

LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Graciela E. CIPOLLETTA*

Resumen. El objetivo de este artículo es explicar el sistema de seguridad social en la República Argentina. Se inicia con la explicación de los textos legales de jerarquía normativa superior y las reformas estructurales realizadas a partir de los años noventa. Se explican los organismos que intervienen en la materia, tanto en el ámbito administrativo como en el judicial. Se han resumido los requisitos y las prestaciones que corresponden a cada contingencia social, explicando cómo se articula en cada caso el seguro privado y el seguro social. A medida que se comprenden las coberturas de cada contingencia se aprecia la restricción de los derechos sociales que se ha operado a partir de la aceptación de políticas que coinciden con el llamado “Consenso de Washington”. Por último se hace referencia a la cuestión de género y a la importancia práctica que tendría la aprobación de los Convenios de la OIT en la materia.

I. MARCO LEGAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (O PREVISIÓN SOCIAL) EN EL DERECHO ARGENTINO

La República Argentina se rige por una Constitución nacional sancionada en 1853, de neto corte liberal, que sufrió enmiendas y modificaciones en distintos tiempos históricos. Los contenidos en materia de seguridad social se deben a las reformas de 1957 y 1994.

Conforme a ello podemos distinguir en el derecho interno tres marcos legales de nivel jerárquico superior a las leyes:

* Profesora titular regular de Derecho de la seguridad social en la Facultad de Ciencias Sociales y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, así como en la Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales.

1. *La Constitución nacional*

La Constitución nacional argentina en su propio preámbulo (que data de 1853) contempla la protección de todos los habitantes a las contingencias sociales, por cuanto en su texto impulsa a “promover el bienestar general para nosotros, para nuestra prosperidad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”.

La frase “bienestar general”, que se utiliza también en el preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos de América, se comprende acabadamente si se repara en la definición dada por el *Diccionario de la lengua española*,¹ en donde se define al “bienestar” como al “conjunto de las cosas necesarias para vivir bien; vida holgada o abastecida de cuanto conduce a pasarlo bien y con tranquilidad; estado de la persona humana, en el que se le hace sensible el buen funcionamiento de su actividad somática y síquica”. Y se define a “general” como lo que es “común a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos, aunque sean de naturaleza diferente”.

Nuestra Constitución ha sido muy generosa en cuanto a los sujetos protegidos, por cuanto no sólo se refiere al pueblo argentino y su posteridad, sino a todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino. Por ello, dentro de nuestra legislación sólo resulta exigible el requisito de residencia pero no el de nacionalidad para obtener algún beneficio de la seguridad social.

El articulado del texto constitucional de 1853, con excepción del mandamiento contenido en el preámbulo, no contenía disposiciones específicas sobre la protección al trabajo ni durante la vida laboral ni cuando, por alguna razón no imputable a su voluntad, el trabajador se ve privado de él. Quizá porque es recién a fines del siglo XIX que comienza a consolidarse en el mundo la idea de protección del asalariado frente a las contingencias que le impidan obtener el sustento mediante su trabajo, y es recién, ya avanzado el siglo XX, que comienza a concebirse la idea de que dicha protección se haga extensiva a todos los seres humanos.

¹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 21a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1992.

Entre otras razones, influyó para ello la voz de los pontífices de la Iglesia Católica. En la encíclica *Rerum Novarum*, León XIII (1891) nos dice: "...los que gobiernan un pueblo deben primero ayudar en general y con todo el complejo de leyes e instituciones...". Cuarenta años después, en *Cuadragésimo Anno*, Pío XI recoge los mismos principios. En *Mater et Magistra* (1961) nos dice Juan XXIII: "Los sistemas de seguros sociales y de seguridad social pueden contribuir eficazmente a una redistribución de una renta total de la comunidad política, según criterios de justicia y equidad; y pueden por lo tanto considerarse uno de los instrumentos para reducir los desequilibrios en el tenor de vida, entre las varias categorías de ciudadanos".

En 1948 la Declaración Universal de los Derechos del Hombre proclamó en su artículo 22: "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social...".

La reforma constitucional de 1957 responde a las ideas sociales de la posguerra y en el artículo 14 bis, con el objeto de proteger el trabajo ("el que gozará de la protección de las leyes"), introduce el seguro social obligatorio. Su texto expresa:

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 protección integral de la familia; la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

En este párrafo el Constituyente determinó no sólo el rol tutelar que le cabe al Estado, sino también el método de financiación de las coberturas, la forma de administración de esos fondos, los sujetos facultados para su administración, los caracteres de los beneficios y las contingencias amparadas.

Se trata de garantías otorgadas al *trabajador* con el propósito de que tanto él como su grupo familiar encuentren efectivo amparo económico frente a las contingencias sociales, ya que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes.

Sobre esa base, el sistema de financiación se sustenta en el aporte personal y la contribución patronal típica del seguro social, y la administración de los recursos, con autonomía financiera y económica, se confiere a los interesados, por aplicación del principio de subsidiaridad que caracteriza al derecho de la seguridad social.

La reforma constitucional de 1994 ratificó el artículo 14 bis, y dentro de las facultades del Congreso de la Nación (artículo 75, incisos 19 y 23, CN) incorporó, entre otras cosas, las llamadas cláusulas del *progreso social*.

La norma es clara en el sentido de que esta incorporación no disminuye ni altera los derechos consagrados en la primera parte de la Constitución, por lo que la única interpretación posible es que los trabajadores y su grupo familiar conservan todas las seguridades consagradas en el artículo 14 bis, incorporándose asimismo todos aquellos sectores de la población que por alguna circunstancia no se encuentran comprendidos en el seguro social o no han podido cumplir los requisitos allí exigidos.

La legislación anterior a la reforma citada ya contemplaba beneficios de carácter no contributivo que tienen por objeto dar una cobertura social como reconocimiento de servicios prestados a la patria o por tratarse de personas que se encuentren en una situación social de grave carencia o necesidad.

A partir de 1991 se operan reformas estructurales, que a pesar de no adecuarse a la letra ni al espíritu de la Constitución se mantienen incólumes hasta nuestros días. El proceso transformador comienza con el dictado del decreto 2284 del 31 de octubre de 1991 por el cual se estatizan los sistemas de seguridad social para poder privatizar parte del sistema de jubilaciones y pensiones en 1993. El proceso de cambio consistió en una política de reducción de beneficios, flexibilización laboral, baja de las cotizaciones, ajustes en las prestaciones, eliminación de la movilidad previsional, desuniversalización del sistema de asignaciones familiares, eliminación de beneficiarios de pensión, aumento de las edades de retiro, etcétera. Estas reformas alejan definitivamente el modelo de la seguridad social argentino de su norma constitucional.

Como consecuencia de todo ello puede afirmarse que, en general, las reformas no han favorecido los niveles de protección ni han mejorado la gestión de la seguridad social.

Este fenómeno, extendido también a la mayoría de los países latinoamericanos, ha generado la construcción de una importante corriente académica dedicada al análisis de la regresividad de los derechos sociales.²

2. *Los tratados internacionales con jerarquía constitucional*

La reforma constitucional de 1994 otorgó jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales (véase artículo 75, inciso 22, de la ley fundamental) que contienen axiomas y/o directivas de importancia en materia de seguridad social y que se proyectan sobre la base estructural de la previsión social por su contenido axiológico.

Los tratados incorporados al texto constitucional que contienen normas de derecho de la seguridad social son a nuestro juicio:

- 1) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XVI y XXXV.
- 2) Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 22 y 25.
- 3) Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 25.
- 4) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 9o.
- 5) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 11, inciso e.

3. *Los tratados internacionales de naturaleza provisional*

Siendo la universalidad uno de los principios cardinales de la seguridad social, es común la celebración de tratados entre distintos estados en materia provisional con el objeto de asegurar beneficios de tal naturaleza para sus ciudadanos residentes en el extranjero y para extranjeros residentes en el país.

La República Argentina, que se ha caracterizado por ser un país fundado y desarrollado por inmigrantes, ha celebrado numerosos tratados bilaterales de tal rango, cuya fuerza vinculante es similar a la de la ley.

² Curtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Argentina, CEDAL-CELS, Editores del Puerto, 2006.

Desde otro punto de vista, la nación argentina ha celebrado tratados en materia previsional de carácter multilateral.

En particular se destaca el Acuerdo Multilateral del Sur (Ley 25655) celebrado en el marco del Mercado Común Sudamericano (Mercosur).

4. *La legislación nacional de la República Argentina*

Las leyes que establecen el régimen nacional de seguridad social en la República Argentina se diseñaron conforme a la clasificación de contingencias sociales del profesor Severino Aznar. En esta materia, la importancia de la ley fue reiteradamente considerada por la jurisprudencia.³

A. Cobertura de las contingencias de vejez, invalidez y muerte

La Ley 24241, llamada Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, de carácter general, incluye la casi totalidad de los trabajadores dependientes públicos y privados y a los trabajadores autónomos y los siguientes regímenes especiales: docentes (Ley 24016); investigadores, científicos y técnicos (leyes 22929, 23026 y 23626); magistrados y funcionarios del Poder Judicial (Ley 24018), y funcionarios del servicio exterior de la nación (Ley 22731).

Tienen su propio sistema de cobertura, por las contingencias señaladas en el párrafo anterior, las fuerzas armadas y de seguridad, los funcionarios públicos de los gobiernos provinciales que no hubieren adherido a la Ley 24241, los profesionales con cajas de previsión especiales, los sacerdotes del culto católico y los guarda parques nacionales.

Existen, asimismo, regímenes diferenciales para trabajadores que se desempeñan en tareas insalubres, riesgosas o predisponentes de vejez. Estos regímenes, a diferencia de los especiales y de los excluidos, se rigen, en lo

³ “Desde el punto de vista práctico, no puede desconocerse que la ley resulta ser la fuente más importante del derecho previsional ya que, como ha señalado la jurisprudencia, sobre sus lineamientos descansa la organización política, social y económica de la nación, constituyendo su fundamento la necesidad de resguardo de la seguridad jurídica” (*cf.* CSJN, sentencia del 15 de julio de 1954, *S.A. Standt y Cia c/ Emilio Padua y otros*, Fallos 229:368. Sentencia del 29 de febrero de 1956, *Delsoaglio, Francisco c/ Pablo Casale S.A Ltda*, Fallos 234:82).

que no sea edad y años de servicios, por las disposiciones de la Ley General del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones.

B. Cobertura de las cargas familiares

Las leyes 24714 y 24716 rigen para los trabajadores dependientes públicos nacionales y privados. Se incluyen los jubilados y pensionados, los beneficiarios de pensiones no contributivas por invalidez, los beneficiarios de la ley de riesgos del trabajo y los beneficiarios del seguro de desempleo.

Tienen su propio sistema de asignaciones familiares los empleados públicos de los gobiernos provinciales, las fuerzas armadas y de seguridad y los docentes del ámbito privado. No tienen esta cobertura los trabajadores del servicio doméstico ni los trabajadores autónomos.

C. Cobertura de la contingencia de desempleo

Ley 24013. Esta cobertura se aplica sólo a los trabajadores del ámbito privado, con exclusión del servicio doméstico.

D. Cobertura de la enfermedad y el accidente inculpable

Leyes 23660, 23661 y 19032. Se aplican a la totalidad de los trabajadores dependientes del ámbito privado, a los trabajadores públicos del Poder Ejecutivo, a los jubilados y pensionados, a los beneficiarios de pensiones no contributivos y a algunas categorías de trabajadores autónomos.

Tienen un sistema especial los agentes activos de las administraciones públicas de los gobiernos provinciales, las fuerzas armadas y de seguridad, las universidades nacionales, los funcionarios y empleados del Poder Judicial y los funcionarios y empleados del Poder Legislativo Nacional.

E. Cobertura de los accidentes y enfermedades profesionales

Ley 24557. Se aplica a la totalidad de los trabajadores dependientes públicos y privados.

Esta cobertura no resulta aplicable a los trabajadores del servicio doméstico. No tienen esta cobertura los trabajadores autónomos.

F. Disposiciones comunes

Estas disposiciones resultan de aplicación para los trabajadores registrados, utilizándose métodos de financiación mixtos. Es decir, los sistemas se financian con aportes y contribuciones patronales, impuestos específicos, partidas de rentas generales e incluso pagos por cuenta exclusiva del empleador.

G. Otros beneficios

Completan la normativa básica del cuadro de beneficios de la seguridad social las pensiones no contributivas que focalizan la cobertura a los sectores carenciados de la población, los cuales deben demostrar *indigencia* a efectos de acceder al beneficio.

Las más importantes son:

- Pensiones no contributivas por invalidez.
- Pensiones no contributivas por vejez.
- Pensiones no contributivas para madres de más de siete hijos.

Estas pensiones sólo se otorgan hasta el monto que permitan las partidas presupuestarias destinadas al efecto.

5. Retroceso en las protecciones legales

Debe señalarse que en la República Argentina, en el proceso de reformas estructurales iniciado en 1991, se han reducido los niveles de cobertura en la medida en que han aumentado los requisitos para acceder a las prestaciones, se han eliminado beneficiarios, se ha reducido la cuantía de las prestaciones, se han desuniversalizado ciertos beneficios, etcétera. Como consecuencia de ello puede afirmarse que, en general, las reformas no han favorecido los niveles de protección ni han mejorado la gestión de la seguridad social.

II. INSTITUCIONES NACIONALES DE SEGURIDAD O PREVISIÓN SOCIAL. BREVE DESCRIPCIÓN DE SU ORGANIZACIÓN Y DE SU FINANCIAMIENTO

En la República Argentina, habiéndose adoptado un sistema de cobertura basado fundamentalmente en el método de cotización del seguro social (aportes y contribuciones patronales y recursos de rentas generales) que se complementa con un sistema asistencial financiado con rentas generales y bajo prueba de pobreza, los organismos de gestión de ambos sistemas se encuentran respectivamente bajo la jurisdicción de dos ministerios: el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y el Ministerio de Desarrollo Social. Este último es el encargado de otorgar las pensiones no contributivas (que requieren prueba de pobreza) y otras de carácter honorífico, como es el caso de los excombatientes en la guerra de Malvinas.

En el ámbito del Ministerio de Trabajo se encuentra el más grande organismo de gestión en la materia: la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS), encargado de administrar los componentes públicos del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, el subsidio por desempleo y el sistema de asignaciones familiares.

Contraviniendo lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 14 bis de la Constitución nacional (transcrito en el apartado I), se trata de un organismo descentralizado de naturaleza estatal en cuya administración sólo interviene el Estado. La reforma sobre los organismos de gestión de la seguridad social operada en 1991 desplazó de la administración a los sectores de trabajadores y empresarios (véanse decretos 2284/91 y 2741/91).

En la nueva configuración de la gestión administrativa se priva a los interesados de un derecho social fundamental, que es el derecho a administrar los sistemas de seguridad social. El Estado se erige en administrador de todos los sistemas, excepto lo que expresamente privatizó para entregarlo a entidades comerciales con fines de lucro.

La doctrina es unánime en cuanto a los alcances de la administración del sistema por los interesados y lo que ello significa para los derechos subjetivos en juego.⁴

⁴ Vázquez Vialard sostiene sobre la cuestión: “Quizá adquiera mayor importancia que la

Siendo hoy un organismo estatal, el ANSeS se financia con recursos de rentas generales con una cifra equivalente a un porcentaje del total de los fondos que gestiona.⁵

naturaleza jurídica del derecho público o privado de la agencia, la participación de los interesados en su administración. Según ya se indicó el artículo 14 bis, Constitución Nacional, establece al respecto como exigencias que esas «entidades nacionales o provinciales» deben tener «autonomía financiera y económica» y deben ser «administradas por los interesados con participación del Estado». Por consiguiente, la directiva legal es que se admita la participación de los interesados y no se trate de una administración puramente estatal. Está ello de acuerdo con el principio de la subsidiaridad que no sólo rige respecto del funcionamiento del sistema, sino también de su administración”, y más adelante agrega: “La importancia de los intereses en juego, de los cuantiosos fondos que maneja la seguridad social y en especial de que la administración sea fluida, exige esa distribución de poderes... La participación de los interesados no sólo corresponde a un derecho de ellos a tomar intervención por la vía del control de gestión, es fundamental que también lo haga en la fijación de las políticas y en el funcionamiento de esos organismos de carácter intermedio. Además permite al afiliado manifestar su opinión y, llegado el caso, su crítica o su queja, respecto de la prestación del servicio, directamente a través de su representante logrará más inmediatamente todavía la solución de ciertas deficiencias que no admiten demoras...”.

Sobre la cuestión dice Hunicken: “En el mundo iberoamericano la gestión de la seguridad social será tanto más eficaz cuanto mayor sea el grado de participación responsable de los interesados y no sólo en el ámbito central, sino a los distintos niveles territoriales, locales o sectoriales. El planteamiento, pues, de esa participación de los interesados en forma de gestión responsable entendemos que debe ser esencial para configurar un nuevo modelo que llamamos de seguridad social participada” (Hunicken, Javier, *Curso de seguridad social*, Argentina, Depalma, 1978, p. 48).

La cuestión está también íntimamente vinculada a la subsidiaridad del Estado en esta materia, que es un principio rector de igual tenor que la solidaridad. Al respecto, Humberto Podetti señala: “Como ya se señaló antes, la extensión del campo de aplicación del sistema impone una mayor responsabilidad al Estado en cuanto a la seguridad social se refiere. Pero con ser ello cierto, hay que cuidar de que la intervención estatal sea subsidiaria, complementando, sobre todo en los aspectos financieros, las insuficiencias en seguridad social de sectores que no han alcanzado todavía el desarrollo social a que tienen derecho. La concepción de la seguridad social como *servicio público*, si se la entiende como una función monopolizada por el Estado y originariamente de su competencia exclusiva, aunque tolere delegaciones, resulta atentatorio al principio de subsidiaridad. El necesario control de la gestión por parte del Estado, y en su caso, de ser necesaria, la asunción de responsabilidades por él, no debe conducir a la estatización, abierta o velada, del sistema de seguridad social” (Podetti, Hugo, *Política social*, Argentina, Astrea, 1982, p. 197).

⁵ Naturaleza jurídica de ANSeS: el ANSeS, organismo descentralizado dentro de la jurisdicción del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, no es el Estado. De todos modos, aun si se admite que forma parte del Poder Ejecutivo, la Ley 24463 (Adla, LV C 2913) no viola el principio de igualdad entre las partes al modificar la competencia en juicios en que el mencionado organismo es parte, pues fue el Poder Legislativo, que no interviene en el juicio, el que

A partir de las reformas estructurales realizadas en los años noventa, como ya se expresó, se incorporan como organismos de seguridad social empresas comerciales, generalmente bajo la forma de sociedades anónimas, denominadas Administradoras de Fondos de Jubilaciones y pensiones (AFJP). Estas entidades se encargan de gestionar los aportes personales de los afiliados al régimen de capitalización, invirtiéndolos y destinándolos al pago de las prestaciones con los alcances y las limitaciones que la ley les establece.⁶

Estas entidades con fines de lucro perciben una comisión que se calcula en un porcentual sobre la totalidad de la remuneración del trabajador dependiente y se cobra a través del organismo recaudador de las cotizaciones, quien deriva los aportes a la administradora que corresponda. Están supervisadas por un organismo, creado junto con el nuevo sistema, de carácter autárquico con autonomía funcional y financiera, denominado Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, cuyos recursos para supervisar a las administradoras son provistos por éstas.

dictó la ley citada (CNASS Sala I 10710/95 Vicente Elvira c. ANSeS D J 1995 2 1183 DT 1995 B 2359, Kessen c. ANSeS, La Ley 1997 B 141).

Aun sin intervenir en estricta calidad de contraparte en los términos que establece la Ley 24463 (Adla LV C 2913), la ANSeS tiene legitimación para actuar en defensa de la legalidad del acto administrativo impugnado, y nada le impide ejercitar ese derecho efectuando las presentaciones conducentes, pues la administración y defensa de sus intereses en la controversia judicial —que son los afiliados en su conjunto— no deriva de la calidad de parte demandada de aquel organismo, ni depende de que una norma le confiera el derecho a ser oído antes de la sentencia, sino de la conveniencia de su intervención en el debate, que se justifica por el carácter de las funciones públicas que desarrolla (CSJN, 10 de octubre de 1996, Hussar, Otto c. ANSeS, La Ley 1996 E 575 DT 1996 B 2861 DJ 1997 1-442, con nota de Carlos E. Colautti).

⁶ Forma jurídica de las AFJP: “Cualquiera sea la forma jurídica elegida para la constitución de la administradora, ella: 1. Debe tener el objeto único y exclusivo determinado en el artículo 59, administrar un fondo único de jubilaciones y pensiones y otorgar prestaciones y beneficios de ley; 2. Está sujeta a los mismos requisitos y normas legales y reglamentarias, y 3. Está sometida al contralor y supervisión directa de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (SAFJP). Dependiendo de la forma jurídica elegida, la administradora podrá quedar sujeta al contralor de distintos órganos de fiscalización. Así, por ejemplo, si se trata de una cooperativa, la misma quedará sometida a la fiscalización del Instituto Nacional de Acción Cooperativa. Sin embargo, el artículo dispone que dichos órganos de control deberán actuar sin interferir las funciones específicas de la Superintendencia. Esta redacción enfática parece ociosa. En efecto, todos los órganos del Estado, inclusive la misma Superintendencia, deben cumplir exclusivamente sus funciones específicas, sin interferir en la actividad regular de otros órganos” (Bianchi, Roberto y Capón Filas, Rodolfo, *Sistema integrado de jubilaciones y pensiones*, Argentina, Zabala Editor, 1994, p. 133).

En el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones intervienen también los siguientes organismos: Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN), Banco Central de la República Argentina (BCRA), y la Comisión Nacional de Valores (CNV).

La gestión tripartita que señalamos, en la Constitución nacional argentina quedó reducida al llamado Consejo Nacional de Previsión Social. Se trata de un consejo meramente asesor sin ninguna facultad de gestión, integrado por representantes de los propios beneficiarios. Su actuación no se ha dado a conocer desde los años de inicio del sistema.

Debe señalarse además que existen en la República Argentina más de sesenta cajas de jubilaciones profesionales y cajas de previsión provinciales y municipales pertenecientes a aquellas provincias y municipios que no han cedido sus sistemas a la nación. Estos organismos se ocupan de su propia recaudación.

Existen asimismo cajas complementarias que pertenecen a diferentes colectivos laborales; se trata de sistemas de reparto de carácter profesional que tienen por objeto complementar los beneficios generales.

En materia de cobertura de enfermedades y accidentes inculpables los organismos encargados de otorgar (por sí o por terceros) las prestaciones en especie para el trabajador y su grupo familiar se denominan agentes del seguro de salud. Su naturaleza jurídica varía según su origen, caracterizándose por utilizar la mutualidad como modelo de gestión. Se las conoce vulgarmente por el nombre de *obras sociales* y mayoritariamente son de carácter sindical (esto es, entidad sin fines de lucro administrada por el sindicato de la actividad que tenga personería gremial), siendo su naturaleza jurídica más próxima a un ente público no estatal que a un ente privado. El personal superior fuera del convenio colectivo de trabajo tiene sus propias obras sociales, con un régimen muy similar, aunque aportan un porcentaje mayor al Fondo Solidario de Redistribución, fondo que tiene por objeto equilibrar los ingresos de las obras sociales que cubren trabajadores de salarios bajos con las que agrupan trabajadores de salarios altos.

Como ya se expresó, los agentes del seguro de salud se crean originariamente sin fin de lucro, pero a partir de las reformas estructurales de los años noventa, pueden ceder su administración a gerencadoras o concesionarias, que son empresas privadas de administración con fines de lucro. La

función de estas últimas es sólo administrar los recursos con los cuales contratan a los prestadores (médicos, sanatorios, etcétera), es decir, a aquellas personas o entidades cuyo objeto es el servicio de salud, hacen publicidad, ofrecen planes o servicios adicionales, entre otros. Con anterioridad a las reformas de los años noventa, las obras sociales no podían ceder ni concesionar la administración de los recursos, ni cobrar adicionales; estos nuevos elementos van aproximando el modelo más al seguro privado que al seguro social solidario.

Entre las obras sociales cabe destacar el Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, que otorga la cobertura médico-asistencial a la totalidad de los jubilados y pensionados nacionales. Este organismo fue creado por ley como organismo público no estatal. Se encuentra intervenido por el Estado desde hace más de nueve años. La supervisión se encuentra a cargo de un ente estatal denominado Superintendencia de Servicios de Salud, que actúa bajo la jurisdicción del Ministerio de Salud de la nación.

En materia de accidentes y enfermedades del trabajo la gestión está a cargo de las llamadas administradoras de riesgos del trabajo (ART), que son empresas privadas con fines de lucro a las que los empleadores, mayoritariamente, están obligados a contratar. Éstas contratan a prestadores para atender exclusivamente los accidentes de trabajo y las enfermedades laborales. Cuando así no lo hacen, por desconocer el carácter del accidente o de la enfermedad, el trabajador debe recurrir a la obra social o al hospital público.

Del mismo modo que en el caso de las AFJP, su supervisión está a cargo de una entidad autárquica denominada Superintendencia de Administradoras de Riesgos del Trabajo, cuyos recursos son provistos por las propias ART.

Por último, el órgano encargado de la recaudación de las cotizaciones para la totalidad de los sistemas mencionados es la Administración Federal de Ingresos Públicos. Es decir, las cotizaciones a la seguridad social reciben el mismo tratamiento que los impuestos y son recaudados por el mismo organismo estatal. En este punto, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia no ha variado en cuanto al diferente carácter que poseen los aportes y contribuciones de los impuestos.⁷

⁷ En la República Argentina la cuestión que nos ocupa fue dirimida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que es el máximo tribunal judicial y el último intérprete de la Constitución nacional.

III. SEGUROS VIGENTES: RIESGOS DE TRABAJO, ENFERMEDADES, MATERNIDAD, VEJEZ, CESANTÍA POR EDAD AVANZADA, INVALIDEZ, VIDA, RESPONSABILIDADES FAMILIARES, DESEMPLEO. APLICACIÓN DE SISTEMAS DE REPARTO Y/O DE CAPITALIZACIÓN INDIVIDUALIZADA. CARACTERÍSTICAS DE LOS MISMOS

1. *Esquema general de los seguros*

Si por seguros entendemos el *seguro social*, establecido en el texto constitucional, podemos afirmar que el esquema de recaudación de la cobertura de

En autos *S.A. Ingenio La Esperanza v. Caja de Subsidios Familiares para el Personal de la Industria*, Fallos 273: 247, sentencia del 16 de abril de 1969, *Caja de Subsidios Familiares para el Personal de Comercio v. Jacobo Peuser*, Fallos 299:398 y *Dirección Nacional de Recaudación Previsional v. SCA Hueyo, Bengolea y Cía*, Fallos 299:403, sentencias del 27 de diciembre de 1977, la Corte sostuvo que los aportes y contribuciones a la seguridad social no constituyen obligaciones de naturaleza impositiva.

En autos *Caja de Subsidios Familiares para el Personal de la Industria v. Standard Papelera S.A.*, DT p. 227, sentencia del 7 de febrero de 1978, el alto tribunal reiteró que los aportes y contribuciones de la seguridad social no tienen naturaleza tributaria.

En el primero de los autos citados se expresó: “Los aportes que los empleadores efectúan a las cajas de asignaciones familiares representan una carga de orden social, con la que se constituye un fondo compensador que administra cada una de las cajas. No son una contribución de carácter impositivo”.

La doctrina aquí sentada fue reiterada en numerosos pronunciamientos. Así en autos *Dibaré J.A. v. CASFEC*, TSS, 1975, p. 306, se expidió la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires diciendo: “...Los aportes a las cajas de subsidios no tienen carácter impositivo, sino que son una carga social”.

Para comprender el sentido y alcance de los pronunciamientos señalados se hace necesario recordar aquí los caracteres jurídicos de los aportes en la legislación argentina.

En palabras de José M. Goñi Moreno (*Derecho de la previsión social*, Argentina, Ediar, 1956, p. 382): “Los aportes y contribuciones tienen los siguientes caracteres generales: a) Son forzosos. Ni el trabajador ni el empleador podrían eximirse de efectuarlos, desde el momento que derivan de una obligación establecida por la ley. b) Son inembargables, como lo son todos los bienes de las cajas. c) Son definitivos, al no poder exigirse su devolución. d) Son proporcionales a las remuneraciones que se perciben, aunque no guardan una relación directa con el monto del beneficio, toda vez que no se trata de relaciones estrictamente conmutativas... La individualidad financiera de las cajas robustece la afectación de los aportes a favor de la categoría de trabajadores ligados por el vínculo de la actividad común, dentro de la caja respectiva. Es necesario formular sin embargo una salvedad, en cuanto a la *propiedad de los aportes*: cuando la Ley 4349 introdujo el principio de que los fondos y rentas de la caja son de propiedad de las personas comprendidas en la misma, no consideró por ello que los aportes sean de propiedad personal de cada afiliado, quien en tal caso podría obtener su devolución —como si se tratase

las contingencias sociales se mantiene dentro de las características del mismo. Es decir, el sistema de cotizaciones sobre la nómina salarial sigue vigente para la totalidad de los riesgos cubiertos para el trabajador dependiente, sin perjuicio de las aportaciones que hace el Estado mediante impuestos específicos o rentas generales.

En materia de beneficios se ha incorporado, con las reformas de los años noventa, el instituto del seguro privado para atender las contingencias de invalidez y muerte en actividad (con alguna variante en la financiación, ya que en la última reforma han desaparecido las compañías de seguros de vida e invalidez colectivas) y para la cobertura de los accidentes y enfermedades del trabajo.

Los restantes beneficios puede decirse que se han mantenido dentro del esquema del seguro social, con excepción de la cobertura de vejez en el régimen de capitalización, que escapa a uno u otro concepto tratándose simplemente de un sistema de recupero limitado y regulado de ahorros capitalizados, aunque se contrate una renta vitalicia con una compañía de seguros privada.

2. Los seguros en las contingencias en particular

Tratando de dar mayor claridad al tema de los seguros sociales y los seguros privados en la atención de las distintas contingencias cubiertas, explicaremos la forma de atenderlas en el orden señalado en el título.

A. Riesgos de trabajo

Para atender los accidentes y enfermedades del trabajo, los empleadores están obligados a contratar un seguro privado con una entidad privada con fines de lucro, denominada Administradora de Riesgos del trabajo (ART).⁸

de depósitos efectuados a una cuenta corriente bancaria— cada vez que lo reclamara. De ahí que la discusión parlamentaria de la citada ley haya aclarado el alcance del precepto, en el sentido de que se trata de un fondo público cuya propiedad corresponde a la masa de afiliados”.

⁸ Artículo 3o. de la Ley 24557, Seguro obligatorio y autoseguro:

1. Esta LRT rige para todos aquellos que contraten a trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación.

Existe la posibilidad de autoasegurarse cumpliendo una serie de requisitos que implican para el empleador poseer una sólida posición financiera, por lo que las empresas autoaseguradas resultan minoritarias.

El seguro contratado con la ART tiene por objeto la prevención y la cobertura médica y monetaria de los accidentes y enfermedades del trabajo. En el enunciado de la ley se encuentra también como objetivo la reducción de la siniestralidad, la recalificación y recolocación del trabajador damnificado y la promoción de la negociación colectiva para la mejora de las medidas de prevención y de las prestaciones reparadoras.

Se indemniza la incapacidad laboral temporaria, la incapacidad laboral permanente provisoria y/o definitiva, la gran invalidez (cuando el damnificado requiere la atención permanente de una asistente) y la muerte. Las enfermedades profesionales cubiertas son sólo las establecidas en un listado especial. Cuando la incapacidad se declara definitiva el beneficiario damnificado contrata con la ART o con una compañía de seguros de retiro una renta periódica de pago mensual.

Las indemnizaciones están tarifadas en la ley, dependiendo del grado de incapacidad del damnificado. Se impide otro tipo de reclamo, por lo que a medida que la ley fue surtiendo sus efectos sociales el nivel de litigiosidad fue creciendo, ya que este sistema de seguro privado no cubre integralmente el daño producido.

Por tal motivo, la Corte Suprema de Justicia ha declarado ya la inconstitucionalidad del mecanismo que impide reclamar una mayor indemnización que la establecida en la ley cuando esta tarifa produce un menoscabo, no reparando integralmente el daño.⁹

2. Los empleadores podrán autoasegurar los riesgos del trabajo definidos en esta ley, siempre y cuando acrediten con la periodicidad que fije la reglamentación:

a) Solvencia económico-financiera para afrontar las prestaciones de esta ley;
b) Garanticen los servicios necesarios para otorgar las prestaciones de asistencia médica y las demás previstas en el artículo 20 de la presente ley.

3. Quienes no acrediten ambos extremos deberán asegurarse obligatoriamente en una Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART) de su libre elección.

4. El Estado nacional, las provincias y sus municipios y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires podrán igualmente autoasegurarse.

⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21 de septiembre de 2004, “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, en *Suplemento especial*, Argentina, La Ley 2004 (septiembre), 39, con nota de Ramón D. Pizarro; Roberto A. Vázquez Ferreyra; Rodolfo E. Capón Filas;

La limitación en el listado de enfermedades profesionales cubiertas por el seguro es también otra fuente de litigios y un retroceso en el nivel protectorio del trabajador.

B. *Enfermedad*

Las enfermedades y accidentes inculpables (los que no se producen por el hecho o en ocasión del trabajo) encuentran su protección dineraria en la propia Ley de Contrato de Trabajo, permitiendo que el trabajador goce de licencias pagas con cobro íntegro de su remuneración, que se encuentra a car-

Marcelo López Mesa; Carlos V. Castrillo; Horacio Schick. DJ 2004-3, 339-DT 2004 (septiembre), 1286-DJ 2004-3, 394, con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra - RCyS 2004, 542, con nota de Carlos A. Ghersi - ED 25/10/2004, 5 - DJ 2004-3, 798, con nota de Angel E. Gatti - TySS 2004, 778 - LA LEY 2005-A, 230, con nota de José P. Descalzi - DJ 2004-3, 1094, con nota de Carlos A. Ghersi - IMP 2004-B, 2588 - JA 2006-IV, 15.

Es inconstitucional el artículo 39, inciso 1, de la Ley de Riesgos del Trabajo (Adla, LV-E, 5865) que exime al empleador de responsabilidad civil mediante la prestación del artículo 15, inciso 2, segundo párrafo, de aquélla, en cuanto importa un franco retroceso de la reparación integral, resulta contrario al principio constitucional que prohíbe a los hombres dañar los derechos de un tercero, a la justicia social y a la dignidad humana (del voto de los doctores Petracchi y Zaffaroni).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26 de octubre de 2004, Milone, Juan A. c. Asociart S.A. ART, La Ley, 29 de octubre de 2004, 4-DJ 2004-3, 735, con nota de Horacio Schick; La Ley, 2 de febrero de 2005, 16, con nota de Fernando D. Álvarez Álvarez; IMP 2004-B, 2608, La Ley, 25 de septiembre de 2006, 7, con nota de Marcelo Bufacchi; La Ley 2006-E, 502, con nota de Marcelo Bufacchi, TySS 2004, 944 - JA 2004-IV, 42 - ED 210, 198.

El sistema de pura renta periódica regulado en el original artículo 14.2.b. de la Ley 24.557 de riesgos del trabajo (Adla, LV-E, 5865) importa un tratamiento discriminatorio para los damnificados víctimas de las incapacidades más severas —superiores al 20% e inferiores al 66%—, en tanto a quienes sufren una minusvalía de rango inferior les reconoce una indemnización de pago único, distinción que no se compadece con la atención de las necesidades impostergables de las víctimas más afectadas por la incapacidad, desnaturalizándose por esa vía la finalidad protectoria de la ley (artículos 16 y 75, inciso 23, Constitución nacional).

Corte Suprema de la Nación, Díaz, Timoteo F. c. Vaspia S. A., La Ley, 18 de septiembre de 2006, 8, con nota de Luis Armando Carello; La Ley 2006-E, 449, con nota de Luis Armando Carello.

Es inconstitucional el artículo 39, inciso 1, de la Ley de Riesgos del Trabajo (Adla, LV-E, 5865) que exime al empleador de responsabilidad civil mediante la prestación del artículo 15, inciso 2, segundo párrafo, de aquélla, en cuanto importa un franco retroceso de la reparación integral; resulta contrario al principio constitucional que prohíbe a los hombres dañar los derechos de un tercero, a la justicia social y a la dignidad humana (de la sentencia de la Corte según la doctrina sentada en “Aquino”, 21 de septiembre de 2004).

go del empleador. Vencidas las licencias que establece la ley (que van de tres meses a un año, según se trate de trabajadores con cinco o más años de antigüedad y según tenga o no cargas de familia), el empleador está obligado a conservar el empleo por el plazo de un año. En este año no goza de remuneración pero sí de la atención gratuita de cobertura médica, prestación a cargo del seguro social de salud.

Las prestaciones en especie que recibe el trabajador, tanto durante la vigencia del contrato de trabajo como durante las licencias y las suspensiones de éste (en especial la prohibición legal de trabajar por maternidad y el año de reserva del puesto), se otorgan también al grupo familiar del trabajador.

Durante las interrupciones de la relación laboral no existen cotizaciones individuales del beneficiario y su familia, siendo los costos soportados por la totalidad del colectivo laboral que genera los aportes y contribuciones al modelo.

Entiéndase por grupo familiar no sólo la familia legítima sino también quienes convivan con el titular del derecho, recibiendo de éste ostensible trato familiar. La cobertura para los hijos se extiende hasta los 21 años y puede llegar hasta los 25 años si el hijo estudia y se encuentra a cargo del titular.

Para percibir las prestaciones en especie no se requieren periodos de carencia y está prohibido someter al trabajador o a su grupo familiar a exámenes que tengan por objeto detectar enfermedades preexistentes.

La Corte Suprema de Justicia ha entendido invariablemente que las prestaciones que se otorguen deben atender la salud de manera integral, debiendo el sistema poner todos los medios a su alcance para prevenir y/o atender la enfermedad.¹⁰

No obstante, en la década de los noventa se dictó una resolución de carácter general que estableció el denominado Programa Médico Obligatorio

¹⁰ “La función específica y la obligación primordial de la obra social consiste en la prestación médica integral y óptima... enderezada a resguardar la vida y la salud de los afiliados prestatarios del servicio. Cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema...” (CSJN, 29 de marzo de 1984, ED 108, p. 515).

“La materia de la seguridad social rebasa el cuadro de la justicia conmutativa que regula prestaciones interindividuales sobre la base de una igualdad estricta, para insertarse en la justicia social, cuya exigencia fundamental consiste en la obligación de quienes forman parte de una determinada comunidad de contribuir al mantenimiento y estabilidad del bien común propio de ella” (CSJN, Fallos 300:836).

(PMO), que contiene las especificaciones de las enfermedades y accidentes cubiertos.

El sistema se financia con el 6% de contribución patronal y el 3% de aporte personal, ambos calculados sobre el total de la remuneración del trabajador.

El sistema de salud para los jubilados y pensionados, cuya cobertura está a cargo de una obra social pública no estatal, se denomina Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, conocido vulgarmente como PAMI debido al nombre de creación. Este Instituto presta una cobertura superior al PMO y agrega prestaciones de neto corte social como geriátricos, subsidios, turismo, recreación, etcétera. Se financia con las cotizaciones de los activos que conforme a la ley deben calcularse en el 3% de aporte personal y el 2% de contribución a cargo de los empleadores, pero que han sido reducidos por decreto del Poder Ejecutivo Nacional.¹¹

A partir de 1993 se produce la desregulación de las obras sociales o agentes del seguro de salud permitiendo a los afiliados optar por pertenecer a una obra social que no sea la que le corresponde por su encuadramiento sindical.

C. *Maternidad*

La cobertura de la maternidad reconoce en la República Argentina una larga historia, ya que una de las primeras leyes laborales, de principios del si-

¹¹ Decreto 814/01, artículo 2o: Establécense las alícuotas que se describen a continuación correspondientes a las contribuciones patronales sobre la nómina salarial con destino a los subsistemas de seguridad social regidos por las leyes 19.032 (INSSJP), 24.013 (Fondo Nacional de Empleo), 24.241 (Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones) y 24.714 (Régimen de Asignaciones Familiares), a saber:

a) 21% para los empleadores cuya actividad principal sea la locación y prestación de servicios con excepción de los comprendidos en las leyes 23.551, 23.660, 23.661 y 24.467.

b) 17% para los restantes empleadores no incluidos en el inciso anterior. Asimismo, será de aplicación a las entidades y organismos comprendidos en el artículo 1o. de la Ley 22.016 y sus modificatorias.

Las alícuotas fijadas sustituyen las vigentes para los regímenes del Sistema Único de la Seguridad Social (SUSS), previstos en los incisos *a*, *b*, *d* y *f*, del artículo 87 del Decreto núm. 2284 de fecha 31 de octubre de 1991, conservando plena aplicación las correspondientes a los regímenes enunciados en los incisos *c* y *e* del precitado artículo.

glo XX, creaba la llamada Caja de Maternidad con el objeto de proteger a la mujer durante el periodo puerperal.

En la actualidad, la Ley de Contrato de Trabajo prohíbe el trabajo femenino cuarenta y cinco días antes y cuarenta y cinco días después del parto, que la mujer puede cambiar por treinta días antes y sesenta días después del parto (prohibición legal de trabajar). La maternidad tiene a su vez protección especial frente al despido.

Tratándose de una prohibición legal de trabajar, se produce en el lapso la suspensión de la relación laboral y por tanto la suspensión del cobro del salario. En su reemplazo se abona la asignación familiar por maternidad, prestación a cargo de los empleadores que se abona mediante el sistema de fondo compensador, aunque, como veremos en otro de los puntos siguientes, se está instrumentando una modalidad de pago a través del Estado y por medio de la agencia estatal ANSES.

La asignación por maternidad consiste en una suma equivalente al salario bruto de la trabajadora sin topes. Si la trabajadora tuviere más de un empleo la asignación se percibe en ambos o en los que tuviere.

La prohibición legal de trabajar y la consecuente asignación duplican su lapso cuando se trata de una trabajadora que ha dado a luz un hijo con Síndrome de Down. La norma, que a nuestro juicio ha confundido la protección de la salud de la mujer con la atención del hijo, que en el caso requiere ser mayor a lo normal, debe entenderse como un nuevo instituto que abre la puerta a las llamadas *licencias de crianza*. Éstas fueron desconocidas en el derecho argentino hasta la sanción de la ley en comentario.

D. *Vejez*

Para atender la contingencia de vejez dijimos ya que el régimen general recibe el nombre de Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. Este sistema integra prestaciones públicas financiadas con las contribuciones de los empleadores y recursos del Estado con prestaciones derivadas del sistema de capitalización, al que podríamos denominar privado, no tanto porque no concierna a la sociedad toda, sino por lo individual de la prestación que de él deriva.

Los que ingresan al mercado laboral o se afilian como trabajadores autónomos pueden optar por el régimen previsional público o régimen de reparto, o bien por el régimen de capitalización individual. De acuerdo con la reforma operada en 2007, quien guarda silencio queda incorporado al régimen público.¹² Durante los primeros trece años de vigencia del sistema, la mecánica era exactamente al revés.

Quien opta por el régimen previsional público provoca que las cotizaciones que genera (aportes y contribuciones) sean dirigidas al Estado, que es quien administra el sistema elegido. En cambio, quien opta por el régimen de capitalización provocará que la contribución patronal generada se dirija al régimen público, pero el aporte personal generado se dirigirá a una administradora de fondos de jubilaciones y pensiones (AFJP) de su elección.

En cuanto al beneficio que se recibe, el sistema es sumamente complejo: el beneficio por vejez se compone de módulos a los que la ley denomina prestaciones y que exigen distinto tipo de requisitos.

¹² Ley 24.241, artículo 30: Las personas físicas comprendidas en el artículo 2o. podrán optar por el régimen previsional público de reparto o por el de capitalización, dentro del plazo de *noventa* (90) días contados desde la fecha de ingreso a la relación laboral de dependencia o a la de inscripción como trabajador autónomo. En caso de no ejercerse la referida opción, se entenderá que la misma ha sido formalizada por el régimen previsional público.

La opción por este último régimen producirá los siguientes efectos para los afiliados:

a) Los aportes establecidos en el artículo 11 serán destinados al financiamiento del régimen previsional público;

b) Los afiliados tendrán derecho a la percepción de una prestación adicional por permanencia que se adicionará a las prestaciones establecidas en los incisos *a* y *b* del artículo 17. El haber mensual de esta prestación se determinará computando el *uno y medio por ciento* (1,5%) por cada año de servicios con aportes realizados al régimen previsional público, en igual forma y metodología que la establecida para la prestación compensatoria. Para acceder a esta prestación, los afiliados deberán acreditar los requisitos establecidos en los incisos *a* y *c* del artículo 23;

c) Las prestaciones de retiro por invalidez y pensión por fallecimiento del afiliado en actividad serán financiadas por el régimen previsional público;

d) A los efectos de aspectos tales como movilidad, prestación anual complementaria y otros inherentes a la prestación adicional por permanencia, ésta es asimilable a las disposiciones que a tal efecto se establecen para la prestación compensatoria.

Los afiliados al sistema integrado de jubilaciones y pensiones podrán optar por cambiar el régimen al cual están afiliados una vez cada *cinco* (5) años, en las condiciones que a tal efecto establezca el Poder Ejecutivo (artículo sustituido por artículo 2o. de la Ley núm. 26.222, *Boletín Oficial* del 8 de marzo de 2007).

Para mayor comprensión y por la brevedad del trabajo se realiza un pequeño esquema que muestra los requisitos para acceder a las prestaciones y los montos de las mismas tanto en el régimen público como en el régimen de capitalización individual.

a. Régimen público o de reparto

1) Contingencia de vejez:

a) Requisitos:

- Edad: 65 años los varones, 60 años las mujeres.
- Servicios: 30 años con aportes. Cada dos años de exceso de edad se computa un año de servicio.

b) Beneficio: el haber se forma con la suma de:

- PBU (prestación básica universal): suma fija de \$200 (por 30 años) a \$230 (1% de \$ 200 por cada año que exceda los 30 hasta tope de 45 años).
- PC (prestación compensatoria): para su cálculo se obtiene el promedio de remuneraciones de los últimos diez años de servicios. Se paga el 1,5% de ese promedio por cada año trabajado *antes* de julio de 1994 (fecha en que comienza a regir el régimen nuevo) hasta un tope de 35 años.
- PAP (prestación anual por permanencia): para su cálculo se obtiene el promedio de remuneraciones de los últimos diez años de servicios. Se paga el 1,5 % de ese promedio por cada año trabajado *después* de julio de 1994. El porcentual original era de 0.85%, ya que las prestaciones futuras debían ser menores que la PC, dado que esta última es la indemnización que abona el Estado a los que perdieron el régimen previsional viejo. Fue elevada a 1,5% en la reforma de 2007.

Obsérvese que la obligación de pagar la PC desaparecerá cuando no queden trabajadores que registren años trabajados antes de 1994.

b. Régimen de capitalización individual

1) Contingencia de vejez:

a) Requisitos:

- Edad: 65 años los varones, 60 años las mujeres.
- Servicios: no requiere (excepto para percibir las prestaciones públicas, que requieren 30 años de servicios con aportes).

b) Beneficios: el haber se forma con la suma de:

- PBU (prestación básica universal): suma fija de \$200 a \$230 (prestación pública).
- PC (prestación compensatoria): para su cálculo se obtiene el promedio de remuneraciones de los últimos diez años de servicios. Se paga el 1,5% de ese promedio por cada año trabajado antes de julio de 1994, hasta un tope de 35 años (prestación pública).

La PBU y la PC se perciben siempre que se reúnan los 30 años de servicios.

- JO (jubilación ordinaria): se obtendrá de lo que resulte en más o en menos de la cuenta de capitalización individual. La rentabilidad puede ser positiva o negativa y no hay garantía de mantenimiento del poder adquisitivo de los recursos ni de la relación que éstos tuvieren con los precios relativos de los bienes o servicios.

Cuando se cumplen los años de edad establecidos en la ley, el dinero se retira de la cuenta individual conforme a tres modalidades:

- 1) Retiro fraccionario: esta modalidad se aplica cuando el dinero acumulado en la cuenta no alcanza para adquirir una renta por su bajo monto. Se retira en cuotas de \$115 (aproximadamente cuarenta dólares) por mes hasta agotar la suma acumulada.
- 2) Retiro programado: en esta modalidad se necesita haber acumulado una cifra bastante importante que supere lo necesario para adquirir una renta vitalicia. Se pueden retirar sumas mensuales y dejar el resto en la

administradora para que sufran la rentabilidad positiva o negativa. Se puede agotar la cuenta o adquirir *a posteriori* una renta vitalicia.

- 3) Renta vitalicia: se compra una renta vitalicia en una compañía de seguros de retiro. La administradora le transfiere el dinero (resultante de la venta de las cuotas al valor de la fecha de la solicitud) a la compañía de seguros y se percibe una suma mensual (sin mínimo garantizado) hasta la fecha de la muerte.¹³

Se utiliza la lógica de los seguros privados: si la persona está casada con alguien muy joven o tiene hijos discapacitados la cuota que cobra será menor. En caso de que el beneficiario forme una familia con posterioridad a la obtención de la renta, ésta carece de derecho sobre dicha renta, no teniendo ningún tipo de cobertura.

Las cuotas de la renta vitalicia no se actualizan ni tienen movilidad, pero están garantizadas por el Estado hasta un tope de aproximadamente cuatrocientos dólares por mes (la garantía funciona en casos de liquidación, quiebra o extinción de la compañía de seguros donde el afiliado a la AFJP adquirió la renta).

¹³ La renta vitalicia previsional es aquella modalidad de jubilación o retiro definitivo por invalidez que contrata un afiliado con una compañía de seguros de retiro de acuerdo con las siguientes pautas: 1. El contrato será suscrito en forma directa por el afiliado con la compañía de seguros de retiro de su elección conforme a los procedimientos que establezcan las normas reglamentarias. Una vez notificada la administradora por el afiliado y la correspondiente compañía, quedará obligada a traspasar a ésta los fondos de la cuenta de capitalización individual del afiliado que correspondan. 2. A partir de la celebración del contrato de renta vitalicia previsional, la compañía de seguros de retiro será única responsable y estará obligada al pago de la prestación correspondiente al beneficiario desde el momento que suscribe el contrato y hasta su fallecimiento, y a partir de éste el pago de las eventuales pensiones a los derechohabientes del causante al momento en que se suscribió el contrato. 3. Para el cálculo del importe de la prestación a ser percibida bajo la modalidad de renta vitalicia previsional. Deberá considerarse el total del saldo de la cuenta de capitalización del afiliado, salvo que éste opte por contratar una prestación no inferior al 70% de la respectiva base jubilatoria ni al importe equivalente a tres veces la máxima prestación básica universal. En tal circunstancia, el afiliado, una vez pagada la prima correspondiente, podrá disponer libremente del saldo excedente que quedare en la cuenta de capitalización el que no podrá exceder en 500 veces el importe de la máxima prestación básica universal en el mes del cálculo. 4. Se entenderá por base jubilatoria el valor representativo del promedio mensual de las remuneraciones y/o rentas imposables declaradas en los cinco años anteriores al mes en que el afiliado opte por la prestación correspondiente (Sarsosa, José, *Manual práctico de jubilaciones y pensiones*, Ley 24241, Argentina, Ediciones Jurídicas, 1994, pp. 61 y 62).

c. Suma de todos los módulos del régimen de reparto
y del régimen de capitalización

Cuando la persona no reúna los requisitos para las prestaciones públicas, accederá sólo al saldo de su cuenta individual a la que la ley llama jubilación ordinaria, aunque dista de tener las características de una jubilación, ya que muchas veces resulta una suma carente de relevancia o, dicho de otro modo, muy por debajo de los niveles de indigencia.

Si se reunieran los requisitos para las prestaciones públicas el beneficio será el resultado de la sumatoria de todos los módulos que incluso pueden combinar periodos en el régimen público y periodos en el régimen privado, lo que hará que una persona componga su beneficio de la siguiente manera: PBU, PC, PAP y JO.

Asimismo, el modelo no tiene movilidad, aunque en estos últimos años el gobierno ha otorgado aumentos generales en las prestaciones públicas y se acaba de publicar una resolución que aplica un índice de actualización a las remuneraciones que se tienen en cuenta para el cálculo y para el monto de la PBU.¹⁴

E. *Cesantía por edad avanzada*

En su texto original el sistema integrado de jubilaciones y pensiones no contemplaba una cobertura para quienes con edad avanzada no habían llegado a reunir los años necesarios para un haber digno. Esta omisión es lógica si se piensa que en la nueva ideología la jubilación queda reducida al ahorro individual del interesado.¹⁵

¹⁴ Resolución 298/08 ANSES, *Boletín Oficial* del 17 de abril de 2008.

¹⁵ Artículo 34 bis, Ley 24241: 1. Institúyese la prestación por edad avanzada para trabajadores que presten servicios en relación de dependencia y para trabajadores autónomos.

2. Tendrán derecho a esta prestación los afiliados que:

a) Hubieran cumplido setenta (70) años, cualquiera fuera su sexo;

b) Acrediten diez (10) años de servicios con aportes computables en uno o más regímenes jubilatorios comprendidos en el sistema de reciprocidad, con una prestación de servicios de por lo menos cinco (5) años durante el periodo de ocho (8) inmediatamente anteriores al cese en la actividad;

c) Los trabajadores autónomos deberán acreditar, además, una antigüedad en la afiliación no inferior a cinco (5) años, en las condiciones que establezcan las normas reglamentarias.

La llamada prestación por edad avanzada (PEA) fue incorporada al texto legal por una ley posterior.

Este beneficio permite acceder a la cobertura de vejez a quienes hubieren cumplido 70 años de edad y siempre que acrediten 10 años de servicios, de los cuales cinco de los últimos ocho deben haber sido con aportes. La norma resulta incongruente en un sistema que sólo reconoce para la cobertura de vejez los años laborados con aportes. Otorga una menor cobertura prestacional.

Sin perjuicio de los defectos señalados, constituye una solución para muchos trabajadores que, de otro modo, y por su avanzada edad, no tendrían derecho a ningún otro tipo de beneficio. La norma viene a atenuar el rigorismo del nuevo sistema.

F. *Invalidez*

La cobertura de la contingencia de invalidez se calcula de igual modo en el régimen previsional público de reparto que en el régimen de capitalización individual, y sólo varía su financiamiento. La única diferencia es que en el régimen previsional público o en el régimen de capitalización de los trabajadores varones nacidos antes de 1963, o mujeres nacidas antes de 1968, interviene el Estado nacional en la financiación.

3. El haber mensual de la prestación por edad avanzada será equivalente al setenta por ciento (70%) de la prestación establecida en el inciso *a* del artículo 17 de la presente ley, más la prestación compensatoria y la prestación adicional por permanencia o jubilación ordinaria en su caso.

El haber de la pensión por fallecimiento del beneficiario se determinará según las pautas que establecen los artículos 28 y 98 de esta ley y su reglamentación.

4. El goce de la prestación por edad avanzada es incompatible con la percepción de toda jubilación, pensión o retiro civil o militar, nacional, provincial o municipal, sin perjuicio del derecho del beneficiario a optar por percibir únicamente la prestación mencionada en primer término.

5. Las prestaciones de retiro por invalidez y/o pensión por fallecimiento del afiliado en actividad se otorgarán a los afiliados cuya edad no exceda de sesenta y cinco (65) años.

Si el afiliado mayor de sesenta y cinco (65) años se incapacitare, tendrá derecho a la prestación por edad avanzada: en caso de fallecimiento, el haber de pensión de los causahabientes será equivalente al setenta por ciento (70%) del que le hubiera correspondido percibir al causante.

(Artículo incorporado por artículo 3o. de la Ley núm. 24.347, Boletín Oficial del 28 de junio de 1994).

Ello no es sólo una cuestión de financiamiento, sino que incide en la adecuación futura de los beneficios, por cuanto en los dos casos expresados en el párrafo anterior, se reciben los aumentos que otorga el Poder Ejecutivo para adecuar los montos a las nuevas realidades económicas.

Lamentablemente los beneficiarios del régimen de capitalización que se invalidan, habiendo nacido los varones con posterioridad a 1963 y las mujeres con posterioridad a 1968, no reciben los aumentos señalados, pudiendo correr el riesgo de que la inflación haga desaparecer sus beneficios o los vuelva irrelevantes.

a. Régimen de reparto

- 1) Requisitos. Estar en actividad o dentro del plazo de cobertura¹⁶ y tener una incapacidad laboral superior al 66%.

¹⁶ Artículo 95, Ley 24.241. La administradora será exclusivamente responsable y estará obligada, con los aportes mutuales previstos en el artículo 99 (párrafo sustituido por artículo 8o. de la Ley núm. 26.222, *Boletín Oficial* del 8 de marzo de 2007), a:

a) El pago del retiro transitorio por invalidez a los afiliados declarados inválidos una vez deducidas las prestaciones a cargo del sistema de reparto del artículo 27 mediante el dictamen transitorio, siempre que:

1. Los afiliados se encuentren efectuando regularmente sus aportes, de conformidad con lo que determinen las normas reglamentarias.

2. Los afiliados que, según lo dispongan las normas reglamentarias, estuvieran cumpliendo en forma irregular con su obligación de aportar pero conservaran sus derechos;

b) La integración del correspondiente capital complementario, para los afiliados en actividad que generen pensiones por fallecimiento en las condiciones que establecen los apartados 1 y 2 del inciso a.

Decreto 460/99.

Bs. As., 5 de mayo de 1999. Visto la Ley núm. 24.241 y sus modificatorias, el Decreto núm. 1120 de fecha 13 de julio de 1994, modificado por su similar núm. 136 de fecha 14 de febrero de 1997 y el Decreto núm. 679 de fecha 11 de mayo de 1995, y considerando:

Que por el Decreto núm. 136/97 se modificó la reglamentación del artículo 95 de la Ley núm. 24.241, relativo a los requisitos necesarios para considerar a un afiliado como aportante regular o irregular con derecho a la percepción del retiro transitorio por invalidez.

Que del texto del mismo se infiere su alusión a los afiliados en relación de dependencia que desarrollen tareas de carácter permanente.

Que resulta imprescindible determinar los requisitos a cumplir para adquirir la calidad de aportante regular o irregular con derecho, en el desempeño de tareas discontinuas.

Que a tal fin, se considera fundamental el tiempo mínimo en que se desarrollaron los servicios prestados en tales tareas.

Sólo cubre la *invalidez para todo trabajo*, no la invalidez profesional.

- 2) Beneficio. El haber se obtiene calculando el 70% del promedio de las remuneraciones de los últimos cinco años trabajados.

Que a los efectos de acreditar la condición exigida por el inciso *c* del artículo 19 de la Ley núm. 24.241 para tener derecho a la prestación básica universal (PBU), los trabajadores que desempeñen tareas de naturaleza discontinua deberán acreditar un mínimo de meses de servicio con aportes por año.

Que, asimismo, la aplicación de las normas incorporadas por el Decreto núm. 136/97 respecto del universo de trabajadores comprendidos en la Ley núm. 24.241 ha revelado la existencia de casos de injusticia notoria, en el caso de afiliados que, aun sin alcanzar los requisitos mínimos precedentemente mencionados, acreditan un número importante de años de servicio, demostrativos de una vida laboral prolongada con cumplimiento de las exigencias de la legislación previsional.

Que en tales casos no parece razonable privarlos, a ellos o a sus causahabientes, de todo derecho previsional, colocándolos en la misma situación de quienes cumplieron sólo esporádicamente con sus obligaciones.

Que resulta de estricta justicia otorgar, en esos supuestos, un beneficio restringido, asimilándolos a los aportantes irregulares con derecho a un beneficio menor, en los términos del artículo 97, inciso *b*, de la Ley núm. 24.241 y sus modificatorias.

Que el presente decreto se dicta en uso de las facultades emergentes del artículo 99, inciso 2, de la Constitución nacional.

Por ello, el presidente de la nación argentina decreta:

Artículo 1o. Sustitúyese la reglamentación del artículo 95 de la Ley núm. 24.241, aprobada por el Decreto núm. 1120 de fecha 13 de julio de 1994, modificada por el Decreto núm. 136 de fecha 14 de febrero de 1997 por la siguiente:

“Artículo 95. Reglamentación.

1. Considérase aportante regular con derecho a la percepción del retiro transitorio por invalidez y/o a los efectos del cálculo del capital técnico necesario, con las características establecidas en el inciso *a* del artículo 97 de la Ley núm. 24.241, modificado por la Ley núm. 24.347, a aquel afiliado en relación de dependencia al que se le hubieran efectuado las retenciones previsionales correspondientes durante treinta (30) meses como mínimo dentro de los treinta y seis (36) meses anteriores a la fecha de la solicitud del retiro por invalidez o a la fecha de fallecimiento del afiliado en actividad.

El afiliado autónomo será considerado aportante regular si registra el ingreso de sus aportes durante treinta (30) de los treinta y seis (36) meses anteriores a los acontecimientos descriptos, siempre que cada pago se hubiere efectuado dentro del mes calendario correspondiente a su vencimiento. Cuando los afiliados en relación de dependencia o autónomos acrediten el mínimo de años de servicio exigido en el régimen común o diferencial en que se encuentren incluidos para acceder a la jubilación ordinaria, serán considerados en todos los casos como aportantes regulares siempre que acrediten el ingreso de las cotizaciones correspondientes.

En el caso de trabajadores que realicen tareas discontinuas, en las que la discontinuidad derive de la naturaleza de las mismas, al que se le hubieren efectuado las retenciones previsionales correspondientes durante diez (10) meses, como mínimo, dentro de los treinta y seis (36) meses anteriores a los acontecimientos descriptos, siempre que dichas retenciones se hubieran

La invalidez se otorga primero en forma provisoria y, de no revertirse la situación, en forma definitiva. Esta última circunstancia se adquiere después de un periodo de tres años que puede extenderse dos años más.

efectuado sobre remuneraciones que representen, como mínimo el valor de treinta (30) módulos previsionales (MOPRE).

2. Considerase aportante irregular con derecho a la percepción del retiro transitorio por invalidez y/o a los efectos del cálculo del capital técnico necesario, con las características establecidas en el inciso *b* del artículo 97 de la Ley núm. 24.241, modificado por la Ley núm. 24.347, a aquel afiliado en relación de dependencia al que se le hubieran efectuado las retenciones previsionales correspondientes durante dieciocho (18) meses como mínimo dentro de los treinta y seis (36) meses anteriores a la fecha de la solicitud del retiro por invalidez o a la fecha de fallecimiento del afiliado en actividad. A los fines de la misma calificación, el afiliado autónomo deberá registrar el ingreso de sus aportes durante dieciocho (18) de los treinta y seis (36) meses anteriores a los acontecimientos descriptos, siempre que cada pago se hubiere efectuado dentro del mes calendario correspondiente a su vencimiento.

Cuando se trate de trabajadores que realicen tareas discontinuas, en las que la discontinuidad derive de la naturaleza de las mismas, al que se le hubieren efectuado las retenciones previsionales correspondientes durante seis (6) meses, como mínimo, dentro de los treinta y seis (36) meses anteriores a los acontecimientos descriptos, siempre que dichas retenciones se hubieran efectuado sobre remuneraciones que representen, como mínimo, el valor de dieciocho (18) módulos previsionales (MOPRE).

3. Los periodos exigidos en los apartados precedentes se reducirán a doce (12) meses dentro de los sesenta (60) meses anteriores a la fecha de la solicitud del retiro por invalidez o a la fecha de fallecimiento del afiliado en actividad, cuando el afiliado en relación de dependencia o autónomo no alcanzare el mínimo de años de servicio exigido en el régimen común o diferencial en que se encuentre incluido para acceder a la jubilación ordinaria, siempre que acredite al menos un cincuenta por ciento (50%) de dicho mínimo y el ingreso de las cotizaciones correspondientes.

4. No tendrán derecho a la percepción del retiro transitorio por invalidez y/o a la integración del correspondiente capital complementario aquellos afiliados que no cumplan los requisitos indicados en los apartados 1 o 2.

5. Si el periodo de afiliación fuera inferior a treinta y seis (36) meses se considerará, a los fines enunciados a los apartados 1 y 2 de la presente reglamentación, el total de meses de afiliación respetando las proporciones de meses aportados allí establecidas a los fines de la calificación del aportante.

6. En el caso de los trabajadores en relación de dependencia y a los fines de la calificación de la regularidad de los aportes, se considerarán como meses aportados aquellos durante los cuales se devengaron las remuneraciones, aunque no hubieran sido percibidas por causas no imputables al afiliado. Asimismo, tendrán igual tratamiento aquellos meses durante los cuales el afiliado estuviere percibiendo la prestación por desempleo prevista en la Ley núm. 24.013.

Artículo 2o. Incorporáse el punto 2 de la reglamentación del artículo 19 de la Ley núm. 24.241 y sus modificatorias, aprobada por el Decreto núm. 679 de fecha 11 de mayo de 1995,

El monto del haber se reduce cuando el beneficiario cumple la edad para obtener la jubilación ordinaria, ya que la invalidez definitiva se transforma en la cobertura de vejez, liquidándose con PBU, PC y PAP.

Se financia íntegramente por el régimen público (hoy el Estado).

b. Régimen de capitalización

- 1) Requisitos. Estar en actividad o dentro del plazo de cobertura y tener una incapacidad laboral superior al 66%.

Sólo cubre la *invalidez para todo trabajo*, no la invalidez profesional.

Para abonar esta prestación, las administradoras están obligadas a integrar fondos mutuales.¹⁷ Al momento de obtener la prestación, el Estado integra parte del capital cuando se trata de afiliados nacidos antes de 1963 en el caso de los varones y 1968 en el de las mujeres.

el siguiente texto: “Para el caso de trabajadores que realicen tareas discontinuas, en las que la discontinuidad derive de la naturaleza de las mismas, cuando se acredite un mínimo de ciento veinte (120) meses de servicios con aportes”.

Artículo 3o. Los derechos emergentes de la reglamentación que se aprueba serán aplicables a partir de la vigencia del libro I de la Ley núm. 24.241, excepto la percepción de los haberes correspondientes, que se liquidarán a partir de la vigencia del presente decreto.

Artículo 4o. Facúltase a la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a dictar las normas aclaratorias del presente.

Artículo 5o. Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese. - MENEM. - Jorge A. Rodríguez. - Antonio E. González.

¹⁷ Artículo 99, Ley 24241: Financiamiento de las prestaciones por invalidez y fallecimiento. Con el fin de garantizar el financiamiento íntegro de las obligaciones establecidas en los artículos 95 y 96, cada administradora deberá deducir del fondo de jubilaciones y pensiones, previo al cálculo del valor de la cuota, los importes necesarios para el pago de las prestaciones de retiro transitorio por invalidez y de capitales complementarios y de recomposición, correspondientes al régimen de capitalización.

A los fines indicados en el párrafo anterior se formará para cada fondo de jubilaciones y pensiones un fondo de aportes mutuales que será parte integrante de aquél.

Las deducciones destinadas a este fondo deberán ser suficientes y resultar uniformes para todas las administradoras. La reglamentación fijará los mecanismos para su cálculo y para las eventuales compensaciones de resultados que deban efectuarse entre distintas administradoras, con el objeto de lograr la uniformidad del costo para todas las poblaciones comprendidas, así como los controles que deban realizarse respecto de la gestión en la administración de cada uno de los fondos de aportes mutuales.

El fondo de aportes mutuales estará expresado en cuotas del respectivo fondo de jubilaciones y pensiones.

2) Beneficio. El haber se obtiene calculando el 70% del promedio de los últimos cinco años trabajados.

El monto del haber, generalmente, se reduce cuando el beneficiario cumple la edad para obtener la jubilación ordinaria, ya que la invalidez definitiva se transforma en cobertura de vejez, liquidándose con PBU, PC y JO.

Por último, debe señalarse que el sistema integrado de jubilaciones y pensiones prohíbe al organismo encargado de administrar el sistema, evaluar las incapacidades sociales o de ganancia, acorde con la lógica de los seguros comerciales privados. No obstante, la jurisprudencia ha sido contundente en el sentido social que debe tener la cobertura, por lo que ha admitido este tipo de valoración a la hora de establecer el porcentaje de incapacidad que exige la norma.¹⁸

F. Vida

La muerte del trabajador genera lo que se denomina *pensión directa*, y la muerte del beneficiario de una jubilación por vejez o por invalidez genera lo que se denomina *pensión derivada*. Ambos institutos fueron restringidos, por la reforma previsional de 1994, a un número mínimo de derechohabientes. En la nueva legislación se han eliminado, entre otros, a los nietos, a las hijas mayores de 50 años a cargo y a los padres.

Tanto en el sistema de reparto como en el sistema de capitalización los únicos derechohabientes son el viudo o la viuda, el conviviente o la conviviente en aparente matrimonio, los hijos menores de 18 años y los hijos discapacitados sin límite de edad.

En el régimen de capitalización, al no ser solidario, el saldo de la cuenta individual de quien muera sin derechohabientes pasa a integrar la herencia del fallecido, concurriendo a su recupero los herederos que establece el Código Civil.

¹⁸ La incapacidad total a los efectos previsionales debe determinarse sumando a la incapacidad psicofísica la resultante de factores complementarios establecidos en función de la edad, dificultad para realizar tareas habituales, nivel de educación y el factor compensador.

Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social, Sala I, 20 de noviembre de 1996. RJP, t. VII-A, marzo-agosto de 1997, p. 146.

Al igual que en la invalidez, los beneficios se calculan del mismo modo en uno u otro régimen; sólo varía la forma de financiamiento. Tiene el mismo problema que el señalado en el punto anterior en cuanto a la falta de actualización de los beneficios que correspondan a titulares fallecidos cuya fecha de nacimiento fuere posterior a 1963 para los varones y 1968 para las mujeres.

a. Régimen de reparto

- 1) Requisitos. Fallecer en actividad, fallecer dentro del plazo de cobertura o fallecer percibiendo un beneficio previsional.
- 2) Beneficio. El monto del beneficio consiste en el 70% del 70% del promedio de las remuneraciones de los últimos cinco años trabajados para el fallecido en actividad y del 70% del monto del haber previsional para el fallecido ya jubilado o retirado por invalidez. De fallecer en el plazo de cobertura se calcula primero la jubilación por invalidez y luego la pensión.

Se financia íntegramente con recursos del régimen previsional público (hoy Estado).

b. Régimen de capitalización

- 1) Requisitos. Fallecer en actividad, fallecer dentro del plazo de cobertura o fallecer percibiendo un beneficio previsional.
- 2) Beneficio. El monto del beneficio consiste en el 70% del 70% del promedio de las remuneraciones de los últimos cinco años para el fallecido en actividad y del 70% del haber previsional para el fallecido ya jubilado o retirado por invalidez.

Se financia con los mismos fondos mutuos señalados en el punto de invalidez, concurriendo el Estado cuando se trata de fallecidos que hubieren nacido, en el caso de los varones, antes de 1963, y de las mujeres antes de 1968. Esta participación pública los habilita a recibir los aumentos de los beneficios en el futuro. En caso contrario, su prestación puede verse menoscabada por la inflación o volverse insignificante.

G. *Responsabilidades familiares*

La contingencia de cargas de familia, a nivel nacional, también ha sufrido importantes disminuciones de protección en la reforma operada en 1996 (Ley 24714). La nueva ley limitó el derecho al cobro de los beneficios sólo a los trabajadores que perciban menos de determinado monto salarial. Las únicas dos excepciones son las asignaciones por maternidad y por hijo discapacitado que se perciben fuera del nivel salarial del trabajador. Los topes salariales para acceder al derecho al cobro del beneficio fueron aumentando en estos últimos años, lo que ha permitido la incorporación a la cobertura a un mayor número de trabajadores.

Asimismo, la ley mencionada produjo una seria restricción en las prestaciones que se otorgaban, ya que eliminó importantes asignaciones como la que correspondía a la familia numerosa, la escolaridad mensual, el prenatal por familia numerosa, el cónyuge, la asignación anual por vacaciones, etcétera.

En la normativa vigente sólo se reconocen para los trabajadores activos (entre los que se incluyen los privados y los públicos, los que perciben indemnizaciones de ART y los que perciben subsidio por desempleo) las siguientes asignaciones:

- Asignación por hijo.
- Asignación por hijo discapacitado (no se superpone con la anterior).
- Asignación por ayuda escolar anual.
- Asignación por prenatal.
- Asignación por maternidad.
- Asignación por nacimiento.
- Asignación por adopción.
- Asignación por matrimonio.

Para los jubilados y pensionados que con anterioridad gozaban de idénticas prestaciones familiares que los activos, su derecho ha quedado restringido a los siguientes beneficios:

- Asignación por cónyuge.
- Asignación por hijo.

- Asignación por hijo discapacitado.
- Asignación por ayuda escolar anual.

Los montos son fijados por el Poder Ejecutivo, quien lo hace por tramos de salarios. Los trabajadores de menores salarios reciben montos superiores a los trabajadores de mayor salario. Esta medida, que responde a la concepción asistencialista de focalizar el mal llamado *gasto social* en los sectores pobres, ha afectado el efecto igualador que tenía el viejo sistema basado en la aplicación práctica del principio *igual remuneración por igual tarea*, ya que el exceso de gastos por las responsabilidades familiares era cubierto, cualquiera fuere el nivel salarial del beneficiario.

En la práctica se producen hoy distorsiones tales como trabajadores que prefieren no ascender en su puesto de trabajo porque pierden las asignaciones familiares, o bien situaciones irreconciliables con la justicia como que un trabajador con un solo hijo, pero discapacitado, percibe las asignaciones cualquiera fuere su nivel salarial, y otro con diez hijos por ganar un salario por encima del tope no percibe nada.

El hijo que genera el derecho al cobro del beneficio debe residir en el país, ser soltero, matrimonial o extramatrimonial, menor de 18 años y no necesariamente estar a cargo del titular del derecho, ya que el derecho se constituye aunque el menor trabaje en relación de dependencia o perciba un beneficio social.

Las asignaciones las percibe un solo progenitor y en un solo empleo.

En cuanto al financiamiento y a la forma de pago, tradicionalmente la República Argentina adoptó el modelo francés de fondo compensador, es decir, que las asignaciones son financiadas y abonadas por lo empleadores mediante un mecanismo de compensación entre empleadores que permite que el costo sea igualitario para todos, ya que se calcula sobre un porcentaje del total de las remuneraciones. El empleador primero paga las asignaciones y de existir un excedente del porcentual que fija la ley lo deposita en el fondo. Para el caso inverso, cuando lo abonado en asignaciones excede el porcentual que debió pagar, el fondo le reintegra la diferencia.¹⁹

¹⁹ Mecanismo de fondo compensador: como regla general puede decirse que en estos sistemas el pago de las asignaciones familiares se costea con el aporte de los empleadores, sin que los propios beneficiarios ni el Estado deben realizar contribuciones económicas. Básicamente,

Los fondos compensadores de empleadores fueron disueltos en 1991 (véase nota 19), ocupándose el Estado de efectuar la compensación, mientras el sistema se transforma paulatinamente en un sistema de *pago directo* por parte del organismo estatal de gestión (ANSeS). En la propia Ley 24714 el Estado se compromete a colaborar con un importante monto en la finan-

el sistema consiste en que los empleadores deben contribuir con un porcentaje fijo sobre el total de remuneraciones que pagan a sus dependientes para enfrentar el costo total de las asignaciones familiares de todos los trabajadores comprendidos en el sistema. Una vez determinado el monto de dicho porcentaje, es el propio empleador el que abona a sus dependientes las asignaciones familiares con ese dinero, que es del fondo compensador y por cuenta y orden de él. Si el total disponible no es suficiente, reclama la diferencia a la Caja; si, por el contrario, el total de asignaciones pagadas a su personal en el lapso de que se trate es inferior al monto de su contribución al fondo, el empleador tiene que depositar la diferencia, que servirá así para financiar el pago a trabajadores de las demás empresas componentes del sistema que hayan reclamado recursos al fondo compensador. Por ejemplo:

Caso uno: Monto total de remuneraciones abonadas por el empleador en el mes, por todo concepto A 32.500; aporte que debería tributar al fondo compensador: $9\% \times 32.500$ A 2.925; asignaciones abonadas por el empleador A 2.700; debe depositar al fondo compensador: $2.925 - 2.700$ A 225.

Caso dos: monto total de remuneraciones A 32.500; aporte que debería tributar: $9\% \times 32.500$ A 2.925; asignaciones abonadas por el empleador A 4.250; solicita reintegro al fondo por A 1.325 (Hunicken, Javier (dir.), *Manual de derecho de la seguridad social*, 4a. ed., Argentina, Astrea, 1989, p. 228).

Decreto 2284/91 Disolución de los Fondos Compensadores

Artículo 91. Disuélvense la Caja de Subsidios Familiares para Empleados de Comercio, la Caja de Subsidios Familiares para el Personal de la Industria, la Caja de Asignaciones Familiares para el Personal de la Estiba, Actividades Marítimas Fluviales y de la Industria Naval.

Artículo 92. Las funciones que hasta la fecha del presente Decreto tenían a su cargo las mencionadas Cajas serán desempeñadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la nación.

Artículo 93. Cesan en sus funciones: a) el presidente, los miembros titulares y suplentes de la comisión asesora y de la sindicatura de la Caja de Subsidios Familiares para Empleados de Comercio, b) el presidente, los miembros titulares y suplentes de la comisión asesora y de la sindicatura de la Caja de Subsidios Familiares para el Personal de la Industria y c) el presidente, los miembros titulares y suplentes del directorio y de la sindicatura de la Caja de Asignaciones Familiares para el Personal de la Estiba, Actividades Marítimas Fluviales y de la Industria Naval.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social designará a los funcionarios que tendrán a su cargo la conducción, la administración y el contralor del régimen de subsidios y asignaciones familiares.

Artículo 94. Los bienes muebles, inmuebles, fondos y créditos de las Cajas de Subsidios y de Asignaciones Familiares disueltas, se transfieren al Estado nacional que los administrará a través del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. El producido de la venta o liquidación de los bienes que resulten prescindibles engrosará una cuenta presupuestaria especial que se creará al efecto en jurisdicción del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

ciación del sistema, al tiempo que el porcentaje de cotización fue disminuyendo, desobligando cada vez más a los empleadores, tanto en lo que hace al sostenimiento económico del sistema como en cuanto a su gestión.

H. *Desempleo*

En la República Argentina, la primera experiencia sobre la contingencia de desempleo se tiene en una ley de principios de 1980, ya que hasta que no se aplicaron las políticas neoliberales de finales de la década de 1970, el país desconocía el fenómeno social del desempleo.

A partir de 1984, el Poder Ejecutivo decide establecer un subsidio por desempleo, financiado con los excedentes de los fondos compensadores de las cajas de asignaciones familiares. El mismo era percibido por todo trabajador que acreditara el despido, estuviere o no registrado y cualquiera fuere su antigüedad en el mercado de trabajo.

En 1991 se dicta la Ley 24013, que en un capítulo especial establece este beneficio pero restringido sólo a los trabajadores registrados y que acrediten cotizaciones de su empleador al fondo nacional de empleo (fondo que es sólo un porcentual de los ingresos al fondo compensador de asignaciones familiares) o al régimen previsional o al sistema único de registro laboral por un plazo mínimo de 12 meses dentro de los tres años anteriores al cese.

El trabajador debe encontrarse en *situación legal de desempleo*, lo que significa que la extinción del vínculo laboral no haya sido por mutuo acuerdo ni por renuncia o muerte del trabajador.

Los beneficios consisten en:

- 1) La prestación económica por desempleo, establecida en el artículo anterior.

Artículo 95. Los bienes muebles o inmuebles que pudieren corresponder en el futuro a las Cajas de subsidios y asignaciones familiares, serán transferidas al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Los aportes y contribuciones que pudieren corresponder en el futuro a las cajas de subsidios y asignaciones familiares serán transferidos a una cuenta especial presupuestaria en jurisdicción del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Artículo 96. Disuélvese el Instituto Nacional de Previsión Social. Se suprimen, en consecuencia, los cargos de presidente, vicepresidente, directores y síndicos.

Dése por terminada la intervención del Instituto Nacional de Previsión Social.

- 2) Prestaciones médico-asistenciales de acuerdo a lo dispuesto por las leyes 23.660 y 23.661.
- 3) Pago de las asignaciones familiares que correspondieren a cargo de las cajas de asignaciones y subsidios familiares.
- 4) Cómputo del periodo de las prestaciones a los efectos previsionales, con los alcances de los incisos *a* y *b* del artículo 12 de esta ley.

Se perciben por los siguientes plazos:

<i>Periodo de cotización</i>	<i>Duración de las prestaciones</i>
De 6 a 11 meses	2 meses
De 12 a 23 meses	4 meses
De 24 a 35 meses	8 meses
36 meses	12 meses

Respecto a la cuantía del beneficio de desempleo la ley refiere un porcentual de las remuneraciones, sistema que nunca se aplicó puesto que se ha fijado un monto mínimo y un monto máximo que tornan inaplicable una relación adecuada con las remuneraciones de actividad.

El sistema se completa con acciones de capacitación y reinserción laboral a cargo del Estado.

IV. ÓRGANOS ENCARGADOS DE RESOLVER LOS CONFLICTOS DE SEGURIDAD SOCIAL

En los sistemas de seguridad social en la República Argentina, al estar basados en el modelo *bismarkiano* de administración independiente de las contingencias sociales, los órganos administrativos, e incluso los judiciales encargados de dirimir los conflictos, varían según el tipo de contingencia a la que pertenezca el reclamo.

Para las contingencias de vejez, invalidez, muerte y desempleo, siendo el organismo encargado de su administración la ANSeS, las resoluciones que dicte esta entidad estatal pueden ser administrativamente recurridas ante un

órgano creado dentro de la estructura con el objeto de dirimir conflictos, denominado Comisión Revisora de la Seguridad Social (CARSS).

El reclamo a este órgano, creado recién en 1999, no es obligatorio y la resolución que se dicte puede ser directamente impugnada ante los tribunales federales de primera instancia de la seguridad social. Para ello se fija un plazo de 90 días que se interrumpe si el interesado prefiere interponer primero el recurso a la CARSS.

Estos tribunales de primera instancia fueron creados con posterioridad a las reformas estructurales operadas en 1991, ya que antiguamente, tratándose de una materia no estatal, su tratamiento estaba a cargo de la Cámara Nacional de la Seguridad Social mediante un mecanismo rápido y eficaz de apelación.

Dicha Cámara también fue transformada en Cámara Federal al ser estatizados todos los sistemas, pero el procedimiento de apelación directo a la Cámara fue conservado cuando se trata de cuestiones relativas a la recaudación de las cotizaciones.

La competencia de los juzgados federales de primera instancia²⁰ consiste en entender sobre:

-
- ²⁰ Ley 24655, artículo 2o.: Los juzgados creados por la presente serán competentes en:
- a) Las causas enunciadas en el artículo 15 de la Ley núm. 24.463.
 - b) Las demandas que versen sobre la aplicación del sistema integrado de jubilaciones y pensiones establecido por la Ley núm. 24.241 y sus modificatorias.
 - c) Las demandas que versen sobre la aplicación de los regímenes de retiros, jubilaciones y pensiones de las fuerzas armadas y de seguridad.
 - d) El amparo por mora previsto en el artículo 28 de la Ley núm. 19.549, modificada por la Ley núm. 21.686, en materia de seguridad social.
 - e) Las ejecuciones de créditos de la seguridad social perseguidas por la Dirección General Impositiva en ejercicio de las funciones asignadas por el Decreto núm. 507/93.
 - f) Las causas actualmente asignadas a la Justicia Nacional de Primera Instancia del Trabajo por el artículo 24 de la Ley núm. 23.660.

Artículo 3o. Sustitúyese el artículo 15 de la Ley núm. 24.463, por el siguiente:

“Artículo 15. Las resoluciones de la Administración Nacional de Seguridad Social podrán ser impugnadas ante los juzgados federales de primera instancia de la seguridad social de la capital federal, y ante los juzgados federales con asiento en las provincias, dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 25, inc. a) de la Ley núm. 19.549, mediante demanda de conocimiento pleno, que tramitará por las reglas del proceso sumario previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con las modificaciones introducidas en la presente ley. La Administración Nacional de la Seguridad Social actuará como parte demandada. Para la habilitación de la instancia no será necesaria la interposición de recurso alguno en sede administrativa”.

- 1) Las impugnaciones de las resoluciones de la ANSeS. Esta impugnación se hará mediante demanda de conocimiento pleno dentro de un plazo de caducidad de 90 días.
- 2) Las demandas que versen sobre la aplicación del sistema integrado de jubilaciones y pensiones establecido por la Ley 24.241 y sus modificaciones.
- 3) Las demandas que versen sobre la aplicación de los regímenes de retiros, jubilaciones y pensiones de las fuerzas armadas y de seguridad.
- 4) El amparo por mora previsto en materia de seguridad social.
- 5) Las ejecuciones de créditos de la seguridad social.

A la Cámara Federal de la Seguridad Social, transformada en fuero federal, se le otorgó competencia en los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los juzgados federales de primera instancia de la seguridad social de la capital federal.

La Ley 24463, aún vigente, entre las múltiples inconstitucionalidades que posee (como la aplicación del procedimiento civil y comercial para cuestiones que deben ser tratadas bajo el procedimiento laboral), estableció la apelación ordinaria a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuyos fallos eran obligatorios para los juzgados inferiores.

La medida legislativa señalada fue plasmada en el artículo 19 de la ley mencionada y obligó a presentar innumerables planteos de inconstitucionalidad, ya que en el derecho argentino los fallos de la Corte no son obligatorios y sólo se llega a ella por recurso extraordinario.

Se mostraba en el artículo 19 un tratamiento desigual para las cuestiones previsionales que para el resto del derecho. Agravaba la cuestión que los reclamos se convertían en pleitos que podían llevar décadas para su finalización. Este punto en particular, junto con otras cuestiones como la falta de movilidad de los beneficios, la falta de pago de las sentencias, etcétera, llevó a un grupo de jubilados a plantear la cuestión, en 1996, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, debido a la clara violación

Artículo 4o. Sustitúyese el artículo 39 bis, inciso a), del Decreto Ley núm. 1285/58, modificado por el artículo 26 de la Ley núm. 24.463, el que quedará redactado de la siguiente forma:

“a) En los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los juzgados federales de primera instancia de la seguridad social de la capital federal”.

del Pacto de San José de Costa Rica. Accediendo a parte de los reclamos, el gobierno argentino derogó el mencionado artículo 19 de la Ley 24463.²¹

Cuando se trata de cuestiones referidas a multas por infracciones cometidas por las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones, la propia ley de jubilaciones establece la competencia de la justicia comercial.

A nuestro juicio, los juzgados de primera instancia de la seguridad social son competentes también para entender en la contingencia de desempleo, ya que se trata de un beneficio que se otorga mediante resolución de ANSeS, previendo la normativa que toda resolución de ese organismo puede ser impugnada ante dichos juzgados.

La cuestión no es tan sencilla cuando se trata de reclamos de asignaciones familiares, ya que estos beneficios fueron tradicionalmente competencia de la justicia nacional del trabajo. Ninguna mención se hace sobre este tema en la norma que crea los juzgados de primera instancia federal de la seguridad social. El proceso de transformación que está sufriendo esta materia obliga a plantearse si el trabajador que no vea satisfecho su derecho en forma inmediata, eficaz y eficiente deberá someterse al largo proceso de reclamo ante la justicia de la seguridad social o si, en cambio, considerando que el deudor de la asignación sigue siendo el empleador, podrá requerir su cumplimiento (cualquiera fuere la modalidad de pago) ante los tribunales laborales (con procedimiento laboral y no civil y con principios protectorios tales como el *in dubio pro operario*). La jurisprudencia ha sido contradictoria en este punto.²²

²¹ Informe 03/01, caso 11670, *Menendez, Caride y otros*, Argentina, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

²² Es incompetente la justicia nacional del trabajo para conocer en la demanda por el pago de asignaciones familiares dirigida contra el Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social, pues ella no se dirige contra empleador alguno y, por ende, es ajena a la descripción del artículo 20 de la Ley 18.345 (Adla, XXIX-C, 2664) (del dictamen del procurador general que la Corte hace suyo). Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) 2000/04/04, Sindicato Único de Trabajadores del Neumático Arg. c. M.T.y S.S. y otros. La Ley, 2001-B, 679 - DT, 2001-A, 1042.

Es competente la justicia federal de la seguridad social por razón de la materia para conocer en la demanda por inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley 24.714 de asignaciones familiares (Adla, LVI-E, 6093) y el consiguiente pago de las mismas a los actores (del dictamen del procurador general que la Corte hace suyo). Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) 2000/04/04, Sindicato Único de Trabajadores del Neumático Arg. c. M.T.y S.S. y otros. La Ley, 2001-B, 679 - DT, 2001-A, 1042.

En materia de obras sociales, la ley de creación de los juzgados de primera instancia de la seguridad social les ha otorgado competencia para los juicios por falta de pago de los aportes y contribuciones. Las sanciones que les puede imponer la Superintendencia de Servicios de Salud a los agentes del seguro son apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo contencioso administrativo federal o de la Cámara Nacional del Trabajo a opción del recurrente, siempre que tenga domicilio en la capital federal. De tratarse de un agente del seguro con domicilio en el interior, debe apelar a la justicia federal.

Cuando se trate de cuestiones donde el organismo supervisor o los agentes del seguro estén involucrados, resulta competente la justicia federal porque así lo dispone la propia ley de fondo, pudiéndose optar por la justicia civil cuando sean actores.

Cuando las obras sociales son demandadas no existe una disposición legal expresa; no obstante, la jurisprudencia ha sido unánime en el sentido de que deben ser demandadas ante la justicia federal, aunque se trate de entes de naturaleza no estatal.

Cuando en la demanda se involucra también la responsabilidad médica, la Ley 23637 ha establecido la competencia de los jueces nacionales de primera instancia en lo comercial. No obstante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el entendimiento de que dicha ley fue dejada sin efecto por la Ley 23661, declaró la competencia de la justicia civil y comercial federal en una cuestión donde se encontraba demandada la obra social y un profesional médico.²³

En materia de riesgos del trabajo, la ley conserva para los reclamos la competencia de la justicia nacional del trabajo, aun después de la reforma que introdujo la contratación de un seguro comercial con fin de lucro.

V. PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA SEGURIDAD SOCIAL

1. *El tema de género en el derecho de la seguridad social*

En la República Argentina la protección de la mujer trabajadora se regula en la legislación laboral y abarca una serie de importantes disposiciones que

²³ CSJN, 6 de octubre de 1992, *Talarico Manuela v. Clínica Privada Banfield y otros s / responsabilidad civil*, ED 153-287.

van desde la protección de la maternidad, la protección ante el despido por causa de maternidad o matrimonio, hasta la prohibición de trabajos insalubres o riesgosos.

En idéntico sentido, las horas de lactancia que implican la reducción de la jornada durante la primera etapa del amamantamiento son cláusulas laborales que protegen en razón del género. En este orden normativo sólo ha existido un retroceso en la exigencia a determinadas empresas de poseer guardería o salas maternas. No obstante, la obligación fue sustituida por muchos empleadores con el pago voluntario de guarderías.

En materia de seguridad social, la mujer conserva la posibilidad de retirarse del mercado de trabajo con cinco años menos que los varones, pero no goza de ninguna exención especial en cuanto a la cantidad de años de servicios que se exigen para la obtención de las prestaciones públicas, ya que debe contar con treinta años de servicio con aportes al igual que el hombre. La mujer que fuere intimada a jubilarse a los 60 años, situación que permite la disolución del vínculo laboral sin derecho a indemnización, puede manifestar a su empleador que opta por permanecer en el puesto de trabajo hasta los 65 años, quedando entonces los requisitos equiparados a los del hombre.

Se suele argumentar que al retirarse a los 60 años, la mujer capitaliza menos que el hombre, en caso de pertenecer al régimen de capitalización, pero como vimos nada le impide permanecer en el mercado de trabajo, por lo cual la menor edad en nada la perjudica; por el contrario, la dota de mayor libertad para decidir su destino.

Poder retirarse a una edad más temprana que el varón es una conquista social de estricta justicia para el género femenino, ya que generalmente se ha visto sometido a mayores presiones físicas (embarazos y partos) y familiares (crianza de los hijos, cuidado de los padres, cuidado del hogar) y el proceso de menopausia agudiza las dolencias físicas y psicológicas en las puertas de la tercera edad.

La otra cuestión de género en el sistema previsional vigente es que en el cálculo de las rentas vitalicias previsionales, que se contratan con el saldo de la cuenta de capitalización, la reglamentación calcula, en la mujer, una mayor expectativa de vida. Ello perjudica el monto de la renta mensual, puesto que a mayor expectativa de vida más baja será la cuota. Éste es un punto que quizá se revierta en el futuro cuando la incorporación masiva de la mu-

jer en el mundo del trabajo la lleve a padecer idénticas patologías que el hombre, reduciéndose, por tanto, su esperanza de vida.

En el derecho argentino, debe señalarse que las mujeres mayores de 60 años separadas o viudas a cargo de sus padres han perdido el derecho a la pensión de éstos. De la misma manera que la madre de un trabajador soltero que fallece. Como ya se explicó, en materia de pensiones los derechohabientes fueron limitados a partir de la reforma de 1994 al grupo familiar primario, haciéndole perder a la mujer una posición importante dentro de los beneficiarios del sistema.

En cuanto a las asignaciones familiares, la mujer dejó de ser *carga familiar* para el marido y a su vez perdió el derecho al cobro de la asignación por cónyuge cuando estando ella en actividad su cónyuge estaba a su cargo por razones de invalidez. La reforma de 1996 eliminó la asignación por cónyuge para los trabajadores activos.

La asignación por cónyuge, que sólo quedó vigente para los jubilados y pensionados, fue reglamentada favoreciendo al varón, quien la cobra por el solo hecho de tener esposa legítima.

La jubilada o pensionada mujer sólo cobra la asignación por cónyuge cuando su esposo se encuentra discapacitado y carece de cualquier ingreso o ayuda social. La medida, como se dijo, establecida por disposiciones reglamentarias de la Ley 24714 vulnera el texto de la ley (ya que en la letra de la norma no hay tal diferenciación) y la protección a la mujer.

A mi modo de ver, hay aquí una discriminación por género, manifiestamente contraria a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Naciones Unidas, 18 de diciembre de 1979), que la República Argentina incorporó en su texto constitucional.

En materia de protección de la salud la mujer goza como trabajadora de idénticos derechos que el trabajador varón. No obstante, debe señalarse que hubo una pérdida de derechos a partir de la desregulación de las obras sociales operada en 1993.

Ello por cuanto la reglamentación le impidió a la mujer trabajadora gozar de dos obras sociales al mismo tiempo (la propia y la del cónyuge) debiendo, en la actual reglamentación, optar por una sola obra social, unificando aportes con su cónyuge. Si no hace la elección, el sistema le impone la obra social del miembro del matrimonio que percibe mayor salario. Esta disposi-

ción, que no reconoce otro fundamento más que el tema del costo del servicio, impide a la mujer gozar de los beneficios de la cobertura de salud con absoluta libertad sin depender de las decisiones de su cónyuge o verse atada a la imposición del sistema.

En esta materia, la mujer trabajadora incorpora en el régimen nacional a su esposo o conviviente al sistema de obras sociales sin ningún costo adicional. De igual modo, el varón pensionado por muerte de su esposa recibe la atención de la salud a través de la obra social que le correspondiere o en general a través del Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados.

En cuanto a las prestaciones de salud, no existen diferencias entre las que recibe el o la afiliada titular y los afiliados no titulares, compuestos por el grupo familiar. El programa médico obligatorio incluye la atención de la salud de la mujer en todos sus aspectos, siendo sólo motivo de conflicto los métodos anticonceptivos abortivos

En estos últimos años se ha dado mucha importancia a los programas materno-infantiles que articulan acciones de la salud pública con las obras sociales.

Con respecto al seguro de desempleo debe señalarse que existe un gremio en particular, el de los docentes de establecimientos privados, que aunque no es exclusivamente femenino lo es mayoritariamente, y que por una errónea interpretación de las normas del subsidio de desempleo se ve excluido de este beneficio.

El tema de género, a mi juicio, ha tenido relevancia en otras áreas del derecho, donde se produjeron modificaciones legislativas sobre la mujer que tuvieron incidencia en lo social.

En este punto estimo que, en la República Argentina, la mujer ha retrocedido en sus derechos de género, más notoriamente en el campo del derecho penal y del derecho civil que en el campo del derecho del trabajo y de la seguridad social. En el ámbito penal, la derogación del delito de infanticidio cometido durante el estado puerperal, que disminuía la pena del homicidio, constituyó un importante retroceso en la materia, volviendo la situación casi a la concepción de la Edad Media. En el campo civil, la mujer perdió el derecho a ser alimentada por su cónyuge, siendo hoy una obligación mutua, y peor aún, recibió la carga de pasar alimentos a sus hijos en igualdad de con-

diciones con el padre varón, obligación antes reservada exclusivamente al hombre.²⁴

Las reformas en el campo civil no son menores y repercuten en el derecho del trabajo y de la seguridad social si se piensa que dichas medidas obligaron a las mujeres a ingresar, casi compulsivamente, al mercado de trabajo. Situación que, como todos sabemos, abarata el costo de la mano de obra.

Fallecida la mujer, el cónyuge o concubino recibe la pensión por fallecimiento, lo cual ratifica la obligación alimentaria hacia el varón colocada por el legislador en cabeza de la mujer, obviando toda consideración sobre la situación social, educacional o patrimonial de la mujer. La pensión por viudez del varón ha sido una gran conquista para el género masculino, mientras al mismo tiempo la mujer vio limitado el monto de las pensiones que podía acumular (de varios matrimonios u otros causantes).

En resumen, en materia de protección de género, es quizá más lo que han logrado los varones en estos últimos años (en especial en la década de 1980) que los beneficios nuevos obtenidos por las mujeres. Ello por cuanto los derechos protectorios datan de mediados del siglo XX y no se han hecho avances en su expansión; por el contrario, se ha retrocedido como parte del modelo de ajustes estructurales y desmantelamiento de cualquier modelo de Estado de bienestar, como ha tratado de demostrarse en esta breve exposición.

VI. VIABILIDAD DE RATIFICAR EL CONVENIO 102 OIT U OTROS CONVENIOS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL

El Convenio 102 de la OIT, conocido también como norma mínima de seguridad social, no fue ratificado por la República Argentina a pesar de que su legislación interna excedía, al tiempo de su firma, los derechos mínimos

²⁴ Código Civil, artículo 265: Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tienen éstos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios (artículo sustituido por artículo 4o. de la Ley núm. 23.264, *Boletín Oficial* del 23 de octubre de 1985).

Artículo 198. Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos (artículo sustituido por artículo 1o. de la Ley núm. 23.515, *Boletín Oficial* del 12 de junio de 1987).

allí establecidos. Incluso puede afirmarse que aun hoy, después de la aplicación de políticas de desregulación y flexibilidad del trabajo, la legislación interna sigue (aunque en medida menor que en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial) la totalidad de las contingencias sociales que impiden al trabajador obtener su sustento por razones que no le son imputables.

Tampoco se han ratificado los convenios 121, 128, 130, 168 y 183.

Considerando la importancia de los convenios señalados para la protección de los derechos de la seguridad social, su ratificación sería un resguardo frente a la pérdida generalizada de derechos sociales, ello aun cuando dichos convenios contengan, en algunos casos, niveles de protección menor que los conseguidos en el derecho interno.

No obstante, la brutal realidad de principios del siglo XXI va, a mi entender, en sentido contrario tanto a los derechos adquiridos en el derecho interno como a los establecidos en los Convenios de la OIT. Con extraordinaria lucidez nos dice Ricardo Petrella:

Nuestras sociedades han pasado de la época en que habían conseguido edificar una *buena* sociedad, fundada en la búsqueda y promoción del bien común, a la época actual caracterizada por el abandono y la demolición del bien común... Centradas en un único objetivo, el control/reducción de gastos (especialmente de salud, pensiones, subsidios de desempleo) las reformas del *welfare* han conducido a la degradación de las prestaciones y a la debilitación de los sistemas de valores fundados en la solidaridad y la ciudadanía... Hemos asistido a: la reducción del número de personas cubiertas por la seguridad social, la revisión de los métodos de indexación de los salarios o de revalorización de las prestaciones en efectivo, la participación creciente de los enfermos en los gastos y la introducción de contribuciones complementarias para las pensiones, mayor severidad en los controles y en las exigencias impuestas, las primeras medidas de privatización y desregulación en la organización y la gestión de ciertos bienes y servicios públicos, medidas de reducción de empleos públicos, medidas de reducción del poder de decisión real de los Parlamentos... mutilación de la ciudadanía, restricción del campo de la solidaridad, reducción de la riqueza común y de los espacios públicos... Todos nosotros hemos sido reducidos a *recurso humano* empleable, sobre bases de interinidad y según modalidades que se desea sean especialmente flexibles, principalmente en

beneficio del empleador. Por consiguiente, si el derecho al trabajo ya no puede ser garantizado a todos, tampoco lo es el derecho a la seguridad social.²⁵

Para concluir este trabajo, cabe reconocer que no obstante todo lo expuesto, en la República Argentina se ha comenzado, a partir de 2003, a recorrer otro sendero. Debido a que, entre otras medidas, se han dictado leyes que permitieron la inserción en el régimen previsional de más de un millón de personas mediante la modalidad de pago en cuotas que se descuentan del haber previsional; se han otorgado jubilaciones anticipadas a aquellos que teniendo los años de servicios con aportes no llegaban a las edades reglamentarias; se restituyeron los derechos de los regímenes jubilatorios especiales (en particular en áreas tan sensibles socialmente como el colectivo laboral docente); se otorgaron aumentos a los beneficios previsionales de leyes anteriores a la reforma y a aquellos de la nueva ley con componente público; se modificó el régimen de opción entre el régimen de reparto y capitalización (haciendo menos cautivo el sistema); se creó un índice que permite mejorar los montos de las remuneraciones de los últimos diez años (base sobre la que se calculan los beneficios públicos); se mejoró el porcentual a considerar en la prestación anual por permanencia (PAP); se eliminó el recurso ordinario a la Corte Suprema de Justicia; se aumentaron las asignaciones familiares y los topes para percibirlos y, en general en este periodo, no se han dictado medidas que retrotraigan derechos sociales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ARCHAGA, Lilia *et al.*, *Los nuevos sujetos de derecho en la seguridad social argentina*, informe de investigación, documento núm. 39, Argentina, Instituto Nacional de la Administración Pública, agosto de 1997.

AREN, Julio, *Régimen legal de las obras sociales*, Argentina, LexisNexis, 2008.

———, *Régimen legal de las obras sociales agentes del seguro nacional de salud*, Argentina, LexisNexis, 2007.

²⁵ Petrella, Ricardo, *El bien común. Elogio de la solidaridad*, España, Temas de Debate, 1997, p. 93.

- ASOCIACIÓN DE ADMINISTRADORES PRIVADOS (ASAP) y FUNDACIÓN DE INVESTIGACIONES ECONÓMICAS LATINOAMERICANAS (FIEL), *La reforma previsional en Argentina. El impacto macroeconómico y la organización del mercado de las AFJP*, Argentina, Asociación de Administradores Privados, 1998.
- BIANCHI, Roberto A. y CAPON FILAS, Rodolfo, *Sistema integrado de jubilaciones y pensiones*, Argentina, Zavalía, 1994.
- BRITO PERET, José, *Digesto práctico. La Ley Previsión Social*, Argentina, La Ley, 2001.
- y JAIME, Raúl C., *Régimen de previsión social*, Argentina, Astrea, 1990.
- , *Régimen previsional. Sistema integrado de jubilaciones y pensiones*, Argentina, Astrea, 1996.
- CASTEL, Robert, *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?*, Argentina, Manantial, 2003.
- CHOMSKY, Noam, *El bien común*, México, Siglo XXI, 2001.
- ETALA, Juan José, *Derecho de la seguridad social*, 3a. ed., Argentina, Ediar, 2007.
- ETALA, Carlos, *Manual de derecho de la seguridad social*, Argentina, Astrea, 2007.
- FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos y CAUBET, Amanda, *Jubilaciones y pensiones*, Argentina, Errepar, 1994.
- GOÑI MORENO, José M., *Derecho de la previsión social*, Argentina, Ediar, 1956.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Argentina, Macchi, 1974.
- HALPERIN, Isaac, *Lecciones de seguros*, Argentina, Depalma, 1992.
- HUNICKEN, Javier *et al.*, *Manual de derecho de la seguridad social*, Argentina, Astrea, 1989.
- LODI-FE, María Delia *et al.*, *Régimen previsional argentino*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2007.
- MARTÍNEZ VIVOT, Julio, *Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social*, Argentina, Astrea, 1982.
- PETRELLA, Ricardo, *El bien común. Elogio a la solidaridad*, España, Temas de Debate, 1997.
- PODETTI, Humberto, *Política social*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1982.

- y CIPOLLETTA, Graciela, “Relaciones entre el régimen de contrato de trabajo y el nuevo régimen de jubilaciones y pensiones”, *Revista Relaciones Laborales y Seguridad Social*, Argentina, año I, núm. 9, noviembre de 1995.
- TADDEI, Pedro *et al.*, *Manual de la seguridad social*, Argentina, Ábaco, 2002.
- TARDIO VALLEJO, Luis, “Régimen de asignaciones familiares en la seguridad social”, *Informe Laboral*, Argentina, Editora Argentina, 1978.
- VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del trabajo y seguridad social*, 2a. ed. actualizada, Argentina, Astrea, 1981. 