

Voces: JUBILACION ~ REGIMEN DE CAPITALIZACION ~ APORTES VOLUNTARIOS ~ MEDIDAS CAUTELARES ~ CUENTA DE CAPITALIZACION INDIVIDUAL ~ TRASPASO DE CUENTA DE CAPITALIZACION INDIVIDUAL ~ ADMINISTRADORA DE FONDOS DE JUBILACIONES Y PENSIONES ~ REGIMEN DE REPARTO ~ CONSTITUCIONALIDAD ~ TRANSFERENCIA DE FONDOS ~ DEPOSITO A PLAZO FIJO

Título: La "Estatización de los fondos administrados por las AFJP".

Autores: Saravia Frías, Bernardo Mazzinghi, Marcos

Publicado en: LA LEY 27/05/2009, 27/05/2009, 7 - LA LEY2009-C, 527

Fallo comentado: [Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, sala III \(CFedSegSocial\)\(SalaIII\) CFed. Seg. Social, sala III ~ 2009-05-04 ~ D'A., R. O. c. Estado Nacional y otros](#)

Cita Online: [AR/DOC/2030/2009](#)

Sumario: SUMARIO: I. Introducción. - II. La verdadera causa de la estatización. - III. Los argumentos jurídicos contrarios a la constitucionalidad y justicia de la Ley. - IV. El fallo. - V. Conclusión.

I. Introducción

El propósito del presente trabajo es comentar el reciente fallo dictado por la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, Sala III, en los autos "D'A., R. O. c. Estado Nacional y otros" de fecha 04 de Mayo de 2009.

Versa sobre una sentencia dictada en una causa en la que un afiliado a una Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones ("AFJP") solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 26.425 (la "Ley") y pidió el dictado de una medida cautelar de no innovar, a fin de evitar que sus aportes efectuados al régimen de capitalización fueran transferidos a la Administración Nacional de la Seguridad Social ("ANSeS"). El magistrado de primera instancia rechazó la medida cautelar por considerar que la misma se confundía "con el fondo de la pretensión procesal deducida".

Interpuesto el recurso de apelación contra esa denegatoria, la mayoría de los miembros de la sala en cuestión decidió revertir el pronunciamiento de primera instancia y hacer lugar a la medida cautelar solicitada, ordenando a la ANSeS que transfiera los importes correspondientes a los "aportes voluntarios" efectuados oportunamente por dicho afiliado, a una entidad financiera, en la que deberán permanecer depositados a plazo fijo hasta tanto se dicte sentencia de fondo en la citada causa. El fallo de Cámara rechazó la medida cautelar en lo que atañe a los aportes obligatorios, por considerar que —en esta etapa— no estaba probado el perjuicio.

Antes de abocarnos al comentario del fallo, consideramos necesario esbozar algunas reflexiones sobre la inconstitucionalidad de la Ley y sobre las verdaderas razones que impulsaron su sanción. Nuestra intención no se circunscribe a anotar el precedente arriba descrito, sino que utilizando al mismo como eje haremos hincapié en los argumentos en virtud de los cuales consideramos que la Ley es flagrantemente inconstitucional.

II. La verdadera causa de la estatización

Hay dos formas de concebir la historia. Una la encarna Hamlet, el personaje de Shakespeare, cuando expresa que la historia es un cuento de un loco contado para idiotas. La otra la representa Cicerón, al sostener que aquella es *magister vitae* (maestra de la vida). Con la estatización de los fondos de quienes estaban afiliados a las AFJP, el gobierno de turno parece coincidir con la primera. Propiciando una visión anacrónica, vetusta, conforme a la cual el Estado sería el alfa y el omega, solución de todos los males, hizo caso omiso de lo ocurrido en el pasado, cuando, sin mayores pruritos, gobiernos varios procedieron a dilapidar los recursos que estaban asignados a cumplir con el mandato constitucional de asegurar una vejez digna (1). Ese entendimiento obtuso revela, por lo demás, el movimiento pendular por el que hemos transcurrido desde la Revolución de Mayo, que violentamente nos traslada de un extremo liberal, la más de las veces malentendido y aún peor aplicado, a otro diametralmente opuesto, que muestra al Leviatán que abarca todo, lo que puede y lo que no puede hacer.

A medida que se indaga con profundidad en las verdaderas razones que empujaron a confiscar groseramente los fondos de los aportantes al sistema de las AFJP, se cae en la cuenta, sin embargo, que el impulso principal no lo dieron tanto convencimientos ideológicos sino más bien razones de estricto orden pragmático, esencialmente económicas.

En el año 2009 el Tesoro enfrenta un gap financiero superior a los USD 8.000 millones (2). El único respaldo que tiene el gobierno en funciones para honrar sus obligaciones (dejando por un minuto de lado el pequeño detalle de la autarquía del Banco Central) son las reservas de la máxima autoridad monetaria. Esas reservas estuvieron sometidas a una fuerte presión provocada por la desconfianza de los últimos tiempos a partir del conflicto con el sector agrario: mensualmente se demandaba un promedio de USD 2.000 millones, llegando a USD 3.200 en su punto más álgido (3).

Con la estatización de los fondos pertenecientes a los afiliados a las AFJP se lograron tres objetivos: 1) un flujo mensual para el Estado en concepto de aportes periódicos por 11.000 millones aproximadamente (4), para inversiones que no encuentran límite en la imaginación, y van desde autos cero kilómetro (en algunos casos de

lujo), pasando por empresas de marroquinería y llegando a improductivas papeleras; 2) se redujeron los vencimientos de deuda a pagar en 2009 de USD 20.000 millones a USD 17.500 millones (5), además de reducir el capital de la deuda pública en un monto sideral, justamente por confusión de deuda, siendo que más del 50% de las inversiones de las AFJP iban a parar, voluntaria o involuntariamente a títulos públicos, y 3) se ganó, legítima o ilegítimamente, el derecho a designar directores en aquellas sociedades con oferta pública en las que las AJFP tenían participación accionaria y la posibilidad de percibir jugosos dividendos provenientes de las futuras distribuciones de utilidades de dichas entidades.

En un santiamén se perpetró uno de los mayores atentados a la seguridad jurídica, que paradójicamente culminó con una masiva búsqueda de refugio en la moneda estadounidense del orden de los USD 6.000 millones, solo en el último cuatrimestre (6). Se destruyó el ya exangüe mercado de capitales, achicando el crédito, acortando los plazos de financiamiento y reemplazando el método de asignación de fondos a través de la interacción y competencia entre diferentes AFJP y las entidades necesitadas de crédito por la sola voluntad de un funcionario.

La cuestión se agrava si se la considera desde el punto de vista de los antes afiliados a las AFJP. Ya en el año 2008 el sistema previsional era deficitario: los aportes y contribuciones a la ANSeS rondaban los 41.000 millones de pesos, mientras que las jubilaciones llegaban a los 62.000 millones de pesos. Aun con el flujo consecuencia de la estatización de los fondos de las AFJP el déficit persiste si se toman en cuenta los nuevos "afiliados" a la ANSeS. Una simple cuenta aritmética nos revela, entonces, que una vez más los aportes de los futuros jubilados han pasado a formar parte de una gran caja de Pandora, sin control, sin parámetros de inversión, sin obligación de rendir cuentas a nadie (7). Esta sola razón debería ser suficiente para sustentar el *periculum mora* que justifica la procedencia de los amparos de aquellos que reclaman que sus ahorros para una jubilación digna se pierdan en la gran boca de Moloc. El artículo 2° de la Ley, cuando expresa que "el Estado Nacional garantiza a los afiliados y beneficiarios del Régimen de Capitalización la percepción de iguales o mejores prestaciones y beneficios" de los que gozaban, no puede ser visto más que como una fina ironía, por no decir una farsa (8).

III. Los argumentos jurídicos contrarios a la constitucionalidad y justicia de la Ley

El Estado tiene la facultad de establecer por ley el sistema que cumplirá con el mandato constitucional del artículo 14 bis de "otorgar los beneficios de la seguridad social". Como ha sido bien indicado, se trata de una atribución-deber de asegurar las coberturas indispensables, aun cuando la cláusula constitucional bajo análisis no impone un sistema (9). Contra la opinión apresurada de algunos, estamos en presencia de una obligación de fines y no de medios (el Estado está obligado a otorgar los beneficios de la seguridad social, pero nada impide que para hacerlo establezca por Ley un régimen mixto como el que estuvo vigente en la Argentina durante 15 años).

Ahora bien, una cosa es que el Estado pueda determinar por ley el sistema por el que se cumplirá lo que manda el artículo 14 bis de la Carta Magna en su tercer párrafo, y otra muy distinta es cambiarlo repentinamente y de cuajo, violentando flagrantemente derechos adquiridos. Y es esto lo que se ha perpetrado con la aprobación de la Ley. Se han mancillado sin miramientos los derechos adquiridos de quienes estaban afiliados al sistema de las AFJP, que estaban claramente contemplados y reconocidos en los artículos 82 ("el fondo de jubilaciones y pensiones es un patrimonio independiente y distinto del patrimonio de las administradoras y que pertenece a los afiliados), 85 y 54 de la Ley 24.241 (Adla, LIII-D, 4135).

Hay quienes abonan posturas jurídicas como aquellos que sostienen que no hay propiedad previsional (10) o que en esta materia, la ley aplicable es la ley vigente al momento de producirse el hecho generador del beneficio (i.e. vejez, invalidez o muerte) (11). Desde 1925, con el célebre fallo "Bourdie c/Municipalidad de la Capital" (12), el máximo tribunal de nuestro país tiene dicho que "la propiedad abarca todo lo que es susceptible de valor económico, fuera de la vida y la libertad" (13). A partir de esa decisión, la Corte Suprema ha construido una noción amplia de propiedad que sin ninguna duda incluye los créditos previsionales. Por otra parte, no hay un "derecho previsional", como si fuese un compendio normativo absolutamente independiente, con principios jurídicos rectores distintos u opuestos al resto del ordenamiento jurídico. Nuestra Ley Fundamental no hace ese tipo de distinciones. Obedecen, en todo caso, a manías clasificatorias de unos pocos, que pretenden elaborar compartimentos estancos dentro del derecho para asegurar sus pretendidas especialidades.

Hay otros que han sostenido que el súbito cambio de sistema obedece a que el anterior era llevado adelante por empresas ávidas de lucro, que cobraban fastuosas comisiones (14). Podrá ser esto ajustado a la realidad o no, pero lo único cierto es que si hay alguien que tenía el poder de policía para impedir esos avasallamientos era el propio Estado. ¿Quién en su sano juicio puede aceptar que quien no ha podido ni siquiera controlar las comisiones que se cobraban pueda de un día para el otro convertirse en un gran administrador? El principio de la confianza legítima, propio del derecho administrativo, tiene aquí plena aplicación: dos veces tuvieron oportunidad de elegir los futuros beneficiarios y jubilados entre el Estado y la AFJP (15). Como ya se dijo, más del 80% optó una y otra vez por quedar fuera del Estado. Como no se pudo por las "buenas", se decidió dictar una ley injusta, forzando el traspaso de los fondos a este último.

Toda la construcción jurídica de los defensores del nuevo régimen parte de un error conceptual: los aportes

que realizan los trabajadores y las empresas al sistema de la seguridad social no es un impuesto de libre disponibilidad del Estado. Todo lo contrario, tiene un fin específico, al que deberían estar destinados, que no es otro que el de pagar las jubilaciones y pensiones, las que por imperativo constitucional tienen que ser móviles. El alcance de este concepto ha sido establecido por nuestra Corte Suprema en el reciente fallo "Badaro", cuando expresó que este "no es un enunciado vacío que puede ser llenado por el legislador de cualquier modo, sino que debe asegurar al beneficiario el mantenimiento de un nivel de vida acorde con el que tuvo durante sus años de trabajo." El comportamiento de los pocos funcionarios aparentemente responsables por la administración de los fondos confiscados a los afiliados de las AFJP, podría dar lugar, entonces, a responsabilidad penal por malversación de caudales públicos (16). Esos fondos no van a cumplir su destino sino a satisfacer las necesidades crediticias de los empresarios prebendarios de siempre, tan cercanos al calor del poder en todos los tiempos, burlando la ley y los futuros jubilados.

La Ley es de una elaboración jurídica paupérrima. El artículo 7° se limita a expresar "tránfiérense en especie a la Administración Nacional de la Seguridad Social los recursos que integran las cuentas de capitalización... Dichos activos pasarán a integrar el Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto." Parece que se dejaron en el olvido los artículos 2601 y 2602 del Código Común, que estipulan que la tradición debe ser por título suficiente para transmitir el dominio, y que sólo puede ser hecha por el propietario. Pero lo más importante quizás, el artículo (17) de la Constitución Nacional. Veamos. La transmisión se podría haber hecho por una venta forzada, por una expropiación o por delegación de deuda. En los primeros casos, se debe cumplir con los requisitos elementales de declaración de utilidad pública por ley e indemnización anterior. Ninguno de los mismos tuvo lugar. En el caso de la delegación de deuda, esto es, novación subjetiva del deudor, en la que el Estado pasaría a reemplazar a las AFJP, se requiere el previo consentimiento del acreedor, el afiliado a esta última. Obviamente ese consentimiento no se obtuvo, ni tácitamente. Es más, cuando tuvieron oportunidad de expresarlo lo hicieron en su aplastante mayoría por la decisión contraria, por lo que se podría considerar que hoy tienen dos deudores, uno el Estado y otro la AFJP. En fin, como se puede apreciar, ningún título válido se utilizó, por lo que ante la ausencia de título la transmisión sería nula.

Refiriéndose al fondo de jubilaciones y pensiones de propiedad de los afiliados, la Ley 24.241 aclara expresamente que "la administradora no tiene derecho de propiedad alguno sobre él" (art. 82), por lo que si el Estado Nacional ordena su transferencia en especie, no podría adquirir de manos de las AFJP un mejor derecho que el que estas últimas tenían respecto de los activos administrados.

Conforme al principio contenido en el artículo 3270 del Código Civil, nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba, y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere" (nemo plus iuris). Si la AFJP no es dueña de los activos cuya administración se le ha confiado, la transferencia ordenada a través del artículo 7° de la Ley no puede ser a título de propiedad, salvo que la misma encubra una expropiación, para lo cual debe cumplirse con la normativa prevista para este instituto.

Los actos jurídicos tienen una naturaleza propia que no puede ser alterada por soliloquios o eufemismos de quien los realiza, y en el caso de la Ley 26.425 (Adla, LXIX-A, 40) es evidente que la intención del Estado Nacional es apropiarse de los recursos depositados en las cuentas de capitalización individual de los afiliados a las AFJP, que a tenor de lo dispuesto en los artículos 82 y 85 de la Ley 24.241 son de su exclusiva propiedad e inembargables. Si el Estado Nacional quiere hacerse de la propiedad de dichos recursos, debe primero cumplir con lo previsto en la Constitución Nacional, en el Código Civil y en la Ley de Expropiaciones, e indemnizar debidamente a los titulares desposeídos.

El derecho que tenían los afiliados a las AFJP no era un derecho en expectativa o sujeto a condición, como pretendían otros. Como bien fue aclarado en el valiente fallo "Scotti" (17), a tenor de lo estipulado en el artículo 529 del Código Civil "la condición que se refiere a un acontecimiento que sucederá ciertamente no importa una verdadera condición." En este caso, los acontecimientos que fatalmente ocurrirán son la vejez, la invalidez o la muerte, por lo que difícilmente podamos hablar de una condición. En cualquiera de esos tres supuestos el afiliado o sus herederos se iban a hacer de esos fondos, por lo que insistimos, no se puede argumentar seriamente que sean derechos en expectativa o sujetos a condición. Como también se ha expresado acertadamente en el fallo "Scotti", lo depositado en las cuentas de capitalización, a la luz sobre todo del artículo 82 de la vieja ley, era una suerte de patrimonio de afectación, distinto del patrimonio de la AFJP y de entera propiedad de los afiliados. Lo que ha ocurrido con la Ley es una clara y cruenta confiscación, derogada hace tiempo de nuestro Código Penal, pero resucitada cual Ave Fénix por esta Ley, que como dijimos, es injusta e ilegítima.

IV. El fallo

Habiendo indagado en las razones jurídicas y económicas que avalan una postura contraria a la constitucionalidad y justicia de la Ley, nos abocamos ahora al análisis del fallo.

Pese a la contundencia y solidez de los argumentos en los que se sustenta la posición de los afiliados a las AFJP desposeídos por la Ley, el fallo que aquí comentamos se limita a hacer unas breves consideraciones, a través de las cuales distingue entre el tratamiento a ser otorgado a los aportes obligatorios y a los aportes

voluntarios. La Cámara confirma el rechazo de la medida cautelar respecto de los aportes obligatorios (por considerar que no existe perjuicio actual para el afiliado) pero concede la misma en relación con los aportes voluntarios, sin precisar las diferencias o fundamentos en los que se apoya dicho tratamiento diferenciado.

En virtud de lo establecido por el artículo 56 de la Ley 24.241, los aportes voluntarios se depositaban en la misma cuenta de capitalización individual que los aportes obligatorios, y a tenor de lo previsto en el artículo 82 de la misma norma, el saldo de dicha cuenta pertenecía al afiliado, aclarándose que la AFJP carecía de "derecho de propiedad alguna sobre él." ¿Puede afirmarse que los aportes que se depositan en una misma cuenta y que tienen una misma finalidad —hacer frente a la futura jubilación del afiliado— pertenecen a titulares distintos?

Tanto los aportes obligatorios como los voluntarios son de propiedad exclusiva del afiliado, por lo que no se entiende cuál es el criterio en el que se basa la Cámara para conceder la medida cautelar respecto de los últimos pero rechazarla en relación con los primeros. Parecería que dicha distinción obedece más a una cuestión subjetiva o intuitiva que jurídica, ya que tanto unos como otros estaban depositados en una misma cuenta y afectados a idéntica finalidad.

No puede sostenerse que es reprochable la sustracción de los aportes voluntarios, pero que es válida la confiscación de los aportes obligatorios, al menos sin detenerse a explicar cuáles son las diferencias que conducen a tan disímiles conclusiones.

El único argumento invocado en el fallo para justificar el rechazo de la medida cautelar respecto de los aportes obligatorios consiste en que la Ley prevé que: "los servicios prestados bajo relación de dependencia o en calidad de trabajador autónomo correspondientes a los períodos en los que el trabajador se encontraba afiliado al régimen de capitalización serán considerados a los efectos de la liquidación de los beneficios establecidos en el artículo 17 de la Ley 24.241 y sus modificatorias como si hubiesen sido prestados al régimen previsional público" (art. 3° de la Ley), por lo que no se advierte perjuicio actual para la parte interesada.

Nada se dice acerca del avasallamiento de la opción ejercida (en 2 oportunidades diferentes) por el afiliado de permanecer en el régimen de capitalización, ni del traspaso forzado a un régimen deficitario que se encuentra virtualmente colapsado y quebrado. Tampoco se analiza cuál es el título en virtud del cual el Estado Nacional adquiere los fondos que correspondían a los afiliados al régimen de capitalización, ni cuáles son las garantías concretas que el Estado Nacional ofrece para que la afirmación contenida en el artículo 2° de la Ley ("el Estado Nacional garantiza a los afiliados y beneficiarios del Régimen de Capitalización la percepción de iguales o mejores prestaciones y beneficios") se torne operativa.

Si el peligro en la demora y la verosimilitud en el derecho se configuraron respecto de los aportes voluntarios, no se advierte cuál es la razón para rechazar la medida cautelar respecto de los aportes obligatorios, máxime cuando en el fallo no se desarrollan las supuestas diferencias entre ambas categorías de aportes.

Se opta por una solución que aparenta ser salomónica, y que sin explicar cuál es la diferencia entre unos y otros, resuelve conceder la medida cautelar por los aportes voluntarios, pero rechazar la misma respecto de los aportes obligatorios.

V. Conclusión

Aún cuando los defensores de la Ley se desgañiten por invocar que la estatización de los fondos aportados al régimen de capitalización se encuentra justificada en razones válidas, lo cierto es que el principal motivo que inspiró a los responsables de dicha confiscación fue económico y de corto plazo, poniendo de manifiesto una búsqueda desesperada y frenética de nuevas vías de financiamiento para el insaciable gasto público.

Existen sobrados argumentos jurídicos conforme a los cuales la Ley puede ser tildada de inconstitucional, y el fuero de la Seguridad Social —aún sumido en el colapso en el que se encuentra— debería intentar frenar el atropello estatal, haciendo respetar las garantías constitucionales [\(18\)](#).

El fallo que aquí comentamos teniendo la oportunidad de realizar un juicio completo de constitucionalidad, opta por introducir aparentes diferencias entre los aportes voluntarios y los obligatorios, concediendo la medida cautelar respecto de los primeros pero denegándola respecto de los últimos.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) La prueba más elocuente y cabal del fracaso estrepitoso del régimen de reparto lo constituye el colapso en el que se encuentra actualmente sumido el fuero de la Seguridad Social, virtualmente inundado de juicios y acciones de ajuste de haberes, consecuencia de la ineptitud del Estado Nacional a la hora de administrar los recursos previsionales tendientes a asegurar una jubilación digna a quienes han aportado a lo largo de toda su vida y de mantener la movilidad exigida por nuestra Carta Magna. Esta situación es de público y notorio conocimiento a punto tal de que ha dado lugar a que el máximo tribunal dictara una Acordada a través de la cual se suspendió temporariamente la recepción de reclamos en el fuero en cuestión.

(2) Overview, Informe Económico Estudio Melconian & Santangelo, 27 de Octubre 2008.

(3) Idem.

(4) Idem.

(5) Idem.

(6) Idem.

(7) A título de ejemplo cabe remarcar que habiendo transcurrido 6 meses desde que la Ley fuera publicada en el Boletín Oficial, la comisión bicameral que tendría a su cargo el control sobre el manejo de los fondos sustraídos por la ANSES no se encuentra efectivamente en funciones, tal como ha sido reconocido expresamente en el fallo que motiva el presente comentario.

(8) Esta farsa incrementa sus proporciones a poco que se recuerde que bajo el régimen de capitalización, el Estado Nacional estaba obligado a responder frente a situaciones de insolvencia de las AFJP y en las demás circunstancias enumeradas en el artículo 124 de la Ley 24.241. Esto demuestra que es absolutamente falso el argumento de que con la "estatización" de la jubilación los afiliados a las AFJP se encuentran en una mejor situación que la que tenían bajo el régimen de capitalización, ya que en éste último no sólo tenían derecho a reclamar su jubilación a una entidad privada solvente, sino que frente a una eventual insolvencia el Estado debía cumplir el rol de garante cubriendo las prestaciones mínimas.

(9) María Angélica GELLI, "La Estatización de los aportes de las AFJP y el quebrantamiento de la confianza legítima", Suplemento Especial de la Ley, Reforma al Sistema Previsional, Octubre 2008, p.54.

(10) En contra, Walter F. CARNOTA, "¿Hay una propiedad previsional constitucionalmente garantizada?", Idem, p. 22.

(11) María del Carmen BESTEIRO, "Proyecto de ley sobre reforma previsional. Fin del sistema de capitalización individual." Idem, p. 19.

(12) Fallos 145:307.

(13) Idem.

(14) Héctor P. RECALDE, "El esperado regreso a la Constitución y la justicia social", Idem, p.70.

(15) GELLI, ob. cit., p. 52.

(16) De hecho, el Título V de la Ley 24.241 prevé sanciones penales de hasta 10 años de cárcel para los administradores de las AFJP que por inobservancia de sus funciones causaran perjuicios al fondo. Si fuera cierto lo que sostiene el Estado de que las AFJP dilapidaban los ahorros cuya administración se les confiara, no se entiende como no se han formulado las denuncias penales respectivas.

(17) Ver al respecto Bernardo SARAVIA FRIAS y Marcos MAZZINGHI, "El fallo "Scotti", un precedente valiente y una luz e esperanza para los titulares de los ahorros jubilatorios confiscados por la Ley 26.245", eIDial, DC10C4.

(18) Hay que remarcar que hubo magistrados de ese fuero que de manera valiente y elogiabile han dictado fallos en contra de la Ley, con argumentos jurídicos sólidos y contundentes. Este es el caso de la Dra. Elvira Mulerio, en el fallo "Scotti", que motivara el comentario que se cita en la nota 17 de este trabajo.