



Trabajo Final de Graduación

La autonomía de la voluntad contractual y el rol igualador del Estado en los contratos de renta vitalicia previsional

Guillermo José D'Anna

Legajo: VABG25380

2018 – ABOGACÍA

ÍNDICE

Introducción	Pág. 5
Marco Teórico y Metodológico	Pág. 8
I. La autonomía de la voluntad y el efecto vinculante de los contratos	
a) Delimitación conceptual y formulación legal	Pág. 10
b) Alcances de la libertad de contratar	Pág. 11
c) <i>Pacta sunt servanda</i> : El efecto obligatorio del contrato	Pág. 11
d) Límites legales y constitucionales. Fundamento de dichos límites	Pág. 12
e) Conclusión parcial	Pág. 13
II. Las prestaciones del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA)	
a) Contingencias de la seguridad social – Breve descripción de las prestaciones	Pág. 14
b) Prestaciones por vejez	Pág. 17
b.1 Prestación Básica Universal	Pág. 17
b.2 Prestación Compensatoria	Pág. 17
b.3 Prestación Adicional por permanencia	Pág. 18
b.4 Prestación Universal para Adultos Mayores (PUAM)	Pág. 18
c) Prestaciones por incapacidad	Pág. 18
c.1 El retiro transitorio y definitivo por invalidez	Pág. 18
d) Prestaciones por fallecimiento	Pág. 19

d. Pensión directa (afiliado en actividad) y pensión por fallecimiento (beneficiario jubilado)	Pág. 19
e) Conclusión parcial	Pág. 20

III) El contrato de Renta vitalicia

a) Origen del sistema de capitalización individual	Pág. 22
b) Principales características del Contrato de Renta Vitalicia previsional	Pág. 23
c) Derogación del sistema de capitalización individual - Actualidad del mismo	Pág. 25
c) El art. 125 de la ley 24.241: evolución jurisprudencial acerca de la participación del Estado en la integración del haber mínimo previsional.	Pág. 25

IV) Conclusiones

a) Igualar o discriminar, esa es la cuestión. Alternativas para solucionar la problemática planteada	Pág. 32
---	---------

Abstract

Luego de la reforma previsional ocurrida en el año 2008 se produjo la desaparición de las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones. Eso significó que los beneficiarios que realizaron aportes previsionales sólo en el segmento privado quedaron atrapados por dicho sistema en base al principio de autonomía de la voluntad contractual.

El Estado no puede valerse de dicho principio para discriminar a dichos beneficiarios ya que estaría violando derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

After the pension reform that occurred in 2008, the retirement and pension fund administrators disappeared. This meant that the beneficiaries who made pension contributions only in the private segment were trapped by this system based on the principle of autonomy of contractual will.

The State can not avail itself of said principle to discriminate against said beneficiaries since it would be violating fundamental rights consecrated constitutionally.

“As well as power there is duty” (Así como hay poder, hay deber. WADE, William – FORSYTH, Christopher, Administrative Law, 8vaEd., Oxford University Press, Oxford, 2000, p.5)

Introducción

Una de las bases del Estado es el ejercicio pleno de los derechos y garantías constitucionales. Ese plexo constitucional debe verse reflejado al momento de establecer relaciones jurídicas privadas y armonizarse con el orden público.

La libertad contractual es, sin dudas, uno de los pilares fundamentales donde se cimienta el derecho de los contratos. El principio de autonomía de la voluntad va a implicar el nacimiento de una situación jurídica y, por consiguiente, el otorgamiento de derechos y la generación de obligaciones, que originará una modificación (también jurídica) a los sujetos intervinientes.

Sin embargo podemos ya rescatar como límite puesto por el Codificador al orden público, que aparece como una imposición del interés general al cual la comunidad vincula su propio destino, según Vanossi, que se manifiesta como un núcleo imperativo indisponible para la autonomía de la voluntad (1)

Si bien no hay una vinculación directa e inmediata cuando la relación se traba entre un habitante y el Estado y una situación jurídica indirecta o mediata cuando el nexo se suscita entre particulares, en ambos supuestos —y aun cuando la materia u objeto quede subsumida por el derecho privado— la fuerza normativa de la Constitución tienen un efecto directo e inmediato (2)

Ahora bien, hablar de libertades implica correlativamente hablar de límites a las mismas ya que no existen derechos absolutos en nuestro sistema. Siempre una norma reglamentará el ejercicio de los derechos. Además el contrato se encuentra circunstanciado en tiempo y

espacio y, las condiciones que dieron origen al mismo pueden ser cambiantes produciendo flagrantes perjuicios económicos que pueden estar originados (como es el caso del presente trabajo) en la debilidad de una de las partes (beneficiario previsional) frente a la otra (Ex AFJP, hoy Compañía de seguros de retiro).

Aquí es donde el orden público asume un rol preponderante a los fines de garantizar el derecho a la igualdad consagrado constitucionalmente (art. 16) Dicho orden público debe constituirse como un mínimo inderogable e incuestionable que equilibre la relación desigual.

Los límites a la autonomía de la voluntad establecidos en el Código Civil y Comercial de la Nación, junto con las normas constitucionales que ponen al Estado como garante de los derechos de la seguridad social constituyen el marco de estudio del tema seleccionado.

Los seres humanos modernos atravesamos por distintas etapas en nuestras vidas que, pueden describirse genéricamente como las siguientes: infancia, adolescencia, edad adulta y la vejez. El Derecho Previsional y de la Seguridad Social posee elementos de cobertura en cada etapa de las mismas pero, en general, se asocia al mismo a la última de ellas.

Precisamente, el hecho de adquirir un beneficio previsional (ya sea por jubilación ordinaria o pensión por fallecimiento del titular) supone que el Estado, en su rol de garante de la Seguridad Social, controle que se cumplan los requisitos necesarios para garantizarle a los ciudadanos los medios necesarios para su subsistencia.

En este contexto, se han presentado diversos casos en los que no se ha respetado dicho supuesto mínimo: es el caso de aquellas personas (en general pensionadas) que, habiendo celebrado sus cónyuges o convivientes, contrato con las Ex Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP) para que administren sus fondos jubilatorios a cambio de una renta, retiro fraccionario o jubilación ordinaria, no resulta suficiente la contraprestación que otorgan (hoy las Compañías de Seguros de Retiro) para cubrir las necesidades de subsistencia básicas.

La intención de este TFG es identificar cuáles son los límites que impone nuestra Constitución Nacional (y también los Tratados Internacionales incorporados en el art. 75

inc. 22) al Derecho Privado de los contratos cuando lo que está en juego es la dignidad humana. Es entonces a través de las construcciones pretorianas que podrá vislumbrarse la necesidad de garantizar la prestación mínima previsional vigente.

La utilidad de este trabajo consiste en proponer la incorporación de dichas beneficiarias o beneficiarios (porque también incluimos a los que obtuvieron retiro por invalidez que sólo tenían aportes al ex sistema de capitalización individual) dentro de la garantía de haber mínimo que surge del art. 125 de la ley 24.241 (sólo aplicable a los que poseen aportes jubilatorios en el sistema de reparto público).

En este trabajo se abordan las características y límites impuestos por las normas y la jurisprudencia a la Autonomía de la Voluntad y la tensión que existe entre este instituto del Derecho Privado y el rol igualador que debe asumir el Estado como garante de la seguridad social conforme lo establecido por el art. 14bis de la Constitución Nacional.

En este contexto, quienes celebraron un contrato de renta vitalicia previsional con una AFJP del derogado sistema de capitalización individual (ahora convertidas en su objeto social en compañías de seguro de retiro) no perciben el haber mínimo previsional garantizado por la ley 24241 porque el estado no participa en el pago. Entonces se presenta la siguiente problemática: una persona que celebró contrato de seguro de retiro o renta vitalicia con una empresa para cobrar un beneficio previsional (pensión o jubilación) está en desigualdad de condiciones que una persona que percibe un beneficio previsional del régimen de reparto público.

El marco metodológico que se utiliza para esta propuesta consiste en una investigación de tipo descriptiva de la hipótesis propuesta valiéndose de un uso del tipo correlacional para abordar la tensión existente entre dos ramas del derecho autónomas (civil y previsional).

Por las características del tema elegido, el método combinado, denominado cuali-cuantitativo es el apropiado, a mi criterio, para abordar la problemática planteada. Esta combinación supone la utilización de variables susceptibles de medición cuantitativa y análisis cualitativo.

Se utilizan, a modo de ejemplo, distintas fuentes combinadas: De esta forma utilizaremos:

- Fuentes Primarias: se utilizarán artículos especializados de la materia, como por ejemplo las publicaciones de la Revista de Jubilaciones y Pensiones del Dr. Guillermo Jáuregui como así también libros que abordan algunos de los temas planteados (Tratado de la Seguridad Social del Dr. Bernabé Lino Chirinos); así también el Código Civil y Comercial comentado por el Dr. Bueres y Tratados sobre derecho de los contratos, entre otros.
- Fuentes Secundarias: se utilizarán los informes publicados por organismos nacionales e internacionales en relación al problema demográfico descrito, como por ejemplo un informe de la CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) titulado: *“Envejecimiento, solidaridad y protección social: La hora de avanzar hacia la igualdad. Tercera Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe”* (CEPAL, Costa Rica, 2012)
- Fuentes terciarias: accederemos también a los manuales que existen sobre la materia y que sintetizan los diferentes aspectos abordados, como por ejemplo el “Regimen del Jubilaciones y Pensiones” de Fernando Payá y María Teresa Martín Yañez. Asimismo, las publicaciones de reconocidos autores en materia de Derecho Privado de los Contratos

El análisis de la hipótesis de trabajo tiene su punto de partida en el análisis del sistema previsional vigente en nuestro país hasta llegar a la incorporación de los contratos privados de renta vitalicia en el año 1994, para luego concluir con la derogación de dicho régimen de capitalización individual. De igual forma, las secuelas de dicha derogación hasta nuestros días

Luego de este repaso y además de definir y caracterizar al contrato de renta vitalicia previsional, damos un recorrido por los distintos precedentes judiciales que otorgaron (por la vía del amparo o del proceso ordinario) la diferencia entre lo que perciben por el contrato privado y el haber mínimo previsional vigente. Particularmente se destaca el rol del Estado en el otorgamiento de los beneficios de la seguridad social, como garante de la Constitución Nacional (art. 14 bis de la Carta Magna).

La propuesta final incluye la redacción de un proyecto de ley para reformar nuestra legislación a efectos de que los rentistas perciban el haber mínimo previsional vigente.

I. La autonomía de la voluntad y el efecto vinculante de los contratos

El título del apartado que se desarrolla a continuación nos habla de dos de las principales características de las convenciones.

Es importante a los fines del desarrollo del presente trabajo entender cabalmente cuales son los conceptos principales y los límites legales que traen aparejados su aplicación en el marco de la tensión que se genera, a mi entender, con los principios del Derecho de la Seguridad Social y a los fines de poder intentar resolver la hipótesis planteada.

a.- Delimitación conceptual y formulación legal

Al hacer referencia a la libertad de contratación estamos reconociendo la conexión existente entre el Derecho de los Contratos y los derechos derivados de la Constitución Nacional.

Es importante adentrarnos en este tema entendiendo que las distintas ramas del derecho no deben funcionar como compartimentos estancos. Existe una vinculación directa entre el Derecho Privado y el Constitucional ya que los distintos principios que rigen al primero (orden público, buena fe y autonomía privada) son de raigambre constitucional.

La autonomía de la voluntad y la libertad deben ser la base de la relación contractual en el marco del denominado orden público de los contratos. Dicha libertad supone poder contratar y fijar el contenido del acuerdo respetando la palabra empeñada sin la posibilidad de revocar lo establecido por las partes, salvo que exista un acuerdo entre ellas para hacerlo. Esto fundamenta otro principio general de los contratos: la seguridad jurídica.

Contratar es un ejercicio de libertad (3) derivado del art. 19 de la Constitución Nacional plasmado actualmente en el art. 958 del Código Civil y Comercial de la Nación y reforzado por el art. 990.

Siguiendo a Spota (2009) podemos afirmar que la autonomía de la voluntad es aquel principio que confiere a la *voluntad jurídica* la atribución de crear negocios jurídicos sin ultrapasar el ordenamiento coactivo, brindándoles su contenido y su eficacia jurídica (4)

Supone la existencia de libertad para contratar e igualdad jurídica. Estos dos postulados contrastan con la desigualdad y la subordinación económica.

En la relación contractual establecida entre el beneficiario o beneficiaria de una renta vitalicia se vislumbra una evidente desigualdad económica entre las partes que hace surgir la necesidad de la intervención igualadora del Estado. En el desarrollo del presente trabajo intentaré establecer aquellos mecanismos que serán más apropiados para lograr dicho objetivo, sin alterar el efecto vinculante del contrato.

b.- Alcances de la autonomía de la voluntad

Es preciso delimitar los alcances de la autonomía de la voluntad con fines prácticos. Ello permitirá dirimir los conflictos que puedan desarrollarse en el marco de la relación jurídica contractual.

De esta forma, la libertad de contratación supone, por una lado la posibilidad de realizar o no dicho contrato. En el origen de la relación jurídica se debe recordar este principio (aunque resulte una obviedad) ya que los tiempos modernos parecen llevarnos constantemente a prestar el consentimiento originario pasando por alto que podemos no contratar.

Asimismo, la libertad de contratación implica la posibilidad de contratar o no con persona determinada. Leiva Fernandez (2017) cita como ejemplo el caso del derecho de admisión a los boliches bailables o restaurantes, en la medida de que el ejercicio de este derecho no desemboque en una conducta abusiva. De la misma forma, las partes son libres de configurar el contrato, de establecer su contenido.

Finalmente, son la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres los que marcan el contorno más allá del cual no pueden las partes regular su propia conducta sin que el ordenamiento jurídico se los reproche.

c.- Pacta sunt servanda: El efecto obligatorio de los contratos

El art. 1197 del antiguo Código Civil establecía que los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma; estaba inspirado en el art.

1134 del Código Napoleón conforme el cual “las convenciones legalmente formadas tienen lugar de ley”

Actualmente, dicho precepto se ve reflejado en el art. 959 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes”

El fundamento de esta regla proviene del Código de Vélez de donde podía leerse en la nota del art. 943: “El consentimiento libre, prestado in dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos”

Si el contrato es obligatorio para las partes es porque él es el resultado de su libre voluntad. En definitiva, auto obligarse es la consecuencia de la libertad de contratar. Este efecto tiene como fundamento normativo supremo el art. 19 de la Constitución Nacional.

A los fines de este Trabajo es importante tener presente este concepto en particular ya que el efecto vinculante de los contratos es el que tensiona con el deber del Estado de proporcionar lo mínimo para la subsistencia de sus habitantes. Es lo que se intentará resolver en los apartados siguientes, aunque, evidentemente, la parte más débil de la relación contractual nunca puede verse perjudicada, cuando nos referimos a cuestiones alimentarias y que hacen a la supervivencia. Creo que es fundamental que el Estado, como regulador e igualador, no desampare al beneficiario.

d.- Límites legales y constitucionales. Fundamentos

Como se manifestó en el apartado a.-, la libertad de contratación reconoce ciertos límites basados en la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres. Su fundamento normativo está establecido en el art. 958 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Asimismo, encontramos que es la misma ley la que nos impone ciertas contrataciones, como el caso de los servicios públicos, los seguros de responsabilidad civil o, como se verá, la que imponía la obligación de contratar con una Administradora de

Fondos de Jubilaciones y pensiones (AFJP) en caso de que no se ejerciera la opción para continuar realizando aportes previsionales al régimen de Reparto Público.

El principio de buena fe actúa como un verdadero límite que se presenta en todas las etapas, desde la negociación, la celebración, la interpretación y, eventualmente, la ejecución.

Se consagra además en nuestro ordenamiento el principio general del abuso del derecho (art. 10 del CCCN).

Otro de los límites es el orden público. El mismo puede presentarse como orden público económico y social, también llamado orden público de dirección por el Dr. Lorenzetti (5). Esto supone que el Estado puede regular las cuestiones económicas, aún lo que las partes hayan establecido. Igual conclusión en referencia al orden público social (régimen cambiario, aduana, etc.)

d.- Conclusión parcial

Conforme lo desarrollado anteriormente, es evidente que, a los fines de garantizar la seguridad jurídica el Estado no puede entrometerse en las relaciones generadas a través de las convenciones privadas. Sólo se establecen pautas que la sociedad juzga como límites a la autonomía de la voluntad contractual. Dichos límites establecidos por el legislador deben interpretarse como taxativos sin perjuicio de estar en presencia de algunos conceptos vagos o sujetos a interpretación judicial. Ello, sin perjuicio de entender que en caso de duda hay que estar a lo normado por las partes en el contrato.

Todo ello, porque las relaciones jurídicas que reconocen como fuente al contrato es ley para las partes. Y la ley fue escrita para ser cumplida. Es un compromiso que las partes no pueden dejar de lado sin tener consecuencias jurídicas por dicho incumplimiento.

Ahora bien, en determinadas relaciones contractuales se crean relaciones jurídicas que involucran derechos de raigambre constitucional y cuya disponibilidad resulta limitada a las partes. Allí es donde el Estado debe estar presente como veedor y, eventualmente, igualador.

II. Las prestaciones del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA)

En esta apartado nos disponemos a ingresar en la órbita del Derecho de la Seguridad Social. Una rama del derecho con principios que difieren de los conceptos del derecho privado ya que ingresamos de lleno en el ámbito de lo indisponible, lo inderogable, y, en definitiva de valores ligados fundamentalmente a la condición de ser humano.

Por ello no debemos perder de vista que las diferentes prestaciones tienen como objetivo cubrir una contingencia determinada.

a.- Contingencias de la seguridad social – breve descripción de las prestaciones

El punto de partida para el surgimiento del Derecho de la Seguridad social lo constituye la idea de que el ser humano integra la sociedad y es responsable por su manutención. Esto implica la necesidad de respetar la dignidad humana frente a las distintas contingencias, particularmente, las de la vejez, muerte o discapacidad. (6)

Se dice que el primero en hablar de Seguridad Social en Latinoamérica fue Simón Bolívar en un discurso pronunciado en Angostura en 1819. Allí dio un concepto genérico al referirse de la siguiente forma: *“El sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad y mayor suma de estabilidad política”*

Posiblemente dichas expresiones no sean más que utopías inalcanzables en los tiempos que corren, especialmente, en momentos en donde los seres humanos pasamos a integrar el listado de variables de la economía. Una economía donde el capitalismo salvaje e inhumano deja de lado al hombre a cambio de una simple ecuación de costo – beneficio.

En este contexto se inserta el Derecho de La seguridad Social al que, en palabras del Dr. Juan José Etala (2002) le incumbe *“...fijar las metas, los fines, los objetivos, utilizando los medios a su alcance, fundamentalmente contributivos...”*

Los principales caracteres descriptos en general por la doctrina de la Seguridad Social son los siguientes:

- a) **Universalidad:** La idea central es la de brindar una cobertura previsional a toda la sociedad, independientemente sea trabajador o no, sea aportante o no. El concepto de dignidad humana está presente, por lo menos, en los principios de esta rama del derecho, aunque su realización diste mucho de su concreción.
- b) **Integralidad:** El objetivo es realizar una cobertura previsional que vaya más allá del paso de la vida laboral activa a la pasiva. Actualmente existen otro tipo de prestaciones que cubren cuestiones como la maternidad a partir del tercer mes, la asignación universal por hijo, las asignaciones por discapacidad así como también las prestaciones por desempleo entre otras.
- c) **Solidaridad:** El ser humano vive en sociedad. Por lo tanto no puede desatenderse de las necesidades del semejante. Para ello es necesario que contribuya económicamente aunque no perciba en retorno, una prestación proporcional.
- d) **Unidad:** A los fines de otorgar las prestaciones de la seguridad social a las personas que realmente lo requieran es necesario un sistema de administración unificada bajo un solo marco normativo, garantizando la asignación eficiente de recursos.
- e) **Subsidiariedad:** El derecho previsional es subsidiario porque aparece cuando el hombre no puede cubrir sus necesidades o estas son insuficientes. Aquí se resalta el rol del Estado en cumplimiento con lo dispuesto por el art. 14 Bis de la Constitución Nacional. (7)
- f) **Irrenunciabilidad:** La aplicación de este principio que tiene su origen en el art. 14 bis de la Constitución Nacional tiene por objetivo evitar situaciones en las que se dicten normas que deroguen derechos de la Seguridad Social o que funcionarios hagan valer su autoridad y eso conlleve a que una persona renuncie a sus derechos.

Luego de esbozar los distintos caracteres del Derecho de la Seguridad Social podemos definirlo como el *“conjunto de principios y normas formales y materiales, internas e internacionales que, basados en valores de ética social y teniendo en miras el bien común, regulan la cobertura de las necesidades emergentes de las contingencias de diversas naturalezas, a que puede estar expuesta una persona y el grupo familiar a cargo desde el seno materno hasta su muerte”*(8)

Actualmente la ley 24.241 con sus modificatorias otorga los siguientes beneficios previsionales:

- a) Prestación Básica Universal (PBU)
- b) Prestación Compensatoria (PC)
- c) Prestación Adicional por Permanencia (PAP)
- d) Prestación por invalidez:
- e) Prestación por fallecimiento
- f) Prestación Universal para Adultos Mayores (PUAM)

En dicho contexto tenemos que ubicar a los beneficiarios de Rentas Vitalicias Previsionales que contrataron los servicios de administración de fondos de jubilaciones y pensiones a partir del 30 de junio de 1994, fecha a partir de la cual entró en vigencia el sistema mixto de reparto público y privado de capitalización individual.

Al producirse la contingencia correspondiente (fallecimiento del trabajador o su invalidez) la AFJP debía cumplir con la prestación previsional (pensión o retiro por invalidez) abonando el importe que surgía del contrato respectivo, teniendo en consideración el capital acumulado por el titular durante el plazo en el cual realizó los aportes.

En el desarrollo de los principios que rigen al Derecho de la Seguridad Social, es el de Solidaridad que el que debe prevalecer sobre cualquier criterio individualista o economicista que intente privilegiar los negocios por sobre la dignidad de las personas.

b.- Prestaciones por vejez

b.1 Prestación Básica Universal

La Prestación Básica Universal (PBU), es aquel beneficio previsional que otorga el Estado Nacional a los beneficiarios que cumplan con los requisitos para el acceso al beneficio jubilatorio establecidos en la ley 24.241. De esta forma se requiere cumplimentar 30 años de servicios con aportes y tener la edad de 65 años los hombres (actualmente con opción legal para continuar trabajando hasta los 70) y 60 años de edad para las mujeres (art. 19 de la ley 24.241). Es importante destacar que no es necesario cesar en la relación laboral para obtener esta prestación ya que no existe incompatibilidad alguna (a menos de que estemos en presencia de un funcionario público que continúa en funciones; en este caso la incompatibilidad surge del art. 34 de la ley 24.241).

La PBU se presenta como el pilar básico de la solidaridad establecida en el régimen público de reparto ya que la reciben todos los beneficiarios afiliados al SIPA (los que quedaron anclados al viejo sistema de capitalización no lo perciben, por lo que podría considerarse no tan solidaria a la PBU).

Al momento de la creación de esta prestación se pensó en una solidaridad horizontal que se establece con independencia del nivel salarial de los afiliados y su capacidad contributiva en actividad.

b.2 Prestación Compensatoria (PC)

Esta prestación previsional está destinada a aquellos beneficiarios que realizaron aportes a alguno de los sistemas que integran el régimen de reciprocidad jubilatoria, antes de la reforma del sistema previsional el año 1994. (30/06/1994)

Son requisitos para acceder a la misma: cumplir los requisitos para la PBUy acreditar más de 6 meses de servicios con aportes antes del 01/07/1994.

El monto del haber es el equivalente al 1,5% del promedio de la cantidad de años de servicios anteriores al 01/07/1994 o fracción que no baje de 6 meses (con un tope de 35 años). Para el cálculo del promedio se tienen en cuenta las remuneraciones percibidas

durante los últimos 120 meses anteriores al cese en servicios y, en caso de rentas imponibles, las de toda la vida laboral autónoma.

b.3 Prestación Adicional por Permanencia (PAP)

Es aquella que perciben los afiliados que ejercieron la opción por el Régimen Público de Reparto, debiendo acreditar, además de los requisitos exigidos por la PBU, aportes posteriores al 01/07/1994. El cálculo del haber previsional se realiza de la misma forma que la PC.

b.4 Prestación Universal para Adultos Mayores (PUAM)

De reciente sanción legislativa, la Prestación Universal para Adultos Mayores (PUAM) fue creada en virtud de la ley 27.260 y es otorgada por el organismo previsional (ANSES) a aquellas personas que cumplan 65 años de edad, no posean aportes previsionales (o sean insuficientes para obtener la PBU), no perciban ningún beneficio previsional y cuenten con 10 años de residencia en el país (además de mantener dicha residencia una vez obtenida la prestación).

El monto de la prestación fue determinado en el 80% del haber mínimo previsional vigente y no genera derecho a pensión por viudez.

c.- Prestaciones por Incapacidad

c.1 El retiro transitorio y definitivo por invalidez

Como fue descripto en la introducción, otra de las contingencias que cubre al Sistema de Seguridad Social, es la incapacidad laboral.

El afiliado debe acreditar una incapacidad física o intelectual en forma total por cualquier causa. Dicha incapacidad se presume total cuando la invalidez produce una disminución del 66% o más en la capacidad laborativa del afiliado (art. 48, ley 24.241).

El retiro es transitorio porque se otorga inicialmente por un plazo de 3 años finalizado el cual el afiliado es examinado nuevamente por la Comisión Médica

interviniente. Si hay recuperación el beneficio se revoca; de lo contrario se convierte en Retiro Definitivo por invalidez.

En cuanto a la edad, el afiliado o afiliada no debe ser mayor de 65 años ya que calificaría para la obtención de los beneficios ordinarios (PBU, PC y PAP)

Resulta de suma relevancia referirse al requisito de regularidad de aportes a los fines del otorgamiento del beneficio de Retiro por Invalidez. Tener regularidad de aportes significa cotizar aportes dentro de un término determinado previo a la solicitud. De esta forma tendremos: afiliados regulares, irregulares con derecho e irregulares sin derecho.

Es aportante regular aquel empleado en relación de dependencia que acredita retenciones previsionales durante 30 meses como mínimo dentro de los 36 meses anteriores a la fecha de solicitud del retiro por invalidez o cuando reúna los requisitos mínimos de aportes para el régimen al cual corresponda. El autónomo tiene el mismo requisito (30 meses dentro de los últimos 36 previos a la solicitud) siempre que cada pago se hubiera realizado dentro del mes calendario correspondiente a su vencimiento.

El aportante irregular con derecho acredita 18 meses dentro de los últimos 36 o 12 meses dentro de los 60 anteriores a la solicitud y reúne el 50 % de los aportes exigidos por el sistema para jubilarse.

El aportante irregular sin derecho no acredita ninguno de los recaudos mencionados anteriormente.

d) Prestaciones por fallecimiento

d.1 Pensión directa (afiliado en actividad) y pensión por fallecimiento (beneficiario jubilado)

El art. 53 de la ley 24.241 hace referencia al derecho que poseen los causahabientes del afiliado a una caja de previsión, jubilado o en condiciones de jubilarse, a percibir mensualmente una suma de dinero que les permita sobrevivir

Ante el fallecimiento de quien produce los ingresos familiares y de los cuales dependen los demás el legislador consideró que correspondía otorgarles un ingreso mensual. El fundamento no es otro que el establecido por el art. 14bis de la Carta Magna.

La pensión se adquiere a título directo y personal por encontrarse el peticionante entre los beneficiarios que enumera la ley (causahabientes)

El beneficio es de naturaleza alimentaria. La ley presume que los beneficiarios de la pensión se encuentran en desamparo económico.

Según el citado art. 53 de la ley 24.241, son beneficiarios:

1. La viuda
2. El viudo
3. La conviviente
4. El conviviente
5. Hijos e hijas solteras, hijas viudas (que no tengan otro beneficio de jubilación o pensión), etc.

La enumeración de la ley es taxativa. Asimismo, es posible que varios beneficiarios compartan un beneficio único.

e) Conclusión parcial

La función primordial del Estado es garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales y las distintas prestaciones que otorga el sistema de la seguridad social nacional se enmarcan en lo dispuesto por el art. 14 bis de la Carta Magna.

Se ha desarrollado un complejo sistema de prestaciones que demuestran la orientación de nuestro sistema hacia la protección integral de los beneficiarios, entendiendo a la Seguridad Social como un Derecho Humano fundamental consagrado en nuestra Constitución Nacional, enriquecida por los Tratados Internacionales que la integran.

Aquí es donde encontramos el punto central de la mentada tensión existente entre el derecho de los contratos y el derecho de la seguridad social en la temática desarrollada en este trabajo.

Y es importante ir adelantando mi postura a favor de hacer prevalecer el derecho constitucional a la seguridad social por sobre las normas creadas por las partes en la medida en que se vea afectado el primero de ellos.

III) El contrato de renta vitalicia

Como puede verse en el título de este apartado, no estamos sino en presencia de uno de los contratos tipificados por el Código Civil y Comercial de la Nación.

Pero resulta que, a los fines de la Seguridad Social, la prestación que se garantiza por vida es un beneficio previsional otorgado por el Estado y pagado por una administradora o aseguradora privada.

Es en este contrato en particular en donde se vislumbra claramente la potestad privada de crear derecho y la obligación del Estado de equilibrar la relación creada. Veamos entonces cuales son las notas características de esta particular forma de contratación.

a) Origen del Sistema de capitalización individual

El principio de subsidiariedad del Estado establece que, cuando existan en la sociedad organizaciones que puedan desarrollar la tarea que originariamente le corresponde a éste, se debe facilitar su funcionamiento a efectos de garantizar la prestación de dicho servicio, estableciendo controles eficaces.

Si nos guiamos por lo establecido por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, el Estado “...*debe garantizar los beneficios de la seguridad social...*”

No habría posibilidad de que una organización privada preste este particular y trascendental servicio, salvo por el principio de subsidiariedad descripto anteriormente.

En definitiva, el proyecto final enviado al Congreso por el Poder Ejecutivo para la sanción de la ley 24.241 estableció que será el Estado el que otorgue los beneficios previsionales (a través del dictado del acto administrativo correspondiente) reservando a las organizaciones privadas la captación de los fondos y su administración.

Así surgieron las Administradoras de Jubilaciones y Pensiones que estarían sometidas al control de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones.

A lo largo del tiempo en el que estuvieron presentes estas administradoras (desde 1994 hasta el 2008) se obligaron a realizar las inversiones necesarias para garantizar un haber previsional que logre cubrir las necesidades básicas de sus administrados, al momento de producirse la contingencia respectiva.

De más está decir que las evidencias demostraron que estas administradoras privadas (que no eran más que divisiones de negocios de bancos nacionales y extranjeros) sólo se garantizaron suculentas comisiones por la administración de los fondos depositados en las cuentas de capitalización de la personas que caían en la trampa de la “opción” (los empleados eran intimados a optar entre el sistema de reparto o el privado y, si guardaban silencio, les sorteaban una AFJP) Una verdadera estafa que en los tiempos actuales, donde la información circula prácticamente sin limitaciones, no sería posible.

b) Principales características del Contrato de Renta Vitalicia previsional

Los otrora beneficiarios del Ex Régimen de Capitalización individual tuvieron, al momento de reunir los requisitos necesarios para el acceso a la prestación previsional, la opción de elegir entre las diferentes modalidades de pago de las mismas, haciendo uso de los fondos acumulados en su cuenta de capitalización. Estas modalidades eran las siguientes: el retiro programado, el retiro fraccionario o la renta vitalicia previsional (que se encontraban regulados por el art. 100 de la ley 24.241). Este esquema fue inspirado por el modelo chileno que, a diferencia del argentino, incorporaba la renta temporal con renta vitalicia diferida (decreto ley 3500 de Chile).

Específicamente la Renta Vitalicia previsional (art. 101 de la ley 24.241, ahora derogado) es, conforme lo definen Payá y Yañes (2005):

(...) aquella que contrata un afiliado o sus derechohabientes con una compañía de seguros de retiro en forma directa, esto es, sin inversión alguna de la AFJP y a la que ésta, una vez notificada la suscripción del contrato, debe transferir los fondos existentes en la cuenta individual de que constituirán la prima única abonada por el contratante, tomador de la renta (p.642)

Los beneficios que otorgaba dicho esquema de ahorro privado eran los siguientes: la jubilación ordinaria, el retiro definitivo por invalidez o la pensión de los derechohabientes del afiliado fallecido o derivada para el caso del deceso del titular de un retiro programado.

Determinado el ingreso base para calcular la renta vitalicia corresponde suscribir un contrato de renta vitalicia previsional, emitiendo la compañía una póliza que deberá respetar las normas de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones.

De esta forma podemos definir, siguiendo a Payá y Yañes (2005) al contrato de renta vitalicia previsional de la siguiente forma:

(...)el contrato oneroso de renta vitalicia previsional es el que celebran dos o más personas, mediante el cual una de ellas recibe dinero o un bien, mueble o inmueble, y a cambio de ello se obliga a pagar a la otra u otras, una suma de dinero en forma de renta anual. Durante toda la vida del otro u otros contratantes.

Dicha definición, que no hace otra cosa que conectar directamente al derecho previsional con el código civil nos permite concluir que, en primer lugar, las normas del código de fondo le resultan plenamente aplicables pero teniendo en cuenta la particular naturaleza alimentaria a la que nos estamos refiriendo.

Aquí no estamos en presencia de la mera aceptación de la autonomía de la voluntad en una contratación común, sino frente a una modalidad que la ley ha autorizado para que se concrete una cobertura de la seguridad social. La aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación, así como las normas relativas a los contratos de seguros son a los efectos de la interpretación de la relación jurídica establecida, más no puede desnaturalizar el objeto principal, que es cubrir una contingencia de la seguridad social.

Específicamente, en lo que atañe al presente trabajo, la cobertura consiste en abonar mensualmente una prestación dineraria durante toda la vida del beneficiario o sus derecho habientes.

c) Derogación del sistema de capitalización individual. Actualidad del mismo

En el año 2008 se sancionó la ley 26.425 que unificó el sistema previsional derogando el sistema de Capitalización individual. El art. 1 consagró la fusión "en un único sistema público denominado Sistema Integral Previsional Argentino, financiado a través de un sistema solidario de reparto, garantizando a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización idéntica cobertura y tratamiento que la brindada por el régimen previsional público, en cumplimiento del mandato previsto por el arto 14 bis de la Constitución Nacional".

El art. 4 de esa ley dispone que los beneficios de jubilación ordinaria, retiro por invalidez y pensión por fallecimiento que a la fecha de vigencia de la norma fueran liquidados por las AFJP bajo las modalidades de retiro programado o retiro fraccionario, sean pagados por el régimen previsional público. Por su lado, el art. 5 prevé que las prestaciones que, para la misma época, se abonaran bajo la modalidad de renta vitalicia previsional, continuarán abonándose a través de la correspondiente compañía de seguros de retiro.

El fin de la administración privada de los recursos de la Seguridad Social tiene su origen en la incompatibilidad de objetivos existente entre las empresas y el Estado. El objetivo de maximización de utilidades choca así con la idea republicana de igualdad. Esta colisión proyectó sus efectos en el fuero previsional cuyos magistrados obligaron rápidamente a la Administración estatal a cumplir con la manda constitucional protectora establecida en el art.14 bis.

d) El art. 125 de la ley 24.241: evolución jurisprudencial acerca de la participación del Estado en la integración del haber mínimo previsional

Originariamente, el Estado Nacional se obligó a participar del pago de las prestaciones del régimen de capitalización individual a través del decreto 55/94 que reglamentara el art. 27 de la ley 24.241.

Con dicha normativa reglamentaria se determinó la concurrencia del Régimen Previsional Público en la integración del capital de los retiros por discapacidad y las pensiones por fallecimiento del afiliado en actividad, en los casos de beneficiarios que, en razón de su edad, hubieran realizado parte de sus aportes en el Estado (antes de junio de 1994). Todo ello, conforme lo dispuesto por los considerandos 5 y 6 del decreto 55/94)

Así, se dispuso que los varones nacidos con posterioridad a 1963, y las mujeres nacidas luego de 1968 no se beneficiarían con la integración del capital mencionado.

De aquí surge el art. 125 de la ley 24.241 que establece : “ El Estado garantizará a los beneficiarios del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones del Régimen Previsional Público y a los del Régimen de Capitalización que perciban componente público, el haber mínimo establecido en el art. 17 de la presente ley”

Esto significa lisa y llanamente que si el beneficiario realizó aportes al Estado antes de la reforma previsional de 1994, tiene derecho a que se le garantice la percepción del haber mínimo vigente (actualmente unos \$7790). Si no realizó aportes hasta la reforma, no tiene ese derecho.

Es el caso de los llamados “rentistas puros” (aquellos que solo aportaron al sistema de capitalización entre junio de 1994 y la fecha de entrada en vigencia de la ley 26.425, que derogó ese sistema privado).

Aquí es donde el fuero de la Seguridad Social se luce prolífero ante la presentación de planteos que tienen por objeto la declaración de inconstitucionalidad del art. 125.

En este orden de ideas, ante el incumplimiento por parte de las Administradoras Privadas (ahora Compañías de Seguro de Retiro) se dictaron distintos pronunciamientos en donde se ordena a la ANSES la integración del haber mínimo

En el caso "FRAGUEIRO" se estableció que *"... En los últimos tiempos se ha asistido a una política de seguridad social que no está totalmente imbuida del concepto contributivo (véanse, por ejemplo, los decretos 1454/05 y 1451/06); más bien se trata de una política asistencial que permite el otorgamiento de beneficios de la naturaleza de la*

seguridad social, equivalentes en monto al haber mínimo garantizado para el régimen público, mediante el cumplimiento de un escaso número de requisitos entre los cuales no figura como condición sine qua non haber efectuado aportes al sistema de seguridad social. Frente a ello, resulta discriminatorio y arbitrario establecer que quien sí se encontraba en el sistema al cual derivó sus aportes durante el breve lapso en que se desarrolló su vida laboral, y que no aportó más porque existió un hecho interruptivo como la muerte temprana, se vea impedido de obtener una prestación que le permita solventar sus mínimas necesidades por no cumplir el causante con una pauta temporal, requisito que se transforma, en el caso, en un excesivo rigor formal que limita, restringe, altera y amenaza el pleno goce de un derecho alimentario, pues no prever que porque nació después de determinado año pueda afrontar necesidades que excedan sus posibilidades, está reñido con los más elementales principios de nuestra materia, y debe ser remediado. Es más, si el causante hubiera estado afiliado al régimen de reparto por la misma cantidad de tiempo, hoy el menor de autos estaría percibiendo el haber mínimo, lo cual evidencia que se encuentra conculcada la garantía de igualdad del art. 16 de la CN. En la renta vitalicia previsional elegida como modalidad de prestación, se deberá incluir al actor en la percepción del haber mínimo garantizado en igualdad de condiciones que los beneficiarios del régimen previsional público, haciéndose cargo la Anses, como ente gestor de la seguridad social, de la diferencia entre lo que percibe y aquél que prevé la legislación vigente, esto es aquella prevista en el art. 46 de la ley 26.198 y las eventuales modificaciones que sufra el mismo."(9)

En este mismo sentido se pronunció LA Justicia Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social en el fallo "LANDONI": *"El derecho a la seguridad social tiene como principios básicos, el de la solidaridad y la subsidiariedad. Los principios técnicos de la misma se vinculan necesariamente con aquellos, y son entre otros, los principios de integralidad, de universalidad y de igualdad. Todos ellos traducen el respeto a los principios de dignidad y libertad, y resultan de aplicación en todo el sistema, por integrar el universo de prestaciones en las que se traduce el derecho a la seguridad social ... La garantía de cobro del haber mínimo obedece a la aplicación de los principios de solidaridad y subsidiariedad; por tanto resulta irrazonable excluir de su cobertura a quien*

percibe una renta vitalicia por un importe menor al mínimo legal, pues se trata de un beneficio previsional, otorgado en razón de la muerte del afiliado en actividad y con el objeto de proteger al núcleo familiar ... Negar el pago de la prestación mínima no cuenta con razones valederas dado que la falta de previsión sobre el caso importa el desconocimiento del derecho a la seguridad social garantizado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional y contraria al derecho a la igualdad...". (10)

La Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala III, resolvió también que *"corresponde confirmar la decisión del a quo que concluyó que resultaba aplicable al caso la garantía de haber mínimo dispuesta por el art. 125 de la ley 24.241, dejando de lado la modificación introducida al mismo por el art. 11 de la ley 26.222 que no incluyó bajo su amparo a las prestaciones del régimen de capitalización sin componente público. La oposición del organismo deviene insostenible desde que, por imperio del art. 1 de la ley 26.425, se produjo la eliminación del régimen de capitalización y su absorción y sustitución por el de reparto en el nuevo S.I.P.A., e impuso al Estado Nacional la obligación de garantizar a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización la percepción de iguales o mejores prestaciones y beneficios que los que gozan a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley". En ese mismo orden de cosas y teniendo en cuenta que la razón de ser del "haber mínimo garantizado" no es otra que la de asegurar "elementales condiciones de vida" que hacen a la dignidad del beneficiario y al carácter integral de la prestación acordada, la condena al pago de un suplemento por parte de la A.N.Se.S. en los casos que el importe de la Renta Vitalicia Previsional a cargo de la Compañía de Seguros de Retiro no alcance ese piso, resulta plenamente compatible con el deber de la aseguradora de continuar abonando la renta convenida conforme lo establecido por el art. 5 de la ley 26425 y la garantía prevista en el citado art. 2." (11)*

En el mismo orden de cosas, la Justicia de la Seguridad Social de la Ciudad de Buenos Aires consideró que el Estado Nacional debe hacerse cargo de la garantía del haber mínimo aunque no participe del beneficio previsional porque el mismo es íntegramente privado. Así lo resolvió en autos: "Pérez Rama" al establecer que la garantía del haber mínimo *"... se extiende sólo a aquellos casos en que mediara la existencia de un componente público, supuesto que difiere del presente. Al respecto, debe tenerse presente*

que el art. 14 bis de nuestra Carta Magna establece la obligación del Estado de otorgar los beneficios de la seguridad social, que tendrán carácter integral e irrenunciable. Dentro del universo de prestaciones de la seguridad social se encuentran la totalidad de los beneficios previsionales, cuyo sistema integrado se hallaba compuesto por los regímenes de reparto y capitalización El derecho a la seguridad social tiene como principios básicos, el de la solidaridad y la subsidiariedad. Los principios técnicos de la misma se vinculan necesariamente con aquellos, y son entre otros, los principios de integralidad, de universalidad y de igualdad. Todos ellos traducen el respeto a los principios de dignidad y libertad, rectores de nuestra ley fundamental. Los principios enunciados resultan de aplicación en todo el sistema, por integrar, como ya dijera, el universo de prestaciones en las que se traduce el derecho a la seguridad social. Cabe tener presente que el haber mínimo es determinado por el ingreso necesario para cubrir las necesidades básicas de subsistencia y su fijación se encuentra determinada en última instancia, por la necesidad de resguardo del principio de dignidad, que, como ya dijera, resulta el sustento de los beneficios de seguridad social garantizados por el art.14 bis de nuestra Carta Magna ... En razón de dichos fundamentos, al no resultar posible efectuar una interpretación que haga compatibles la norma prevista en el art. 125 de la ley 24.241 con los derechos de raigambre constitucional involucrados, corresponde declarar la inconstitucionalidad de esta norma, en el supuesto de aplicación a la actora, y reconocer el derecho de la misma a la percepción del complemento de haber mínimo desde el momento en que el monto de la renta fue insuficiente, con más sus intereses. Para la declaración que formulo tengo en cuenta el criterio del Alto Tribunal en la causa "Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación) s/quiebra control de constitucionalidad" versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior (Fallos: 306:303, considerando 4° del voto de los jueces Fayt y Belluscio)." (12)

Finalmente, el Máximo Tribunal de la Nación dictó el meduloso caso "Etchart" en donde señaló que al reglamentarse el art. 5 de la ley 26.425 (que unificó el sistema

previsional) por medio del decreto 2104/08, se estableció que las rentas vitalicias previsionales de componente íntegramente privado continuarán abonándose a través de las compañías de seguro de retiro sin ningún tipo de garantía por parte del Estado Nacional en el pago del haber mínimo legal. Esta reglamentación provocó una desigualdad irrazonable entre los pasivos "*...al excluir a algunos de los que, en similares condiciones, se otorga a los demás, con el agravante de que se ha dejado al margen del haber mínimo que aseguro las condiciones básicas de subsistencia a quien resulta beneficiario de un retiro por invalidez (considerando 14)*" A fin de reparar el perjuicio irrogado al actor la Corte compartió los fundamentos del Procurador : "*...la exclusión de la garantía prevista por el art. 125 referido, sin que el ordenamiento previsional obligue a las compañías de seguros a cubrir dicho mínimo vital, restringe de manera irrazonable los derechos consagrados en la Constitución Nacional y que el Estado debe garantizar*"(13)

En pos de ello, el Alto Tribunal entendió que corresponde al Estado el deber de adoptar las disposiciones necesarias para asegurar el nivel adecuado de prestaciones, resultando ello en forma clara del texto del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en tanto el constituyente determinó que: " El Estado otorgará los beneficios de la Seguridad Social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá...jubilaciones y pensiones móviles..." Como consecuencia de ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó a la Anses el pago de las sumas necesarias para que la prestación del actor, otorgada bajo la modalidad de renta vitalicia previsional, alcance el haber mínimo legal.

La situación planteada en todos estos casos y, los aún existentes que no reclamaron el haber mínimo a la Administración Nacional de la Seguridad Social, no superan, a mi criterio, el examen de razonabilidad previsto en el art. 28 de la CN. El principio de razonabilidad prohíbe al poder reglamentar los derechos de modo que alteren su esencia o lo limiten hasta aniquilarlo. Para verificar el cumplimiento de dicha pauta, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado varios criterios. Entre ellos, la relación entre los fines de las disposiciones y los medios elegidos para alcanzarlos, o bien la proporcionalidad, mensurando la restricción a fin de verificar si excede el límite del derecho afectado. También el análisis de costos y beneficios en relación con el interés público afectado. Es así

que, en base a los criterios antes mencionados, el cobro de un haber previsional por debajo del mínimo garantizado no supera el examen de razonabilidad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que, los principios interpretativos confluyen en reconocer que el alcance de la movilidad de las prestaciones previsionales no son conceptos lineales y unívocos que dan lugar a una exégesis única, reglamentaria e inmodificables sino, opuestamente, susceptibles de ser moldeados y adaptados a la evolución que resulte de las concepciones políticas, jurídicas, sociales y económicas dominantes que imperan en la comunidad en un momento dado.

Por ello, la obra genuina de los intérpretes, y en particular de los jueces, es permitir el avance los principios constitucionales que es de natural desarrollo y no de contradicción, consagrando la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para los que fue dictada la Constitución Nacional (14)

IV) Conclusiones

- a) Igualar o discriminar, esa es la cuestión. Alternativas para solucionar la problemática planteada en relación a la hipótesis del trabajo

El acápite nos permite ubicar en el equipo de los que igualan a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en de los que discriminan, al Poder Ejecutivo y el Legislativo en su conjunto. Esto es así ya que el legislador decidió provocar una situación de desigualdad entre los beneficiarios del régimen público y los que estaban el sistema de capitalización individual, cuando sistema que resultó derogado.

El máximo tribunal ha dejado claro, como intérprete máximo de nuestra Carta Magna, que no puede violarse el art. 16 y ha dejado entrever que la situación debe solucionarse sin más dilaciones, ya sea de manera reglamentaria o legislativa.

Y la Administración Nacional de la Seguridad Social (A.N.Se.S) no puede ampararse en el principio de autonomía de la voluntad contractual afirmando que el beneficiario pactó con la empresa administradora dicho régimen dejándolo completamente desamparado y discriminado en relación al resto de los beneficiarios.

Al consagrarse los principios de integralidad e irrenunciabilidad de todos los beneficios de la seguridad social todos deben tener los mismos derechos sin distinción arbitraria alguna.

La finalidad del haber mínimo legal no es otra que la de otorgar, a todos los beneficiarios, una prestación cuyo importe permita atender a su subsistencia y la de su familia, a fin de alcanzar una cobertura básica y alimentaria, con independencia de toda correlación entre el monto del haber y los aportes ingresados por el beneficiario al sistema previsional.

Esa cobertura básica que el Estado Nacional debe otorgar por mandato constitucional, (conf. art. 14 bis de la CN) no puede reglamentarse en forma tal que cercene injustamente los derechos que pretende amparar, generando con ello una situación

de desigualdad social, por el hecho de haber optado el actor en un momento determinado, por un sistema previsional privado de capitalización.

Los arts. 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) – que en nuestro país tiene jerarquía constitucional- consagran el derecho de toda persona a la seguridad social y a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

También en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008) se delinearon algunos objetivos estratégicos como la adopción y ampliación de medidas de protección social – seguridad social- y protección de los trabajadores, que sean sostenibles y se adapten a las circunstancias nacionales; con una cobertura amplia que incluya a todas las personas y medidas para proporcionar ingresos básicos. Esto debe responder a las nuevas necesidades e incertidumbres generadas por la rapidez de los cambios tecnológicos, sociales, demográficos y económicos.

Probablemente sea una discusión tan importante como la que aquí se desarrolla la que tenga en consideración cuáles serán los medios de los que se valerá el Estado para hacer sostenible un Sistema Previsional a largo plazo. Para ello es fundamental, seguramente, la búsqueda de un sistema económico generador de empleo y que ataque la informalidad laboral y la evasión impositiva y previsional. Pero esto daría para el desarrollo de otro trabajo, probablemente más extenso e intrincado que el que nos ocupa.

Ahora bien, que luego de pasados casi 10 años de la derogación del régimen privado de aportes el Estado se niegue a pagar la prestación mínima no cuenta es aceptable, dado que, la falta de previsión sobre el caso particular, importa a su respecto el desconocimiento del derecho a la seguridad social garantizado en el art.14 bis de la Constitución Nacional. Además, se contraría el derecho a la igualdad, ya que pese a ser afiliado al Sistema previsional se le niega aquello que se otorga a otros en iguales circunstancias, dado que quien percibe la pensión por haber permanecido o haber sido traspasado al régimen público, es acreedor a la garantía del haber mínimo.

Es la mismísima administración la que tiene en sus manos resolver, por vía de resolución administrativa (sería el camino más corto), la situación de los/as rentistas que hoy perciben un haber por debajo del estándar mínimo de supervivencia.

De optarse por reformar la normativa del art. 125 de la ley 24.241 por la senda legislativa (el camino más largo) será la oportunidad para resolver, definitivamente un problema de larga data, como tantos sin resolver en nuestra historia.

Así, todos estarán en el equipo de los que igualen.

Referencias

- (1) VANOSSI; J *Teoría Constitucional* T2, 39 (Depalma 2000)
- (2) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Derecho a la no discriminación negativa y alquileres: la fuerza normativa de la Constitución en las relaciones horizontales*, LA LEY 2006-F, 379
- (3) Leiva Fernandez, Luis F.P, (2017). “*Tratado de los Contratos –Parte General*”, Tomo I, Pág. 32. Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley
- (4) Spota, Alberto G – Leiva Fernandez, Luis F.P (actualizador), (2009). “*Contratos – Instituciones del Derecho Civil*”, Tomo I, Parte General. Pág. 49. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- (5) Rivera, Julio César y Medina, Graciela (2017). “*Contratos - Parte General*”. Pág. 37. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- (6) La OIT clasificó las contingencias de la siguiente manera: 1) Físicas: enfermedad, invalidez, vejez, maternidad, accidente y muerte. 2) Económicas: desempleo. 3) Sociales: familia numerosa
- (7) Art.14 Bis, CN: “...Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”
- (8) Payá, Fernando H. (H) y Martín Yañez, María Teresa, (2005). “*Regimen de Jubilaciones y Pensiones*”; Pág. 9; Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis – Abeledo Perrot
- (9) C.F.S.S., Sala II. “Fragueriro, Juan Manuel c/ A.N.Se.S –Binaria Seguros de Ret. S.S – Arauca Bit A.F.J.P. S.A s/ Amparos y Sumarísimos. RJP. T. XVII. P.544
- (10) Juzg. Fed. 1era. Inst. de la Seg. Social. N°4 “Landoni, norma Angélica c/ A.N.Se.S y otros s/ Amparos y Sumarísimos”. RJP. T.XIX. P.599
- (11) C.F.S.S., Sala II. “Dabaan, Nadia c/ Orígenes A.F.J.P y otros. s/ Amparos y sumarísimos”, Juez Fasciolo, por su voto. RJP. T.XXI. P.546
- (12) Juzg. Fed. 1er. Inst. de la Seg. Social. N° 6 “Perez Rama, Sofia c/ A.N.Se.S s/ Inconstitucionalidades”. RJP. T. XXIII. P.562
- (13) C.S.J.N., “Etchart, Fernando Martín c/ A.N.Se.S. s/ Amparos y sumarísimos (Recurso de Hecho) Fallos E. 261 L.XLVIII (2015), CIJ
- (14) C.S.J.N., “Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ Reajuste por movilidad”. RJP. T XXI. P. 452

Bibliografía

Libros

- 1) APARICIO, Juan M, (1997) “*Contratos. Parte General*”. Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabi
- 2) Bueres, Alberto J. (2015).”*Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado Tomos I y II*” (1era reimpresión 2015). Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi
- 3) Campagnale, Humberto (H) (2000). “*Manual Teórico Práctico de la Seguridad Social*” (2da edición ampliada y con actualización ley 25.239). Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- 4) Chirinos, Bernabé L. (2009). “*Tratado de la Seguridad Social*” Tomo I, II y III. Buenos Aires, Argentina: La ley
- 5) Etala, Carlos A. (2002).”*Derecho de la Seguridad Social*” (2da edición actualizada y ampliada). Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- 6) Failembogen, Indy. (2015). “*Temas de Previsión Social*”. Buenos Aires, Argentina: Errepar.
- 7) GARRIDO R.F.- ZAGO J.A. (1985) “*Contratos Civiles y Comerciales*”, Buenos Aires, Argentina: Ed. Universidad.
- 8) Jáuregui, Guillermo José. (2017). “*Revista de jubilaciones y Pensiones*”[*Versión Electrónica*]
- 9) Leiva Fernandez, Luis F.P, (2017). “*Tratado de los Contratos –Parte General*”, Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley
- 10) Payá, Fernando H. (H) y Martín Yañez, María Teresa, (2005). “*Regimen de Jubilaciones y Pensiones*”. Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis – Abeledo Perrot
- 11) Rivera, Julio César y Medina, Graciela (2017). “*Contratos - Parte General*”. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot
- 12) Spota, Alberto G – Leiva Fernandez, Luis F.P (actualizador), (2009). “*Contratos – Instituciones del Derecho Civil*”, Tomo I, Parte General. Buenos Aires, Argentina: La Ley

Jurisprudencia

- 1) C.S.J.N., “Etchart, Fernando Martín c/ A.N.Se.S. s/ Amparos y sumarísimos (Recurso de Hecho) Fallos E. 261 L.XLVIII (2015), CIJ
- 2) C.S.J.N., “Badaro, Adolfo Agustín c/ A.N.Se.S s/ Reajustes Varios. SAJJ: FA07000202
- 3) C.S.J.N., “Deprati, Adrian Francisco c/ A.N.Se.S s/ amparos y sumarísimos” (2016).
- 4) C.F.S.S., Sala II. “Fragueriro, Juan Manuel c/ A.N.Se.S –Binaria Seguros de Ret. S.S – Arauca Bit A.F.J.P. S.A s/ Amparos y Sumarísimos. RJP. T. XVII. P.544
- 5) Juzg. Fed. 1era. Inst. de la Seg. Social. N°4 “Landoni, norma Angélica c/ A.N.Se.S y otros s/ Amparos y Sumarísimos”. RJP. T.XIX. P.599
- 6) C.F.S.S., Sala II. “Dabaan, Nadia c/ Orígenes A.F.J.P y otros. s/ Amparos y sumarísimos”, Juez Fasciolo, por su voto. RJP. T.XXI. P.546
- 7) Juzg. Fed. 1er. Inst. de la Seg. Social. N° 6 “Perez Rama, Sofía c/ A.N.Se.S s/ Inconstitucionalidades”. RJP. T. XXIII. P.562

Agradecimientos y dedicatorias

El cierre de una etapa tan importante como esta no hubiera sido posible sin el incondicional cariño de mi familia.

Por esos dedico esta Tesis a mi esposa Soledad y mi hija Josefina que me acompañaron en el último esfuerzo (el más difícil de todos) A mis padres Aldo y Silvia, mis hermanas, mis sobrinos y sobrinas, mis tíos, primos, abuelos, suegros y cuñados.

Todos ellos, con su afecto, acompañamiento y ejemplo me inspiraron a no perder de vista el horizonte.

Gracias a todos ellos. Llegué.