

# Seguridad social y propiedad en un marco de derechos humanos: La decisión de la Corte sobre la estatización de los aportes a las AFJP.

Horacio Javier Etchichury<sup>(\*)</sup>

*Ponencia presentada en las Segundas Jornadas Internacionales Sociedad, Estado y Universidad y IV Jornadas Regionales de Trabajo Social, organizadas por la Universidad Nacional de Villa María, Villa María, 27 y 28 de junio de 2013. Publicado en el CD de las Jornadas (ISSN 1853-7928).*

## 1. Introducción

Aquí analizo el fallo “Rossi”<sup>1</sup>, dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) el 26 de marzo de 2013. En él, una mayoría de cinco integrantes<sup>2</sup>, sin votos concurrentes ni disidencias, convalida la estatización de los aportes obligatorios hechos a las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP) entre 1994 y 2008. Se revisa la coherencia de este fallo con el marco de derechos humanos. En particular, se discute el alcance en este caso del derecho de propiedad, reformulado a partir de los tratados internacionales de derechos humanos que han recibido jerarquía constitucional en la reforma de 1994. Se destaca la necesidad de que las políticas sociales se diseñen de acuerdo a los derechos humanos consagrados en la Constitución nacional (CN). Finalmente, se propone una lectura alternativa a la elegida por la Corte, basada en una interpretación armónica de los derechos en juego, y se repasan posibles alternativas para alcanzar el cambio de régimen previsional sin afectación de los derechos de las personas aportantes.

## 2. La ley 26.425: eliminación del sistema de capitalización

El 20 de noviembre de 2008 queda sancionada la ley 26.425. Enviada un mes antes como proyecto del Poder Ejecutivo, la ley elimina el componente de capitalización dentro del sistema previsional. El rebautizado “Sistema Integrado Previsional Argentino” es, a partir de la sanción de la ley, únicamente de reparto, con administración estatal. Un Fondo de Garantía de Sustentabilidad (FGS), creado por un decreto anterior, sirve de reaseguro para que el sistema pueda cumplir sus obligaciones.

Esta ley deja atrás un experimento de casi 20 años, iniciado en 1993 con la aprobación de la ley 24.241, concebida en el marco del neoliberalismo. Aquella ley otorgaba una prestación básica universal y una compensatoria, ambas bajo el sistema de reparto administrado por el Estado. Luego, se abría la opción entre dos sistemas que brindarían el otro componente de la jubilación. Por una

---

(\*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Magíster en Derecho [LL.M., *Master of Laws*], Yale Law School (Estados Unidos). Abogado y Licenciado en Comunicación Social, UNC. Profesor Asistente, UNC. Investigador Asistente, CONICET. Correo electrónico: etchichury74@gmail.com

1 “Rossi, Pablo Ariel c/ Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y otros s/ Amparos y Sumarísimos”, Expte. R-37-XLVI, 26 de marzo de 2013.

2 Se trata de los ministros Ricardo Lorenzetti, Elena Highton, Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda y Eugenio R. Zaffaroni. No votaron Carmen Argibay ni Carlos Fayt.

parte, subsistía el reparto en manos estatales, que brindaría la denominada “prestación adicional por permanencia”. Por la otra, el régimen de capitalización individual, gestionado por entidades privadas (las AFJP), pagaría la llamada “jubilación ordinaria”. Ésta se basaría en los resultados de la administración de cuentas individuales que contenían los aportes de cada afiliado. Un pilar se basaba en la solidaridad, el otro en el ahorro individual. El neoliberalismo apostó a la progresiva desaparición del régimen de reparto. Le dio ventajas, tales como fijar que toda persona que no expresara una opción jubilatoria se pasaba automáticamente al sistema de AFJP, y no era posible pasar al de reparto<sup>3</sup>. El sistema bajo administración privada fue cuestionado en su constitucionalidad: no aseguraba la movilidad ni la participación de los interesados en la administración, requisitos exigidos por el art. 14 *bis* de la CN<sup>4</sup> en relación con el art. 9 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que consagra el derecho de toda persona a la seguridad social<sup>5</sup>.

El análisis de lo ocurrido entre 1994 y 2008 con el régimen de AFJP excede el marco de este trabajo. Sin embargo, parece claro que el modelo no cumplió las promesas hechas: la reducción de las contribuciones patronales, la incorporación de sistemas provinciales especiales, además del crecimiento de la informalidad y la consecuente caída de los aportes, sumados a las crecientes comisiones cobradas a los aportantes, incidieron en el deterioro apreciable de las jubilaciones<sup>6</sup>. La llamada “ley de solidaridad previsional” (ley 24.463), por otra parte, eliminó los mecanismos de actualización automática, dejando los haberes en una situación de atraso insoportable, pero convalidada por un conocido fallo de la Corte Suprema en 1996<sup>7</sup>.

La crisis de 2001 puso a la vista los efectos del neoliberalismo, desmintió sus premisas y abrió cauce para su reemplazo por otras orientaciones ideológicas en el Estado. Ello fue posible, además, por la recuperación del espacio fiscal, el aumento de la formalidad laboral y de la recaudación impositiva<sup>8</sup>. Comenzó a ponerse en cuestión generalizadamente la noción de que la seguridad social dependía de cada persona y no era una responsabilidad estatal a partir de un derecho. Néstor Kirchner, el primer presidente electo tras la crisis, inició una política de expansión de la cobertura y de aumentos en el haber mínimo. También habilitó, a través de la ley 26.222, la posibilidad de regresar al sistema de reparto, y cambiar esa opción cada 5 años.

La cobertura llegó al nivel -sin precedentes- del 90%, a través de medidas especiales y transitorias, incluyendo el Plan de Inclusión Previsional, que incorporó -entre 2005 y 2011- a 2,7

---

3 Véase Danani y Hintze, 2010.

4 Véase Loñ, 2008.

5 En la interpretación de ese derecho, debe tenerse en cuenta la Observación General 19, emitida en 2008 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Disponible en:

<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=47d6667f2>

6 Bertranou *et al.*, 2012: 8.

7 Se trata de “Chocobar, Sixto C. c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos”. *Fallos*, 319:3241; 27 de diciembre de 1996. Véase Herrero, 2011: 79-81.

8 Bertranou *et al.*, 2012: 14-22.

millones de personas que no reunían los aportes exigidos. El haber mínimo creció un 1025% entre 2002 y 2012, y en 2008 se aprobó la ley 26.417, que estableció dos aumentos anuales para el conjunto de las personas beneficiarias<sup>9</sup>.

Esa serie de medidas preanunciaba la restauración del sistema de reparto bajo control estatal completo, concretada a través de la ley 26.425.

### **3. La propiedad como cuestión constitucional**

En su art. 7, la ley 26.425 establece que los activos en especie de los fondos de las AFJP contabilizados en las cuentas individuales de capitalización serán transferidos a la ANSES (salvo los aportes voluntarios y convenidos) e integrarán el FGS. Los decretos 2103/08 (art. 5) y 2104/08 (art. 4) reglamentan este cambio de titularidad. El sistema público garantiza a quienes tenían cuentas de capitalización prestaciones iguales o mejores que las que hubieran obtenido en el sistema anterior (ley 26.425, art. 2).

La ley 24.241 estableció, en su art. 82, que los aportes contenidos en las cuentas individuales eran propiedad del afiliado, y no de las AFJP. Más aún: si la persona titular de la cuenta fallecía antes de poder obtener la jubilación y no dejaba familiares con derecho a pensión, lo aportado era heredable (art. 54). Por otra parte, los fondos sólo podían utilizarse para solventar las prestaciones jubilatorias que correspondieran en el momento en que se cumplieran las condiciones exigidas para acceder al beneficio. No eran fondos de disponibilidad libre.

De modo que la ley 26.425 implica, a primera vista, una transferencia de propiedad: desde el patrimonio de los afiliados hacia el Estado, o una de sus instituciones particulares. Tal cambio podría considerarse como expropiación, esto es, una entrega forzosa por razones de interés público declaradas por ley. Sin embargo, falta un elemento crucial: la indemnización previa. Si ella no está, lo ocurrido será, en realidad, una confiscación prohibida por la CN. Este aspecto de la ley 26.425 mereció críticas de varios constitucionalistas<sup>10</sup> y motivó, además, una serie de reclamos judiciales.

¿Se trata, entonces, de una confiscación? ¿Se ha afectado el derecho de propiedad? La pregunta resulta importante si adoptamos un enfoque de derechos humanos en materia de políticas públicas. Bajo tal enfoque, una política social cualquiera (incluyendo la previsional) debe diseñarse no sólo considerando su viabilidad política y su fundamentación técnica, sino también su coherencia con el exigente marco de derechos humanos contenidos en la CN.

### **4. La respuesta de la CSJN: no hay afectación**

El 26 de marzo de 2013, la CSJN rechaza el reclamo de un afiliado contra la ley 26.425, a través de la sentencia dictada en la causa “Rossi”. El tribunal simplemente confirma la opinión de la

<sup>9</sup> Danani y Hintze, 2010: 23-24; Bertranou *et al.*, 2012: 11.

<sup>10</sup> Por ejemplo, véanse Carnota, 2008 y Loñ, 2008.

Procuradora actuante, emitida más de un año antes<sup>11</sup>.

En su amparo, Pablo Ariel Rossi solicitó que no se transfirieran a la ANSES los fondos de su cuenta individual. Invocó su derecho de propiedad establecido en los arts. 82 y 54 de la ley 24.241. Alegó que el paso de sus aportes al Estado violaba el derecho constitucional de propiedad, y que una ley posterior no podía eliminar la garantía existente. Señalaba, además, que el sistema anterior le permitía jubilarse con menos años de aportes y que los fondos estatizados se destinarían a fines ajenos a la previsión social (tales como financiar emprendimientos productivos).

El dictamen de la Procuradora Fiscal, Marta Beiró de Gonçalves, rechazó los argumentos del amparista. Sus razones fueron básicamente tres:

En primer lugar, Rossi no pudo demostrar un daño efectivo causado por el cambio de régimen. La posibilidad de jubilarse antes no pasa de ser una mera conjetura.

En segundo lugar, Rossi no tiene derecho a que no se modifique la legislación previsional, en tanto el Estado le reconozca su derecho a jubilarse en el sistema que se halle vigente cuando alcance la edad y condiciones requeridas.

Por último, la Procuradora rechazó que los fondos fueran una “propiedad” de Rossi protegida por la CN. Sostuvo que la naturaleza obligatoria de los aportes y la falta de libre disponibilidad de ellos definen que no se trata de un derecho de propiedad.

Sin duda, el primer argumento bastaba para rechazar el amparo: sin embargo, la Procuradora entra en la cuestión de la propiedad a fin de cerrar la puerta a otros posibles reclamos.

La línea argumental de la Procuradora reitera lo dicho por dos de los tres jueces de la sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social cuando emitieron su propia resolución contraria al amparo de Rossi el 31 de agosto de 2009. Los camaristas enfatizaron que la ley 24.241 no reconocía un derecho de propiedad de dominio como el previsto en el art. 2513 del Código Civil. Por ser obligatorios y de disposición limitada, no era esa clase de derecho de propiedad. Algo similar se había dicho en el debate parlamentario de la ley 26.425. Respondiendo a la cuestión de la propiedad en la sesión de Diputados del 6 de noviembre de 2008, el miembro informante por la mayoría, Juan Carlos Díaz Roig, había destacado que las cuentas de capitalización no se hallan bajo un derecho real de dominio, ya que no se puede usar ni gozar de esos fondos libremente<sup>12</sup>.

## **5. Una concepción limitada del derecho de propiedad**

No coincido con la solución adoptada por la CSJN. Se basa en una idea limitada de la propiedad, que omite los importantes cambios introducidos por la reforma constitucional de 1994. A

---

11 El fallo y el dictamen, disponibles en:

<http://www.infojus.gov.ar/archivo.php?archivo=rossiafjp.pdf>

12 Período 126, Reunión 28, 15ª sesión ordinaria; 6 de noviembre de 2008. Disponible en:

<http://www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/reunion.asp?p=126&r=28>

partir de ella, el derecho de propiedad presenta nuevos caracteres, que son de aplicación para este caso.

La Corte parece entender que sólo es propiedad aquella que se adoptó en el siglo XIX, la que presenta las formas previstas en el art. 2513 del Código Civil. Parece aludir solamente al derecho real de dominio, que abarca una larga serie de facultades para el propietario. Entonces, si no se puede usar y disponer con total libertad de algo, no hay derecho de propiedad sobre ese objeto. De más está decir que el dominio civil admite distintas limitaciones, pero supondremos que ellas no existen para dejar el argumento bajo su forma más fuerte.

Esa concepción de propiedad entendida como dominio amplio y sin restricciones pudo ser -quizá- correcta bajo la constitución liberal de 1853, que garantizaba aquella visión de la propiedad decimonónica. El art. 17 define a la propiedad como “inviolable”, garantía adicional al derecho ya consagrado en el art. 14 (“usar y disponer”). Ambos artículos siguen vigentes, pero ahora deben leerse en conjunto con los tratados de derechos humanos que, a partir de 1994, tienen la misma jerarquía que los artículos del texto constitucional.

#### **La propiedad después de 1994**

Suele explicarse el derecho de propiedad como la relación (exclusiva) entre una persona y una cosa. Sin embargo, la propiedad es –en realidad– una relación entre personas: entre el propietario y quienes no lo son. El derecho de propiedad sobre una cosa es el poder legítimo de impedir a las demás personas (no propietarias) que la usen, presten, alquilen, o destruyan. La relación con la cosa, en cambio, no siempre es ejercicio del derecho de propiedad (por ejemplo, quien roba algo no es su propietario). El derecho existe cuando las demás personas lo reconocen; depende de la relación de la comunidad con el propietario, y no la del propietario con la cosa.

Este derecho se define según las atribuciones reconocidas al propietario (usar, prestar, alquilar, vender, transformar, destruir), y sobre qué bienes (recursos naturales, objetos creados por el hombre, bienes inmateriales). Este contenido ha variado históricamente, y justamente la reforma de 1994 es una muestra de esa evolución. Hay un nuevo perfil del derecho de propiedad: un espectro diferente de atribuciones reconocidas al propietario.

Se reconoce la posibilidad de propiedad colectiva, contenida en el art. 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Puede haber objetos propiedad de un conjunto de personas, o de la comunidad toda; por ejemplo, las empresas públicas, o los parques nacionales; las decisiones sobre ellos podrían tomarse por votación popular. Es diferente de la “propiedad comunitaria” reconocida a los pueblos indígenas argentinos (art. 75 inc. 17).

La propiedad ahora puede ser subordinada al interés social. En su art. 21, la Convención Americana de Derechos Humanos establece que el “uso y goce” de los bienes puede

“subordinar[se] [...] al interés social”. Algunas facultades del propietario quedan así limitadas por necesidades de la comunidad, siguiendo el planteo propio del constitucionalismo social.

Se protege de modo especial, además, la propiedad de bienes esenciales. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) establece en su art. 23: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”. Este derecho no abarca cualquier bien, ni en cualquier cantidad. Se centra en aquellos que satisfacen “necesidades esenciales” para la dignidad personal.

Es necesaria entonces una lectura integradora, para poder leer conjuntamente las nuevas y viejas cláusulas. En tanto derecho “inviolable”, sólo excepcionalmente puede privarse a alguien de su propiedad, y mediante un procedimiento específico (judicial, o de expropiación). El derecho incluye usar, gozar y disponer de los bienes, siempre según la reglamentación. Siguiendo una línea larga de fallos de la Corte, se incluyen dentro del derecho de propiedad los derechos surgidos de la celebración de un contrato, de una sentencia definitiva, o de la vigencia de una determinada legislación: son los denominados “derechos adquiridos”<sup>13</sup>, parte de la propiedad.

La diferencia surge a partir del tipo de bienes en juego. El uso y goce pueden regularse con el “interés social” como criterio dominante, en el caso de grandes extensiones de tierra fértil, plantas industriales, o fuentes de energía. En cambio, hay bienes cuyo uso, goce y disposición no puede subordinarse al interés social, ni afectarse reglamentariamente: los “bienes esenciales” para la dignidad de la persona y el hogar, como la vivienda, los ahorros familiares, o los bienes de uso personal.

Por ello cabe preguntarse dónde ubicar a los aportes hechos a las AFJP. Por su carácter alimentario, por su carácter obligatorio, y por tener como único destino posible sostener las jubilaciones del aportante, se trata de una propiedad sobre un bien necesario para preservar la dignidad de la persona y el hogar. Es similar a los ahorros familiares. Por eso, recibe una protección especial. Su inviolabilidad se mantiene, pero ahora reforzada por las previsiones del art. 23 de la DADDH.

Bajo esta lectura enriquecida con las nuevas cláusulas sobre propiedad, pierde sentido el argumento de que los aportes a las cuentas individuales no son propiedad porque no se podían disponer libremente. La propiedad no es sólo la del Código Civil. Por el contrario, la propiedad constitucional (en sus diferentes especies: colectiva, individual, comunitaria, etcétera) es más amplia, incluye distintas variedades. Es la que debe guiar el análisis: no puede usarse el Código Civil para evaluar la constitucionalidad de una ley. Esa revisión debe basarse (no puede ser de otra forma) en la Constitución misma.

---

13 Gelli, 2005: 85; Sagüés, 1999: 782-785.

Las limitaciones (aporte obligatorio, disponibilidad determinada) no niegan el derecho de propiedad. Del mismo modo, la ley 14.394 impone serios límites a las facultades del propietario de una vivienda protegida como bien de familia. Esa vivienda no puede ser enajenada, ni objeto de legados (art. 37); el propietario debe habitar en ella, no puede abandonarla (art. 41). Nadie supondría que eso significa que el Estado tiene derecho a expropiar esa vivienda sin indemnización. De nada valdría alegar que como no era de libre disponibilidad, o como tenía un destino definido (vivienda familiar), no era realmente una propiedad.

Precisamente, este derecho de propiedad sobre los aportes individuales fue creado por la ley 24.241 con esos particulares caracteres y limitaciones, y con ellos se incorporó al patrimonio de cada persona afiliada. No son razones que justifiquen la confiscación; solamente definen las facultades reconocidas al propietario. De hecho, el texto de la ley 26.425, al ordenar la transferencia de la propiedad, la está reconociendo expresamente. No hay excusas para tomar esos bienes, que tienen carácter alimentario por definición, y cambiar su titularidad sin indemnización al afectado.

Si hay propiedad y si fue quitada sin compensación, hay daño y así caen los tres argumentos centrales del dictamen de la Procuradora Fiscal y el fallo de la Corte basado en él. Revirtiendo el razonamiento: los aportes son propiedad de Pablo Ariel Rossi; el Gobierno los transfirió sin compensación a un ente estatal; hubo confiscación; la medida es inconstitucional y el daño habilita la interposición de un amparo.

Indudablemente, abandonar el sistema de capitalización individual es un paso adelante, un regreso a un régimen mucho más cercano al espíritu y letra del art. 14 *bis* de la CN. Sin embargo, ese objetivo aceptable no admite medios inconstitucionales. Una política social, como toda acción del Estado, debe ser coherente con los derechos humanos constitucionales.

## **6. Alternativas respetuosas del derecho de quienes aportaron**

Reconocer el derecho de propiedad sobre los aportes no significa, por supuesto, que el sistema creado por el neoliberalismo en 1993 debiera mantenerse. Por el contrario: la vigencia efectiva de los derechos humanos a la seguridad social y los derechos constitucionales a la movilidad y a la participación de los interesados en la gestión de los organismos del área hacían necesaria la eliminación de aquel régimen.

Dejar atrás el sistema de capitalización debía llevarse a cabo respetando los derechos de quienes aportaron. En esto radica el enfoque de derechos: diseñar las políticas, las medidas de gobierno, buscando no sólo el apoyo político y el sustento técnico, sino también la adecuación a los derechos humanos. La responsabilidad del Estado es dar forma a las alternativas que cumplan estas condiciones.

En principio, aparecen dos vías posibles. La primera surge del voto en minoría del camarista

Martín Laclau al dictar sentencia en este mismo caso en 2009. Luego de aceptar las facultades del Estado para cambiar el régimen jubilatorio, Laclau subraya que la ley 24.241 crea un derecho de propiedad sobre los contenidos de las cuentas, y que ello no puede deshacerse sin indemnización. Su propuesta no es devolver íntegro el contenido al amparista. En cambio, sostiene que deben sumarse todos los aportes obligatorios que Rossi debería haber hecho bajo el régimen de reparto al que ahora va a ser transferido, y restar ese total del monto que hay en su cuenta individual. El saldo, si lo hubiera, debe ser devuelto al amparista. Laclau entiende que así se solventa el régimen de reparto y se respeta (mediante el reintegro) el derecho de propiedad sobre lo aportado.

Una segunda vía, en cambio, podría haber adoptado un régimen de transición, aplicable a quienes ya estaban dentro del sistema de capitalización. Para ese grupo, el Estado nacionalizaría la *administración* de los fondos (es decir, el negocio de las AFJP) y no los fondos mismos. La tarea podría haber quedado en manos de ANSES. Quizá a través de incentivos, o por el mero paso del tiempo, el número de personas en ese régimen de transición podría haber disminuido, y el régimen de reparto quedaría como única alternativa.

Posiblemente no sean soluciones perfectas, ni las únicas posibles. Pero sí parten de una base diferente: el diseño de una política debe incluir el respeto de los derechos constitucionales. No basta con la aceptabilidad política y la solvencia técnica.

## **Bibliografía**

Bertranou, Fabio *et al.* (2012): *Beyond the privatisation and re-nationalisation of the Argentine pension system: coverage, fragmentation and sustainability*. Disponible en:

<http://ssrn.com/abstract=2191202>

Carnota, Walter (2008): “¿Hay una propiedad previsional constitucionalmente garantizada?” *Suplemento Especial Reforma al Sistema Previsional 2008 (octubre)*, 27 de octubre de 2008, pp. 21-23.

Danani, Claudia y Hintze, Susana (2010): “Reformas y contrarreformas de la protección social: la seguridad social en la Argentina en la primera década del siglo”. *Reflexión Política*, vol. 12 (núm. 24), diciembre de 2010, pp. 18-29. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11017129003>

Gelli, María A. (2005): *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed. Buenos Aires: La Ley, 1309 pág.



Herrero, Álvaro (2011): “La incidencia de la Corte Suprema de Justicia en la formulación de políticas públicas: una exploración empírica del caso argentino”. *Política*, vol. 49 (núm. 1), pp. 71-106.

Loñ, Félix (2008): “Las jubilaciones en la encrucijada”. *Suplemento Especial Reforma al Sistema Previsional 2008 (octubre)*, 27 de octubre de 2008, pp. 65-67.

Sagüés, Néstor (1999): *Elementos de Derecho Constitucional*, 3ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2 tomos (1649 pág.)