

# Poder Judicial de la Nación

## Año del Bicentenario

SENTENCIA DEFINITIVA N° : 138.258 CAUSA N°1528/2009 J.F.S.S N° 1 SALA II

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 22 días del mes septiembre de 2010, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Cámara Federal de la Seguridad Social para dictar sentencia en estos actuados: “FRANZINI MARTÍN IGNACIO C/ESTADO NACIONAL Y OTRO S/AMPAROS Y SUMARÍSIMOS”; se procede a votar en el siguiente orden:

EL DOCTOR LUIS RENÉ HERRERO DIJO:

Vienen los presentes autos para resolver los recursos de apelaciones interpuestos por ambas partes a fs. 105/108 y 109/111, respectivamente, y concedidos a fs. 114, la causa es elevada a esta alzada a fs. 115.

El accionante promueve una demanda de amparo en los términos de la ley 16.986 con el objeto que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 6 y 7 de la ley 26.425 por violatorios de los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional. Solicita, en consecuencia, que se disponga que los aportes obligatorios permanezcan en una cuenta individualizada, administrada por una compañía de seguros de retiro o una entidad destinada a tal fin.

Entiende el amparista que el régimen de capitalización previsto en la ley 24.241 implicaba la titularidad de los afiliados de los fondos acumulados en sus cuentas de capitalización. Destaca que en la exposición de motivos de la ley 26.425 se reconoce esta titularidad cuando señala que con la ley 24.241 “se implementó la idea del ahorro individual administrado por empresas privadas y que la imposición del sistema de capitalización traía aparejada la visión de que los aportes eran de propiedad individual.”

Señala el quejoso que la ley 26.425 al disponer la transferencia de los recursos existentes en las cuentas de capitalización individual violó el derecho de propiedad de los titulares de dichos fondos. Ello así, pues –según su punto de vista- celebró un contrato privado con Met AFJP bajo la forma de un fideicomiso de administración, por lo que al haberse derogado el régimen de capitalización individual, este contrato carece de finalidad y, por lo tanto, corresponde la devolución de los fondos a su propietario.

Aclara que no pretende desconocer las facultades del Poder Legislativo para dictar normas reglamentarias del art. 14 bis de la Constitución Nacional, sino evitar que el derecho de propiedad de su parte, reconocido por el régimen derogado, resulte avasallado por la nueva norma en materia previsional.

La demandada –ANSeS- al contestar el informe del art. 8 de la ley 16.986 niega que el actor sea propietario de los fondos de su cuenta de capitalización, pues todavía no cumplió los 65 años exigidos por la ley para adquirir el derecho que pretende, ni demostró una disminución de la capacidad laborativa igual o superior al 66% para el supuesto de invalidez, ni el derecho de algún causahabiente a una pensión por fallecimiento en los términos del art. 100 y 47 de la ley 24.241. Destaca que el art. 82 de esta normativa dispone que “el fondo de jubilaciones y pensiones es un patrimonio independiente y distinto del patrimonio de la administración y que pertenece a los afiliados...”; y a renglón seguido aclara que: “... los bienes y derechos que componen el patrimonio del fondo de jubilaciones y pensiones serán inembargables y estarán sólo destinados a generar las prestaciones de acuerdo con las disposiciones de la presente ley.” De ello se infiere –según la demandada- que el capital acumulados en las cuentas de capitalización no era de libre disponibilidad sino que tenía un fin específico (financiar las prestaciones previsionales). La actora –entonces- al tiempo de la transferencia de los fondos sólo tenía un derecho en expectativa de carácter previsional y no un derecho adquirido como pretende en la demanda.

Con respecto a los depósitos voluntarios y/o depósitos convenidos, aclara la demandada que el amparista –como lo dispone la ley 26.425- podrá optar por transferirlos a la ANSeS para mejorar su haber previsional o a una administradora de fondos de jubilaciones y pensiones, la que deberá reconvenirse, modificando su objeto social para el cumplimiento de tal finalidad (Ley 26.425 art. 6).

La señora jueza de la instancia anterior hizo lugar parcialmente a la acción de amparo interpuesta por el actor, ordenó la devolución de los aportes voluntarios efectuados por el actor en su cuenta de capitalización individual, e impuso las costas por el orden causado.

Con respecto a los aportes obligatorios al sistema único de seguridad social (Ley 24.241, art. 2), la judicante destaca que el derecho de copropiedad que le reconocía el art. 82 de la ley 24.241 a los afiliados al sistema de capitalización sobre el fondo de jubilaciones y pensiones “... no se traduce en certificados de copropiedad como en los fondos comunes de inversión, ni en títulos con valor circulatorio, sino tan solo en informes periódicos sobre el estado de la cuenta de capitalización individual.” (v. fs. 100 “in fine”)

Destaca la a quo que la administración de los fondos era ejercida por la AFJP bajo la fiscalización del Estado y no de los afiliados, ya que la Superintendencia –órgano fiscalizador- es una entidad autárquica con autonomía funcional y financiera en jurisdicción del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación. Considera, por este motivo, poco afortunada la expresión “copropiedad” que utiliza la ley 24241 en el artículo 85, pues a su criterio el vocablo “pertenece” que contiene el art. 82 de la Ley 24.241 (“El Fondo de Jubilaciones y Pensiones .... pertenece a los afiliados...”) –según Carlos Gilberto Villegas- no significa un derecho de propiedad pleno, sino un “dominio fiduciario

imperfecto, como lo demuestra el hecho que los aportantes no podían disponer de los bienes del referido fondo; no se traduce esa relación con ellos en certificados de copropiedad, como en los fondos comunes de inversión o en títulos con valor circulatorio, sino tan solo en informes periódicos sobre el estado de la cuenta de capitalización individual.

Ello así, pues a criterio de la señora jueza los aportes son obligatorios e irrenunciables, por lo que no encuentra agravio al derecho que invoca el amparista, ya que ambos regímenes –el de capitalización y el público- no exhiben ninguna diferencia en orden a la naturaleza jurídica de los aportes previsionales –de idéntica cobertura y tratamiento, señala la judicante-.

En cuanto a los aportes voluntarios, por el contrario, la a-quo destaca el contraste que existe con los aportes públicos desde el punto de vista jurídico, ya que se trata –insiste- de una relación contractual de diferente naturaleza que excede el fin social que nutre a los primeros.

Siguiendo a los juristas José Brito Peret y Raúl Jaime, la judicante sostiene que no se justifica una intervención estatal con respecto a los aportes voluntarios, pues se trata de una relación concertada entre particulares y no inscrita en el vínculo empleador-dependiente regulado por la ley previsional. En este línea, señala que los aportes convenidos previstos en el art. 57 de la ley 24.241 podrían tener origen en una liberalidad, beneficios o ser el resultado de negocios de distinta índole pactados entre el trabajador con terceros o con el propio empleador. La ley 24.241 pareciera ratificar esta interpretación cuando dispone en su art. 58 que las cuotas representativas de las imposiciones voluntarias y depósitos convenidos no serán consideradas en la determinación del saldo de la cuenta de capitalización individual a los efectos del cálculo del capital complementario. Además, puntualiza la judicante que si bien los aportes voluntarios eran administrados e invertidos por la agencia privada en forma unificada e indistinta, no por ello perdían su naturaleza potestativa y discrecional, lo que ratifica su carácter de ahorro particular con un fin específico.

Por esta simple razón, la a-quo sostiene que los aportes voluntarios no revisten naturaleza social como los públicos, por lo que impedir su recupero podría llegar a configurar un daño confiscatorio para los beneficiarios, quienes se verían privados de los fondos que han ingresado a su cuenta en forma discrecional (no obligatoria).

Puntualiza que aún en el supuesto de que la reglamentación se hubiera dictado [la sentencia data del 27 de marzo de 2009] ello no hubiera saneado el vicio constitucional aludido, pues las sumas de que se trata son de propiedad de sus titulares y su utilización discrecional no puede ser impedida ni obstaculizada sin agravio a los artículos 17, 16, 28 y 33 de la Constitución Nacional.

Esta solución extrema se compadece con la extinción del régimen de capitalización operada por la ley 26.425, que para la judicante importa alterar las bases de la contratación originaria y la desaparición de los motivos que llevaron al actor a confiar su propio dinero al régimen derogado.

A resultas de todo ello, la a quo declaró la inconstitucionalidad del art. 6 de la ley 26.425 y ordenó la devolución de los aportes voluntarios a su titular, conforme a la última liquidación practicada y en virtud de la cual se operó la transferencia de los fondos a la Administración Nacional de la Seguridad Social.

Ambas partes apelan la sentencia. El actor insiste en su derecho de propiedad sobre los aportes obligatorios y voluntarios. Señala que el régimen de capitalización es un método de financiamiento no fundado en el principio de solidaridad, que consiste –siguiendo a C. González Posada- en cubrir toda promesa a plazo diferido, con una suma que, capitalizada, dará al día del término del plazo de la producción del riesgo, los recursos necesarios para cumplir con aquella promesa. Insiste en que la naturaleza jurídica de los aportes dados en propiedad fiduciaria a la AFJP es la misma tanto para los aportes obligatorios como para los voluntarios; que en ambos casos le dio la propiedad fiduciaria a la AFJP para que los administre, los invierta y, cumplidas las condiciones legales, los devuelva conforme lo dispuesto por la ley.

Puntualiza el actor que al tiempo de sancionarse la ley 24.241, el régimen de la propiedad fiduciaria fue incluido en el art. 82, pues todavía no se había sancionado la normativa que la reglamentara, lo cual recién se logró con la ley 24.441. También destaca que la a-quo confunde la existencia del derecho de propiedad con su exigibilidad. La existencia –subraya- concierne a la adquisición del derecho cuando su titular cumple todos los requisitos legales para componerlo. La eficacia –en cambio- atañe a su exigibilidad (como acontece con las obligaciones sujetas a plazo).

Sostiene el accionante que las normas del Código Civil relativas al dominio no son aptas para resolver esta cuestión, pues ellas se refieren al dominio perfecto. Pone como ejemplo para desmentir el razonamiento de la a-quo el caso del “dominio imperfecto”, como el usufructo vitalicio, en el cual el que tiene la nuda propiedad sobre la cosa no puede usarla ni gozarla, lo que no impide que sea su único dueño. Ocurre lo propio –concluye- con los aportes previsionales: “aunque no pueda disponer en la actualidad de ellos, es su único dueño.”

La ANSeS, a su turno, se agravia porque la indisponibilidad de que habla la señora jueza no fue establecida por el art. 6 de la ley 26.425, sino por la ley 24.241 que sujetaba dichos aportes –del mismo modo que lo hacía con los obligatorios- a una disponibilidad reglada por estar destinados a una finalidad específica, de tal suerte que una vez ingresados en la cuenta de capitalización del afiliado, pasaban a formar parte del patrimonio del fondo de jubilaciones y pensiones (art. 83 inc. “a” de la ley 24.241), el cual sólo estaba destinado a generar las prestaciones de acuerdo con las disposiciones de la presente ley (cf. Art. 82).

# Poder Judicial de la Nación

## Año del Bicentenario

Afirma la demandada que los aportes voluntarios contaban con ventajas impositivas que favorecían su realización, por lo que su devolución importaría un enriquecimiento indebido, salvo que al mismo tiempo se ordenara la integración de los impuestos pagados en menos. Cuestiona, asimismo, que la suma a devolver sea la que surge de la última liquidación practicada y de acuerdo a la cual se operó la transferencia de los fondos a la Administración Nacional de la Seguridad Social. Puntualiza que no se tuvo en cuenta la abrupta caída de los valores-cuota que se produjo en los fondos de jubilaciones y pensiones como consecuencia de la crisis financiera global que es de público y notorio conocimiento.

Sentado lo anterior, analizaré en primer lugar los agravios de la actora referidos a los aportes obligatorios que la señora jueza no se los restituyó como lo había solicitado en la demanda. Afirma la quejosa –como se señaló más arriba- que el régimen de capitalización es un método de financiamiento no fundado en el principio de solidaridad, que consiste –según C. González Posada- en cubrir toda promesa a plazo diferido, con una suma que, capitalizada, dará al día del término del plazo de la producción del riesgo, los recursos necesarios para cumplir con aquella promesa.

No parece convincente este argumento como demostración de su presunto derecho de propiedad sobre los aportes obligatorios realizados a la administradora de su elección. La mera circunstancia que el sistema de capitalización individual no se haya erigido sobre el principio de solidaridad no implica que los aportes obligatorios que efectuó y que la Aseguradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones administró hasta su disolución por la ley 26.425, fueran de su exclusiva propiedad, al punto de poder disponer de ellos en forma discrecional y con entera libertad, como lo haría cualquier titular de una cuenta corriente o caja de ahorro bancaria.

La actora arguye también que la a-quo confunde la existencia del derecho de propiedad con su exigibilidad, pues la eficacia –destaca- sólo atañería a la segunda y no a la primera (exigibilidad del derecho y no a su existencia), como sucedería con las obligaciones sujetas a plazo. Sin embargo, al reclamar en la demanda la devolución de todos los aportes que realizó al sistema de capitalización regulado por la ley 24.241 (obligatorios y voluntarios), lo que sostendría en la premisa mayor (esto es, que la exigibilidad del derecho sólo concierne a su eficacia y no a su existencia), lo contradeciría en cierta medida en la conclusión (es decir, que los aportes previsionales le deben ser restituidos en su totalidad porque son de su propiedad), pues si esto último sucediera, no se entendería por qué razón no sería exigible su derecho de propiedad sobre los aportes durante la vigencia del régimen de capitalización y sí lo sería ahora bajo el régimen público, cuando en ambos supuestos la normativa vigente no autorizaba entonces, ni autoriza ahora, el ejercicio de esta facultad dispositiva sobre los bienes inmateriales en cuestión.

Si bien es cierto –como lo sostiene el quejoso- que el concepto de propiedad y dominio se emplean como sinónimos con respecto al derecho real que contempla el Código Civil, no lo es menos que aún considerándolo con un alcance mayor al señalado (esto es, incluyendo a todos los derechos patrimoniales, no sólo al dominio), no hay duda que si el derecho de propiedad –como cualquier otro derecho- no fuese exigible, no sería propiamente un derecho; sería, en todo caso, una mera abstracción, una entequeia, un derecho hueco o una nada jurídica. Por este motivo el Código Civil prescribe a renglón seguido –aunque se refiera al derecho real de dominio, como lo destaca el recurrente- lo siguiente: “... es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular.” (art. 2513); y a continuación refuerza la eficacia de este derecho con estas palabras: “El ejercicio de estas facultades no puede ser restringido en tanto no fuere abusivo, aunque privare a terceros de ventajas o comodidades.” (cf. art. 2514).

Por otra parte, el apelante incurriría en una suerte de petición de principios (una de las especies del paralogismo, es decir, del razonamiento incorrecto o no válido), al inferir de la antedicha afirmación (esto es, que la exigibilidad del derecho de propiedad sólo atañe a su eficacia y no a su existencia), que es dueño de los aportes obligatorios que efectuó al sistema de capitalización individual (lo cual está en debate en este juicio).

El filósofo y lógico argentino Francisco Romero señala que hay petición de principios cuando se da por acordado lo mismo que está en cuestión, y ofrece como ejemplo de ello el siguiente juicio formulado por Aristóteles: “La naturaleza de las cosas pesadas es tender al centro del mundo, y la de las cosas ligeras alejarse de él; la experiencia nos muestra que las cosas pesadas tienden al centro de la tierra, y que las cosas livianas (o ligeras) se alejan de él; luego el centro de la tierra –concluye al Estagirita- y el centro del mundo coinciden.”

El profesor Romero puntualiza al respecto lo siguiente: “Es claro que hay en la mayoría de esta argumentación una manifiesta petición de principios, porque vemos bien que las cosas pesadas tienden al centro de la tierra; pero ¿de dónde sabe Aristóteles que tienden al centro del mundo, si no supone que el centro de la tierra es el mismo que el centro del mundo?” (v. Lógica e introducción a la problemática filosófica, Ed. Losada, 1983, pág. 87/8).

La pregunta que cabría formularle al apelante sería la siguiente: ¿En qué se basa para sostener que es dueño o propietario de los aportes previsionales obligatorios que efectuó, salvo que fuese en la mera suposición de que la exigibilidad del derecho de propiedad –como lo predica- no hace a su existencia, sino a su eficacia? Si seguimos avanzando en el terreno de la lógica formal, bien se podría afirmar que este razonamiento incurriría –más que en una petición de principios- en lo que se denomina también *ignoratio elenchi* o sofisma, vicio que se origina cuando se responde a otra cosa que lo que

está en cuestión, o cuando se prueba algo que no es lo que corresponde probar (v. Francisco Romero, op. cit. pág. 87).

Los aportes previsionales obligatorios de los trabajadores (en relación de dependencia y autónomos), como asimismo las contribuciones de los empleadores, constituyen bienes inmateriales de carácter público (como la renta pública), que no pertenecen al dominio privado de las personas físicas, obligadas a solventarlos en un porcentaje determinado de sus ingresos y con fines estrictamente previsionales (es decir, fines públicos).

La ley 24.241 que instituyó el régimen de capitalización individual (Cap. II arts. 39 y sgts.), no privatizó los aportes obligatorios de los trabajadores afiliados al mismo –como al parecer lo creen algunos- sino que delegó en dichas entidades comerciales con fines de lucro, denominadas A.F.J.P., la función de administrar en los términos del art. 74 y sigs. de la ley 24.241, un fondo de jubilaciones y pensiones integrado con los aportes previsionales efectuados por aquellos, como también la obligación de otorgar las prestaciones y beneficios que establecía.

La única diferencia que exhibe este régimen con el de reparto instituido por las leyes 18.037 y 18.038 (y con el actual Sistema Previsional Argentino creado por ley 26.425), radica en que en estos últimos los aportes obligatorios eran administrados directamente por el Estado y no por las mencionadas agencias privadas. Los previsionistas Raúl C. Jaime y José I. Brito Peret, al comentar el art. 59 de la ley 24.241, corroboran esta afirmación con las siguientes palabras: “Las AFJP del derecho previsional argentino, a semejanza de las AFP chilenas que inspiraron su creación, son, primordialmente, entidades comerciales y, por ende, con fines de lucro, en las cuales el Estado delega la atención de un servicio público de seguridad social, a cambio de la obtención de una utilidad.” (v. Régimen Previsional –Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones-, Ed. Astrea, 1996pág. 344).

Ahora, bien, el tsunami privatizador que se desató en el planeta durante la década de los noventa y que en nuestro país dejó gravísimas secuelas sociales en la población, muchas de ellas irreparables (p. ej. exclusión social, marginalidad, trabajo en negro, desprotección social, inestabilidad laboral, etc.), diluyó también con velada intención el límite entre lo público y lo privado en beneficio de un lucro ilimitado, en desmedro de la dignidad de la persona humana apaleada por aquella condición, y obviamente del dogma de la justicia social, a la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su actual composición, definió con estas palabras: “... la justicia social es la justicia en su más alta expresión [y la misma] consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta, con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización”; es la justicia por medio de la cual se consigue o se tiende a alcanzar el "bienestar", esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad" (Fallos 327: 3753, considerando 12º; ídem 293:26, 27, considerando 3º).

La previsión social –como también la educación, la economía, la salud, etc.- no resultó ajena a los efluvios deletéreos de la ideología dominante en aquella época, pues a través de las leyes 24241 y 24463 se introdujeron reformas estructurales al sistema vigente con fines puramente macroeconómicos –no previsionales- que a la postre terminaron en un completo fracaso, frente a la volatilidad endémica de nuestra economía y a la inhumanidad de la ideología de la que era tributaria.

La Corte Suprema de Justicia de ese momento, convalidó por mayoría las líneas directrices de aquella nefanda filosofía neoliberal –a la que me estoy refiriendo concretamente- en el fallo “Chocobar, Sixto Celestino” (Fallos 319: 2341; sentencia de fecha 27 de diciembre de 1996), el cual mereció mi reprobación en la sentencia “González, Herminia del Carmen c/ANSeS” (de fecha 20 de noviembre de 1998), por las siguientes razones: “Es mi sentir que la doctrina del fallo “Chocobar, Sixto C.” (en cuanto importa en los hechos desbaratar el principio de proporcionalidad del haber, el carácter sustitutivo de las prestaciones de la seguridad social, su naturaleza contributiva, la garantía de los derechos adquiridos, el principio de irretroactividad de la ley y básicamente el derecho de propiedad de los beneficiarios del sistema nacional de previsión), resulta de una interpretación que –como lo expresé más arriba- conturba gravemente el texto de la Constitución Nacional y quebranta su ideología.”

El doctor Augusto Mario Morello al comentar esta sentencia, señaló premonitoriamente lo siguiente (digo premonitoriamente pues el Alto Tribunal casi diez años después se apartó de ella en duros términos en la causa “Sánchez, María del Carmen c/ANSeS”; sentencia de fecha 17 de mayo de 2005):

“El lector accede a una sentencia de la sala 2ª. de la C. Fed. Seguridad Social –destaca el ilustre maestro de La Plata- de objeto completo y de urgida actualidad, que asume uno de los temas, mejor diríamos una política concreta, el del sistema jubilatorio, candente y polémico, y acerca del cual –de su dura y sensible dimensión social- la gente involucrada aguardó mucho o todo de la palabra de los jueces. Los camaristas lo han asumido con llamativa preocupación y valentía. Se comportaron como jueces –legisladores y administradores (Capeletti)-. Y ellos en una divisoria interior de los aspectos involucrados, no dejaron ausentes a las facetas históricas, económicas y sociológicas en las que se engarza el matiz jurídico específico, que sólo cobra luminosidad al trasluz de aquellas otras que le sirven de contexto para dibujar, con realismo, su verdadera instalación y registro.”

“Sale al cruce [la Sala II] de la tesis y hermenéutica que sobre ese tema fallara la Corte Suprema, en 1996, en la causa “Chocobar”, ocasión en la que estableció una doctrina diferente, la que acaso “pudo” dictar frente a la realidad de las circunstancias, porque su lectura (mayoría), dejó la sensación que, más pronto que tarde, habría que volverse sobre sus premisas.”

# Poder Judicial de la Nación

## Año del Bicentenario

“Es lo que ahora sucede –concluye el doctor Augusto M. Morello- y, como nuevos cruzados o briosos quijotes independientes, los integrantes de la alzada dan razones, sin dejarse vincular por el precedente, es decir, por la fuerza legal o moral que se reconoce a la doctrina del órgano cimero del país. Expresan “su verdad”, para arribar a una solución diferente que –no hay dudas de ello- con plena convicción y solución compartida, consideran por sobre todas las cosas, más justa y conforme a los principios constitucionales.” (v. “La movilidad de los jubilaciones y el alcance vinculante de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, publicado en Jurisprudencia Argentina, de fecha 31 de marzo de 1999, pág. 55 y s.s.).

Pues bien, retomando el hilo del discurso, luego de esta breve pero ineludible digresión, faltaría asimismo precisar con la misma convicción y fundamento jurídico, que merece idéntico repudio la misma tesis (aunque de contenido contrario a la anterior), que tampoco acata el límite entre lo privado y lo público [de allí la analogía], pero lo hace impregnada de una férrea concepción estatista que desdeña y en muchos supuestos desbarata el derecho de propiedad privada de personas físicas y jurídicas no estatales [de allí su contenido contrario a la tesis anterior], y que cimentó –entre otros ejemplos históricos de no menor trascendencia económica, social e institucional- la inicua confiscación de los depósitos bancarios mediante los decretos 36/1990 (conocido como el “plan “bonex”), y 1570/2001 (que instauró el denominado “corralito bancario”), y también la actual conculcación del derecho de propiedad privada sobre las imposiciones voluntarias y los depósitos convenidos, contemplados en los arts. 56 y 57 de la ley 24.241, mediante la ley 26.425 (v. María Angélica Gelli, Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada, Ed. La Ley, 2da. ed. Actualizada, pág. 159 y sigts.)

El recordado maestro Germán J. Bidart Campos, al referirse a la garantía de inviolabilidad de la propiedad, señalaba con acierto lo siguiente: “La confiscación es el apoderamiento de los bienes de una persona por parte del fisco (...) La Constitución ha suprimido para siempre la confiscación como pena, pero si tal protección se brinda al condenado, hemos de entender que también alcanza a quienes no son delincuentes. Por eso, la cláusula funciona a nuestro criterio como abolición lisa y llana de la confiscación; vedada como pena, no puede subsistir bajo ningún otro título.” (v. Tratado Elemental de Derecho Constitucional, Ed. Ediar, 1989, T. I pág. 333).

Ahora bien, antes de desentrañar los agravios referidos a las imposiciones voluntarias realizadas por el accionante, debe quedar absolutamente claro que el sufragante de los aportes previsionales obligatorios, tanto en los sistemas de reparto como en los de capitalización individual –como sucede con cualquier persona que abona sus impuestos, tasas o contribuciones especiales- cesa de ser propietario de su dinero en el preciso momento en que el mismo ingresa a las arcas del Estado en cumplimiento de una obligación legal (ley 24.241, arts. 10, 11, 39, 40, 43 y sigts.). Tanto ello es así, que la ley penal tributaria N° 24.769 (B.O. 15/01/1997), sanciona con penas privativas de la libertad al trabajador que incurriere en los delitos de “evasión simple” (de dos a seis años de prisión), “evasión agravada” (de tres años y seis meses a nueve años de prisión), y al empleador que cometiere el delito de “apropiación indebida de los recursos de la seguridad social” (con penas de dos a seis años de prisión).

Representa un grave error conceptual, por lo mismo, equiparar los derechos del titular de una caja de ahorro o de una cuenta corriente bancaria, con los del titular de una cuenta de capitalización individual abierta a su nombre en una A.F.J.P. Ninguna norma de la ley 24.241 reconocía algún derecho de propiedad a los afiliados al régimen de capitalización sobre los aportes previsionales que realizaban obligatoriamente.

El art. 55, por ejemplo, sólo ordenaba que los aportes previsionales ingresados al SUSS sean acreditados en las respectivas cuentas de capitalización individual de cada afiliado (es decir, que sólo la cuenta estaba a nombre -o pertenecía- al afiliado); lo mismo sucedía con el art. 43 que prescribía que dichas cuentas no devengarán intereses (a diferencia de lo que sucede con los depósitos en los bancos).

La ley 24.241 sólo les reconocía a los afiliados al régimen de capitalización el derecho a ser informados sobre el estado periódico de sus cuentas (art. 66). Y cuando el art. 82 de la ley 24.241 disponía que el fondo de jubilaciones y pensiones “pertenecen” a los afiliados, tampoco debería inferirse de ello que esta norma legal les reconocía la propiedad sobre las sumas depositadas en las cuentas individuales de cada uno, más allá que tales sumas en los hechos jamás existieron (v. art. 85). Ello es así, pues a renglón seguido esta norma prescribía con toda claridad que: “Los bienes y derechos que componen el patrimonio del fondo de jubilaciones y pensiones estarán sólo destinados a generar las prestaciones de acuerdo con las disposiciones de la presente ley.”

La misma conclusión se desprende cuando el art. 85 disponía que los derechos de “copropiedad” de cada uno de los afiliados o beneficiarios sobre el fondo de jubilaciones y pensiones respectivo, sean representados en cuotas de igual valor y características, pues más allá de la desafortunada calificación de “copropietarios” que les endilgaba a los afiliados al régimen de capitalización esta norma legal –como bien lo señala la jueza a-quo- ya que jamás hubieran podido ejercer las facultades que el Código Civil reconoce y garantiza a los condóminos (p. ej. el art. 2676 cuando dispone que el condómino “goza” de la parte indivisa de los derechos inherentes a la propiedad sin el consentimiento de los demás copropietarios; o el art. 2677 cuando establece que “cada condómino puede enajenar su parte indivisa y sus acreedores pueden hacerla embargar y vender antes de hacerse la división entre los comuneros”), lo cierto es que el derecho de propiedad *latu sensu* que les asistía a los afiliados al régimen de capitalización

individual no era diferente –ni en más ni en menos- que el de los restantes trabajadores que optaron por el régimen de reparto estatal, a la luz del concepto acuñado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a lo largo del tiempo sobre el sentido y alcance de esta garantía constitucional, a saber: “El término propiedad empleado en la constitución –recuerda Germán J. Bidart Campos- comprende todos los intereses [y derechos] apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad, con lo que todos los bienes [y derechos] susceptibles de valor económico o apreciables en dinero [que surjan de las relaciones de derecho privado o de actos administrativos] alcanzan nivel de derechos patrimoniales rotulados unitariamente como derecho constitucional de propiedad.” (v. Germán J. Bidart Campos, op. cit. loc.; loc cit., pág. 323; id. Fallos: 145: 307).

Tenemos entonces que el derecho de propiedad de los afiliados a cualquier régimen previsional –con el alcance explicitado recién- sólo se ejerce sobre las prestaciones que el mismo asegura o garantiza si se cumplen todos los recaudos exigidos por las leyes vigentes, de tal suerte que: “... mientras el afiliado se encontrara en actividad, el derecho a la jubilación futura sería sólo una expectativa, que podría ceder, modificarse o cesar frente a leyes nuevas y posteriores.” (v. Germán J. Bidart Campos, op. cit.; loc. cit. pág. 327).

La inaplicabilidad de las normas del derecho privado a la relación de carácter público que se entabla entre los afiliados y el Estado cuando los aportes previsionales son obligatorios (sin que importe la naturaleza jurídica del ente de gestión encargado de operar el mandato constitucional), emerge del propio texto de la Carta Magna cuando en su art. 14 “bis” dispone en forma imperativa que: “...el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá el carácter de integral e irrenunciable...”.

La claridad y contundencia de este precepto llevó a decir al recordado constitucionalista Miguel Ángel Ekmekdjian, lo siguiente: “Lo cierto es que esta ley [la N° 24.241] al permitir que el sistema del seguro social de vejez, invalidez y muerte, esté a cargo de empresas privadas, es violatoria también de la cláusula constitucional que estamos analizando [art. 14 “bis”].” (v. Miguel Ángel Ekmekdjian, Tratado de Derecho Constitucional, Ed. Desalma, 1994, T. II pág.92).

Esta Sala también ha puntualizado en la causa N° 29.306/2001, caratulada “Baudino, Cándido Francisco c/Máxima A.F.J.P. S.A. s/amparo por mora de la administración”, lo siguiente: “La relación jurídica establecida entre los administrados y las A.F.J.P. nace de las prescripciones de la ley 24.241, por la que el Estado ha transferido a estas persona jurídicas el cometido estatal del otorgamiento de los beneficios de la seguridad social en determinadas circunstancias. Así, para regular la situación jurídica de los sujetos involucrados, no puede sino aplicarse el derecho administrativo, pues se trata del ejercicio de funciones netamente administrativas, creadoras de vínculos jurídicos de incuestionable naturaleza pública. No podría modificarse la naturaleza de esa relación cada vez que la transferencia del ejercicio de esta función se opere o extinga.” (sentencia n° 92.091, de fecha 23 de septiembre de 2002).

Idéntica solución adoptó el tribunal de ferias en la causa N° 64.542/2008 caratulada “Hernández, Elio Rubén c/Estado Nacional –Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa” (resolución interlocutoria de fecha 14 de enero de 2009, suscripta por los camaristas Juan Carlos Poclava Lafuente, Lilia Maffei de Borghi y Luis René Herrero), en la cual el actor, invocando su calidad de dueño de los fondos depositados en su cuenta de capitalización individual y ante lo que consideraba el riesgo cierto de ser “expropiados” por el Estado Nacional a través de la ley 26.425, solicitó la habilitación de la feria judicial para tramitar el recurso de apelación interpuesto contra la resolución que le había denegado una medida cautelar de no innovar.

El dictamen del Ministerio Público obrante a fs. 118/126 de autos, en lo tocante a la naturaleza jurídica de los aportes previsionales de carácter obligatorio, es coincidente con esta línea de pensamiento, además de exhaustivo, convincente y, por los fundamentos que esgrime, constituye una derivación razonada de las normas vigentes, con aplicación a las constancias acreditadas de la causa, razón por la cual me remito a él *brevitatis causae* y a fin de evitar repeticiones innecesarias.

Ahora bien, en lo tocante a las imposiciones voluntarias contempladas en el art. 56 de la ley 24.241, la solución jurídica que corresponde aplicar al conflicto normativo suscitado en autos, es completamente diversa de la del supuesto anterior (aportes “obligatorios”), pues el derecho que le asiste al actor sobre las imposiciones o depósitos voluntarios tendientes a incrementar el haber de jubilación ordinaria, o de anticipar la fecha de su percepción, está amparado por la garantía de la inviolabilidad de la propiedad contemplada en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional. El primero de estos artículos, garantiza a todos los ciudadanos el derecho de “usar y disponer” de su propiedad conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. El segundo, a su vez, prescribe que “la propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley.”

La fuerza “prescriptiva” de esta última cláusula (“id est”: “la propiedad es inviolable”), constituye una derivación de la formulación “descriptiva” que utiliza el constituyente para sellar de manera inmutable en la conducta y en la conciencia de los habitantes una protección perenne a un derecho fundamental de su textura dogmática. El jurista alemán Dieter Simon enseña al respecto que la Ley fundamental de la República Federal de Alemania cuando dispone en su art. 97 que los jueces “son independientes”, no duda que lo que la Constitución quiere prescribir es que el juez ha de ser independiente y de ninguna manera exponer una situación ya existente. Las formulaciones “descriptivas” (como las de los arts. 17 de la Constitución Nacional y 97 de la Constitución de Alemania), tienen la ventaja –continúa Simon- de anticiparse, social y psicológicamente, a la situación pretendida, convirtiendo en superflua toda discusión referente a su aspiración (p. ej. cuando se predica que “todos los hombres son libres”; “la propiedad es inviolable”; “Sócrates es mortal”, etc.). Por el contrario –insiste el acreditado jurista

# Poder Judicial de la Nación

## Año del Bicentenario

germano- las versiones “prescriptivas” permiten ver demasiado de la realidad y debilitan, mediante su proyección al futuro, el énfasis político de su afirmación (“todos los hombres deben ser libres”; “la propiedad debe ser inviolable”, etc.). Además, [estas formulaciones prescriptivas] hacen despertar expectativas de argumentación, poniendo así en cuestión la base sobre la que se apoyan las convicciones de evidencia y el influjo tradicionalista de valores. Es por esta razón –concluye Simon- por la que las constituciones hacen, con preferencia, uso de la forma descriptiva, si bien no exclusivamente, al menos en sus postulados más importantes.” (v. Dieter Simon, *La independencia del juez*, Ed. Ariel S. A., Barcelona, España, 1985, pág. 3).

No hay duda alguna, pues, acerca de la colosal potencia jurífera que ostenta la garantía contenida en el art. 17 de la Constitución Nacional, como tampoco la hay de que ninguna norma de inferior rango (de cualquier especie que fuera), podría desbaratar esta garantía fundacional expresa, sin riesgo de quebrantar el principio de supremacía constitucional consagrado en los arts. 28 y 31 de nuestra Ley Fundamental.

Las mal denominadas imposiciones voluntarias (otro error garrafal de técnica legislativa que, además, entraña una clara transgresión al principio lógico de identidad, pues si son “voluntarias” como expresa la ley, mal pueden ser al mismo tiempo “imposiciones”. Para el Diccionario de la Lengua Española, el sustantivo “imposición” significa: 1. “acción o efecto de imponer o imponerse” // 2. “exigencia desmedida con que se trata de obligar a alguien”) “... constituyen –en opinión de Raúl C. Jaime y José I. Brito Peret- una especie de ahorro voluntario para cuyo depósito se utiliza la cuenta de capitalización individual (...) La diferencia entre estas imposiciones voluntarias y los aportes obligatorios prescriptos en el art. 11 –concluyen estos acreditados previsionistas- aunque ambos tipos de cotización concurren a la formación de la cuenta de capitalización individual, se desprende del distinto tratamiento establecido en el art. 58.” (op. cit., pág. 338 y 339).

La decisión libre del actor –afiliado al sistema de capitalización individual- de depositar su propio dinero con una finalidad específica en una cuenta abierta a su nombre en una A.F.J.P., tuvo como soporte fundamental un sólido marco normativo que le garantizaba plenamente un resultado económico concreto proyectado en el tiempo (Ley 24.241, art. 56 y ss. y su reglamentación), decisión (y expectativa), que a la postre se vio totalmente frustrada como consecuencia de la alteración unilateral e inopinada por medio de la ley 26.425.

La espinosa faena jurisdiccional tendiente a deslindar la responsabilidad jurídica del Estado por la alteración inconsulta del vínculo de naturaleza previsional que mantiene con el actor en lo tocante a los aportes voluntarios (a diferencia del proceder que observó con la ley 26.222), me obliga a incursionar –bien que brevemente por razones de espacio y materia- en las singularidades de este vínculo y también sobre la aplicabilidad a él de los principios generales del derecho, condensados normalmente en aforismos latinos perdurables en el tiempo, como la conocida cláusula “rebus sic stantibus” cuyo alcance excede con creces el acotado marco del derecho privado, al encarnar para el intérprete en general un ineludible instrumento jurídico para aquilatar la conducta de las partes en cualquier tipo de relación jurídica de naturaleza pública o privada.

Adscribo al pensamiento que sostiene que el derecho es uno solo y que los mismos principios generales de los cuales se nutre desde tiempo inmemorial, abrazan a todas sus ramas. No sería correcto concebir a esta ciencia práctica dividida en compartimientos estancos y cada uno de ellos regidos por principios desvinculados entre sí y a veces antitéticos unos con otros. Bien decía Aristóteles que “es común a todos los principios el ser el punto de partida desde el que una cosa es, se hace o se conoce” (v. *Metafísica*, Lib V c. 1.). Por ello se les ha asignado a los “principios” un sentido “ontológico” (como causa primera de algo), un sentido “normativo o prescriptivo” (mandan u ordenan una conducta orientada a satisfacer un fin), y un sentido “cognoscitivo” (ayudan o posibilitan el conocimiento de lo que interroga).

Desde otra atalaya, también se han distinguido los principios “sectoriales” (no abarcan a todo el ordenamiento jurídico, sino a un sector del mismo), y los principios “sistemáticos o fundacionales” (que constituyen los pilares que sirven de fundamento al ordenamiento jurídico). Estos últimos –como señala Rodolfo L. Vigo, a quien sigo en este punto- “en virtud de la jerarquía principalísima que les asiste en el campo del derecho positivo, su vigencia trasciende el ámbito jurisprudencial –que es el específico de los principios “sectoriales”- para regir en todo y cada uno de los niveles del ordenamiento jurídico, incluido, y de un modo directo, el campo legislativo. Nuestra Constitución, por ejemplo –concluye el prestigioso jurista santafecino- en su primera parte de Declaraciones, derechos y garantías contiene diversos principios de los que venimos considerando, los que aparecen exigibles en todo el ordenamiento jurídico nacional.” (v. Rodolfo L. Vigo, “Interpretación jurídica –Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas”, Ed. Rubinzal – Culzoni, pág. 117).

En coincidencia con este punto de vista, puntualizaba muy bien Federico De Castro y Bravo que dichos principios están “fuera de la estricta subordinación jerárquica de las fuentes, ya que han de ser tenidos en cuenta antes, en y después de la ley y de la costumbre...” (v. *Derecho Civil de España. Parte general*, t. 1, p. 351).

El propio Miguel S. Marienhoff así lo ratifica cuando señala lo siguiente: “Considero que los principios generales del derecho no provienen exclusivamente de una de las fuentes indicadas, sino de todas ellas en conjunto. De modo que puede aceptarse que tales principios provienen simultáneamente de los preceptos básicos y esenciales del derecho romano, del derecho natural, del derecho de gentes, de la moral y del ordenamiento jurídico general del país de que se trate. Todas estas

fuentes han constituido jalones en la historia del progreso de la humanidad; de ahí que sus preceptos básicos e inmutables deben aceptarse como faros que orientarán el espíritu de los hombres en la solución de sus querellas.” (v. Tratado de Derecho Administrativo, Ed. Abeledo Perrot, T. I, Teoría General, 3ra. Ed. Actualizada, Prólogo de Benjamín Villegas Basavilbaso, pág. 283).

No hay duda que cuando el art. 17 de la Constitución Nacional prescribe que: “la propiedad es inviolable, y [que] ningún habitante de la Nación puede ser privada de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley [y también que] la confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Civil argentino”, está entronizando en la cúspide del ordenamiento jurídico nacional un “principio” hermenéutico “sistemático” o “fundacional”, que ningún poder del Estado, funcionario, juez ni ciudadano alguno, puede soslayar ni mucho menos contrariar sin agravio a la Ley Suprema del Estado. Tal es –por otra parte- lo que ella claramente prescribe, cuando señala en su art. 28 lo siguiente: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”, y en su art. 99 inc. 2º, que: [El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones]: “Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.”

Por ello puntualiza acertadamente el profesor Rodolfo L. Vigo, lo siguiente: “Aun al interpretar una ley clara, entra en juego la totalidad del ordenamiento jurídico y, por ende, los Principios Generales del Derecho. El peso del ordenamiento en su totalidad se proyecta al caso que hay que resolver. Los principios animan las normas y están antes y por encima de las mismas, de ahí que el intérprete nunca pueda marginarlos totalmente.” (v. op. cit. pág. 126).

Muchos de estos postulados milenarios que nos legó la civilización occidental fueron desatendidos por el Estado argentino, o directamente quebrantados, en desmedro de la garantía de inviolabilidad del derecho de propiedad de ahorristas (v. Dec. 1570/01, B.O. del 01/12/01; Ley 25.561, B.O. del 07/01/02), jubilados, trabajadores (v. Ley 25.453, art. 10, B.O. el 30/07/01), empresarios, etc.

Pero lo que resulta patético de esta transgresión a la mentada garantía constitucional, fue la sanción de la denominada ley de intangibilidad de los depósitos bancarios (Nº 25.466, B.O. del 24/09/01), cuyos arts. 2º y 3º disponían sin rubor alguno lo siguiente:

ARTÍCULO 2º: “La intangibilidad establecida en el artículo 1º consiste en : el Estado nacional en ningún, caso, podrá alterar las condiciones pactadas entre el/los depositantes y la entidad financiera, esto significa la prohibición de canjearlos por títulos de la deuda pública nacional, u otro activo del Estado nacional, ni prorrogar el pago de los mismo, ni alterar las tasas pactadas, ni la moneda de origen, ni reestructurar los vencimientos, los que operarán en las fechas establecidas entre las partes.”

ARTICULO 3º : “La presente ley es de orden público, los derechos derivados para los depositantes y las entidades depositarias de las operaciones comprendidas en el artículo 1º de esta ley, serán considerados derechos adquiridos y protegidos por el artículo 17 de la Constitución Nacional.”

El señor ministro del Alto Tribunal, Dr. E. Raúl Zaffaroni, nos daría la razón cuando señaló en la causa “Bustos, Alberto y otros c/Estado Nacional y otros s/amparo” (Fallos 327:4495, sentencia del 26/10/2004), lo siguiente: “... una ley que asegura esa intangibilidad casi en vísperas del agotamiento de un proceso traducido en insolvencia y cuya situación no podía ser desconocida para los técnicos que intervenían, aunque la desconocieran los legos en materia económica, se aproxima mucho a la preparación de una defraudación de proporciones colosales. Todo indica que buscaba el efecto de mantener y reforzar la confianza en un sistema bancario que estaba al borde del colapso. Algunos observadores importantes de la economía mundial, como Joseph Stiglitz, señalan maniobras financieras internacionales en perjuicio de otros países que presentan características que parecen bastante similares. Por cierto que esta circunstancia, de cuyas consecuencias en parte debe hacerse cargo la presente sentencia, no puede pasar por alto a la atención de esta Corte. Por ello, corresponde extraer testimonio de la presente sentencia y remitirlo al señor Procurador General, para que en su ámbito y con el equipo técnico idóneo, proceda a investigar la eventual responsabilidad penal de los técnicos que intervinieron en el proceso productor del estado de necesidad mencionado y en especial en la citada ley, quienes no podían ignorar la situación y contexto en que la misma se sancionaba. Sería inadmisibles que los tribunales sometiesen a juicio al estafador que vende al incauto una máquina de fabricar dólares y que no se pusiese en movimiento frente a quienes pretendieron venderle el ingenio a toda la sociedad argentina.” (Considerando Nº 4).

La cuestionable conducta estatal se reiteró años después mediante la denominada “ley de libre opción del Régimen Jubilatorio”, cuando dispuso en su artículo 14 – como un claro mensaje a la ciudadanía de ratificación del sistema integrado de jubilaciones y pensiones- que los afiliados que se encontraran incorporados al régimen de capitalización, podrán optar dentro de un plazo de CIENTO OCHENTA (180) DÍAS, contados a partir de la reglamentación de este artículo, por el Régimen Previsional Público.

Como la inmensa mayoría de los afiliados al sistema privado de jubilaciones y pensiones (aunque todos percibíamos que sólo eran privadas las ganancias, mientras que eran públicas las responsabilidades jurídicas frente a los beneficiarios), eligió no emigrar al sistema de reparto y permanecer en el de capitalización, el Estado a través de la ley 26.425 (B.O. del 04/12/98), decidió eliminar sorpresivamente “... el actual régimen de capitalización, que será absorbido y sustituido por el régimen de reparto, en las condiciones de la presente ley...” (art. 1º, párrafo 2º).

# Poder Judicial de la Nación

## Año del Bicentenario

En lo más hondo de esta reforma superficial al sistema previsional argentino (no estructural, como lo demanda la sociedad desde hace mucho tiempo), yacía oculto y voraz el inconfesable designio de administrar los cuantiosos fondos previsionales con fines ajenos a su cometido excluyente (C.N. art. 14 “bis”; Ley 26.425, art. 8, primer párrafo), tal como sucedió durante la década del noventa con la ley 24.241 que transfirió la administración de los aportes previsionales (hasta ese momento a cargo del Estado), a entidades comerciales con fines de lucro apodadas A.F.J.P., en procura de lograr –como también ahora- el siempre esquivo crecimiento económico y la financiación del Estado a través de la compra de títulos de la deuda pública con fondos previsionales.

Estas conductas censurables del Estado que menoscabaron el ordenamiento jurídico vigente y se apartaron de los principios “sistemáticos fundacionales” del derecho de los cuales aquel se nutre –como quedó dicho recién- lo obligan “lato sensu” a responder –como a cualquier persona física o jurídica- por los daños y perjuicios que hubiera ocasionado a las partes y a terceros, so riesgo –si esto último no sucediera- de colocarse fuera de la legalidad y de mantener a los habitantes bajo su yugo ilimitado, lo cual resultaría impensable en un estado de derecho que se preciara de ser tal.

En esta inteligencia, el accionante refiere en su demanda que resulta por demás incomprensible que 17 meses después de la entrada en vigencia de la ley 26.222 se sancionara la ley 26.425, y más aún que en el envío del proyecto nada se dijera sobre la presunta inidoneidad de las modificaciones realizadas por aquella. Este proceder le genera al actor un manto de duda sobre las reales intenciones que motivaron la sanción de la ley 26.425.

Según el accionante, el abrupto cambio producido por esta normativa importó en los hechos una alteración de las condiciones que tuvo en cuenta al optar por el régimen de capitalización individual, por lo que solicita la declaración de inconstitucionalidad del art. 6 de la ley 26.425 y la devolución a valores actualizados de los aportes efectuados en forma voluntaria. “De este modo –señala en este sentido- así como al implementarse la ley 24.241 los afiliados al régimen de capitalización pudieron optar por realizar aportes –como su nombre lo indica- “voluntariamente”, al derogarse aquel régimen es necesario que puedan optar libremente sobre el destino que desea darle a aquellos recursos (“voluntarios”), y no que queden ligados al destino que se dispuso en el art. 6 de la ley 26.425.” (v. fs. 49).

Aclara, asimismo, que si bien al tiempo de deducir la demanda todavía no se había dictado la reglamentación a la que alude el citado art. 6 con relación a los aportes voluntarios, hace expresa reserva de ampliarla oportunamente una vez que aquella se dicte.

Sentado lo anterior, no abrigo la menor duda de que al actor le asiste la razón cuando alega la alteración imprevista –por conducto de la ley 26.425- de las condiciones originarias que tuvo en cuenta para realizar los aportes voluntarios en los términos del art. 56 de la ley 24.241. Repárese que tales sumas de dinero revisten carácter “voluntario”, es decir que su destino se deriva de una decisión absolutamente discrecional de su titular y no de una imposición legal; condición esta, por lo demás, que sin duda fue tenida en cuenta por el legislador cuando dispuso en el art. 6 de la ley 26.425 –como bien lo puntualiza el actor a fs. 71 vta.de autos- que los afiliados al régimen de capitalización podrán transferir los aportes voluntarios a la ANSeS o a una AFJP, la que deberá reconvertirse, modificando su objeto social para tal finalidad. “Destaco así la potestad legal –insiste el actor- de que la decisión sobre el destino de los aportes voluntarios es totalmente reservada a los afiliados.” (v. fs. 76 vta.).

Asimismo, el accionante denuncia que las AFJP han bloqueado el acceso a la información en sus páginas de Internet y que la ANSeS tampoco brinda por el mismo medio ninguna información sobre la suerte de los aportes voluntarios efectuados por él. Para colmo de males, destaca el recurrente, pese a la clara estipulación del art. 6, “... se han transferido los aportes voluntarios indiscriminadamente a la ANSeS, fortaleciendo de este modo el temor fundado de que el Estado Nacional y este organismo se estén apropiando a su antojo de los fondos que son de propiedad de mi mandante.” (v. fs. 77).

Tratándose, pues, de sumas ingresadas voluntariamente por el actor con el fin de incrementar el haber de su futura jubilación ordinaria, o de anticipar la fecha de su percepción; es decir, sumas que –no siendo obligatorias- bien podrían haber sido destinadas por su dueño a una finalidad distinta (p. ej. la compra de bienes muebles o inmuebles, recreación, turismo, ahorro, inversiones financieras, etc.), y cuyo origen también podría en muchos supuestos revelar la injusticia que implicaría impedir su libre disponibilidad en supuestos como el de autos (p.ej. bienes obtenidos por herencia, venta de otros bienes muebles o inmuebles, dividendos comerciales o empresariales, etc.), parecería a todas luces razonable la pretensión del actor de recuperar las sumas confiadas a la administradora de fondos de jubilaciones y pensiones de su elección disuelta “ope legis” por el Estado Nacional mediante la ley 26.425.

El carácter discrecional (o no coercitivo), que investían tales depósitos voluntarios –insisto- impregnaron de este peculiar matiz la relación jurídica que se articuló entre el actor y el Estado demandado. De otra suerte, y frente a la sorpresiva extinción del sistema de capitalización individual con el cual el subsistema de las imposiciones voluntarias se hallaba inescindiblemente articulado (y al cual Raúl C. Jaime y José I. Brito Peret lo consideran una especie de “ahorro voluntario”: v. op. cit. pág. 338), quienes confiaron de buena fe y se afiliaron a él atraídos por la exclusión del Estado en la administración de los aportes previsionales obligatorios y voluntarios –lo cual fue presentado y difundido por el gobierno a través de los medios de comunicación como una panacea- habrían caído irremediabilmente en una colosal trampa jurídica si ahora se les opusiera –inopinadamente- el imperium del Estado, la exorbitancia

de la administración u otros principios análogos del derecho administrativo, para no reintegrarles los fondos privados que voluntariamente –reitero una vez más- habían confiado a las sociedades comerciales con fines de lucro disueltas por el Estado (AFJP), con el objeto de optimizar su haber jubilatorio futuro.

Como ajustadamente señalaba Eduardo B. Busso con relación a las medidas legislativas extremas fundadas en la emergencia, o que alteran las convenciones privadas por razones de utilidad social, en amparo de los intereses vitales de la comunidad, etc.: “Aun cuando se pretenda justificar esas medidas en las circunstancias extraordinarias que acompañan a las épocas de crisis, lo cierto es que son precisamente esas medidas las que agravan y agudizan la crisis, ya que debilitan la recíproca confianza que es la base de toda vinculación social ... Debilitar la autoridad del contrato y autorizar la violación de la palabra empeñada importa alterar en las conciencias el sentido de la probidad ... Negar protección al contratante que al celebrar la convención creía que los derechos que regularmente constituía serían garantizados por la acción del poder público, vale tanto como defraudar un interés privado legítimo, instaurar un régimen de inseguridad y rebajar el prestigio que la jurisdicción debe tener como segura garantía de los derechos nacidos al amparo del ordenamiento jurídico.” (v. Código Civil Anotado, t. 3 comentario al art. 499 pgs. 85 y 86).

El transcurso inexorable del tiempo pareciera haberle dado la razón al profesor Eduardo B. Busso. El uso irrazonable del derecho de la emergencia no sólo hizo estragos con los derechos individuales y sociales de los argentinos en numerosas ocasiones, sino también –y lo que no es menos grave aún- minó la siempre endeble confianza de inversores institucionales y minoristas en el sistema financiero y bancario nacional, que optaron por resguardar supreciado capital en otras latitudes.

Cuando suceden estas iniquidades y la justicia es requerida para neutralizarlas, vienen en auxilio del juez los grandes principios generales del derecho (también llamados “sistemáticos o fundacionales”), sobre los cuales se edifica toda la legislación positiva y se cimenta la decisión jurisdiccional.

La eliminación sorpresiva del sistema de capitalización individual por el cual el accionante había optado libremente y también lo había inducido a realizar aportes voluntarios para mejorar su haber jubilatorio futuro –acto de gobierno que encarna en sí mismo una decisión política no justiciable y por lo tanto irrevisable por los jueces- torna procedente la pretensión de regreso del actor con fundamento en la cláusula latina *rebus sic stantibus* (que según Atilio Aníbal Alterini significa: “que las cosas permanezcan de igual modo”), implícita en toda relación jurídica regida por el derecho administrativo (v. Isidoro H. Goldenberg, “Cláusula *rebus sic stantibus*”, Enciclopedia Jurídica Omeba, t. 3 pág. 51), o por el derecho privado, y que veda todo cambio o alteración sobreviniente e inopinada de las condiciones o circunstancias originarias.

Esta cláusula fundada en la buena fe (Wendt, Bibiloni, etc.), y en la moral (Riper, Voirin, etc.), no sólo ha sido aplicada como pauta de interpretación de los contratos bilaterales de tracto sucesivo del derecho privado y administrativo (v. Fallos: 266: 61; 313: 376), sino también de sentencias denominadas determinativas (o indexatorias) (v. Cám. Civ. y Com. Fed n° 3, “Marchese de D’Amico, Ana María”, sentencia del 13/07/95), de medidas cautelares (v. Cám. Fed. de La Plata, Sala III, “Inspección General de Justicia c/Convocatoria docente Soc. Civ. s/medida cautelar”, resolución de fecha 15/05/01), en el derecho internacional (v. Ros, Enrique Jorge, “La cláusula *rebus sic stantibus*. Cómo la consideran los clásicos del derecho internacional”, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As., Año IX n° 38, Mayo-Junio de 1954, pág. 558 y sgs.), etc.

El propio Hugo Grocio en su obra “*De iure belli ac pacis*” (Libro III cap. XIX; año 1625), señala al respecto lo siguiente: “La fe no tiene que mantenerse si la condición cambia” (con cita de Ulpiano: Digesto XVII, II, 14). También el célebre jurista holandés recuerda a Séneca cuando puntualiza en idéntico sentido que: “Todas las cosas deben permanecer las mismas tal como estaban cuando hice la promesa, si Ud. quisiere sujetarme a ella” (v. Séneca, *De beneficiis*, IV, XXXV, 3: “*Omnia ese debent aedem quae fuerunt, cum promitterem, ut promitentis fidem teneas*”).

Como acertadamente puntualiza la periodista Silvia Stang –a propósito del cambio abrupto operado en las condiciones iniciales de la relación de naturaleza pública que vincula al actor con el Estado y a las consecuencias jurídicas que ello trae aparejado- en su artículo publicado en el diario La Nación del 23 de agosto de 2010: “En el sistema de capitalización, que en rigor era mixto – pues el Estado recibía las contribuciones patronales y pagaba una parte de los haberes- ese mecanismo [las “imposiciones voluntarias” y los “depósitos convenidos”] había sido creado con incentivos fiscales, tal como ocurre en muchos países, para promover ahorros que mejoraran las prestaciones. Con la desaparición de las administradoras, esa posibilidad ya no existe, por lo que más allá de optar por el destino de los viejos aportes voluntarios, ya no está ni estará permitido hacer contribuciones de este tipo.”

En consecuencia, habiendo dictaminado el Ministerio Público y por las múltiples razones explicitadas, propongo: 1) Declarar formalmente admisibles los recursos deducidos y disponer su rechazo; 2) Confirmar, en consecuencia, la sentencia cuestionada en cuanto rechaza la pretendida restitución de los aportes obligatorios y ratificar la devolución de los imposiciones voluntarias de acuerdo a los valores correspondientes al momento en que operó la transferencia con más el interés que resulta de aplicar a las sumas que surjan de la liquidación ordenada, la tasa pasiva promedio mensual que publica el B.C.R.A., reafirmando, para el caso, la inconstitucionalidad del art. 6 de la Ley 26.425 y su reglamentación; 3) Con costas por su orden en la Alzada en consideración al resultado del pleito (art. 68, segunda parte del C.P.C.C.N.). Es mi voto.

**LA DOCTORA NORA CARMEN DORADO DIJO:**

# Poder Judicial de la Nación

## Año del Bicentenario

Disiento con el voto que propicia mi colega preopinante respecto de los aportes voluntarios.

I. Del análisis de las constancias de autos, surge que la actora inició la presente acción con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de la ley 26.425 y se ordene la restitución de los recursos existentes en su cuenta de capitalización individual o, en su defecto, que los aportes obligatorios permanezcan en una cuenta individualizada administrada por una compañía de seguros de retiro o una entidad destinada a tal fin.

La Sra. Juez de grado hizo lugar parcialmente la acción y ordena la devolución de los aportes voluntarios.

La parte actora discrepa con la interpretación que realiza la sentenciante respecto al derecho de propiedad que detenta, respecto de los aportes obligatorios que realizó y que conforman su cuenta de capitalización individual. La demandada por su parte, se agravia del resolutorio en cuanto ordena la devolución de los aportes voluntarios. Expresa que no existe razón que justifique un tratamiento distinto entre los aportes voluntarios y los obligatorios. Expone que el accionante, cuando efectuó los aportes voluntarios, lo hizo con pleno conocimiento de que estaban sujetos a una disponibilidad reglada y a condiciones de modo y tiempo para su percepción.

II. Así las cosas cabe recordar que, el derecho a la seguridad social se encuentra consagrado en la tercer parte del artículo 14 bis de la Carta Magna que comienza con la afirmación “el estado otorgará los beneficios de la seguridad social...”. No cabe duda respecto a la obligación que recae sobre el estado a cumplir con el mandato quien no podrá dejar en manos de la iniciativa privada su total cumplimiento sin incurrir en una clara violación del señalado precepto. Es cierto que han sido aceptadas ciertas formas de satisfacer las necesidades derivadas de contingencias sociales, pero siempre con carácter complementario o adicional sin que ello importe, en modo alguno sustituir la obligación principal.

Es el Poder Legislativo, el facultado para establecer el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución (art. 75 inc. 23) y, especialmente, legislar en materia de seguridad social (art. 75 inc. 12 y el propio art.14 bis). Es copiosa la reglamentación existente en la materia pero vale hacer una breve referencia a la misma a partir de la sanción de la ley 4.349 que constituye la primera ley orgánica de jubilaciones.

En efecto, a través de su art. 1º se creó la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones para los funcionarios, empleados y agentes civiles y, al mismo tiempo, declaró “que los fondos y rentas de esa Caja, son de propiedad de las personas”. El método de financiamiento elegido fue el de capitalización colectiva cuya fuente principal estaba constituida por el aporte personal de los trabajadores, aunque años más tarde se incorporara definitivamente, la contribución patronal. Asimismo previó, en su art. 27 que “Los empleados despedidos por razones de economía ó por no requerirse sus servicios, y los que cesen por cambio de designación en el orden administrativo, ó las supresiones que se hicieran en los presupuestos anuales ó en leyes especiales, tendrán derecho á reclamar la devolución del 5 % descontado de sus sueldos, con el interés del 5 % capitalizado por año.”.

Dichos principios, generaron múltiples cuestionamientos lo que motivó la opinión de la doctrina. Goñi Moreno en su obra “Derecho de la Previsión Social”, Tomo II, Ediar Soc. Anon, Editores, Buenos Aires, 1956, pág 386, expresó que “cuando la ley introdujo el principio de que los fondos y rentas de la Caja son de propiedad de las personas comprendidas en la misma, **no consideró por ello que los aportes sean de propiedad personal de cada afiliado**, quien en tal caso podría obtener su devolución –como si se tratara de depósitos efectuados a una cuenta corriente bancaria- cada vez que lo reclamara.”. Puesto que “las disposiciones de acuerdo con las cuales se reconocía el derecho a la devolución de los aportes, expresión por cierto impropia, puesto que no se trataba de “devoluciones”, sino de “subsidios” (de carácter indemnizatorio por la carencia de derecho a un beneficio de pago continuo), reconocidos para el caso de extinguirse la relación jurídica de empleo por causas ajenas a la voluntad o a la conducta del afiliado. La cantidad en que estos subsidios se traducían no constituía razón suficiente para suponer que se trataba de la devolución de fondos de propiedad individual.”.

Deveali, en “Devolución de aportes y beneficios jubilatorios” Rev. Derecho del Trabajo, 1951, pág 209, en igual sentido destacó que “los aportes abonados a las distintas Cajas Jubilatorias se convierten en propiedad de estas últimas. No constituyen, pues, una forma de depósito propiamente dicho, que es posible únicamente en el caso de bienes no fungibles; ni tampoco un depósito irregular, como ocurre en el caso de las sumas que se depositan en un Banco o una Caja de ahorro.”.

Por su parte, la C.S.J.N., también se expidió en similar dirección al expresar que “Los aportes efectuados por un afiliado a la Caja de Jubilaciones y Pensiones Civiles no son de propiedad de aquél, sino que constituyen el fondo de la Caja destinado al cumplimiento de los fines para los que ha sido creada.” (Fallos: 183:457; en igual sentido ver Fallos: 187:276; 198:149; 193:110; 205:147; 270:221). No resulta ocioso destacar que tal postura ha sido reiterada por el Dr. Fayt en el precedente “Alvarez, Raquel c/ Siembre AFJP”, fallado el 3 de marzo de 2009.

Con posterioridad, la ley enunciada, luego de sucesivas modificaciones, fue finalmente derogada y reemplazada por la ley 18.037 que abandonó el método de financiación inspirado en la capitalización colectiva, previamente reemplazado por el reparto puro, incorporando el sistema de reparto sustentado en el principio de solidaridad de los trabajadores en beneficio de la clase pasiva, si bien incorporo otras fuentes de financiamiento, no dejó de considerar como su fuente

principal, el aporte y la contribución obligatoria (art. 1º) cerrando de este modo la discusión inicialmente generada.

A partir de la sanción de la ley 24.241 de creación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, una vez más se pone en tela de juicio la titularidad del aporte personal. En efecto, la norma citada comprende a los trabajadores en relación de dependencia y autónomos en un sistema mixto compuesto por un Régimen de Reparto, administrado por ANSeS y un Régimen de Capitalización, administrado por las AFJP.

Vale aclarar que la diferencia fundamental entre ambos sistemas, estuvo dada por el sistema de financiación previsto, definido éste como el conjunto de métodos y fórmulas que establece el equilibrio entre los recursos esperados y los gastos de las prestaciones esperadas, constituyendo para ambos sistemas –capitalización y reparto- su fuente principal de ingresos, las cotizaciones sociales compuestas por los aportes y las contribuciones para el régimen público de reparto y los aportes personales de sus afiliados para el régimen privado de capitalización (en este sistema también se computan las imposiciones voluntarias y los depósitos convenidos regladas por los arts. 54 y 56 de la ley 24.241)

Por ello cabe afirmar que, sin perjuicio del sistema elegido por el afiliado y no obstante lo dispuesto por el art. 82 y concordantes de, **la ley 24.241 tanto los aportes personales como las contribuciones patronales, constituyen contribuciones de la seguridad social pertenecientes a un fondo que tiene por objeto atender los beneficios determinados por la ley que, por otra parte, serán reconocidos al momento de reunirse los requisitos y condiciones de acceso** de acuerdo a lo normado por el sistema vigente.

Ello encuentra sustento en la naturaleza jurídica que detentan las cotizaciones sociales. Tal como lo afirma Carlos M. Giuliani Fonrouge en su obra “Derecho Financiero”, Tomo II, 9º Edición, La Ley 2004, págs. 894 y siguientes, “si bien la doctrina no ha sido coincidente respecto a que categoría pertenecen los cierto es que no existe dudas de que son tributos, esto es, exacciones obligatorias fijadas por ley. Para Zingali son tributos, sin profundizar este aspecto, pero refuta el concepto independiente de parafiscal; Aguirre Pangburn los denomina tributos especiales; Vicente –Arche Domingo, Persiana y Giovanni Ingrassio los califican como impuesto especial y la del empleo de una tasa.”

Aún cuando se sostenga que las cotizaciones sociales entran dentro del concepto de parafiscalidad, no se puede afirmar que estas constituyen una categoría jurídica distinta de la tributación general o política. El hecho de que respondan a finalidades especiales de carácter social o económico, cuya pretendida originalidad reposaría en la necesidad de dar participación en ciertas funciones y organismo a grupos de personas con intereses comunes, no basta para segregarnos del tronco común. Por otra parte, el propio concepto de lo parafiscal es impreciso y se refiere a contribuciones de heterogéneo contenido; en algunos países sólo incluye aportes a entes públicos no estatales, en otros pueden serlo para órganos del Estado, con o sin autarquía; en ciertos casos se identifica con las contribuciones de seguridad social y a favor de entes profesionales, etc. Pero es innegable que en todos los casos se dan las características de los tributos, pues los aportes, cuotas, contribuciones o como se los llame, son establecidos por el Estado en ejercicio de su poder de imperio; se aplican coactivamente y son de observancia obligatoria por quienes se hallen en las situaciones previstas por el instituto creador y **se destinan a financiar objetivos estatales.**

En virtud de ello, más allá de la clasificación jurídica que se asigne a las cotizaciones sociales, es innegable su naturaleza tributaria y definido el tributo como “las prestaciones pecuniarias que no constituyen una contraprestación por una prestación especial, impuestas por un ente público para la obtención de ingresos a todos aquellos respecto de quienes se verifique el supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de prestación; la obtención de ingresos puede ser un fin secundario” (conf. Art 2º, Código Fiscal de México de 1938, citado por Giuliani Fonrouge, ob. cit., Tomo I, pág. 254), **ningún derecho de propiedad puede reclamarse sobre ellas.**

No obsta tal afirmación las mínimas concesiones reconocidas por los arts. 54, 101 y 102 ap. c; puesto que estas, conjuntamente con el cálculo diferencial de la P.A.P., entre otras medidas, integraron una serie de incentivos tendientes a lograr una mayor cantidad de adeptos al régimen de capitalización creado, que se ajustaba a la situación económica y social de la época que, **en modo alguno puede esgrimirse a los fines de justificar un derecho de propiedad sobre el aporte obligatorio ingresado al régimen privado.**

Al amparo de lo normado por el art. 17 de la Constitución Nacional a partir del cumplimiento de los recaudos exigidos por la norma que importen el reconocimiento de alguno de los beneficios previstos para las contingencias cubiertas por el régimen (vejez, invalidez y muerte), momento a partir del cual se incorporan al patrimonio, hasta ese entonces, los afiliados carecían del jus utendi (derecho de uso), ius fruendi (derecho de goce) y ius abutendi (derecho de abuso en el sentido de su ejercicio con proyección ilimitada contra el resto de la sociedad), sólo tenían derecho al goce de lo producido por los aportes **en las condiciones de modo y tiempo establecidas por la propia ley y con la finalidad específica del pago de prestaciones.**

De ello puede razonablemente inferirse que, la calificación de “copropiedad” del fondo se refería, exclusivamente, a la necesidad de **individualización de los aportes dentro de un fondo común** para diferenciarlo de los recursos propios de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones.

En conclusión cabe afirmar, sin hesitación alguna, que los aportes obligatorios del sistema previsional tienen su fundamento en el propio art. 14 bis y un destino específico marcado por la Carta Magna; **son indisponibles para las partes y constituyen el sustento**

# Poder Judicial de la Nación

## Año del Bicentenario

fundamental, aunque no el único, para financiar las contingencias de vejez, invalidez y muerte. De ahí que no existe un derecho de propiedad y disposición sobre dichos aportes, pretender lo contrario llevaría al absurdo de concluir que el art. 14 bis carece de vigencia, toda vez que tal concepción llevaría implícita la premisa de la responsabilidad individual del trabajador en la cobertura de las contingencias y, por ende, la inexigibilidad al Estado Nacional de amparar a dicho trabajador cuando los mismos resulten insuficientes para sufragar las prestaciones en condiciones integrales y vitalicias.

De las constancias arribadas a la causa, **no surge que el amparista haya acreditado ser beneficiario de alguna de las prestaciones previstas por el régimen ni reunir los requisitos para acceder a ninguna de ellas, de manera que si carece del derecho a una prestación previsional menos aún podría pretender el recupero de los fondos que acumuló en la cuenta de capitalización individual** durante el lapso que permaneció. En la actualidad **sólo cuenta con un derecho en expectativa**, que consiste en la obtención de una prestación previsional **en el momento en que se produzca el hecho –o contingencia- generador**, de acuerdo a la legislación vigente en ese entonces y **en la medida que logre acreditar los recaudos exigidos para la cobertura en cuestión.**

Cabe recordar que no existe en cabeza del afiliado en actividad un derecho que forje la obligación por parte del Estado al mantenimiento de leyes o reglamentaciones sino que existe la “expectativa” a la percepción del beneficio una vez cumplidas las exigencias legales. En efecto, la Constitución Nacional no impone una versión reglamentaria en materia de validez intertemporal de las leyes.

En virtud de lo expuesto, corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto a los aportes obligatorios.

III. Respecto a las imposiciones voluntarias y depósitos convenidos, cuya restitución se pretende, la ley 26.425 en su art. 6°, determinó que los afiliados que aún no hubieran obtenido un beneficio previsional, podrán transferirlos a la Administración Nacional de la Seguridad Social para mejorar su haber previsional conforme lo determine la reglamentación o a una administradora de fondos de jubilaciones y pensiones, la que deberá reconvertirse, modificando su objeto social para tal finalidad.

Con el objeto de incrementar la cuantía de la jubilación ordinaria o anticipar su percepción, la ley 24.241, en su redacción original, introdujo la posibilidad de que voluntariamente el afiliado al Régimen de Capitalización realice aportaciones adicionales (imposiciones voluntarias) a su C.C.I. De igual manera, esto es con carácter no obligatorio, el trabajador podía incrementar el saldo de su cuenta individual, a través del ingreso de dinero por parte de un tercero ya sea con carácter periódico o por única vez (depósito convenido).

Tal como surge del articulado de la ley que derogó el Régimen de Capitalización, la finalidad perseguida a través de los aportes extraordinarios enunciados, constituía la mejora del haber previsional, la cual se mantiene en la nueva ley con la posibilidad de derivarlas a un “nuevo régimen privado” constituido a partir de la transformación de la A.F.J.P., con lo que no cabría objeción alguna por parte de los ex afiliados al régimen de capitalización en este punto. En tal sentido la Res. 134/09 de la Anses (GNDP), dispuso por su art. 1 que las ex Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones que aspirasen a administrar los fondos depositados por los afiliados al ex régimen de capitalización individual en sus respectivas cuentas bajo la figura de imposiciones voluntarias y/o depósitos convenidos deberán requerir su inscripción en el “Registro Especial de Administradoras de Fondos de Aportes Voluntarios y Depósitos Convenidos (AFA y DC)” que a tal efecto se creara hasta el 19 de febrero de 2010. Posteriormente, la Res. 16/10 de la Anses (GNDP) resolvió prorrogar hasta el 20/3/10 el plazo establecido por la Res. 134/09, para inscribirse en el registro especial de Administradoras de Fondos de Aportes Voluntarios y Depósitos Convenidos, creado por la mencionada resolución por su art. 1. A su vez, el art. 2 de la Res. 16/10 establece que los titulares de imposiciones voluntarias y/o depósitos convenidos tendrán un plazo de 60 días corridos, contados a partir del vencimiento del plazo establecido en dicha resolución para hacer uso de la opción prevista por el art. 6 de la ley 26.425. Por último, la Res. 184/10, dispuso por su art. 3 que el plazo de 60 días concedidos a los afiliados que registren aportes voluntarios al sistema que deseen hacer uso de la opción prevista por el art. 6 de la ley 26.425, correrá desde la publicación en el B.O. de la nómina de las administradoras aprobadas e inscriptas en el Registro de AFV y DC. De las constancias de autos, no surge que el actor, a lo largo de su actuación judicial, hubiese impugnado legalmente este procedimiento, ni que acreditase cual sería el perjuicio que le ocasionaría.

En la primera parte de mi voto he tratado de establecer la idea de que en el ámbito de seguridad social, cuando se habla de aportes obligatorios, no se concibe la idea de la propiedad privada, de la libre disposición, ni del uso discrecional de los mismos en los términos esgrimidos por el accionante (los arts. 14 y 17 de la C.N. en que funda la acción), atento su utilización para la financiación del sistema. En lo referente a los aportes voluntarios, más allá de la solución legislativa finalmente adoptada; estimo que el concepto puede extenderse y aplicarse por analogía, toda vez que la propia ley 24.241, estableció que los aportes voluntarios lo eran a los fines de la mejora de la prestación jubilatoria ordinaria. Es decir, no se constituía una suerte de seguro de capitalización, que al llegar a la edad jubilatoria se lo entregaba actualizado al jubilado, sino que el mismo sería prorrateado a los fines de la mejora del haber jubilatorio, o los fines de tramitar una jubilación anticipada, siendo indisponibles los mismos hasta llegar a encontrarse el afiliado en condiciones de acceder a un beneficio jubilatorio. Esta idea

se mantiene en la ley 26.425, cuando establece en el art. 6 de la ley citada que el afiliado que cuente con los mismos, podrá hacer uso de la opción prevista en el régimen público, o pasarlo a la AFJP que quiera reconvertirse. Sí en el caso particular de autos, la AFJP que administraba los fondos del actor, no decidió reconvertirse, dicha situación constituye un problema ajeno a la jurisdicción previsional. Pero si estimo que corresponde guardar una coherencia, en lo que se refiere a la conceptualización del aporte previsional, más allá de su nomenclatura legal (voluntario u obligatorio). Ello así, atento a que se debe evitar un doble estándar, según el cual al momento de flexibilizar la aplicación de la normativa previsional para el otorgamiento de prestaciones que desde la rigidez legal no encuadrarían dentro de lo supuestos contemplados (tal el caso del concepto de incapacidad de ganancia en materia de jubilaciones por invalidez, aportante regular o irregular, pensión derivada, accidente "in itinere", entre tantas otras), se justifique dicho atemperamiento en el carácter tuitivo, universal y solidario de la seguridad social; pero cuando se plantean temas como la naturaleza jurídica del aporte voluntario y su posibilidad de traspaso al sistema público como opción, se lo desestime con fundamento en la estrictez del derecho privado, y en el carácter contractual que les dio origen. Si uno de los principios básicos de la Seguridad Social, es su universalidad, la conclusión obligada es que dicha universalidad debe ser sostenida entre todos los habitantes que integran la comunidad, ello así, a fin de aventar a aquellos que pregonan los principios de la seguridad social para adquirir sus beneficios, pero los soslayan para hacerse cargo de sus erogaciones. Reafirmar la idea de que la Seguridad Social es un derecho abarcativo de todos sus habitantes, lleva a exigir de los mismos su aporte a la hora de hacer sustentable el sistema, puesto que la contracara de la universalidad es la solidaridad del régimen. La agitación de conceptos aislados y fuera de contexto, llevan a su degradación, debiéndose en consecuencia estar a la altura de los mismos, a fin de evitar convertirlos en slogan redundantes y carentes de contenidos.

Al momento de resolver, tampoco se debe obviar que en el extinto régimen de capitalización, la financiación de las prestaciones que el mismo otorgaba se realizaba mediante los fondos ingresados por sus afiliados a los que se sumaba la rentabilidad generada a partir de la "eficiente" inversión de las administradoras, constituyendo ello, junto con el otorgamiento de los beneficios definidos por ley, los únicos objetos para las cuales fueron creadas, con las situaciones inequitativas que esta idea consagra (tal el caso de la actual falta de haber mínimo garantizados para las prestaciones que se encuentran totalmente a cargo del Régimen de Capitalización, conf. la derogación del art. 125 ley 24.241, dispuesta por la ley 24.463).

En materia de inversiones, no existía un amplio margen de discrecionalidad, sino que las mismas debían realizarse en el marco de lo dispuesto por los arts. 74 y concordantes de la ley 24.241, donde se establecieron los límites, alcances y proporciones de las operaciones que involucraran al fondo de jubilaciones.

En este contexto, acorde a la tesitura que venimos desarrollando, el artículo 14 de la Resolución ANSeS 290/09 dispuso que las ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE JUBILACIONES Y PENSIONES (AFJP) que se reconviertan a los fines de la presente resolución, deberán realizar las inversiones de los fondos recibidos con motivo de la opción prevista, en los términos del artículo 8° de de la Ley N° 26.425. Esto es, las inversiones permitidas serán las previstas en el artículo 74 de la Ley 24.241, rigiendo las prohibiciones del artículo 75 de la citada ley y las limitaciones de su artículo 76. De modo que no se advierte el perjuicio que irroga sobre el amparista la modificación del régimen previsional, toda vez que respecto a los aportes que venimos enunciando, se mantiene la posibilidad de administrarlos a través de una sociedad privada de acuerdo a los parámetros vigentes con anterioridad a la sanción de la norma que se pretende descalificar.

Por otra parte, cabe tener presente que por Instrucción nro. 52/94 de la SAFJP, se definió a la imposición voluntaria como "aporte personal obligatorio no sujeto a comisión que se acredita a saldo individual voluntario", con lo que participa de la naturaleza jurídica de los aportes obligatorios, en tanto que su registración dentro de las columnas de las cuenta de capitalización individual donde se asentaban los aportes voluntarios tuvo origen en la necesidad estricta de diferenciar estos aportes al momento del cálculo de prestaciones; más aún, **no quedan dudas de su naturaleza jurídica toda vez que los mismos tienen una relación directa y causal con la prestación de trabajo (antecedentes resol. 290/09), por lo que no cabría dar un tratamiento diferente al dispensado a los aportes obligatorios**, en consecuencia la disponibilidad de los montos en concepto de imposiciones voluntarias y/o depósitos convenidos deberá efectuarse del modo y condiciones que establece el art. 6 de la ley 26.425 y su reglamentación.

Por último, en sentido concordante con lo hasta aquí expuesto, se expidió la Sala "J" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, en los autos caratulados "Gallacher, Paula c/ Castro Feijoo, Gonzalo s/ liquidación de sociedad conyugal" (sent. Del 29/6/10), en donde, ante la pretensión de la actora de que se le reconozca determinada proporción de los saldos correspondientes a imposiciones voluntarias registrados en la CCI de su ex esposo atento que, a su entender, constituyen un activo de carácter ganancial que incrementaron el haber jubilatorio como "mejoras" en los términos de los art. 1272 del Código Civil, el Tribunal precisó que "si bien la ley 24.241 afirma que los fondos acumulados le pertenecen a los afiliados, pero en realidad esta afirmación no es tan real ni muy precisa si se pretende su encuadramiento en el marco civil ... Es decir que se ha designado con ese nombre como tradicionalmente lo hace la ley civil o la doctrina de los derechos reales en la ley previsional, pero en el caso concreto falta el poder directo o inmediato sobre la cosa".

IV. Las costas del proceso, merituando la complejidad, novedad y naturaleza de las cuestiones debatidas habrán de ser soportadas por su orden (art. 68 del C.P.C.C.N.).

# Poder Judicial de la Nación

## Año del Bicentenario

Por lo expuesto y de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado por el Representante del Ministerio Público, se propicia: 1) Declarar formalmente admisible los recursos deducidos; 2) Rechazar el interpuesto por la parte actora. 3) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada y, en consecuencia, revocar la sentencia apelada en cuanto a lo que se refiere a los aportes voluntarios.

EL DOCTOR EMILIO LISANDRO FERNANDEZ DIJO:

El Vocal opinante en primer término ha efectuado un detallado y exhaustivo análisis del caso traído a decisión y, por tanto, he de adherir a la solución que propicia. Poco cabe agregar a lo dicho.

Empero, la materia que se somete al Tribunal, más allá del puntual tópico que se refiere a la cuestión de índole previsional contiene en sus pliegues la crucial aspiración de la ciudadanía toda de la vigencia irrestricta del Estado de Derecho y de cuya custodia, por mandato constitucional, son los jueces los encargados de preservarla.

Nuevamente y como una constante que se reitera en las últimas décadas legislativas en el campo de la normativa de la previsión social, una ley que habilita un determinado comportamiento del Estado, en el caso la 26.425 no se sujeta, en todos sus términos, al contexto del Estado de Derecho que define la Constitucional Nacional.

Pero, no he de adelantar las conclusiones, sin antes referir brevemente el meollo de la cuestión a definir en la alzada.

Así, ella se circunscribe a determinar si es procedente o no, la devolución de los aportes efectuados por el actor en su cuenta de capitalización individual ante la unificación del sistema previsional que dispone la ley antes citada.

Dicha disposición prevé la unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones en un único régimen previsional público que denomina Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) financiado a través de un sistema solidario de reparto, garantizando a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización vigente hasta la fecha idéntica cobertura y tratamiento que la brindada por el régimen previsional público, en cumplimiento del mandato previsto por el art. 14 bis de la Constitución Nacional

El Capítulo II de la referida ley comprende la situación de los afiliados y beneficiarios, destacándose entre ellos los arts. 6 y 7, cuya lectura es indispensable para la dilucidación de la cuestión en examen

Así, el artículo 6º dispone “Los afiliados al régimen de capitalización que hubieran ingresado importes en sus cuentas de capitalización individual bajo la figura de "imposiciones voluntarias" y/o "depósitos convenidos" y que aún no hubieran obtenido un beneficio previsional, **podrán** transferirlos a la Administración Nacional de la Seguridad Social para mejorar su haber previsional conforme lo determine la reglamentación o a una administradora de fondos de jubilaciones y pensiones, la que deberá reconvertirse, modificando su objeto social para tal finalidad. El Poder Ejecutivo nacional dictará las normas pertinentes a esos fines”.

El artículo 7º, por su parte, señala “Transfíranse en especie a la Administración Nacional de la Seguridad Social los recursos que integran las cuentas de capitalización individual de los afiliados y beneficiarios al régimen de capitalización del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones previsto en la Ley 24.241 y sus modificatorias, con las limitaciones que surjan de lo dispuesto por el artículo 6º de la presente ley. Dichos activos pasarán a integrar el Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto creado por el decreto 897/07.”

El Decreto 2104/2008, en el artículo 3º dispone la transferencia al FONDO DE GARANTÍA DE SUSTENTABILIDAD DEL SISTEMA INTEGRADO PREVISIONAL ARGENTINO (FGS) de los recursos que integran las cuentas de capitalización individual de los afiliados y beneficiarios del Régimen de Capitalización del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones prevista en el art. 7º de la ley N° 26.425, con las limitaciones previstas en el art. 6 de dicha ley, se producirá de pleno derecho, en idéntica especie que en la que se encuentran invertidos. A tal fin las entidades financieras, las Cajas de Valores, las Sociedades Gerentes de Fondos Comunes de Inversión y toda entidad depositaria o recaudadora, deberán colocar como titular único y exclusivo de aquellos bienes y derechos a la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL ( ANSES) ( FGS LEY N° 26.425)

Como se ve, la norma impone la transferencia de los recursos de las cuentas individuales abiertas a nombre de cada beneficiario que crea el régimen de capitalización (Ley 24.241) al sistema del régimen público.

Sólo respecto de las aportaciones voluntarias, se admite la posibilidad de mejorar el haber pero siempre dentro de los cánones que fija ley.

Se impone detenerse en los antecedentes, para analizar la viabilidad de las disposiciones cuestionadas.

a) Breve reseña del sistema previsional de reparto y capitalización.

La ley 24.241, sancionada en el año 1993, conforma un Régimen Público también llamado de Reparto y un Régimen Privado o de Capitalización.

El primero se rige sobre la base del principio de solidaridad. Constituye un sistema público previsional de carácter nacional y de reparto asistido. El régimen previsional público tiene, como uno de sus objetivos primordiales “establecer un cierto equilibrio entre quienes, por su situación laboral, cultural e incluso geográfica, no pueden ni podrán acceder por sus propios medios a la cobertura integral de sus riesgos de vejez, enfermedad, invalidez y muerte y por ello es imprescindible que las coberturas de este régimen atiendan estas necesidades, aunque su costo exceda legalmente las posibilidades de previsión y ahorro de ese sector de la comunidad...” .De allí entonces la expresión reparto “asistido” ya que esas necesidades deberán cubrirse, aun cuando el reparto puro o matemático no sea suficiente para ello, mediante la incorporación de otros recursos adicionales provenientes de impuestos, y por eso la solidaridad hace alusión a que será la población en general -o en todo caso el sector o actividad alcanzados por el impuesto de que se trate-, quienes solventarán en gran parte, el pago de ciertas prestaciones del Régimen Previsional Público (Fernando H. Paya María T. Martín Yañes , Régimen de jubilaciones y pensiones, pag. 58). En el régimen de capitalización individual, los aportes personales de los trabajadores en relación de dependencia y de los autónomos ingresaban en cuentas individuales personalizadas para cada uno de ellos, acumulándose allí durante toda su vida laboral. Estas cuentas se gestionaban por las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP), constituidas bajo formas de sociedades anónimas. Los fondos acumulados permanecían en cabeza de los aportantes, sumándose a ello la rentabilidad obtenida e incluso con las aportaciones voluntarias que los afiliados incorporen a su cuenta.

Al concluir la vida laboral y cumplir la edad jubilatoria legalmente establecida, el titular contaría con una suma que debería permitir adquirir una renta vitalicia en una compañía de seguros de retiro, retiro fraccionado o contratar un retiro programado con la propia administradora a la que estuvo afiliado u otra del sistema.

Lo señalado, obviamente, sin perjuicio de la cobertura de otras contingencias como invalidez y muerte.

En síntesis, en nuestro país el sistema era mixto. El trabajador tenía siempre derecho a una prestación básica otorgada por el régimen de reparto y si tenía años con aportes al sistema anterior a la ley 24.241, por ese tiempo de servicios también se otorgaba una prestación compensatoria o, en su caso, por el tiempo posterior una prestación adicional por permanencia.

#### b) Financiación del régimen previsional.

Es un sistema contributivo que se financia, al menos en teoría, mediante los aportes de sus afiliados y las contribuciones de los empleadores.

La ley denomina aportes a las sumas que deben ingresar los trabajadores al régimen previsional, sea que desempeñen servicios en relación de dependencia o actividades autónomas. En virtud de su afiliación al sistema nace obligatoriamente, el hecho del pago que tiene carácter forzoso. Similar índole tienen las contribuciones. El monto respectivo se determina por ley, no depende de la discrecionalidad de la administración pública, ni de la voluntad del afiliado, ello vale tanto para el régimen público como para el de capitalización.

El sistema creado por la ley 24.241 tuvo como innovación en el aspecto referido a la obligatoriedad de los aportes a realizar por los trabajadores, el establecimiento de las llamadas imposiciones voluntarias y aportes voluntarios.

Siguiendo a Fernando H. Paya y María T. Martínez Yañes, (Régimen de Jubilaciones y Pensiones, pag.165). Las imposiciones voluntarias, son aportaciones adicionales, con carácter voluntario tendientes a anticipar o incrementar el monto de su jubilación ordinaria. Supone un trabajador obligatoriamente afiliado al sistema que contribuye regularmente con él y que, además, resuelve incrementar el fondo de su cuenta individual aportando sumas adicionales, que no le generan obligación de continuar haciéndolo en meses posteriores y cuyo monto no está sujeto a pauta alguna, pudiendo variar en cada ocasión en que se practique. Depósitos que podían ser efectuados a través del SUSS en forma conjunta con los aportes obligatorios que recauda la AFIP, como también directamente, mediante depósito a la orden de la AFJP, en la que el afiliado se encuentra incorporado.

Otra figura novedosa constituye el depósito convenido, se trata de un acuerdo mediante el cual un afiliado al régimen de capitalización conviene con su empleador o tercero, que éste depositará en la cuenta individual del titular una suma de dinero ya sea en forma periódica o por una única vez (pag.170).

La previsión novedosa que suponía la institución de dos tipos de aportes fueron formas innovadoras de incorporar recursos a las cuentas individuales de capitalización de los afiliados al sistema privado, no contempladas en la legislación anterior, que fueron posibles en función de la creación de cuentas personales a favor de cada uno de los afiliados para la colecta de los aportes jubilatorios, en pro de la posibilidad de lograr que el importe del haber de la jubilación fuera mayor, en directa relación con el esfuerzo del titular para que su fondo personal creciera.

El propio Estado promocionó este tipo de aportes con beneficios tributarios, en su necesidad de dar impulso a este sistema. Falaz resulta en ese orden, el argumento que esboza el organismo en cuanto a que de propiciarse su devolución ello implica también devolver los beneficios impositivos que en razón de ellos se acordaron, pues la finalidad última fue favorecer el incremento de este tipo de aportes, para impulsar el sistema de capitalización, en relación con del régimen público, política de Estado diversa a la que ahora se propicia

La existencia de un tope (art. 9 de la ley 24.241), de la remuneración sujeta a aportes, permitió una mayor capacidad de ahorro por parte del trabajador, que fue incentivada por el Estado para su derivación al sistema de capitalización. A ello se añadió, la posibilidad de

# Poder Judicial de la Nación

## Año del Bicentenario

que ese mayor aporte le permitiría jubilarse con anterioridad al cumplimiento de la edad requerida por la ley, o como alternativa obtener la jubilación ordinaria con la edad reglamentaria, pero incrementando el monto de ella en forma directamente proporcional a los aportes voluntarios que engrosaron la cuenta individual de capitalización y su saldo final. Posibilidad que únicamente tenían los que se encontraban dentro del Régimen de Capitalización, lo que por otra parte, podían controlar el efectivo ingreso a su cuenta particular.

En el régimen de capitalización no existía redistribución de la renta. A los afiliados se les reconocía la pertenencia de sus aportes y el monto del beneficio que obtendrían lo era en relación directa a los mismos, dependiendo del esfuerzo individual de cada aportante.

c.- Régimen actual, características.

Ahora bien, al unificarse el sistema, los aportes obligatorios, contemplados en el régimen de capitalización adquieren todas las características que identifican a los del régimen público, es decir, son obligatorios, solidarios, no conmutativos y distributivos.

No son conmutativos, ya que se imponen a todo el que desarrolla una actividad laboral, no existe una contrapartida de obtención de los beneficios del sistema, por el sólo hecho de haberlos efectuado. Los aportes de los afiliados y el fondo que se forma con ellos en los organismos previsionales no son propiedad del individuo, integran el fondo del sistema previsional, ya que se basa en el principio de solidaridad intergeneracional, la carga financiera del sistema se traslada de una generación a otra.

Distributivo, el sistema los aplica al pago de las prestaciones jubilatorias de la anterior generación produciéndose una redistribución de dichos ingresos que tiende a favorecer a los aportantes de menores recursos, sin mantener la proporcionalidad entre los montos aportados y el beneficio a percibir. Esto no sucedía en el régimen de capitalización, puesto que el beneficio tenía relación directa al aporte.

De donde, conforme las disposiciones de la ley 26.425, los aportes obligatorios realizados al régimen de capitalización se confunden plenamente con los aportes que ya se encontraban en el régimen público.

A contrario, se llegaría a la alternativa de que el particular pudiera disponer de los mismos, y a su vez exigir un beneficio previsional, lo que habrá de ser necesariamente solventado con la masa común de aportantes y en detrimento de la misma, lo que es inadmisibile.

En ningún caso el aporte obligatorio es disponible para el particular aportante, tampoco lo era en el régimen de capitalización, ya que sólo podía ser utilizado en los casos y situaciones expresamente previstos. No empece lo señalado la circunstancia de que se encontraba individualizado el aporte en la cuenta individual del aportante, pues no se trata de una cuenta bancaria de libre disponibilidad. El acceso a ese dinero acumulado únicamente se producía cuando se daban las contingencias previstas legalmente.

Exigir una prestación previsional por una parte, lo que necesariamente habrá de ocurrir, y por la otra ordenar la devolución de los aportes obligatorios que efectuara al régimen de capitalización, implicaría formalizar una liberalidad, (de efectuar aportes) de imposible cumplimiento por parte del Estado, ya que tampoco este puede arrogarse semejante decisión, siendo como es el custodio de los bienes que conforman el patrimonio social con afectación definida a las contingencias previsionales, constitucionalmente impuestas.

El aporte obligatorio no es un ahorro o inversión disponible para el trabajador, ni materia de liberalidad para el Estado como organismo recaudador y administrador, es el medio lógico y necesario de financiamiento del sistema previsional, a más de los otros ingresos legalmente previstos.

Por consiguiente no corresponde su devolución al actor.

Distinta es la cuestión que se suscita respecto de los aportes voluntarios. Estos trascienden el marco de los obligatorios e integran una categoría inescindible de quien la satisface con el fin de crear un fondo personal de aquellos a quienes se le imputó en sus cuentas.

Téngase presente que fue el propio Estado quien impulsó en un principio la obligatoriedad de afiliación al régimen de capitalización, posponiendo al sistema de reparto o público, sólo para el supuesto de efectiva elección, situación que fue morigerada posteriormente. Con ese propósito alentó también la existencia de las imposiciones voluntarias, como un medio de mejorar la prestación, siempre en el entendimiento de que el sistema permanecería en el tiempo y esas aportaciones reeditarían en definitiva con la prestación final.

La desaparición del método de capitalización, coloca entonces en la disyuntiva de determinar qué sucede con estos aportes voluntarios, que no tienen relación con los que obligatoriamente deben realizarse al sistema previsional.

Como he dicho, es indudable que el principio de solidaridad del sistema, es enteramente aplicable a los aportes obligatorios, pero estos otros, que guardan directo vínculo e identidad con su titular y que fueron pensados para mejorar la situación individual, pierden su razón de ser si se los coloca en el acervo común.

Es evidente, por lo obvio, que si se hubiera imaginado el trabajador, que sus aportes voluntarios, no hubieran de incidir en el beneficio previsional futuro, no los habría

hecho. Téngase en cuenta que los aportes comunes tienen un tope legal, en función a la remuneración (art. 9 de la ley 24.241), por lo que ese ahorro de bolsillo bien podría derivarse en otro tipo de inversión, quizás más beneficiosa, menos aleatoria o libre de la ingerencia del poder público.

Tengo muy en cuenta que el cambio drástico de régimen jurídico de capitalización, con la consiguiente unificación del sistema, alteró de modo sustancial las reglas de juego y produjo un estado de cosas que el accionante no tenía el deber legal de soportar. El afiliado al sistema de capitalización derogado, vió desbaratada su expectativa de un mejor beneficio, producto del “sacrificio” de un aporte mayor, por la vía que eligiera, y diluirse ese “ahorro” en un sistema sin identidad, ni entidad, para lograr en definitiva la mejora esperada, o por lo menos sin pautas concretas en ese momento.

La decisión del Estado, en tanto respeta la obligación constitucional de otorgar los beneficios previsionales en el marco que genera la constitución nacional, no constituye una actividad ilícita, pero en el caso a decidir genera, en la situación particular del afectado, una modificación imprevista e instantánea que debe ser reconocida.

García de Enterría y Tomás Ramón Fernández en su Curso de Derecho Administrativo (Tomo I, pag. 423, octava edición. Ed. Civitas), cuando abordan las relaciones entre el Estado (como toda forma política suprema) y el Derecho indican, que “toda organización política se apoya necesariamente en una concepción determinada del Derecho y actúa desde y en virtud de la misma. En la medida en que todo poder pretende ser “legítimo” todo poder es un poder jurídico, o en términos más categóricos, toda forma histórica de Estado es un Estado de Derecho”. “Lo que distingue a unos Estados respecto de otros, tanto en un tiempo dado como en diferentes épocas históricas, no es, pues, que unos reconozcan y otros aborrezcan el ideal de un Estado de Derecho, sino lo que unos y otros entienden por Derecho”. “Es ahí, en ese terreno material y no estructural, donde las diferencias son considerables”. “Cuando se niega a un Estado su condición de Estado de Derecho, se parte, obviamente, de una determinada concepción ideal del Derecho; es en realidad, una afirmación que sólo puede hacerse desde una posición de Derecho natural, sea cual sea la versión de éste, esto es, *desde la imagen de un modelo material determinado del contenido del Derecho, con el que se cree poder pedir cuentas a un Derecho positivo concreto, en el que se puede por tanto negar la legitimidad al Derecho positivo que le contradiga*” (el destacado me pertenece).

Resulta evidente que cuando el acto de aplicación de una norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus concretos destinatarios un sacrificio patrimonial que merezca el calificativo de especial, en comparación del que pueda derivarse para el resto de la colectividad, el principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas impone la obligación del Estado de asumir el reconocimiento de las obligaciones patrimoniales producidas por tal norma y el acto de su aplicación, salvo que la propia norma por preferentes razones de interés público, excluya expresamente la circunstancia, cuya cuantía, de no concurrir tal excepción, debe ser suficiente para equilibrar el perjuicio efectivamente causado.

Reitero que no es materia de discordia la decisión de unificar el sistema previsional, fundado en criterios de oportunidad o conveniencia que exceden a mi cometido, en tanto el que se adopte cumpla la manda constitucional que prevé el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Lo que sí es cuestionable, es que el accionar legítimo de determinar el régimen que se considera adecuado, vaya en detrimento de derechos que también tienen raigambre constitucional, y lo que es más importante aún, no se contradicen ni se oponen sino que antes bien, se correlacionan y se corresponden.

En efecto, queda fuera de discusión, por su origen imperativo, que los aportes y contribuciones obligatorios son, como su nombre lo indica, obligatorios y, por tanto, la unificación del sistema implica necesariamente, una identidad de naturaleza jurídica, función y características. De otra manera, liberar, como se ha dicho, el aporte obligatorio como si de un ahorro se tratara, llevaría al Estado a subsidiar una prestación sin aportes.

El beneficio exige la contrapartida, o por lo menos así debería ser en todos los casos; cumplir con los aportes y contribuciones obligatorios, no es una inversión, es una obligación.

Sin embargo, aquellos aportes voluntarios, que solo fueron efectuados por quien lo realizara inducido por una rentabilidad futura, que mejorase su crédito previsional, en mayor medida, no son la razón de ser del patrimonio de la seguridad social, antes bien, son una prolongación del patrimonio de aportante o de aquél para el que fue realizado. El Estado no puede disponer de ellos, porque no fueron previstos para el sistema público, sino para una cuenta especial, personal, independiente y propia del aportante.

Ese ahorro, esa prestación voluntaria, no fue hecha al Estado, sino en interés de un particular. Si se apropia de esos fondos, diluyendo los mismos en la masa común o incluso en alternativas no aceptadas por el beneficiario del aporte voluntario, debe resarcir al perjudicado, no hay expropiación sin indemnización, más en el caso, la natural consecuencia, sería o bien devolver ese aporte voluntario, o bien dejar a criterio del titular, el destino de ese aporte.

El aportante del régimen público conoce de antemano que el pago que efectúa lleva implícita la cualidad de desprenderse de su propiedad, de transferirla. Sabe que la obligatoriedad legal que lo impele a ese aporte tiene carácter forzoso y su destino es la pérdida de individualidad al ingresar al fondo común indeterminado.

Por lo contrario, el aportante voluntario en el margen de discrecionalidad que libremente decida sobre su patrimonio y en modo prioritario, sobre la base del aliciente que empeñosamente desplegó la legislación promulgada al respecto, como también masiva difusión propagandística y consecuente obrar desarrollado por los órganos de gobierno, siempre albergó la convicción de mantener sobre el “quantum” depositado su derecho de propiedad, que para su sosiego la ley y la práctica

# Poder Judicial de la Nación

## Año del Bicentenario

del sistema ratificaron hasta el cambio de la normativa. Por lo mismo, nunca entendió desprenderse del dominio del valor que voluntariamente entregaba a un administrador. Sentía ser el dueño del dinero y, en consecuencia, cuando se cambian de la noche a la mañana el marco deseable de previsibilidad y buena fe representado por las reglas del sistema que se elimina y al cual se destinaban esos fondos, entiendo que es el titular de ellos, es decir, quien en todo momento los contabilizó como propios, quien debe decidir qué destino darles.

El Estado, en ejercicio de sus poderes de “legislación”, puede lesionar el derecho de los habitantes. Esto es lo que suele denominarse “responsabilidad del Estado Legislador” o “Responsabilidad del Estado por actos Legislativos” (véase Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo).

El daño que el Estado ocasiona en ejercicio de su función legislativa puede resultar de una ley “válida” o de una ley “inválida”, pues también en ese ámbito rige el principio de que el comportamiento dañoso o lesivo del Estado es posible que derive del ejercicio “inválido” (vgr. Ley inconstitucional) o del ejercicio “normal” de sus potestades legales (vgr. Ley que monopoliza una actividad -lícita, desde luego- que hasta entonces era de libre ejercicio por los administrados).

Lo que antecede repercute en los medios de fiscalizar jurisdiccionalmente la actividad legislativa, control que puede realizarse a través de dos distintas vías a) simple declaración de inconstitucionalidad de la norma, si ésta aún no hubiese causado “perjuicio” material por no haber sido puesta efectivamente en ejercicio: b) condena al pago de daños y perjuicios causados por leyes que, siendo constitucionales, causan un daño patrimonial, o por leyes inconstitucionales que al ser aplicadas causan daño (V. Marienhoff, ob. cit. pags.705 y 706)

Existen principios en el Estado de Derecho que deben respetarse

Siguiendo al maestro Marienhoff, en la obra citada: Entre tales principios pueden mencionarse “...2°) El respeto a los “derechos adquiridos” o, en otras palabras el respeto a la “propiedad” todo lo cual surge del art. 17 de la Constitución Nacional. 3°) Las específicas normas sobre “expropiación” por utilidad pública, calificada por ley y previamente indemnizada. Estas normas constituyen “un principio general”, de aplicación no sólo en los supuestos específicos de “expropiación” sino en todos los supuestos en que un derecho individual cede o sufre menoscabo por utilidad o interés público. 4°) La igualdad ante las cargas públicas. 5°) El “afianzamiento de la justicia”.6°) El reconocimiento de los derechos esenciales (mencionados en el art. 14).

El Estado tiene autoridad para adoptar las decisiones que crea sean más útiles a los fines que la manda constitucional le impone. Pero también deber asumir, los costos de las decisiones que adopta. El interés público, no puede ir en detrimento del interés individual, avasallándolo, y si en pro de ese interés, se vulnera este último, quien adopta la decisión, debe asumir la responsabilidad de esos actos.

Agrega Marienhoff “La responsabilidad estatal en el campo del derecho público, por sus actos o hechos dañosos es, pues, una consecuencia lógica del complejo de principio propios del “Estado de Derecho”. No es concebible un Estado de Derecho “irresponsable”. Lo contrario implicaría un contrasentido. “Estado de Derecho” y responsabilidad son, en este orden de ideas, conceptos correlativos. Tal responsabilidad existe cualquiera sea el órgano estatal- Legislativo, Ejecutivo o Judicial- causante del agravio, pues cualquiera de esos órganos, al actuar lo hace en nombre del “Estado” a cuya estructura pertenece. La doctrina científica, tanto argentina como extranjera, fundamenta la “responsabilidad” del Estado en el complejo de principios propios del Estado de Derecho.

Continúa Marienhoff, “Dicha responsabilidad estatal tanto puede resultar de su actividad legal como de su actividad ilícita, vale decir, exista o no “culpa” en la especie. De ahí que ambos tipos de responsabilidad- sea la que proviene de una actividad o comportamiento lícito y la que provienen de una actividad o comportamiento ilícito – deben ser estudiadas en común, conjuntamente, al tratar de la responsabilidad del Estado, pues esta existirá o no con total prescindencia de la licitud o ilicitud de la respectiva actividad o comportamiento... acepta que tal responsabilidad es procedente ya se trata de perjuicios o menoscabos ocasionados por el Estado en ejercicio de una actividad o comportamiento lícito o de una actividad o comportamiento ilícito.

Finalmente, concluye Marienhoff “Para que la responsabilidad se haga efectiva es menester la existencia de un daño o perjuicio que deba ser reparado (indemnizado o resarcido) Sin la existencia de ese menoscabo o deterioro la responsabilidad no se pone en movimiento. El “perjuicio” es un elemento esencial de la responsabilidad. Como bien se dijo, sin la existencia de perjuicio no existe responsabilidad. Entre el daño alegado y la conducta estatal debe existir una relación directa e inmediata de causa a efecto. Es lo que en doctrina se denomina relación de causalidad, causación o causalidad adecuada”

En síntesis, no se juzga al Estado como responsable de un acto ilícito que debe resarcir. Es precisamente la consecuencia de un acto lícito, pero que causa un perjuicio lo que debe enderezarse, encaminarse o resarcirse, o finalmente como indica la moderna teoría administrativa, en especial la española, que ha de tratarse de una lesión que los particulares no tengan el deber jurídico de soportar.

“La facultad del Estado de imponer límites al nacimiento o extinción de los derechos, no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran la condigna reparación en el sistema establecido, pues en tales supuestos el menoscabo económico causado origina el derecho consiguiente para obtener una indemnización como medio de restaurar la garantía constitucional vulnerada (art. 17)”. (R. 238. XXII.; Revestek S. A. c/ Banco Central de la República Argentina y otro s/ ordinario. 15/08/1995 T. 318, P. 1531).

Un último fundamento inclina mi juicio a favor del temperamento que he de propiciar. Lo apoyo sobre la base de la vigencia del Estado de Derecho y la consecuente seguridad jurídica que ello significa.

Para su cabal comprensión ha de recordarse el marco fáctico y temporal que lo precedió.

El Estado, con motivo de la sanción de la ley 26.425, de modo imprevisible e instantáneo radicalmente transforma un contexto jurídico que había definido, alentado e incentivado durante catorce años. Antes que esta conducta fuera desplegada, fue ratificada a través de la última expresión inductora corporizada en la ley 26.222 que, con anterioridad a escasos diecinueve meses de la transmutación del ordenamiento, habilitaba la opción de permanecer dentro del sistema de capitalización individual. Es en este comportamiento donde encuentro configurada la lesión que expresa el actor y que éste no tenía el deber jurídico de soportar.

d. Acto lesivo que no debe soportar el actor.

El acto lesivo que formulo es la instantaneidad legislativa de un desapoderamiento patrimonial al par de la frustración de una expectativa alimentaria y, además, la comprobación mortificante de un obrar estatal reñido con la buena fe, principio elemental de las relaciones humanas y normativas, e ineludible principio de la previsibilidad y seguridad jurídica por el que debe bregar la gestión gubernamental toda.

La capital magnitud y trascendencia de los antecedentes recordados me impone no callar sobre los efectos perniciosos que ocasionan, los drásticos giros regulatorios que implican alteraciones sustanciales de regímenes destinados, como en el caso previsional, a proyectarse sobre generaciones futuras. La seguridad jurídica es un valor básico al logro del deseable mínimo estándar de previsibilidad que alienta todo ciudadano con el propósito de precisar, con cierto grado de confianza, el trazado del horizonte futuro de su obrar, pues su definición la concreta sobre la base de la buena fe, que descansa en la confianza legítima de que la actuación de los órganos públicos acomodarán su gestión a la Constitución y a las leyes. El giro copernicano de la legislación en materias cruciales para la vida social y al cual, de modo cada vez más reiterado recurre el legislador, sólo concita desasosiego y una frustración creciente en el sentir de la sociedad que no avizora con dicho comportamiento regulaciones estables. Por lo contrario, los ejemplos inversos se suceden y el fruto resultante afecta a la indispensable cuota de credibilidad ciudadana en la razonable subsistencia de los órdenes legales.

Es cierto, que en el desarrollo de esta cuestión no soy original. El consistente voto que encabeza esta decisión la desnuda en profundidad cuando deja al descubierto el atroz y lacerante desapoderamiento que significo la brutal modificación del marco legal existente merced a la intempestiva regulación que introdujo el tristemente denominado “corralito”.

La seguridad jurídica, como dijera, es un valor básico de la sociedad que apuntala la certidumbre ciudadana en cuanto a la vigencia y eficacia de las instituciones que la rigen. No ha de ser óbice a su práctica y observancia por el legislador su falta de mención expresa en el texto constitucional, como sí ocurre en las constituciones de Alemania y España (art. 9.3), porque, a mi ver, ella fluye implícita del cardinal artículo 33 de la Constitución Nacional.

El derecho constitucional y la jurisprudencia comparada ofrecen un marco interpretativo asaz valioso para comprender el caso en examen. Es en el derecho alemán donde tiene origen la institución de la “protección de la confianza legítima” que se deduce como un derivado de los principios de Estado de Derecho y de seguridad jurídica. Con motivo de él se sostiene que ha de existir una permanencia en la regulación y aplicación del ordenamiento jurídico. Descuenta el amparo que debe dar la magistratura judicial al ciudadano frente a los poderes públicos que han desarrollado su gestión de gobierno (legislativa o administrativa) de una determinada manera, en cuanto a que dicha conducta se seguirá manifestando en similar modo en lo venidero y conforme a un marco circunstancial (político, social, económico) similar.

La Constitución de Alemania es el antecedente primario del llamado, reitero, “principio de protección de la confianza legítima”, en cuya jurisprudencia ordinaria y constitucional se formó, y de donde pasó a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con motivo de la sentencia habida el 13 de julio de 1965 y luego a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España. Sobre el particular véase igualmente la referencia que realizan García de Enterría y Fernández en la obra antes citada Tomo II, pág. 382. En igual sentido, R. Galán Vioque, “La responsabilidad del Estado Legislador” Barcelona 2001, pág. 537, “el principio de seguridad jurídica en su trasunto de confianza legítima se ha convertido en un parámetro decisivo para determinar la antijuridicidad de los daños imputables a las leyes”. C. Alonso García, “La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador”, Barcelona, 1999, págs. 109 y ss. El obrar reprochable se configura “cuando suponga una ruptura del principio de confianza legítima en la estabilidad del ordenamiento jurídico”. El Tribunal Supremo de España en la Sentencia del 30 de junio de 2001, indica como criterios relevantes para operar en las relaciones con los particulares a los principios de buena fe y de seguridad jurídica, agregando “Estos conceptos ...están

# Poder Judicial de la Nación

## Año del Bicentenario

estrechamente relacionados con el concepto de confianza legítima, enunciados por el Tribunal de las Comunidades Europeas”. Se dice que esa jurisprudencia “obliga a responder en el marco comunitario de la alteración sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta económica y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias de las circunstancias económicas habituales y estables generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento”

No postulo la cristalización de las normas legales con la consiguiente garantía de invariable vigencia a los particulares o agentes económicos de la perpetuación de situaciones que establezcan y reconozcan un derecho adquirido al mantenimiento de las ventajas que disfrutaren. Por lo contrario, participo de la referencia que realizan García de Enterría y Fernández en la obra antes citada Tomo II, pág. 382, cuando al abordar el tratamiento del principio de protección de la confianza legítima, indican que ésta no propicia impedir, “desde luego, al legislador modificar las regulaciones generales con el fin de adaptarlas a las exigencias del interés público, pero si le obliga a dispensar su protección, en caso de alteración sensible de situaciones en cuya durabilidad podía legítimamente confiarse, a los afectados por la modificación legal, a quienes ha de proporcionar en todo caso tiempo y medios para reequilibrar su posición o adaptarse a la nueva situación, lo que, dicho de otro modo, implica una condena de los cambios legislativos bruscos adoptados por sorpresa y sin las cautelas aludidas”.

En conclusión, el caso a decidir, a mi criterio, reúne las líneas maestras que dan vida al principio señalado y sus postulados son de aplicación plena. Baste, de modo breve reiterar, que ha existido desde la vigencia de la ley 24241 que establece el régimen previsional, un principio de confianza ciudadana, alentado y ratificado por normas legales que fomentaban mediante una concreta inducción a mantener la voluntad de permanecer dentro del régimen previsto. De modo drástico, se cambia el orden legal y con ello se afecta el acto de confianza que implicó para los aportantes de buena fe aceptar voluntariamente incrementarlos más allá de los que obligatoriamente le eran impuestos por las normas.

Por lo mismo, descarto – como pretende el apelante - que corresponda la devolución de los aportes que con carácter obligatorio integró al sistema. En cuanto a los aportes voluntarios, propicio su íntegra restitución con las acrecidas resultantes, como forma de reestablecer un estado de cosas que el apelante no estaba jurídicamente obligado a soportar. De allí que a la suma que resulte de la última liquidación practicada al tiempo de operarse la transferencia al Sistema Previsional Público, habrán de incluirse intereses a la tasa pasiva promedio mensual que publica el B.C.R.A., que se devengarán hasta el efectivo pago

Por lo señalado, propicio: Rechazar el recurso de Anses. Confirmar la declaración de inconstitucionalidad del art. 6º de la ley 26425 y con ello de las resoluciones y disposiciones que lo reglamentan; ratificar el reintegro al accionante de los fondos depositados en su cuenta de capitalización individual en Met AFJP (imposiciones voluntarias), a valores de la última liquidación practicada al tiempo de operarse la transferencia al Sistema Previsional Público. Dicha suma devengará intereses a la tasa pasiva promedio mensual que publica el B.C.R.A., hasta el efectivo pago Rechazar el recurso del actor en cuanto pretende la devolución de los aportes obligatorios. Imponer las costas en el orden causado.

A mérito de lo que resulta del voto de la mayoría, y oído que fuera el Señor Fiscal General a fs. 127, el Tribunal RESUELVE: 1) Rechazar el recurso de Anses; 2) Confirmar la declaración de inconstitucionalidad del art. 6º de la ley 26425 y con ello de las resoluciones y disposiciones que lo reglamentan; 3) Ratificar el reintegro al accionante de los fondos depositados en su cuenta de capitalización individual en Met AFJP (imposiciones voluntarias), a valores de la última liquidación practicada al tiempo de operarse la transferencia al Sistema Previsional Público. Dicha suma devengará intereses a la tasa pasiva promedio mensual que publica el B.C.R.A., hasta el efectivo pago; 4) Rechazar el recurso del actor en cuanto pretende la devolución de los aportes obligatorios y 5) Imponer las costas en el orden causado.

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

NORA CARMEN DORADO  
JUEZ DE CÁMARA

EMILIO LISANDRO FERNÁNDEZ  
JUEZ DE CÁMARA

LUIS RENÉ HERRERO  
JUEZ DE CÁMARA

Ante mí:

Amanda Lucía Pawlowski  
Secretaria de Cámara