



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

El control Estatal sobre las Cajas de Previsión para Profesionales

Steiner Ezequiel Leandro Gonzalo

DNI 23.550.929

Abogacía

2019

DEDICATORIA

A mis Padres, por la guía recibida a lo largo del camino para ser un hombre de bien, el sostén brindado en los momentos difíciles de la vida y de la carrera misma con sus idas y vueltas, por estar siempre a mi lado, mi madre en el día a día, y mi padre, desde su partida, en el corazón.

A mi Familia, por el apoyo y aliento constante para no bajar los brazos, darme espacio cuando lo necesite, y estar siempre presentes cada uno a su manera.

A mis amigos, compañeros de trabajo y de estudio, que son parte de este logro al compartir día a día las vivencias, el trabajo, el estudio, la vida misma.

A la Universidad Siglo 21, sus Tutores, Profesores y Personal del Cau Paraná por estar siempre disponibles para evacuar inquietudes y de esa forma colaborar en cumplir mi sueño académico.

Al Universo, o la fe que cada uno profese, el cual hace que siempre las cosas sucedan en el momento que tienen que suceder, y por ello hoy he llegado hasta aquí.

Ezequiel L. G. Steiner.

RESUMEN

La reforma Constitucional de 1957 incorporó el Art. 14 bis el cual amplió la cobertura de derechos, determinó el rol tutelar del Estado en materia de seguridad social y los sujetos facultados para la administración.

El carácter de Derecho Humano de la Seguridad Social exige analizar si el Estado queda obligado a controlar a las Cajas de Previsión para Profesionales en quienes ha delegado su ejercicio. Ello plantea el interrogante: ¿La falta de participación y control estatal en las Cajas de Previsión Social para Profesionales, contraviene lo dispuesto en el tercer párrafo del Art. 14 bis de la Constitución Nacional?

El estudio desarrollado con la mirada puesta en el ordenamiento jurídico interno, el derecho comparado, y desde allí considerar las obligaciones del estado, las facultades no delegadas por las Provincias, la delegación estatal en entes públicos no estatales, funciones de las Cajas y la actualidad en la materia que permitieron dar respuesta a nuestro planteo, de suma importancia por lo trascendental del derecho que trata.

Palabras Clave: Art. 14 bis Constitución Nacional, Seguridad Social, Entes Públicos no Estatales, Facultades Delegadas, Derecho Humano.

ABSTRACT

The Constitutional reform of 1957 incorporated into the Art. 14 bis, which expanded the coverage of rights, determined the tutelary role of the State in terms of social security and the subjects who are empowered for the administration.

The Human Rights nature of Social Security requires an analysis of whether the State is obliged to control the Pension Schemes to whom its exercise has been delegated. This raises the question: Does the lack of participation and state control in the Social Security Pension Schemes for Professionals contravene the provisions of the third paragraph of Art. 14 bis of the National Constitution?

The study is developed with an eye on the internal legal system, the comparative law, and from this perspective the State obligations, the non- delegated power conferred to the Provinces, the state delegation in non-state public bodies, the functions of the Pension Schemes are considered and the current topics on this matter which allowed us to give answer to our proposal, a crucial element due to the transcendental right we are dealing with..

Keywords: Art. 14 bis National Constitution, Social Security, Non-State Public Bodies, Delegated Powers, Human Rights.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
CAPITULO 1 La Seguridad Social	8
1.1 - Introducción	9
1.2 - Historia de la Seguridad Social	9
1.3 - Fuentes y Principios de la Seguridad Social	11
1.4 - Importancia de la Seguridad Social en la estructura social	12
1.5 - Historia del Sistema Previsional	13
1.6 – Conclusiones parciales del Capítulo 1	15
CAPITULO 2 La Seguridad Social en el Ordenamiento Jurídico	16
2.1 – Introducción	17
2.2 - La Seguridad Social en nuestra Constitución Nacional	17
2.2.1 - Análisis del artículo 14 bis	18
2.2.2 - Análisis del artículo 125	23
2.3 - Constituciones Provinciales	24
2.4 - Leyes Nacionales y Provinciales de la Seguridad Social	26
2.5 - Antecedentes jurisprudenciales	28
2.6 - Derecho Comparado	31
2.7 – Conclusiones parciales del Capítulo 2	33
CAPITULO 3 Cajas de Previsión para Profesionales	35
3.1 – Introducción	36
3.2 - Entes públicos no estatales	36
3.3 - Cajas de Previsión de Profesionales	38
3.4 – Conclusiones parciales del Capítulo 3	41
CAPITULO 4 El Estado - Obligaciones y Responsabilidades	43
4.1 – Introducción	44
4.2 - Poder de policía del Estado en la materia	44
4.3 - Control Estatal sobre Cajas de Previsión para Profesionales	46
4.4 - Análisis de la actualidad en la materia	48
4.5 – Conclusiones parciales del Capítulo 4	50
CONCLUSIÓN	51
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	54

INTRODUCCIÓN

El derecho a la Seguridad Social, amparado constitucionalmente por el Art. 14 bis de la Constitución Nacional, en ocasiones es delegado en otros entes para su control y otorgamiento. Esta delegación se realiza en las denominadas Cajas de Previsión para Profesionales las cuales poseen el carácter, derechos y obligaciones de las personas jurídicas de derecho público no estatal, otorgan beneficios previsionales, y son titulares de potestades administrativas

La importancia del citado derecho se debe a su función de proteger a los miembros de la sociedad mediante una serie de medidas públicas contra las privaciones económicas y sociales que pudieran generárseles sea por una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad u otras contingencias cubiertas por el mismo.

Los Entes Públicos no Estatales, en este caso particular las Cajas de Previsión para Profesionales, cumplen una función delgada por el Estado la que requiere el pertinente control. Por tal motivo abordamos el presente estudio a partir de analizar qué sucedería a la hora de resolver una hipotética imposibilidad de hacer frente a los beneficios jubilatorios por parte de estos entes, que son quienes poseen la responsabilidad primaria ante sus aportantes.

Ante la jerarquía constitucional del derecho que nos ocupa, debemos dilucidar si el Estado – Nacional o Provincial según el caso - está obligado a participar en la gestión y/o control de las Cajas de Previsión. Esto lleva a preguntarnos: ¿La falta de participación y control estatal en las Cajas de Previsión Social para Profesionales, contraviene lo dispuesto en el tercer párrafo del Art. 14 bis de la Constitución Nacional?

Con la finalidad de dar respuesta a nuestra pregunta de investigación hemos planteado un objetivo general y varios particulares que servirán de guía al presente estudio.

El objetivo general es demostrar si el Estado – Nacional o Provincial según el caso - está obligado a participar en la gestión y/o control de las Cajas de Previsión en quienes delega la facultad de administración y control de los beneficios de la seguridad social para profesionales. Para llegar al mismo se debe previamente alcanzar los objetivos particulares que servirán de base de fundamentación a nuestro objetivo general.

Entrando en detalle de los objetivos particulares, los mismos son: examinar lo establecido en el Art. 125 de la Constitución Nacional respecto de la reserva realizada por las Provincias; reconocer la potestad del estado para delegar las obligaciones de la seguridad social; explorar el alcance de la delegación realizada en los entes públicos no estatales dentro del sistema previsional; conocer los límites del poder de policía del estado en la materia; indagar lo dispuesto en el derecho comparado respecto del control y delegación del derecho de

la Seguridad Social; identificar si hay control estatal sobre las cajas de profesionales: y por último reconocer las responsabilidades del Estado y del ente en quien se delega en caso de darse la situación planteada.

La falta de participación y control estatal en las Caja de Previsión Social para Profesionales sí contraviene lo dispuesto en el tercer párrafo del Art. 14 bis de la Constitución Nacional. La reforma constitucional del año 1994 coloca al derecho de la seguridad social, y otros derechos humanos, en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico al haberle otorgado jerarquía constitucional a través de lo establecido en el Art. 75 inc. 22., lo cual determina que las disposiciones inferiores deben estar acorde a lo por ellas dispuesto. Asimismo, y a efectos de controlar se satisfagan, es que toma relevancia la disposición del Art. 14 bis tercer párrafo.

Como estrategia metodológica adoptamos la *cualitativa*, visto que la misma permite desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de los datos.

A efectos de desarrollar la problemática jurídica planteada se utilizan los tipos *Exploratorio, Descriptivo y Explicativo* dentro de la investigación ante la necesidad de examinar un tema que tiene la particularidad de poseer escasos antecedentes, poder especificar las propiedades más importantes del fenómeno que sometemos a análisis y explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se da éste, o más bien que posibles consecuencias y responsabilidades se den caso de producirse el planteado en el presente trabajo.

Con el fin de respaldar la investigación, y lograr los objetivos planteados, se recurre a distintas fuentes que permitirán respaldar nuestra conclusión

Fuentes Primarias: Constitución Nacional, Constituciones Provinciales, Leyes Nacionales y Provinciales, Leyes y Decretos Ley de creación de entes previsionales, Derecho Comparado, fallos de la Corte Suprema de Justicia y tribunales inferiores.

Fuentes Secundarias: textos especializados, comentarios a fallos, revistas especializadas que permiten identificar posiciones doctrinarias, o posibles posiciones, visto lo hipotético del caso.

Fuentes Terciarias: libros y manuales.

Se ha dispuesto el trabajo en cuatro capítulos, con sus respectivas conclusiones, para arribar por último a la conclusión final en respuesta a la pregunta de investigación planteada con la argumentación jurídica de nuestra posición. El *Capítulo 1* refiere a la Seguridad Social, su importancia dentro de la sociedad, los beneficios que brinda, y hace hincapié en el sistema previsional que es la especie que da base al trabajo.

El *Capítulo 2* se destina a ubicar el derecho de la Seguridad Social dentro del ordenamiento jurídico, el lugar que ocupa en nuestra Constitución Nacional, el reconocimiento en las Constituciones Provinciales, Leyes Nacionales, Provinciales y las propias de la Seguridad Social y Cajas de Previsión de Profesionales.

Ya dentro del *Capítulo 3* se analiza en particular los entes públicos no estatales, que son, su naturaleza jurídica, derechos y obligaciones, y en particular se aboca a las Caja de Previsión para Profesionales, reconocimiento constitucional, leyes que la rigen, finalidad, autoridades, control interno y externo.

Por último, y previo a las conclusiones finales, dentro del *Capítulo 4* se examina el rol del Estado cuanto a sus facultades de delegar el otorgamiento de los beneficios de la seguridad social, el poder de policía que pudiera ostentar en la materia y la responsabilidad del mismo en caso de omisión de control de los poderes delegados a los que pudiera estar obligado.

Todo ello nos permite orientar el estudio del fenómeno hipotético planteado y los sujetos intervinientes, llegando por último a obtener una comprensión más acertada del fenómeno (hipotético), posibles causas y consecuencias, para determinar la necesidad de control y si el mismo se cumple en la práctica.

CAPITULO 1
La Seguridad Social

1.1 – Introducción

Con la finalidad de comprender la importancia de la problemática planteada se hace necesario interiorizarse de manera breve y concisa, pues no es la finalidad del trabajo su desarrollo pormenorizado, en que es la Seguridad Social y la importancia que la misma posee en cualquier sociedad atento las necesidades básicas y contingencias que esta cubre.

Analizaremos la importancia de este derecho en la sociedad y los beneficios que la misma brinda para hacer frente a las distintas fatalidades que se presentan en la vida actual.

Esto nos lleva a recorrer el camino que la misma ha tenido desde la Revolución Industrial pasando por los diferentes cambios en pos de brindar mejores beneficios, hasta llegar a la situación actual haciendo hincapié en la parte previsional, tema que nos ocupa.

1.2 – Historia de la Seguridad Social.

La formación de la seguridad social es el resultado de un prolongado proceso que se extiende desde los inicios del siglo pasado hasta la época presente. Hace su aparición desde el momento en que reducidos grupos de trabajadores de algunas actividades económicas se unen con fines de protección mutua, hasta llegar paulatinamente a la protección de todos los trabajadores contra los riesgos y contingencias, como la enfermedad, el accidente, la maternidad, la vejez y la muerte.

Las primeras medidas de este tipo datan del Siglo VIII cuando Carlomagno dictó que cada parroquia debía sostener a sus pobres, para ello se estableció un impuesto nacional que cubriría esta clase de asistencia. Esta medida luego sería imitada por países como Dinamarca y Suecia.

A fines del Siglo XIX, con la crisis de la Revolución Industrial, en los países industrializados de Europa Central (Inglaterra, Francia, España, Checoslovaquia y Alemania) aparece la necesidad de protección frente a los problemas que trae el industrialismo. El Estado asume esa responsabilidad no a título gracioso o de caridad, sino como una obligación con los carentes de medios económicos, como integrantes de la colectividad.

Es en Alemania, por los años 1880, donde se crea lo que podría denominarse el primer sistema de seguridad social a partir de las Leyes de Bismarck 1883 y 1889¹. La famosa reforma de Bismarck, un sistema casi tan completo como en la actualidad, se presentó oportunamente al Parlamento como un proyecto de seguro obligatorio contra accidentes y enfermedades, alcanzando consagración legislativa el 15 de julio de 1883 con el fin de proteger

¹ Denominadas así en reconocimiento a su creador Otto Von Bismarck (01/04/1815 – 30/07/1898 Político, diplomático, jurista y estadista)

a los trabajadores de la industria en forma obligatoria contra el riesgo de enfermedad y la contingencia de la maternidad.

En 1911 este mismo país sanciona un código de seguro social que engloba todos los sistemas, y constituyeron la fuente inspiradora de los seguros sociales que se implantarían a fines del siglo XIX y principios del XX, hasta la aparición de la seguridad social.

La expresión “seguridad social”, concebida como “parte de la ciencia política que, mediante adecuadas instituciones técnicas de ayuda, previsión y asistencia, tiene por fin defender o propulsar la paz y la prosperidad general de la sociedad a través del bienestar individual”, según definición razonada de Pérez Leñero (Pérez Leñero, José – 1956 – p.35), apareció en el mundo occidental a partir de la Social Security Act de 14 de agosto de 1935², promulgada por el presidente Franklin D. Roosevelt, con la finalidad de hacer frente a la crisis económica que asolaba el país, erradicar la miseria y evitar las convulsiones sociales que podrían producirse.

El alcance mundial de la seguridad social se da a través de la Carta del Atlántico de 14 de agosto de 1941 y en la Declaración de Washington de 1942, en las cuales se proclamaba que “Todas las naciones tienen el deber de colaborar en el campo económico social, a fin de garantizar a sus ciudadanos las mejores condiciones de trabajo, de progreso económico y de seguridad social”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 establece en su Resolución 217 A (III) un ideal común para todos los pueblos y naciones. En su Art. 22 dispone respecto de la seguridad social que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

Los mismos objetivos aparecerían posteriormente en la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas de 16 de noviembre de 1966; en la Convención Americana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969 y en las Declaraciones Iberoamericanas de Seguridad Social (Buenos Aires, 1972 y Panamá, 1976), en virtud de las cuales quedó nítidamente establecido que el hombre, por el solo hecho de su condición, tiene derecho a la seguridad

² La Ley de Seguridad Social (en inglés, Social Security Act) es una ley federal de los Estados Unidos.

social, si por tal entendemos la cobertura integral de los riesgos y contingencias y la garantía de los medios para el desarrollo pleno de su personalidad.

En el ámbito constitucional, México tuvo el privilegio de promulgar en 1917 la primera Constitución social con lo plasmado en su artículo 123, cuyo origen fue la revolución agrarista de 1910. Con ello se anticipó a las posteriores Constituciones que siguieron esta línea como la alemana de Weimar de 1919, y a la de España de 1931. Actualmente algunas Constituciones europeas y todas las americanas han seguido el ejemplo y contienen normas expresas sobre seguridad social

Los objetivos de la constitucionalización son numerosos y variados. Entre ellos destacan los siguientes: a) agregar una dimensión social a los derechos ya reconocidos y garantizados en las Constituciones, principalmente de carácter político-civil; b) complementar los derechos reconocidos y garantizados al trabajador en cuanto ciudadano, con los deberes, derechos y garantías que corresponden a su calidad de trabajador, conferir mayor seguridad y protección a los derechos sociales, dándoles igual rango y jerarquía que los reconocidos a los de carácter político y civil, y c) promover el cambio, al incorporar al texto constitucional normas que también expresan los grandes propósitos de la política social y que forman parte del proyecto político que se pretende realizar (Morgado Valenzuela, Emilio, 1993 – p.97).

En nuestro país el derecho de la Seguridad Social tiene raigambre constitucional, el art. 14 bis garantiza a los trabajadores los siguientes beneficios inherentes a la seguridad social: el seguro social obligatorio, las jubilaciones y pensiones móviles y la protección integral a la familia.

1.3 – Fuentes y Principios de la Seguridad Social.

Las principales fuentes de este derecho son la Constitución Nacional, específicamente su Art. 14 bis donde manifiesta expresamente que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social; la ley, que difiere para cada subsistema que abarca la seguridad social como son el de jubilaciones y pensiones, el de asignaciones familiares, el sistema de salud y el del fondo de desempleo; los decretos, que han tenido importancia en diferentes oportunidades pues a través del dictado de los mismos en algunos casos se han dado inicio a subsistemas; los convenios de Seguridad Social entre Nación, Provincia y Municipios para hacer uso de la reciprocidad jubilatoria y convenios de corresponsabilidad, habitualmente unidos a los convenios de reciprocidad, se efectúan entre asociaciones sindicales y empresarios a efectos de regular derechos y obligaciones de las partes en cuanto a aportes y contribuciones.

Como vimos, la seguridad social no se funda en un origen contractual sino en el esfuerzo de la comunidad de alcanzar un estado de justicia social, y por ello sus principios

tienen características sociales propias que lo diferencian de otros derechos. Estos principios son el de solidaridad, entendida como una obligación de toda la sociedad respecto de las contingencias que puedan sucederle a alguno de los componentes de la misma; el de subsidiariedad, hace referencia a la obligación indelegable que tiene el Estado de cubrir las contingencias que pudiera tener algún miembro de la sociedad que lo compone, y esto lo logra mediante el subsidio de la contingencia que tenga mayor necesidad y genera un desequilibrio; de universalidad, porque se extiende a todo el grupo de individuos que compone la sociedad sin excepción alguna; de integralidad, con el fin de poner fin a los efectos nocivos producidos por las contingencias se busca ampliar la cobertura de estas; el de igualdad, en igualdad de circunstancias todo individuo debe ser cubierto por la seguridad social y el de inmediación, el beneficio debe otorgarse apenas existe la necesidad, puesto que el objeto es proteger al hombre contra el desamparo.

1.4 - Importancia de la Seguridad Social en la estructura social.

La relevancia de este derecho en la estructura social se pone de manifiesto en la actualidad al existir un consenso internacional de considerar a la seguridad social como un “derecho humano inalienable”. Para ello es fundamental reconocer el trabajo mancomunado de organizaciones internacionales, como la Organización Nacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como asimismo instituciones supranacionales como la Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS), la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social (OISS) y la Conferencia Interamericana de la Seguridad Social (CISS).

Como se mencionara, la Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su Artículo 22 el derecho de todo miembro de la sociedad a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Ello pone de manifiesto que este derecho se funda en la necesidad de la comunidad de alcanzar un pleno estado de justicia social, sin tener un origen contractual para alcanzarlo.

En la Argentina el sistema cubre contingencias y necesidades como por ejemplo: a) Asignaciones Familiares, cuyo objeto es dar contención económica a los hogares, en función del desarrollo y características de la familia; b) Seguro de Desempleo, cubre a quienes hayan sido despedidos de un empleo en relación de dependencia y se encuentren involuntariamente desempleados; c) Cobertura de Riesgos del Trabajo: busca reparar los daños derivados de

accidentes de trabajo y enfermedades laborales; d) Cobertura de Salud; e) Cobertura Previsional de jubilaciones y pensiones.

Hasta aquí se considera que la Seguridad Social comprende una amplia variedad de contingencias dentro de las cuales se encuentran las de jubilación y pensión, y poseen un carácter de derecho humano inalienable que obliga al Estado a prestarlas. Esta característica especial determina que dichos derechos son fundamentales, que no pueden ser legítimamente negados a una persona pues son parte de su esencia, y ésta no puede renunciar a ellos. En suma, el Estado no puede negarlos justamente por la característica especial que posee el derecho en tratamiento, y es por lo tanto obligación del mismo en organizarse estructural y económicamente para brindarlos, independientemente si lo hace directamente o de manera delegada.

1.5 – Historia del Sistema Previsional Argentino.

Este apartado brinda una breve descripción de las distintas leyes y/o decretos que han dado origen dentro de nuestro ordenamiento jurídico al derecho de la Seguridad Social, el cual hoy se conoce como Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA).

El antecedente más remoto en la materia es la Ley de presupuesto del año 1854 la cual estableció un régimen de pensiones para los participantes de las guerras de la Independencia y de las libradas por los Gobiernos Patrios. Luego, la ley 4349³ puede ser considerada la primera ley jubilatoria de la Argentina atento que estableció un régimen previsional para todos los trabajadores de la Administración Pública Nacional.

Entre 1904 y 1944 cada actividad va generando su propia protección y son creados organismos administrativos, las llamadas Cajas de Jubilaciones o Cajas de Previsión. Con el decreto 2.176/1944⁴, y la creación del Instituto Nacional de Previsión Social (INPS), se organizó el sistema previsional en forma similar al que hoy conocemos.

Hacia 1968 fueron sancionadas las leyes 18.037⁵ y 18.038⁶, la primera comprendía a todos los trabajadores en relación de dependencia del ámbito público como privado, y la ley 18.038 era para los autónomos de cualquier actividad. El 14 de marzo de 1980 fue sancionada la ley de facto 22.193 mediante la cual se introdujeron reformas al régimen básico para trabajadores autónomos entonces regido por las leyes 18.038 y 18.826. Dichas normas fueron

³ Ley 4349 – Sancionada en 1904 crea la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones para funcionarios, empleados y agentes civiles de la administración.

⁴ Decreto Ley 2176/194 – Crea el Instituto Nacional de Previsión Social (INPS)

⁵ Ley 18.037 – Régimen de Jubilaciones y Pensiones para los trabajadores en relación de dependencia.

⁶ Ley 18.038 – Régimen de Jubilaciones y Pensiones para trabajadores autónomos.

las antecesoras de la actual ley 24.241⁷ sancionada en septiembre del año 1993 que sienta las bases del vigente régimen jubilatorio.

En la actualidad la Ley 24.241 rige el régimen de jubilación y pensiones estableciendo un sistema de reparto, este sistema se puede describir en que los aportes y contribuciones de jubilatorias de los trabajadores en actividad solventan a la clase pasiva, es decir jubilados y pensionados. El ente estatal encargado de dicho control y recaudación es la Administración Nacional de la Seguridad Social (Anses), ente autárquico con autonomía financiera, económica, y administrativa del Estado Nacional.

Cabe mencionar que este sistema de reparto no fue el que siempre existió en la Argentina puesto que a mediados de los 90' el Congreso Nacional sancionó un régimen de "capitalización" por la cual los trabajadores activos hacían un ahorro forzoso con sus aportes y contribuciones para su futura jubilación y estos eran administrados por un ente privado denominado AFJP⁸. Este sistema es el que actualmente se encuentra como una de las posibilidades de acceso al beneficio jubilatorio en Chile.

En el medio del desarrollo legislativo del sistema previsional argentino se fueron creando, mediante leyes o decretos ley de las Provincias, las Cajas de Previsión para Profesionales que son una delegación del Estado en los profesionales para que estos se ocupen de recaudar y administrar los aportes previsionales que luego se transformarían en beneficios jubilatorios de sus pares.

En ese contexto cabe mencionar que ya existían desde el año 1.943 cuando los legisladores bonaerenses sancionaron la ley 5.015 que crea la Caja de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Luego, en el año 1.947 a través de la ley 5177, se crea la colegiación legal y la Caja para Abogados de Buenos Aires, ejemplo que siguieron después varias provincias.

Estas cajas no quedan aisladas del régimen nacional en caso que un profesional realice aportes en el ámbito privado autónomo y luego pase a una relación de dependencia, pues se prevé un sistema denominado de reciprocidad jubilatoria dispuesto en el Decreto Ley 9316/46⁹ y la Resolución 363/81¹⁰. Esta última surge como resultado de lo establecido por el art. 56 de la ley 18.038 que preveía la concertación de convenios, lo cual hace que se suscriba uno el 29 de diciembre de 1980 entre los directores nacionales de las Cajas Nacionales de Previsión de

⁷ Ley 24.241 – Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones.

⁸ Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (1994-2008)

⁹ Decreto Ley 9316/46 – Cómputo de servicios sucesivos o simultáneos INPS y Caja Municipal de Prev. Soc. de la ciudad de Bs. As.

¹⁰ Res. 363/81 – Convenio de aportes entre Gobiernos Provinciales y la ex – Secretaria de la Seguridad Social.

la Industria, Comercio y Actividades Civiles, para el Personal del Estado y Servicios Públicos y para Trabajadores Autónomos, por una parte, y por la otra los representantes de Cajas de Previsión y Seguridad Social de distintas Provincias. El mismo fue ratificado por la hoy Resolución 363/81 con las modificaciones introducidas por la ex-Secretaría de Estado de Seguridad Social.

1.6 Conclusiones parciales del Capítulo 1

El carácter de derecho humano que se le otorga a la seguridad social a nivel mundial, garantizado constitucionalmente en la mayoría de los países, y la obligación de los Estados de brindar todos los beneficios a efectos de cubrir las contingencias que se presentan en la sociedad, destacan la importancia del mismo.

Nuestra legislación no ha quedado exenta a este reconocimiento, lo demuestra el desarrollo legislativo que se ha tenido en materia previsional con el correr de los años, como así también las diferentes obligaciones que el mismo brinda de acuerdo a la jurisdicción donde se desenvuelva la tarea que da origen a la obligación del aporte. Esto último puede ser visto positivamente para el caso de algunas Provincias que pueden manejar sus propios sistemas, o delegar sus funciones, pero también negativamente en aquellas personas que por el tipo de trabajo que realizan deben aportar a diferentes cajas, y en algunas no alcanzar un beneficio.

Si bien se brinda un sistema de reciprocidad jubilatorio, que pone de manifiesto que las Cajas de Profesionales son parte del sistema jubilatorio Nacional y Provincial al brindarle reconocimiento de los aportes realizados por los profesionales a efectos puedan acceder a una jubilación que sería abonada proporcionalmente por las cajas participantes, no en todos los casos funciona, quedando algunos profesionales con años de aportes sin utilizar. Esto último, y considerando que en estos sistemas prevalece el principio de solidaridad para solventar los beneficios en caso de no acceder a un futuro haber jubilatorio, puede resultar injusto a la mirada de quienes cumplen tareas en distintas jurisdicciones obligados por las diferentes leyes vigentes.

CAPITULO 2

La Seguridad Social en el ordenamiento jurídico.

2.1 – Introducción

Con la finalidad de reconocer que dispone nuestro ordenamiento respecto de la seguridad social, realizaremos un pormenorizado análisis de lo establecido en nuestra Constitución Nacional respecto de los derechos y obligaciones del estado en brindar los beneficios de la seguridad social, pero ya relacionándolo de manera directa con nuestro problema de investigación.

Asimismo, nos interiorizaremos en las disposiciones que cada Provincia ha realizado, o no, en sus Constituciones respecto no solo de la seguridad social sino también de las Cajas de Previsión para Profesionales.

Por último, analizaremos la normativa Nacional y Provincial, los antecedentes jurisprudenciales que hay en la materia que son de utilidad para reconocer las funciones que cumplen las Cajas, todo ello sin descuidar lo dispuesto en el derecho comparado.

2.2 – La Seguridad Social en nuestra Constitución Nacional.

Hasta fines del Siglo XIX las constituciones de los distintos Estados no contemplaban expresamente, o hacían escasa o nula referencia, a los derechos que hoy se conocen como sociales.

Nuestra Constitución del año 1853 consagra derechos civiles y políticos sin normas específicas a los derechos sociales y conteniendo como fin genérico en el preámbulo de la misma el denominado “promover el bienestar general”, que para interpretación de la Corte Suprema en el destacado fallo Berçaziz (Fallos:289:430, 436) indica que la justicia social se encontraba integrada desde el origen de la Constitución Nacional al expresar su objetivo de lograr el mencionado bienestar general.

A inicios del SXX comienzan los cambios que van a dar inicio al denominado *Constitucionalismo Social*, ello se ve plasmado en la Constitución Mexicana de Querétaro en el año 1917, a la que sigue la dictada en Alemania, Weimar 1919¹¹, que alcanza una mayor difusión a nivel mundial.

El citado movimiento es la ideología por la cual el Estado ejecuta determinadas políticas sociales que garantizan y aseguran el ‘bienestar’ de los ciudadanos en determinados marcos como el de la sanidad, la educación y, en general, todo el espectro posible de seguridad social. Asimismo, busca reivindicar y dar prevalencia a los derechos sociales y colectivos como jornada de trabajo, salario justo, seguro por enfermedad, vejez, entre otros.

¹¹ Constitución de Alemania sancionada el 11 de noviembre de 1919.

En nuestro país, quien toma la iniciativa en este aspecto, es la provincia de Mendoza cuando reforma en el año 1916 su Constitución Provincial y establece concretamente los primeros derechos sociales al garantizar la libertad de trabajo, la protección del trabajo para mujeres y los niños menores de 18 años. En la misma aseguró las condiciones de salubridad laboral, fijo para los trabajadores del estado una jornada de 8 horas, como así también el descanso dominical. A esta le sigue la de San Juan en el año 1927.

Cuanto al ámbito nacional hay que esperar hasta el año 1949 cuando la reforma (o nueva constitución para algunos autores) realizada bajo la presidencia del Gral. Juan D. Perón¹² incorpora la corriente del constitucionalismo social y los denominados derecho de segunda generación (laborales y sociales). Esta constitución fue derogada por la dictadura militar en el año 1957, y restaura el texto de la Constitución de 1853 con dos únicos agregados:

- Artículo 14 bis, cuyos antecedentes vienen del derecho del trabajo, y tienen por finalidad la protección de los derechos individuales y colectivos del trabajador como son los derechos de protección del trabajo, gremiales, sindicales, de la seguridad social, vivienda digna, entre otros.

- Artículo 68 (actual Art. 75) en la cual deja constancia que corresponde al Congreso de la Nación el dictado de los códigos, y dentro de ellos el de trabajo y seguridad social.

Si bien estas reformas fueron cuestionadas por haberse realizado mediante gobierno de facto y sin ley del Congreso, fueron ratificadas plenamente al momento de realizarse la reforma del año 1994.

El citado Art. 14 bis de la Constitución Nacional, a analizar, nos muestra el camino de las obligaciones que el Estado tiene en materia de seguridad social para satisfacer los derechos en él estipulados.

2.2.1 - Análisis del artículo 14 bis.

Este artículo identifica claramente en su contenido los distintos tipos de derechos a que son beneficiarios los trabajadores y toda persona que habitan al territorio nacional, consagrando un primer párrafo a los derechos individuales del trabajador, un segundo párrafo al derecho colectivo del trabajo, y un tercer, y último párrafo, dedicado a la seguridad social. Este último es el que nos interesa muy especialmente atento que es la piedra angular del presente trabajo.

¹² Presidente de la Rep. Argentina 1946 – 1952 / 1952 – 1955 / 1973 - 1974

En el tercer párrafo, separado de los derechos laborales, el art. 14 bis consagra derechos de carácter general para la seguridad social, de ello puede postularse un *principio de universalidad* que caracteriza al mismo (Bidart Campos 1981).

El mismo autor manifiesta que el art. 14 bis vertebró el sistema de la seguridad social a tenor de un eje que requiere: a) la protección y garantía del Estado; b) la movilidad de los beneficios; c) el respeto de los derechos adquiridos que se resguardan en la inviolabilidad de la propiedad del art. 17.

La Constitución Nacional dispone que es deber del Estado el cumplimiento de la seguridad social. Ello no impide que algunas prestaciones estén en manos de la actividad privada, en ese caso, el Estado mantiene la obligación de control, y en última instancia, de cumplimiento directo si aquella resulta ineficiente (Gelli, p. 127 -2004).

Asimismo, si bien en otro contexto normativo puesto que se trataba de las AFJP, Ekmekdjian (1994) se preguntaba: ¿Qué pasa si, como ha sucedido en diversas oportunidades con entidades que han recurrido al crédito público (bancos, financieras, etc.), estas administradoras privadas caen en cesación de pagos? Este interrogante puede trasladarse hoy a que ocurriría si pasara con una Caja de Previsión para Profesionales.

Realizando una exégesis del artículo en cuestión se seguirá al Dr. Sosa (Sosa, Roberto A. – 2007) en la metodología de análisis, tomando textualmente el tercer párrafo del Art. 14 bis a efectos de poder interpretarlo conceptualmente en un desarrollo detallado, junto a las opiniones de distintos autores como las propias.

“El estado otorgará...” así comienza el tercer párrafo, indicando de manera absoluta, imperativa, el deber estatal de otorgar los beneficios de la seguridad social. Esta obligación primaria y originaria, que si bien como se verá más adelante el estado puede delegar, no puede incumplirse atento que devendría en una violación a un mandato expreso de la Constitución Nacional. “El término “Estado”, empleado en sentido genérico, alude tanto al Estado Nacional como a los Estados Provinciales, de tal manera que la reglamentación de este precepto no es privativa del gobierno federal” (C.S.N., causa O. 466. XXXIX, 20/5/2008, “Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD) c/Catamarca, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad”).

Respecto de ello, Bidart Campos ilustra claramente el tema en un aspecto que afecta directamente a la hipótesis planteada en nuestro trabajo al decir:

en suma, “otorgar” los beneficios de la seguridad social no significa, literalmente, que es el estado el que siempre y en todos los casos tiene que concederlos, sino que el estado

debe organizar y controlar el sistema, y en parte puede dejar que entidades no estatales tenga a su cargo la concesión y el pago de los beneficios (Bidart Campos – 2005).

El fundamento de la seguridad social es la solidaridad, del mismo se infieren los principios rectores que la caracterizan: integralidad, irrenunciabilidad, carácter alimentario, uniformidad, y obligatoriedad, esta última significa que, si no lo hace la sociedad el Estado está obligado a prestar tales servicios (Ekmekdjian, p. 84 T.II – 1994)

En esto último coincide Sagüés (2007) al expresar que la Corte Suprema en “Mansilla” (fallos 304:415) manifestó que lo dispuesto en el art. 14 bis no significa que las coberturas de las contingencias tengan que estar exclusivamente a cargo del Estado, y financiadas por este, sino que hace referencia a los objetivos que corresponde cumplir al legislador.

A esto lo refuerza la manda constitucional que impone el Artículo 75 inc.23 de la Constitución Nacional, al establecer que es obligación del Congreso Nacional "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de... los ancianos y las personas con discapacidad." Los incisos 19 y 22 del citado artículo completan también la normativa en materia de derechos sociales.

“...los beneficios de la seguridad social...” para cuya definición tomamos la que ilustra el sitio web www.argentina.gob.ar¹³ en la sección correspondiente al Ministerio de Desarrollo Social, y dice: “La Seguridad Social es un derecho humano fundamental que garantiza el bienestar inherente a la dignidad de la persona humana. Es responsabilidad primaria del Estado garantizar su ejercicio efectivo”. La definición no hace otra cosa que reafirmar lo planteado en el párrafo precedente, identificar quien es el responsable original de otorgarla y velar por su cumplimiento.

Recordamos que los derechos de la seguridad social contemplan en su definición al derecho previsional o llamado de previsión social, el cual otorga las jubilaciones y pensiones.

Estos son derechos a prestaciones positivas (no sólo dinerarias) del Estado o de los particulares obligados a favor de todos los habitantes (no sólo los trabajadores) de mantener su capacidad de ingreso y ser protegidos frente a los riesgos y contingencias sociales (muerte, vejez, enfermedad, desempleo, etc.), mediante un sistema al cual contribuyen o no los beneficiarios (Quiroga Lavié – Benedetti – Cenicacelaya – p.306 – 2009). Este reconocimiento constitucional de la seguridad social comprende a la asistencia social la cual es la cobertura de

¹³ <https://www.argentina.gob.ar/desarrollosocial/seguridadsocial> (última visita el 17/04/2019)

todo riesgo y que se encuentra a cargo del Estado con fondos provenientes de rentas generales, todo ello con el fin de promover el bienestar general manifestado en el Preámbulo de nuestra Carta Magna.

“...que tendrá carácter integral e irrenunciable...” el carácter integral se debe a tener que brindar asistencia para todas las contingencias y demandas vitales que tengan los habitantes, y siendo sus beneficios irrenunciables, están por encima de la voluntad individual porque el constituyente los ha investido del carácter de orden público.

Es interesante lo expresado por Sagüés (2007) respecto de estos caracteres al indicar que en los hechos la afirmación de irrenunciable resulta farisaica, debido que no siempre es posible siquiera conseguir las coberturas mínimas de los problemas médicos asistenciales. Asimismo, respecto del carácter irrenunciable y siguiendo a la Corte (“Diario”, fallos 307:582, y “Santos”, fallos 312:1340), dice que la irrenunciabilidad de los beneficios propios de la seguridad social no es compatible con el instituto de la prescripción, por lo que no constituyen derechos sine die.

“En especial la ley establecerá: el seguro social que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales...” la primera parte establece un mandato puntual respecto de la ley que deberá dictarse al efecto, y ello tiene correspondencia con lo dispuesto en el Art. 75 inc 12 (facultad del congreso para dictar los códigos de seguridad social). Cuanto, al seguro social, que no es otra cosa que el sistema al cual contribuyen los beneficiarios del mismo, dispone que el mismo este administrado por entes estatales, sean estos nacionales o provinciales debido a la competencia concurrente para crearlos.

Sobre la operatividad de la norma hay distintas miradas en la doctrina, Sabsay (p.341 – 2011) expresa que las fórmulas que dicen “el Estado otorgará y la ley establecerá” marcan una operatividad análoga a las cláusulas de la primera parte del art. 14 bis y por eso obligan al Congreso a inmediatamente sin dejarle opciones temporales dilatorias, de modo que la mora legislativa traduce después de un lapso razonable, inconstitucionalidad “por omisión”.

Otra mirada posee Gelli (2004) respecto de la naturaleza operativa o programática de lo dispuesto en el art. 14 bis atento el lenguaje muy general de sus disposiciones. Para la autora, en el mencionado artículo coexisten normas que pueden exigirse sin su reglamentación, con otras que sin ella serían de muy difícil aplicación.

Cabe recordar que la asociación de los particulares a las entidades de previsión social puede ser compulsiva, lo que la Corte llama “incorporación solidaria a organismos de previsión y seguridad social”, con fines de bien común, que impone obligaciones económicas para su operatividad (Sagüés p.829 – 2007).

“...con autonomía financiera y económica...” en este párrafo muchos autores entienden que *autarquía* es el término que han querido utilizar puesto que ello significa una organización descentralizada a cargo del seguro social, que implica capacidad para administrar su patrimonio y personería jurídica propia, distinta del Estado Nacional o Provincial.

Esta autarquía es la que requiere mayor control, y debiera aquí seguirse el ejemplo de la legislación dispuesta en Uruguay –se analiza en el punto 2.6 – que contempla específicamente el control por parte del poder ejecutivo sobre las inversiones y manejo de fondos de los sistemas previsionales a los cuales se les delegó la facultad. En la ley de creación de dichos organismos, como la Caja de Médicos de aquel país, no estipula un control sobre el ente en si mismo, pero si sobre el manejo e inversiones que el mismo realice, pudiendo delegar dicho control en el Banco Nacional.

“...administradas por los interesados con participación del Estado...” texto de mayor preponderancia para nuestro análisis, pues como antes mencionamos, es la piedra basal de esta investigación. La primera parte nos revela un principio de participación por parte de los interesados, que son los aportantes y beneficiarios al sistema, y que en este caso particular serán los profesionales de las distintas especialidades que aportan a sus Cajas.

Esta administración no es libre atento que se estipula una cogestión entre los administradores y el Estado. De esta manera el Estado se reserva la potestad de controlar el funcionamiento de los entes encargados de administrar y brindar los beneficios de la seguridad social, como también verificar que cumplan con las políticas generales implantadas por el Estado la materia.

Respecto de la participación, y siguiendo a Vivot (1994), es interesante el análisis que realiza cuando expone los avances en la protección de este derecho y detalla características como; universalidad, integralidad, unidad de gestión, pero por sobre todo participación de los interesados. En este último aspecto destaca como conveniente que obligados y beneficiarios de la seguridad social participen en la administración de los órganos sin desplazar al Estado en la función de gestor principal, pero evitando otorgar a esta último todo el poder a efecto de evitar un peligroso centralismo y burocratización en la materia.

Esta expresión de participación también se ve demostrada en lo dispuesto en el Libro Blanco de la Previsión Social¹⁴ el cual expone dentro de sus lineamientos de reforma al sistema previsional la necesidad de participación de los interesados, como así también el dictado de

¹⁴ Libro Blando de la Previsión Social – Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social - 2003

normas que comprometan a los gobiernos a ser más rigurosos sobre el tema y creen sistemas equilibrados y sustentables en el tiempo.

“...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...” esta última parte del artículo refiere a la imposibilidad de superponer aportes por una misma actividad, lo que equivale decir una doble tributación por una misma tarea. Asimismo, reafirma el deber originario del Estado al establecer un sistema que ampare las contingencias de jubilaciones y pensiones, así como las de protección de la familia entre otros.

Del análisis realizado se observa la condición que impone la normativa constitucional en lo que respecta a los derechos sociales, destacando la previsión social, que determina sobre quien recae la obligación primaria de prestar la cobertura que se debe brindar por los mismos. La participación del Estado entonces se hace obligatoria, y no pasa a ser una opción por el sólo hecho de haber delegado la administración de este derecho en otros entes, esto dada la operatividad de la norma vista.

2.2.2 – Análisis de artículo 125.

El citado hace expresa reserva de los poderes que las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no delegan a la Nación, al expresar en el segundo párrafo del mismo:

Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura.

Aquí la expresión “conservar” puede interpretarse como la facultad de justamente, y valga la redundancia, conservar organismos que ya estuviesen creados al momento del dictado de la norma constitucional. Si fuera el caso de realizar una interpretación restrictiva al término se diría que post reforma del año 1994 no podría crearse nuevos organismos de seguridad social.

Esta situación se zanja si recordamos que conforme al anterior artículo 104 (actual art. 121), los representantes de las provincias reunidos en Congreso General Constituyente decidieron delegar a la Nación algunos poderes que venían ejerciendo. Obviamente los no concedidos, fueron conservados por ellas. Entre estos últimos se encuentran las funciones relacionadas con la Seguridad Social (mal podían las provincias ceder atribuciones sobre una especie que, simplemente, no era conocida a mediados del siglo XIX). Sin duda, no se encuentra en esta materia cesión alguna a lo largo de la Constitución; y, es más, aunque la

Nación puede dictar un código de Seguridad Social (conforme artículo 75 inc. 12 de la Constitución Nacional) ese texto no puede alterar las jurisdicciones locales.

Los sistemas provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son sólo para sujetos predeterminados, como es el caso en las Provincias para los dependientes públicos. Estas, como manifestación de la autonomía, se reservan la potestad de regular la relación que los une con sus dependientes y, consecuentemente, los sistemas previsionales para estos empleados. Pero no todas las provincias tienen sistemas jubilatorios u obras sociales propias, esto se demuestra hoy al haber sólo 13 Provincias con sistemas previsionales no delegados a la Nación y otras 11 que durante la década del '90 se desprendieron de sus sistemas previsionales provinciales transfiriéndolos a la Anses¹⁵.

En lo que respecta a los profesionales que menciona el artículo en cuestión, la reserva responde a una razón histórica, que puede afirmarse de raíz corporativa, por la existencia de numerosas cajas profesionales en jurisdicciones provinciales. También se argumenta que constituye una potestad reservada por las provincias, derivada de la potestad de reglamentar el ejercicio de las profesiones en sus respectivos territorios (*C.S.N. "Sánchez, Marcelino c/Caja Forense de la Prov. del Chaco", 21/8/73*).

2.3 - Constituciones Provinciales

Con el sólo objetivo de conocer las disposiciones respecto de la seguridad social y las Cajas de Previsión para Profesionales realizadas por las distintas Provincias en sus Cartas Magnas, analizaremos alguna de ellas de manera sucinta.

La Provincia de Córdoba dedica un capítulo, el primero, a reconocer expresamente el Trabajo, la Seguridad Social y el Bienestar. Respecto del segundo, el Art. 55 en la parte pertinente dice: "Los organismos de la seguridad social tienen autonomía y son administrados por los interesados con la participación del Estado y en coordinación con el Gobierno Federal".

El texto en particular posee una redacción de características similares a las dispuesta en el Art. 14 bis de la Constitución Nacional, y del mismo se destaca la participación del Estado en los organismos encargados de brindar los beneficios que ampara el derecho de la Seguridad Social. En la mencionada ley no se hace mención expresa a las Cajas de Profesionales, sino que en su Art. 57 denominado Régimen Previsional determina el ámbito de competencia, las características de dichos regímenes, y la intangibilidad y uso exclusivo de los recursos previsionales.

¹⁵ Administración Nacional de Seguridad Social

Entre Ríos, a diferencia de Córdoba, en su reforma constitucional del año 2008 reconoce expresamente a las Cajas de Previsión para Profesionales y dispone:

La Provincia reconoce la existencia de las entidades de previsión y seguridad social para profesionales, bajo los principios de solidaridad, proporcionalidad y obligatoriedad de afiliación y aporte. Asegura su autonomía económica y financiera, la dirección y administración de las mismas por representantes de sus afiliados y la intangibilidad frente al Estado de los recursos que conforman su patrimonio (Constitución de la Provincia de Entre Ríos, Art. 77 - 3er párrafo)

Este reconocimiento expreso nada dice respecto del control del Estado, en este caso provincial, y sólo hace mención a la intangibilidad de sus recursos frente al mismo.

San Juan, en su Constitución, no aparece reconocido expresamente el derecho a la seguridad social, sino que a lo largo de su articulado va reconociendo cada uno de los derechos que la componen, como por ejemplo el derecho a la vivienda, al medio ambiente, a la salud, a la discapacidad, entre otros. Y en el aspecto previsional refiere al mismo de manera general.

La Provincia de Buenos Aires por su parte reconoce la existencia de las Cajas y Sistema de Seguridad Social de Profesionales en el Art. 40 de su Constitución, y en cuanto a la seguridad social decreta el carácter de irrenunciabilidad, justicia social, gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador, primacía de la realidad, indemnidad, progresividad y, en caso de duda, interpretación a favor del trabajador

La nota dentro de estos esquemas similares a los que vimos en los párrafos anteriores lo da la Provincia de San Luis, una de las que no posee Caja de Profesionales y establece en su Constitución dentro del primer párrafo del Art. 56: “El régimen jubilatorio provincial es único para todas las personas y asegura la equidad y, la inexistencia de privilegios que importen desigualdades que no respondan a causas objetivas y razonables”. La nota de la que hablamos es la determinación de un sistema único y la no delegación dentro de su territorio a los profesionales para administrar la seguridad social de sus pares.

Al igual que San Luis, hay otras Provincias que no poseen Cajas de Previsión para Profesionales, quedando distribuidas dentro del territorio nacional a la fecha 77 Cajas coordinadas por un ente rector denominado Coordinadora de Cajas de Previsión y Seguridad Social para Profesionales de la República Argentina.

En lo antes expuesto reconocemos que no todas las provincias han dispuesto la delegación de la seguridad social en manos de los profesionales para su administración, y asimismo en algunos casos se ha realizado la delegación de las potestades originarias a la Nación. Esta última opción, más allá de la centralización que provoca desde el punto de vista

económico, requisitos para acceder al beneficio, entre otras cuestiones, demuestra a las claras que el Estado es el encargado de brindar la cobertura del beneficio jubilatorio.

2.4 - Leyes Nacionales y Provinciales de la Seguridad Social.

En la actualidad el Sistema de Jubilaciones dependiente del Estado en la República Argentina podría sintetizarse en el siguiente gráfico



Fuente: https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/sustentabilidad_del_sistema_previsional_argentino.pdf (última visita 22-02-2019)

El gráfico del sistema previsional que otorga el Estado Nacional, Provincial o Municipal se presenta de esta manera atento que hasta las reformas de los años noventa la totalidad de las provincias argentinas se había reservado la facultad de instituir y administrar sus propios regímenes previsionales para los empleados de sus administraciones públicas.

La situación cambia a partir de la creación del nuevo Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP) en 1993. Con el objeto de asegurar el financiamiento del nuevo esquema se sucedieron diversos acuerdos con las provincias mediante el cual éstas cedieron recursos coparticipables con ese destino. Además de la cesión de porciones de impuestos particulares antes y después de esa reforma, el Pacto Fiscal de 1992 estableció la cesión del 15% de los recursos coparticipables de las provincias. Un año después se acordó la posibilidad de ceder las cajas previsionales de las Provincias que así lo quisieran a la Nación. Durante 1994 y 1997, diez Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires han transferido al ámbito de la seguridad social nacional sus cajas previsionales de empleados públicos, fueron las que en gran parte acumulaban fuertes déficits en sus sistemas de previsión social. Por su parte, otras 13 jurisdicciones decidieron continuar haciendo uso de su facultad constitucional de contar con regímenes previsionales propios para los empleados de sus administraciones públicas.¹⁶

¹⁶ Las Cajas Previsionales de las Provincias y el Pacto Fiscal – <http://fcece.org.ar/wp-content/uploads/informes/cajas-previsionales-pacto-fiscal.pdf> - (última visita 22-2-2019)

Ante ello podemos resumir que el sistema estatal con sus respectivas legislaciones de la siguiente manera:

- SIPA - Ley Nacional 24.241: realizan los aportes a la Anses los empleados de la Administración Pública Nacional como así también los aportantes de la administración pública pertenecientes a las Cajas Transferidas a la Nación (11 Provincias).

La Ley N° 24.241 luego de establecer los sujetos obligados en el artículo 2°, entre los que se menciona a los profesionales graduados en universidades nacionales o provinciales, determina en su artículo 3° la excepción de dicha obligación a aquellos profesionales que se encontraren obligatoriamente afiliados a uno o más regímenes jubilatorios provinciales para profesionales.

Solo en el supuesto de no existir un régimen provincial obligatorio, cobra vigencia la obligatoriedad de realizar los aportes previsionales al régimen nacional de acuerdo lo establece el ap.2. inciso b) del artículo 2° de la Ley N° 24.241.

- Leyes Provinciales: son 13 las Provincias en que rigen sus respectivas leyes puesto que no delegaron sus cajas a la Nación. Las mismas poseen su propia legislación, autofinanciamiento y requisitos para acceder al beneficio.

- Cajas Municipales: son 26 los regímenes de este tipo, creados por las ordenanzas de cada Municipio y que poseen un sistema independiente de los antes mencionados. Estas Cajas contemplan los beneficios para aquellos agentes y funcionarios propios del municipio al que prestan servicio.

- Cajas de Profesionales: en lo que respecta a las 77 Cajas de Profesionales existentes, las mismas se agrupan en una Coordinadora Nacional y se distribuyen por todo el país. Cada una de ellas fueron creadas por leyes o decretos ley provinciales, mediante los cuales cada Provincia delegó en los profesionales de distintas especialidades la administración del sistema jubilatorio.

El fundamento de estos regímenes lo constituye el principio de seguridad social dado en un marco de solidaridad con equidad, velando permanentemente por el mejoramiento de las condiciones de vida de las generaciones activas y el sostenimiento de las generaciones pasivas. Cabe destacar que el logro de sus principios se demuestra en que las mismas se sostienen solo con los fondos aportados por los profesionales obligados al no contar con ningún subsidio estatal.

2.5 - Antecedentes jurisprudenciales.

En el presente punto analizamos las diferentes decisiones jurídicas que se han dado durante los últimos años, y que, de manera directa o indirecta, refieren a la cuestión objeto del trabajo. De la información recopilada podemos decir que a la fecha no ha acontecido situación en la que una Caja de Profesionales deje de otorgar beneficios por imposibilidad de hacer frente a los mismos, con las consecuencias que ello acarrearía.

La cuestión vinculada con la facultad de las Provincias para dictar sus propias leyes de creación de regímenes previsionales, en este caso para profesionales, es de gran transcendencia. Esto ha generado que a lo largo de los años se hayan suscitado discusiones sobre el tema, las cuales se fueron resolviendo en distintos ámbitos, judicial, legislativo y hasta con reformas constitucionales.

Sobre este asunto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo en los autos “Sánchez, Marcelino y otros C / Caja Forense de la Provincia de Chaco” (CSJN, *Fallo 286:100, año 1973*) ha dejado claro que: es obligatoria la incorporación de los profesionales inscriptos y domiciliados en la Provincia de Chaco, pero por sobre todo que dicha Provincia tiene la potestad, de fuente constitucional, para sancionar las normas relativas a la creación y funcionamiento de la Caja Forense de Chaco.

El citado antecedente jurisprudencial no hace otra cosa que ratificar lo analizado en el punto 2.2.2 del presente trabajo al reconocer la potestad no delegada por las Provincias, y mantener la posibilidad de crear sus propios regímenes.

Con la reforma constitucional del año 1994 se cuestionó si el término conservar que estipula el artículo en cuestión hace referencias a las entidades ya creadas, o si el mismo refiere a la conservación de la potestad. Esta última es la opción aceptada por la mayoría de la doctrina, y la más lógica puesto que desde el dictado de la primera constitución allá por el 1853, lo que han delegado o conversado las Provincias son potestades, y no organismos.

Asimismo, queda en claro que no se puede cuestionar la constitucionalidad de las leyes provinciales que regulan estos regímenes, y la jurisprudencia analizada así respalda, pero no por ello éstas pueden omitir cumplir con una disposición normativa jerárquicamente superior en pos de salvaguardar un derecho humano.

Por ello, el mismo órgano supremo a través del fallo “Mac Kay Zernik, Sergio Luis Carlos, sent. de 3-XI-1988” reconoce expresamente la obligación estatal de prestar los beneficios de la Seguridad Social. En el citado se tratan entre otros puntos lo referido a los beneficios previsionales, el deber del Estado, los haberes previsionales, la falta de percepción de los mismos, la movilidad y topes establecidos por la Ley 21118.

Respecto de esto cabe resaltar lo dispuesto en el considerando acápite 7 al decir “ se hallan comprometidas normas sobre seguridad social contenidas en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, las cuales, al propio tiempo que consagran derechos para los jubilados, encomiendan expresamente al Estado el otorgamiento de tales beneficios” dejando luego en claro que corresponde realizarlo dentro de la órbita de competencia que corresponda.

Aquí la expresión “encomiendan expresamente al Estado el otorgamiento de tales beneficios” pone de manifiesto el espíritu contenido el Art. 14 bis de la Constitución Nacional que oportunamente analizáramos.

El mismo tribunal en el fallo “Genovesi Donato José c/ Caja Nacional de Previsión de la Industria Comercio y Actividades Civiles” siguiendo el tenor de la obligación estatal de proveer los beneficios, expresa: “5°) Que, en tales condiciones y dado que el cumplimiento del mandato constitucional que impone otorgar y asegurar los beneficios de la seguridad social con carácter integral e irrenunciable atañe a los poderes públicos dentro de la órbita de sus respectivas competencias...”

El fallo más reciente que toca al tema en estudio es el dictado por la Suprema Corte el 11 de octubre de 2018 en los autos “AFIP - DGI c/ Pugliese, Victorino Daniel s/ cobro de pesos/sumas de dinero”. En el caso se discutió la obligación de pago del anticipo previsional por parte de los abogados apoderados de la AFIP en el fuero federal, que se negaban a pagar alegando que son trabajadores en relación de dependencia, y que la exigencia de la Caja de Abogados importaba una superposición de aportes.

El Dr. Rosenkrantz, Presidente de la Corte, emitió su propio voto en el que analizó minuciosamente el tema y distinguió entre los conceptos de superposición y multiplicidad de aportes, además que resaltó el ejercicio constitucional de poderes conservados por las Provincias -no delegados a la Nación- de crear y reglamentar regímenes de seguridad social para los profesionales liberales.

En este caso, cabe entender que la Provincia de Buenos Aires ha ejercido válidamente su poder conservado de "crear y reglamentar regímenes de seguridad social bien que limitada esa facultad al ámbito de los agentes de su administración pública, los magistrados y funcionarios de sus tribunales, los integrantes de sus legislaturas y también en razón del ejercicio del poder de policía retenido sobre el ejercicio de las profesiones liberales, respecto de estas últimas actividades" (Fallos: 312:418 y dictamen del señor Procurador General en Fallos: 302:721)".

Es importante resaltar del fallo en tratamiento el reconocimiento expreso que realiza de las cajas al decir “... participa del sistema nacional de reciprocidad jubilatoria (cfr. Resolución

363/1981 de la Subsecretaría de Seguridad Social y Resolución 9/2002 de la Secretaría de Seguridad Social)". La importancia de ello radica en que los entes en cuestión no solo otorgan beneficios propios, sino que en algunos casos participan en el otorgamiento conjunto con organismos nacionales, provinciales y municipales.

Esta participación de la que hablamos deja de manifiesto que una eventual disolución del ente afectaría directamente a beneficios propios y coparticipados.

En el ámbito provincial, la Cámara en lo Contencioso Administrativo N° 1 de la Provincia de Entre Ríos reconoce constitucionalmente a las Cajas a nivel Nacional y Provincial, y los principios que las rigen al decir que " en nuestra provincia son admitidas por la Constitución siempre que se organicen bajo los principios de solidaridad, proporcionalidad y obligatoriedad de afiliación y aporte" ("Losi, Gabriel Pedro c/ Caja de Previsión Social para Profesionales de la Ingeniería de Entre Ríos S/Contencioso" Causa N° 3553/S - Año 2012).

Asimismo, y respecto de la naturaleza jurídica de las Cajas ha quedado claro que se trata de instituciones que ocupan un lugar intermedio entre los entes privados y los públicos; son privados porque no integran la administración pública, pero, sin embargo, no se identifican con el común de las asociaciones o sociedades regidas únicamente por el derecho privado, ya que deben su existencia y posibilidades de actuación a la ley que las instituye sobre la base del principio de solidaridad profesional, o sea que su origen deriva de un acto de poder público; conforman una categoría intermedia de asociaciones que, por una parte, se encuentran regidas por normas del Derecho Administrativo y, por otra, actúan con la capacidad de personas jurídicas de derecho privado (conf. C.S.J.N., Fallos: 229:304; 272:299; 273:63).

Hasta aquí podemos sintetizar que los fallos de los distintos estamentos del poder judicial han ratificado que: las Cajas de Previsión para Profesionales son Entes Públicos No Estatales que cumplen una función delegada por el Estado Provincial, el que lo realiza haciendo uso de su potestad no delegada dispuesta en el Art. 125 de la Constitución Nacional y por ello poseen el reconocimiento constitucional por parte de la Provincia que las crearon, que los profesionales poseen la obligación de afiliación y aporte si el ámbito provincial así lo dispone, que forman parte del sistema nacional de jubilación al integrar el sistema de reciprocidad jubilatoria, y por último que es el Estado, Nacional o Provincial, quien tiene la obligación de hacer cumplir lo dispuesto en el Art. 14 bis de la Carta Magna independientemente de haber o no realizado la delegación para el cumplimiento del mismo.

2.6 - Derecho Comparado

Pocos son los países que delegan el derecho de la seguridad social, más precisamente el jubilatorio, en manos de profesionales que están por fuera de la estructura del derecho público.

Como hemos visto en nuestro ordenamiento jurídico, las Cajas de Previsión para Profesionales poseen el carácter, derechos y obligaciones de las personas jurídicas de derecho público no estatal, otorgan beneficios previsionales, y son titulares de potestades administrativas. El mismo surge del poder delegado por el Estado Provincial para ejercer la función de control de aportes previsionales que deben realizar distintos profesionales.

En la República Oriental del Uruguay los organismos que conforman el Sistema de Seguridad Social pueden agruparse en tres grandes bloques. El bloque más importante en términos de cobertura y de flujo de ingresos y gastos está conformado por el Banco de Previsión Social (BPS), las Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional (AFAP) y las compañías aseguradoras —en la actualidad, solo participa el Banco de Seguros del Estado (BSE)

Los otros dos bloques que conforman el sistema previsional uruguayo son, por un lado, el de los Servicios Estatales, integrado por el Servicio de Retiros y Pensiones Policiales junto al Servicio de Retiros y Pensiones de las Fuerzas Armadas, y por el otro, el de las Cajas Paraestatales, donde se encuentran la Caja de Jubilaciones y Pensiones Bancarias, la Caja Notarial de Seguridad Social y la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios

Respecto de las últimas mencionadas debemos indicar que poseen la misma naturaleza jurídica que las creadas en nuestro país, es decir son personas jurídicas de derecho público no estatal y comparten similares características como por ejemplo la estructura orgánica. Ahora bien, una diferencia sustancial respecto de las Cajas vigentes en nuestro sistema lo hace la completitud de sus leyes de creación, las cuales, por ejemplo, contemplan de manera clara las cuestiones inherentes al control estatal que en particular nos interesa.

La Ley 17.738¹⁷ de Profesionales Universitarios establece claramente la responsabilidad del estado en su Art. 9 que dice textualmente:

(Responsabilidad del Estado). - El Estado no asume responsabilidad pecuniaria alguna vinculada a la subsistencia de la Caja o a la financiación de sus obligaciones, incluyéndose en éstas el pago de las prestaciones que deba servir, y solo se limitará al cumplimiento de esta ley, en lo que le sea pertinente.

¹⁷ Ley 17.738 Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios de la Rca. Oriental del Uruguay

Si bien puede ser clara y determinante la disposición, sostenemos que, ante una eventual situación de imposibilidad de cancelar las obligaciones por parte de las Cajas, y decimos las Cajas puesto que en este caso se encuentran en la misma situación jurídica de creación que las de nuestro ordenamiento, es el Estado el que deberá hacer frente a cumplir con el derecho de la seguridad social atento su carácter de derecho humano.

Donde sí hay un notable contraste es en lo que respecta al control estatal sobre el ente, más aún si consideramos que nuestras Cajas en su mayoría no hacen alusión al mismo, y la Ley 17.738 su Art. 72 décimo párrafo dispone: “El Poder Ejecutivo controlará el cumplimiento de las normas relativas a inversiones, pudiendo delegar dicha fiscalización en el Banco Central del Uruguay”.

Caben destacar dos cosas: una, el órgano de control no es otro que el mismo que le delega la función, es decir el Estado, y la otra, que no controla sobre todo el ente, sino resalta que se controlará el cumplimiento de las inversiones, que es básicamente conocer el estado de los entes para poder cumplir la función que les fue delegada.

La Caja Notarial del mismo país, creada por Ley 17.437¹⁸ posee disposiciones similares a la analizada repitiendo idéntica frase que la dispuesta en el Art. 72 de la Ley 17.738 en cuanto al control estatal. Estas leyes dejan en claro que el Estado, en este caso el uruguayo, no deja librado al manejo discrecional de los profesionales las cuestiones que hacen a las inversiones y rendimientos del sistema previsional que manejan.

Siguiendo en el Latinoamérica, Paraguay es otro de los países que posee Cajas de Profesionales, denominadas de origen totalmente ocupacional y que ofrecen planes voluntarios de pensiones por estar fuera de la obligatoriedad del Estado. Es el caso de la Caja Médica, Asociación Mutual de Despachantes de Aduanas y la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Docentes de la Universidad Católica.

Estas entidades privadas que ofrecen jubilaciones y pensiones son de reciente creación e intentaron llenar el vacío que el seguro obligatorio ha dejado para los trabajadores independientes. A diferencia de lo visto en nuestro ordenamiento y el de Uruguay, estas Cajas no forman parte de la estructura estatal puesto que son de adhesión voluntaria, creadas como entidades civiles sin fines de lucro de acuerdo a lo que rezan sus estatutos¹⁹ y poseen el control de las personas jurídicas inscriptas en los registros públicos.

¹⁸ Ley 17.437 Caja Notarial de Seguridad Social de la Rca. Oriental del Uruguay

¹⁹ Website <http://www.cajamedica.org.py/assets/Uploads/Estatutos-Sociales-2018-para-web.pdf> (última visita 22-02-2019)

En Europa encontramos entidades de derecho público no estatal, como por ejemplo los Colegios Profesionales, pero no así para el sistema de la seguridad social puesto que realizan los aportes previsionales, en caso de España, por ejemplo, en el denominado RETA (Régimen Espacial de Trabajadores Autónomos). Este régimen es similar al existente en nuestro país, con la diferencia que aquí, en caso que alguna de las Provincias que no hayan delegado el sistema previsional en el Nación, y/o posean Cajas de Previsión para Profesionales, estos deberán integrar el aporte previsional primariamente en estas.

2.7 – Conclusiones parciales del Capítulo 2.

La reforma constitucional del año 1994 ratifico la inclusión del Art. 14 bis, que reconoce los derechos de la seguridad social, como así también deja manifiesto que las Provincias haciendo uso del poder no delegado conservan la potestad para administrar y crear sus sistemas de seguridad social de acuerdo a lo expresado en el Art. 125 de la Carta Magna.

Este reconocimiento, más el efectuado en el Art. 75 inc. 22 que da rango constitucional a los mencionados derechos, obligan al Estado – en todos sus estamentos – a otorgarlos con el fin de cubrir las distintas contingencias que tuviera la sociedad, trabajadora o desempleada. Lo dispuesto en el tercer párrafo del art. 14 bis a nuestro entender no requiere de norma complementaria para su cumplimiento debido a su operatividad, pero dejando manifiesto que el dictado de un código de seguridad social en cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 75 inc. 12 puede ofrecer un pilar legal organizativo con el fin de resguardar estos derechos en el futuro.

El otorgamiento de los beneficios puede ser directo o delegado por el Estado en otras entidades encargadas de brindarlos, pero nunca sin su control, pues es suya la obligación de velar por el cumplimiento de los derechos sociales a efectos de lograr el bien común. Respecto de la delegación, es una buena manera de evitar un centralismo y manejo discrecional tanto de los beneficios como del manejo de fondos, pero a efectos que esto mismo no se reproduzca en una escala menor, surge la necesidad de vigilancia.

El Poder Judicial todo, desde la Corte Suprema de Justicia a tribunales inferiores, han ratificado la obligación del Estado de brindar los beneficios de la seguridad social, como así también han reconocido expresamente la potestad de las Provincias de conservar sus sistemas previsionales en el caso particular que no ocupa. Esto último genera que en algunas provincias los profesionales universitarios tengan como primera obligación de aportes los sistemas previsionales que son administrados por sus colegas, no habiendo superposición de aportes – lo que prohíbe la ley - sino una multiplicidad (diferente calidad o carácter que da origen a la obligación del aporte).

Respecto de la situación de la multiplicidad de aportes, y si bien existe un sistema de reciprocidad jubilatorio en el cual participan todos los organismos previsionales del país, es un punto que podría subsanarse con el dictado del código más arriba comentado puesto que permitiría, siempre que la legislación no pierda de vista el principio de solidaridad del sistema, que muchos profesionales no dejen aportes sin poder utilizar, y puedan mejorar sus futuros beneficios.

Las Cajas, como personas de derecho público no estatal que no forman parte de la estructura estatal están presentes en pocos países como sistema previsional, pero en las que se encuentran cuentan con una diferencia fundamental respecto del nuestro: el control de Estado sobre lo más importante de las mismas, el manejo de los fondos previsionales. En nuestro país son muy pocos casos, dentro de las 77 Cajas que componen la población, en que se disponga o efectúe un control, lo que hace necesario una revisión por parte de cada uno de los Estados delegantes a efectos de cumplir la manda constitucional.

Ante ello no es desacertada la observación y pregunta que se hacía por el año 1994 Ekmekdjian, y que reformulada la misma sería: ¿Qué pasa si por mala administración de estos entes, los mismo caen en cesación de pagos? El principal error es la creencia que por que no pasó, no pasará, pero más lo es cuando se tienen las herramientas para prevenirlo y no se utilizan como corresponde.

Las constituciones y leyes analizadas, los fallos y el derecho comparado vistos y detallados, dejan de manifiesto la importancia del derecho a la seguridad social para la sociedad, la obligación estatal de brindarla y su deber de controlarla, como así también la potestad de delegarla sin perder por ello su poder de contralor. Se ha observado que la normativa dispuesta cumple con los requisitos para que el sistema funcione correctamente, como así también para prevenir posibles desajustes, pero es necesario realizar cambios en las normativas provinciales para tener disposiciones más claras que permitan identificar como y quien ejerce el control.

CAPITULO 3
Cajas de Previsión de Profesionales

3.1 – Introducción

La importancia que adquieren las Cajas de Profesionales en su carácter de Entes Públicos No Estatales, hace necesario un análisis de los mismos a efectos de poder determinar el tipo de organismo de que se tratan, sus funciones y que propósito cumplen dentro de la estructura Estatal y del derecho público.

Asimismo, vamos a interiorizarnos en cuáles son las potestades que poseen, su origen, naturaleza jurídica, y un exhaustivo análisis de las Cajas de Previsión para Profesionales que nos permita reconocer argumentos de la necesidad o no del control estatal sobre las mismas.

3.2 – Entes públicos no estatales

La República Argentina no resultó ajena a los cambios que en el Derecho Continental Europeo se habían comenzado a producir en la década del ochenta, donde el rol del Estado se transformó, dejando de ser el principal prestador de los servicios públicos y ejecutor de las obras públicas, para centrar su atención primordialmente en la actividad de control.

Tradicionalmente se conocía a los entes como público o estatales, la doctrina clásica sostenía que las personas públicas eran del Estado, creadas por el Estado y para el Estado. Esta línea cambia con el pensamiento del jurista uruguayo Sayagués Laso (1953) que expone:

El concepto tradicional pudo ser exacto durante el siglo pasado, cuando existían solamente las entidades estatales territoriales. No lo es ahora porque, como ya hemos dicho, existen entidades no estatales reguladas indudablemente por el derecho público, personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni la administración pública, sea porque el legislador las creó con este carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal. No obstante, dichas instituciones en todo o en parte se regulan por normas de derecho público. El ejemplo más típico de esa clase de institución es lo constituyen los Colegios de Abogados y otras órdenes profesionales, cuando han sido creados y organizados por ley. (Sayagués Laso, Enrique, Tratado de derecho administrativo, 1953 -p. 175)

Bajo la denominación de entes públicos no estatales se reconoce la existencia de una serie de entidades, normalmente de naturaleza corporativa o profesional, a las cuales, si bien no se le enmarca dentro del Estado, se les reconoce la titularidad de una función administrativa, y se les sujeta – total o parcialmente – a un régimen publicístico en razón de la naturaleza de tal función.

Siguiendo el trabajo de Altamira Gigna (2003) en el cual manifiesta que la doctrina puede dividirse en dos posturas que a primera vista surgen como contrapuestas, pero que, al momento de aplicarse al caso concreto, encuentran puntos en común. - Así para una corriente

—entre los que se encuentran los Dres. Rafael Bielsa (1947) y Miguel S. Marienhoff (1993), - sostiene que el acto administrativo emana de una autoridad administrativa en ejercicio de la función administrativa.

La claridad del pensamiento de Marienhoff afirma: “... todo acto administrativo requiere esencialmente la intervención de la Administración Pública, de ahí que no sea concebible un acto administrativo emitido exclusivamente por administrados o particulares. Un acto emitido exclusivamente por estos últimos, nunca podrá ser acto administrativo...” (Marienhoff , Miguel, 1993 – p. 218 y ss).

En esta misma línea Cassagne Juan Carlos (1998) aclara que las personas jurídicas no estatales celebran actos y contratos regidos por el Derecho Privado, salvo en lo que respecta a las relaciones con la Administración o el servicio público que tuviese a su cargo.

La otra corriente se inclina por una postura abierta, es decir, por la posible existencia de actos administrativos emitidos por entes no estatales, y dentro de ella podemos citar autores como Jesús González Pérez (1977), Agustín Gordillo (1998) entre otros.

Las personas jurídicas públicas no estatales dictan actos administrativos cuando emiten decisiones en ejercicio de la función administrativa por mandato legal, como lo hacen por ejemplo los Colegios Profesionales al otorgar o cancelar las matrículas, al aplicar sanciones a sus afiliados en virtud de la potestad sancionatoria que por ley se les ha acordado, etc.- En esta línea de pensamiento Sesín (1989) sostiene que: “Cuando un órgano estatal, no estatal o simplemente privado ejerce la función administrativa, en virtud de un poder concedido por el Estado, es indudable que puede dictar actos administrativos, quedando consecuentemente sujeto a sus principios y plexo normativo aplicable...” (Sesín, Domingo Juan -Semanao Jurídico 06.07.1989)

Las Cámaras contencioso administrativas de la ciudad de Córdoba, así como el Tribunal Superior de Justicia de la misma provincia, se han pronunciado en el sentido que las personas jurídicas públicas no estatales pueden dictar actos administrativos cuando ejercen función administrativa por mandato legal, a manera de ejemplo, la sentencia N° 33/2002, dictada en los autos: “Carranza, Daniel Alberto c/ Tribunal de Disciplina Notarial- C.A” en el que se sostuvo

...los Entes deontológicos emiten actos administrativos y no civiles, por cuanto la calidad del acto puede ser analizada-al igual que la función administrativa-no sólo desde un punto de vista orgánico-formal, sino también sustancial-material, perspectiva esta última desde la cual lo trascendente es la naturaleza jurídica interna de la actividad desarrollada, con total prescindencia del Órgano que la produce...

Las notas antes expuestas destacan que la calidad de acto administrativo no se la brinda el órgano desde donde se emite el mismo, sino la naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por el emisor. Asimismo, respalda a ello la delegación realizada por el Estado – Nacional, Provincial o Municipal – para poder ejercer esa facultad.

Esto ocurre con los actos emitidos por las Cajas, que ejercen un poder delegado por el Estado y tienen la tarea de controlar y administrar los aportes previsionales que deben realizar los profesionales. En el ejercicio de este control es que las Cajas emiten actos de carácter administrativo, y los afiliados poseen sus derechos de recurrir a los mismo, primero dentro del propio ámbito del organismo y luego, siguiendo los procedimientos de cada jurisdicción, pasar a la instancia judicial para la solicitud o revisión.

3.3 - Cajas de Previsión de Profesionales.

“Estas instituciones han sido creadas en aras del cumplimiento de una de las misiones del Estado: estimular el desarrollo del espíritu de solidaridad y previsión entre los ciudadanos, como así también proteger e instar la creación de instituciones capaces de defenderlos” (conf. punto 5 de la declaración de la Unión Internacional de Estudios Sociales - págs. 54/55).

Siguiendo lo vertido en el denominado Libro Amarillo²⁰ que edita la Coordinadora Nacional de Cajas para Profesionales, podemos distinguir los caracteres comunes de estos entes:

Rango constitucional: la existencia de las entidades de previsión y seguridad social para profesionales ha alcanzado rango constitucional expreso en la Carta Magna Nacional (conf. art. 125, 2 párrafo).

Objeto y función: tienen por objeto otorgar los beneficios de la Seguridad Social a los que se refiere el art. 14 bis de la Constitución Nacional, con la nota característica que constituyen un sistema gobernado y administrado por sus propios interesados.

Delegación en entes públicos: el art. 14 bis de la Carta Magna instituye como exclusiva y excluyente función del Estado el otorgamiento de los beneficios de la Seguridad Social, otorgándole además las características de integral e irrenunciable. La exclusividad precedentemente citada no ha sido óbice para que el Estado delegase esa función en personas jurídicas que han sido calificadas por la ley y en forma unánime por la doctrina como de “derecho público”, justamente por poner en ejercicio una función propia del Estado, a pesar de no formar parte de su estructura; y de allí su naturaleza jurídica conceptualizada como “entes de derecho público no estatal”.

²⁰ Seguridad Social para Profesionales - Coordinadoras de Cajas de Previsión y Seguridad Social para Profesionales de la República Argentina – Año 2013

Cuanto a la naturaleza jurídica de estos entes es evidente por la índole de sus funciones, los objetivos que las determinan y el poder de aplicación de sus disposiciones, que se está en presencia de verdaderas entidades de derecho público, que al no estar administradas por el Estado sino por sus propios integrantes, no integran el aparato de la Administración Pública, por lo que cabe denominarlas con mejor propiedad, como entidades de derecho público no estatal.

En la constitución, organización y fines; en la índole de los bienes jurídicos protegidos; en la impronta de orden público que tiñe a buena parte de las disposiciones legales que las rigen; en ser delegadas de una función propia del Estado cuál es el otorgamiento de los beneficios de la Seguridad Social; en los instrumentos de acción que se le atribuyen para una más eficiente gestión, se reúnen los aspectos que destacan el carácter de entes públicos de las Cajas, ejerciendo al lado del Estado una actividad derivada de éste, cuyo desempeño asume.

Sin fines lucrativos y con medios económicos limitados: la actividad que despliegan las Cajas no persigue fines de lucro de ninguna especie; además de ser instituciones que cuentan exclusivamente con los medios económicos expresamente determinados por ley, cuya aplicación se encuentra estructurada por el propio legislador al fijarles los destinos específicos para los cuales pueden ser utilizados.

Institución Provincial: de lo expuesto se concluye que las Cajas son Instituciones Provinciales y, sin integrar la estructura del Estado, son Instituciones Públicas cuyo control – en el cumplimiento de sus objetivos- es exclusivo y excluyente de las Provincias, de las que se han recibido las potestades que ejercen.

Inmunidad impositiva: a las Cajas les corresponde, por ser instituciones provinciales creadas para el ejercicio de una función estatal, la inmunidad impositiva que es propia de la Nación con relación a las Provincias y de éstas con respecto a aquélla.

El gobierno de las instituciones es ejercido por órganos colegiados (Asambleas y Directorios) con la participación o elección por parte de los afiliados, en la proporción que determina cada ley de creación. Estos órganos tienen las más amplias facultades de administración de sus bienes y la aplicación e interpretación de la Ley Orgánica, confeccionan sus propios presupuestos y cumplen con los objetivos previsionales que constituyen los fines de su creación disponiendo los recursos necesarios para tal fin.

Las respectivas leyes provinciales de creación de estas instituciones, regulan, a través de normas referidas al gobierno, a la administración y disposición de bienes, el accionar de sus órganos de gobierno, previendo una eventual desviación del objetivo previsional para el cual fueron creadas. Así se encuentra en las distintas leyes, normas que fijan el origen de los recursos

que hacen a la capitalización y financiamiento de estos sistemas, y que además señalan, en forma limitativa y taxativa el destino e inversión de los fondos, bajo la responsabilidad personal y solidaria de los directores.

Cuanto a las prestaciones de estas instituciones poseen características singulares por el campo restrictivo en vista exclusivamente a la cobertura de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, por lo cual en rigor no constituyen un sistema de seguridad social integral. En algunos casos poseen una integralidad que va a depender de lo expresado en la ley de creación y que permiten calificar a los sistemas como de verdadera seguridad social.

Esta pluralidad de beneficios, además de las jubilaciones ordinarias y extraordinarias, y pensiones contemplan: a) subsidios: por jubilación, por fallecimiento del afiliado e integrantes del grupo familiar; especiales (extraordinarios o adicionales); por incapacidad temporal para el ejercicio profesional; por invalidez, etc.; b) subsidios reintegrables (préstamos): hipotecarios para adquisición de vivienda propia, estudio o consultorio profesional; personales para desenvolvimiento profesional o por circunstancias extraordinarias, etc.; c) asignaciones o ayudas familiares: por cónyuge, hijos menores o discapacitados; por escolaridad primaria o secundaria o por estudios universitarios; por maternidad; por adopción; como becas para prosecución de estudios de hijos de afiliados, etc.; d) cobertura de salud (prestaciones de la más diversa complejidad incluyendo, en algunos casos, trasplantes) que no en todas es de carácter obligatorio; e) utilización de establecimientos o lugares de esparcimiento (hoteles, campings).

El sostenimiento del sistema estrictamente previsional se nutre de cuotas preestablecidas y/o de un razonable porcentaje del honorario percibido que el profesional debe aportar, y en algunos regímenes de una contribución del comitente o dador del trabajo, con los cuales se pueden hacer frente no sólo a las jubilaciones y pensiones conformantes de dicha categoría, sino también a los subsidios, asignaciones o ayudas y un porcentaje de los costos de las prestaciones de salud.

El principio esencial que rige a estos sistemas es el de Solidaridad, que comporta un valor insoslayable tanto en la creación, como el desenvolvimiento de los organismos que se analizan, y pauta de preferencia en la interpretación de la normativa aplicable en los distintos casos.

Estos sistemas exigen la cancelación de matrícula e incompatibilidad, generalmente establecido que la cancelación matricular es condición "sine qua non" para generar derecho al cobro del beneficio. Correlato de esa exigencia es la de la incompatibilidad entre la percepción de la jubilación y el ejercicio profesional en cualquiera de sus formas (autónomo o en relación

de dependencia) que expresa o implícitamente se encuentra contemplada en las leyes respectivas.

Cabe aclarar que no todas las profesiones poseen la misma condición para acceder al beneficio, por ejemplo, los Ingenieros de Entre Ríos para acceder al beneficio en su Caja deben cancelar su matrícula profesional no pudiendo ejercer una vez jubilado en jurisdicción de esa Provincia, en cambio dentro de la misma los Abogados pueden acceder al beneficio y seguir ejerciendo la tarea. Esta situación de los Abogados, y si bien no es punto de análisis que afecte al trabajo, pero creemos bueno mencionarlo, genera una competencia si se quiere desleal con los profesionales recién ingresados al sistema laboral de dicha matrícula.

Los años aportados en las Cajas Profesionales no se pierden puesto que, en caso de no cumplir los requisitos exigidos por las mismas, los aportes se pueden utilizar mediante reciprocidad con otros organismos Nacionales, Provinciales o Municipales para el cómputo recíproco de servicios y coparticipación en el pago del haber. Estos convenios de reciprocidad son utilizados a fines jubilatorios y pensionarios exclusivamente, donde los afiliados de las Cajas Profesionales están habilitados para hacer valer los años aportados en las mismas previo reconocimiento de servicios, y con ello lograr en coparticipación con otro ente un beneficio jubilatorio que de otro modo les resultaría prácticamente imposible de alcanzar. Dichos convenios suponen la coparticipación en el pago del haber resultante del beneficio, a través de prorrateo de éste entre los organismos intervinientes en cada caso concreto, en proporción al tiempo de servicios computados y en función de los años aportados en cada uno.

3.4 – Conclusiones parciales del Capítulo 3.

En el Capítulo 3 podemos distinguir que las Cajas de Previsión para Profesionales poseen la naturaleza jurídica de “entes de derecho público no estatal” y creadas con la potestad delegada por el Estado Provincial a efectos de cumplir en otorgar beneficios de la seguridad social a determinados profesionales.

Estos Entes no forman parte de la estructura estatal, y poseen características propias que le fueron dadas al momento de creación, como por ejemplo la forma de gobierno, el cumplimiento de la finalidad con fondos propios, la inmunidad impositiva, entre otros. Como se refiriera en las conclusiones parciales del Capítulo 2, el cumplimiento de esta función delegada a nuestro ver permite evitar la centralización, burocratización y hasta manejo discrecional del sistema, al permitirle a otros actores administrar, pero siempre con el control estatal.

Asimismo, queda manifiesto que tienen por objeto final otorgar los beneficios de la Seguridad Social a los que se refiere el art. 14 bis de la Constitución Nacional, si bien lo hacen

mediante la delegación que les fuera concedida por Estado Provincial en la materia. La mencionada delegación se ampara en lo instituido en el Art. 125 de la Carta Magna, y da origen al poder de policía o fiscalizador que deben cumplir respecto de la obligación de aportes previsionales que deben efectuar los profesionales.

El ámbito de aplicación de las leyes de creación de estos Entes es en todos los casos la jurisdicción provincial, y aplicable a aquellos profesionales de determinada matrícula que ejerzan en la misma. En este aspecto cabe recordar que al realizarlo no hay una superposición de aportes, cosa que prohíbe nuestra Constitución, sino que se da una multiplicidad al realizar aportes por diferentes tareas.

CAPITULO 4
El Estado – Obligaciones y Responsabilidades

4.1 – Introducción

El presente capítulo examina cuales son las obligaciones que posee el Estado como encargado de brindar los beneficios de la seguridad social, y las responsabilidades que le pueden caer en caso de generarse imposibilidad de brindarlas por parte del ente en el cual ha delegado dicha obligación.

A partir de esa obligación, cuya potestad original es del Estado, se analiza el poder de policía que éste posee en la materia, atento que la delegación en las Cajas son facultades de policía que podría denominarse específicas – como es el control de la obligación de aportes -, pero conserva un poder de policía, o estatal, superior que es el de promover y resguardar el bien común, verbigracia controlar que se cumpla con el pago de los beneficios.

Se profundiza sobre este control al cual está obligado el Estado como órgano delegante a fin de reconocer cuales son las responsabilidades en caso de omisión en la obligación de vigilar al ente en quien delega, y que por dicha omisión suceda la hipótesis planteada en el presente trabajo. Para ello se analiza conjuntamente con la potestad de control, la actualidad en la materia atento que en el sistema que integran las Cajas de Previsión para Profesionales se cuenta con leyes y decretos ley de viaja data – por ejemplo la Caja de Abogados de la Provincia de Buenos Aires del año 1947 - con otros más recientes como el Ente Administrador de Servicios Previsionales para Profesionales de la Provincia de Chubut cuyo creación ocurrió en el año 2005, y que pertenecen a distintas jurisdicciones provinciales.

Al cierre del capítulo, y dentro de la actualidad en la materia de las Cajas de Previsión y su control, haremos una breve reseña del caso Cassaba. El mismo servirá para ilustrar cuales con las medidas adoptadas por el Estado – gobierno de la Ciudad de Buenos Aires – ante la disolución de un ente público no estatal por decretarse la inconstitucionalidad de su ley de creación.

4.2 - Poder de policía del Estado en la materia.

En el ámbito del derecho público la noción de poder de policía es muy utilizada, y a su vez la que más se presta a equívocos, debido a las diferentes ideas que sobre ella se tienen como así también por el pobre fundamento en que las respaldan.

El agregado del término “Poder” es erróneo puesto que el Estado posee el poder estatal como un todo, dividiendo dicho poder en funciones y órganos (legislativas, administrativas y jurisdiccional). Por ello el poder de policía no es un órgano del Estado, sino más bien una facultad o parte de las funciones antes descriptas (Gordillo; 2013).

En el Siglo XVII se sostenía que el poder de policía se ejercía solamente donde el orden de la comunidad (para algunos autores, la salubridad, seguridad y moralidad públicas) estuviera

en peligro, esta doctrina es receptada en el Código Civil prusiano y jurisprudencia. El objeto de policía estaba limitado, no así los medios que se podían utilizar para lograrlo, y con ello se limitaba a los mencionados peligros perdiendo de vista el fin último del estado que es el bien común.

Esta noción limitada queda obsoleta en el Estado moderno que debe proteger, a través de limitaciones y restricciones a los derechos individuales, una mayor cantidad de hechos que afecten al bien común. Dentro de ellos podemos mencionar el mantener la tranquilidad pública (ruidos molestos en la vía pública), estética pública (edificar edificios a una misma altura, o prohibir construir a mayor o menor altura que la determinada), confianza pública (control sobre productos, pesos, medidas), seguridad social (obligación de asociarse a cajas de jubilaciones o someterse a revisión médica periódica), entre otros.

La amplitud de protección - con su restricción - contempla todas las aristas que componen el orden público, recordando que las restricciones a los derechos individuales que fueran establecidos por ley están amparadas en el Art. 14 de nuestra Constitución Nacional.

Ya en la temática que nos ocupa, reconociendo que el Estado tiene por finalidad promover el bien común, y que en pos de ello hace uso de sus facultades restrictivas a los derechos individuales, al aplicarlas junto a la facultad de delegar genera obligaciones para ciertos individuos, en este caso los profesionales que deben afiliarse y aportar a Colegios y Cajas profesionales respectivamente. Al realizar el análisis observamos que el Estado no pierde su poder, sino que haciendo uso del mismo – concretamente el legislativo cuando el sistema democrático está vigente – faculta a otros órganos para que cumplan una determinada función dentro de la estructura ideada para lograr el bien común.

Podemos decir entonces que las Cajas de Previsión para Profesionales, como entes públicos no estatales, cumplen una función delegada por el Estado, la seguridad social, no pudiendo arrogarse las mismas una potestad originaria sobre dicho derecho. Lo delegado es la función de velar por el cumplimiento de la obligación impuesta a los profesionales de realizar sus aportes en el ente creado a tal fin.

La conservación por parte del Estado del poder original, el motivo de ser un derecho humano inalienable de acuerdo al Art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, lo visto en el análisis realizado ut-supra del Art. 14 bis de la Constitución Nacional y lo expuesto en este apartado, ratifica que el Estado nunca deja de poseer las potestades de control en la materia.

4.3 – Control Estatal sobre Cajas de Previsión para Profesionales

En este punto cabe recordar que estas Instituciones son creadas por potestad de los Estados Provinciales – sea por ley o decreto ley – y cuyas fechas de creación datan de al menos 70 años, en los cuales se han producido significativos cambios constitucionales y normativos. Respecto de ellos algunas Cajas se han aggiornado y otras no han realizado modificaciones en sus cartas orgánicas.

Esta situación queda se hace notoria por ejemplo en la Caja de Previsión para Profesionales de la Ingeniería de Entre Ríos, cuya fecha de creación es el 18/06/1962 mediante Decreto Ley 1030/62, y donde se mantiene como requisito jubilatorio una edad de 60 años y un mínimo de aportes de 25 años – muy por debajo de las exigencia de otras cajas y también de la expectativa de vida - y otras disposiciones como por ejemplo la del Art. 41 inc. a) cuanto al orden excluyente para ser beneficiario de pensión al señalar

a) La viuda o viudo, si éste fuera inválido o imposibilitado totalmente y definitivamente, en concurrencia con los hijos varones solteros hasta la edad de veintidós años y las hijas solteras, viudas, divorciadas o separadas de hecho sin voluntad de unirse; en estos dos casos sin culpa. Las hijas mayores de edad siempre que carezcan de otros recursos. En el caso de que alguno de los hijos fueran incapaces o estuvieran imposibilitados físicamente para el trabajo y carecieran de otros recursos, tendrán igualmente derecho a percibir pensión mientras dura su imposibilidad o incapacidad. (Art.41 Inc. a) Dec.Ley1030/62 – Caja de Prof. De la Ingeniería de Entre Ríos)

Observamos en un solo artículo disposiciones que han sido superadas por la actualización constante del ordenamiento jurídico, verbigracia diferenciación entre los hijos varones y mujeres para tener acceso al beneficio.

Otras, en cambio, han realizado la modernización legislativa correspondiente con el fin de estar acorde a las exigencias sociales y normativas actuales, prueba de ello es la Ley 6.716 de creación de la Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires que posee varias reformas, siendo la última en el año 1995.

Esta situación repercute de la misma manera en lo relativo al control estatal, puesto que las reformas, o no, en las leyes de creación plantean distintos escenarios a saber:

- Las Cajas que mantienen su carta orgánica original de creación en las cuales no estipulan el control o fiscalización del Estado y las que aun habiendo realizado una reforma no hicieron el agregado correspondiente al control.
- Las que han realizado la incorporación para que se efectuó un control externo por parte de otro órgano de la estructura estatal.

- Las que dejan estipulado dentro de su normativa que el Estado no contrae obligación alguna que lo relacione con las emergentes del funcionamiento del ente, pero que no le exime al Estado la obligación de control.

Podemos agregar la falta de determinación por parte del Estado en el nombramiento de un organismo de control para el caso que las leyes de creación no lo dispusieran.

Analizando los mismos podemos observar que uno solo de los presupuestos descriptos cumple el mandato dispuesto por el Art. 14 bis de la Constitución Nacional, pero siendo este el que menos casos representa dentro de las 77 Cajas que hoy componen el sistema de previsión para profesionales. Asimismo, los otros escenarios no configuran una falta de poder estatal en poder controlar las Cajas, sino más bien una indeterminación explícita de que órgano dentro de la estructura del estado tiene la facultad para realizarlo.

Como complemento necesario dentro del presente no podemos dejar de analizar la Ley 26.944²¹, cuyo texto procura brindar un tratamiento integral de la responsabilidad estatal en sentido amplio, sea ella por los hechos y actos, como así también por las omisiones. Esta última parte se la puede vincular con lo que la doctrina denominó los daños provocados, ya sea por una no prestación del servicio o por una prestación irregular del servicio y, por ello, el afectado puede accionar: solicitando la prestación omitida o deficientemente prestada o reclamar la reparación de los perjuicios derivados de la conducta no realizada o realizada deficientemente.

En el Estado Social de Derecho las autoridades asumen el compromiso de brindar prestaciones y cuando no lo hacen, incumplen. Ante este incumplimiento, dos son las herramientas que debe proveer el Derecho: de un lado, un remedio para obligar al Estado a actuar; de otro, una acción de daños para que sea reparado el perjuicio del cual la omisión fue condición necesaria. Normalmente la inactividad no produce por sí el daño sino que genera las condiciones para que el perjuicio se suceda, en este orden se ha dicho que: “La omisión es causa cuando la acción esperada hubiere probablemente evitado el resultado; en otros términos, la relación causal se establece juzgando la incidencia que el acto debido, de ser realizado, hubiera tenido con respecto al resultado o a su evitación (Lorenzetti, Ricardo, Notas sobre la responsabilidad civil por omisión, Zeus, T. 33-D-, p. 55).

La norma regula la relación del Estado con los particulares, la cual es de subordinación porque uno de sus cometidos es el de proveer el bienestar general o satisfacción del bien común. La Corte Suprema ha sostenido que la responsabilidad extracontractual del Estado por

²¹ Ley 26.944 – Responsabilidad Estatal.

actividad lícita solo puede deducirse de los principios del derecho público (CSJN 13/06/1989: “Petruccelli, Fidel P. y otra c/Municipalidad de Buenos Aires”, Fallos:312:956)

El artículo 4° de la citada ley determina los requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima siendo estos: a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido. El artículo ha detallado los factores de atribución para el reconocimiento de la responsabilidad estatal por actividad lícita establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y aceptada en general por la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales provinciales.

Si analizamos el citado artículo y lo aplicáramos al ejemplo de nuestro caso hipotético, la situación sería: a) El daño cierto y actual provocado sería el generado al jubilado del sistema previsional ante la imposibilidad de la Caja de hacer frente a los beneficios, b) la imputabilidad material de la actividad es a la Caja como consecuencia de la mala administración, y subsidiariamente al Estado por la falta de control sobre la misma, c) la relación de causalidad está dada por la negligencia por parte de la Caja en incumplir con sus obligaciones previsionales y el Estado por su omisión de control en el ente en quien delego las funciones previsionales, d) el profesional no posee el deber jurídico de soportar el daño que le causa el dejar de percibir el beneficio previsional, atento que cumplió con su deber de aporte previsional para en el futuro recibir el beneficio, y e) el daño producido tiene carácter de especial en particular cuando se trata de jubilados, estos pasivos poseen derechos adquiridos para seguir gozando del beneficio previsional al que se hicieron acreedores.

Lo que se busca demostrar es que la omisión legítima del Estado por incumplimiento a los dispuesto en el Art. 14 bis de la Constitución Nacional, lo obliga – a nuestro entender – a absorber dentro de su sistema previsional a los activos y pasivos que conformaban el ente. En el presente análisis no se consideran otras variables como pudieran ser un salvataje por parte del Estado Provincial o Nacional a los entes, o el otorgamiento de subsidios por parte del Estado a las Cajas de Previsión para poder hacer frente a sus obligaciones.

4.4 – Análisis de la actualidad en la materia.

Como observamos en el apartado anterior, se plantean distintos escenarios en lo que hace al control estatal, o falta de él, en las Cajas de Previsión para Profesionales, y como se mencionara, la mayoría de ellas no contemplan en sus leyes de creación organismos de control externo.

Aquellas que lo tienen determinado utilizan a otro órgano de la estructura estatal para que se realice, como es el caso de la Caja de Seguridad Social para Profesionales de la Salud de la Provincia de Salta que en el Art. 47 de su ley 6.990²² dispone como agente de fiscalización externo a la Inspección General de Personas Jurídicas de Salta, la cual actuará como autoridad de control. Independiente de los recaudos que la misma toma al cumplir lo dispuesto por el Art. 14 bis de la C.N.²³, no queda ajena a la posibilidad de enfrentarse a la situación hipotética planteada.

El resto de las Cajas que incumple con las disposiciones de la Carta Magna, en principio, quedarían sujetas al control que disponga el Estado Provincial mediante el órgano que considere corresponda, ello en virtud de ser una facultad no delegada por parte de las Provincias. De igual manera, y atento el carácter constitucional del derecho humano que tratamos, estarían vulnerando una disposición jerárquicamente superior al no aplicarse en forma operativa.

Como se manifestara, a la fecha no han acaecido hechos que impliquen una situación de imposibilidad por parte de las Cajas que cumplen la función delegada, pero la falta de control estatal genera el desconocimiento por parte de éste del contexto real en que las mismas se encuentran. Cabe recordar a modo de información adicional, pero no menos importante, que estos entes realizan estudios actuariales a efectos de poder determinar y conocer mediante cálculos matemáticos aplicados, simulaciones de hechos económicos y otras variables, el período de tiempo en que podrán hacer frente a sus obligaciones previsionales. Un dato relevante respecto de esto es que el dinero ingresado por parte de un afiliado a lo largo de 30 años de aportes, alcanza para solventar el pago de su jubilación solamente para un período menor a diez años.

Asimismo, es necesario traer a colación el caso de Cassaba (Caja de Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) para conocer la situación en que quedaron los afiliados a dicha Caja una vez derogada la norma que le dio creación por parte de la legislatura porteña mediante ley 2811²⁴.

Ante la aprobación de la derogación se dispuso el deber de garantizar la continuidad de las jubilaciones y pensiones que a la fecha de entrada en vigencia de la mencionada ley se hubieran otorgado y se encontraban vigentes, esto a través de instrumentos legales con entidades públicas o privadas de mayor calificación del mercado y que cuenten con la

²² Ley 6.990 – Caja para Profesionales de la Salud de Salta

²³ Constitución Nacional

²⁴ Ley 2811 – De Derogación de Cassaba.

aprobación regulatoria respectiva. Junto con ello se realiza la firma del convenio que garantiza los derechos previsionales de aquellos abogados que hayan aportado un mínimo de 100 LEX durante la vigencia de la ley 1181²⁵, lo cual abarca a más de 15.000 abogados, y a quienes la Anses otorgó una certificación de cumplimiento de sus obligaciones previsionales entre el 1 de enero de 2005 y el 31 de julio de 2008. Esta última parte nos ilustra como el Estado se hace cargo de brindar a los activos un reconocimiento de servicios que posteriormente le servirá para acceder a un beneficio jubilatorio, como así también que es quién no deja de hacer frente a sus obligaciones de brindar los beneficios de la seguridad social.

4.5 – Conclusiones parciales del Capítulo 4.

Lo analizado permite concluir que el Estado mantiene su poder originario – y queda obligado subsidiariamente - respecto del deber de otorgar los beneficios de la seguridad social, sólo delegando las facultades de control y administración en los profesionales cuando se trata de sistemas manejados por ellos mismos. Significa posee un poder mayor al poder de policía – o contralor – con que se faculta a estos Entes Públicos No Estatales, que no forman parte de la estructura estatal, pero cumplen una función delegada.

Respecto de dicha delegación está claro que no está a lo dispuesto en la Constitución Nacional, excepto contados casos, cuanto al control por parte del Estado se da de manera directa o por intermedio de algún organismo externo que forme parte de la estructura pública. En muchos casos sobre este aspecto de falta de control influye la antigüedad en la creación del ente – sin ser ello un justificativo – como así también la falta de previsión a la hora de realizar las reformas correspondientes o la aplicación de oficio por parte del Estado.

A la fecha no se ha producido un hecho que pase nuestra conjetura al plano real, pero justamente las disposiciones normativas que analizamos no son solo a efectos de cumplirlas, sino hacerlo para evitar que ello suceda. Por ello queda demostrado a partir del análisis del poder de policía, lo dispuesto por la Ley 26944 de responsabilidad estatal y las acciones tomadas en la disolución de uno de los entes, que siempre es el Estado el que se hace cargo de continuar brindando los beneficios.

²⁵ Sistema de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Creación de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

CONCLUSIÓN

La jerarquía constitucional e importancia social del derecho que nos ocupa, como así también lo dispuesto en el Art. 14 bis de la Constitución Nacional, lleva a preguntarnos si ¿La falta de participación y control estatal en las Cajas de Previsión Social para Profesionales, contraviene lo dispuesto en el tercer párrafo del Art. 14 bis de la Constitución Nacional?

La falta de control estatal en las Caja de Previsión Social para Profesionales sí contraviene lo dispuesto en el tercer párrafo del Art. 14 bis de la Constitución Nacional, cuanto a la participación se puede ser más flexible atento que el Estado impartiendo las directivas generales en la materia mantiene los límites dentro del cual quiere se maneje la previsión. La reforma constitucional del año 1994 coloca al derecho de la seguridad social, y otros derechos humanos, en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico al haberle otorgado jerarquía constitucional a través de lo establecido en el Art. 75 inc. 22., lo cual determina que las disposiciones inferiores deben estar acorde a lo por ellas dispuesto. Asimismo, y a efectos de controlar se satisfagan, es que toma relevancia la establecido en el tercer párrafo.

El Estado debe cumplir con el control sobre los entes en quienes delega un derecho que le es propio cumplir por naturaleza, no ahondando en la cuestión de la cogestión puesto que al controlar se puede deducir que esto le permitiría poner ciertos límites en caso de no ver con buenos ojos algún tipo de inversión, por ejemplo.

Lo dispuesto en el en el Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional no sólo es la incorporación de diferentes tratados de Derechos Humanos, los cuales no sólo que adquieren jerarquía constitucional, sino que con ellos se amplía la protección de derechos a toda la población. Esta jerarquización pone de manifiesto la importancia que adquiere a partir del allí la seguridad social como derecho inalienable, y obliga expresamente al Estado a cumplir con lo dispuesto en los Tratados Internacionales que componen el nuevo articulado constitucional.

Si bien nuestro problema de investigación parte con fundamento en un hecho hipotético, incierto y conjetural, el mismo es relevante para demostrar que lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 14 bis de la Constitución Nacional es un instrumento de suma valía para dar cumplimiento a lo dispuesto en el citado Art. 75 inc. 22. Esto así, pues mediante su disposición no solo obliga al Estado a cumplir con los derechos como antes mencionáramos, sino también a controlar a los entes en los cuales delegó esta responsabilidad.

Aquí cabe recordar que las Provincias mantienen potestades no delegadas a la Nación al momento de dictarse la Carta Magna, una de ellas es en materia previsional al que refiere el Art. 125 de la Constitución Nacional, pero que en nada afecta lo establecido en el Art. 14 bis del mismo cuerpo legal. Asimismo, debemos recordar la estructura federal que posee nuestro

Estado la cual determina la supremacía de la Constitución Nacional, que surge de analizar lo dispuesto en los artículos 5° y 31° de la misma.

La disposición realizada en nuestra Constitución tiene por finalidad, no sólo brindar los beneficios de la seguridad social, sino también prevenir la situación hipotética planteada a efectos de satisfacer los derechos adquiridos por la clase pasiva, asegurar los que corresponden a los activos en el futuro y salvaguardar el bien común. La falta de recaudos de control en la ley de creación de los entes, o bien de una disposición que apodere a alguno de los órganos que componen la estructura del Estado con el fin de realizarlo, es exclusiva responsabilidad del Estado delegante.

Esta responsabilidad surge también de lo establecido en la Ley 26944 de Responsabilidad Estatal oportunamente analizada, la cual en su Art. 1 dispone: “Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad produzca a los bienes o derechos de las personas...”, en el caso en tratamiento la inactividad en el control sobre las Cajas, y siempre tomando el caso hipotético, genera la responsabilidad subsidiaria del Estado cuanto menos sobre los derechos adquiridos por la clase pasiva.

Asimismo, del pormenorizado análisis realizado sobre 3er párrafo del Art. 14 bis de la Constitución Nacional en el Capítulo II, surge que la administración de los entes que brindan beneficios de la seguridad social debe realizarse con la cogestión del Estado a efectos de cumplir con lo dispuesto en la normativa. Lejos está aquí de poder aducirse la imposibilidad de aplicación de lo dispuesto en el citado artículo, y mucho menos que allí descripto sea de imposible cumplimiento.

El Estado tiene el deber de realizar acciones positivas para que el ejercicio de ciertos derechos - sociales en este caso - no se torne ilusorio, y no puede darse por satisfecho con el reconocimiento de un mínimo del derecho, por el contrario, el cumplimiento de los derechos prestacionales es progresivo, debe ir en aumento y no quedarse estático con respecto a determinadas prestaciones. Esto significa que es el Estado quien debe justificar que ha hecho todo lo posible para satisfacer el derecho, y la falta de reglamentación de una ley no es excusa, esto último si se querría tomar como argumento justificativo la falta de dictado del Código de Seguridad Social.

Las Cajas no tienen como fuente de creación cumplir con el derecho de la seguridad social sino el de ejercer la función de policía que les fuera delegada por el Estado en la materia, ser administrada por los propios profesionales y hacer cumplir la normativa que las regula con fines recaudatorios y prestacionales. El Estado delegante es quien conserva lo que puede

denominarse poder estatal para cumplir la obligación que le fuera endilgada por la Constitución Nacional.

Por ello, en aquellos casos en los que no se dispone del control por parte del Estado sobre el ente, sea en su ley de creación o mediante otro órgano de contralor, éste no queda exento de realizarlo porque conserva el poder estatal en la materia que nunca fue delegado. Este deber de control es necesario a los efectos de prevenir situaciones futuras indeseables y mantener el fin último del Estado que es el bien común, que no es otra cosa que cumplir lo dispuesto por el Art. 14 bis en su tercer párrafo.

El ordenamiento jurídico demuestra que en los distintos niveles de su pirámide normativa dispone de normas que encomiendan al Estado el deber de realizar el control, y otras que le asignan el carácter de responsable subsidiario en caso que los entes públicos no estatales - Cajas de Profesionales - no puedan cumplir el fin para el que fueron creadas. Fundamento esencial del mismo es a nuestro entender el carácter operativo dispuesto en el tercer párrafo del Art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional, ya que el mismo es la herramienta necesaria para satisfacer y dar cumplimiento a los diferentes tratados de Derechos Humanos que adquirieron jerarquía constitucional a partir de lo establecido en el Art. 75 inc. 22.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Doctrina

- Adrián Goldin – (2009) Curso del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social Buenos Aires, Argentina - La Ley S.A.
- Agustín Gordillo – (2017) Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas Fundación de Derecho Administrativo – Buenos Aires.
- Bielsa, Rafael – (1947) Derecho Administrativo – Buenos Aires
- Camilo A. M. Cuenca – (1997) – Seguridad Social del Abogado Jurisprudencia La Plata, Argentina – Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires.
- Cassagne, Juan Carlos – (1998) Derecho Administrativo, 5ta Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Daniel A. Sabasay – (2011) Manual de Derecho Constitucional, 1era Edición, Buenos Aires, La Ley.
- German J. Bidart Campos – (2005) Manual de la Constitución Reformada – Argentina – Ediar Sociedad Anónima Editora
- German J. Bidart Campos – (2005) Compendio de Derecho Constitucional – Argentina – Copyright Ediar Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera – Buenos Aires.
- González Pérez, Jesús – (1977) – Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativos – Madrid.
- Gordillo, Agustín – (2001) Tratado de Derecho Administrativo - FDA – Medellín.
- Humberto Quiroga Lavié – Miguel Ángel Benedetti – María de las Nieves Cenicacelaya – (2009) Derecho Constitucional Argentino – 2da. Ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- Julio Armando Grisolia – (2003) Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Buenos Aires, Argentina – Ediciones Depalma Buenos Aires.
- Julio J. Martínez Vivot – (1994) Elementos del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social – 4ta Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea.
- María Angélica Gelli - (2004) Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada, 2da. Ed. Buenos Aires, La Ley.
- Marienhoff, Miguel S., - (1993) Tratado de Derecho Administrativo - Bs.As. Morgado Valenzuela, Emilio – (1993) “La seguridad social en las Constituciones de Latinoamérica” - Lima, Edit. ADEC-ATC.

- Miguel Ángel Ekmekdjian – (2000) Tratado de Derecho Constitucional – 2º Edición, Buenos Aires, Ediciones Depalma.
- Néstor Pedro Sagüés – (2007) Manual de Derecho Constitucional – Buenos Aires, Editorial Astrea.
- Pérez Leñero, José – (1956) Fundamentos de la seguridad social, Madrid, Aguilar.
- Sampieri – Collado – Lucio – Metodología de la Investigación Quinta Edición - (2010) MCGRAW-HILL - México.
- Sayagués Laso, Enrique – (1953) Tratado de derecho administrativo – I, Martín Bianchi Altuna – Montevideo

Legislación

Nacional

- Constitución Nacional
- Ley 18.037 – Régimen de Jubilaciones y Pensiones para los trabajadores en relación de dependencia.
- Ley 18.038 – Régimen de Jubilaciones y Pensiones para trabajadores autónomos
- Ley 24.241 - Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones
- Ley 26.944 – Responsabilidad Estatal

Provincial

- Constitución de la Provincia de Entre Ríos
- Constitución de la Provincia de San Luis
- Constitución de la Provincia de Mendoza
- Constitución de la Provincia de Córdoba
- Ley 6.990 – Creación de la Caja de Seguridad Social para Profesionales de la Salud.
- Ley 6.716 – Régimen Legal de la Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires.
- Decreto Ley 1030/62 – Caja de Previsión Social para Profesionales de la Ingeniería de Entre Ríos.

Internacional

- Naciones Unidas - Declaración de Derechos Humanos
- Ley 17.738 Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios de la Rca. Oriental del Uruguay.
- Ley 17.437 Caja Notarial de Seguridad Social de la Rca. Oriental del Uruguay.
- Declaración de la Unión Internacional de Estudios Sociales, conocida como Unión de Malinas - Bélgica.

Jurisprudencia

- Losi, Gabriel Pedro c/ Caja de Previsión Social para Profesionales de la Ingeniería de Entre Ríos S/ Contencioso Administrativo " Causa N° 3553/S - Año 2012
- AFIP - DGI c/ Pugliese, Victorino Daniel s/ cobro de pesos/sumas de dinero
- BERÇAITZ, Miguel Ángel s./jubilación CSJN, Fallos, 289:430
- Sánchez, Marcelino y otros C / Caja Forense de la Provincia de Chaco - CSJN, Fallo 286:100, año 1973.
- Mac Kay Zernik, Sergio Luis Carlos, C.S.J.N., sent. del 3-XI-1988
- Petruccelli, Fidel P. y otra c/Municipalidad de Buenos Aires”, Fallos:312:956, CSJN 13/06/1989

Publicaciones

- Coordinadora de Cajas de Previsión y Seguridad Social para Profesionales de la República Argentina – (2010) *La Seguridad Social Profesionales* – Paraná, Entre Ríos, Argentina
- Julio Isidro Altamira Gigena - Actos Administrativos que Emanan de Personas Públicas No Estatales y Personas Privadas - para Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) – DA 2003/2004 – núm. 267-268.
- Sesín, Domingo Juan: “Colegios profesionales y Nueva constitución de Córdoba” en Semanario Jurídico del 06.07.1989

Sitios Web

- Buenos Aires Ciudad
https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/sustentabilidad_del_sistema_previsio_nal_argentino.pdf
- Caja Médica y de Profesionales Universitarios de Paraguay
<http://www.cajamedica.org.py/assets/Uploads/Estatutos-Sociales-2018-para-web.pdf>
- Caja Mutual de Jubilaciones y Pensiones del personal docente de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”
http://www.cajamutualuca.com.py/archivos/cap_01.pdf
- Centro de Estudio para el Cambio Estructural
<http://fcece.org.ar/wp-content/uploads/informes/cajas-previsionales-pacto-fiscal.pdf>
- Control Judicial de la Responsabilidad del Estado por Omisión. Pautas Jurisprudenciales para una Interpretación de la Ley 26.944 - Fabián Canda Fiscal

Federal en lo Contencioso Administrativo; Profesor Adjunto de Derecho Administrativo, Universidad de Buenos Aires.

<http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal-ii/cae2-canda.pdf>

➤ Ministerio de Trabajo -

http://www.trabajo.gob.ar/downloads/domestico/explora_SeguridadSocial.pdf

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Steiner, Ezequiel Leandro Gonzalo
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	23.550.929
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	El control Estatal sobre las Cajas de Previsión para Profesionales.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	elgsteiner@gmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica: _____certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.