

15/11/2008

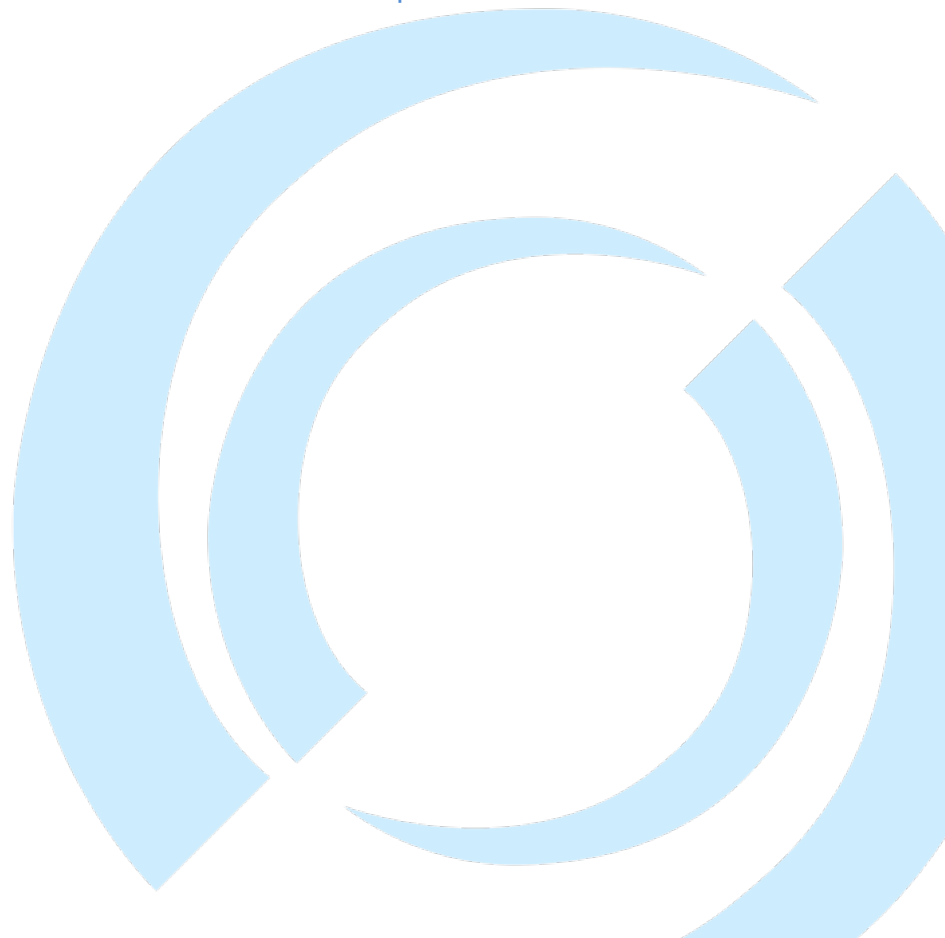


SOBRAL TROCCOLI
estudio jurídico

**Las Prestaciones en el Régimen de
Capitalización Individual.
Análisis de su naturaleza previsional. Cumplimiento
del principio de integralidad.
La problemática de la movilidad (*)**

Autores: Elsa Rodríguez Romero, Silvana Luty, Claudia Sorotzki,
Verónica Torgovnick y Adrián Tróccoli

Revista de Jubilaciones y Pensiones N° 645 TXVIII
Ciudad Autónoma de Buenos Aires • Año • 2008 | www.troccoli.com.ar





Sumario

A casi quince años de instrumentada una reforma sustancial en el sistema de seguridad social argentino, novedosa en cuanto a la creación de un doble mecanismo de financiamiento y otorgamiento de prestaciones previsionales, muchos son los aspectos que pueden analizarse respecto de la necesidad y utilidad de esta reforma.

Los aspectos referidos al funcionamiento del nuevo Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones pudieron observarse desde su comienzo mismo, pero los referidos a las prestaciones requirieron de un tiempo de desarrollo necesario para analizar y evaluar su resultado. En el presente trabajo nos centraremos exclusivamente en el análisis que, transcurridos estos casi quince años, puede hacerse respecto de las prestaciones que otorga el Régimen de Capitalización Individual.

Trataremos solo algunos aspectos, pero son los que consideramos más importantes: la naturaleza de estas prestaciones, definición central que permite fundar el desarrollo de los restantes análisis; y la relación entre el afiliado y su administradora, en lo que atañe a las prestaciones; entre otros. Finalmente, analizaremos algunas inequidades en diversos aspectos previsionales, entre aquellas otorgadas por el régimen de reparto y las otorgadas por el régimen de capitalización, en desmedro de estas últimas.

Es nuestra intención el señalar estas cuestiones alentando la esperanza que sean receptadas por quienes tengan el poder de resolverlas, descontando que ya cuentan con la voluntad de hacerlo.

En un país caracterizado por un altísimo grado de litigiosidad previsional resulta una obligación del gobernante el intentar que el Poder Judicial no sea el fin natural de todo trámite jubilatorio.

Seguramente podrán solucionarse estos y otros problemas, en tanto –recurriendo a los conceptos más simples y profundos– centremos todos nuestra atención sobre el aspecto nuclear de la Seguridad Social: la cobertura integral de las contingencias; expresión en la que el eje debe colocarse en el cumplimiento de ese principio, el primero que nos presenta nuestra Constitución Nacional, el de integralidad.



LA NATURALEZA PREVISIONAL DE LAS PRESTACIONES DEL RÉGIMEN DE CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL

Una primera cuestión que surge al pretender analizar las prestaciones del Régimen de Capitalización Individual es la de dejar previamente establecido que ellas tienen naturaleza “previsional”. Esta aseveración no es menor, ya que varias y variadas son las consecuencias que se derivan de ella; la principal: el gozar de las mismas garantías constitucionales que las del Régimen de Reparto.

La norma constitucional

Podemos decir, conforme lo describe Sagüés, que “La Constitución es en el plano normativo, estricto y formal, la ley fundamental que legisla sobre los asuntos esenciales relativos a la estructura, los fines y el comportamiento del aparato estatal”.

“La ley de leyes o super ley que representa la Constitución en un país determinado, fija o positiviza las normas que asumirá la organización del Estado y de sus poderes, y establece cuáles son los derechos reconocidos por el orden jurídico a los habitantes de la Nación y a veces, los modos de su ejercicio”¹.

La reforma constitucional de 1957 incorporó al nuevo texto el término de “seguridad social” en el artículo 14 bis², el cual absorbe el derecho a la previsión social, clásicamente estructurada en nuestro país sobre la base de las jubilaciones y pensiones.

Los derechos emergentes del art. 14 bis también se encuentran amparados por los Tratados Internacionales que gozan desde la Reforma Constitucional de 1994 de raigambre constitucional (art. 75 inc. 22)³.

Los derechos aquí resguardados hacen de eje a los fines de dictar la legislación de la seguridad social.

De aquí se desprende que el Estado debe cumplir una tarea preeminente e indelegable que es la de asegurar los “beneficios de la seguridad social”, constituyéndose en responsable de que estos beneficios –también por mandato constitucional– tengan el carácter de integrales, irrenunciables y móviles.

Cuando la norma constitucional prescribe que el carácter de las prestaciones debe ser integral, no sólo está indicando que éstas deben cubrir todas las contingencias y necesidades sociales, sino que esta cobertura debe comprender a la totalidad de la contingencia y no resultar parcial, o escasa, respecto de ella.

Por su parte, la irrenunciabilidad se relaciona no solo con el carácter obligatorio de la incorporación a los sistemas de seguridad social, sino con la inadmisibilidad del rechazo o cesión de prestaciones a que se tiene derecho.

A su vez, la movilidad del haber de las prestaciones refieren al mantenimiento en el tiempo de la ya comentada integralidad, lo que sólo se logra a través del mantenimiento del valor de la prestación.



La Ley 24.241

El principio de “indiferencia de régimen”

En este contexto puede afirmarse que el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones creado por la Ley 24.241 viene a constituir la reglamentación del artículo 14 bis de nuestra Carta Magna, haciendo operativas sus normas.

Así lo recepta su Artículo 1° al establecer que el Sistema que instituía “cubrirá las contingencias de vejez, invalidez y muerte”. Lo importante -en lo que nos atañe- es que en este mismo artículo se dice que el Sistema se conforma con dos regímenes: “... un régimen previsional público, fundamentado en el otorgamiento de prestaciones ... que se financiarán a través de un sistema de reparto ... y ... un régimen previsional basado en la capitalización individual”.

A partir de la lectura de este solo artículo ya puede afirmarse que la operatividad de la garantía constitucional del artículo 14 bis no debería distinguir entre jubilados de un régimen o de otro⁴.

La constitucionalidad del régimen de capitalización individual

En los comienzos del sistema se puso en duda la constitucionalidad del mismo, en tanto con la actuación de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones como entidades comerciales gestoras del régimen previsional basado en la capitalización individual (en las cuales el Estado delega el servicio público de la seguridad social) se incumpliría la cláusula constitucional según la cual “el estado otorgará los beneficios de la seguridad social”.

Respecto a esta observación, debe decirse que, tal como lo interpreta Bidart Campos, “otorgar” también significa “organizar el sistema mediante ley y controlarlo, dejando a cargo de entidades no estatales la concesión y el pago de los beneficios”⁵.

Relación jurídica existente entre las AFJP y los aportantes/administrados

En este sentido, resulta interesante analizar qué tipo de relación jurídica surge entre las AFJP y los administrados, teniendo en consideración el carácter “privado” de las primeras, en tanto se encuentra a su cargo la tutela de los fondos de parte de los aportantes activos al SIJP.

Tiene dicho la jurisprudencia que “la relación jurídica establecida entre los administrados y las AFJP nace de las prescripciones de la ley 24.241, por la que el Estado ha transferido a estas personas jurídicas el cometido estatal del otorgamiento de los beneficios de la seguridad social en determinadas circunstancias. Así, para regular la situación jurídica de los sujetos involucrados, no puede sino aplicarse el derecho administrativo, pues se trata del ejercicio de funciones netamente administrativas, creadoras de vínculos jurídicos de incuestionable naturaleza pública. No podría modificarse la naturaleza de esa relación cada vez que la transferencia del ejercicio de esa función se opere o extinga”⁶.



Vemos de esta manera que por la propia actividad delegada que llevan a cabo las AFJP se las pone en pie de igualdad con el Estado frente a eventuales reclamos que tengan que efectuar los administrados, sin perjuicio de entender que éste –en tanto poder delegante– se reserva el papel tutelar.

Como afirma la doctrina, “no cabe duda que el tercero administrado no puede estar sometido, en su relación con el delegado, a un régimen jurídico distinto del que mantendría con el delegante de no haberse operado la delegación”⁷, una vez que se ha establecido legislativamente que la ejecución de una actividad originariamente estatal se encomienda a una persona que no reviste ese carácter. “Sólo así se equilibrará la inferioridad fáctica en que se encuentran los administrados ante la inactividad formal de las entidades comerciales, con fines de lucro, en las que el Estado ha delegado (prohibiendo en forma absoluta la subdelegación) la atención de un servicio público de seguridad social, a cambio de la obtención de una utilidad”⁸.

Conclusión

Las prestaciones del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, cualquiera sea el régimen que las otorgue, gozan de los mismos derechos y garantías constitucionales y toda petición o reclamo respecto de ellas se encuentra regido por los principios y garantías del derecho administrativo.





INACEPTABLES DIFERENCIAS ENTRE LAS PRESTACIONES DEL REPARTO Y LAS DE LA CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL

A pesar de lo concluido en el punto anterior queremos señalar en este trabajo algunas diferencias que se producen en las prestaciones previsionales, según sea el régimen que las otorgó. Adelantamos que las calificamos de “inaceptables” en tanto a causa de ellas se debilita fuertemente el cumplimiento de los principios que deben regir a dichas prestaciones, sobre todo el de “integralidad”; debilitamiento que en algunos casos conducen a la descalificación como “previsional” de la prestación otorgada.

Haber Mínimo Garantizado

Ya desde regímenes previsionales anteriores al presente existía una garantía estatal de cobro de un monto mínimo de las prestaciones tanto de vejez, como de invalidez y fallecimientos⁹.

Sin embargo, desde la implementación del nuevo sistema, a pesar de encontrarse establecidos estos “montos mínimos”¹⁰, coexisten prestaciones menores a él que son suplementadas hasta alcanzar su cuantía y otras que no lo son. Como pauta general, solo gozan de esta garantía las prestaciones a cargo del Régimen de Reparto, ya sea en forma total o parcial¹¹.

En este sentido, respecto de las prestaciones que cubren la contingencia vejez, tienen garantizado monto mínimo aquellas en las que se percibe Prestación Básica Universal, esto es aquellas en las que se ha cumplido con los requisitos de edad y servicios necesarios para acceder a ella (en líneas generales: 60/65 años de edad y 30 años de servicios). Dicho de otro modo, los únicos acreedores a prestación por vejez que no gozan de la garantía de haber mínimo son aquellos que perciben Jubilación Ordinaria del Régimen de Capitalización, sin derecho –por carecer de requisitos– al cobro de PBU¹².

Siendo que en estos casos puede entenderse que por no llegar a un mínimo de servicios prestados no se encuentra configurada la contingencia, la situación de estos beneficiarios –de no tener asegurado un haber mínimo– resulta aceptable.

Distinto es el caso de las prestaciones por invalidez y fallecimiento. En estos supuestos gozan de la garantía de haber mínimo todas las prestaciones otorgadas por el Régimen de Reparto, pero de las otorgadas por el Régimen de Capitalización, sólo aquellas en las que existe el denominado “componente público”¹³. Muy en síntesis (porque no es motivo de este trabajo la crítica a las varias consecuencias de este exceso reglamentario) podemos decir que no tienen garantía de haber mínimo: 1) los retiros por invalidez otorgados a hombres nacidos después del año 1963 y mujeres nacidas después del año 1968; 2) las pensiones por fallecimiento del afiliado en actividad cuyos causantes hubieran nacido después de estas fechas; y 3) aquellos y aquellas que aún nacidos antes de estas fechas contarán con un capital acumulado en sus cuentas de capitalización que les permita financiar la prestación sin necesidad de integrar capital complementario¹⁴.

Esta desprotección resulta inaceptable, peor aún, inexplicable. Téngase en cuenta que se trata de la cobertura de las contingencias de invalidez y de fallecimiento y que por tanto deben cumplir con el principio de integralidad; la garantía de haber mínimo no es otra cosa más que el cumplimiento de este principio y de ella carecen estos afiliados.



Si como enunciamos, los beneficios del Régimen de Capitalización tienen naturaleza previsional y como tales están protegidos por el artículo 14 bis de la CN, podría entenderse que la elección del Régimen de Capitalización, al generar un umbral tuitivo inferior al de aquellos que optaron por el Régimen de Reparto, lleva implícita una “renuncia” a esta protección.

Ante esta desigualdad, planteos de reclamo de haber mínimo fueron llevados a la Justicia, resolviéndose que “ ... se deberá incluir al actor en la percepción del haber mínimo garantizado en igualdad de condiciones que los beneficiarios del régimen previsional público, haciéndose cargo la ANSES, como ente gestor de la seguridad social, de la diferencia entre lo que percibe y aquél que prevé la legislación vigente, esto es aquella prevista en el art.46 de la ley 26.198 y las eventuales modificaciones que sufra el mismo ... “15. Asimismo, se consideró que “ ... el fundamento del haber mínimo se encuentra en la aplicación de los principios de solidaridad y subsidiariedad”, declarándose la inconstitucionalidad del artículo 125 de la Ley 24.241 –introducido por Ley 26.222- en tanto vulnera los derechos a la seguridad social garantizados en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, atento que “se contraría el derecho a la igualdad, ya que pese a ser afiliado al sistema previsional se le niega aquello que se otorga a otros en iguales circunstancias ...”¹⁶.

Ingreso Base en Retiro por Invalidez y en Pensión Directa

En el cálculo del haber inicial del Retiro por Invalidez y de la Pensión Directa, liquidados a partir del año 2004, se produce una importante diferencia entre los afiliados a uno u otro régimen del SIJP, a causa de la incorporación, sólo en el caso de los afiliados del régimen de reparto, de los aumentos jubilatorios que se otorgaron desde el 2004 hasta el presente.

Estos aumentos aparecen en el haber inicial como un ítem independiente, denominado “suplemento por movilidad”, pero ésta no es más que una forma de expresión no ajustada a la realidad, ya que tratándose de un haber inicial ninguna movilidad conlleva. En rigor, ese módulo pretende disminuir la confiscatoriedad que se produce en ese haber inicial, a causa de la falta de actualización de las remuneraciones que intervinieron en su cálculo. Pero más allá de su denominación, e incluso más allá de si con dicho suplemento se corrige la brecha producida por la aludida falta de actualización de las remuneraciones –lo que no ocurre– lo que sí debe tenerse en cuenta es que los afiliados al régimen de capitalización no gozan de ese “plus” en su haber inicial. Con ello, se incrementa el porcentaje de confiscatoriedad que ese haber conlleva, porcentaje mayor que el que debe sufrir el afiliado al régimen de reparto.

No se trata aquí de una problemática de “movilidad”, ya que se está hablando de “haber inicial”; el problema se centra no sólo en la falta de “integralidad” del beneficio, sino –en lo que atañe al punto que estamos tratando (inaceptables diferencias)- a la incausada desigualdad entre afiliados de un régimen y de otro. No se está diciendo que los haberes iniciales de estas prestaciones sean “correctos” en el caso de los afiliados al reparto e incorrectos en el de los de la capitalización; en rigor, ambos son “incorrectos” por falta de adecuada actualización de las remuneraciones consideradas en el Ingreso Base; lo que ocurre es que –dentro de la incorrección– a iguales períodos y remuneraciones, en las prestaciones de retiro por invalidez y de pensión directa, los haberes iniciales de los afiliados a la capitalización son menores que los de los afiliados del reparto.



No es necesario reiterar aquí conceptos ya vertidos respecto de la menor e inaceptable protección que esta diferencia genera.

Monto de la JO vs. monto de la PAP

En el régimen de capitalización, el monto de la prestación mensual por vejez –Jubilación Ordinaria– surge de dividir el saldo acumulado en la cuenta de capitalización individual del afiliado por un valor actuarial que representa tanto su expectativa de vida y la de sus derechohabientes –conforme tablas aprobadas a ese fin– como la rentabilidad que se espera produzca dicho fondo durante el tiempo de percepción de la prestación, tanto la suya –Jubilación Ordinaria– como la pensión correspondiente luego de su fallecimiento.

Calculado ese monto inicial de JO, dada su naturaleza previsional, lo que suponemos no se discute, resulta útil analizar su tasa de sustitución, esto es, en qué porcentaje ese monto se relaciona con las remuneraciones percibidas, sobre las que aportó al sistema.

Sin entrar a analizar cuál debería ser la tasa de sustitución ideal, o incluso la posible, sólo nos limitaremos a comparar los resultados que obtiene un afiliado del régimen de reparto, frente a otro que –a iguales circunstancias– se encuentre en el régimen de capitalización.

Tomemos para ello el más frecuente de los casos: hombre de 65 años de edad, casado, cónyuge de 63 años de edad, sin hijos menores o incapacitados, con aportes ininterrumpidos desde agosto de 1994 a diciembre de 2007, efectuados ellos respecto de un salario que en todo momento resultó equivalente a la remuneración promedio del SIJP¹⁷; haber inicial: enero de 2008. El afiliado al reparto obtendría una Prestación Adicional por Permanencia (PAP) de \$ 375,9218, mientras que la Jubilación Ordinaria (JO) del afiliado a Capitalización –en la Administradora cuyas comisiones y rentabilidad se sitúan en el promedio del sistema– ascendería a \$ 244,0319. Siendo que la última remuneración percibida en diciembre de 2007, fue de \$ 2.494,94, la PAP representa un 15,07% de ese valor, mientras que la JO sólo representa un 9,78% de él.

Como vemos, a iguales circunstancias (edad, sexo, familia, remuneración y antigüedad), por los servicios prestados y las remuneraciones percibidas desde agosto de 1994 el afiliado a la capitalización recibe una prestación menor que la del afiliado al reparto.

Pero en este punto no podemos dejar de señalar un grave problema de diseño –¿o de naturaleza?– del régimen de capitalización: en el ejemplo que venimos de analizar, si el trabajador tuviera un hijo discapacitado (varón, 30 años de edad), en el régimen de reparto percibiría la misma PAP, pero en el de capitalización su haber mensual disminuiría a \$ 196,42 ya que con el mismo capital acumulado se debe hacer frente a mayor cantidad de mensualidades. Este perjuicio resulta absolutamente inaceptable. La circunstancia de que a mayores cargas de familia menor sea la prestación, atenta contra el derecho constitucional de igualdad ante la ley, más aún, esta consecuencia debe ser considerada como discriminatoria y sin duda contraria a la seguridad social.

Repetimos, nuevamente aquí, todo lo antes dicho respecto de la necesidad de reparación de esta injustificada inequidad, y no nos referimos sólo al perjuicio de los afiliados con cargas de familia, sino a la mera situación de la diferencia entre la cobertura del reparto y la de la capitalización²⁰.



Esta reparación debe ser a cargo del Estado, no sólo por la manda constitucional, sino porque el bajo valor de la prestación responde al diseño de la norma, a su implementación y a la intervención del propio Estado en las inversiones de las AFJP. Desarrollaremos muy sucintamente estos puntos:

Diseño de la norma: Resulta cuanto menos paradójal que habiendo las AFJP obtenido una rentabilidad bruta superior a la esperada al momento de la sanción de la Ley 24.241, el resultado final de la prestación -o sea su monto- resulte insuficiente, tal como antes vimos. ¿Puede suponerse algún error en los cálculos actuariales?, ¿se ha ponderado en forma insuficiente el costo del seguro de invalidez y fallecimiento?, ¿qué influencia tiene en este "bajo monto" el descuento por comisiones?

Implementación: Los problemas que ha generado la implementación de la Ley 24.241 han sido múltiples y variados, y sólo pondremos de manifiesto algunos de ellos; el principal sería la falta de previsión y estabilidad que demuestran las más de 700 normas modificatorias y reglamentarias que se han publicado en el Boletín Oficial.

Es menester destacar la inadecuada reglamentación de la situación de los trabajadores con servicios diferenciales que producen un deterioro prematuro en la salud y que, por dicha razón, acceden antes a las prestaciones de vejez. Por ello dividen el aporte acumulado por una expectativa de vida mayor. Asimismo muchos servicios diferenciales acceden a la jubilación con menor cantidad de aportes, lo cual agrava aún más la situación y acentúa la diferencia con las prestaciones otorgadas por el Régimen de Reparto.

Vale también resaltar la baja en el monto del aporte obligatorio estipulada por el art. 15 del Decreto 1387/2001 y mantenida hasta diciembre de 2007²¹. Evidentemente el mantenimiento de esta situación a lo largo del tiempo resulta insostenible.

Las tablas actuariales de fallecimiento, cuya aplicación la Superintendencia de Seguros de la Nación determinó conjuntamente con la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones para el cálculo de la Jubilación Ordinaria, se han demostrado incorrectas para determinar la expectativa de vida de los jubilados.

Muestra de esta situación es la nueva normativa emitida por la Superintendencia de Seguros de la Nación que prevé que el cambio futuro de estas tablas producirá la merma de los fondos de fluctuación de aquellos que contraten Rentas Vitalicias Previsionales a partir de diciembre de 2007²².

Intervención del Estado en las inversiones de los FJP: Corresponde resaltar la importancia de la situación de los bonos entregados en el canje de títulos públicos en default en forma exclusiva a las AFJP, los cuales han tenido una caída de alrededor del 20% en el último año; siendo que éstos representan aproximadamente el 27% de los fondos administrados, el Estado Nacional debió tomar recaudos con esos títulos que evitaran la baja en el monto de la prestación a cargo de las AFJP.

También es menester recordar la cláusula de inversiones mínimas en obras públicas de la Ley 26.222, que a la fecha no ha sido puesta en práctica ya que el Estado Nacional no ha presentado proyectos viables, pero esta obligación de invertir en proyectos de baja rentabilidad afecta negativamente el haber de los jubilados actuales y futuros del Régimen.



Finalmente, no puede dejar de señalarse que todos los estudios que se realizaron durante los años 1991 y 1992 para implementar nuestro sistema previsional a partir de un régimen de capitalización individual, concluyeron en el proyecto que el Poder Ejecutivo elevó al H. Congreso de la Nación el 4 de junio de 1992. Ese proyecto era el que –presumiblemente– había pasado las pruebas de aptitud necesarias. En ese proyecto, el régimen de capitalización individual era obligatorio, no optativo, pero sólo aplicable a la población que a ese momento –año 1992– contaba con menos de 45 años de edad. Para los mayores se modificaban las pautas de la legislación entonces vigente, sin incorporación alguna de componente de capitalización individual.

Esto significa que desde sus orígenes se proyectó, se supo, que sólo aportando durante un mínimo de 20 años (de los 45 a los 65 años de edad) podía pensarse en que la prestación fuera “viable” a los fines previsionales.

Si esto es así o no, podrá discutirse, pero lo que no admite discusión es que jubilaciones ordinarias obtenidas con la acumulación de un menor tiempo, como ha ocurrido desde 1994 y hasta el presente, arrojan valores inaceptables; y esto no sólo respecto de la sustitutividad que debe cumplir en tanto prestación previsional, sino –peor aún– en relación a la equivalente prestación del régimen de reparto, la que –aún no cumpliendo con la debida sustitutividad– es mayor que la del régimen de capitalización.

Movilidad

En los dos puntos anteriores nos referimos a inequidades entre el régimen de capitalización y el de reparto respecto del haber inicial de las prestaciones de Retiro por Invalidez, Pensión por fallecimiento del afiliado en actividad y Jubilación Ordinaria.

En éste, nos referiremos, más específicamente, al diferente tratamiento que la movilidad de ese haber inicial ha sufrido, según se trate de afiliados de uno u otro régimen.

Los diferentes textos con los que la Ley 24.241 primero y la Ley 24.463 después reglamentaron la movilidad de las prestaciones previsionales, hicieron siempre referencia a las prestaciones del régimen de reparto.

Si tomamos como premisa válida la naturaleza previsional de las prestaciones a cargo del régimen de capitalización individual, cualquiera sea la contingencia cubierta y la modalidad de pago seleccionada, es claro que éstas deben gozar también de la protección constitucional artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Cabe entonces preguntarse de qué modo fue reglamentada la garantía respecto de aquéllas.

La ausencia de una disposición expresa en la ley 24.241 que fije un mecanismo, pauta o sistema que asegure la movilidad de las prestaciones del régimen de capitalización individual, nos obliga a reflexionar en torno a, al menos, dos hipótesis que permitan explicar tal decisión por parte del legislador.

La primera hipótesis consiste en suponer la omisión; en este sentido, como enseña el maestro Bidart Campos²³, si la obligación de hacer que impone la Constitución –en el caso, legislar en cierta materia o contenido– está condicionada o se deja temporalmente librada a la oportunidad y discreción propias del criterio del órgano que tiene el deber, estaríamos hablando de inconstitucionalidad por omisión cuando no se hace lo que la constitución manda hacer. En el caso, reglamentar la garantía de movilidad respecto de las prestaciones



del régimen de capitalización individual, y en la medida concreta del menoscabo que sufran los haberes en los términos en que la referida garantía debe ser interpretada.

Tiene dicho el Alto Tribunal que “Aún cuando las leyes vigentes al tiempo de obtener el beneficio jubilatorio no contuvieran expresamente la referencia a la movilidad de los haberes, no puede desconocerse su procedencia, atento que ello importaría una desprotección para el agente pasivo y una violación al derecho de propiedad”²⁴

La segunda hipótesis es la de que el legislador de la Ley 24.241 puso en marcha un sistema novedoso que, por sus características, viabilizaría por sí el mantenimiento del poder adquisitivo de las prestaciones a su cargo, encontrándose en su propia naturaleza y estructura esta consecuencia.

En el mensaje de elevación se expresó: “Para asegurar su aceptable rentabilidad se pondrán en marcha los mecanismos de la competencia, pero con pautas de inversión estrictas que privilegien la seguridad de los fondos depositados.”

Puede afirmarse que la rentabilidad de los capitales acumulados –léase rendimiento de los aportes ingresados al sistema– constituyó un aspecto considerado y meritado por los arquitectos de la norma, lo que se tradujo en diversas disposiciones de la Ley 24.241 que la definen, regulan y garantizan (arts. 86, 114, 124, por citar algunos).

Cabe entonces preguntarse si la rentabilidad que en los hechos ofreció el sistema en general a sus afiliados en sus casi 15 años de vigencia hasta el presente, podría ser considerada el recurso de que dispone el esquema de la capitalización individual para proveer al mantenimiento del poder adquisitivo de los capitales actuales y de las prestaciones actuales y futuras, respetando de tal modo las garantías de integralidad y movilidad.

O dicho en otras palabras, en relación a la movilidad: ¿la rentabilidad que ha experimentado el sistema en general y que fue trasladada a cada prestación previsional otorgada por la capitalización en particular, satisface adecuadamente el mantenimiento de su poder adquisitivo?

Lo cierto es que, en los hechos, la prestación inicial –cualquiera sea la contingencia cubierta o la modalidad seleccionada para la percepción–, no siempre mantiene su poder adquisitivo en el tiempo. Es decir, si bien luce periódicos incrementos nominales, éstos suelen ser inferiores a los experimentados por los índices que reflejan las variaciones salariales, inflacionarias e incluso, los aumentos otorgados a las prestaciones que abona la Administración Nacional.

En los casos de retiros definitivos por invalidez y pensiones por fallecimiento del afiliado en actividad, en los que las prestaciones guardan una proporción con el promedio de las últimas sesenta remuneraciones²⁵, cuando la norma establece cómo se determinará el capital técnico necesario²⁶ para financiar la prestación, habla de “valor actual esperado de la prestación de referencia”. No desconocemos que éste es un término económico financiero que involucra la evaluación de riesgos, el establecimiento de hipótesis de máxima y de mínima y la estimación de la posibilidad de ocurrencia de cada una de dichas hipótesis, a efectos de que –en función de los resultados obtenidos– sean tomadas las decisiones que correspondan. Pero estamos convencidos que en el cálculo de ese capital técnico necesario, debe incluirse la noción de mantenimiento en el tiempo del valor de esa



prestación inicial. Ese sostenimiento de su poder adquisitivo debe estar asegurado. Solo así la prestación es previsional²⁷.

La movilidad de las prestaciones previsionales, de todas ellas, es necesaria para cumplir con la garantía constitucional de integralidad. El Estado debe asegurar que ello ocurra, tanto en el régimen que administra, como en el que regula y controla.

Conclusión

Recientemente, fue dado a conocer un importante fallo de la Corte Suprema²⁸ que incluye cuestiones conceptuales que bien vale reproducir y analizar ya que llevan ínsita la conceptualización de nuestro Supremo Tribunal respecto de la naturaleza previsional de los beneficios del Sistema de Capitalización.

El fallo hace a través de sus considerandos un exhaustivo análisis del alcance del derecho a la seguridad social involucrado, rescatando los principios fundamentales del derecho previsional: el carácter alimentario de los beneficios a los que da origen, el carácter sustitutivo de los haberes de pasividad con relación a los salarios de actividad percibidos y fundamentalmente la protección operativa receptada por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional sobre los derechos tutelados.

Muy importante es el grado de igualdad de los principios aplicables que se reconoce al régimen de capitalización y al régimen de reparto, privilegiando los derechos tutelados por sobre la forma en que éstos se instrumenten para el otorgamiento de las prestaciones. En efecto, el decisorio alude a que no puede ser ignorada la garantía de integralidad e irrenunciabilidad prevista en el artículo 14 bis, por ningún mecanismo autorizado por ley²⁹.

Puede concluirse entonces que el artículo 14 bis garantiza un piso de protección a partir del cual ambos regímenes deben responder frente a los administrados: " ... dado el carácter tuitivo del régimen previsional, es dable inferir que el objetivo del Estado, mediante la creación del sistema de capitalización, fue el de instaurar un régimen eficiente que permitiese cubrir -sin menoscabo de garantías constitucionales- los riesgos de subsistencia y ancianidad de la población ..."

Esta inferencia respecto del "objetivo del Estado" debe hacerse realidad: el régimen de capitalización individual solo podrá perdurar en la medida que se solucionen las inequidades que sufren sus afiliados, en comparación con la situación de los del reparto; máxime que tanto unos como otros se encuentran todavía lejos de estar debidamente cubiertos en sus contingencias de vejez, invalidez y muerte; dicho de otro modo, una gran cantidad de afiliados del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones no gozan de la garantía de integralidad que les ofrece la Constitución Nacional, pero de entre ellos, aquellos que han aportado al régimen de capitalización individual se encuentran aún más lejos de este objetivo.



Notas:

(*) Ponencia presentada en el Vº Congreso Argentino de Previsión Social, en la ciudad de Salta, los días 29, 30 y 31 de octubre de 2008.

1) Sagüés, Néstor Pedro, Teoría de la Constitución, Ed. Astrea 2004.

2) CN, artículo 14bis: " ... El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna."

3) El art. 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social. Similar deber de reconocer a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso también el seguro social, aparece en la Convención sobre Derechos del Niño. La convención sobre Discriminación Racial incorpora el derecho a la seguridad social cuando enumera los derechos económicos, sociales y culturales cuyo ejercicio debe garantizarse igualmente (art. 5,e,iv). La Convención sobre Discriminación de la Mujer explicita el "derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar" cuando enumera derechos para cuyo ejercicio ha de eliminarse la desigualdad con el varón (art. 11.1,e).

4) El propio Mensaje del Poder Ejecutivo, de elevación del proyecto de ley que luego sería la N° 24.241, decía que "el modelo que se propone adoptar no implica la renuncia del Estado a resguardar los beneficios de la Seguridad Social, conforme consagra la Constitución Nacional en el art 14 bis..."

5) Bidart Campos Germán , "Manual de la Constitución Reformada" Ed. Ediar Tomo II, pág. 121.

6) "Baudino, Cándido Francisco c/ Máxima AFJP SA s/ amparo por mora de la Administración", Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala II, sentencia del 23/9/02.

7) Barra, Rodolfo C., "Principios de derecho administrativo". Ed. Abaco, B.A.1980, p.249.

8) Raúl Jaime y José Brito Peret, en su "Régimen Previsional", Ed. Astrea, B.A, 1999, 2a edic., p. 385.

9) " ... el haber mínimo ... tiene como antecedente y finalidad el otorgar a todo tipo de beneficiario de la previsión social una prestación cuyo importe le permita atender a su subsistencia -y de su familia en su caso- aunque sólo sea en forma totalmente básica y alimentaria. Se parte de la idea de que la comunidad social debe atender con cobertura mínima a cualquier miembro de ella, y aun sin que exista una necesaria correlación entre el monto de esa prestación mínima y los aportes que el beneficiario haya realmente ingresado al sistema. ... ". Fernando H. Payá (h) y Ma. Teresa Martín Yáñez, Régimen de Jubilaciones y Pensiones, Lexis Nexis, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.



10) De \$ 150 al comienzo del sistema y de \$ 690 a la fecha de elaboración de este trabajo (setiembre de 2008).

11) Artículo 125 de la Ley 24.241, conforme texto de la Ley 26.222.

12) Debe tenerse en cuenta que conforme lo establece el artículo 47 de la Ley 24.241 el único requisito para la obtención de la Jubilación Ordinaria del Régimen de Capitalización es el de edad (60/65 años), no existiendo requisito de una determinada cantidad de años de servicios con aportes. En el Régimen de Reparto no existe la posibilidad de obtener una prestación por vejez sin el cumplimiento total del requisito de servicios con aportes.

13) Decreto 728/00 y antes Decreto 55/94.

14) El capital complementario es la diferencia entre el capital técnico necesario para financiar la prestación de retiro definitivo por invalidez o la de pensión por fallecimiento del afiliado en actividad, y el capital acumulado en la cuenta de capitalización individual (artículo 92 de la Ley 24.241).

15) Fragueiro, Juan Manuel c/ANSES - Binaria Seguros de Ret. S.A. -Arauca Bit AFJP S.A. s/Amparos y sumarísimos". Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala I, 27/8/07.

16) Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social n° 1, 9/4/08, "Kevorkian, Eduardo Manuel c/ ANSES s/ amparos y sumarísimos" RJyP, TXVIII, 148 "Es inconstitucional el art. 125 de la ley 24.241 incorporado por la ley 26.222 por lo que corresponde ordenar a la ANSES la integración de las diferencias entre el haber que paga la AFJP y el haber mínimo vigente desde la fecha inicial de pago del beneficio".

17) <http://www.mecon.gor.ar/peconomica/basehome/infoeco.html> y allí "Puestos y Salarios Declarados".

18) Promedio de los últimos 120 meses, sin actualizar: \$ 1.241,97 (1,5% de 1241,97 x 13), más aumentos del 10%, 11%, 13%, 12,5%, tal como ANSES liquida las prestaciones del reparto a enero de 2008.

19) Capital Acumulado \$ 40.513,95 (Aportes Bruto: \$ 19.003,53; Aportes Neto de Comisión: \$ 13.219,85); VANU 166,022143.

20) Aclaremos que la cobertura en el régimen de reparto (referida a la tasa de sustitución del haber) es ciertamente cuestionable, pero ese problema no es materia de este trabajo.

21) Por esa situación entre 11/2001 y 02/2003 el aporte bruto realizado fue del 5% del salario. Entre 3/2003 y 12/2007 el aporte fue del 7%, sin embargo en este período el aporte neto de comisiones fue menor, ya que se había terminado el efecto de modificar el pago de primas de seguro en función de la fecha de siniestro para pasar a una base de exigibilidad sin previsión alguna. Entonces el aporte neto resultaba no del 8% como en el diseño original sino sólo del 4,5% del salario.

22) Resolución Conjunta SSN N°32.275-SAFJP N° 008/2007.

23) Op. Cit.



24) CSJN, Abril 4 1989, Echagüe Cullen, M, DT- 1989- B- 1665.

25) La problemática de la falta de debida actualización de estas remuneraciones ya fue considerada al tratar el cálculo del haber inicial de estas prestaciones.

26) Artículo 93, Ley 24.241.

27) Debe señalarse aquí la grave situación de “agotamiento” de los retiros fraccionarios y de los retiros programados, así como la eventual falta de actualización de los haberes de la renta vitalicia previsional.

28) “Benedetti, Estela c/PEN”, 16/09/08 CSJN. Trata sobre la pesificación de las rentas vitalicias contratadas originariamente en dólares estadounidenses, fallando en contra de la pesificación de estos contratos.

29) En referencia a la ley 25.561 de Emergencia Pública.