

**Nota Técnica N° 7J**

***Sistema Previsional  
Argentino: Problemas y  
Posibles Soluciones***

*Diciembre 2006*

Proyecto de Asistencia al Poder Judicial de la Nación  
en Temas Financieros

## Sistema Previsional

El presente documento es una síntesis de las presentaciones realizadas en un nuevo Seminario organizado por el Centro para la Estabilidad Financiera (CEF) en el marco del Programa "Justicia y Economía". La actividad se desarrolló a través de una videoconferencia que contó con la participación de magistrados y funcionarios de los Poderes Judiciales de diversas jurisdicciones de la Justicia Argentina, juntamente con las Provincias de Río Negro, Salta, Tucumán y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

### **1. Dr. Alfredo Conte-Grand, Secretario de Seguridad Social, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación**

La protección social debe ser analizada desde la perspectiva del diagnóstico y las discusiones cuya realización resulta necesaria para materializar reformas en el sector.

**La evolución de la economía** desde 1973 a la fecha exhibe un crecimiento variable, cuyo promedio no es superior al 1%, lo que ha de ser relacionado directamente con el régimen de protección social.

Los regímenes de protección social se encuentran incluidos en la gestión pública estatal, y equivalen a la mitad del presupuesto nacional, lo que resulta demostrativo de la íntima relación existente entre ellos y la evolución de las finanzas públicas.

La evolución de la deuda pública se caracteriza por su incremento, al punto de haber superado los 150 mil millones de Dólares en la década de 1990, con la mejora derivada de la renegociación llevada a cabo durante el período 2003-2005.

El déficit fiscal acumulado también debe ser materia de consideración, así como su evolución, a la luz del superávit primario y global propio de los últimos tres años.

En cuanto al mercado de trabajo, debe observarse, en función de la tasa de actividad, los niveles de empleo y desempleo, el último de los cuales evidencia sensibles bajas, influyendo directamente en el esquema de protección social.

La evolución del mercado laboral en relación con los asalariados no registrados, que alcanzan el 45% en la actualidad, prueba a las claras que casi la mitad de la población económicamente activa presta un trabajo ilegal, situación que es imperioso revertir, por cuanto afecta al trabajador en razón de no brindarle los salarios de convenio que le corresponden, ni la protección social a que tiene derecho. Por ello ha sido implementado en el país el Programa de Trabajo Registrado, que viene acompañado de la reconstitución del trabajo y la policía del trabajo tras su disolución durante la década de 1990. En la actualidad, la mitad de los trabajadores que se detecta en tal situación es regularizada al cabo de las correspondientes inspecciones.

Situación de los activos. Al analizar la pirámide de los salarios, dividida entre capitalización y reparto, surge que resultan prácticamente equivalentes los salarios correspondientes a cada sistema, excepto los de más altos ingresos, que predominan en el régimen de capitalización.

**Haberes previsionales comparados entre 1993 y la actualidad:** mientras en 1993 existía una pirámide razonable, en la actualidad se advierte una gran distorsión debida a que 70% de los beneficiarios está cobrando el haber mínimo, en razón de que durante la crisis de 2002 fue necesario destinar gran parte de los recursos a quienes

se encontraban en peores condiciones (que eran quienes percibían la jubilación mínima).

### **Relaciones entre la jubilación mínima y la promedio con la canasta básica alimentaria**

Hoy, en promedio, los jubilados llegan apenas a la canasta básica alimentaria, mientras quienes cobran la jubilación mínima (\$390) escasamente acceden a ella: desde 1992 a la fecha se mantuvo a los jubilados en situación de no poder acceder a la canasta básica total, y tan solamente apenas a la canasta básica alimentaria. Con respecto a la canasta del adulto equivalente, debe señalarse que los jubilados de la mínima han logrado acceder a la canasta básica alimentaria y a la equivalente desde el cuarto trimestre de 2004. Ello permite apreciar el impacto que tuvo el aumento de los haberes mínimos en la lucha contra la pobreza.

Con respecto a la evolución de la cobertura de adultos mayores desde 1994 a la fecha, es necesario puntualizar que se encuentran comprendidos los varones mayores de 65 años y las mujeres mayores de 60 años, que gozan de jubilación propia y/o de la cónyuge, y solamente con jubilación: del 75 a 80% que estaba cubierto en la primera fecha, el nivel de cobertura está bajando al 60% total de los adultos mayores cubiertos por el sistema.

### **Opciones del sistema: Reparto – Capitalización – Indecisos**

Este tema representa el “corazón” del sistema integrado vigente, por cuanto surge de su consideración que la gente no confía en ninguno de los sistemas ni tiene esperanza de satisfacción con ninguno de ellos.

**Cuentas de los afiliados**, que comprenden la necesidad de aporte en cada sistema: el 50% de los afiliados tiene una densidad de aporte menor al 32%, lo que significa que de los más de once años del régimen vigente, han aportado tres; luego, un 30% ha aportado entre tres y ocho años, y un 20% tiene una densidad mayor del 80%, normalmente constituido por el sector de los empleados públicos, que gozan de una carrera más estable. Ello muestra que: 1) debe mirarse nuevamente el diseño del sistema en el sentido de otorgar las prestaciones en función de una correlación directa entre lo que se aporta y lo que se paga; 2) influye un mercado de trabajo que presenta tremendas fluctuaciones.

**El número de aportes** por régimen dividido por edad refleja la cantidad de meses de aportes dividida por la edad y según el régimen. La mitad de los aportantes tiene 60 meses de aportes, por lo que una persona de 50 años tiene 15 años más para aportar y, aún suponiendo que haga aportes en forma continua, su densidad de aportes va a ser escasa, y con ello a afectar su prestación en el futuro, cualquiera sea el sistema en que se encuentre.

**Comisiones en el Sistema de Capitalización:** los aportes bajaron en 2002 al 5%, y luego fueron incrementados al 7%; al respecto, se advierte la existencia de una extraña correlación entre las comisiones y las primas de los seguros, que lleva a concluir que debe intervenir frente a la competencia: en tanto hay quienes sostienen que las comisiones son gravosas, otros especialistas afirman lo contrario.

**El Valor del Fondo de Acumulación de Jubilaciones y Pensiones** subió en 2005 debido, entre otras razones, al paso de Dólares a Pesos, que fue determinante de un natural incremento.

**En qué instrumentos están invertidos los fondos:** primeramente, inversiones en papeles del Estado que, durante la crisis, superaron el 50% permitido por la ley para

llegar a más del 70%, en papeles del Estado que posteriormente cayeron en default. En los tiempos que corren, se está cerca de llegar, nuevamente, al límite señalado por la legislación. Es indudable que la importancia de los regímenes de protección social hace muy difícil afirmar que el Estado no va a intervenir y utilizar estos instrumentos para salir de apuros cuando se le presenten.

Debe tenerse en claro que son necesarias grandes regulaciones estatales y gran ponderación por parte del Estado para respetar tales normativas, así como la seriedad de los privados que administran.

La reforma de 1994 tuvo un esquema estrictamente contributivo e inflexible, en detrimento de la cobertura, porque no previó la evolución que iba a tener el mercado de trabajo a través del alto desempleo, la evasión, y la intervención del Estado en virtud de la baja de aportes y contribuciones efectivizada durante la crisis, que desequilibró también el régimen público.

### **Principales resultados**

Si no se modifica el sistema, con la densidad de aportes existente, en 2025 va a existir un porcentaje inferior al 45% de la población adulta cubierta, que en 2050 podrá alcanzar el 50% debido al otorgamiento de la jubilación por edad avanzada.

### **Preguntas que debemos hacernos**

- a. ¿El ciudadano sigue pensando que tiene que tener una respuesta en la jubilación?
- b. ¿Puede ello lograrse individualmente si se desecha el tratamiento colectivo de los riesgos?
- c. ¿Cómo superamos los tres grandes desafíos? Tales son: 1) el desequilibrio demográfico – 2) los desequilibrios en el mercado financiero – 3) los desequilibrios de gobernabilidad, que tienen que ver con mercados y políticos que no actúan con el rigor y la seriedad necesarios.

Gráficamente, en 2050 va a existir un “pilar” y no una pirámide poblacional, debido a la evolución demográfica: por ello, es imperioso diseñar sistemas que contemplen tales situaciones.

### **Las Funciones del Estado**

El Estado tiene hoy nuevos desafíos:

- a. Determinar si debe redistribuir las responsabilidades dando respuestas para la vejez hasta determinado nivel (con lo que el ciudadano debería procurarse otros remedios, como los regímenes complementarios)
- b. Determinar qué hacer para atacar la pobreza: el uso de medios asistenciales es una función complementaria, frente al criterio de organismos internacionales como el Banco Mundial, que plantea la institución de un régimen que tenga como principal función el ataque a la pobreza. El centro del problema es un régimen contributivo sólido basado en el trabajo en los términos de la OIT (trabajo con protección social)
- c. El problema de la edad y el retiro progresivo
- d. El regreso al empleo con la combinación con los seguros de desempleo
- e. La tensión de la dependencia, es decir, qué pasa con la gente que depende de otra persona, la cual no solamente necesita una sustitución del ingreso que percibía, sino también de servicios sociales que dan un carácter diferente al problema

### **Se propone el siguiente esquema:**

- a. Establecer un régimen público fuerte que asegure al aportante al menos una garantía del 50% de los ingresos

- b. Prever un complemento abajo de régimen asistencial, que asista a quienes no tienen densidad de cotización y se encuentran con problemas en su carrera laboral
- c. Establecer un régimen complementario de ahorro con opciones similares a las existentes o de otras características.

Pedir a la previsión social que solucione la pobreza de los mayores no parece una solución adecuada.

### **Incidencia de la Eficacia**

Resulta de la mayor importancia establecer mecanismos para que la recaudación se realice respecto de todos los trabajadores, y en todos los niveles de ingresos; ello, considerando que buena parte de los salarios, inclusive en el Estado, se abonan sin aportes. Tal práctica debe ser desterrada.

### **Conclusión**

Las reglas deben ser adaptadas a las nuevas formas de empleo. El empleo y el salario son muy importantes, pero también debe considerarse a quienes se encuentran en relaciones laborales atípicas, que son parte del mercado de trabajo y deben tener protección. Es decir, las reformas deben tener en cuenta los cambios en las relaciones laborales, la economía y las características de las unidades productivas. Asimismo, debe analizarse el retorno al empleo, así como la coordinación con todas las políticas de integración social.

### **El mayor desafío**

Deben establecerse nuevas formas para la cobertura, en tanto la vida laboral activa no es constante o lineal, sino que presenta entradas, salidas, discontinuidades e informalidades, y una flexibilidad que debe existir, pero con una adecuada protección.

## **2. Dr. Walter Arrighi, Director Nacional de Previsión Social, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.**

### **Criterios Jurídicos en materia de Seguridad Social. La Judicialidad en los regímenes previsionales**

El régimen de capitalización creado en 1994 no llega a tener ni mínimamente los problemas de judicialidad que afectan al régimen de reparto. Comparativamente, existe al respecto una baja cantidad de beneficiarios, y escasa experiencia de los profesionales del derecho dedicados al tema previsional, lo que tiene relación con la naturaleza del sistema, a cargo de privados que administran las cuentas de capitalización y deben lograr una mayor rentabilidad.

El sistema de reparto tiene cotizaciones indefinidas y prestaciones definidas, lo contrario del régimen de capitalización: ello implica que, habiendo para el régimen de reparto una prestación definida por la ley, podrá reclamarse judicialmente cuando tal prestación o coincida con la que la ley define porque se distorsionó, varió, disminuyó, no se actualizó, etc. En cambio, en el régimen de capitalización, al no haber una prestación definida por la ley, no se puede formular tal reclamo.

El reparto implica un compromiso intergeneracional entre quienes aportan hoy y quienes son beneficiarios, y el mayor problema es el mantenimiento del equilibrio financiero durante largos períodos. Frente a los desequilibrios habituales, las soluciones corrientes son: el aumento de las cotizaciones, el aumento de la edad (y prórroga de la entrada en vigencia del derecho previsional), el aumento de la cantidad de años de aportes (y la consecuente postergación del derecho a la percepción), o la

disminución del monto de las prestaciones (ya en su determinación inicial, ya en la no aplicación de la movilidad posterior).

Las principales causas de los juicios en Argentina han sido: la disminución de los montos de las prestaciones, la carencia de pautas de movilidad o ponderación, y cuestiones como si debe o no disminuirse el costo laboral (lo que reduce los recursos y las cotizaciones, y conlleva el desfinanciamiento del sistema).

Desde el punto de vista jurídico, la aparición de los derechos sociales desde la década de 1930 exige mayor presencia legislativa y conduce a lo que los especialistas denominan “el trilema regulatorio”: las normas constitucionales a menudo son rígidas y llevan a la profusión de leyes regulatorias, las cuales muchas veces generan como consecuencia la imposibilidad de cumplimiento de las normas; por ejemplo, la promesa de prestaciones exorbitantes que no se modifican a través del tiempo y, mientras cambia la situación financiera, subsisten legalmente.

Es necesaria la evaluación permanente del régimen provisional, a efectos de prevenir en lugar de corregir.

Existe un proceso de permanente adecuación de la legislación común a la normativa constitucional, así como una dificultad para que la adecuación de la norma a la realidad social tenga lugar mediante una celerada sanción legislativa. Frente a ello, se erige la intervención del Poder Ejecutivo por razones de necesidad y urgencia a través de normas que, en general, no logran estar dentro de lo justo y lo legal.

Las principales causas de la litigiosidad son: la tensión entre el Estado Social y el Estado de Derecho, la imprevisión de los déficit futuros, la “solución” mediante leyes que restringen los derechos adquiridos en materia previsional, el incumplimiento de los derechos y, en general, el incumplimiento de la ley.

El Poder Judicial no tiene ni debe tener como cometido el conocimiento preciso de los regímenes previsionales establecidos, por lo que no puede producir decisiones complejas en materia de política social. Frente al incumplimiento de la norma por parte de quien administra el régimen previsional, debe resolver un juez dentro de su ámbito de discreción en el marco de la ley vigente, con la dificultad de considerar las situaciones coyunturales que afectan en ese momento al régimen previsional.

La solución política de estas cuestiones (por ejemplo en época de elecciones), o la derivada de exigencias económicas, produce, en general, una reducción de las prestaciones. Un ejemplo muy positivo de lo contrario se encuentra en España, en el Pacto de Toledo, en que todos los partidos políticos y el Parlamento acordaron que las cuestiones previsionales fueran asuntos de Estado, separadas de los actos electorarios. En el mismo sentido, Luigi Ferrajoli considera que los derechos fundamentales deben estar totalmente fuera de las mayorías parlamentarias.

Para lograr el cabal reconocimiento de los derechos previsionales se requieren normas procesales que garanticen la plenitud de su ejercicio. Argentina presenta un lamentable ejemplo de lo opuesto a través de la llamada “Ley de Solidaridad”, que para disminuir el número de juicios, incorporó en su Capítulo XII un nuevo sistema procesal, por el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación interviene en forma originaria luego de dos o tres etapas procesales anteriores, alargando la duración de los procesos: de resultas, el Estado Argentino fue denunciado ante la Organización de Estados Americanos (OEA) por no reconocer, sino más bien violar, los derechos de las personas de la tercera edad. De 250.000 juicios con sentencia –y otros tantos iniciados- en el 80% de los casos la causa de su iniciación fue el error en la

determinación del haber inicial o el incumplimiento de la movilidad, actualización o ponderación del haber jubilatorio. También han existido alteraciones en los coeficientes de actualización (reveladas en 1989), falta de publicación y distorsiones, determinantes de litigios.

El derecho procesal debe ser funcional al ejercicio de los derechos sociales. Las normas previsionales deben sancionarse sobre una base empírica, dictándose en armonía con los resultados de las evaluaciones del sistema. El Poder Judicial solamente tiene posibilidades de conocer el caso concreto y aplicar la norma correspondiente, sin que deba conocer la totalidad del sistema previsional y las circunstancias particulares de desequilibrio que pudieren existir.

Debe debatirse el carácter adquirido de la cuantía de una prestación, así como la cuestión de si los ajustes deben aplicarse para el futuro o incluyen la cuantía de las prestaciones en curso: para el beneficiario no cabe duda de que el ajuste debe comprender a estas últimas, en tanto para la Administración la respuesta es que sí cabe la duda sobre dicho ajuste, en función de si existe o no la posibilidad de financiar tales prestaciones a futuro.

En conclusión, el derecho previsional es patrimonial, pero no meramente derivado del derecho privado: es necesario elaborar una nueva teoría de los derechos sociales, en tanto éstos deben contar con la garantía fundamental de su pleno ejercicio legal.

No es cuestión de limitar los derechos de defensa: debe mejorarse la legislación, hacer más eficaz la administración de las prestaciones, y hacer posible que el Poder Judicial cuente con información más precisa y adecuada para la aplicación de las normas a los casos concretos.

### **3. Dr. Hugo Bertín, Superintendencia de AFJP**

#### **Los determinantes del desempeño de los sistemas de pensiones**

En los regímenes como el sistema integrado de jubilaciones y pensiones (régimen estrictamente contributivo), deben considerarse:

- a. El funcionamiento del mercado laboral, lo que comprende el análisis del trabajo legal e ilegal, y la posibilidad de acumular derechos para acceder a las prestaciones.
- b. La estructura de la población, en función de la mayor esperanza de vida y la tendencia a la baja en la tasa de natalidad.
- c. Las reglas del sistema previsional, por cuanto debe analizarse si reflejan los dos determinantes mencionados en el ítem anterior, la tasa de aportes, la cantidad de años, y la edad para acceder al beneficio de la pensión por vejez
- d. La calidad de la gestión pública o privada, que en el caso de esta última surge claramente de restar del nivel de aporte (primero del 11%, después del 7%) la comisión total (compuesta por la comisión por administración y por prima del seguro), lo que da como resultado cuánto va a capitalizarse efectivamente
- e. La eficiencia del Gobierno, en función del crecimiento económico, la estabilidad macroeconómica e institucional.

#### **Panorama a 11 años de la reforma previsional**

El sistema tiene más de 12 millones y medio de afiliados, lo que representa el 34% de la población económicamente activa y el 38% de los ocupados urbanos, de los cuales 10,6% pertenece al régimen de capitalización.

Los fondos administrados por el sistema son aproximadamente 68 mil millones de Pesos, que implican casi 6400 Pesos por afiliado.

La rentabilidad nominal fue de casi el 15%, y descontada la inflación, cercana al 10% (alta, más del doble de la prevista originalmente).

El sistema de capitalización tiene hoy 230.000 beneficiarios, frente a los casi 3 millones del sistema de reparto.

### **Cuestiones pendientes**

- a. Relación entre mercado laboral y cobertura previsional
- b. Envejecimiento de la población
- c. Estructura actual del sistema, real vigencia y necesidad de su reforma
- d. En el sistema de capitalización, la diversificación de las inversiones y la relación entre la rentabilidad y riesgo de las mismas
- e. El funcionamiento de las comisiones médicas
- f. La cultura previsional y el grado de difusión de los sistemas.

Casi paralelamente con la creación del nuevo régimen previsional, los cambios en el mercado laboral generaron mayor desocupación, deterioro en las condiciones de trabajo y exclusión social, un mercado laboral crecientemente informal y otras consecuencias en materia previsional. Hoy, casi un 50% de los asalariados trabaja sin descuento jubilatorio, en tanto el sistema exige 30 años de aportes para acceder al beneficio.

Si se realiza un análisis transversal, por ejemplo al año 2003, y se estudia la relación cotizantes - ocupados (cuántos de quienes trabajan están cotizando y cumpliendo los requisitos), surge que en un 40% de los casos se advierten problemas estructurales, que no van a cambiar en el corto ni el mediano plazo.

En cuanto a las reglas del sistema, fueron concebidas para un mercado laboral formal, exigiendo 66% de cotizaciones a los varones y 75% a las mujeres; en tanto, el 50% de la población no tiene el 32% de las cotizaciones al cabo de 12 años.

Es necesario un profundo replanteo de las reglas. La densidad de aportes fue de 51% para los varones y 48% para las mujeres; cuando se cae al mercado informal es muy difícil volver al formal. Se estima que la relación de jubilados sobre la población mayor de 65 años pasará de 68% a 42% en 2030, si es que las reglas del sistema no se cambian.

Para llevar a cabo un nuevo diseño de la cobertura previsional, debe partirse de una asociación más flexible entre el mercado laboral y el sistema previsional. Este último no debe pensarse solamente para un mercado laboral formal (es decir como sistema contributivo), ni con requisitos tan duros como los 30 años de aportes. Es necesario integrar los sistemas contributivos con los no contributivos para reflejar mejor los mercados laborales e informales.

Debe establecerse una asociación más flexible entre la edad mínima y los años de aportes en función de la esperanza de vida (elemento dinámico), en el marco de analizar debidamente los incentivos y los costos de financiamiento.

En cuanto al sistema de capitalización individual, en 2001, con la expectativa de aumentar el consumo y por razones fiscales, se disminuyó el porcentaje del aporte individual del 11% al 5%. Tal acto administrativo trastocó absolutamente los derechos y beneficios que se había proyectado originalmente, cayendo la jubilación ordinaria un

23%. La tasa de sustitución, originalmente pensada para sustituir un 60% del salario, pasa reemplazar solamente un 50% del mismo.

El sistema integrado no puede funcionar de manera que en el régimen de reparto el aporte sea del 11%, mientras en el de capitalización sea del 7%. Debe reinstalarse el equilibrio perdido.

La mayor diversificación de las inversiones es otra cuestión pendiente, para dejar de estar concentrada en el sector público y pasar a estarlo en instrumentos de la economía real. Al respecto, no hay un obstáculo en las regulaciones, que exigen que para que se invierta en instrumentos privados, éstos deban tener oferta pública, calificación de riesgos y operar en los mercados autorizados por la Comisión Nacional de Valores. Sin embargo, con excepción de las inversiones en el exterior (que como máximo pueden ser del 10% y actualmente representan 9,8%), las restantes inversiones (instrumentos privados, fondos comunes de inversiones, obligaciones negociables, depósitos, acciones, etc.), están muy lejos de los límites que establece la ley.

Hoy existe un problema en la oferta: quienes deben emitir instrumentos financieros para solventar sus proyectos de inversión, no están volcándose al mercado de capitales objeto de las inversiones de los fondos de pensiones. Habitualmente, al comprar un papel, los inversionistas institucionales observan su flujo de inversiones y previsibilidad; en la medida en que ésta sea mayor lo comprarán, y la tasa de rentabilidad será menor; si la previsibilidad es menor debido al riesgo, ello determina que la tasa de interés sea mayor y consecuentemente más dificultoso para los inversores llevar a cabo sus proyectos de inversión.

Deben hallarse instrumentos para dar mayor previsibilidad a los flujos de ingresos y egresos de los proyectos de inversión.

La solución no es fácilmente alcanzable ni inmediata, y debe trabajarse con los límites que impone la realidad local.

Por otra parte, debe considerarse como tema de fundamental importancia el funcionamiento de las comisiones médicas, en tanto determina el acceso a las prestaciones por invalidez.

Según el sistema va avanzando, las comisiones médicas tienen más actividad y deben ser adaptadas para hacer frente a la creciente demanda de trabajo.

De 2000 a 2003 fueron presentados 42.000 casos en las Comisiones Médicas; de ellos, 32.000 están firmes y 10.000 fueron apelados a la Comisión Médica Central, que confirmó un 75%. Durante dicho período, fueron apelados ante la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social 1000 casos (que representan el 2% de los presentados durante ese período), de los cuales se confirmó el 35% y modificó el 65% (equivalente al 1,5% de los casos)

En tanto la Comisión Médica Central se integra cinco médicos e ingresan nuevos reclamos a las comisiones regionales, una parte de los cuales es apelada a la primera, se genera un cuello de botella debido a la mayor carga de trabajo.

### **Cultura previsional**

Hay un alto grado de desconocimiento ciudadano respecto de los derechos y obligaciones en materia de previsión social. El mismo deriva, en buena medida, de la muy escasa difusión de su puesta en marcha e implementación. Por otra parte, el

aporte no es visualizado como una contribución a un sistema que va a permitir acceder a un beneficio, sino como un impuesto.

Debe difundirse públicamente la existencia del sistema en forma consistente, llevar la educación previsional a las escuelas, las provincias, las empresas y las organizaciones intermedias, trazando un paralelo con la tarea que el CEF está llevando a cabo a través de las conferencias y debates que organiza.

#### **4. Dr. Horacio Paya, Gerente de Asuntos Legales de “Consolidar” AFJP**

El sistema de capitalización tiene 10.600.000 afiliados, y el de reparto 2.000.000. Hay 4.300.000 aportantes al primero, y 600.000 al segundo, sumando a los monotributistas (700.000 afiliados). La rentabilidad histórica del 15% representa un resultado bastante positivo. La comisión promedio asciende al 2,5%, de los cuales la prima del seguro equivale al 1,36% y la comisión neta, al 1,23%.

Debe analizarse cómo juega el Sistema Judicial en el ámbito del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. Parece que la Justicia y la Economía van por andariveles diversos, y hasta opuestos. En tanto las decisiones judiciales resuelven casos individuales, las decisiones económicas son de tipo y alcance general. En Argentina, los dos poderes políticos se encuentran en condiciones de tomar decisiones económicas de tipo general, pero en algunos casos no lo han hecho, en otros las han postergado, en otros sus decisiones son incumplibles (por ejemplo el 82%), y en otros no han podido cumplirse, habiéndose declarado la inconstitucionalidad de algunas leyes previsionales. Ello lleva a los particulares a la necesidad de formular planteos judiciales, dada la existencia de leyes voluntaristas que pretenden cambiar la realidad sin lograrlo.

Tales planteos se refieren a cuestiones que deberían tener una solución en la esfera legislativa y no en la judicial, de lo cual puede darse cuatro ejemplos (dos comunes a ambos regímenes y los otros dos exclusivos de cada cual):

- a. Regularidad: para poder acceder al beneficio de jubilación por invalidez o pensión por fallecimiento del afiliado en actividad, la solicitante debe acreditar un determinado lapso de aportes hechos en forma regular. La inflexibilidad de la ley actual, que ha incrementado el número de aportes exigidos para acceder al beneficio a partir de la ley del sistema integrado, ha significado un contrasentido con la realidad de los pasados doce años. Ello, dada la evidencia de que existe un enorme mercado de informalidad y una evasión cercana al 50%, lo que torna improbable que una persona pueda cumplir dicho régimen. Las sucesivas normas reglamentarias de 1994, 1997 y 1999 no han logrado dar una cobertura total, justa y concreta a las situaciones planteadas en el tema de la regularidad. En 1998, el Juzgado Federal N° 2 de Rosario declaró la inconstitucionalidad del régimen de regularidad en el Caso “Rimoldi”, referido a una persona que había efectuado aportes durante 28 años pero no cumplía con la exigencia legal de 10 meses de aportes en el último año (conf. decreto 1120), por lo que el beneficio había sido denegado; efectuado el planteo judicial, se declaró la inconstitucionalidad de dicha norma. El decreto 460 de 1999 introdujo algunos cambios positivos, como por ejemplo la disposición de que quien realizó 30 años de aportes no pueda ser declarado irregular, y un beneficio reducido para quien efectuó quince años de aportes siempre que acredite haber realizado doce meses de aportes efectivos durante los últimos cinco años. Lo que sucede en la práctica es que los planteos administrativos se refieren, invariablemente, al tema de la regularidad. Así el reclamo realizado por la viuda de un trabajador con 25 años de aportes que no

había efectuado los 12 meses de aportes, durante los últimos 5 años en que dejó de trabajar hasta su muerte: denegado el beneficio por la administración, el juez declaró la inconstitucionalidad de la norma. El problema radica, posiblemente, en que el foco se pone en los últimos años de prestación de servicios, criterio que no se aplicaba en legislaciones anteriores como la ley 18.037. Imponer una exigencia tal durante los últimos años de servicio puede conducir a situaciones sumamente injustas: por ejemplo, si un trabajador autónomo que aportó 25 o más años se enferma, es muy probable que deje de hacer aportes, pague solamente la obra social y otros gastos esenciales para subsistir durante los últimos 5 años, sin cumplir con el requisito de los 12 meses, lo cual lo dejaría sin cobertura previsional.

- b. Beneficios por invalidez y determinación de la incapacidad: Si bien la mayoría de los dictámenes de las comisiones son consentidos o tienen un alto grado de aceptabilidad, hay una importante proporción de ellos que va a la Justicia. La norma exige, para el otorgamiento del retiro transitorio por invalidez, que la persona del solicitante haya sufrido una incapacidad del 66% o más.

La ley actual requiere que se trate de una incapacidad genérica (para el desarrollo de cualquier actividad), en tanto la normativa anterior requería una incapacidad específica o profesional de manera que la persona no pudiera ya desarrollar la actividad que realizaba para trabajar. La regulación vigente requiere, además del carácter genérico de la incapacidad, que ésta no sea una incapacidad de ganancia (es decir, que la persona no sea reubicable en otra actividad laboral). Para las leyes 18.037 y 18.038 bastaba con la especificidad, en tanto la jurisprudencia era sumamente amplia.

Lo dispuesto por la ley vigente tiene una lógica basada en los avances en el campo de la salud y la capacitación laboral, de manera que las posibilidades de reconversión de una persona incapacitada son hoy claramente mayores, y su capacidad residual puede permitirle trabajar en una actividad diferente de la anterior.

Por ello, el art. 49 de la ley 24.241 dispuso la creación de un Fondo Especial para Recapitación (a cargo del PAMI), a integrarse con la partida que afecte el Poder Ejecutivo y el 30% de los haberes de los beneficiarios de retiros por invalidez que no quieran cumplir con los planes de capacitación. Pero esta norma nunca se cumplió, al igual que las establecidas por los anteriores regímenes que disponían de similar forma. Los jueces se encuentran con dicha realidad y el hecho de que resulta prácticamente imposible atenerse a la existencia de una incapacidad de tipo genérico.

- c. Movilidad de los Haberes. Este problema es propio del régimen de reparto y se plantea a la luz del mandato constitucional del art. 14 bis. Consecuente con él tuvo lugar la sanción de la ley 14.499 que instituyó el 82% móvil, pero no se aplicó para casi nadie (con excepción de determinados sectores). La lógica del buen sentido dice que los haberes deben ser móviles, y la jurisprudencia lo ratifica. La ley 24.241, en su art. 32, creó un nuevo sistema de movilidad, disponiendo que la misma debía relacionarse con los aportes, en función de la diferencia entre dos períodos semestrales de BOPREs (Bonos Previsionales). Tal sistema rigió brevemente, y se dio paso al dictado de la ley 24.463 que estableció en el Congreso Nacional la atribución de determinar la movilidad. Jamás, desde 1995 a la fecha, el Congreso dispuso la movilidad de los haberes. Con lo que el tema se judicializó, reclamándose la procedencia de la actualización desde abril de 1991 hasta 1995. En el Caso “Chocobar”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación concluyó de manera por demás objetable que la ley de convertibilidad derogó la movilidad, y en consecuencia lo que correspondía era tomar el art. 32 y su texto original (que por entonces no regía), correspondiendo un 13% de aumento: por tal arbitrio, la Corte consideró aplicable en forma retroactiva una ley que no regía. El

Alto Tribunal modificó el criterio referido en 2005, en el Caso “Sánchez”, estableciendo un nuevo sistema de movilidad.

- d. Dolarización de las Rentas Vitalicias Previsionales. Este problema es propio del régimen de capitalización. Durante la vigencia de la convertibilidad, las compañías de seguros de retiro contrataron rentas vitalicias en Dólares para las personas que obtenían jubilaciones ordinarias, pensiones o retiros definitivos por invalidez. Por exigencia legal, las compañías debían constituir reservas en activos dolarizados, a tales efectos. Cuando los decretos 214 y 471 de 2002 pesifican todo tipo de activos, compromisos y contratos en Dólares, hacen lo propio con las rentas vitalicias y los activos adquiridos por aquellas compañías (entre ellos los títulos públicos). Se siguieron de suyo los reclamos judiciales en que se planteó cuál era el álea de tales contratos de renta vitalicia, y si el mismo comprendía el cambio en el valor de la divisa norteamericana. A ello debe agregarse que el Estado pesificó, además de no pagar, generándose claramente un doble riesgo o hecho del príncipe.

### **Consecuencias de la Judicialización**

Existe un círculo vicioso que lleva a multiplicidad de juicios y de sentencias, con la consabida dificultad de cumplir para la Administración debido a problemas operativos y financieros. Dicho incumplimiento genera a su vez nuevos reclamos.

Otra consecuencia son los subsidios cruzados, que derivan de las sucesivas declaraciones de inconstitucionalidad: por ellas, los aportantes (que no llegan al 40%) terminan subsidiando a los no aportantes o aportantes deficientes. Así, se incrementan los costos, ante lo cual las AFJP se ven en la necesidad de incrementar el costo del seguro, que en 1994 era de 0,8% y hoy de 1,36%. Otro costo adicional se deriva de la imposición de las costas.

### **Soluciones**

Frente a una coyuntura caracterizada por el desempleo es necesario brindar una asistencia pública, no contributiva y financiada con recursos fiscales.

Asimismo, resulta imprescindible una solución de tipo permanente, volver a un sistema multipilar con una correcta distribución de los roles, retornar al aporte del 11%, prever alternativas de prestaciones proporcionales o parciales e incentivos fiscales para el pilar voluntario, y la adopción de una reforma que se encuentre fuera del proceso político electoral, como sucediera con el Pacto de Toledo. Para ello, y considerando los criterios y actores involucrados, debe darse preponderancia a lo técnico, con amplia participación de los sectores sociales y económicos interesados.

## **5. Dra. Victoria Pérez Tognola, Jueza Federal de Seguridad Social y Consejera de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación**

El Sistema Previsional Argentino estuvo siempre sujeto a vaivenes políticos, habiendo existido una oportunidad histórica cuando fueron recuperadas las instituciones democráticas, en el sentido de celebrar una especie de Pacto de Toledo.

Las reformas previsionales fueron en algunos casos tardías, y en otros injustas. Para hablar de la conflictividad en la Justicia, debe señalarse que se ha puesto a cargo de ésta la decisión en cuestiones que no le corresponden. La Justicia está sobrecargada, con imposibilidad de estudiar a fondo los temas que ella debe resolver, tales como las interpretaciones normativas, encuadres de regímenes diferenciales y otros. Mientras, la mayor parte del tiempo de trabajo judicial en el fuero de Seguridad Social se destina a problemas de actualización de haberes.

En buena medida, los sistemas previsionales se han desfinanciado como consecuencia de regímenes que establecían el 82% y no eran especiales sino de privilegio, y no por aquellos que disponían la movilidad y tenían relación directa con una actividad específica, implicando el cumplimiento de requisitos bien determinados. Deben diferenciarse entonces los regímenes especiales (científicos, docentes, magistrados) de los de privilegio, a efectos de precisar a los determinantes de dicho estado de desfinanciamiento.

La gran conflictividad es provocada por el propio Estado, no sobre la base del 82%, sino del régimen general establecido por la ley 18.037, que estableció el sistema de la proporción dentro de un promedio de las remuneraciones, y no la proporcionalidad directa entre salario de actividad y pasividad. El incumplimiento del Estado llevó al número de juicios actual. A falta de un acuerdo para equilibrar los activos y pasivos, se han puesto "parches", y echado mano a los procedimientos, prolongando y ordinariando su duración, y bilateralizándolos (al crear a otra parte en el proceso judicial).

Hoy existen dos clases de situaciones:

- a. Una gran cantidad de reclamos por insatisfacción, y no solamente por incumplimiento del Estado respecto de las normas.
- b. Incumplimiento de los fallos judiciales, a cuyo respecto los jueces carecen de las herramientas para hacerlos cumplir.

El ciudadano se despreocupa de la cuestión previsional porque el beneficio que va a percibir no guarda relación con el que le correspondería.

Uno de los puntos fundamentales a analizar por el Estado es qué hacer con los jubilados: ¿va a cumplir o no?

El sistema es perverso, dado que los jueces no pueden asegurar el cumplimiento de sus fallos, no pueden embargar al Estado, y se ha generado un proceso dentro del proceso, que es la ejecución. Con ello, los magistrados que deben resolver cuestiones nuevas o plantear situaciones no previstas en las normas –v.g. qué es la nueva familia argentina, circunstancias especiales de la invalidez- se ven abrumados por los incumplimientos del Estado respecto de los reclamos y de las sentencias.

La litigiosidad va en aumento, por lo que debemos preocuparnos por los ámbitos en que debe darse respuesta a los jubilados. Existe gran cantidad de amparos porque no se ha logrado obtener la documentación pertinente por parte del beneficiario para la tramitación del beneficio ante la ANSES. Hay también un considerable volumen de amparos por mora, no únicamente por actualización, sino por la falta de expedición respecto del beneficio profesional ordinario. Primero debe cumplirse con lo que ya está vigente y pendiente, y luego pensar en eventuales reformas.

En el juzgado del cual soy titular existen aproximadamente 25.000 causas, con alrededor de la mitad en trámite, un promedio de 4500 escritos mensuales, 2600 oficios y cédulas a comparendo, etc. Tal situación se ha visto agravada con precedentes diversos, y la nueva litigiosidad derivada de la crisis económica de 2001.

**6. Dr. Alberto Balladini, Presidente de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y Juez del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro**

A la fecha, once son las Provincias cuyas cajas previsionales han sido transferidas a la Nación, mientras Córdoba tiene un régimen especial, y se está considerando por posible acuerdo al efecto con Mendoza.

Resulta necesario realizar una síntesis de los temas involucrados, para sacar conclusiones que permitan dar solución a la problemática de los regímenes previsionales de los magistrados de las Provincias.

Debe esclarecerse cuál será el régimen previsional al que se sujetarán los argentinos. La presencia de los funcionarios del Ministerio de Trabajo expresa la voluntad política de avanzar en el logro de una solución, sin judicializarla.

La sobrecarga de los tribunales obsta al acceso a la Justicia y bordea peligrosamente su denegación. La Administración debe resolver el problema para dar una respuesta adecuada, sin derivarlo al Sistema Judicial.

Los jueces cuyos regímenes previsionales han sido transferidos a la Nación están contemplados en la ley 24.241, de suerte que quienes han aportado en los regímenes provinciales durante muchos años, se han encontrado con que deben jubilarse con un tope de 3100 Pesos, lo que no guarda relación con sus expectativas y los aportes realizados.

Las autoridades nacionales han considerado que los convenios de transferencia no contemplaron lo dispuesto en la Constitución Nacional, y se hicieron solamente por razones económicas, no contemplando las jurídicas. Es imperioso dar una respuesta equitativa a todos los jueces de la Constitución, ante la evidente disparidad que hace posible la situación actual, según las cajas hayan sido o no transferidas. De persistir la situación actual, el déficit en la administración de Justicia afectará a la prestación del servicio, en demérito de la gente.

#### **7. Dr. Abel Fleming, Presidente de la Federación Argentina de la Magistratura (FAM) y Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Provincia de Salta**

El diálogo tendiente a la solución del tema previsional es complejo, porque desde el ámbito político se atiende a la sustentabilidad del régimen, en tanto desde el Sistema Judicial se considera el caso concreto, sin poder hacerse cargo de las cuestiones macro.

Debe hacerse Justicia asegurando los derechos constitucionales, y la posición de los jueces debe ser la de no actuar como operadores del aparato estatal, sino como representantes de la expectativa de Justicia, asegurando los derechos constitucionales de los habitantes.

Los jueces de las Provincias cuyas cajas fueron transferidas han visto conculcados sus derechos desde 1996 a la fecha; los magistrados no se jubilan debido a la inequidad del régimen, y posiblemente terminen reclamando en sede judicial.