

Hacia un sistema de seguridad social inclusivo y ¿sustentable?

Silvana Pérez Talamonti¹ y Juliana Armendariz²

AREA DE INTERÉS:

Estudio de la protección a los trabajadores, coherente con una concepción del mismo como “sujeto preferente de tutela constitucional”. El trabajo decente forma parte de la dignidad de la persona humana siendo consecuencia indispensable encontrar y asegurar formas y estrategias que aporten una mejora en la calidad del trabajo ya que el haber previsional no es una expectativa sino que es consecuencia de las remuneraciones percibidas. La preocupación de la cobertura de la contingencia social vez frente a nuestra Constitución Nacional, las normas internacionales y las políticas de estado.

Abstract

El objetivo de este trabajo es estudiar la seguridad social y evaluar si cumple con sus objetivos protección distintas contingencias sociales. Una de ellas es la vejez, los trabajadores deben aportar el 11% de su salario mientras que los empleadores contribuyen con el 17%, a un sistema que se supone debe cubrir esta necesidad. Se trata de un trabajo académico con un enfoque práctico.

Sin embargo en la actualidad esa contingencia no solo no es cubierta sino que la norma que regula la mayor cantidad de los trabajadores (la ley 24241) ha sido declarada inconstitucional en casi todos sus artículos perdiendo la esencia de la solidaridad.

Las conclusiones nos obligan a pensar hacia dónde vamos, nos preguntamos si efectivamente ¿es nuestro sistema de seguridad social sustentable? y

¹ Doctora en Derecho Universidad Nacional de Rosario, Magíster en Derecho del trabajo y Relaciones Laborales Internacionales UNTREF, Magíster en Derecho Procesal UNR, Especialista en la Magistratura UNR, Postgrado sobre Relaciones Laborales en la Unión Europea, Derecho Social Europeo. Relaciones Laborales en Polonia. Universidad de los Jagelliones, Cracovia Polonia. Diplomada en Seguridad Social por el ECAE. Profesora Universitaria, Docente invitada de la UNTREF y UNR, autora de diversos artículos de su especialidad.

² Abogada, diplomada en Seguridad Social ECAE.

también intentamos analizar el papel que debe desarrollar el Estado en nuestro sistema.

Palabras clave:

SEGURIDAD SOCIAL

TRABAJADORES

SUSTENTABILIDAD

SALARIOS

HABER

Amartya Sen ".... cuando se trata de determinar cómo puede avanzar la justicia, hay una necesidad básica de razonamiento público, que involucra argumentos procedentes de diferentes sectores y de puntos de vista divergentes. Un compromiso con los argumentos contrarios no implica, sin embargo, que debamos esperar ser capaces de resolver los motivos de conflicto en todos los casos y llegar a una posición consensuada en todas las cuestiones."

I. El riesgo social y la necesidad de seguridad. Las contingencias sociales.

1. Introducción

La intención principal de este trabajo es analizar la sustentabilidad de la seguridad social en Argentina desde el punto de vista teórico y empírico.

El propósito perseguido es la exposición de las oscilaciones y variaciones que ha sufrido tanto el ordenamiento jurídico como el modelo derivado de política jurídica nacional. Sin dudas, es necesario reforzar el reconocimiento de los derechos que confieren protección a las personas en situaciones de vulnerabilidad.

Sabemos que para que exista un riesgo es necesario que se descuide una necesidad. Las contingencias son aquellas situaciones que tienen alguna probabilidad de ocurrir a lo largo de la vida de las personas. El creciente peso poblacional de las personas mayores hace que deban ser un segmento prioritario para el estado.

Una introducción al tema nos servirá de base para el estudio de la finalidad perseguida por la seguridad social.

Entendemos por riesgo social la posibilidad que una persona sufra un daño que tiene su origen en una causa social. Es decir que, el riesgo social depende de las condiciones del entorno que rodea al individuo.

¿Qué cosas elegimos los seres humanos?

Tantas cuantas sean o puedan ser fines de nuestras acciones: incontables. Sin embargo, las podemos enunciar ya que algunas son más salientes porque han sido objeto de una ciencia o de una técnica. Son muchas y diferentes, por ejemplo, el fin de la medicina es la salud; el de la arquitectura, la casa; el de la economía, la riqueza; el fin del derecho es la convivencia social pacífica, asegurar la paz y el orden dentro de una sociedad, lo que se llama la seguridad.

El ser humano ha buscado su protección y la de su familia desde la antigüedad, por ello el concepto de seguridad ha evolucionado con el tiempo.

Elegimos vivir en una sociedad civilizada, Durkheim define a la sociedad como el conjunto de sentimientos, ideas, creencias y valores que surgen a partir de la organización individual a través de este tipo de grupo y que tiene una existencia diferente y superior a cada uno de sus miembros, es decir, que existe gracias al grupo pero no está en ninguno uno de ellos de forma individual³

³ Durkheim, El Suicidio, http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2012/LYM/los_FESociales.pdf.

Según Durkheim, dicha sociedad cumple dos funciones: la integración y la regulación; cuando la segunda no es ejercida adecuadamente los individuos se encontrarán en una situación de anomia⁴.

Desde esta perspectiva, la anomia se refiere a la ausencia de un cuerpo de normas que gobiernen las relaciones entre las diversas funciones sociales que cada vez se tornan más variadas debido a la división del trabajo y la especialización, características de la modernidad⁵.

Cada uno persigue algo que “es bueno para”, estos fines son además relativos y en otro sentido podemos decir que se establece una jerarquía.

Por mucho placer que el hombre sienta al obrar, al moverse, al esforzarse, aun es preciso que sienta que sus esfuerzos no son vanos y que al marchar avanza. Ahora bien, no se adelanta cuando no se marcha hacia algún fin, o, lo que viene a ser lo mismo, cuando el objeto a que se tiende es el infinito. Siendo siempre la misma la distancia de la que se queda alejado, sea el que quiera el camino que se recorra, resulta como si uno se hubiese inútilmente agitado sobre el mismo sitio⁶

La lucha constante para superar el hambre, la enfermedad, la falta de refugio y vestido ha sido el motor del progreso de la humanidad.

El origen del riesgo social como señala Paul Durand⁷ es impreciso, pero se hallaba asociado a la expresión seguro social.

Jean Jacques Dupeyroux⁸ define al riesgo social no por sus causas sino por sus efectos. El riesgo social, supone la existencia de algo que podría derivar en que un conjunto de personas quede marginado de la sociedad.

Por ejemplo, si en una comunidad los niños no tienen acceso a las escuelas, dichos menores están en riesgo social, crecerán sin la formación necesaria para integrarse al mundo laboral y por lo tanto no tendrán la posibilidad de ganarse su sustento. De la misma manera, si los trabajadores no

⁴ La División del Trabajo Social publicado en 1893, El Suicidio publicado en 1897 y La Educación Moral que data de 1902

⁵ López Fernández, María del Pilar, EL CONCEPTO DE ANOMIA DE DURKHEIM Y LAS APORTACIONES TEÓRICAS POSTERIORES. Iberoforum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana [en línea] 2009, IV (Julio-Diciembre) : [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2018] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=211014822005>> ISSN

⁶ Durkheim, El Suicidio, http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2012/LYM/los_FESociales.pdf, pp. 8-12

⁷ Paul Durand "La política de Seguridad Social y la evolución de la sociedad contemporánea" Autores: Federico Suárez Álvarez-Pedrosa Localización: Cuadernos de política social, ISSN 0210-0339, Nº. 19, 1953, págs. 152-155 Idioma: español

⁸ Jean Jacques Dupeyroux, "Securité Sociale", Deuxime Edition, Dalloz, París, 1967, p. 74.

son registrados (trabajo decente) perderán derechos previsionales puesto que el monto del haber inicial de jubilación guarda relación directa con el promedio de las remuneraciones de los últimos 120 meses de actividad. Ese tema si bien excede este trabajo enorme trascendencia para las personas en la última etapa de su vida.

Los riesgos físicos afectan los ingresos ya que reducen la capacidad de trabajo, entre ellos encontramos la enfermedad, la vejez y la invalidez mientras que los riesgos económicos si bien no alteran la fuerza de trabajo, obstaculizan su ejercicio , tal es el caso del desempleo.

El convenio C102⁹ de la OIT, Convenio sobre la Seguridad Social¹⁰ explica detalladamente las necesidades y riesgos del ser humano. Indica que es absolutamente necesario recibir asistencia durante la infancia y vejez, cuando se está enfermo y desempleado. También se necesita ayuda ante el nacimiento de un hijo o por fallecimiento o cuando las cargas de familia son superiores a los ingresos. Dicho convenio se encuentra vigente¹¹ y Argentina ha aceptado las Partes II, V, VII, VIII, IX y X del mismo.

1.1 ¿Qué es la seguridad social?

Entendemos por seguridad social el conjunto de medios o instrumentos mediante los cuales la sociedad organiza la atención y cobertura de diversos acontecimientos que pueden afectar a cada uno de sus integrantes¹².

Podemos definir a la seguridad social como el conjunto de prestaciones que el Estado, directamente o a través de las entidades que designe, dirige a distintos grupos de sujetos que sufren problemas o contingencias dentro de una comunidad. En Argentina la seguridad social otorga para cada grupo de contingencias, determinadas prestaciones, a las contingencias de vejez,

⁹ BENEFICIOS O PRESTACIONES CONVENIO 102 ARGENTINA Prestaciones familiares Asignaciones familiares Prestaciones por maternidad Asistencia médica Cobertura de salud Prestaciones monetarias por enfermedad Prestaciones en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional Cobertura de riesgos del trabajo Prestaciones por desempleo Seguro por desempleo Prestaciones de vejez Cobertura previsional de jubilaciones y pensiones Prestaciones de invalidez Prestaciones de sobrevivientes

¹⁰ Convenio relativo a la norma mínima de la seguridad social (Entrada en vigor: 27 abril 1955) Adopción: Ginebra, 35ª reunión CIT (28 junio 1952) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos).El Convenio puede ser denunciado: 27 abril 2025 - 27 abril 2026

¹¹

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312247:NO

¹² Paya–Martín Yañez, “Régimen de Jubilaciones y Pensiones”.

invalidez y muerte son cubiertas con los beneficios de pensión y jubilación, a través de lo que se conoce como “sistema previsional”.

1.2 Los objetivos de la Previsión Social¹³:

El sistema de seguridad social fue concebido en un primer momento desde una lógica idealmente contributiva, tanto desde el aspecto prestacional como respecto de su financiamiento. Desde el aspecto prestacional en el sentido de que el otorgamiento de las prestaciones se encuentra supeditado al ingreso previo de una suma de dinero al Estado en concepto de aporte que, junto con las contribuciones, financian las prestaciones de seguridad social.

Desde el aspecto del financiamiento -o autofinanciamiento-, en el sentido de que tales aportes y contribuciones financian, en principio exclusivamente, el conjunto de prestaciones que conforman la seguridad social.

Dentro de la palabra aportes, englobamos tanto los llamados técnicamente aportes, que están a cargo del trabajador, así como también las contribuciones, que se encuentran en cabeza del empleador.

¹³ La seguridad social no es de origen contractual, y se funda en la necesidad de la comunidad de alcanzar un pleno estado de justicia social: a).-Solidaridad: es obligación de toda la sociedad, quien es responsable de las contingencias que pueda sufrir cualquiera de sus integrantes. b) Subsidiariedad: Obliga al Estado a que no abandone sus responsabilidades de cubrir las posibles contingencias que puede llegar a sufrir cualquier de los individuos que forman parte del mismo. Busca subsidiar, reforzar algún sector frente al desequilibrio social, proteger a las personas más vulnerables-c) Universalidad: la cobertura de los servicios se extiende a todos los individuos y grupos que integran un todo social sin ninguna excepción. d) Integralidad: pretende neutralizar los efectos nocivos que producen las contingencias sociales. e) Igualdad: está obligada a brindar igual cobertura a todos los individuos si están en igualdad de circunstancias .f) Unidad de gestión: debe ser regulada por una legislación única y organizada y ejecutada por medio de una estructura financiera y administrativa única. g) Inmediación: el bien jurídico protegido es el ser humano, las personas, el objeto de la disciplina se dirige a protegerlos contra el desamparo. Es decir que la seguridad social es un conjunto de medidas jurídicas que la sociedad proporciona a sus integrantes con la finalidad de evitar desequilibrios económicos y sociales. Los fines de la seguridad social no son los mismos que los del derecho del trabajo, aunque ambos se destacan por su carácter protector y por garantizar determinados niveles de subsistencia a las personas. El derecho de la seguridad social tiene un sujeto más amplio que el derecho del trabajo, ya que no solo abarca a los trabajadores dependientes, sino también protege a los autónomos y a los desempleados. Los beneficiarios de la seguridad social somos todos seres humanos y su objetivo es amparar las necesidades que dificultan su bienestar.

Estos aportes revisten el carácter de obligatorios y el hecho imponible necesario para que nazca la obligación de ingresar aportes y contribuciones es el trabajo: desempeñar o ser dador de trabajo, respectivamente. Entonces, el sistema previsional se encuentra dirigido al universo de trabajadores formalizados. La idea es que con recursos provenientes del trabajo formal -aportes y contribuciones- se financien las prestaciones dirigidas a los trabajadores formales.

El autofinanciamiento del sistema se exterioriza al establecerse normativamente que la fuente principal de recursos para financiar las prestaciones de seguridad social son los aportes y contribuciones y sólo excepcionalmente y a modo de garantía subsidiaria, los recursos provenientes de las Rentas Generales del Estado.

La realidad actual dista mucho de la ideal pensada en los inicios del sistema previsional en lo que al financiamiento se refiere, los recursos provenientes de aportes y contribuciones no resultan suficientes para sostener económicamente al conjunto de las prestaciones que conforman la seguridad social y aquel financiamiento estatal previsto normativamente como excepcional y subsidiario, adquiere una relevancia significativa. Para hacer frente al pago de las prestaciones de seguridad social, el Estado acude de modo creciente a recursos provenientes de impuestos. Este financiamiento, excepcional en teoría, no lo es tanto en la medida que se encuentra previsto en las propias leyes creadoras de los impuestos vigentes en el territorio nacional.

La circunstancia de que el financiamiento de las prestaciones de seguridad social provenga de impuestos, en un sistema cuyas prestaciones se dirigen principalmente a quienes ingresaron aportes, trae como consecuencia que dichas prestaciones estén siendo financiadas, no sólo por sujetos que eventualmente serán beneficiarios de la seguridad social - los aportantes-, sino también por sujetos que no necesariamente tendrán posibilidades de acceder a las prestaciones de seguridad social por ser

contribuyentes de impuestos y no de aportes. Es decir, si para acceder a las prestaciones contributivas de la seguridad social es requisito previo haber ingresado aportes, quienes pagaron impuestos, y no aportes, no podrán acceder a los beneficios de la seguridad social, no obstante haberla financiado a través del pago de impuestos. Esta distorsión se agudiza si se observan sus efectos económicos sobre los contribuyentes de menor capacidad contributiva, ello por una doble causa: soportan mayor presión impositiva y tienen pocas posibilidades de acceder a una seguridad social cuyas prestaciones son contributivas.

Más allá del sistema ideal, en el cual las prestaciones previsionales sean autosustentables y sólo financiadas con los aportes y contribuciones de los trabajadores en actividad, nunca debemos olvidar que nuestro sistema es un sistema público, solidario y de reparto, es decir que frases como "*yo aporté toda mi vida al sistema previsional. Esa plata es mía y me corresponde*", no son reales, ya que en un sistema de reparto no hay aportes que se contabilizan a una determinada persona. El sistema de reparto no es un sistema de ahorro, como sabemos, los aportantes del presente están pagando las jubilaciones y pensiones a los beneficiarios actuales, y las prestaciones de quienes hoy son trabajadores en actividad serán sustentadas por los trabajadores registrados del futuro, y así generación tras generación.

En éste sentido, exigirle al sistema previsional que pague una prestación que sea equivalente a un porcentaje fijo del haber en actividad es, no solo fantasioso, sino que además es poco solidario.

Los sistemas de previsión social tienen por objeto general proveer de recursos financieros al sector de la población que por razones de edad no están en condiciones de obtenerlos del mercado de trabajo, siendo sus

objetivos centrales maximizar la cobertura y el nivel de los haberes de los beneficiarios, manteniendo el costo del sistema en un nivel razonable¹⁴

II. Nuestra realidad social:

Nosotros construimos nuestra realidad social y ello nos lleva a formularnos los siguientes interrogantes:

¿El principio de sustitutividad implica que un jubilado cobrar lo mismo en pasividad que en actividad?

¿La jubilación tiene que permitirle al jubilado ahorrar?

¿Una persona que ya no debería tener que mantener a sus hijos, pagar prepaga, transporte para ir y volver del trabajo, almuerzos fuera de su hogar, tiene que tener el mismo ingreso que cuando debía afrontar todos éstos gastos?

¿Son los topes constitucionales?

¿Conserva hoy el Poder Legislativo la facultad de establecer topes a las jubilaciones y pensiones? ¿Hay usurpación de la legislación por la jurisdicción? ¿el control de convencionalidad y de constitucionalidad como debe ser evaluado por el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo a la hora de implementar políticas de estado?

¿Es correcta la aplicación del principio de “no confiscatoriedad” al sistema previsional vigente en nuestro país?

2. Derecho Internacional de los Derechos Humanos Sociales

¹⁴ Rofman, Rafael: “El sistema previsional argentino: de las crisis a las soluciones”

Todos los derechos humanos son universales, indisociables, interdependientes y están íntimamente relacionados. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos globalmente, de manera equitativa y equilibrada, en pie de igualdad y otorgándoles un valor igual. Así aparece citado en la Declaración final de Viena de 1993. Tras haber sido ignoradas durante mucho tiempo esas bellas palabras y haberse considerado a los derechos humanos sociales como (no) derechos utópicos, demasiado vagos para ser justiciables, onerosos y contrarios al principio de la separación de poderes, la doctrina jurídica finalmente se ha rendido a la evidencia de que la plena realización de los derechos humanos pasa inevitablemente por la garantía simultánea de los derechos sociales y de que la mayor parte de las objeciones formuladas hasta ahora han sido manifiestamente erróneas o excesivamente exageradas ¹⁵

Los derechos civiles son complementarios de los derechos sociales.

2.1 Breve evolución Histórica

Con la crisis de la Revolución Industrial -a fines del siglo XIX- nace el derecho de la seguridad social. Las inhumanas condiciones de trabajo comienzan a ser reguladas por los estados por medio de leyes y normas para proteger al trabajador frente a los riesgos laborales.

La civilización comienza a preocuparse en sus inicios por la reparación del daño ocasionado, se evoluciona y se considera al trabajador como un ser humano y no como un mero factor productivo.

¹⁵ BRILLAT, Régis: «The European Social Charter», in International human rights monitoring mechanisms - Essays in honour of Jakob Th. Möller [ALFREDSSON, Gudmundur / GRIMHEDEN, Jonas / RAMCHARAN, Bertram G. / ZAYAS, Alfred De (édit.)], La Haya, Boston, Londres, 2001, pág. 601 ss, 601; EVJU, Stein: «The European Social Charter», in The Council of Europe and the Social Challenges of the XXIst Century [BLANPAIN, Roger (édit.)], La Haya, Londres, Boston, 2001, pág. 19 ss, 20; OBERLEITNER, Gerd: «Developing Social Rights in Europe Further: the revised European Social Charter and the Collective Complaints Protocol», in Development and developing International and European Law - Essays in honour of Konrad Ginther on the occasion of his 65th Birthday [BENEDEK, Wolfgang / ISAK, Hubert / KICKER, Renate / LANG, Peter (édit.)], Francfort et al. 1999, pág. 637 ss, 642. GREGOR T. CHATTON © UNED. Revista de Derecho Político N. o 73, septiembre-diciembre 2008, págs. 273-310 276

El seguro de “enfermedad” y el programa de indemnización a los trabajadores creado en 1884 dio a los alemanes un completo sistema de seguridad de los ingresos basado en los principios de la seguridad social. Alemania se convirtió en el primer país del mundo en adoptar un programa de seguro social para la vejez -diseñado por Otto von Bismarck- se intentó promover el bienestar de los trabajadores a fin de que la economía alemana funcionara adecuadamente.

La expresión Seguridad Social, se consolida con la Carta del Atlántico, firmada en 1941 durante la Segunda Guerra Mundial y fue la base de la Carta de las Naciones Unidas de 1945 (antecedente inmediato del derecho de la seguridad social).

En 1942 Inglaterra desarrolló un programa de seguridad social elaborado por el gobierno laborista (Lord Beveridge) considerado como uno de los pilares de la evolución de la seguridad social a nivel mundial.

En 1945 los países de América firmaron el Acta de Chapultepec y en 1948 se sanciona la Declaración Mundial de los Derechos del Hombre, en el cual se incluye tema de la seguridad social.

En 1952, en el marco de la Organización Internacional del Trabajador se suscribió el primer convenio –convenio 102- sobre la seguridad social que se denominó “Normas Mínimas de seguridad social”

En Argentina, las directivas básicas sobre este tema se encuentran en el art. 14 Bis, ap 3 que dispone “ *...El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social que tendrán carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales, con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del estado, sin que pueda existir superposiciones de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la*

protección integral de la familia; la defensa del bien de la familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”

La norma expresada precedentemente es la matriz de la legislación dictada el Congreso Nacional en materia de Jubilaciones y Pensiones.

Por su parte, el art. 75 Inc. 12 de la Constitución Nacional otorga al Congreso la facultad de dictar el Código del Trabajo y de la Seguridad Social, es decir, la normativa de fondo específica de la materia.

Esta rama del derecho corresponde al sector denominado público porque la organización de la comunidad está dada a través de organismos del estado.

También los tratados internacionales contribuyen a la conformación de nuestro sistema argentino de seguridad social.

Todas las personas somos miembros de la sociedad y tenemos derechos que son inherentes. El art. 75 inc. 22 de la Constitución de Argentina incorpora los tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional¹⁶

En la declaración Universal de Derechos Humanos se señala en el artículo 22¹⁷: *Toda persona, como miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado,*

¹⁶Corresponde al Congreso: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

¹⁷ Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables mientras que el Protocolo de San Salvador otorga la protección a todas las personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, en el art. 9 establece el derecho de la Seguridad Social¹⁸.

Mientras que en el inc. 23 de nuestra Constitución se establece la obligación de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicios de derechos reconocidos en particular respecto de los ancianos (uno de los grupos considerados vulnerables)¹⁹

2.2 Relación entre Derecho y Economía

El análisis económico del Derecho se ha extendido más allá de la concentración original, tales como el derecho previsional, leyes de discriminación en el empleo y normas sociales vistas como una fuente.

El hecho de que la economía tiene una relación con el Derecho es conocido por lo menos desde a discusión de Hobbes sobre la propiedad en el siglo XVII. David Hume y Adam Smith²⁰ discutieron las funciones económicas del Derecho,

La contribución de Jeremy Bentham fue fundamental, tanto para extender el pensamiento económico a las conductas no comerciales cuanto en aplicarlo al derecho penal.

Max Weber realizó importantes contribuciones para comprender el papel protagónico del Derecho.

¹⁸ 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

¹⁹ Legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

²⁰ <https://www.casadellibro.com/libro-el-infiel-y-el-profesor-david-hume-y-adam-smith-la-amistad-que-forjo-el-pensamiento-moderno/9788416601714/6339457>

Cuando Gary Becker publicó un análisis económico del crimen y castigo²¹ reviviendo y reafirmando a Bentham empezaba a parecer que no había campo en el Derecho que no pudiese ponerse bajo la lente de la economía sin resultados iluminadores. Desarrolló esta teoría siguiendo el supuesto de racionalidad y maximización de utilidad, pues consideraba que los criminales toman decisiones racionales, por lo que explicaba este fenómeno por medio de un sistema de precios, refutando las ideas convencionales del origen del crimen, las cuales establecen que se debían a enfermedades mentales y a la opresión social.

Quienes no somos economistas tendemos a asociar la economía al dinero, el capitalismo, el egoísmo, una concepción minimizadora e irrealista de la motivación del comportamiento humano, un formidable aparato matemático y no una afición para las conclusiones cínicas, pesimistas y conservadoras.

Se ganó el apelativo de ciencia desconsoladora debido a la tesis de Thomas Malthus²² de que la hambruna, la guerra y la abstinencia sexual eran las únicas formas en que podía equilibrarse la población y la producción de alimentos.

Ningún sistema jurídico es estático, las sociedades al igual que las instituciones, la tecnología, las normas jurídicas son llamadas a evolucionar a adaptarse. La civilización lucha por la protección del ser humano quedarnos simplemente en que económicamente no es posible es minimizar la obligación del estado frente a los derechos económicos, sociales y culturales.

La obligación básica es la de adoptar medidas apropiadas con miras a lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales hasta el máximo de los recursos de que se disponga.

La referencia a la "disponibilidad de los recursos" es una forma de reconocer que la efectividad de tales derechos puede verse obstaculizada por la falta de recursos y que puede lograrse únicamente a lo largo de cierto período de tiempo. Paralelamente, significa que el cumplimiento por un Estado

²¹ http://ebour.com.ar/ensayos_meyde2/Gary%20S.%20Becker%20%20Crimen%20y%20Castigo.pdf

²²

<https://books.google.es/books?id=8TdBY3XYiAC&dq=ensayo+sobre+el+principio+de+la+poblaci%C3%B3n&pg=PR3&hl=es#v=onepage&q=ensayo%20sobre%20el%20principio%20de%20la%20poblaci%C3%B3n&f=false>

de sus obligaciones de adoptar medidas apropiadas se evalúa teniendo en cuenta los recursos -económicos y de otra índole- de que dispone²³.

Nuestra Constitución Nacional sostiene el logro progresivo de la efectividad de algunos derechos económicos, sociales y culturales.

2.2.2 Recursos para una seguridad social inclusiva y sustentable

El Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), es un subsistema de la seguridad social y tiene como objeto la protección de la vejez, la edad avanzada, la invalidez, y las consecuencias de la muerte.

En este sistema los aportes de los trabajadores en actividad y las contribuciones de las empresas solventan a la clase pasiva, es decir jubilados y pensionados.

El ente estatal encargado de dicho control y recaudación es la ANSeS, que es un ente autárquico por lo tanto tienen una autonomía financiera, económica y administrativa del estado nacional.

Este sistema de reparto no fue el que siempre existió en la legislación Argentina, a mediados de los 90', el congreso nacional modifico el sistema existente y sancionando un régimen de "capitalización" por la cual los trabajadores activos hacían un ahorro forzoso con sus aportes y contribuciones para su futura jubilación y estos eran administrados por un ente privado denominado AFJP.

Esta unido a la estructura social Argentina (Ley 26.425). A partir de 9 /12/2008, cuando entro en vigencia esta Ley se eliminó el régimen de capitalización.

El sistema de reparto circunscribe el otorgamiento de las prestaciones al Estado y se financia con recursos provenientes del pago de aportes y contribuciones previsionales, además de impuestos recaudados a tal fin.

²³ <https://www.ohchr.org/sp/issues/escr/pages/whataretheobligationsofstatesonescr.aspx>

La mayoría de los trabajadores son los incluidos en el SIPA y los recursos provenientes de aportes y contribuciones no resultan suficientes para sostener económicamente al conjunto de las prestaciones que conforman la seguridad social.

Lo cierto es que el sistema se financia:

- a) con los aportes de los trabajadores en relación de dependencia (el 11%), son los afiliados comprendidos en el sistema y las contribuciones a cargo de los empleadores es del 16% (art. 11 de la ley 24241)
- b) 16 de los 27 puntos de los aportes de los trabajadores autónomos
- c) La recaudación del impuesto sobre los bienes personales incorporados al sistema económico o aquel que lo sustituya en el futuro u otros tributos de afectación específica al sistema jubilatorio.
- d) Los recursos adicionales que anualmente fije el congreso
- e) Los intereses, las multas y los recargos
- f) Las rentas provenientes de inversiones
- g) Cualquier otro recurso que legalmente corresponda ingresar al régimen público.

La seguridad social se dirige al conjunto de ciudadanos y es función esencial del Estado.

El Estado está obligado a adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos disponibles”. Esta noción nos remite a una dimensión cuantificable, que se vincula con el uso de recursos públicos. Es decir, si el Estado está obligado a adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos disponibles”, parece que la forma más adecuada de evaluar esto es a través del análisis presupuestario y de ahí la existencia de topes.

3. Los topes en nuestro sistema jurídico

Nuestra constitución pone en cabeza del Congreso Nacional la facultad de establecer el sistema previsional argentino, el congreso tiene la facultad para determinar las bases de cálculo de las prestaciones, así como también su movilidad y sus topes máximos, pero al momento de llegar los reclamos particulares a la justicia.

El Poder Judicial es el encargado del control de constitucionalidad y convencionalidad de las normas, vivimos en una república con tres poderes que deben ser independientes.

Sin embargo, hay algo que no funciona, el Poder Legislativo dicta la norma, mientras que el poder ejecutivo la aplica pero hemos llegado a un punto, que de los más de diez topes vigentes en nuestra legislación, SOLO UNO ha sido confirmado por nuestra Corte Suprema de Justicia, en el precedente "Gualtieri, Alberto cl ANSeS si reajustes varios"²⁴.

La fijación de topes a los haberes previsionales, se basa en el principio de solidaridad, en tanto tienden a asegurar una más justa y equitativa distribución de los ingresos, priorizando la situación de aquellos que se encuentran en desventaja, al asegurarles un haber mínimo garantizado.

Cualquier instrumento de redistribución debería estar concebido para efectuar transferencias desde los individuos de mayores recursos, hacia aquellos con una menor capacidad económica, siempre sobre la base de los recursos totales del individuo a lo largo de un período de tiempo lo suficientemente corto como para que la redistribución resulte efectiva²⁵.

²⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación - G. 103. XLIX. REX - 11/04/2017 - Fallos: 340:411

²⁵ Francisco Blanco Ángel, Redistribución y Equidad en el Sistema Español de Pensiones de Jubilación, pág. 104, Consejo Económico y Social. Madrid 1999

La finalidad redistributiva se cumple en la medida que existan haberes que establezcan la garantía de un mínimo vital para la subsistencia de los beneficiarios, aún cuando los aportes efectuados por el propio trabajador no alcancen para el financiamiento de un piso mínimo. Ello justifica la solidaridad de todo el colectivo, lo que es posible gracias al esfuerzo contributivo de todos ellos.

Como ya mencionamos, en la actualidad, el haber de jubilación no se deriva en forma exclusiva del “esfuerzo personal” del trabajador aportante. A ese esfuerzo, contribuyen también todos los ciudadanos, incluidos los más pobres, a través del pago de los impuestos que gravan el consumo. Los sectores de menores ingresos, son los que menor capacidad tienen para obtener un trabajo formal, con lo cual muchas veces quedan fuera de la cobertura del sistema, o sus aportes son insuficientes para financiar un haber mínimo. De ahí entonces, la actual tendencia de la seguridad social hacia una mayor universalización y ampliación de la cobertura, independientemente del nivel de ingreso de los trabajadores, lo que permite mejores tasas de sustitución para los trabajadores que han tenido salarios bajos y medios, como sucede actualmente en los países de la OCDE²⁶, lo cual habla claramente de la función redistributiva de los sistemas previsionales.

Entonces, los principios de proporcionalidad, sustitutividad y movilidad se hallan limitados razonablemente por el de solidaridad. Y es la solidaridad lo que justifica la existencia de topes en el monto de los haberes, puesto que en un sistema de reparto no es posible el pago de prestaciones por erogaciones que superen los ingresos del propio sistema.

En tal sentido es necesario tener presente que el interés público preeminente presupone que el sistema de reparto sea solidariamente soportado por los propios aportantes y beneficiarios, pero cuando los recursos son insuficientes por la alteración de la ecuación activos-pasivos, a fin de evitar que el déficit del mismo sea financiado por rentas generales, desviando fondos que podrían ser destinados a la asistencia social, la promoción económica, la seguridad, la educación, aun la propia administración de justicia, objetivos estos que hacen al interés de todos los contribuyentes que con su tributo

²⁶ Bulit Goñi, Luis G. El costo de los Derechos. Impuestos N°21, página 1848, Noviembre de 2008

abastecen las finanzas públicas. Por ello, en principio no resulta justo que las rentas generales provenientes y pertenecientes a toda la comunidad se utilicen regular y sistemáticamente para solventar un sistema previsional que beneficia sólo a un sector con beneficios de privilegio con haberes que superan los topes que establece el legislador, en el marco de las políticas públicas.

En este contexto, es necesario comprender que factores tales como el envejecimiento demográfico, que provoca la alteración de la relación activos-pasivos, los ciclos económicos, la informalidad y el desempleo, han alterado las bases actuariales del sistema, haciendo inviable el mantenimiento de altas tasas de sustitución.

La mayor esperanza de vida hace inviable el mantenimiento de haberes jubilatorios altos²⁷, por cuanto los trabajadores de altos ingresos –en general– sólo alcanzan altos salarios en su última etapa laboral, de manera que no es justo que si aportaron sólo en un determinado lapso, se proyecte en la pasividad haberes mayores a los topes establecidos por el sistema.

Francisco Blanco Ángel, refiriéndose al sistema español señaló que de mantenerse el actual sistema de tasa fija de sustitución, el aumento de las cotizaciones necesario para financiar las pensiones podría hacer que el acuerdo intergeneracional en que se basa el sistema de pensiones de jubilación resultase inaceptable para la generación activa²⁸. Por ello es necesario garantizar una mayor equidad entre generaciones, evitando el desfinanciamiento actual del sistema previsional, y tampoco trasladar una pesada carga a las generaciones futuras.

De ahí la importancia que tienen los topes, para una más justa y equitativa redistribución de la riqueza.

La justicia conmutativa implica según Santo Tomás²⁹ *"... igualar cosa a cosa, de suerte que cuanto éste tenga de más en lo que le corresponde, otro tanto debe restituir aquél en lo que le pertenece. Y de ese modo se realiza la igualdad según la medida aritmética..."*. La justicia distributiva, a diferencia de la anterior, presupone que el acto justo se configura con la parte del bien común que como carga o beneficio le corresponde a cada individuo que forma parte de

²⁷ Francisco Blanco Ángel, ob.cit., pág. 21.

²⁸ Francisco Blanco Ángel, ob.cit., pág. 29.

²⁹ "Suma Teológica", t. IV, 58, 1.

la sociedad. *"... No se determina el justo medio según la igualdad de cosa a cosa, sino según la proporción de las cosas a las personas"*. Con palabras de Welty³⁰ *"... la justicia distributiva es aquella especie de justicia que obliga a repartir los bienes y las cargas proporcionalmente entre los miembros de la comunidad (...) se trata de una relación jurídica basada en la desigualdad, ya que es desigual el interés que cada parte pone en juego. El interés público es de superior jerarquía que el interés privado, siendo incluso desiguales los sujetos intervinientes en la relación..."*.

Por otro lado, si el sistema garantiza prestaciones hasta un cierto monto (máximo haber jubilatorio), el sistema es lo suficientemente coherente al establecer en forma correlativa, un tope en los aportes personales que realizan los trabajadores (art. 9 ley 24241). De manera, que quien efectuó aportes hasta el mencionado tope, no puede pretender un haber que se desligue del esfuerzo personal realizado durante la vida activa, pues se ha beneficiado con una menor aportación, que le ha significado menores retenciones, y un mayor salario de bolsillo y una consecuente mayor capacidad de ahorro para el futuro.

En función entonces, a la menor retención que se efectúa sobre salarios altos, nada impide a quien posee ingresos superiores al tope, contratar un seguro de retiro u otros medios asegurativos o de ahorro, en vista a lograr mayores prestaciones al momento del retiro, a través de sistemas complementarios. Ello así, en virtud del principio de subsidiariedad, y de no cargar al resto de la sociedad con el financiamiento de altísimas prestaciones.

4. La confiscatoriedad

¿Es correcto aplicar el principio de confiscatoriedad a los beneficios previsionales?

En el sistema Argentino fue la jurisprudencia de la Suprema Corte la que dio inicio a la utilización del Principio de No Confiscatoriedad, aplicándolo al sistema tributario.

El principio surge originariamente del texto constitucional, y era de interpretación restrictiva, ya que solo se aplicaba a la confiscatoriedad de

³⁰ E., "Catecismo social", Herder, Barcelona, 1962, p. 244. Trib. Sup. Just. Córdoba, en pleno - Lobo de Cabrera Paulí, Elena.

bienes por parte de las fuerzas armadas, Naveira³¹ en su Obra, explica cómo surge la inclusión del principio en el texto constitucional y cuenta sobre el gen que da inicio a la figura, enseña que lo que se trataba de evitar eran los abusos militares al hacer suyas aquellas propiedades que formaban parte del patrimonio de ciudadanos e instituciones de entidad privada, así las cosas el concepto de confiscatoriedad comienza a progresar, y se empieza a ver un notable cambio en cuanto a su aplicación, poniendo el acento en los efectos confiscatorios, de este modo es que se llega a dar aplicación al principio en la materia tributaria. Vemos que el principio no siempre gozó de la relevancia que hoy tiene, pues fue ceñido solo a la confiscación de bienes en un primer momento, y que su crecimiento y ampliación se dio gracias a la progresividad que tuvo en su interpretación la Corte Suprema de Justicia, pero aplicado centralmente a la materia tributaria.

La Corte Suprema entiende que la “Confiscatoriedad se configura cuando los tributos absorben una parte sustancial de la propiedad o de la renta que esta produce, o que tiene aptitud de generar”, en análisis se podría decir que el tipo se configura cuando existe por parte del Estado una captación “sustancial” de la propiedad por medio del tributo, y no como se piensa comúnmente, que es simplemente cuando el tributo absorbe más del 33% del valor del patrimonio o de la renta. También lo podemos ver en materia laboral en el caso de tope de indemnización del art 245 LCT “Vizzoti” donde la CSJN establece que el tope es constitucional en la medida que no afecte el 33%

En materia previsional se establece un límite a la llamada confiscatoriedad del 15% conforme el precedente *Actis Caporale*³².

Frente a los planteos de confiscatoriedad en materia previsional, la Corte señaló que para establecer la solución que corresponda al caso concreto es preciso *“determinar si en las circunstancias de la respectiva causa aparece o no quebrada la regla de la razonable proporcionalidad”*³³. Sin embargo, cabe destacar que la regla de la proporcionalidad que establecía la ley 18037, fue abandonada por las leyes 24241, 24463 y 26417, por lo que al tratarse los

³¹ Naveira de Casanova, Gustavo J, 2012. El Principio Constitucional de No Confiscatoriedad. Abeledo-Perrot.

³² ACTIS CAPORALE, LOREDANO LUIS ADOLFO (19/08/1999 - Fallos: 323:4216.

³³ Fallos: 307:1985.

planteos de confiscatoriedad³⁴, el análisis debe efectuarse sin prescindir de los límites impuestos por el legislador en las leyes citadas.

En este sentido no resultaría forzado entender que la pauta de confiscatoriedad que puede significar el tope debe necesariamente entenderse en función de la realidad económica de cada actor social -y a la potencialidad y recursos que éste pueda tener- para prever su futuro para atender a las contingencias de la vejez (conforme el principio de subsidiariedad). Bajo este lineamiento, la pauta de confiscatoriedad no debiera entenderse como un parámetro rígido u objetivo sino que por el contrario debiera en cada caso acreditarse el modo y forma en que el tope atenta contra la satisfacción de las necesidades básicas que intenta cubrir el Sistema Previsional.

Como ha sostenido el Alto Tribunal, la modificación de Leyes por otras posteriores no da lugar, en principio, a cuestión constitucional alguna, pues nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de Leyes o reglamentos ni a la inalterabilidad de ellos³⁵. Ello es así pues la genuina noción de derecho adquirido se endereza hacia el respeto de la situación creada por la Ley, no a que el haber que ella estipula siga siendo determinado por las mismas reglas vigentes al tiempo de concederse el beneficio³⁶.

Por otra parte, es necesario comprender que gran parte de la doctrina de la Corte que sirvió de base para la formulación de los principios de substitutividad y proporcionalidad del haber jubilatorio, fue elaborada a partir de

³⁴ *Que por el lado que atañe a la afectación de los derechos adquiridos, a partir del precedente mencionado esta Corte ha sabido reconocer que si bien ninguna ley podría hacer caducar beneficios jubilatorios concedidos, el alcance de dicha protección no alcanza en igual grado a la cuantía de los haberes, pues éstos pueden limitarse en lo sucesivo de acuerdo con exigencias superiores de una política salvadora de su propia subsistencia, de su desenvolvimiento regular o por razones de interés colectivo que hacen al bienestar general, siempre que no resulten sustancial y arbitrariamente alterados (Fallos: 278:232 y sus citas). Que en lo que concierne a la naturaleza del sistema previsional, es determinante subrayar - para juzgar fundadamente la cuestión- que los derechos reconocidos en el ámbito de la seguridad social no deben ser asimilados a los créditos nacidos al amparo de una relación obligatoria de fuente contractual regulada por el derecho privado, pues la índole y finalidad marcadamente opuesta de ambas clases de relaciones impiden cualquier tipo de confusión. Que, en efecto, en la órbita de las relaciones entre particulares la fuente de las obligaciones yace en la esfera de libertad que legitima la autonomía de la voluntad y aquéllas buscan satisfacer los intereses individuales de contenido patrimonial de los contratantes, lo cual ha llevado a que la afectación de los derechos comprometidos en esta clase de vínculos se reconozca como una violación de la garantía de la propiedad privada consagrada por el art. 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 137:47),*

³⁵ Cfr. Fallos 310:2845; 311:1880, entre otros.

³⁶ Cfr. Fallos 311:1213 - Corte Sup., 5/11/1996, "Echegaray, Marta de v. Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal s/ pensión policial", fallo del 5/11/1996, ED, 4/12/1997.

normas que hoy se encuentran derogadas, además de haberse formulado en un contexto en que las cajas jubilatorias eran superavitarias, y no enfrentaban la inusual litigiosidad que hoy afecta al sistema previsional.

Actualmente, los sistemas de reparto –no sólo en Argentina, sino en todo el mundo- se encuentran amenazados por riesgos tales como la alteración de la ecuación económica financiera debido a cuestiones demográficas (envejecimiento poblacional, descenso de la tasa de natalidad, mayor expectativa de vida, cambio de la relación activos-pasivos), impacto de la crisis financiera internacional en los mercados de trabajo. Todo ello, genera un aumento en los costos de sustentabilidad³⁷, lo cual justifica y legitima la existencia de topes máximos en los haberes, motivo por el cual resulta necesaria la revisión de las pautas elaboradas por el Alto tribunal en materia de confiscatoriedad, ello a fin de evitar que la utilización de los índices aplicados para el reajuste de haberes, (que se superponen y repotencian con los aumentos por movilidad otorgados por el sistema) terminen produciendo distorsiones en los haberes, especialmente en los más altos.

En otras palabras, el cambio de escenario económico social, justifica un nuevo análisis en torno a la existencia de límites en los haberes previsionales, a fin de que no se produzcan distorsiones, y se pueda cumplir eficientemente el rol de redistribución, y universalización de la cobertura, especialmente entre los sectores con mayor necesidad.

Los precedentes que hoy se citan a los fines de aplicar el principio de no confiscatoriedad ³⁸a los beneficios previsionales datan de la década del '80,

³⁷ Bulit Goñi, Luis G. El costo de los Derechos. Impuestos N°21, página 1841, Noviembre de 2008.

³⁸ *Que por el lado que atañe a la afectación de los derechos adquiridos, a partir del precedente mencionado esta Corte ha sabido reconocer que si bien ninguna ley podría hacer caducar beneficios jubilatorios concedidos, el alcance de dicha protección no alcanza en igual grado a la cuantía de los haberes, pues éstos pueden limitarse en lo sucesivo de acuerdo con exigencias superiores de una política salvadora de su propia subsistencia, de su desenvolvimiento regular o por razones de interés colectivo que hacen al bienestar general, siempre que no resulten sustancial y arbitrariamente alterados (Fallos: 278:232 y sus citas).*

Que en lo que concierne a la naturaleza del sistema previsional, es determinante subrayar -para juzgar fundadamente la cuestión- que los derechos reconocidos en el ámbito de la seguridad social no deben ser asimilados a los créditos nacidos al amparo de una relación obligatoria de fuente contractual regulada por el derecho privado, pues la índole y finalidad marcadamente opuesta de ambas clases de relaciones impiden cualquier tipo de confusión.

Que, en efecto, en la órbita de las relaciones entre particulares la fuente de las obligaciones yace en la esfera de libertad que legitima la autonomía de la voluntad y aquéllas buscan satisfacer los intereses individuales de contenido patrimonial de los contratantes, lo cual ha llevado a que la afectación de los derechos comprometidos en esta clase de vínculos se reconozca como una violación de la garantía de la propiedad privada consagrada por el art. 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 137:47), de lo cual es demostración elocuente el fundamento adoptado por el Tribunal en conocidas decisiones para declarar procedente la actualización monetaria ...

años en los cuales las leyes previsionales establecían una directa relación entre el haber en actividad y el haber previsional, estableciéndolo en rangos que iban desde el 81 al 70%. Ésas leyes hoy ya no se encuentran vigentes, el sistema ha cambiado, las leyes han cambiado, y no por voluntad arbitraria del Poder Ejecutivo Nacional, sino por voluntad del pueblo de la nación representado en el Poder Legislativo en sus dos Cámaras.

Al momento de defender el derecho de un/a trabajador/a y/o cónyuge supérstite al haber previsional cuando no se cumple con los años de servicios con aportes requeridos y/o con la regularidad solemos invocar que la naturaleza jurídica de los aportes y contribuciones no es tributaria, es decir, que se trata de contribuciones especiales ajenas a la finalidad tributaria y que por ende el trabajador aporta para obtener algo tangible a cambio. Ahora bien, cuando queremos desvirtuar la legalidad de los topes establecidos por ley echamos mano de los principios tributarios y alegamos e invocamos el respeto del principio de no confiscatoriedad.

Invocamos también el artículo 17 de la Constitución nacional, y la violación de nuestro derecho de propiedad. Lo que yo incorporo a mi patrimonio mediante mis aportes previsionales es el derecho a un beneficio previsional que tenga relación con los aportes ingresados al sistema y que me permita, en mi momento de pasividad, un nivel digno de vida. Estoy incorporando a mi patrimonio personal un derecho no los aportes y contribuciones realizados. Creo que hay aquí una distorsión del sistema y de su naturaleza, y que quizás se deba abrir nuevamente la discusión.

5. Sustitutividad

Retomando lo ya mencionado, consideramos que es también una deuda pendiente de nuestros legisladores echar luz sobre éste principio. ¿Qué significa hoy el principio de sustitutividad en el derecho previsional?.

Lejos estamos de la paridad directa entre el haber previsional y un porcentaje del salario, eso ya no está previsto por la legislación nacional, sigue vigente en algunas cajas provinciales, pero en el régimen general ya no se habla de jubilarse con un 60, 70 u 80% del haber en actividad, tal relación se ata a numerosas variables.

El derecho de la seguridad se asienta en la realidad, la cual condiciona las posibilidades de plasmación del ideal político. Así el instrumento al que da la vida el derecho, a través de ordenación normativa, nace condicionado por las posibilidades de eficacia de que dispone el Estado, y especialmente por las disponibilidades económicas y financieras con que pueda dotarlo. Tales condicionamientos imponen la delimitación de las necesidades sociales a cubrir y contribuyen a separar la política del derecho de seguridad social, el cual debe contemplarse en cada sistema jurídico positivo³⁹.

Como venimos mencionando, los haberes jubilatorios reemplazan al salario, y aunque se los ha considerado sustitutivos (según doctrina elaborada por la Corte en base a las leyes anteriores a la Ley N° 24.241 como se explicitó en el punto anterior), ello no significa que deban guardar una cierta proporcionalidad, dado que ésta no es una garantía que haya sido consagrada como tal en la Constitución Nacional. De ahí que el legislador puede válidamente establecer los mecanismos que considere adecuados para la fijación del haber, aunque debe respetar los pisos que establece el Convenio OIT 102, los cuales nunca han sido vulnerados por la legislación argentina (40% para las prestaciones de vejez conforme lo estipula como piso mínimo el Art. 67). Más dicho porcentaje resulta aplicable sobre la remuneración imponible.

El Máximo Tribunal dejó sin efecto una sentencia de reajustes que cálculo el haber de acuerdo a una tasa de sustitución salarial. Los supremos cuestionaron que se haya declarado “la existencia de un supuesto no contemplado en la ley 24.241”.

Dice la CSJN: “De tal modo, el régimen vigente no se basa en una tasa de sustitución expresa y aplicable a todos los beneficiarios sino que esa relación entre ingresos y prestaciones surge implícita de los cálculos realizados y varía según la cantidad de servicios con aportes que hubiere acreditado cada petionario y del nivel de las remuneraciones percibidas” y sostiene en el considerando 9º) Que en este aspecto ,le asiste razón a la demandada cuando expresa que el sistema previsional ha ido concebido como una herramienta de redistribución. Ello es así por cuanto uno de los componentes

³⁹ Almansa Pastor, José- Derecho de la Seguridad Social pág. 32. Ed. Tecnos. Madrid 1991.

de la jubilación, la prestación básica universal, es una suma fija independiente de las remuneraciones individuales de los afiliados, que adquiere mayor relevancia en los sectores de menores ingresos hasta hacerlos alcanzar tasas de sustitución considerablemente superiores al porcentaje al que alude la sentencia apelada, y resulta de menor significación para quienes han percibido remuneraciones elevadas, que ven reducido el porcentual de sustitución en cuestión⁴⁰.

La Corte ha dicho reiteradamente que existe una semejanza entre los beneficios jubilatorios con el derecho alimentario⁴¹. El punto de contacto entre salarios y haberes previsionales, es entonces, el carácter alimentario, en tanto ambos tienden a cubrir las primeras necesidades de los beneficiarios. Pero esa sustitución, conforme el principio de subsidiariedad que tiene la seguridad social y que fuera expuesto en el punto anterior, no implica una garantía para el mantenimiento y prolongación en la etapa pasiva, del mismo nivel de vida alcanzado en la fase activa. El Sistema Previsional no se encuentra obligado por norma alguna a garantizar el mantenimiento del nivel de vida alcanzado en la faz activa. En este sentido, la Constitución Nacional se limita a garantizar jubilaciones y pensiones móviles (art. 14 bis), quedando en manos del Poder Legislativo otorgar contenido a dicha garantía.

El sistema previsional argentino ha buscado asegurar prestaciones dignas y acordes, para lo cual ha fijado un monto mínimo garantizado (art. 125 ley 24241), el cual puede ser financiado gracias a la existencia de topes máximos, lo que responde a la lógica de los sistemas de reparto basados en la solidaridad, y la función redistributiva.

Los haberes previsionales tienen carácter alimentario, en la medida que ante una misma necesidad (vejez, invalidez o muerte), las prestaciones tienden a satisfacer las necesidades básicas alimentarias generadas por tales contingencias, de ahí que se haya formulado el principio de "igualdad protectora"⁴². Dicho de otro modo, todo individuo en situación de necesidad tiene derecho a protección igualitaria, que le ha de ser dispensada por el Estado, pero como los recursos son limitados, la existencia de topes (sean

⁴⁰ FRE 12001599/2006/1/Rh1 "Benoist, Gilberto c/ ANSeS s/ Previsional ley 24.463

⁴¹ Fallos 289:185

⁴² Almansa Pastor, José- Derecho de la Seguridad Social pág. 60. Ed. Tecnos. Madrid 1991.

éstos mínimos y máximos), atienden a la necesidad de una más justa y equitativa redistribución de la riqueza, de acuerdo al principio de igualdad protectora.

La seguridad social entonces necesita adoptar un criterio delimitador de las necesidades sociales protegidas, como control objetivo de las merecedoras de protección, a tal fin recurre a la delimitación por las causas productoras⁴³, como así también los topes máximos, ello así por cuanto la protección del sistema no atiende todas las necesidades en forma indiscriminada.

El criterio de “proporcionalidad” entre salarios y haberes, además, exhibe ribetes de injusticia cuando se analiza la diversidad existente dentro del propio colectivo de los aportantes. En efecto, si se confunde “proporcionalidad” con “porcentualidad”, todos los trabajadores dependientes aportan “lo mismo” un determinado porcentaje de su salario. Sin embargo, en términos de incidencia sobre la capacidad contributiva y la capacidad de consumo de los salarios, el impacto del aporte sobre los sectores de más bajas remuneraciones es sustancialmente mayor que en los sectores de salarios altos en los que, además, les queda aún un plus derivado del tope en la base imponible sobre la que se contribuye y que implica una mayor capacidad de consumo y de ahorro. Por otro lado, está acreditado en numerosísimos análisis internacionales que, en todo tipo de sociedad, los sectores de mayores ingresos (y tareas menos gravosas) tienen mayores expectativas de vida que los sectores de menores ingresos. Como consecuencia de estos y otros factores, una estricta “proporcionalidad” implicaría una asignación de recursos por parte de quienes hacen un esfuerzo proporcionalmente más alto o gravoso para cotizar, hacia quienes ese esfuerzo no les es tan gravoso y que, además, cobrarán mejores pensiones y durante más tiempo.

Los sistemas de pensión no son instrumentos para garantizar el mantenimiento de la capacidad adquisitiva⁴⁴.

Lo que debe asegurar el sistema, a través de las prestaciones previsionales es un nivel de subsistencia uniforme con independencia de los ingresos percibidos en actividad, pero en modo alguno, es una garantía de mantenimiento del nivel de vida y de ganancia de los trabajadores. Sostiene

⁴³ Almansa Pastor ob. Cit.

⁴⁴ Francisco Blanco Angel, ob.cit., pág. 104

Almansa Pastor que las prestaciones implican una redistribución general de la renta mediante reparto global de la carga en toda la población y entre grupos profesionales; los impuestos o las cuotas entonces nada tienen que ver con el salario, sino que se estiman como exacciones tributarias.

Atendiendo al origen del sistema previsional, del cual el aporte o contribución depende, podemos señalar que si el servicio previsional es estatal, los aportes tienen todos los caracteres de los tributos⁴⁵, y tienen por finalidad proveer al Estado de los recursos necesarios para hacer frente a la cobertura previsional; es decir que, no tienen un fin meramente financiero, sino que son un factor importante para una más justa y equitativa distribución de la riqueza.

Entonces, el haber previsional es sustitutivo del salario en actividad sólo en cuanto éste tiene de alimentario⁴⁶, lo que no significa que deba mantenerse el mismo nivel de vida, por cuanto la propia naturaleza del sistema previsional es materialmente imposible dado que implicaría una mayor carga para toda la sociedad, impidiendo el rol de una más justa y equitativa redistribución de la renta.

No se debe perder de vista que los sistemas de seguridad social, tienen un carácter subsidiario, de manera que todos los trabajadores ante la expectativa de percibir un haber mayor a los topes legales, siempre tienen la posibilidad de encauzar sus ahorros para mejorar sus ingresos de pasividad a través de otros instrumentos que preserven el nivel de vida alcanzado; mas no pueden pretender del Estado el mantenimiento de ciertas condiciones alcanzadas en la vida activa, extralimitando lo establecido en la Constitución Nacional y en las leyes que reglamentan los derechos y garantías allí contemplados.

Por ello, la fijación de topes en los haberes previsionales (mínimos y máximos) atiende al carácter alimentario de un modo razonable según una determinada política de seguridad social fijada por el Congreso Nacional, la cual redundaría en una más justa y equitativa redistribución de la riqueza.

Cualquier método de ajuste que resulte ajeno a las reales y concretas posibilidades financieras ponderadas por la Administración y que se

⁴⁵ Bulit Goñi, Luis G.. Algunos conceptos centrales del nuevo régimen previsional argentino. LL 1997-C-1284.

⁴⁶ Bulit Goñi, Luis G. en "Chocobar: Principios para un mejor futuro previsional". Para Revista La Ley. Suplemento de Derecho Constitucional dirigido por el Dr. Germán Bidart Campos, 21.03.1997, pág. 1.

desentienda de sus bases actuariales, pondría en riesgo el equilibrio que debe existir entre los ingresos y egresos del sistema, con lo cual se lesionaría el orden público y el principio de solidaridad al establecer una pesada carga a las generaciones futuras.

Por último ha de tenerse en cuenta el art. 21 de la CIDH, ya que si bien toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes, la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. La fijación de topes máximos en los sistemas de reparto, atienden precisamente al interés social, a efectos de no hacer más gravosa la carga de toda la sociedad en el financiamiento del sistema previsional debido a la limitación de los recursos.

Por otra parte, el art. 5 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos. Entonces podemos concluir que los topes jubilatorios (mínimos y máximos), han sido establecidos por el legislador en salvaguarda del bienestar general, atendiendo el carácter alimentario, y en modo alguno contradicen la naturaleza y finalidad de protección que tienen las prestaciones previsionales.

¿Existe un equilibrio entre los poderes del estado en Argentina?

Nuestro país se denomina República Argentina, esto nos indica el gobierno que tenemos. Cuando hablamos de República se hace referencia a que nuestro país tiene tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial⁴⁷.

En la práctica hay una disputa grave entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial. No cabe dudas que la administración nacional debe cumplir con las normas dictadas por el poder legislativo.

La experiencia indica que en muchos casos se llega a haberes recompuestos que superan el salario que hubiera percibido el titular de haber continuado en actividad. Tal situación deviene inequitativa para el resto de la

⁴⁷ C.N arts. 44 a 120

sociedad que tendría que financiar prestaciones mayores a las que definió el legislador.

En tal sentido, es necesario corregir tales inequidades, que se generan por la aplicación de índices o procedimientos de actualización ajenos a los establecidos por el legislador.

En tal sentido, no puede prescindirse de la Ley N° 24.283 (ACTUALIZACION DEL VALOR DE BIENES O PRESTACIONES EN GENERAL), en cuyo artículo 1° se establece que “cuando deba actualizarse el valor de una cosa o bien o cualquier otra prestación, aplicándose índices, estadísticas u otro mecanismo establecidos por acuerdos, normas o sentencias, la liquidación judicial o extrajudicial resultante no podrá establecer un valor superior al real y actual de dicha cosa o bien o prestación, al momento del pago”.

La aplicación en el ámbito previsional de dicha ley, no es otra cosa que la observancia del principio que se deriva del precedente jurisprudencial “Villanustre”, en donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que los haberes previsionales reajustados judicialmente nunca pueden exceder los porcentajes establecidos en las leyes jubilatorias de fondo. Ello, a fin de evitar los desfases que desvirtuaban en la práctica los objetivos del sistema previsional. Es más propio hablar de la desnaturalización de la prestación previsional, en detrimento del sostenimiento y racionalidad del sistema previsional, en vez atacar la equidad o inequidad de la misma. El criterio del precedente “Villanustre” como límite a la movilidad por índices ha sido ratificado y reiterado en numerosos casos por parte de la CSJN, entre los más recientes destacaremos: “Perez, María Magdalena c/ ANSES s/ Reajustes Varios” (P.304 XL. 31/03/2009); “Yebra, Rodolfo c/ Administración Nacional de la Seguridad Social s/ Reajustes Varios” (Y. 36 XLV. 11/05/2010); “Parisier, Guido Nathan c/ ANSES s/ Reajustes Varios”, entre otros.

Una cierta práctica de los grupos de derechos humanos consiste justamente en documentar estas situaciones que afectan a grupos específicos de personas, pero que no se confunden con la situación general de un derecho. Esta aproximación es útil para detectar fallas o efectos negativos de una política más general con respecto a ciertos grupos, ya que permiten subrayar la situación de comunidades vulnerables o que han sido ignoradas en el diseño

de una política pública o que sufren cargas o sacrificios desproporcionados impuestos por la política pública adoptada por el Estado.

. De modo que, en la medida en que una de las justificaciones de los derechos sociales es la de subvenir a las necesidades de los que están en peor situación (aquellos comprendidos bajo el SIPA), requieren de atención prioritaria.

El régimen previsional argentino se caracteriza por el principio de solidaridad y requiere para su sustentabilidad una constante y paulatina ampliación de los aportantes para hacer frente a las erogaciones del acceso al derecho jubilatorio de cada vez más beneficiarios. Se requiere una política pública sólida y constante y permanente formalización del empleo –los activos deben aportar al sistema solidario.

III. Reflexiones

En la práctica la jubilación difícilmente cubre el monto del 82% Móvil del trabajador en actividad.

La palabra jubilación deviene de la palabra “iubilare”- jubilo- que en la latín significa fiesta.

Estamos ante un problema complejo, que requiere de una estrategia integral y de largo aliento para desarrollar y arraigar una cultura de la legalidad. La transparencia como instrumento de control ciudadano del poder político, ha resultado fundamental en la agenda socio-céntrica de los gobiernos actuales (Oztrak 2014). Indudablemente podemos decir que jubilarse NO implica una fiesta, por lo menos para los beneficiarios del SIPA. Los aportes del trabajador y las contribuciones del empleador sirven para solventar parcialmente las contingencias cubiertas por la seguridad social. Los trabajadores deben pagar obligatoriamente los aportes y resignar parte de su remuneración para protegerse frente a determinadas eventualidades, es una especie de auto-seguro con carácter solidario, ya que además solventa necesidades ajenas.

Asimismo, los empleadores deben pagar obligatoriamente las contribuciones que tienen carácter solidario, el régimen es sostenido por toda la comunidad.

El empleo productivo y el trabajo decente son factores claves para una globalización justa y reducir la pobreza.

Es imperioso proporcionar empleos de calidad asociados a la protección social y al respeto de los derechos en el trabajo, a fin de alcanzar un crecimiento económico sostenible e inclusivo y erradicar la pobreza.

El rol de Estado no solo es controlar el cumplimiento de las obligaciones de la seguridad social sino que además debe estudiar con que financia la cobertura de distintas contingencias.

Debe ser el Estado Social el que proporcione a sus ciudadanos una mínima seguridad frente a las situaciones de necesidad en la que puedan encontrarse, facilitándoles los medios precisos para eliminar los obstáculos que les dificultan o impiden alcanzar los objetivos humanos de realización plena de la autonomía y la independencia del individuo, favoreciendo la igualdad entre todos los ciudadanos.

La solución a esta cuestión social supone la ampliación de nuestro sistema de protección social, que permita a las personas con falta de autonomía e independencia ver mejorada su situación social, desarrollar sus vidas en un ámbito global, con estricto respeto de su autonomía personal y alcanzar una vida plenamente independiente y participativa, pudiendo tomar ellas mismas la dirección completa de su vida.

El Estado debe dar respuesta a la intensa y creciente demanda de

protección de las personas.

En cuanto al sistema de la Seguridad Social, Argentina es uno de los países Latinoamérica más avanzada en esta materia de la protección del ser humano. Este sistema procura el equilibrio e igualdad en la sociedad.

La protección social es la forma de mantener a la sociedad democráticamente. Necesitamos cambios institucionales y culturales que partan de una educación cívica y democrática en base a los principios y valores de la Constitución Nacional.

Sólo así podremos – como dice Carlos Nino- superar la anomia “boba y antidemocrática” que es una de las causas principales de nuestro subdesarrollo, donde son sus víctimas la gente común y los victimarios aquellos que ocupan posiciones de poder. Es una patología que se contagia del poder y se transmite a todos los grupos sociales. Denegar legitimidad es descalificar al que piensa distinto, el poder sin legitimidad se reduce a pura fuerza.

Sólo intentamos pensar cual es modelo más adecuado sobre el que se ha de instaurar el sistema, que encuentra dificultades para su consolidación y desarrollo.

La necesidad de protección de los adultos mayores obligan al estado a implementar políticas de inclusión protegiendo a los que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad y debe otorgar los recursos necesarios para una subsistencia digna.

Ahora bien, si tenemos en cuenta la existencia de pleitos- cientos de miles- en todo el país, en cada uno de los cuales el jubilado le reclama al estado lo que considera el pago correcto de su haber, podemos pensar que además de la pretensión jurídica individual se trata de un gran problema colectivo, que los distintos gobiernos desde el año 1981 no consiguen

solucionar. Cuando en el país se produce cualquier causa natural o económica (inflación) un perjuicio sufrido por miles de personas, lo que se traduce en un problema jurídico se transforma en una cuestión de política nacional.

Pretender resolver cuestiones de política previsional por la vía de un juicio contra el Estado es encerrarnos en un círculo vicioso, se carga en los jueces la responsabilidad de los legisladores.

La hipócrita solución argentina de mandar a los jubilados a reclamar a los tribunales perjudica a millones de ciudadanos que pagan los impuestos ya que deben asumir los costos de los juicios que son generados por las diferencias entre la política nacional (al aplicar las normas) y el control de convencionalidad y constitucionalidad que deben necesariamente hacer los jueces.

Si no tenemos un país equilibrado no vamos a conseguir un destino como nación

El camino abierto a su actividad moral es infinito. No hay razón para que llegue un momento en que se cierre, en que la obra pueda considerarse como acabada. Todo hace prever que nos volveremos más sensibles en lo referente a la personalidad humana⁴⁸

IV. Bibliografía.

Almansa Pastor, José- Derecho de la Seguridad Social pág. 60. Ed. Tecnos. Madrid 1991.

⁴⁸ http://escuelajudicial.pjn.gov.ar/file.php/390/Biblio_clase_1/Emile_Durkheim_-_Lecciones_de_sociologia.pdf

Blanco Ángel, Francisco, Redistribución y Equidad en el Sistema Español de Pensiones de Jubilación, pág. 104, Consejo Económico y Social. Madrid 1999

Bulit Goñi, Luis G. El costo de los Derechos. Impuestos N°21, página 1848, Noviembre de 2008

Bulit Goñi, Luis G. en "Chocobar: Principios para un mejor futuro previsional". Para Revista La Ley. Suplemento de Derecho Constitucional dirigido por el Dr. Germán Bidart Campos, 21.03.1997, pág. 1.

Durand Paul: "La política de Seguridad Social y la evolución de la sociedad contemporánea" **Autores:** Federico Suárez Álvarez-Pedrosa **Localización:** Cuadernos de política social, ISSN 0210-0339, N°. 19, 1953, págs. 152-155 **Idioma:** español

Durkheim, Emile: El Suicidio (publicado en 1897)

Durkheim Emile; La División del Trabajo Social publicado en 1893

Durkheim Emile; La Educación Moral (del año 1902)
http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2012/LYM/los_FESociales.pdf

López Fernández, María del Pilar, EL CONCEPTO DE ANOMIA DE DURKHEIM Y LAS APORTACIONES TEÓRICAS POSTERIORES. Iberoforum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana [en línea] 2009, IV (Julio-Diciembre) : [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2018] Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=211014822005>

Grisolía, Julio Armando, "Sistema integrado previsional Argentino" tomo VI, pág. 4720 y ss. Editorial Abeledo Perrot.

Paya-Martín Yañez, "Régimen de Jubilaciones y Pensiones, Lexis Nexis- Abeledo Perrot (2004)

Vazquez Vialard Tratado Derecho del Trabajo y Seguridad Social
(editorial Astrea y De Palma)

Etala Juan Jose “ Derecho del Trabajo” (Ed. La Ley)

Elías, Norbert, “Ensayo acerca de las relaciones entre establecidos y forasteros”. En: Revista Española de Investigaciones Sociológicas N° 104/3, págs. 219–251, Madrid, 2006.

Rasmussen, Denis, “El infiel y el profesor: David Hume y Adam Smith: La amistad que forjó el pensamiento moderno”. 2018, Arpa Editores, ISBN 9788416601714.

Constitución de la Nación Argentina

Ley Nacional de Empleo, No. 24.013,

Ley del sistema integrado de Pensiones y Jubilaciones No. 24.241.

Ley 27410 Asignaciones Familiars

Ley de Seguridad Social Núm. 25.994

Ley 26970

Ley 27426 de Reparación Histórica

Fallos

Benoist Gilberto <https://www.cij.gov.ar/nota-30650-La-Corte-Suprema-resolvi-que-en-el-r-gimen-general-de-jubilaciones-y-pensiones-vigente-no-se-establece-una-tasa-de-sustituci-n--nica>.

Gualtieri

Alberto

<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/getDocumentosExterno.html?idAnalisis=736803>