

Seguridad social ~ Generalidades

Autor: Piaggio, Lucas A.

Título: Ley 27.181 de Protección de las Acciones en Poder de la ANSeS: una autolimitación sin eficacia constitucional

Publicado: RDLSS 2016-5-517

(*)

I. Introducción

El 23/9/2015, el Congreso nacional sancionó la ley 27181 de "Protección de las participaciones sociales del Estado nacional", que declara de "interés público" la protección de tales participaciones que integran la cartera del Fondo de Garantía de Sustentabilidad (FGS) del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), administrado por la Administración Nacional de la Seguridad Social (Anses), y las demás participaciones accionarias o de capital de las empresas donde el Estado nacional sea socio minoritario (art. 1). Ello así, y en lo que respecta al FGS, con la finalidad de "garantizar y preservar la sustentabilidad" de aquél, y a fin de que el interés societario se lleve a cabo resguardando el interés público comprometido en dichas participaciones societarias (art. 2).

Como consecuencia de aquella declaración, se prohíbe todo tipo de enajenación de tales participaciones societarias, salvo previa autorización expresa del Congreso (art. 1, in fine), que requerirá el voto de las 2/3 partes de los miembros de ambas cámaras (art. 20). Además, la ley crea la Agencia Nacional de Participaciones Estatales en Empresas (ANPEE), como organismo descentralizado en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional, que tendrá a su cargo el ejercicio de los derechos societarios (incluyendo los derechos políticos) de las participaciones societarias en cuestión, emitiendo las instrucciones respectivas a los representantes del FGS, que continuará ejerciendo los derechos económicos derivados de tales acciones (arts. 3 y 4).

Vale decir que, a partir de la reciente entrada en vigencia de la ley, la eventual venta de las acciones que detenta el FGS en diversas empresas cuyo capital cotiza en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, entre otros mercados de valores, ya no podrá ser decidida, como lo era hasta ahora, por las autoridades de la Anses encargadas de la administración del FGS (1), o como en su momento lo habían hecho los ejecutivos de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP), del derogado Sistema de Capitalización Individual de la ley 24241. Tal decisión de inversión (o, antes bien, de desinversión) pasa a ser competencia del Congreso de la Nación, órgano que, sin embargo, "autolimitó" su competencia en esta materia al exigir una mayoría parlamentaria calificada para la adopción de una medida de esa naturaleza.

En el presente trabajo haremos foco, desde el punto de vista constitucional, precisamente en esa autolimitación legislativa, para determinar su valor y eficacia no solamente a la luz del texto de la Carta Magna, sino también de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Para ello, examinaremos, en primer lugar, la calificación de "interés público" contenida en el art. 1 de la ley sub examine, para luego analizar la asunción de competencia legislativa y posterior autorrestricción parlamentaria decidida en la flamante normativa en lo que

respecta a las decisiones de venta de las acciones del FGS.

II. El interés público involucrado en la protección de las acciones del FGS

Llama la atención, en primer lugar, la calificación de "interés público" asignada a la protección de las acciones que integran la cartera del FGS, que se encuentra contenida en el art. 1 de la ley. No tanto porque en tales participaciones accionarias no esté involucrado en algún modo el interés público (2), sino porque esta categoría jurídica ha sido tradicionalmente reservada por el legislador para ciertas actividades económicas privadas, que revisten —no obstante ello— una gran importancia para la comunidad, lo cual justifica la fijación de límites normativos fundados en el poder de policía estatal (3).

Vale decir que la caracterización de una actividad como de "interés público" presupone el reconocimiento en ese ámbito económico del principio de la libertad contractual y comercial, por un lado, y, por otra parte, la aceptación de que tales actividades sean prestadas con base en un régimen predominante de derecho privado, por más que los sujetos que las desarrollan estén intensamente reglamentados (4), fiscalizados y eventualmente sujetos a autorizaciones administrativas. Pero nada de ello presupone la titularidad estatal (5), esto es, su "publicación", ni importa conceptualizarlas como servicios públicos.

Pues bien, advertimos que en la ley 27181 no se califica de interés público estrictamente a una "actividad", sino a la "protección" de ciertos activos del FGS. Asumimos que, en rigor, lo que se ha pretendido caracterizar de "interés público" es la enajenación de las acciones del FGS, habida cuenta del primordial destino que tienen los activos de ese fondo cuyo objeto no es otro que financiar las prestaciones previsionales de los jubilados y pensionados del SIPA. Ahora bien, aun en esta hipótesis, no se alcanzan a comprender varias cosas.

En primer lugar, no se entiende por qué la calificación sub examine se limitó a la "enajenación" de las acciones del FGS y no a la "adquisición" de tales activos, siendo que el supuesto interés público involucrado en la materia debería atender no solamente a lo que se detrae de ese fondo, sino también, y —podría decirse— fundamentalmente, a lo que previa y diariamente ingresa a él. Obsérvese que será casi imposible vender las acciones de una determinada empresa que integran el FGS (p. ej. Grupo Clarín), dado que para ello se necesitará la aprobación de las 2/3 de los miembros del Congreso. Pero diariamente podrán ingresar a dicho fondo acciones de esa o de cualquier otra empresa, por depender ello de una simple decisión administrativa de las autoridades del FGS.

En segundo término, no se comprende la limitación de la calificación de interés público a las "acciones" que integran el FGS, siendo que tales participaciones societarias representan una mínima porción del fondo. La mayor parte del FGS está integrado por títulos públicos nacionales, que diariamente son comprados y vendidos por las autoridades del FGS, muchas veces con finalidades no estrictamente previsionales sino más bien orientadas a objetivos cambiarios (fijación o "administración" del valor del "dólar MEP" o "contado con liquidación") (6). ¿Es que acaso no hace a "garantizar y preservar la sustentabilidad" del FGS la adecuada administración inversora de esos activos, o de los demás instrumentos (p. ej. plazos fijos bancarios) que integran ese fondo?

Pero por sobre todas las cosas resulta inexplicable que se califique como de interés público a una operatoria que ya había dejado de ser una actividad privada sujeta a estrictas reglamentaciones y limitaciones fundadas en el poder de policía (como acaso lo era en la época de las AFJP). A partir de la ley 26425, que creó el SIPA, las decisiones

de inversión relativas a los activos del FGS pasaron a estar a cargo de un comité especializado dependiente de la Anses, esto es, de un órgano administrativo; y luego de la entrada en vigencia de la flamante ley 27181, directamente la venta de tales acciones pasó a la órbita del Congreso, consolidándose directamente la "publicación" de este tipo de operaciones.

Con esto se está queriendo significar que, en términos estrictamente jurídicos, no es éste el ámbito propicio donde encuadre la calificación de "interés público" para la operatoria en cuestión. Más aún, podría decirse que esta caracterización legal es contraproducente en relación con los objetivos seguramente perseguidos por el legislador (reforzar la protección de estos activos del FGS), dado que, como hemos visto, supondría "privatizar" una actividad (aunque sea de interés público), que en rigor ya se encontraba "publicada", como hemos visto.

III. La asunción de competencia por parte del Congreso. La autolimitación legislativa

Como adelantamos en el primer capítulo, al sancionar la ley 27181 el Congreso decidió reasumir parte de la competencia asignada oportunamente por la ley 26425 (y sus normas reglamentarias) a las autoridades de la Anses (y, en su momento, a las AFJP), en materia de inversiones de los activos del FGS; en este caso, en lo que respecta específicamente a la enajenación de las acciones que integran ese fondo.

En primer lugar, hay que reconocer que es irreprochable, desde la óptica estrictamente constitucional, que el Congreso asuma un cometido público de este tipo, que en definitiva hace al otorgamiento de beneficios de la Seguridad Social del que habla el art. 14 bis de la Carta Magna como función estatal básica, siendo el Congreso el órgano al cual se le encomendó legislar en esa materia, a tenor del art. 75, inc. 12, Ley Fundamental.

Sin embargo, en términos prácticos se presenta a priori como inconveniente la decisión de sustraer de la esfera de la Anses la atribución para tomar decisiones de inversión de este tipo. Se supone que las autoridades de ese organismo que se encuentran a cargo de la administración del FGS poseen un conocimiento técnico, capacitación económico-financiera e idoneidad específica para poder tomar diariamente medidas de este tenor a fin de resguardar de la mejor manera posible los intereses de los futuros jubilados y beneficiarios, ante la volatilidad siempre presente en los mercados financieros. Si se tiene en cuenta que, ante crisis financieras locales o globales, como las vividas en el año 2008 con el derrumbe de los mercados de valores internacionales, las acciones que cotizan en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires llegaron a perder en pocos días prácticamente la mitad de su valor, es evidente que los tiempos de los mercados no se ajustan a los tiempos parlamentarios, menos aún con la mayoría calificada que exige la ley 27181. ¿Cómo hará frente el Congreso a una situación de este tipo? ¿Es imaginable un serio debate parlamentario sobre la conveniencia de vender acciones de tal o cual empresa, en un contexto? ¿A qué precio vender cuando los precios y las condiciones del mercado pueden variar sustancialmente desde la sanción de la ley o resolución del Congreso, hasta su promulgación y/o publicación en el Boletín Oficial? ¿Se terminará recurriendo a decretos de necesidad y urgencia, violándose flagrantemente el espíritu de la ley?

Por lo demás, cabe analizar el valor constitucional y la eficacia concreta de la restricción impuesta en la ley 27181 para la toma de decisiones de enajenación de acciones que integran el FGS. Ocurre que la exigencia de una mayoría extraordinariamente agravada importa, en términos constitucionales, una limitación "autoimpuesta" por el Congreso nacional para el ejercicio de una atribución que la Constitución le confiere y que ha decidido reasumir al sancionar la ley 27181, como hemos visto antes. Ello es así, porque es el propio órgano legislativo el que, pudiendo legislar en esta materia de manera ordinaria (léase, mediante la sanción de leyes con las mayorías absolutas que se exigen para la creación de normas legales), proclama que solamente podrá adoptar decisiones de

desinversión de acciones del FGS mediando una mayoría agravada, comparable, por ejemplo, con la fijada por la Carta Magna para la sanción de una ley que establezca nada menos que la necesidad de una reforma constitucional.

Por lo demás, debe decirse que la ley 27181 no es el primer ejemplo de autolimitación legislativa que existe en nuestro ordenamiento jurídico. Tenemos el antecedente del art. 20, ley 24156 (de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional), que prevé que las leyes de presupuesto "no podrán contener disposición de carácter permanente, no podrán reformar o derogar leyes vigentes, ni crear, modificar o suprimir tributos u otros ingresos". Y, ¿qué ha ocurrido a partir de la sanción de esa autolimitación? Numerosas leyes presupuestarias posteriores infringieron esa restricción, por cuanto incluyeron en su texto normas de carácter permanente y modificatorias del ordenamiento jurídico (7).

¿Qué ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto, mediante planteos de inconstitucionalidad contra esas leyes presupuestarias? Sin dejar de criticar la medida desde el punto de vista de la técnica legislativa, la ha convalidado constitucionalmente en varios precedentes ("Partido Comunista"(8), "Zofracor"(9), etc.) (10), sobre la base de entender que una ley posterior puede derogar una anterior, y que las leyes especiales priman sobre las leyes generales (11). Es que, según el Máximo Tribunal, "(l)as autolimitaciones que el Congreso ha emitido pueden ser modificadas o dejadas sin efecto, incluso en forma implícita", siendo que, además, "...la voluntad del Poder Legislativo no está limitada por actos preexistentes de igual jerarquía normativa"(12).

Trasladando este criterio al caso de la ley 27181, debemos concluir que es harto dudosa la real eficacia de la traba creada en sus arts. 1 y 20. Sucede que si los legisladores, en el futuro, pretendiesen resolver la venta de acciones en poder del FGS, y el partido político que promoviese una decisión como esa careciera de la calificada mayoría exigida en la ley 27181, simplemente deberá recurrirse al expediente de la sanción de otra ley, con la mayoría absoluta sobre los miembros presentes, que se exige para la emanación de cualquier norma legal, derogando expresa o tácitamente aquella restricción; esto es, dejando formalmente sin efecto aquella autolimitación (establecida, en definitiva, a través de una ley ordinaria del Congreso), o bien disponiendo directamente la enajenación de las acciones en cuestión. Sucede que la ley que, con mayoría ordinaria, disponga la venta de tales acciones, tendrá la misma jerarquía normativa y será, a fin de cuentas, una ley especial y posterior a la autolimitación establecida, con carácter general, en la ley 27181.

IV. Conclusión

La ley 27181 simplemente tiene una consecuencia real: haber quitado de la esfera de la Administración Pública (en este caso, del Comité Ejecutivo del FGS) la competencia para decidir la venta de las acciones que integran ese fondo, para trasladarla al seno del Congreso. Será el órgano legislativo el que deberá autorizar la enajenación de tales activos.

Se trata de una medida que, si fuese verdaderamente necesaria y conveniente para garantizar y preservar la sustentabilidad del FGS (tal es la finalidad declarada de la flamante ley), es cuanto menos incompleta. Esto es así porque sólo alcanza a las operaciones de enajenación de acciones, y no, por ejemplo, su previa adquisición, decisión inversora que es tanto o más relevante que la venta de activos, por cuanto implica su incorporación a este patrimonio previsional. Y además porque no comprende a los demás instrumentos que integran el FGS, que han venido siendo transados —v.gr. los títulos públicos— por el Comité Ejecutivo del FGS de manera cuestionable desde la óptica de la conveniencia para los futuros jubilados y pensionados, y con finalidades ajenas a los

objetivos previsionales. De todos modos, y aun con estos riesgos, parece más sensato dejar estas decisiones de inversión en un órgano administrativo supuestamente especializado e idóneo en la materia, y no llevarlas al terreno de los trámites parlamentarios, con tiempos absolutamente distintos de los de los mercados.

Ahora bien, lo más relevante es que, desde el punto de vista constitucional, la restricción autoimpuesta por el Congreso carece de toda eficacia concreta, porque, en definitiva, tal limitación podrá ser dejada sin efecto expresa o tácitamente, como hemos visto, mediante la sanción de cualquier otra ley ordinaria del Congreso, con mayoría absoluta sobre los miembros presentes, que derogue esa traba, o bien disponga directamente la venta de acciones del FGS.

(*) Profesor de la Universidad Católica Argentina. El autor agradece la colaboración de la Dra. María Mercedes Mahomed

(1) Cfr. art. 7, dec. 897/2007, modificado por el dec. 2103/2008.

(2) Según Agustín Gordillo, el interés público "no es el interés de un conjunto de habitantes tomados como masa; no es un bienestar general, omnipresente, una felicidad indefinible e imprecisable; es sólo la suma de una mayoría de concretos intereses individuales coincidentes —actuales y/o futuros— (...) Por supuesto, hablamos de una mayoría de individuos, no de la totalidad de los miembros de la sociedad; debe tratarse de intereses coincidentes lato sensu, esto es, homogéneos, actuales y futuros: nuestros descendientes también deben ser computados, por supuesto. Sólo hay interés público cuando en una mayoría de individuos, cada uno puede encontrar su interés individual..." ("Tratado de derecho administrativo", t. 2, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006, VI 35). Por su parte, para Héctor J. Escola el interés "pasa a ser público cuando no es exclusivo o propio de una o pocas personas, sino cuando participan o coinciden en el mismo un número tal de personas, componentes de una comunidad determinada, que puede llegar a identificárselo como de todo el grupo, inclusive respecto de aquellos que, individualmente, puedan o no compartirlo" ("El interés público como fundamento del derecho administrativo", Ed. Depalma, Buenos Aires, 2006, p. 238).

(3) El poder de policía ha sido concebido como "la potestad reguladora del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes" (Marienhoff, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", t. IV, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, 530).

(4) Cuanto más fuerte sea el interés público ínsito en la actividad —aunque no de tal manera que justifique trasladarla a la esfera de competencia estatal, como servicio público—, mayor será el grado de regulación que se le imponga, mas sin someterla a un régimen de derecho público (cfr. Mertehikian, Eduardo, "La regulación de los servicios públicos privatizados", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, nro. 197, p. 8). Como dice Fernando Garrido Falla, "...la potestad reglamentaria del Estado sobre las actividades privadas se justifica por la simple conexión que éstas tengan con el interés público, sin necesidad de que sean elevadas a la categoría técnica de servicios públicos" ("Tratado de derecho administrativo", vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, 360).

(5) Se admite en este ámbito la libre concurrencia entre la actividad estatal y la de los particulares (v.gr. salud, educación, etc.) en un plano de igualdad en cuanto a la "titularidad de competencia" (Cfr. Barra, Rodolfo C., "Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público", LL 1982 B, p. 375).

(6) De esta operatoria desarrollada con fondos del FGS, puede verse, entre otros artículos periodísticos, el de Javier Blanco, "Con un dólar duro de domar, el BCRA dice que evitará corridas", La Nación, 30/7/2015, obtenido de www.lanacion.com.ar/1814628-con-un-dolar-duro-de-domar-el-bcra-dice-que-evitara-corridas (última consulta 9/11/2015).

(7) Entre otros ejemplos, pueden citarse las leyes 24447 y 24624.

(8) Fallos 318:567.

(9) Fallos 325:2394.

(10) Cabe destacar, sin embargo, que existen algunos precedentes de tribunales inferiores en sentido contrario. Es interesante, en ese sentido, un recordado precedente de la sala 1ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (fallo "Osses, Miguel Á. y otros v. Estado Nacional — Ministerio de Defensa s/personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg.", 11/10/1996, LL, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo del 31/7/1997, ps. 3 y ss.), que consideró que la técnica legislativa asume en este marco un rol que supera el meramente instrumental, dado que constituye el medio insoslayable para permitir que el ordenamiento legal ostente unidad, jerarquía y coherencia interna (consid. 8). En el mismo orden de ideas, y al anotar laudatoriamente el citado fallo, Eduardo Mertehikian ha sostenido que "en un verdadero Estado de derecho no es concebible que el creador de la norma pretenda desvincularse de sus consecuencias", de modo tal que no pueden mediar derogaciones singulares de las restricciones que el legislador se ha autoimpuesto con carácter general ("Las leyes de presupuesto del Estado y la modificación del orden jurídico en un auspicioso fallo", ps. 3 y ss., en especial, p. 9).

(11) En el mismo sentido se ha expedido la Procuración del Tesoro de la Nación (Dictámenes 91:185).

(12) Corte Sup., "Zofracor v. Estado Nacional s/Amparo", consid. 9.