

## ¿Qué se discute en materia de seguridad social?

What is discussed in social security?

Juan Bautista Gonzalez Saborido \*

### RESUMEN

El presente trabajo aborda un análisis centrado en la complejidad de los factores que han de tenerse en cuenta al momento de establecer un sistema de seguridad social inclusivo, como así también, la ponderación de los nuevos paradigmas y principios que rigen la materia.

### ABSTRACT

This paper addresses an analysis focusing on the complexity of the factors taken into account when establishing an inclusive social security system, as well as the weighting of new paradigms and principles governing the subject.

**PALABRAS CLAVES:** Seguridad Social -Sistema

**KEY WORDS:** Social Security System

### **1.- La complejidad que implica el diseño de un sistema de seguridad social inclusivo:**

Diseñar un sistema de Seguridad Social –esencial para lograr la ampliación de derechos y la cohesión social en una Nación- requiere de la ponderación de múltiples variables jurídicas, económicas, financieras, fiscales, actuariales, etc.

Por ejemplo, las posibilidades de asegurar a los actuales beneficiarios una cierta tasa de sustitución del salario depende de la tasa de aporte de los trabajadores activos y sus empleadores, y de la tasa de sostenimiento del sistema (cantidad de aportantes necesaria por cada beneficiario).

La tasa de sostenimiento del sistema no suele coincidir con el coeficiente de sostenimiento demográfico, por cuanto no toda la población puede tener cobertura previsional y porque, en los aportantes, existen conductas evasivas y elusivas.

\*Abogado. Profesor adjunto de Economía Política y Derecho Económico (USAL) y Derecho Comercial II (Contratos comerciales) (USAL)

Según datos existentes para la Argentina, la tasa de sostenimiento del sistema estaría en el orden del 1.24, circunstancia que estaría indicando que, para asegurar a un jubilado actual un haber equivalente al 82% del salario del trabajador activo, prácticamente tendría que fijarse una tasa de aporte del 66% cuando actualmente está en el 27% (entre aportes y contribuciones). Vale decir que el sistema se tornaría financieramente inviable.<sup>1</sup>

Además hay que considerar entre otras complejas variables la tasa de envejecimiento poblacional, la tasa de crecimiento, la tasa de empleo y desempleo, la tasa de empleo informal y sumarle a todo esto complejos cálculos actuariales.

## **2.- Cambio de paradigma previsional:**

Por otra parte hay que destacar que, a partir del año 2003, se operó un cambio fundamental en el paradigma previsional de nuestro país. Un hito en este cambio de paradigma fue la sanción de la ley 25.994 que estableció el plan de inclusión previsional y, luego, el nuevo paradigma se consolidó legislativamente mediante la sanción de la ley 26.425 que crea el S.I.P.A.

La sanción de la ley 26.425 por parte del Congreso Nacional y la creación del S.I.P.A. implicó plasmar y reglamentar en nuestro país el derecho humano a la seguridad social, que ya se encontraba reconocido en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, especialmente en art... 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que textualmente estipula:

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

Y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 9) que textualmente establece:

---

<sup>1</sup> El Sistema Previsional Argentino en una Perspectiva Comparada, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Económicas, La Plata 2009.-

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

Este nuevo paradigma se basa, fundamentalmente, en los siguientes principios: a) universalidad en cuanto al acceso y la exigibilidad de un piso mínimo y estable en materia de seguridad social para todos los habitantes, b) solidaridad inter e intra-generacional y redistribución de la riqueza en forma horizontal y vertical, contribuyendo a combatir la pobreza y el fortalecimiento de la demanda de agregada y c) sostenibilidad financiera a mediano y largo plazo del sistema de seguridad social.

Puede observarse que estos principios son absolutamente coincidentes con los de la ley 26.425, con lo cual se puede afirmar que los principios que informan al S.I.P.A. tienen su fuente en los tratados de derechos humanos antes citados y, por ende, tienen jerarquía constitucional.

Pues bien, este cambio de paradigma, a su vez, se vio fuertemente reforzado en el mes de abril de 2011 mediante la sanción por parte del Congreso Nacional de la ley 26.678 que aprueba el Convenio Relativo a la Norma Mínima de la Seguridad Social (Convenio 102 de la OIT) que garantiza un piso digno de protección de parte del sistema de seguridad social para todos. Esto significa que el Convenio 102 de la OIT forma parte del Derecho Internacional de la Seguridad Social con vigencia en nuestro país y que debe considerarse a la hora de resolver litigios de índole previsional y de la seguridad social.

Todo este conjunto de normas, la mayor parte de jerarquía constitucional y las políticas públicas llevadas adelante por el Gobierno Nacional, implican un cambio de paradigma en la política económica en general y en el sistema nacional de la seguridad social, en particular. Con este nuevo paradigma se dejaron de lado los sistemas contributivos de corte bismarkiano, por sistemas que garanticen la universalidad de la cobertura y la cohesión social de corte Beveridgeano, cuyo objetivo último es el logro de la justicia social, para la construcción de un modelo social solidario.

Otro aspecto de especial trascendencia a tener en cuenta y que está muy relacionado también con el cambio de paradigma es el hecho de que el S.I.P.A. se financia en un 55% con aportes y contribuciones de los trabajadores y empleadores y el 45% restante

con recursos provenientes de rentas generales. Esto significa que todos, absolutamente todos los habitantes del país, contribuyen al sistema de seguridad previsional.

### **3.- Ausencia del análisis de la complejidad de un sistema de seguridad social por parte de gran parte del Poder Judicial:**

Sin embargo, pese a la complejidad señalada, se advierte con honda preocupación que, en la mayoría de los fallos que se dictan sobre la materia, no se analizan: a) todas las complejas variables que son necesarias para el diseño de un sistema previsional sólido, eficaz, que garantice la cohesión social, la ampliación de derechos y la sustentabilidad den el tiempo y b) tampoco se tiene debidamente en consideración el cambio de paradigma obrado en la seguridad social, tanto a nivel internacional como nacional.

En este orden de ideas, es importante señalar que, en esta materia, es de especial y significativa importancia analizar las consecuencias económicas de los fallos que se dictan. Es decir, que es una materia en donde se debe realizar lo que doctrinalmente se conoce como Análisis Económico del Derecho (AED).

La praxis judicial que omite este análisis elude la aplicación de principios jurídicos acuñados por la Corte Suprema de Justicia en cuanto a que:

...no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo, toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma. (Fallos: 302:1284)

Incluso se debe mencionar la Acordada N° 36/2009 del Supremo Tribunal que crea en el ámbito de la Secretaria General de Administración la “Unidad de Análisis Económico”, expresando que:

...Las decisiones que adopta el Tribunal en estas materias tienen Influencia en el desenvolvimiento económico del país, que debe ser adecuadamente ponderado, como también lo debe ser el estudio de los indicadores a la hora de medir la trascendencia de una sentencia...Cuanta más información – económica, consecuencialista, comparativa- dispongan los jueves de la Corte, estarán mejor posicionados para poder realizar el derecho sobre bases firmes y no sobre quimeras...

Pues bien, este nivel de análisis que es fundamental para asegurar la sostenibilidad del sistema en el mediano y largo plazo del sistema de seguridad social está ausente en la mayor parte de los fallos que se dictan sobre la materia.

Este análisis se vuelve mucho más imperioso debido a los efectos expansivos que tienen los fallos que se dictan en materia de previsión social, provocando el incremento de los índices de litigiosidad y, por ende, causando la desarticulación de las políticas públicas que se implementan en la materia.

Por otra parte, con respecto al cambio de paradigma previsional se puede afirmar que, en general, la enorme mayoría de los fallos que se dictan en materia previsional, indica que la mayor parte del Poder Judicial no ha tomado nota de este cambio de paradigma, ni los principios jurídicos de jerarquía constitucional que lo rigen.

Por el contrario, la lectura de los fallos judiciales demuestra que los Tribunales todavía resuelven los casos sometidos a su decisión en base a criterios basados en un paradigma previsional antiguo y ya perimido.

Este paradigma de base contributiva, que tiene como sujeto de derechos al trabajador formal y que es más restrictivo para la obtención del beneficio jubilatorio, es regresivo desde la perspectiva de la solidaridad y de la redistribución de la riqueza y, por último, también es insostenible en el tiempo.

La concepción del sistema previsional subyacente en la jurisprudencia que se critica, además de ser contraria a las leyes vigentes en nuestro país que fueron sancionadas por el Poder Legislativo y promulgadas por el Poder Ejecutivo, es una concepción que dificulta la inclusión social y la ampliación de los derechos sociales en cabeza de los ciudadanos porque, al basarse dicho sistema casi exclusivamente en el esfuerzo contributivo del afiliado, castiga a quienes padecieron el desempleo, o el empleo informal o la precarización laboral. Simultáneamente, favorece solo a quienes lograron mantener su empleo formal y dentro de ese segmento, sobre todo, a quienes percibieron las remuneraciones más altas.

En otras palabras, replica en la pasividad, las desigualdades e inequidades operadas en la población activa.

Debe considerarse, además, que todavía hoy existe alrededor de un 7% de tasa de desempleo y un 35% aproximado de informalidad laboral. Lo cual demuestra que se trata de un tema de rotunda actualidad.

Por consiguiente, a riesgo de simplificar un poco la vastísima “*quaestio previsional*” se puede observar que lo que está en juego es una discusión de fondo entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo por un lado, y el Poder Judicial por el otro, sobre cuál es el paradigma vigente en materia de Seguridad Social y qué principios los rigen.

Por un lado, un paradigma de matriz inclusivo y de redistribución de la riqueza y, por el otro, un paradigma regresivo e insostenible financieramente.

#### **4- Necesidad de repensar ciertas categorías jurídicas del derecho previsional en función del nuevo paradigma:**

Cabe agregar que este cambio de paradigma consolidado legislativamente al sancionarse la ley 26.425, implicó no solo la revisión de los principios rectores del Sistema Previsional, sino que dio impulso a una transformación político-cultural de la representación dominante que asocia el derecho a la jubilación con la realización de aportes en la vida activa . O, dicho en otras palabras, solo si hay aportes hay derecho y a mayores aportes, mayores derechos, como si se tratara de un crédito o un ahorro personal del beneficiario.

En ese orden de ideas, es imperioso lograr que se deje de lado definitivamente la concepción del Sistema de Seguridad Social como una *contribución particular generadora de derechos individuales* para pasar a pensarlo como un *sistema sostenido por los aportes e impuestos de toda la población*.

Por estos motivos, es necesario un cambio profundo que no considere que el haber de pasividad guarde un determinado porcentaje de proporcionalidad con el salario en actividad, sino instalar una concepción que haga eje en la posibilidad de garantizar un ingreso razonable y digno para todos los ciudadanos en edad jubilatoria como propone la O.I.T.

Este cambio cultural se vincula con la *sostenibilidad y legitimidad social* de un sistema, fundado en la inclusión de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad, fundado en que el derecho a la seguridad social es un derecho humano esencial.

Esta nueva orientación hacia la inclusión social que propone el nuevo Sistema Previsional requiere repensar los fundamentos a partir de los cuales se concibe el haber. Por ejemplo, hay que considerar que la naturaleza jurídica del aporte previsional es de naturaleza tributaria, es decir un impuesto con asignación específica, tal como lo ha señalado la CSN en el Fallo “Provincia de San Juan”. Debe destacarse que si bien el objeto del juicio era otro, no deja de ser un importante antecedente para el replanteo de la naturaleza jurídica del aporte previsional<sup>2</sup>.

Otra categoría jurídica que hay que replantear y repensar es la de los derechos adquiridos en materia de seguridad social, sobre todo cuál es alcance de los derechos adquiridos, o cuál es el alcance de los derechos adquiridos en materia previsional considerando que el derecho a la seguridad social es un derecho humano adquirido fundamental de alcance universal.

Siguiendo con el replanteo del alcance y significación de la categoría derechos adquiridos, no puede no considerarse las crisis que tuvo el sistema previsional en los años 1979, 1985, 1989, 2000/2001 que fueron el origen de las crisis económicas del país. En este contexto, plantear la existencia de derechos adquiridos en forma irrevocable, a partir de una concepción en exceso individualista, como si los aportes fueran un depósito en una caja de ahorros, creemos que no responde a la realidad, ni tampoco tiene mucha lógica con ningún sistema previsional, si se considera que la solidaridad siempre fue una característica determinante del sistema previsional.

## **5.- Conclusión:**

El diseño de un sistema previsional sólido, sustentable en el tiempo, requiere de un análisis complejo en donde intervienen una gran cantidad de variables macroeconómicas, fiscales y actuariales que no pueden soslayarse de ningún modo.

---

<sup>2</sup> S.151.XXXVII, Originario, San Juan, Provincia de c/A.F.I.P. s/impugnación de deuda” de fecha 18 de junio de 2008.

Del análisis de los tratados internacionales y de los documentos de la OIT sobre la materia de seguridad social y previsional, se desprende que ha surgido un nuevo paradigma que tiene como principios la universalidad de la cobertura, la solidaridad, la redistribución del ingreso y la sustentabilidad en el tiempo. Este nuevo paradigma flexibiliza enormemente el pilar contributivo en el diseño de un sistema previsional.

Las leyes 25.994, 26.425 y 26.678 instauraron este nuevo paradigma en nuestro país. Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria en la materia previsional, no considera debidamente ni la complejidad del sistema ni el impacto económico de sus fallos ni el cambio de paradigma previsional. Es más, continúa basándose en criterios jurídicos que responden a un sistema previsional de matriz contributiva que se encuentra derogado y que no pudo sostenerse en el tiempo porque resultó inviable económica y financieramente.

Esta concepción del sistema previsional que sigue teniendo la mayor parte del Poder Judicial, dificulta la inclusión social y la ampliación de derechos porque al basarse casi, exclusivamente, en el esfuerzo contributivo del afiliado al sistema, castiga a quienes padecieron el desempleo, el empleo informal o la precarización laboral. Y, al mismo tiempo, favorece a quienes lograron mantener su empleo formal y dentro de ese segmento a quienes percibieron las remuneraciones más altas.

En otras palabras, replica en la pasividad las desigualdades e inequidades operadas en la población activa impidiendo que se logre la justicia social.

Otro aspecto especialmente delicado es que, estos fallos al no considerar como corresponde el cambio de paradigma que instaura el nuevo marco legislativo, invaden, aunque así no lo quieran, las atribuciones del poder legislativo, ya que es al Congreso Nacional al que le corresponde realizar las valoraciones específicas sobre cuales son las directrices políticas necesarias para cumplir con los objetivos estipulados en la Constitución Nacional en materia previsional.

Por consiguiente, se puede observar que lo que está en juego es una discusión de fondo sobre entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo por un lado, y el Poder Judicial por

el otro, sobre cual es el paradigma vigente en materia de Seguridad Social y que principios los rigen.

En esta discusión, es deseable que el Poder Judicial y sus miembros analicen el impacto económico de sus decisiones, consideren la complejidad del diseño del sistema previsional e incorporen a su jurisprudencia los principios jurídicos que rigen el nuevo paradigma previsional.

De esta forma, tendremos un sistema previsional sólido, de matriz inclusivo, con un piso digno que beneficiará a la mayor parte de los compatriotas.