

“EL RÉGIMEN DE OPCIÓN DEL ART. 30 DE LA LEY 24.241 Y EL DILEMA DE LA VUELTA AL RÉGIMEN DE REPARTO”

Por Lucas A. Piaggio

SUMARIO: I. Introducción. II. El régimen de opción por Capitalización o Reparto. Sus principales objeciones. III. Carácter *relativo* de los derechos constitucionales y sus especiales alcances en materia de seguridad social. IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN.

Uno de los aspectos del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP) establecido por la ley 24.241 que mayores controversias y polémicas ha generado en estos diez primeros años de su vigencia, sin lugar a dudas es el relativo al mecanismo de opción de los trabajadores por alguno de los dos regímenes (Capitalización Individual o Reparto) que lo componen, sumado a la imposibilidad legal de traspasarse desde el primero al segundo.

Desde diversos sectores se ha venido sosteniendo que tal dispositivo contemplado en el artículo 30 del cuerpo legal precitado¹ y en su reglamentación², es “injusto”, “irrazonable” y “arbitrario”, constituyendo una suerte de “cautiverio” para aquellos trabajadores que se incorporan al Sistema de Capitalización Individual. Inclusive, hace algunos meses se ha dictado algún fallo declarando la inconstitucionalidad de esa medida, sobre la base de entender que tal precepto legal establece un límite en el libre ejercicio de elección del sistema previsional a través del cual se otorgarán los beneficios de la seguridad social³. Más aún, ese aspecto –clave, por cierto- del SIJP es mencionado como uno de los tópicos que ineludiblemente será abordado en una futura reforma integral del régimen previsional, a debatirse en los próximos meses.

Teniendo en cuenta ello, nos parece oportuno emitir una serie de reflexiones acerca de si efectivamente tal medida conculca derechos fundamentales de los trabajadores, para así concluir si su eventual reforma legal constituye un imperativo constitucional o si, por el contrario, se trata simplemente de una cuestión de política legislativa que corresponde exclusivamente al Congreso de la Nación apreciar y regular de una u otra forma, en ejercicio de sus facultades constitucionales (arts. 14, 28 y 75, inc. 12 y concordantes de la Constitución Nacional).

II. EL RÉGIMEN DE OPCIÓN POR CAPITALIZACIÓN O REPARTO. SUS PRINCIPALES OBJECIONES.

El mecanismo de opción contemplado en el artículo 30 de la ley 24.241 y en su normativa reglamentaria, se encuentra caracterizado, en primer lugar, por el hecho de que la incorporación al Sistema de Capitalización Individual no solamente puede tener lugar por la afiliación expresa y deliberada del trabajador a ese régimen y, en particular, a alguna de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones

¹ Texto sustituido por el artículo 1° del decreto 1495/01.

² Decreto 56/94 y normas concordantes.

³ Juzg. Fed. Seg. Social N° 4, 5/8/03, "Cascone Osvaldo c/ANSES s/amparos y sumarisimos" LNLySS 2004, pag. 159. Con Nota del Dr. Carlos Facal.

(AFJP) que lo integran, sino también por la vía “tácita”, es decir, por la adhesión al sistema privado que el legislador hace derivar como consecuencia del silencio y la indecisión del trabajador al momento de su incorporación al SIJP. En este último caso, el no ejercicio de la opción por el Régimen de Reparto y la falta de elección de una determinada AFJP, hace que el trabajador sea considerado “indeciso”, situación que trae aparejada como consecuencia su asignación a alguna de las AFJP que perciban menor comisión⁴.

Por el contrario, la incorporación al Régimen de Reparto o la permanencia en el mismo de aquellos trabajadores que se encontraban haciendo aportes a aquél al momento de la entrada en vigencia del SIJP, solo pudo y puede tener lugar en la medida en que el trabajador así lo manifieste en forma expresa, de acuerdo a los procedimientos y dentro de los plazos previstos reglamentariamente⁵.

Otra de las notas fundamentales del régimen de opción viene dada por el hecho de que si bien para aquellos trabajadores que optaron por inscribirse o permanecer en el Régimen de Reparto existe la posibilidad legal de traspasarse al Sistema de Capitalización Individual, la incorporación a este último tiene carácter definitivo, en el sentido de que se encuentra vedada la alternativa de volver al Régimen de Reparto, inclusive para aquellos que quedaron incorporados al régimen privado por la vía tácita antes descripta⁶. Pueden estos afiliados al Sistema de Capitalización traspasarse libremente de una AFJP a otra⁷, pero siempre dentro de ese régimen.

Como dijimos en el capítulo introductorio, este peculiar mecanismo que acabamos de describir ha venido recibiendo no pocas críticas, referidas principalmente a la presunta afectación del derecho constitucional a la “libertad de opción” (art. 42 de la Ley Fundamental). Se suele afirmar, en tal sentido, que el precepto legal *sub examine* priva ilegítimamente a las personas que se encuentran incorporadas al Sistema de Capitalización Individual de la posibilidad de optar libremente por derivar sus aportes al Régimen de Reparto. El régimen privado constituiría entonces, una suerte de “cautiverio” para sus afiliados, como deja entrever el precedente citado en la nota 3.

III. CARÁCTER RELATIVO DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y SUS ESPECIALES ALCANCES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL.

A nuestro entender, las críticas que recibe el mecanismo de opción ideado por el legislador parten del error de olvidar, en primer lugar, que en nuestro régimen constitucional no existen derechos “absolutos”, sino que todos los derechos y garantías consagrados por la Constitución Nacional tienen carácter “relativo”; y de desconocer, en segundo lugar, ciertas reglas y principios elementales que rigen en el ámbito de la seguridad social.

⁴ Art. 43 de la ley 24.241 (texto sustituido por el artículo 2° del decreto 1495/01), Resolución de la Secretaría de Seguridad Social N° 59/01 e Instrucción SAFJP N° 6/2002.

⁵ Para un mayor desarrollo del tema, ver Payá, Fernando H. y Martín Yáñez, María Teresa, “Régimen de Jubilaciones y Pensiones”, 2004, LexisNexis, Abeledo Perrot, p. 284 y ss.

⁶ Destacamos que, mediante el decreto 816/1994 se habilitó, por única vez, el retorno al Régimen de Reparto para aquellos trabajadores que habían quedado automáticamente incorporados al Sistema de Capitalización Individual por la vía del “silencio”. Ello pudo hacerse hasta el 15/7/96.

⁷ Arts. 44 y ss. de la ley 24.241 y normas reglamentarias.

¿Qué significa que los derechos tengan carácter “relativo”, y no “absoluto”? Implica que todos y cada uno de los derechos y las garantías que contempla nuestra Ley Fundamental deben ejercerse de conformidad con las normas que reglamenten su ejercicio (art. 14 de la Const. Nac.). El único límite existente para tal potestad reglamentaria de los derechos constitucionales (que inevitablemente siempre implica una cierta restricción al ejercicio del derecho) está dado por el principio de la “razonabilidad”, que exige que tal reglamentación cuide el espíritu de la ley que reglamenta y no desnaturalice la esencia del derecho reglamentado (art. 28 de la Ley Fundamental)⁸.

¿A qué apuntamos, por su parte, con la advertencia acerca de la existencia de reglas y principios específicos en la materia previsional? A que el análisis de los alcances del derecho constitucional que se dice afectado (“libertad de elección”), no puede descuidar el hecho de que en este ámbito no rigen las reglas de la justicia conmutativa ni la lógica del derecho privado (en particular, el principio de la autonomía de la voluntad). Aquí estamos en el campo de la seguridad social, cuya regulación no se refiere a una situación contractual⁹ y sí se encuentra gobernada por principios de orden público, reglas, medios y técnicas preferentemente de derecho público¹⁰, y parámetros de justicia social¹¹.

Sobre esta base, podrá entenderse que la “libertad de elección” tiene, en nuestra materia, una connotación distinta y alcances mucho más restringidos que los que puede llegar a tener dentro de la órbita del derecho privado o de las meras relaciones de consumo, donde sí impera con toda su fuerza el principio consagrado en el artículo 42 de la Carta Magna. Así, ciertas libertades que pueden admitirse sin cortapisas y parecen elementales en el ámbito del derecho civil y comercial (por ejemplo, y en primer lugar, la decisión de consumir o no un producto), pueden no serlo tanto tratándose del régimen previsional.

De hecho, si la regla de la libertad de opción fuera de plena aplicación en esta materia, cualquier trabajador tendría derecho a elegir libremente y sin restricciones, ya no el régimen previsional al cual derivar sus aportes sino directamente, y en primer lugar, si es que quiere quedar incorporado o no al SIJP. Es decir, podría optar, de así preferirlo, por no hacer aportes a ningún régimen previsional (Sistema de Capitalización Individual o Reparto), y disponer libremente de los recursos deducidos de su remuneración con destino a seguridad social. De igual forma, podría optar por no hacer aportes a una “obra social” y administrar a su *piacere* tales importes. Tales supuestos serían, además, lógicas exigencias derivadas de la protección del derecho de propiedad (art. 17 de la Carta Magna), suponiendo –por vía de hipótesis- que también esta garantía constitucional tenga en esta materia la misma fuerza e iguales alcances que en el derecho privado.

Va de suyo que todo ello sería, al menos en nuestro régimen, totalmente inadmisibles; y esto es así debido a que estamos dentro del ámbito de la seguridad

⁸ *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* 243:467; 323:1566, entre otros muchos casos; conf. Cassagne, Juan Carlos, “La intervención administrativa”, Ed. Abeledo -Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 78.

⁹ Conf. Martínez Vivot, Julio J., “Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social”, Editoria Astrea, 1994, pág. 635.

¹⁰ Conf. Krotoschin, Ernesto, “Tratado práctico del derecho del trabajo”, Ediciones Depalma, 1965, volumen I, p. 6.

¹¹ C.S.J.N., *in re* “Spota”, *Fallos* 300:836.

social, regido –como se dijo *ut supra*- por principios de orden público y de justicia social, siendo perfectamente constitucionales la incorporación forzosa al régimen previsional y la obligatoriedad de los aportes correspondientes¹².

De todos modos, hay que destacar que el derecho a la libertad de opción por el sistema previsional al cual realizar los aportes obligatorios, no ha sido enteramente suprimido por el legislador, sino que -en todo caso- habría sido objeto de una determinada reglamentación legal a través de lo dispuesto en el artículo 30 de la ley 24.241. Y tal reglamentación, que -como antes se dijo- siempre implica una cierta restricción al ejercicio del derecho reglamentado, ha sido razonable, desde el momento en que no implicó la degradación de la naturaleza o esencia del derecho que se habría intentado reglamentar.

En efecto, por imperio de la precitada reglamentación legal, ningún trabajador es obligado a incorporarse a alguno de los dos regímenes (Capitalización y Reparto) que conforman el SIJP. La única incorporación forzosa y “sin opción” es al mismo SIJP, pero ya hemos visto que esta adhesión compulsiva es irreprochable desde el punto de vista constitucional, en virtud de que ningún trabajador podría pretender quedar fuera de todo régimen previsional.

De acuerdo al artículo 30 de la ley previsional y su decreto reglamentario, toda persona tiene o ha tenido efectivamente la posibilidad de optar por derivar sus aportes personales al Sistema de Capitalización Individual o al Régimen de Reparto, y de elegir, por consiguiente, a través de cuál de estos regímenes se le otorgarán los beneficios previsionales de jubilación ordinaria, retiro por invalidez y pensión por fallecimiento¹³. Esa normativa parte, entonces, de la base de reconocer el derecho de los trabajadores a ejercer su opción por uno u otro régimen. La única “modalidad” que contempla en lo que respecta al ejercicio de tal opción es de índole *temporal*, y consiste en que aquella persona que desea permanecer o incorporarse al Régimen de Reparto debe manifestarlo en forma expresa al momento de incorporarse al SIJP; léase, al comienzo su vida laboral (salvo respecto de aquéllos que ya estaban trabajando a la entrada en vigencia del nuevo régimen, que debieron ejercer esta opción en ese momento). Su silencio, en cambio, es interpretado como la adhesión tácita al Sistema de Capitalización Individual.

Frente a las críticas que suele recibir este último aspecto, hay que decir que al silencio del trabajador en lo que hace a su opción por uno u otro régimen, algún sentido “positivo” necesariamente había que otorgarle por vía legal. No podía derivarse legalmente de tal silencio la no incorporación del trabajador al SIJP y –por ende- su exclusión total del régimen de las prestaciones previsionales, porque ello es –reiteramos- inadmisibles en el ámbito de la seguridad social. Conclusión: para no dejarlos en una suerte de limbo previsional, a alguno de los dos regímenes que conforman el SIJP debían incorporarse los trabajadores que no opten expresamente por alguno de ellos; y el legislador decidió asignarle a ese silencio el sentido de la intención presunta del trabajador de incorporarse al Sistema de Capitalización Individual.

¹² Conf. Bidart Campos, Germán J., “Manual de la Constitución reformada”, Ediar, 1998, tomo II, pp. 242.

¹³ Más adelante se analizará el sistema de otorgamiento de las demás prestaciones previsionales contempladas en el SIJP.

Como admite Rodríguez Simón, a pesar de “*lo insidioso del mecanismo creado, no se puede dejar de reconocer que la ley está imponiendo una obligación de pronunciarse en algún sentido, cuya respuesta puede ser un acto positivo (opción) o simplemente la omisión, en cuyo caso el silencio produce los efectos de un acto voluntario que en nuestro caso se traduce en la intención presunta de incorporarse al régimen de capitalización. Desde esta perspectiva la disposición legal estaría acorde con la excepción al principio del art. 919, CCiv., en tanto se verifica una obligación de explicarse por mandato de la ley, y no obstante se guarda silencio*”¹⁴.

En tren de buscar explicaciones a esta decisión del Congreso de la Nación, podría uno pensar que es lógica y razonable esta aparente preferencia legislativa por el Sistema de Capitalización Individual, frente a los continuos y rotundos fracasos de los anteriores regímenes previsionales estatales¹⁵. También pudo quizás pesar en la elección del legislador el hecho de que esta incorporación de los trabajadores al Sistema de Capitalización Individual por la vía del silencio, no implicaba excluirlos totalmente del Régimen de Reparto. Téngase en cuenta que todos los trabajadores (aún aquéllos que se encuentran afiliados a una AFJP), percibirán del régimen previsional público ciertas prestaciones (vgr. Prestación Básica Universal; Prestación Compensatoria); amén de que todas las contribuciones patronales son derivadas a este sistema estatal.

En cualquier caso, no compete a nosotros indagar las motivaciones políticas e institucionales que llevaron a esta decisión del legislador. Se trata de una de las soluciones posibles que el órgano parlamentario podía adoptar sobre la base de su apreciación de motivaciones de política legislativa¹⁶. Podrá uno estar de acuerdo o no con esta elección del Congreso Nacional, pero lo cierto es que la medida no es inconstitucional y que ha sido tomada por el órgano competente para adoptar decisiones de este tipo. Por ello es que pensamos que el pronunciamiento judicial que ha declarado la inconstitucionalidad de la medida¹⁷, más que analizar el precepto legal a la luz de la Carta Magna, lo que ha hecho es pretender “legislar” este asunto sustituyendo la voluntad del Congreso Nacional en una zona privativa de ese órgano parlamentario, violando de tal manera el principio de división de poderes.

Similares reflexiones cabe efectuar con respecto a la imposibilidad legal que tienen aquellas personas ya incorporadas al Sistema de Capitalización Individual, de traspasarse luego al Régimen de Reparto. También aquí se trata de una razonable reglamentación del ejercicio del derecho de libertad de elección: a) por una sola vez y al momento de incorporarse al SIJP, en lo que hace a la elección por el Régimen de Reparto; b) en cualquier momento, en lo que respecta al traspaso del Régimen de Reparto al Sistema de Capitalización Individual; c) también en cualquier

¹⁴ “La opción del art. 30” de Rodríguez Simón, Julio A., en Jáuregui, Guillermo, *La reforma previsional y el dilema de la opción*, Depalma, 1994; cit. por Payá y Martín Yáñez, *ob. cit.*, p. 285.

¹⁵ Conf. Villegas, Carlos G., “Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones. Régimen legal”, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 1994, pág. 23; Piaggio, Lucas A., “El decreto 530/2003 y la pesificación de las inversiones de las AFJP como nuevas encrucijadas en la agitada historia previsional argentina”, *LexisNexis Laboral y Seguridad Social*, 2003, Número 13, pág. 855.

¹⁶ Ver el considerando 5° del excelente voto en disidencia del Dr. Augusto Belluscio en la causa ‘Sejean, Juan B c/Zaks de Sejean, Ana M’, sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 27/11/86 (ED 121 - 535).

¹⁷ Ver nota 3°.

momento, y en forma ilimitada (aunque cumpliendo ciertas pautas temporales) en lo atinente a la elección de la AFJP a la cual derivar para su administración, ya dentro del Sistema de Capitalización Individual, los aportes previsionales personales.

Una vez más: podrá gustarnos o no la modalidad elegida. Podrá discutirse en doctrina si era la elección correcta o no. Es una simple cuestión de preferencias, motivadas en muchos casos por razones ideológicas. Pero forzosamente hay que concluir que se trata de una decisión de política legislativa adoptada por el órgano constitucionalmente competente para ello (Congreso de la Nación), que al no afectar derechos constitucionales debería escapar al control judicial.

¿Por qué decimos que no se afectan derechos constitucionales? Porque la modalidad de ejercicio escogida por el legislador no degrada la sustancia de la libertad de elección de los trabajadores. Reiteramos que todo trabajador tiene o ha tenido en alguna oportunidad (al incorporarse al SIJP) la posibilidad de optar por derivar sus aportes al Régimen de Reparto. Es decir que el legislador, al reglamentar el derecho, respetó la esencia del mismo, contemplando simplemente una cierta modalidad (de índole temporal, en la especie) para el ejercicio de aquél: se estipuló en qué momento podía ejercerse la opción. No existe ningún principio o regla de jerarquía constitucional que asegure o garantice que esta posibilidad de opción por el Régimen de Reparto deba mantenerse en todo momento. Pretender que un trabajador puede pasarse de un régimen previsional a otro en cualquier momento, ingresa en el terreno de las “meras expectativas” y no en el de los “derechos adquiridos”. Y solamente pueden invalidarse las leyes que violan o vulneran estos últimos, cosa que aquí no ocurre.

Se habría sí quizás alterado la esencia del derecho *sub examine*, si la ley hubiera negado total y completamente la posibilidad de escoger por incorporarse al Régimen de Reparto; es decir, si se hubiese legislado la cuestión de manera tal que los trabajadores nunca tengan la posibilidad de adherirse al Régimen de Reparto. Y aún así estaríamos frente a una cuestión que merecería un análisis más profundo, habida cuenta de las reglas y principios especiales que rigen en esta materia, conforme lo antes apuntado. De todos modos, nada de ello ha ocurrido, al menos con relación al mecanismo del artículo 30 de la ley 24.241 y su reglamentación.

Esta última aclaración tiene que ver con el hecho de que, más allá de lo dispuesto en la normativa precitada, existen otros casos en los que sí se verifica una incorporación y/o un traspaso compulsivo de los trabajadores a un determinado régimen previsional. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, al caso de las cajas previsionales para empleados públicos o profesionales a las que obligatoriamente deben aportar quienes pertenecen a un determinado sector público o ejercen una determinada actividad, y a la situación en que han quedado los trabajadores inscriptos en el Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (“Monotributo”)¹⁸ luego de la reforma introducida por la ley 25.239 a ese régimen. Adviértase que, en este último caso, se dispuso encubiertamente la incorporación forzosa de los trabajadores monotributistas al Régimen de Reparto, e inclusive la vuelta compulsiva a este régimen de aquellas personas que expresamente se

¹⁸ Ley N° 24.977 y normas reglamentarias, modificatorias y concordantes.

habían afiliado a una AFJP del sistema privado¹⁹. Resulta paradójico, a este respecto, que a pesar de que por lo general las críticas analizadas en este trabajo apuntan al supuesto “cautiverio” del Sistema de Capitalización Individual, es en realidad respecto del Régimen de Reparto donde tal situación se verificaría con mayor claridad, al menos en el caso mencionado.

IV. CONCLUSION.

Por más tedioso que parezca, el mecanismo de opción por uno u otro régimen previsional contemplado en el artículo 30 de la ley 24.241 y su reglamentación no carece de validez constitucional. Que el legislador haya decidido hacer derivar del silencio del trabajador su adhesión “tácita” al Sistema de Capitalización Individual, como así también el hecho de que se haya vedado legalmente la vuelta al Régimen de Reparto a aquellos trabajadores que quedaron incorporados al sistema privado, constituyen legítimas elecciones del órgano constitucionalmente habilitado para tomar medidas de este tipo, que no afectan derecho fundamental alguno.

Tampoco sería *a priori* inconstitucional una eventual reforma que el Congreso de la Nación pretenda introducir al mecanismo *sub examine*, estableciendo, por ejemplo, un sistema de adhesión tácita –por la vía del silencio- al Régimen de Reparto; o bien habilitando en forma irrestricta la vuelta a ese régimen de aquellos trabajadores incorporados al Sistema de Capitalización Individual. Pero debe quedar perfectamente aclarado que una hipotética reforma del régimen vigente estaría justificada solamente en un cambio de apreciación del legislador sobre las motivaciones de política legislativa que llevaron en su momento a regular de esta manera este tema. No respondería, en cambio, a una imperiosa necesidad de índole constitucional, desde el momento en que ningún derecho o garantía de esa jerarquía se encuentra afectado en su esencia por el mecanismo actualmente previsto en la ley previsional.

Por último, una expresión de deseos: ojalá todos los magistrados del Poder Judicial sepan tomar el ejemplo del Dr. Belluscio en el caso recordado caso “Sejean”²⁰, fallo en el que por mayoría la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió declarar la inconstitucionalidad de la vieja ley de matrimonio civil en tanto establecía la indisolubilidad del vínculo matrimonial. Pese a que todo hacía presumir que el Dr. Belluscio iba a suscribir el voto mayoritario, por ser conocida su opinión sobre la inconveniencia de la prohibición legal del divorcio vincular, el mencionado ministro del Alto Tribunal supo separar lo que era su postura personal sobre el tema, por un lado, y, por otra parte, el control judicial de constitucionalidad que correspondía efectuar de la indisolubilidad del matrimonio. De tal forma, en su brillante voto en disidencia el Dr. Belluscio concluyó que tal medida constituía una de las soluciones posibles que bien pudo adoptar el legislador en función de su apreciación de motivaciones de política social irrevisables en sede judicial.

¹⁹ Conf. Piaggio, Lucas A., “Un fallo ejemplar sobre los roles existentes en el trámite de los beneficios de los afiliados al sistema de capitalización individual y una luz de alerta acerca de la situación previsional de los trabajadores monotributistas. A propósito del fallo “Yturbide”, LexisNexis Laboral y Seguridad Social, Número 08, p. 495 y ss. (en especial, p. 497), Abril del 2004.

²⁰ Citado en nota 16°.

Sería altamente deseable que si se vuelven a repetir en el futuro planteos de inconstitucionalidad del artículo 30 de la ley 24.241, los jueces que deban entender en esas causas también se limiten a analizar exclusivamente si tal precepto supera o no el *test* de constitucionalidad²¹, dejando a un lado sus opiniones personales sobre la conveniencia o inconveniencia del mecanismo adoptado por el legislador y sus preferencias por el Régimen de Reparto o el Sistema de Capitalización Individual. Si algo nos tranquiliza a los ciudadanos es saber que sus magistrados tienen claramente asumido el principio de división de poderes, y se saben mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes. Esperemos poder seguir viviendo con esa tranquilidad.

²¹ Ese examen debería partir de la base de considerar que la declaración de inconstitucionalidad de leyes constituye un acto de suma gravedad institucional, última *ratio* del orden jurídico y un remedio extremo al cual sólo cabe acudir cuando no existe otro modo de salvaguardar un derecho o garantía constitucional que se ve obstaculizado -de manera indiscutible- por una norma infraconstitucional (C.S.J.N., *Fallos* 264:364, entre muchos otros).