cada uno recibe lo que de acuerdo a la ley tiene derecho a percibir y el Estado debe garantizarle, lo que marca las diferencias que pueden atribuirse a sus talentos y virtudes, según lo dice expresamente el artículo 8° de la Constitución. Y si bien un principio de equidad puede hacer admisible que se establezca para los de menores ingresos un mínimo exento, en el extremo opuesto es inadmisibles que la escala llegue hasta un 25% de carga tributaria lo que podría llegar a considerarse confiscatorio. No sería pues de recibo la afirmación del fallo que se comenta en el sentido de que la ley respeta “los principios tributarios constitucionalmente consagrados de legalidad, especialidad, capacidad económica y no confiscatoriedad...” Aunque se entendiera que las pasividades pueden ser gravadas, de todos modos los porcentajes progresivos y discriminatorios que utiliza la ley -al punto de que se puede llegar a la cuarta parte de su importe- fundándose aparentemente en la capacidad contributiva del jubilado, con exclusión de toda otra consideración, es excesiva. No debe olvidarse que los jubilados no pueden trabajar, pese a lo cual se les asimiló nada menos que a la escala del lucro empresarial, mientras se gravaba en mucho menor medida las rentas de capital (12%).

En un país donde el empleo múltiple es una realidad desde hace mucho tiempo, si una persona percibe dos o más pasividades, normalmente por haber trabajado y aportado a diferentes Cajas por el tiempo necesario, como es el caso frecuente de los profesionales universitarios o de otros trabajadores con horario reducido, si supera un mínimo, en aplicación del I.A.S.S. debe sumar sus importes y después de presentar una declaración jurada, pagar por una escala progresiva las diferencias que se produzcan por la reliquidación, generalmente gravosa e imprevisible, lo cual se suma a los descuentos que se le hicieron mensualmente sobre las pasividades separadas. .

Esto no es acorde con el principio de igualdad y tampoco respeta el principio de que las pasividades sean adecuadas al trabajo realizado y al aporte efectuado a la sociedad por el trabajador retirado. Tampoco es compatible con la Constitución que quiere preservar el poder adquisitivo de las pasividades y garantizar su percepción íntegra.

Aunque se trata de un argumento político y por lo tanto ajeno a este trabajo, se ha dicho también que el ochenta y cinco por ciento de los pasivos no sufren descuento pero -aún siendo cierto esto- cabe preguntarse: ¿no es acaso violatorio del principio de igualdad y de la garantía del artículo 67 de la Constitución que se castigue en forma tan gravosa al otro quince por ciento? Es el Estado con sus propios recursos el obligado a financiar las pasividades que garantiza, como lo establece el propio texto reformado.

Dentro del régimen del I.A.S.S. destinado a financiar al B.P.S., tampoco se encuentra razón jurídica valedera para que los jubilados de las cajas paraestatales, Bancaria, Notarial y de Profesionales que son autónomas, deban financiar con una detracción sobre sus pasividades esas otras prestaciones. Esta carga es más injusta aún en el caso de los jubilados de la Caja Bancaria, que también pasa por una situación crítica. Sus pasivos están gravados por otro impuesto (Ley 17.841) que promedia un trece por ciento –doble tributación inconstitucional- que tampoco pueden deducir de lo que pagan por I.A.S.S., pues este no admite deducciones de ninguna clase.

La conclusión que se extrae es a nuestro juicio muy clara: la aplicación del impuesto a la renta a las pasividades era inconstitucional y también lo es el llamado impuesto de asistencia a la seguridad social, (I.A.S.S-) que se estableció con iguales características en sustitución del anterior. Esa inconstitucionalidad alcanza no sólo al gravamen por sí mismo, sino también a la forma discriminatoria que, en violación al principio de igualdad, resulta de la instrumentación legal, tanto del I.R.P.F. como del I.A.S.S.

_____()_____

En 1934, cuando la expresión “seguridad social” no era ni siquiera de manejo corriente, se consideraba que el “derecho jubilatorio” –expresión heredada de la antigua legislación española que le atribuía un fundamento caritativo o piadoso- formaba parte del Derecho Administrativo, donde la presencia del Estado era casi omnímoda. Desde ese punto de vista bajo el gobierno de facto del Dr. Gabriel Terra (Decreto-ley de 11.1.1934) se rebajaron las jubilaciones y pensiones, arguyendo razones de interés general, al igual que en la actualidad, aunque tal vez con mayor fundamento pues se vivía bajo los efectos de la terrible crisis económica de 1929.

Como en la propia Constitución en la que se introdujo el texto del artículo 67 que protegía las pasividades, también se consagraba la acción de inconstitucionalidad de las leyes, un grupo de pasivos perjudicados entabló una acción de inconstitucionalidad. La defensa del Estado fue confiada al Dr. Aparicio Méndez, quien en sus “Estudios de Derecho Administrativo”²¹ (denominación que ya muestra la particularidad de su

²¹ Ed. Claudio García. Mdeo.- 1944-- ps. 10 y ss. Se inclinaba ese modo más hacia la carga que el sujeto significaba para la sociedad, que hacia el derecho que, por el aporte de su trabajo productivo, podía reclamar frente a ella y bajo esa suposición rechazaba todo fundamento individualista a la protección de

enfoque) atribuía el fundamento del derecho jubilatorio a la “improductividad social del sujeto”. Y concluía: “la Constitución no tutela ningún derecho concedido “ad perpetuam”, no permite sostener la tesis de que una ley no puede derogar situaciones creadas por otra ley y, finalmente, que los derechos individuales en sus múltiples manifestaciones pueden ser no sólo desenvueltos por la actividad legislativa sino limitados y afectados por una razón de interés general”²² La Suprema Corte de Justicia no hizo lugar a la acción de inconstitucionalidad.

En una época en que el Derecho de la Seguridad Social ni siquiera era reconocido como tal, por lo que no existía un soporte doctrinario sólido para fundamentar un derecho que la Constitución acababa de reconocer, es posible que los argumentos esgrimidos por los accionantes ante la Suprema Corte- fundados sólo en la propiedad adquirida- tropezaran con el escollo del “interés general” para justificar el cercenamiento de un derecho fundamental. En todas las épocas este concepto, mal aplicado, ha funcionado como una especie de reserva subsidiaria de legitimidad, para tratar de justificar los excesos de poder del Estado.

Actualmente los tiempos han cambiado y más que nunca ha quedado expresada como auténtica, la voluntad popular que dio forma a los nuevos textos constitucionales, para que resulten más claros y puedan asegurar eficazmente la protección constitucional de las pasividades, frente a la prepotencia del interés fiscal. Para eso está el Derecho de la Seguridad Social.

Como ya tempranamente lo enseñara otro de nuestros grandes juristas, Francisco De Ferrari, ésta “es el conjunto de todos los mecanismos privados, públicos, estatales o paraestatales, que cumplen en la sociedad actual una tarea encaminada a reparar las consecuencias de los riesgos o a alejarlos, afirmando de esa manera de un modo positivo, el derecho a un mínimo de vida feliz y decorosa, reconocido por nuestro siglo a todo hombre que cumple sus deberes sociales.”²³

las pasividades –que atribuía a una “cultura” fundada en la doctrina liberal producto de la Revolución Francesa que consideraba superada- y admitía la constitucionalidad de la rebaja de las pasividades.

²² Op. Cit. p. 34

²³ “Los Principios de la Seguridad Social” –Ed. Facultad de Derecho- 1955 p. 109

