

JUBILACIONES DE PROFESIONALES ABOGADOS Y UN FALLO CRITICABLE

Lo que interesa en este artículo son los fundamentos de las resoluciones de los Jueces de Primera Instancia, de la Sala 3ª de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial y de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe.

I- EL CASO:

1- Los dres. ..P y...G durante los años de su actividad profesional, que todavía ejercen, hicieron los aportes mínimos-básicos, salvo un año en el que ingresaron aportes abultados a la Caja de Seguridad Social de abogados y procuradores de la Provincia de Santa Fe. En ese tiempo regía el art. 43 de la Ley 10727 que autorizaba cuentas individuales de capitalización para las sumas aportadas que excedían las cuantías establecidas en el art.42¹. Luego, el art. 5 de la Ley 11790 derogó dicha alternativa, subsistiendo solamente el modelo de prestaciones definidas.

Sin cesar en su actividad profesional ni contar con la antigüedad necesaria para acceder el beneficio jubilatorio, los dres. P. y G. impugnaron la derogación del art. 43 L. 10727 e iniciaron acción “*judicial meramente declarativa de inconstitucionalidad*” ante un Juzgado Civil y Comercial, solicitando que se declare *inválido y prive de efectos el art. 5 de la L.11790* porque anula *el cómputo de aportes efectuados en exceso de los máximos anuales establecidos*, lo que impediría su incidencia en la futura jubilación. Fundaron su pretensión en que se conculcaron *los derechos constitucionales de igualdad, de propiedad y de acceso al futuro beneficio jubilatorio basado en “en la realidad económica de los aportes que efectivamente se efectuaron”*. O sea, siendo todavía activos, sostienen que el art. 5 de la L. 11790 los desiguala, les lesiona la propiedad y, en consecuencia, la futura jubilación no estaría cuantitativamente vinculada a los aportes.

¹ **ARTÍCULO 43º.** “Los aportes que en cada año computable excedan el quinientos por ciento (500%) de aporte mínimo obligatorio, se registrarán en módulos previsionales en la cuenta individual del afiliado a los fines de la determinación de un haber diferencial en función de edad de aportes y correlativamente de la edad de goce del beneficio, de acuerdo a tabla confeccionada en función de dictamen técnico actuarial, revisable anualmente por el Directorio, conforme a la variación de rentabilidad de las inversiones, las modificaciones que puedan producirse en las tasas de supervivencia y mortalidad, y demás elementos técnicos tenidos en cuenta para su confección. Los aportes necesarios para la obtención de prestaciones bonificadas (art.42º) y diferenciales de este artículo podrán ser cubiertos con los derivados de ejercicio efectivo en actuaciones judiciales y extrajudiciales o del propio peculio del afiliado, siempre que fueren realizados dentro de cada año a computarse”.

2- La sentencia de Primera Instancia declara la inconstitucionalidad del art. 5 de la L. 11790 argumentando que el sistema previsional *“limita la libertad”* porque es *“obligatorio”* sin prever la situación de los aportes excedentes. Además *“...es constitutiva de un sistema injusto...”* ya que *“...por los avatares de la profesión, en períodos subsiguientes...”* puede ocurrir que no cuente con los aportes y que por esta razón *“...el esfuerzo de aquéllos se diluiría en el tiempo, afectándose así el derecho de propiedad, proyectándose “...aún más, sobre los derechos que hacen a la seguridad social (art. 21 de la Constitución Provincial y 14 bis de la Constitución Nacional)”*. Sigue afirmando que existe lesión porque *“...a pesar que los accionantes han aportado más tendrán en el futuro un menor haber jubilatorio...”*. Por ello el mencionado art. 5 es *“...una regla injusta, arbitraria e inequitativa en flagrante violación del derecho de igualdad....”* Como cierre de sus argumentos, sostiene que es una **“premisa básica” que los aportes “son un ahorro”**.

3- El fallo de la Sala Tercera de la Cámara Civil y Comercial confirma el de primera instancia en los siguientes fundamentos:

a- **Propiedad y patrimonio afectado:** Que aún cuando sean derechos en expectativa están *“...comprendidos en la protección otorgada por los artículos 17 y 15 de la Constitución Nacional y Provincial, respectivamente, en concepto amplio como universalidad, tal cual surge de los términos del art. 2312 del Código Civil. Por consiguiente tienen derecho a custodiar sus ahorros para la vejez²”*.

b- **Aportes:** Que una tercera parte de ellos son pagados por los profesionales; luego, al ser una proporción de sus ingresos, es una fragmento del patrimonio.

c- **Beneficio proporcional a los aportes:** que como los aportes se computan individualmente, deben tener *“...proporción e incidencia en su futuro haber jubilatorio”*, que es la razón por la cual el art. 43 de la Ley 10727 establece categorías....de lo que se concluye que el sistema jubilatorio tiene en miras reconocer las diferencias de los

² Sin embargo (BRITO PERET, J. “Pautas previsionales en la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema . Evolución y perspectivas”) en fallo de hace muchos años ya se había resuelto que los aportes no eran propiedad individual de los afiliados sino que, por el contrario, constituyentes del fondo de la Caja y destinados al cumplimiento de los fines para la que había sido instituída (DASTE, Héctor, 15-XII-967, Fallos 267-416, confirmado en POTTIER HERRERA DE RAMIREZ, Elisa, 21-II-969, Fallos 273-31).

haberes en actividad “...porque de otro modo sería un sistema injusto por irrazonable”. Coincidiendo con Bidart Campos postula que si bien pueden ponerse máximos “...no debe frustrar el principio de proporción razonable y sustitutiva del haber de jubilación en comparación con el de actividad que fue objeto de aportación y contribución por el total del sueldo”. Eso sería, a criterio de la Sala, la subsistencia “...decorosa y acorde con la posición que tuvieron durante su vida laboral...”. Cita el fallo Badaro, en cuanto entiende que la organización del sistema “...no hiera los derechos emergentes de la seguridad social...” y a reciente jurisprudencia que sostiene “...el derecho a cobrar de acuerdo con su esfuerzo contributivo...” Finalmente la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, rechaza la queja interpuesta porque la Sala no ha excedido “...el marco de posibilidades que brindan las normas en juego ni traduce una apreciación irrazonable del tema propuesto.”, sin dar ninguna razón de esa afirmación.

II- CRITICA

Como la Corte sostuvo que los fallos no alteran el marco de posibilidades de las normas y tampoco son irrazonables, comenzaremos por el análisis de las normas constitucionales y su criterio de razonabilidad³.

1- La **Constitución Nacional: art. 14 bis.** dispone que “...El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles.....

La **Constitución Provincial art. 21** dice que “El Estado instituye un sistema de seguridad social, que tiene carácter integral e irrenunciable. En especial, la ley propende al establecimiento del seguro **social obligatorio**; jubilaciones y pensiones móviles;...”

³ No es tanto como aceptar que la intención subjetiva del legislador es lo que vale sino entender que toda norma es una contestación a un problema social. El problema es un acontecimiento y éste es la manifestación de los factores y funciones generadores de la cuestión. Ellos dan sentido a la estructura normativa, desarrollada y reproducida temporalmente. “...no es posible comprender una situación si no se reconstruye el sistema de transformaciones históricas que conducen a su configuración actual, lo que equivale a hacer su genealogía...” CASTEL, R., HAROCHE, C, "Propiedad privada, propiedad social, propiedad de sí mismo", Rosario, Santa Fe, 2003, P. 37:

2- Lo que establece la nacional es la **obligación** del Estado de otorgar los derechos de la seguridad social (SS) mientras que la provincial **instituye** un sistema. Para la última es **obligación** crear la estructura normativa, o sea el instrumento⁴ o medio reglado para realizar objetivos, del cual surge las conductas validas⁵. Las dos **obligan al Estado** de manera que cometen **omisión**⁶ si una no otorga los beneficios de la SS o la otra no instituye la SS.

3- Ambas le dan a la SS los caracteres de integral e irrenunciable.

La integralidad porque la SS comprende a las distintas contingencias sociales y a los diferentes grupos protegidos⁷.

Lo irrenunciable tiene dos aspectos. Desde el punto de vista de los derechos sociales como condicionantes de los derechos personales⁸, la renuncia de los derechos sociales significaría la inconcebible deserción de lo humano. No se puede elegir la libertad aunque con esa libertad se pueda optar por uno u otro modo de vida o estos o aquéllos bienes. Desde otra perspectiva coincide con la obligatoriedad de los seguros sociales⁹ ya que se actúa colectivamente y no individualmente¹⁰. Supera el problema de la elección **adversa**¹¹ evitando que los sujetos de altos ingresos con bajos riesgos no cubiertos en forma equivalente con su cotización (consecuencia de

⁴ La SS es instrumental según el concepto de PAYÁ, F y MARTIN YAÑEZ, M.T. "Régimen de jubilaciones y pensiones" Abeledo y Perrot, Argentina, 2012, T. I, p. 11.

⁵ HABERMAS, J. "Facticidad y validez", Trotta, Madrid 1998.p. 96

⁶ FERRAJOLI, L. "Derechos y garantías" Trotta, Madrid 1999, P.25

⁷ Conf. PAYÁ, F Y MARTIN YAÑEZ, MT. "ob.cit.", p. 15 y ss.

⁸ DAHRENDORF, Ralf, "Oportunidades vitales", p. 171; HERCHS, J. "Fundamentos filosóficos de los derechos humanos", p 158; LO VUOLO, R. "Contra la exclusión", p15 -HABERMAS, J. "Facticidad y validez", Trotta, Madrid 1998.p. 480; ESPADA Jao Carlos "Derechos sociales del ciudadano" Acento, Madrid 1996, 154; CASTEL R- HAROCHE, C - "Propiedad privada, propiedad social, propiedad de sí mismo" - Edit. HomoSapiens - Santa Fe -Argentina, p. 19 – LAZZARATO, M - "Políticas del acontecimiento" - Edit. Tinta Limón – Argentina, p. 198 –ARANGO, R. - "El concepto de derechos sociales fundamentales" - Edit. Legis S.A. Bogotá – Colombia, p. 251 – PISARELLO, G. - "Los derechos sociales y sus garantías" - Edit. Trotta – Madrid, p. 11 -RITTER G. ""El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional", Ministerio de Trabajo y seguridad social-España, 1991, p. 109: LUHMANN, N- "Sociología del Riesgo" - Edit. Universidad Iberoamericana – México, p. 117 –PETRUCCIANI, S - "Modelos de filosofía política" - Edit. Amorrortu - Buenos Aires Madrid, p. 134

⁹ ROVAGNATI, A, "Sulla Natura dei diritti social", G. Giappichelli, Torino, 2009, p. 12. La obligatoriedad viene de tan lejos como desde los últimos treinta años del 1800. Ejemplo clásico son los seguros sociales de Bismarck. DE TORRES, M, "Teoría de la política social", Madrid s/f.,p.213; EWALD, F. "L'Etat providence", 331

¹⁰ SALCEDO MEGALES, D. "Elección social y desigualdad económica" "Anthropos, Barcelona 1994, p.160: SMITH, A. Teoría del bienestar", p. 341

¹¹ POSNER, R." Análisis económico del derecho". FCE, México 1998. 441.

la redistribución) puedan desafilarse. Quienes tienen probabilidades de volverse pobres comprarán seguros en grandes cantidades elevando las tasas y haría al seguro poco atractivo para quienes no tengan probabilidades de volverse pobres, lo que a su vez incrementaría las tasas más aún y muy probablemente colocaría al seguro fuera del alcance de quienes más lo necesitan. El seguro social disuelve este problema ya que no permite que nadie se retire del conjunto de asegurados¹². Así se sostiene la redistribución vertical. La afirmación del Juez de Primera Instancia en el sentido que limita la libertad, desconoce que las normas constitucionales la establecen porque ella es necesaria para la existencia de los seguros sociales.

4- Si es seguro **social**¹³ no puede regir la justicia sinalagmática porque ésta supone la autonomía contractual y la equivalencia, asentadas ambas en la propiedad privada individual. Es un error sostener como lo hacen el Juzgado de Primera Instancia y la Sala tercera que existe equivalencia entre lo contribuido y la prestación. También es un error de la Corte Suprema de Justicia cuando entiende que la Cámara “...no ha excedido el marco de posibilidades que brindan las normas en juego ni introduce una apreciación irrazonable.....”. Precisamente, el marco son los seguros sociales y es jurídicamente irrazonable aplicar a los sociales los criterios de los seguros privados e invocar la libre elección. Lo que carece de fundamento constitucional no es la derogación del art. 5 de la L. 11790 sino las resoluciones del Juzgado de Primera Instancia, de la Sala de la Cámara de Apelaciones y de la Corte.

5- La CN se ubica en la década del 1960. Desde finales de 1940, los sistemas previsionales fueron los más sensibles o uno de los objetos principales de las modificaciones realizadas en la pos-segunda guerra mundial.

Muchos Estados reemplazaron los sistemas de capitalización por el de *reparto*. Se debían asegurar las prestaciones pero por diversas causas, principalmente por la 2da. Guerra mundial, los fondos acumulados habían desaparecido o fueron severamente

¹² OFFE, C. "Contradicciones en el estado del bienestar", Alianza Universidad, Madrid 1990. P. 187; DE TORRES, M, "ob.cit"., p. XIII; SMITH, A. "ob.cit.", p. 335; COHEN, G.A. "Alternativas al capitalismo", M. DE TR. Y SS., Madrid 1993.p. 170.

¹³ PAGANINI, M. "Constitución nacional y la seguridad social", Juris, Rosario, Julio de 1990. De TORRES, M, "ob.cit.", p., 213: para este autor se diferencia de los privados por: 1- coacción; 2- pago parcial de la prima por el asegurado; 3- limitación personal; 4- carácter público asegurador. Para ALMANSA PASTOR, J.M, "Derecho de la seguridad social", Tecno, Madrid 1977, p. 63, se caracteriza por: 1- no es a favor propio; 2- responsabilidad objetiva; 3- público obligatorio; 4- función económica social; 5- régimen para cada uno de los riesgos sociales.

disminuidos de manera que por un lado ya no había fuentes de financiamiento y, por otro, las cuantías de los beneficios perdieron referencia. La ausencia de fondos para financiarlas se franqueó eliminando el tiempo transcurrido entre aportes efectuados y cobro de los beneficios, los que fueron pagados con las contribuciones contemporáneas de los activos. Por su parte, la referencia se trasladó desde los fondos acumulados a los salarios.

Con ese procedimiento se trocó la ecuación definiendo el haber jubilatorio dejando indefinido el aporte¹⁴. Si antes eran los aportes ciertos y las prestaciones inciertas porque dependían de las rentas de los primeros, ahora lo invariable es el beneficio. Los aportes históricos aún en el caso que existieran, ya no podían ser **equivalentes** a las prestaciones definidas que tenían la doble función de la “promesa” para un futuro y este futuro ponderado socialmente en cada presente posterior¹⁵. No es necesario tener ahorros para gozar de una prestación. Cuando un individuo se jubila recibe una asignación que es un poder de compra que él no ha ahorrado. Este dinero viene de otros. Lo colocado en las prestaciones luego es devuelto por trabajadores que pagan las prestaciones de la generación inmediata anterior. Aquí no hay capital sino flujos de dinero.

Pero si para la seguridad futura (garantía de la promesa) debía **definirse** la prestación, tenía que crear un elemento **rígido que funcionara sobre un elemento variable en el tiempo**, como es el salario. Para ello, se reintroduce el tiempo ya no de atrás hacia el presente en la relación entre aportes y beneficios sino desde el presente hacia el futuro en la vinculación entre ingresos del momento “1” e ingresos de los momentos “2 y n(s)”. Entonces la dinámica de los ingresos es funcional simultáneamente a la movilidad de las prestaciones y a los recursos que las financian. Tal estructura abrió otra posibilidad como es la de dosificar en más o en menos los aportes de manera que

¹⁴ VOIRIN, M "Regímenes de pensiones privados y públicos: claves para un enfoque comparativo" Revista Internacional de Seguridad Social, 3-4, 1995, p.130. Distinguir primacía de las prestaciones o primacía de las cotizaciones es determinante tanto para las obligaciones como para la conservación de los derechos. En la primacía de prestaciones se acuerdan los modos de cálculo. La cotización es variable para garantizar los compromisos. Requiere evaluaciones actuariales periódicas. Es el único modelo que puede garantizar a los trabajadores una previsión decidida de tasa de reemplazo. Descarga el equilibrio del sistema en los que lo financian.

¹⁵ Según R. MUSGRAVE, "Análisis del gasto" .pag. 435 la primera generación contribuyente paga por sus jubilados, quienes reciben un regalo; por la misma razón, la generación del día del juicio final (que no llegara a la jubilación) padecerá una pérdida neta. No obstante R. Castel sostiene que no hay regalo porque cada uno tiene deudas con todos los otros. Al llegar al mundo un individuo encuentra una acumulación previa de riquezas sociales de las cuales se nutre. Las obligaciones con la colectividad no hacen más que traducir esa posición de deudor. En consecuencia las retenciones obligatorias, las redistribuciones de bienes y servicios, no representan atentados contra la libertad del individuo.

fueran suficientes para el pago de las prestaciones. A partir de allí la responsabilidad por el pago de la cuantía de los beneficios ya no es la del sujeto sino de los terceros activos. Los aportes efectuados pierden dos aspectos importantes: la **adjudicación** y la **acumulación individual**.

Esa estructura nada tiene que ver con la propiedad de los aportes ni con la equivalencia de ellos con los beneficios y libera la relación jurídica de prestación de la vinculación con las relaciones jurídicas de obligación por los aportes. Sin esa desvinculación entre las relaciones jurídicas de aportes y de prestaciones¹⁶, integrantes ambas de la relación de previsión social¹⁷, el modelo no podría existir. En consecuencia, **no hay correlación cuantitativa ni vinculación funcional entre las dos relaciones jurídicas**.

Fueron cambios fundamentales ya que todos los factores, sean contribuciones y aportes o cuantía de las prestaciones, se relacionaron de otra manera por la función contemporánea entre ellos. Y esto debía hacerse en cada **presente** transcurrido.

Definida la prestación en relación a los ingresos necesariamente debió establecerse la movilidad¹⁸. La movilidad jubilatoria sólo se explica si hay definición de la prestación y ésta sólo es posible si hay desvinculación de los aportes realizados históricamente. La interdependencia entre cuantía de prestaciones y aportes u obligaciones, es de la totalidad del sistema o del punto de vista actuarial¹⁹ y no de cada uno de sus afiliados. Por esa razón, vincular, como lo hace el Juzgado de Primera Instancia y la Sala de la Cámara, beneficio con aportes, es **regresivo** en relación a lo que dispone la CN.

¹⁶ En la V Conferencia regional americana de la AISS (OTTAWA -octubre 1991), se dijo que "...el nivel de las prestaciones no resulta de una relación contractual estricta aporte-beneficio, sino que debe responder a objetivos de no marginación y de integración social". No existe una relación bilateral de prestaciones y contraprestaciones, ni una relación de cambio. Y eso porque la relación de derecho de una prestación se fundamenta como protección de un bien y no como contrapartida o contraprestación, mientras que la obligación impuesta, se asienta en la solidaridad.

¹⁷ ALMANSA PASTOR, J.M. "ob.cit."p. 148 y ss, 273 y ss. Según el autor (p.148) esta desconexión ya aparece en ROSIN, LASZ, LABAND, primeros tratadistas alemanes sobre los seguros sociales de Bismarck, rechazando la vinculación y sinalagmaticidad de las relaciones de cotización y prestación, opinión que siguieron los italianos (BARASSI, L. "Previdenza sociale e lavoro subordinato", Milano 1954) y los españoles (BORRAJO DACRUZ, E, "El contenido de la relación jurídica de seguro social", Revista de derecho mercantil, 1960, I, 301 y II, 57)

¹⁸ Debe decidirse porque lo que se sobreentiende no necesita normas "Necessitas non habet legem". Si existe norma es porque se supone la eventualidad.

¹⁹ COLOMA, G. - "Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio" - Edit. de Ciencia y cultura - Buenos Aires -p. 52 - sumar las valoraciones marginales que del mismo tienen las distintas personas que van a consumirlo, e igualar dicha suma con el costo marginal de proveer una unidad del bien público en cuestión.

6- El art. 14 bis²⁰ tiene su genealogía no sólo en la doctrina y en los antecedentes europeos sino que también en la legislación nacional. A esa fecha había sido promulgada la Ley 14370 (octubre de 1954) que desvinculaba²¹ las prestaciones de los aportes y contribuciones²², en conformidad con lo dicho en párrafo 5to del punto cinco de este parágrafo. La CN siguió ese criterio, posteriormente confirmado por la ley 14499²³. En ese contexto es viable entender que el contenido del art. 14 bis recibe la influencia de su ambiente. Se definen las prestaciones en relación al salario y como éste es dinámico aquéllas deben ser móviles pero para esto último es necesario desvincular los aportes (relación de obligatoriedad) de la cuantía de los beneficios (relación de prestación). Si esto es así, lo dispuesto por la CN es un principio prescriptivo que contiene todas esas características y que, por tanto, expresa deónticamente una manera de ser de las jubilaciones y pensiones; es decir, como afirma Ferrajoli, “*se ha hecho positivo no solo el ser del derecho (legislación) sino también el deber (la constitución sustantiva)*”²⁴. De aquí se sigue que en la validez de la norma aparece un tema cognoscitivo.

²⁰ El convencional JAUREGUIBERRY en la oportunidad de la discusión del art. 14 bis dijo textualmente “...La comisión....mantiene el agregado de ‘jubilaciones y pensiones móviles’ porque hasta que llegemos al seguro social obligatorio va a pasar algún tiempo y esta cláusula constituye **la norma directriz** en este aspecto” (D. de ses. P. 1481). En la exposición de motivos del convencional GIORDANO ECHEGOYEN dijo: “...Dentro del régimen de seguro social, que constituye la arquitectura básica de la seguridad social, quedará incluido el sistema jubilatorio argentino...”

²¹ SMOISMAN, S.L. “La reforma previsional y sus efectos sociales”. UBACYT. <http://www.econ.uba.ar/planfenix/novedades/Area%20VI/La%20reforma%20previsional%20-%20Smoisman.pdf>.

²² La ley 14370 del año 1954 desvinculaba el haber jubilatorio de los aportes realizados, con el fin de garantizar la capacidad adquisitiva de la población retirada del mercado laboral. Disponía: “art. 3.- “Las jubilaciones ordinarias a otorgarse por las Cajas Nacionales de Previsión, cuyos haberes comiencen a devengarse con posterioridad a la vigencia de la presente ley, no se bonificarán con los suplementos emergentes de la ley 13.478 y se determinarán con sujeción a la siguiente escala: Hasta \$ 1.000 de sueldo promedio, el 100 %.

De \$ 1.000 a \$ 2.000: \$ 1.000 más el 75 % del excedente de \$ 1.000.

De \$ 2.000 a \$ 5.000: \$ 1.750 más el 60% del excedente de \$ 2.000.

De \$ 5.000 a \$ 10.000: \$ 3.550 más el 45% del excedente de \$ 5.000.

De más de \$ 10.000: \$ 5.800 más el 15% del excedente de \$ 10.000...”

“ art. 4.- El haber de las jubilaciones, establecido de conformidad con las disposiciones que anteceden, no podrá ser superior al 90% del promedio de sueldo de los doce mejores meses consecutivos que se computen a los efectos de calcular el promedio jubilatorio. Art. 6.- El haber mensual de las jubilaciones y pensiones acordadas o a acordarse, incluidas las bonificaciones por costo de vida, no será inferior de las sumas de \$ 600 y \$ 525, respectivamente” Se ve fácilmente que la cuantía de las prestaciones no referían a los aportes sino a los sueldos.

²³ Vigente el art. 14 bis, se sancionó la ley 14499 en 1958 estableciendo que el haber de la jubilación ordinaria será equivalente al 82% móvil de la remuneración mensual asignada al cargo, oficio o función del afiliado aunque ese porcentaje no era para todos los salarios ya que establecía una escala regresiva: ARTÍCULO 4. – “Escala: Cuando el haber jubilatorio resultante fuere mayor de m\$ñ 5000, el excedente de esa suma se determinará con sujeción a la siguiente escala acumulativa: De más de m\$ñ 5000 a m\$ñ 7000: Pesos 5000 moneda nacional más el 70% del excedente de m\$ñ 5000. De más de m\$ñ 7000 a m\$ñ 9000: Pesos 6400 moneda nacional más el 50% del excedente de m\$ñ 7000. De m\$ñ 9000 en adelante: m\$ñ 7400 más el 20% del excedente de m\$ñ 9000. Cuando aplicada la escala precedente el monto supere a m\$ñ 10.000, para el excedente de esa suma sólo se computará el 10%. El Poder Ejecutivo procederá a reajustar esta escala, en función de los índices a que se refiere el ap. 4 del art. 2, y con igual periodicidad.”

²⁴ FERRAJOLI, L. “Un debate sobre el constitucionalismo”, M. Pons, Madrid, 2012, p.52.

La Constitución de la Provincia de Santa Fe (1962), posterior a los textos legales comentados, sigue la misma orientación (art. 21)²⁵. Más aún, el criterio redistributivo que origina la desvinculación entre beneficios y cargas se encuentra apuntalado en el art. 8: *“Incumbe al Estado remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la igualdad y la libertad de los individuos, impidan el libre desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos en la vida política, económica y social de la comunidad”*²⁶.

7-Propiedad y relación entre aportes y beneficios.

a- De acuerdo a lo dicho no es posible aceptar las afirmaciones de las resoluciones judiciales porque el modelo elegido por la Caja de Seguridad Social de Abogados y Procuradores es de reparto con prestaciones definidas. Más aún, en su origen, mucho antes de la sanción de los arts. 14 bis y 21 de las CN y CP, el modelo de los profesionales se asemejaba más al de Beveridge de prestación igual, única y universal. con diferencias de aportes según los honorarios ganados. O sea, la idéntica suma con diferencias de aportes hace a la igualdad de las coberturas financiadas con desiguales capacidades de pagos a los fines de realizar la redistribución. Luego se establecieron escalas pero sin guardar equivalencia con los aportes porque de lo contrario le quitaría su carácter redistributivo. La capitalización de parte de los aportes fue un agregado de la década del 1990, seriamente sospechada de inconstitucionalidad según lo visto, que en poco tiempo fue derogado.

b- Todo modelo es una selección. Tiene características que no la poseen ninguna de sus partes. Esa tipificación es **constituyente** de su **identidad** y de sus principios²⁷ que funcionan como marco o premisas²⁸. Así, los elementos adquieren

²⁵ En noviembre de 1958 se promulgó la L. 4800 que establecía el sistema de reparto con prestación definida: el 82% para las categorías mínimas y con proporciones decrecientes para las que la superaban.

²⁶ De similar redacción al art. 3 de la Constitución italiana de 1948 propuesto por el convencional socialista Lelio BASSO. VERDÚ, P. “Los títulos preliminar y primero de la constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales” Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense”, Nº 2, p. 32. PAGANINI, M. “La relación jurídica en el derecho de la seguridad social”, en Zeus, tomo 38, D-79/84. Rosario. Argentina. Para los italianos el mencionado art. 3 es el que instaura la seguridad social.

²⁷ No es esta la oportunidad para discutir la naturaleza de los principios. No obstante corresponde decir que para mí los principios tienen fuerza normativa incluso los que se acostumbran llamar “directrices”. Entre los clasificados como regulativos y directrices hay diferencias prescriptivas de grado pero no de naturaleza. El principio, como dice CACCIARI M. (“Íconos de la ley” - Edit. La Cebra - Buenos Aires, p. 342) tiene relación con el origen y éste con el problema o cuestionamiento y sus soluciones según valores, sin dudas no estáticos. Pero cuando a raíz de esas circunstancias nace una organización, los principios pueden ser, además, lógicos de su estructura, aunque no ajenos a su génesis,

²⁸ Melvin Hinick y Michael Munger - “Teoría analítica de la política” - Edit. Gedisa S.A. – España, p. 20

cualidades que no tenían fuera del modelo. Internamente el modelo debe tener consistencia lógica²⁹ de manera que siguiendo sus cláusulas puedan deducirse conclusiones válidas. Por ello, en virtud de esa lógica interna se puede, a partir de uno o varios elementos del modelo, conocerlo en su totalidad.

La movilidad de la cuantía de los beneficios es un elemento constitutivo del modelo constitucional que lógicamente exige el pago de las prestaciones a **unos** con los aportes contemporáneos de **otros**. En los modelos contributivos esto sólo es posible con la desvinculación entre aportes y prestaciones³⁰. Movilidad, prestación definida, contemporaneidad financiera y desvinculación entre cargas y beneficios es un compuesto inescindible del modelo.

En los sistemas de capitalización no es necesario establecer la movilidad porque el beneficio sigue la suerte de la inversión financiera de los fondos acumulados (es decir, está sujeta a otros subsistemas sociales con otros principios). Es un resultado y no una decisión. Se necesita una norma cuando esa relación naturalmente no es necesaria o sea, cuando hay un margen de arbitrariedad. Por consiguiente, como en el modelo de reparto no existe una acumulación que se invierte financieramente, no hay resultado que dependa de reglas, sino que debe “decidirse”³¹.

c- Esa estructura del modelo de SS permite que sea *redistributivo (o segunda distribución)*³² porque entiende que la distribución primaria en parte es una *contingencia social*³³. Uno de los instrumentos utilizados para rectificar la distribución

²⁹ ATIENZA, M. “Las razones del derecho-Teorías de la argumentación jurídica”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, p. 145 ss.

³⁰ El otro principio derivado es que la cuantía del beneficio no es un resultado de la acumulación de aportaciones sino que se fija en un promedio de los salarios recibidos, generalmente de los últimos años de actividad. EWALD, F. “ob.cit.”, p 401: racionalidad propia, puramente política. p. 402: no debe haber proporcionalidad entre prima y riesgo, de la cotización y la prestación. Las contribuciones individuales deben responder a un principio de solidaridad que el grupo mismo debe definir en función de sus propios objetivos de justicia. p. 404 los individuos no están más directamente relacionados los unos con los otros sino que todos por la mediación del grupo según el principio de distribución; es una liberación de toda dependencia exterior por la existencia social y colectiva.

³¹ El convencional Mario Giordano Echegoyen, en la exposición de motivos en la oportunidad de tratarse el art. 14 bis, dijo: “...jubilaciones y pensiones móviles son parte de la seguridad social -de incumbencia estatal- cuyos beneficios deberá otorgar el Estado” . deberá como decisión y obligación y no como recepción de un resultado.

³² GUY PERRIN, Revista de .Seguridad Social, España, 989, p...19. “...El principio de equivalencia de cuotas y prestaciones limita la capacidad técnica de rebasar redistribución horizontal, característica del seguro social para desarrollar la redistribución vertical...” LOPEZ, A, ob.cit. p 100: “ ..las prestaciones dinerarias .. son la más clara manifestación de transferencias líquidas destinadas a modificar distribución del ingreso que resulta de las operaciones de mercado”.

³³ GARGAELLA, R. en “Contra la exclusión”, CIEPP Miño Dávila, Buenos Aires 1995.p 326 - ...es que un sistema institucional justo no debe dar cabida a las llamadas “arbitrariedades morales”..... por “arbitrariedades morales” se entienden todas aquellas

primaria es la socialización de una fracción de los salarios que son los aportes³⁴. En el aspecto contributivo de la relación de seguridad social, la redistribución vertical es la solidaridad implícita o propia porque la desigualdad de ingresos hace que la igualdad en términos absolutos o cardinales y hasta en proporcionales puras de las cargas, signifiquen desigualdades en sacrificios³⁵. De allí que, para el sistema de reparto, las obligaciones deben ser progresivas³⁶ y las prestaciones regresivas³⁷ lo que significa que cuando los ingresos aumentan, los beneficiarios reciben una proporción gradualmente menor del valor actuarial. En cambio, cuando las cotizaciones son menores, lo recibido las superan³⁸.

Para igualar esfuerzos el sistema es solidario³⁹. Por tanto, **no existe relación funcional** entre aporte presente y haber jubilatorio futuro por dos razones: 1- la naturaleza de la financiación simultánea con las prestaciones del sistema de reparto implica que el valor

circunstancias que benefician o perjudican a los individuos, pero de las cuales éstos no son responsables...resultan un mero producto de la "lotería natural" (Rawls, 1971)...para Rawls..."la distribución natural [de recursos, talentos, etc] no es justa ni injusta.... lo que es justo o injusto es el modo en que las distintas instituciones procesan tales hechos". A esas arbitrariedades morales hay que agregarle las que sobrevienen por enfermedades, accidentes, muerte, etc.

³⁴ LOPEZ, A. ob. cit. p. 100 y ss ".....la función redistribuidora que viene a modificar la apropiación del ingreso que resultaría de los mecanismos del libre cambio....".

³⁵ Según el valor marginal de las unidades, \$10 en un ingreso de \$100,-- tienen más valor que en \$1.000, y lo mismo ocurre, aunque apaciguado, con los porcentajes: 10% en \$100,-- pueden tener el valor de kilos de pan mientras que en \$1.000,-- de joyas o golosinas. Las unidades de utilidad de diferentes individuos no pueden tratarse como una unidad homogénea. Socialmente no es el valor en sí del bien sino lo que este produce en sujetos diversos.

³⁶ GUY PERRIN, ob.cit.p.19

³⁷ KNOK, D Y CORNISH Revista Internacional de Seguridad Social. 4/99, Argentina 1999, p 33.

³⁸ En Finlandia (2011). tuvieron lugar fuertes discusiones acerca de los altos sueldos de algunos directivos. El periódico liberal *Keskisuomalainen* (28/06/2011). se quejó de que también las pensiones que reciben son demasiado altas: "*Los cuantiosos sueldos de los directivos pueden llegar a justificarse, lo que no se puede decir de sus pensiones exageradamente altas. Los elevados sueldos de los directivos se justifican por la responsabilidad y la gran presión, pero dichos argumentos no cuentan ya cuando el trabajo está hecho y la responsabilidad no existe más. El ejecutivo que se ha jubilado no está ya bajo presión, de ahí que una pensión excesivamente alta no se pueda justificar de ningún modo. Los directivos de las empresas estatales también deberían contentarse con una pensión normal. ... Las enormes pensiones suplementarias que paga el Estado contradicen el sentido de la justicia general y son inmorales.*"

³⁹ Ni siquiera en plan de William Beveridge ("PLAN BEVERIDGE" - Edit. CIESS - , p. 51) de beneficios únicos universales, se prescinde de la capacidad de pago porque los ciudadanos en edad de trabajar contribuían por dos conductos: por una cuota de seguro que, dando igual derecho a la misma tarifa de beneficios, será la misma para todos, con independencia de los medios propios de cada cual, y por una porción de los impuestos nacionales que pague, directos o indirectos, y que estará *en relación con sus propios medios*. Conf. NUSSBAUM, M - "Las fronteras de la justicia" - Edit. Paidós - Barcelona, p. 173 - "trabajo y empleo" - Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo. Informe para la comisión Europea - Edit.Tirant Lo Blanch - Valencia. ps. 294 y ss- LO VUOLO, R. "Alternativas" Altamira, Argentina 2001. p. 169: *solidaridad implica que la idea de apoyo y de renunciamento se conjuga con la de renuncia.....se asume que el que se solidariza con otros está en mejor posición relativa; de lo contrario no tendría posibilidades de solidarizarse.....en toda acción solidaria está implícita la distribución progresiva de lo que se ofrece solidariamente".... auto-organización de los pobres no es solidaridad entre ellos. "...la actividad no se funda en la distribución sino más bien en la capacidad colectiva de los pobres para encontrar solución a sus propios problemas. Se trataría más bien de intereses comunes..."*. ZYGMUNT BAUMAN - "La sociedad individualizada" - Edit. Cátedra - España, p 192. ROSANVALLON P, "Nueva cuestión social", Manantial, Buenos Aires. 1995. .p. 41 RAWLS, J; "Teoría de la justicia", .p. 129 "----las diferencias o desigualdades permitidas contribuyen al bienestar de los menos favorecidos..." Allí está la solidaridad.

actual de las prestaciones es por razones del sistema diferente a las cotizaciones que el individuo efectuó⁴⁰ y 2- por la solidaridad social, principio fundamental de la SS.

d- El modelo de reparto, socializa la propiedad. En un mundo de escasez relativa la propiedad individual necesita protección (de lo contrario nadie tendría propiedad y se viviría en la permanente inseguridad y violencia), tutela jurídica que excluye a los demás⁴¹. Como tal exclusión impide la posibilidad para todos de recursos necesarios. se instituye una superación con la propiedad de tipo "social"⁴² mediante los colectivos solidarios. La propiedad se amplía ya que la social resulta de una colectivización que cubre al individuo por estar inscripto en un espacio inmaterial de regulaciones jurídicas⁴³. La única similitud de esta propiedad social con la individual es que el beneficio concedido a uno no puede ser de otro⁴⁴. Es cierto que estas instituciones se crean para provecho del individuo pero entenderla como derecho de propiedad privada e individual es perverso como dice RICOEUR⁴⁵.

La propiedad social es la invención de un equivalente que se obtiene ya no por un patrimonio sino por el ingreso a un sistema de protección⁴⁶. Es seguridad sin ser propietario. El detentador del derecho no puede beneficiarse del mismo sino a los fines de realizar la finalidad social para la cual ese derecho ha sido constituido. Por esas razones las características específicas que lo distinguen de la propiedad privada, son la **irrenunciabilidad** y la **inenajenabilidad**.

⁴⁰ CICHON, M. Revista Internacional de Seguridad Social, .4/999, Argentina, p 111

⁴¹ FERRAJOLI, L. "Los fundamentos de los derechos fundamentales", Trotta, Madrid 2001, p.

⁴² CASTEL R. "La metamorfosis de la cuestión social", Paidós, Buenos Aires 1997. p. 300

⁴³ Castel R, Haroche, C, "ob.cit. 2003 R. CASTEL - C. HAROCHE - "Propiedad privada, propiedad social, propiedad de sí mismo" - Edit. HomoSapiens - Santa Fe - Rep. Argentina, p. 38 - "...Es el problema de lo que se denominará el pauperismo de los comienzos del siglo XIX: una mayoría de no-propietarios parece condenada a la miseria y a la degradación social. La repuesta a tal problema se perfila a fines del siglo XIX y se afirmará en el XX. Se trata, podríamos decir, de la invención de un equivalente, o de un analogon de la propiedad no-propietarios, y que se obtiene no ya de la posesión de un patrimonio sino a partir del ingreso en sistemas de protección. Dichas protecciones se construyen sobre la base del trabajo...De ahora en más, él tendrá la posibilidad de estar en la seguridad sin ser propietario. Tal posibilidad pasa por la construcción de protecciones sociales, de derechos sociales. Es la promoción de una forma nueva de propiedad que podemos llamar la "propiedad social". SCHNAPPER, D. - "La democracia providencial" - Edit. HomoSapiens - Rosario - Argentina.p 97 - "...Los derechos políticos nacidos de la protección social aseguraron a todos los asalariados el equivalente de un capital o de una "propiedad de transferencia", según la fórmula de Abram de Swaan. Les proporcionaron aquello que su capital le daba al "burgués" del siglo anterior: no estar directamente sometido a las incertidumbres del empleo inmediato, poder construir un proyecto de vida. El asalariado se convirtió en titular de una renta sobre el Estado."

⁴⁴ LAZZARATO, M: "Le gouvernement des inégalités", Ediciones Amsterdam, Paris 2008. 43: *Es la manera de acceder a la propiedad a través de derechos colectivos,formas de socialización y mutualización de la riqueza y de la propiedad.*

⁴⁵ Fundamentos de los derechos humanos", p.10

⁴⁶ Castel R, HAROCHE, C, 2003, ps.37, 78 y ss

Sólo la socialización puede superar los riesgos individuales porque con la contemplación de conjuntos constituidos *desubjetiviza* las contingencias y sus consecuencias. Las comprende en grandes acumulados que por ser cantidades adquieren una racionalidad que permite dirigir los procesos en prospectiva⁴⁷. Por esta razón el derecho previsional rechaza el tratamiento desde la perspectiva individualista y contractual ya que esto oscurece su parte colectiva. Lo colectivo que enfrenta los riesgos no está basado en la igualdad de la reciprocidad de obligaciones sino en la solidaridad social que por esencia es *desigual*. Por esa razón, **los derechos que surgen de los regímenes previsionales se definen y se tienen por la pertenencia al grupo**. Así es como las normas previsionales organizan institutos que regulan conductas. De esa manera se elimina la doble contingencia que afecta a las individuales⁴⁸.

e- A esa socialización de los recursos se le agrega otra. Sabido es que la previsión social está referida al futuro. La indeterminación de lo que vendrá, las disparidades entre el futuro vivido en el presente y los presentes futuros, no pueden enfrentarse individualmente. La vida es inestable sea por condiciones humanas propias o por innumerables factores externos al individuo⁴⁹. Para mantener un nivel de bienestar, se deben superar las alteraciones y eliminar el tiempo entre los pasados y el presente. Esto quiere decir que debe tomar a todos en un mismo presente y en esa actualidad realizar el bien social concebido. Aquí la justicia se realiza en la relación entre activos y pasivos en un presente común. Si se dice que el sistema de reparto elimina el tiempo para permitir la contemporaneidad de las condiciones de vida de todo el grupo, no se puede trasladar la situación anterior entera al presente o al futuro.

Claro que esa tarea lleva a decidir hasta qué punto el horizonte del futuro programado en un pasado, se ha de **vincular**, a pesar de la señalada disparidad entre ellos, a los presentes actuales de los partícipes o en qué margen la diferencia permite actuar de manera **distinta** a lo que estaba proyectado. Este problema lo resuelve el

⁴⁷ CASTEL, R., HAROCHE, C, "ob.cit., 2003, p 71: "...el Estado Social reconfigura al individuo a través de su sistema de regulaciones....

⁴⁸ Doble porque refiere a los cambios del individuo y a los cambios de la sociedad y de los sectores. LHUMANN, N, "Sistemas sociales, p.120. GAUTHIER, David. "La moral por acuerdo". Gedisa (España) p. 130.

⁴⁹ BECK, U - "La sociedad del riesgo" - Edit. Paidós – España Pág. 237 - FARIA, J.E. - "El derecho en la economía globalizada" - Edit. Trotta – Madrid Pág. 211 - BAUMAN, Z - "En busca de la política" - Edit. Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A. – Argentina Pág. 13 - BORRADORI, G. "La filosofía en una época de terror", Taurus, Bs.As. 2004, p.48:

ordenamiento jurídico con la socialización. Crea un sistema de regulación colectiva de agregados construidos por reglamentaciones jurídicas⁵⁰ que coloca a todos en un mismo presente.

La igualdad no es la equivalencia estática sino la igualación según el tiempo vivido. Los cortes entre pasados y presentes, y entre estos y los futuros lo soluciona con la solidaridad intergeneracional. Desde luego que tamaña empresa tiene el **precio de la no intangibilidad** de la regla, costo que paga con lo social de la solidaridad efectiva en cada presente. En este sentido el contenido de la solidaridad **no es fijo** y está sujeta a revisiones permanentes⁵¹ para evitar distorsiones y desajustes con los objetivos de la seguridad social en el presente social. Prueba de esa simultaneidad entre prestaciones y financiación, de ese mismo presente vivido por todos, es que los aportes no se devuelven porque ya fueron consumidos, contrariamente a lo que disponía la L. 4349.

f- Del desconocimiento del modelo constitucional deriva un equivocado concepto de lo "sustitutivo"⁵². En principio hay que descartar que el reemplazo sea tanto de la mínima necesidad como de los salarios totales⁵³. El bien protegido con las jubilaciones y pensiones es la conservación relativa de una cuantía de recursos que permita cierta aproximación al nivel de consumo de la vida activa⁵⁴. Este objetivo es la

⁵⁰ CASTEL, R. - "LA inseguridad social" - Edit. Manantial, Buenos Aires, p.51 "*Como dice Hatzfeld, lo que protege al individuo y lo que le procura la seguridad es "el estatuto colectivo definido por un conjunto de reglas"*. SUPLOT, A - "homo juridicus" - Edit. Siglo XXI - Rep. Argentina, p. 285.

⁵¹ Habermas J. "Facticidad y validez", Trotta Madrid 1998, p.503.

⁵² "Trabajo y Empleo" - Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo. Informe para la comisión Europea - Edit. Tirant Lo Blanch - Valencia. P. 291 - Las instituciones sociales deberían intervenir, prioritariamente, cuando se trate de personas cuyos recursos patrimoniales y de relaciones ya no le permiten responsabilizarse totalmente en su trayectoria de vida. Por este motivo, la garantía de un nivel de vida sigue siendo tan imperativo como cuando nacieron los sistemas de protección social; pero también se plantean nuevos problemas. no es normal que, por ejemplo, un pequeño empresario en quiebra no pueda disponer de un colchón de seguridad cuando, para iniciar su negocio, había tenido para arriesgar personalmente su patrimonio. Por el contrario, resulta discutible que los directivos acumulen la ventaja de tener una remuneración sobre las rentas del capital, mediante opciones de compra o cómodas indemnizaciones de despido, y, al mismo tiempo, disfruten de las ventajas reconocidas a los trabajadores y de la correspondiente protección social, sin tener que contribuir de manera importante. DE TORRES, "Teoría de la política social" 228: el módulo para la justicia social no debe ser la función que se desempeña en la producción sino el nivel de renta. La contribución no debe ser igual. "*Si esta se hace en función de la medida de la renta existe una transferencia de la mayor a la menor renta*".

⁵³ ROSSI, E. "Agire per la tutela dei diritti oggi: alcune considerazioni" en CAMPEDELLI, M., CARROZZA, P., E PEPINO L., "Diritto di welfare", Il Mulino, Bologna, 2010 "...che combini la distinzione 'verticale' con quella 'orizzontale'....quale diritto e quanto di esso gli debba essere riconoscibile a tutti, ma con intensità diversa..."

⁵⁴ Los sistemas previsionales nacieron para cubrir las necesidades de los que no eran propietarios ni tenían capacidad de ahorro para el período en que salieran del mercado de trabajo y, por consiguiente, carecieran de recursos. Es decir, **cubren lo que no es ahorro**. Los que tenían capacidades de ahorro no la necesitaban. Cuando la previsión se extiende (principalmente por las consecuencias de la 2da. Guerra mundial) lo que se protege no es el ahorro porque sería absurdo que una institución que lo **suplanta en su ausencia, lo repare en su existencia**. HABERMAS, J. "Problemas de legitimación del capitalismo tardío", Amorrortu, Buenos Aires, 1975, 85. BALDWIN, P - "La política de solidaridad social" - Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social - Madrid., p. 66, 98; CASTEL, R. "ob.cit." p. 40 y ss. FREYER, H. "Introducción a la sociología", p. 76: FOUCAULT, F. "La

razón por cual se puede exigir la solidaridad social, que no puede ser excedido porque no se podrían pretender detracciones de salarios para permitir el ahorro de terceros o utilidades socialmente no valiosas⁵⁵.

El financiamiento de "pay as you go" o *financiamiento sobre la marcha* implica necesariamente la desvinculación de los aportes efectuados de las prestaciones recibidas. Esa estructura del financiamiento es exigida por la prestación definida y ésta lleva a la movilidad de las prestaciones. Estos son principios estructurales del sistema lógicamente relacionados. Por si solos, dichos elementos no tienen funcionalidad ni significación.

8- Habitualidad.

Si, como se dijo, en los sistemas redistributivos la intensidad de las contribuciones se adecua a la capacidad de pago del afiliado mientras que la prestación se ajusta al nivel de vida, esta calidad de vida se precisa en el **consumo**⁵⁶. Ahora bien, el consumo debe ser **habitual, el más o menos continuo**; o sea, el **nivel de satisfacción regularmente estable**.

El sistema funciona abarcando actividad y pasividad, cubre las contingencias y carencias sobre el espacio y el tiempo del trabajo pero también maneja los vaivenes de los recursos obtenidos por las variaciones de la actividad. De allí que opera con **promedios** de ingresos y no con su **dispersión**. En este sentido se dice que **suaviza el consumo instalando un nivel** en las historias laborales⁵⁷. Es el equilibrio vital lo que interesa. No se justificaría el traslado puro del éxito o fracaso transitorio al extenso

verdad y las formas jurídicas", Gedisa, Barcelona 1980, p.186 ss. Arango, R - "El concepto de derechos sociales fundamentales" - Edit. Legis S.A. Bogotá – Colombia, p. 3 LUHMANN, N. "Teoría política del estado de bienestar", Alianza, Madrid 1993, 93; BUNGE, M - "Sistemas sociales y filosofía" - Edit. Sudamericana S.A. - Bs. As.p. 76 – CASTEL, R. – HAROCHE, C. "ob.cit." 38; TEUBNER, G. "Le droit et reflexivite", LGDJ, Paris, p.65:

⁵⁵ No es válida la objeción de que los sujetos de elevados recursos tienen capacidad de ahorro y no obstante están cubiertos por la previsión social porque dicha cobertura tiene la función de proteger en las alteraciones que se pueden producir en el tiempo en su situación económica. Recuérdese lo ocurrido en la 2da guerra mundial y las innumerables inmanejables alteraciones económicas.

⁵⁶ LOPEZ, A., "opb.cit." p. 103: promedio social. El que mejor los mide es el **consumo**.".... *parece más correcto que en promedio los jubilados consuman lo que en promedio consume el resto de la población...*"PAGANINI, M. "Contingencia social", en ZEUS, T.33, Rosario 1983.

⁵⁷ Se supone que la actividad se desarrolla, más aún en la actualidad, en períodos benignos o beneficiosos y en otros desfavorables por circunstancias sociales y contingencias fortuitas o, en menores casos, por propia decisión. No se toman trozos sino conjuntos o compuestos.

tiempo de la pasividad. Como en la inactividad ya no hay oportunidades de recupero ni momentos de menoscabo, la seguridad social elimina las oscilaciones procurando la estabilidad. No es la fortuna o el fracaso de uno o dos años lo que constituye el perfil del nivel de económico de una persona en relación con toda su etapa laboral. Precisamente la SS tiene la función de franquear las contingencias que alteran los desequilibrios de recursos que impide, desde luego, atender ingresos extraordinarios por breve tiempo. De esta forma la cobertura deviene de compensaciones entre etapas de éxitos y de fracasos.

Ya se dijo que no es una relación contractual de prestaciones y contraprestaciones sino de afiliación en el que las obligaciones se satisfacen con la solidaridad social. Por esa razón se toman ciertos períodos de actividad o toda la carrera laboral, descartándose algunas veces los últimos períodos para evitar la captación de cuantías no coherentes con la totalidad de la actividad⁵⁸. Tal habitualidad no se puede suponer en la vida profesional de los actores porque los aportes excesivos fueron sólo de un año mientras que en los restantes no superaron la mínima-básica.

Es difícil entender que un año signifique “...una subsistencia decorosa y **acorde con la posición que tuvieron durante la vida laboral...**”, afirmación ésta contenida en el caso Badaro referido por la Sala III y, menos aún que la negativa “...hiera los derechos emergentes de la seguridad social...”. Tampoco es aplicable tal opinión porque el caso Badaro fue tema de la movilidad jubilatoria y no de la determinación del haber.

III - CONCLUSIONES.

De acuerdo a lo dicho no existe por parte del art. 5 de la Ley 11790 ninguna contradicción o “...repugnancia...” con las Constituciones nacional y provincial, por lo menos en lo que disponen sobre SS. Por el contrario, parece que el Poder Judicial crea un modelo propio que no está contenido en la ley vigente **ni previsto como posibilidad** por las mencionadas Constituciones.

1- La Corte se limita a decir que la Sala no violó los marcos de las reglas en juego sin decir cuáles y los recintos normativos que se respetaron. Transcribir los argumentos

⁵⁸ Desde hace unos años tiene la medida de tomar todo el tiempo de ingresos derivados de la actividad.

de la Sala no es dar motivos suficientes⁵⁹ de la validez de la sentencia de segunda instancia. Lo que hubiera tenido que desarrollar la Corte es el contenido de las reglas constitucionales aplicables y conjugarlos con las razones desplegadas por las instancias inferiores, lo que no ha hecho. Sólo afirmó sin motivos. Pero más aún: convalidó el juzgamiento por la instancia Civil y Comercial, cuya competencias son las relaciones entre privados, de un asunto que vincula a afiliados de una Institución de Derecho Público.

2- Después de la segunda guerra mundial las constituciones albergaron principios substanciales contenidos en los derechos fundamentales y en los derechos sociales. Frente a este cambio los jueces se encuentran enfrentados ya no a lo jurídico formal sino que también a contenidos que exigen el conocimiento de la materia de lo que el derecho pretende regular. Si esto es así y si lo social es investigado y estudiado por las disciplinas sociales, entonces los jueces no pueden ignorar sus desarrollos y hallazgos, máxime cuando existe bibliografía públicamente disponible y cuando tales conocimientos han servido de factores para la elección política de alternativas.

3- Se ha demostrado en los puntos anteriores que el contenido de los arts. 14 bis y 21 de las CN y de la CPSF no albergan el criterio de la Sala y del Juzgado de Primera Instancia. Tanto la acumulación de recursos individuales como la equivalencia de los mismos con la prestación, son extraños a los seguros sociales y a los sistemas previsionales públicos, aunque lo puedan ser en la esfera privada. Por lo tanto ambas instancias judiciales cometen un error de concepto y constituyen un sistema previsional no elegido por las CN y CSF ni decidido, entre las alternativas posibles de la regla fundamental, por la legislación provincial.

Cuando un criterio está expresado en una norma o puede razonablemente deducirse de él, no es aceptable que la jurisprudencia lo desconozca aplicando sus propias guías o pensamientos. La L. 11790 no ha violado ninguna valla de las constituciones Nacional y Provincial; por el contrario, es el Poder Judicial el que parece

⁵⁹ CPSF., art. 95. *“Las sentencias y autos interlocutorios deben tener motivación suficiente, so pena de nulidad.”*

invocar un modelo de capitalización extraño al contenido de los artículos constitucionales. En todo caso el garantismo no sólo debe operar frente los poderes Legislativo y el Ejecutivo sino que también ante el Poder Judicial, y con más razón en el último porque los dos primeros deciden con medidas generales mientras que las resoluciones individuales del último pueden arribar al caos premoderno como sostiene Ferrajoli o tener efectos destructivos de sistemas sociales.

El reproche a la decisión judicial consiste en que no la ha justificado en razón de los contenidos de las reglas constitucionales sobre los derechos sociales, la seguridad social y los fines públicos perseguidos. Si así hubiera sido otra sería la discusión. Pero el juzgador no lo ha hecho de esa manera sino que ha preferido forzar un criterio sobre la aplicación de la ley para proteger un interés individual, propio del derecho privado. La suma de un error técnico a un desconocimiento de los nuevos paradigmas del derecho, y de las ciencias que informan las normas es lo que se ha intentado reparar. Lo será con éxito si los juristas se incorporan a la construcción de la dogmática del derecho social⁶⁰ participando en estas discusiones que, para estimularla, ha sido voluntariamente provocadora en algunos pasajes.

⁶⁰ PAGANINI, M. "Crítica a un fallo sobre reciprocidad jubilatoria" Revista Derecho Laboral y Seguridad Social (Abeledo y Perrot) agosto 2012.