

Voces: RÉGIMEN DE CAPITALIZACIÓN - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO DE PROPIEDAD - SISTEMA INTEGRADO DE JUBILACIONES Y PENSIONES - AMPARO - CONSTITUCIONALIDAD - ANSES - BENEFICIOS PREVISIONALES - APORTES PREVISIONALES - DOMINIO

Partes: Fernandez Edgardo Ramiro c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro | amparos y sumarísimos

Tribunal: Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social

Sala/Juzgado: III

Fecha: 24-sep-2009

Cita: MJ-JU-M-50896-AR | MJJ50896

Producto: LJ,MJ

La Administración Nacional de la Seguridad Social debe restituir a cada afiliado al Régimen de Capitalización del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones —desaparecido con la entrada en vigencia de la Ley Nacional 24.625— todo importe que exceda del saldo obligatorio obrante en la respectiva cuenta individual de capitalización

Sumario:

1.-En el marco de la acción de amparo tendiente a impugnar la constitucionalidad de la Ley Nacional 24.625, su decreto reglamentario 2104/08 y disposiciones concordantes, que mandan transferir a la Administración Nacional de la Seguridad Social los recursos habidos en las cuentas de capitalización individual de afiliados y beneficiarios al régimen de capitalización del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones —Ley Nacional 24.241 y modificatorias—, debe ordenarse a este organismo que reintegre todo importe que exceda del saldo obligatorio de cada cuenta, ya que el Art. 7° de la citada Ley 26.425 prevé, para las “Imposiciones Voluntarias y/o Depósitos Convenidos” de quienes aún no han obtenido un beneficio provisional, la posibilidad de transferirlos al organismo estatal para mejorar su haber o a una administradora de fondos de jubilaciones y pensiones, sin que se haya reglamentado lo relativo a esta cuestión, por lo que los afiliados se ven impedidos, en la práctica, de ejercer tal elección.

2.-La Administración Nacional de la Seguridad Social debe devolver todo importe que exceda del saldo obligatorio de la cuenta de capitalización individual asignada a cada afiliado al Régimen de Capitalización del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, en el marco de la acción de amparo tendiente a cuestionar la validez constitucional de la Ley Nacional 24.625, su decreto reglamentario 2104/08 y normas concordantes, en cuanto mandan transferir a aquel organismo los recursos existentes en tales cuentas, ya que estos preceptos no reconocen derecho alguno al afiliado que acreditó aportes adicionales a los obligatorios para acceder a mejores o distintas prestaciones que aquel otro que

permaneció en el Régimen de Reparto o, incluso, aquel que habiendo elegido el de Capitalización, no realizó cotización adicional alguna al margen del aporte obligatorio, por lo que el traspaso, en tales condiciones, lesiona los derechos amparados por los arts. 14 bis, Parte 3ª y 17 de la Constitución Nacional.

3.-La Administración Nacional de la Seguridad Social no debe restituir el saldo obligatorio de la cuenta de capitalización individual asignada a cada afiliado al Régimen de Capitalización del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, en el marco de la acción de amparo tendiente a cuestionar la validez constitucional de la Ley Nacional 24.625, su decreto reglamentario 2104/08 y normas concordantes, que ordenan transferir a aquel organismo los recursos existentes en tales cuentas, si el amparista no expresó disconformidad con el derecho que le reconoce el Art. 3º de la citada ley, según el cual los servicios —dependientes o autónomos— inherentes a los períodos en que aquél estaba afiliado al Régimen de Capitalización deben considerarse para liquidar los beneficios del Art. 17 de la Ley 24.241 y como si hubiesen sido prestados al régimen previsional público.

4.-Debe rechazarse el planteo de inconstitucionalidad de la Ley Nacional 24.625, su decreto reglamentario 2104/08 y disposiciones concordantes, que mandan transferir a la Administración Nacional de la Seguridad Social los recursos habidos en las cuentas de capitalización individual de afiliados y beneficiarios al régimen de capitalización del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, teniendo en cuenta que quienes optaron por el Régimen de Capitalización pueden acceder a las prestaciones que otorga la Administración Nacional de la Seguridad Social en igualdad de condiciones que quienes permanecieron en el de Reparto, no obstante que los aportes de los primeros fueron sensiblemente menores que los de los segundos —5% y 7% contra 11%, por aplicación sucesiva de los decretos 1387/01, 1676/01 y 2203/03, hasta la entrada en vigencia del decreto 313/07—, por lo que las normas atacadas, lejos de generar perjuicio al transferido, lo benefician.

5.-Los fondos de la cuenta individual de capitalización de cada afiliado al Régimen de Capitalización del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones son propiedad de éste, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 54 y 82 de la Ley Nacional 24.241, según los cuales el fondo de las jubilaciones y pensiones es un patrimonio independiente y distinto del patrimonio de la administradora y pertenece a los afiliados, sin perjuicio de que se verifique una desmembración transitoria de algunas de las facultades inherentes al dominio que el titular ejerce sobre su cuenta, lo cual no hace que éste pierda, en ningún momento, el carácter de propietario de la misma (Del voto del doctor Laclau – Disidencia parcial).

6.-La Ley Nacional 24.625, su decreto reglamentario 2104/08 y disposiciones concordantes, en cuanto ordenan transferir a la Administración Nacional de la Seguridad Social los recursos habidos en las cuentas de capitalización individual de afiliados y beneficiarios al régimen de capitalización del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones —pasando estos recursos a integrar el Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto creado por el Decreto Nacional 897/07— transgrede el derecho de propiedad del aportante —Art. 17, Constitución Nacional—, toda vez que las cuentas de capitalización individual son propiedad de sus titulares (Del voto del doctor Laclau – Disidencia parcial).

7.-El Art. 6º de la Ley Nacional 24.241, al disponer que disponer que los afiliados al Régimen de Capitalización del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones —Ley 24.241 y modificatorias— puede transferir a la Administración Nacional de la Seguridad Social los recursos obrantes en su cuenta de capitalización individual que excedan el aporte obligatorio, conforme lo determine una reglamentación a dictarse, o bien a una administradora de fondos de jubilaciones y pensiones, colisiona con la garantía de propiedad contenida en el Art. 17 de la Constitución Nacional, puesto que acota arbitrariamente su libre facultad para dar a sumas de dinero de las que es propietario el destino que juzgue conveniente, debiendo tenerse presente que si bien nada se opone a que el titular de la cuenta efectúe colocaciones de dinero, las mismas no pueden serle impuestas por ley (Del voto del doctor

BUENOS AIRES, 24.09.09

EL DR. NÉSTOR A. FASCIOLO DIJO: I.

A estar a las constancias de autos, el 2.2.09 el letrado apoderado del demandante promovió acción de amparo a fs. 12 a 17/vta. contra Poder Ejecutivo Nacional y BBVA CONSOLIDAR AFJP. con la pretensión de que se "declare la inconstitucionalidad de la ley 26425 y su decreto reglamentario 2104/2008 así como todas aquellas leyes, decretos, reglamentaciones y/o actos administrativos dispuestos como consecuencia de los mismos y/o todos los actos que hayan dispuesto restricciones a la devolución total de los fondos excedentes de los aportes obligatorios de ley, de los fondos de pensión y retiro y/o contra cualquier medida presente o futura que de forma inconstitucional impida la tramitación de la presente acción".

Entre la documentación acompañada se destaca el "Estado Detallado" de su C.C.I. de fs. 4, que en base a un valor cuota de 72,9875 al 30.6.08 arrojaba un saldo total de \$154.519,29 (por 2.117.9356 cuotas) integrado por aportes jubilatorios obligatorios de \$151.062,73 (por 2.070,5586 cuotas) y voluntarios de \$3.456,65 (por 47,3790 cuotas).

El Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social nro. 5, por sentencia nro. 27929 del 13.4.09 de fs. 56/59, hizo lugar parcialmente a la acción incoada declarando la inconstitucionalidad de los arts. 7 de la ley 26425, 3 inc. e) del dto. 897/07 (texto según decreto 2103/08), 3 del dto. 2104/08 y demás normas reglamentarias y complementarias y condenando a la ANSES a que en 10 días abone al actor la suma equivalente al valor de las cuotas acreditadas en su C.C.I. correspondiente a la fecha de entrada en vigencia de la referida ley (9.12.08), con más los intereses que resulten de aplicar la tasa pasiva promedio elaborada por el BCRA (art. 10 Dto.941/91; Fallos 327:3721). Además, hizo saber a la demandada que deberá considerar los servicios prestados por el afiliado bajo el derogado régimen de capitalización según las pautas del art. 3 de la ley 26425, excepto en lo que respecta a la liquidación de la P.A.P. que prevé el art. 30 inc. b) de la ley 24241 e impuso las costas a la demandada vencida. Por otro lado rechazó la demanda contra la A.F.J.P con costas por su orden. Finalmente, reguló honorarios de la representación letrada de la parte actora en el 13% del monto de la condena.

Contra lo resuelto se dirige el recurso de apelación de la demandada de fs. 61/66, cuyo traslado fue contestado a fs. 71/73.

En su memorial se agravia por haberse omitido el tratamiento de la inadmisibilidad formal del amparo, de la condena a devolver aportes obligatorios (por no ser de propiedad del aportante) y voluntarios, de la condena a considerar los servicios prestados bajo capitalización conforme las pautas del art. 3 de la ley 26425 excepto en lo que respecta a la liquidación de la PAP que prevé el art. 30 inc. b) de la ley 24241, punto por el que también plantea la nulidad por violación del principio de congruencia; del monto de los aportes, de la condena por intereses no pedidos en la demanda, de la imposición de costas y de los honorarios regulados.

II.En oportunidad de producir el informe del art. 8 de la ley 16986, la recurrente planteó la inadmisibilidad formal del amparo en razón de su extemporaneidad, por haberse excedido los 15 días hábiles a que alude el art. 2 inc. e) de la ley 16986.

Para así afirmarlo, a fs. 32 adujo que según su art. 21, la ley 26425 entró en vigencia a partir del día de su publicación en el B.O. el 9.12.08, de modo que el plazo indicado venció el 4.2.09 y el traslado de la

demanda efectuado recién el 6.2.09 resultó inoportuno.

Lo realmente inadmisible es aquí la insistencia de la apelante en su posición, por cuanto para el cómputo aludido cabe estar a la fecha de interposición de la demanda, que según surge del cargo de fs. 17vta. fue el 2.2.09 a las 10.35 horas, de donde se infiere que fue presentado dentro del plazo de ley.

III.Soslayado -como ha sido- el óbice formal, habré de adentrarme al análisis de la cuestión de fondo, sobre la que versan los siguientes planteos del memorial.

En este orden de cosas he de comenzar por señalar que constituye facultad indiscutible del Poder Legislativo con arreglo al art. 75 inc. 12 de la C.N. (antes art. 67 inc. 11), la implementación de los sistemas de seguridad social (incluido el previsional) que encuentre convenientes en atención a consideraciones de oportunidad, mérito y conveniencia relativas a las diferentes situaciones que atraviesa la sociedad, dotándolos de la extensión y cualidad que estime más apropiada, lo que implica la posibilidad de ratificar, reformular o modificar y -en su caso- sustituir íntegramente si se lo considera necesario, a aquel que en un momento anterior y ante distintas circunstancias se había ponderado razonable poner en vigencia.

Ya en el precedente "Rolón Zappa, Víctor Francisco s/jubilación" (Fallos 308:1848) el más Alto Tribunal de la República afirmaba que esa "materia se inserta en el cúmulo de facultades que constituyen la competencia funcional del Congreso de la Nación, como órgano investido del poder de reglamentar los derechos y garantías reconocidos por la Carta Magna con el objeto de lograr la coordinación necesaria entre el interés privado y el interés público y hacer realidad la promoción del "bienestar general" enunciado en el Preámbulo y contenido en la cláusula del art. 67 inc. 16 (ahora art.75 inc. 18) de la Constitución Nacional. Tal actividad del estado como legislador, llamada "debido proceso sustantivo" o "poder de policía", ha sido reconocida por esta Corte a partir del caso "Ercolano, Agustín c/Lanteri de Renshay Julieta s/consignación" (Fallos: 136:161), y, especialmente en el ámbito de la previsión social, ha tenido recepción en los precedentes de Fallos: 170:12; 173:5; 179:396; 269:416".

Ello así porque "todo lo que es necesario y esencial para la existencia, seguridad y bienestar nacional, está comprendido dentro de los poderes de reglamentación atribuidos al Congreso, que tienen en vista los altos propósitos y elevadas miras enunciados en el Preámbulo de la Constitución, en el sentido de promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad". (Fallos 319:3259).

En igual sentido, excediendo el punto de la movilidad previsional en tratamiento en esa causa, el Superior Tribunal ha dicho, en Fallos 329:3089 ("Badaro Adolfo Valentín"), que "no sólo es facultad sino también deber del legislador fijar el contenido concreto de la garantía constitucional en juego, teniendo en cuenta la protección especial que la Ley Suprema ha otorgado al conjunto de los derechos sociales, ya que en su art. 75, incs. 19 y 23, impone al Congreso proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, para lo cual debe legislar y promover medidas de acción positiva."

En ese contexto, por otro lado, constituye "la misión más delicada de la justicia. la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que deben adoptar para solucionar el problema y dar acabado cumplimiento a las disposiciones del art. 14 bis de la Constitución Nacional. Todo ello sin perjuicio del ejercicio a posteriori del

control destinado a asegurar la razonabilidad de esos actos y a impedir que se frustren derechos cuya salvaguarda es deber indeclinable del Tribunal (FALLOS 308:1848)".

IV. Y fue precisamente en ejercicio de esa atribución que le es propia, que el Congreso sancionó las leyes 18037 y 18038, las que conformaron el régimen previsional nacional de alcance general o común vigente desde el 1.1.69 hasta el 14.7.94, en que fue sustituido por el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (S.I.J.P.) creado por la ley 24241, que no obstante haber sido presentado en sociedad como la solución definitiva a un viejo problema, tuvo menos vida que el anterior y sufrió diversas modificaciones (entre las que pueden citarse las introducidas por las leyes 24347, 24463, 25239, 26222 y dtos. 1495/01 y 491/04 y muchas más surgidas de su cambiante reglamentación como ser los dtos. 1120/94, 136/97 y 460/99 sobre la condición de aportante regular, irregular con derecho y -sin nombrarlo- irregular sin derecho), hasta que, luego de haber alcanzado un mayor equilibrio entre el régimen de capitalización y el de reparto del que carecía en sus orígenes por imperio de la ley 26222, la ley 26425 dispuso su sustitución a partir del 9.12.08 por el Sistema Integrado Previsional Argentino (S.I.P.A.), caracterizado por la derogación del régimen de capitalización y su absorción y unificación en el de reparto.

Así lo afirmo (en cuanto a la facultad ejercitada por el Poder Legislativo) sin desconocer que las leyes 24241 y 26425 se inspiraron en objetivos económicos, fiscales y financieros consonantes con las distintas orientaciones de política general de cada momento y cuyas urgencias circunstanciales forzaron sus dictados, probablemente tanto o más importantes para sus impulsores que los previsionales propiamente dichos; como así también que el continuo proceso de cambio de sistemas jubilatorios en tan corto tiempo genera desconcierto, conspira contra la seguridad jurídica y supone una total ausencia de política de estado en la materia; la que, contrariamente a ello, debería ser el resultado de adecuadas y multidisciplinarias ponderaciones previas a su adopción, con la más amplia participación y consenso de todos los sectores interesados para hacerla sustentable en el tiempo, aspecto que no es poca cosa visto que su implementación involucra de modo obligatorio a varias generaciones actuales y futuras de afiliados aportantes y beneficiarios, quienes -en definitiva- soportan las consecuencias disvaliosas de las improvisaciones, omisiones, desaciertos, errores, incongruencias e inconsistencias de los regímenes de que se trata, sancionados forzada y precipitadamente en medio de un contexto de marcada confrontación .

V. No obstante las apuntadas mutaciones, la obligatoriedad del aporte del trabajador ha sido una nota permanente de nuestra legislación previsional siempre vigente a partir del art. 4 de la ley 4349 del año 1904, exigida con anterioridad y también presente en las leyes 18037 (arts.9 y 10) y 18038 (art. 9), que se reiteró en la ley 24241 (arts. 10 y 11) y se mantiene aún después de las reformas producidas por la ley 26425.

Durante la vigencia del S.I.J.P. y en virtud de la opción ejercida por el trabajador, el aporte obligatorio pudo ser direccionado por aquel al régimen de reparto, para ser compensado luego con la Prestación Adicional por Permanencia (P.A.P.), o al de administración privada a cargo de las A.F.J.P. para engrosar su Cuenta de Capitalización Individual (arts. 10, 11, 18 inc. a), 30, 39 y 55 de la ley 24241), destinada a financiar las prestaciones a su cargo (Jubilación Ordinaria, Retiro por Invalidez y Pensión por Fallecimiento).

Al solo fin de incrementar el haber de jubilación ordinaria o de anticipar la fecha de su percepción, el art. 56 de la ley 24241 habilitó la posibilidad de que el afiliado efectuara "imposiciones voluntarias en su C.C.I." y el art. 57 permitió la realización de "depósitos convenidos" por cualquier persona física o jurídica, habiéndose previsto en el art. 58 que esos recursos integraran la mentada cuenta pero sin ser considerados para la determinación del saldo de la misma a los efectos del cálculo del capital complementario.

La totalidad de los recursos de las cuentas de los afiliados confiados a una entidad (por trabajadores en actividad y beneficiarios bajo las modalidades de Retiro Programado o Retiro Fraccionario) conformaba el único fondo de jubilaciones y pensiones administrado por la misma (art. 59), definido

como un "patrimonio independiente y distinto del patrimonio de la Administradora y que pertenece a los afiliados. La Administradora no tiene derecho de propiedad alguno sobre él. Los bienes y derechos que componen el patrimonio del fondo de jubilaciones y pensiones serán inembargables y estarán sólo destinados a generar las prestaciones de acuerdo con las disposiciones de la presente ley" (art.82).

En concordancia con el único fin previsto para el F.J.P., el destino del "saldo de la C.C.I." del afiliado, resultado de la rentabilidad de las inversiones de los aportes obligatorios realizados y, en los supuestos que hubieren existido, también de las imposiciones voluntarias y/o depósitos convenidos (una vez deducidas las comisiones), no era otro que el de ser aplicado, a la postre, para financiar las prestaciones del régimen de capitalización, a saber: Jubilación Ordinaria (y sus variantes, Anticipada y Postergada), Retiro por Invalidez y Pensión por Fallecimiento del afiliado en actividad o beneficiario (arts. 46, 91, 92, 94 100, 110 y 111).

Las excepciones a esa regla sobre la aplicación del saldo de la C.C.I. eran mínimas y, en ningún caso podían comprometer la realización del propósito enunciado.

En primer lugar, puede citarse la prevista para el caso de producirse la liquidación de la Administradora, supuesto en el cual, el margen de acción de cada afiliado se limitaba a que una vez efectivizada la garantía de rentabilidad mínima (art. 124) y producida la intimación de la Superintendencia en ese sentido, debía elegir una nueva A.F.J.P. bajo apercibimiento de aplicarse el mecanismo previsto legalmente para proceder al traspaso (arts. 43 y 72 inc. e) punto 4).

Por otro lado, la disponibilidad del saldo de la C.C.I. a otro fin sólo estaba habilitada para los siguientes casos: a) "de no existir derechohabientes. (supuesto en el cual) se abonará el saldo de la cuenta de capitalización individual a los herederos del causante declarados judicialmente" (art. 54); y b) para los supuestos en que hubiere alcanzado una magnitud extraordinaria de tal envergadura que posibilitara la jubilación anticipada (art. 110) o la extracción de hasta el equivalente a 500 veces el importe de la máxima P.B.U. en el mes del cálculo una vez asegurado que el saldo remanente permitía la contratación de una R.V.P. o de un R.P. suficiente (arts.101 y 102).

Los tan escasos márgenes de disponibilidad -parcial o total- de la C.C.I. por parte de su titular, permiten afirmar que lejos de ser suficientemente pleno o perfecto como para permitirle ejercer la posesión de la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular (art. 2513 C.C.), el derecho de propiedad legalmente reconocido al mismo fue por demás mínimo o limitado y subordinado al fin primordial de aquella: servir de acumulación de recursos para financiar las prestaciones del régimen de capitalización, habilitado por la reforma de 1994 como un sucedáneo, alternativo y complementario del régimen previsional público de reparto.

El acotado alcance de la "pertenencia" a los afiliados del "fondo" por ellos integrado a que se refiere el art. 82 de la ley 24241, es un reflejo colectivo o manifestación plural del derecho individual de propiedad mínimo o limitado de cada titular sobre su C.C.I. que, a su vez, constituye consecuencia lógica y necesaria de su única finalidad: "financiar las prestaciones" del mentado régimen de capitalización, como ya fue dicho.

VI.Ello sentado, corresponde ahora analizar de que manera impactó en el actor la unificación del SIJP en un único régimen previsional público denominado S.I.P.A., con la consiguiente eliminación del régimen de capitalización y su absorción y sustitución por el primero, dispuesta por el art. 1 de la ley 26425, cuyo art. 7 ordeno la transferencia en especie a la ANSeS de los recursos que integraban las cuentas de capitalización individual de los afiliados y beneficiarios al régimen de capitalización del S.I.J.P.previsto en la ley 24241 y sus modificatorias.

En primer lugar, corresponde descartar cualquier consideración sobre la eventual aplicación de las

normas referidas a la liquidación de la Administradora, el derecho de los herederos a percibir el saldo de la C.C.I., la jubilación anticipada y el retiro de sumas de dinero hasta 500 veces la máxima P.B.U., porque la parte interesada no invocó estar comprendida en alguna de esas situaciones ni lo acreditó, y, además, porque no se trataría de derechos adquiridos sino de simples expectativas (no ha de perderse de vista que, en realidad, el caso de autos es de un afiliado al régimen de capitalización traspasado al de reparto que aún no obtuvo el beneficio previsional).

Por otro lado, quien demanda no expresó disconformidad alguna con el derecho que le reconoce el art. 3 de la citada ley, según el cual, los servicios (dependientes o autónomos) correspondientes a los períodos en que se encontraba afiliado al régimen de capitalización, habrán de ser "considerados a los efectos de la liquidación de los beneficios establecidos en el art. 17 de la ley 24241 y sus modificatorias como si hubiesen sido prestados al régimen previsional público".

Ello así, aún cuando no puede ignorarse que si bien el aporte personal obligatorio impuesto a los trabajadores por el art. 11 de la ley 24241 fue del 11% sin distinción alguna, lo cierto es que para los trabajadores en relación de dependencia que optaron por el régimen de capitalización, fue sensiblemente reducido durante varios años al 5% y 7% (la disminución al 5% para todos los trabajadores dependientes ordenada "transitoriamente" por el Dto. 1387/01 fue mantenida sólo para los afiliados al régimen de capitalización por el Dto. 1676/01 los que en virtud del Dto. 2203 pasaron a cotizar el 7% a partir del 1.3.03; el guarismo legal único del 11 /o fue reimplantado para los nuevos trabajadores dependientes incorporados al SIJP.a partir del 28.5.07 -cualquiera fuera el régimen previsional optado- y fue reestablecido para esta categoría de trabajadores afiliados con anterioridad al régimen privado a partir del 1.1.08, de acuerdo a los arts. 5 y 6 del dto. 313/07).

Se desprende de lo dicho con facilidad que el cómputo de los períodos cotizados al régimen de capitalización (por aportes obligatorios notablemente reducidos exigidos coercitivamente al afiliado por imperio de los arts. 10 y 11 de la ley 24241 y-por tanto-de ineludible cumplimiento, al sólo fin de financiar la futura prestación previsional), ahora valedero para acceder a las prestaciones a cargo de ANSeS, en iguales condiciones que los realizados (en guarismos superiores) por quienes permanecieron en el régimen de reparto, lejos de generar perjuicio al transferido, lo beneficia.

Ese beneficio se convertiría en un auténtico privilegio si, además de reconocer el derecho al cómputo de esos períodos para acceder a las prestaciones a cargo del organismo (reitero, no objetado por la parte actora), se le devolviese al afiliado el "saldo obligatorio" acumulado en su C.C.I., lo que equivaldría a declararlo totalmente "liberado" del deber de aportación por el tiempo que capitalizó, sin mengua alguna en sus derechos previsionales.

VII.Pero el "saldo voluntario" de la C.C.I. de que se trata en esta litis requiere un tratamiento diferente del "saldo obligatorio", pues la transferencia en especie de los recursos que integran las C.C.I. para pasar "a integrar el Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto creado por el Dto. N° 897/07" que mandó operar el art.7 de la ley 26425, tuvo en cuenta esa distinción al disponer para las "Imposiciones Voluntarias y/o Depósitos Convenidos" de los afiliados que aún no hubieran obtenido un beneficio previsional, la posibilidad de transferirlos a la ANSeS "para mejorar su haber previsional conforme lo determine la reglamentación o a una Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, la que deberá reconvertirse, modificando su objeto social para tal finalidad. El PODER EJECUTIVO NACIONAL dictará las normas pertinentes a esos

A pesar del tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia de la ley publicada en el B.O. el 9.12.08 y siendo de público y notorio la aplicación de importantes sumas de dinero del F.G.S., lo cierto es que hasta el presente no han sido dictadas ni la reglamentación que regule la gestión de las imposiciones voluntarias y/o depósitos convenidos realizados por el demandante para mejorar su haber previsional por parte de ANSeS, ni las normas que posibiliten la reconversión del objeto de las AFJP. al nuevo fin.

De este modo, en la práctica, la parte actora se vio impedida en tiempo oportuno de ejercer la elección prevista en el art. 6 de la ley 26425.

Por otra parte, tal como fue dispuesta la eliminación del régimen de capitalización por la ley 26425, su absorción y sustitución por el régimen previsional público que pasó a denominarse S.I.P.A., se desprende que no ha sido reconocido derecho alguno al afiliado que acreditó en su C.C.I. aportaciones adicionales a las obligatorias para acceder a mejores ni distintas prestaciones que aquel otro que permaneció en reparto, o, incluso, que aquel que habiendo elegido el régimen de capitalización, no realizó cotización adicional alguna al margen del aporte obligatorio.

En estas condiciones, el traspaso operado en relación al "saldo voluntario de la C.C.I. resultó lesivo a los derechos amparados por los arts.14 bis tercera parte y 17 de la C.N., aún dentro del reducido alcance reconocido por la ley 24241 al derecho de propiedad de la parte actora sobre aquel. Así lo declaro.

VIII.Por lo tanto, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso deducido por la parte demandada, dejando sin efecto la condena sólo en cuanto ordena devolver la suma equivalente al valor de las cuotas acreditadas en la C.C.I. del actor al 9.12.08 con más sus intereses por el "saldo obligatorio" de la misma.

En sentido contrario, cabe confirmar la condena en cuanto ordena devolver el saldo voluntario con más sus intereses, aún cuando estos no hayan sido mencionados en la demanda, por cuanto la situación descripta torna aplicable al caso lo dispuesto por el art. 622 C.Civil, según el cual "el deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos en la obligación desde el vencimiento de ella. Si no hay intereses convenidos, debe los intereses legales que las leyes especiales hubiesen determinado. Si no se hubiere fijado el interés legal, los jueces determinará el interés que debe abonar".

IX.En lo que hace a las costas del proceso, no encuentro motivo alguno para apartarme del principio sentado por el art. 14 de la ley 16986, cfr. Doctrina sentada por la CSJN. el 16.3.99 in re "De la Horra, Nélide c/ANSeS@", publicada en Rev. Trabajo y Previsión Social, junio de 1999, págs. 663 y ss., por lo que habrán de ser impuestas a la demandada en ambas instancias, visto que la parte actora se vio forzada a demandar en defensa de su legítimo interés.

X.Por último, corresponde desestimar el embate dirigido contra los honorarios regulados a la

dirección letrada de la parte actora en la sentencia apelada porque el porcentaje establecido no es elevado ni desproporcionado a la extensión y complejidad de las tareas cumplidas, monto del juicio que habrá de surgir de la liquidación a practicar y resultado obtenido (arts.6, 7, 8, 9, 36 y concordantes de la ley 21839 modificada por el art. 14 de la ley 24432), correspondiendo fijar los de su actuación ante esta alzada en el 30% de lo establecido en primera instancia (art. 14 de la L.A.).

Por lo expuesto y oído lo opinado por el Ministerio Público a fs. 85, (dictamen nro. 26193 del 6.8.09 del Sr. Fiscal Subrogante a cargo de la F.G. 2), propongo: 1) declarar admisible el recurso deducido por la parte demandada; 2) hacer lugar parcialmente a la apelación interpuesta dejando sin efecto la condena sólo en cuanto ordena devolver la suma equivalente al valor de las cuotas acreditadas en la C.C.I. del actor al 9.12.08 con más sus intereses por el "saldo obligatorio" de la misma; 3) confirmar la sentencia en lo demás que decide y fue materia de agravios, en base a los fundamentos y con los alcances indicados en los considerandos; y 4) imponer las costas de alzada a la demandada (art. 14 de la ley 16986 y 68 primer párrafo del C.P.C.C.N.) y regular los honorarios de la dirección letrada de la parte actora por su intervención en esta instancia en el 30% de lo establecido en la de grado. Así lo voto. Naf.
EL DR. JUAN C. POCLAVA LAFUENTE DIJO:

Adhiero a las conclusiones a que arriba el Dr. Fasciolo. EL DR. MARTIN LACLAU DIJO:

Llegan las presentes actuaciones a este Tribunal a raíz de la apelación deducida, a fs. 71/76, por la ANSES, contra la sentencia de fs.66/69, en virtud de la cual se condena al mencionado organismo administrativo a que, en el plazo de 10 días, abone a don Edgardo Ramiro Fernández la suma equivalente al valor de las cuotas acreditadas en su cuenta de capitalización individual correspondiente a la fecha de entrada en vigencia de la ley 26.425, con más los intereses que resulten de aplicar la tasa pasiva promedio mensual que elabora el Banco Central de la República Argentina, haciendo saber a la demandada que deberá considerar los servicios prestados por el afiliado bajo el derogado régimen de capitalización de conformidad con las pautas que fija el art. 3 de la ley 26.425, excepto en lo respecta a la liquidación de la Prestación Adicional por Permanencia que prevé el art. 30, inc b), de la ley 24.241.

El problema suscitado por la derogación del sistema de capitalización instituido por la ley 24.241 fue ampliamente desarrollado por mí al votar, el 31/08/09, en autos " Rossi, Pablo Ariel c/Estado Nacional - M° de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y otros s/amparos y sumarísimos". En esa oportunidad, sostuve que los fondos de la cuenta individual de capitalización del actor eran propiedad de éste, especificando que ello surgía del texto del art. 82 de la ley 24241, donde se destaca que "el fondo de las jubilaciones y pensiones es un patrimonio independiente y distinto del patrimonio de la administradora y que pertenece a los afiliados".

A fin de esclarecer el punto, ha de recordarse que el Sistema Integral de Jubilaciones y Pensiones instaurado por la mencionada Ley 24.241 hallábase constituido por dos regímenes. En primer lugar, el régimen previsional público y, en segundo lugar, el régimen previsional basado en la capitalización individual. En este último, los aportes de cada trabajador se iban acumulando en una cuenta individual, a su nombre, y ellos eran incrementados por las rentas que se obtuvieran de la colocación de esos fondos por parte de la entidad receptora que hubiese elegido oportunamente el aportante. Además, éste podía realizar aportes voluntarios a su cuenta de capitalización individual con el fin de incrementar el haber de su jubilación y la ley lo facultaba también a convenir con cualquier persona física o jurídica que ésta depositase en la cuenta de referencia un importe de dinero determinado, ya fuese mediante un pago único o periódico (ver arts. 56 y 57 de la Ley 24.241). La AFJP escogida por el titular debía rendirle cuenta a éste, periódicamente, de los resultados de su gestión. Además, el afiliado estaba facultado para cambiar de aseguradora dentro de determinadas pautas establecidas por ley. El carácter de propietario del titular de una cuenta de capitalización individual sobre los fondos existentes en ella, que es expresamente proclamado por el art. 82 de la Ley 24.241 antes citado, se encuentra reafirmado, sin lugar a dudas, por lo prescripto en el art. 54 de ese cuerpo legal en el sentido de que, en caso de fallecer el titular sin dejar personas con derecho a pensión, "se abonará el saldo de la cuenta de capitalización individual a los herederos del causante declarados judicialmente". Lo prescripto en este artículo resulta, en mi opinión, definitivo, puesto que es de toda evidencia que nadie puede dejar en herencia algo de lo que no sea propietario.

Se ha pretendido negar el carácter de propietario del titular de la cuenta de capitalización sobre sus fondos argumentando que el mismo carece del poder de disposición sobre ellos, puesto que no puede retirarlos ni consumirlos antes de acceder a su beneficio jubilatorio. Considero que tal postura no es adecuada, puesto que, dentro de nuestra legislación civil, la propiedad puede ser gravada, en ocasiones, constituyendo sobre ella hipotecas, usufructos, servidumbres, prendas, etc., sin que, en ninguno de estos casos, quepa desconocer al titular de ese dominio su derecho de propiedad sobre el mismo.

Como acertadamente señalan Marcel Planiol y George Ripert, "en virtud de su derecho de propiedad, el propietario puede hacer cierto número de actos jurídicos relativos a su cosa; pero, cuando se los estudia buscando de precisar cuales son esos actos, se percibe que todos ellos consisten en transferir a otro, en todo o en parte, el derecho de gozar y de consumir que pertenece al propietario sobre su cosa. Si

transmite la totalidad de su derecho, se dice que él enajena la cosa; cumple un acto traslativo de propiedad. Si concede solamente un derecho de goce parcial sobre la cosa, se dice que él desmiembra su propiedad; él crea sobre la cosa un derecho real de usufructo, de enfiteusis, o de servidumbre. Es todavía propietario, pero su propiedad se encuentra desmembrada: otra persona posee, de allí en más, una parte más o menos importante de sus derechos sobre la cosa" (Cfr. Marcel Planiol y George Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1928, Tomo I, pags. 776-777). En el caso que nos ocupa, es evidente que no ha existido un acto traslativo de la propiedad del titular de la cuenta hacia la AFJP que la administra, ni mucho menos hacia la ANSES o hacia el Estado; cuanto más, sólo podrá hablarse de una desmembración de ese dominio, consistente en que el titular no puede utilizar el dinero allí depositado para otra finalidad que no sea el ahorro con vistas a su futura jubilación.

El derecho de propiedad en términos absolutos, como un derecho puro de uso, de goce y de disposición sobre una cosa no pasa de ser más que una abstracción, un arquetipo que no se presenta en ningún estadio de la evolución histórica. En todo ordenamiento jurídico siempre han existido limitaciones, por más mínimas que sean, al poder de disposición absoluto. Aún en el primitivo derecho romano, no obstante la dependencia de la voluntad del propietario con exclusión de la voluntad de otras personas que se asignaba a la propiedad como carácter relevante de ésta, no dejaban de existir limitaciones cuya existencia estaba lejos de desnaturalizarla. Vincenzo Arangio Ruiz señala que el derecho de propiedad era concebido por los romanos como un señorío del hombre sobre la cosa, garantizado por el derecho objetivo mediante la exclusión de toda ingerencia extraña, lo cual se reflejaba en el lenguaje común, que empleaba los mismos adjetivos posesivos para referirse a la propiedad y a los órganos y facultades corporales y espirituales del hombre. Así, en la *legis actio sacramenti*, su formulario expresa: *aiō hunc hominem, hanc domum, hoc volumen deum esse*. Pero, a continuación, destaca que lo dicho "no impide que la facultad de gozar de la cosa en algunas direcciones pueda corresponder a persona distinta del propietario (ejemplo, usufructuario, enfiteuta) o al propietario y a otros conjuntamente (ejemplo, servidumbre de tránsito) o, en fin, que el propietario pueda estar obligado con respecto a otros a abstenerse de ciertos actos de goce (ejemplo, *servitus altius non tollendi*). Pero es característico que los derechos sobre la cosa de otro, así definidos (los llamados derechos reales fraccionarios), no representan poderes definitivamente separados de la propiedad; por el contrario, toda vez que el derecho de otro se extingue, las facultades en él comprendidas vuelven ipso jure al propietario. Es éste el principio de la elasticidad del dominio (Cfr. Vincenzo Arangio Ruiz, *Instituciones de derecho romano*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1952, pag. 200. En idéntico sentido, puede verse Juan Iglesias, *Derecho romano. Historia e instituciones*. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1992, pags. 256-261; Jean Gaudemet, *Droit privé Romain*, Montchrestien, Paris, 1998, pag. 223; Fritz Schulz, *Derecho romano clásico*, Bosch, Barcelona, 1960, pag. 325; Paul Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit Romain*, Rousseau et Co., Paris, 1929, pags. 277-280).

En suma, todo derecho de propiedad ha reconocido siempre, según los casos, limitaciones a su poder de disposición, razón por la cual, en mi opinión, no cabe negar al monto existente en la cuenta de capital del titular el carácter de propiedad de éste. En el caso que nos ocupa, las sumas depositadas en la cuenta de marras lo fueron con la finalidad de obtener en el futuro un beneficio previsional y la circunstancia de que, hasta ese entonces, su titular no pueda extraer fondos de ella no lleva aparejado que éste no sea propietario de esa suma de dinero. Nos encontraríamos ante uno de los casos que Arangio Ruiz califica como de elasticidad del dominio, en los cuales, luego de un determinado periodo, las facultades que habían sido limitadas al propietario retornan al mismo. Se trata de una desmembración transitoria de algunas de las facultades inherentes al dominio que el titular ejerce sobre su cuenta, sin que éste pierda, en ningún momento, el carácter de propietario de la misma. Por otra parte, como lo he expresado anteriormente, la misma Ley 24.241 reconoce al titular, en sus artículos 54 y 82, el carácter de propietario de su cuenta de capitalización individual.

Ahora bien, la Ley 26.425, en virtud de la cual se elimina el régimen de capitalización, que es

absorbido y sustituido por el régimen de reparto, establece, en su art. 7, que se transfieren a la ANSES los recursos que integran las cuentas de capitalización de los afiliados y beneficiarios a aquel régimen, cuyos fondos pasarán a integrar el Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto creado por el Decreto 897/07. Considero que esta norma constituye una indudable transgresión al derecho de propiedad del aportante, toda vez que, como surge de lo anteriormente desarrollado, las cuentas de capitalización individual eran propiedad de sus titulares, razón por la cual el citado artículo ha de ser declarado inconstitucional, habida cuenta que entra en colisión con el art. 17 de nuestra Carta Magna.

Los fondos de las cuentas individuales de capitalización hállanse formados por los aportes efectuados por cada uno de sus titulares; por las rentas que, merced a las colocaciones realizadas por la AFJP pertinente pudieran haberlos incrementado; por los aportes voluntarios que eventualmente pudiera haber efectuado el titular; y por las sumas derivadas de los aportes provenientes de convenciones que el titular hubiese efectuado con cualquier persona física o jurídica para que éstas depositaran en su cuenta de capitalización sumas determinadas de dinero. La sumatoria de todos estos rubros constituye el fondo del cual el titular de cada cuenta es propietario, el que habría de serle entregado en razón de haber desaparecido el régimen previsional al cual había adherido.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, la demandada se reduce a petitionar la libre disponibilidad de los fondos que exceden os aportes obligatorios de ley existente en la cuenta de capitalización individual de propiedad del accionante, (ver escrito de fs. 12/17): En tal sentido, estimo que la a quo se ha excedido en su pronunciamiento, al ir más allá de los términos acotados de la demanda que nos ocupa.

Respecto a las sumas ingresadas a la cuenta de capitalización individual en virtud de depósitos voluntarios o convenidos realizados por su titular, el art. 6 de la Ley 26.425 establece que éste podrá transferirlos a la ANSES para mejorar su haber previsional conforme lo determine una reglamentación a dictarse, o a una administradora de fondos de jubilaciones y pensiones. Entiendo que esta limitación al poder de disposición del aportante también colisiona con la garantía de propiedad contenida en el art. 17 de la Constitución Nacional, puesto que acota arbitrariamente su libre facultad para dar a sumas de dinero de las que es propietario el destino que juzgue conveniente. Nada se opone a que si el titular de la cuenta desea efectuar esas colocaciones de dinero así lo haga; pero ellas no pueden serle impuestas por ley.

Las costas han de imponerse a la demandada vencida, tal como lo establece el art. 14 de la ley 16.986.

En lo atinente al monto de los honorarios regulados en favor de la representación letrada de la actora, estimo que el mismo ha de ser confirmado, toda vez que, en mi opinión, atiende en debida forma a la naturaleza de la cuestión debatida y a la importancia de la labor profesional desplegada en autos (art.13 de la ley 24.342).

Por consiguiente, de prosperar mi voto y oído el Ministerio Público, correspondería revocar el pronunciamiento materia del presente recurso y ordenar al organismo administrativo que, dentro del plazo de treinta días a partir de la notificación de esta sentencia, reintegre al titular el monto de las sumas obrantes en su cuenta de capitalización individual que exceden al monto de los aportes obligatorios que hubo de efectuar mientras se halló afiliado al régimen previsional de capitalización, confirmándose dicho pronunciamiento en lo atinente a la imposición de costas y a los honorarios regulados en favor de la representación letrada de la actora. v2

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: 1) declarar admisible el recurso deducido por la parte demandada; 2) hacer lugar parcialmente a la apelación interpuesta dejando sin efecto la condena sólo en cuanto ordena devolver la suma equivalente al valor de las cuotas acreditadas en la C.C.I. del actor al 9.12.08 con más sus intereses por el "saldo obligatorio" de la misma; 3)

confirmar la sentencia en lo demás que decide y fue materia de agravios, en base a los fundamentos y con los alcances indicados en los considerandos; y 4) imponer las costas de alzada a la demandada (art. 14 de la ley 16.986 y 68 primer párrafo del C.P.C.C.N.) y regular los honorarios de la dirección letrada de la parte actora por su intervención en esta instancia en el 30% de lo establecido en la de grado. Copíese, regístrese, notifíquese y oportunamente remítase.

NÉSTOR A. FASCIOLO. JUEZ DE CÁMARA

MARTIN LACLAU. JUEZ DE CÁMARA

JUAN C. POCLAVA LAFUENTE. JUEZ DE CÁMARA