

BUENOS AIRES,

VISTO, la Actuación , caratulada y,

CONSIDERANDO:

Que un grupo ciudadanos que efectuaron imposiciones voluntarias, y/o depósitos convenidos en diversas Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, reclamaron ante esta Defensoría del Pueblo de la Nación debido a la imposibilidad de percibir dichos aportes.

Que de acuerdo a las previsiones de los artículos 56 y 57 de la ley N° 24.241, las finalidades asignadas a las citadas imposiciones voluntarias y/o depósitos convenidos, consistían en incrementar el haber de la jubilación ordinaria o bien anticipar la fecha de su percepción, conforme los términos del artículo 110 (jubilación anticipada) de la referida norma.

Que por su parte el artículo 6° de la ley N° 26.425, que a finales del año 2008 eliminó el régimen previsional de capitalización, estableció que “Los afiliados al régimen de capitalización que hubieran ingresado importes en sus cuentas de capitalización individual bajo la figura de "imposiciones voluntarias" y/o "depósitos convenidos" y que aún no hubieran obtenido un beneficio previsional, podrán transferirlos a la Administración Nacional de la Seguridad Social para mejorar su haber previsional conforme lo determine la reglamentación o a una administradora de fondos de jubilaciones y pensiones, la que deberá reconvertirse, modificando su objeto social para tal finalidad. El Poder Ejecutivo nacional dictará las normas pertinentes a esos fines”.

Que, el artículo 19 reza que “La Administración Nacional de la Seguridad Social deberá adoptar las medidas necesarias para hacer operativa la presente ley en lo relativo a la recepción de los aportes y el pago de los beneficios por

jubilación ordinaria, retiro por invalidez y pensión por fallecimiento en el plazo de SESENTA (60) días a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley”.

Que habiendo transcurrido un plazo mayor al previsto en el artículo 19 de la ley 26.425, la ANSES dictó la Resolución N° 290/09, por la cual estableció que “Los afiliados que hubieren ingresado importes en sus cuentas de capitalización individual bajo la figura de "imposiciones voluntarias" y/o "depósitos convenidos" y que no hubieren obtenido un beneficio previsional a la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 26.425, podrán optar por mantener los activos en el SISTEMA INTEGRADO PREVISIONAL ARGENTINO (SIPA) o bien solicitar la transferencia de los mismos a una ADMINISTRADORA DE FONDOS DE JUBILACIONES Y PENSIONES (AFJP) prevista en la Ley N° 24.241, la que deberá reconvertir su objeto social para tal finalidad”.

Que respecto de los afiliados que hubieren ingresado importes en sus cuentas de capitalización individual bajo la figura de "imposiciones voluntarias" y/o "depósitos convenidos" y que a la fecha de vigencia de la Ley N° 26.425 hubieren obtenido un beneficio previsional, podrán solicitar se les liquide una prestación adicional u optar para que los activos sean transferidos, con dicho objeto, a una ADMINISTRADORA DE FONDOS DE JUBILACIONES Y PENSIONES (AFJP) prevista en la Ley N° 24.241 que haya reconvertido su objeto social para tal fin.

Que en el marco de la reconversión del objeto social requerida a las AFJP, y a los fines de que los afiliados puedan ejercer la opción de transferir las "imposiciones voluntarias" y/o "depósitos convenidos" a una Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, la ANSES, mediante el dictado de la resolución GDNyP N° 134/09 estableció los requisitos que deben cumplir las ex AFJP para reconvertir su objeto social, y a su vez, el procedimiento que deberán seguir los titulares para transferir sus aportes a la ANSES, o a una AFJP reconvertida.

Que si bien la resolución GDNyP N° 134/09 otorgó a las ex AFJP como plazo para su inscripción en el Registro Especial de ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE APORTES VOLUNTARIOS Y DEPOSITOS CONVENIDOS (AFAVyDC) hasta el día 19 de febrero de 2010; la ANSES, a través de las resoluciones N° 16/10 y N° 184/10, prorrogó el plazo de inscripción por un mes más, y luego extendió el mismo hasta Mayo de 2010 para que las AFAVyDC que se hayan inscripto a tiempo, presenten la documentación adicional que les fuera requerida como condición para su aprobación e inscripción definitivas.

Que la resolución N° 184/10, de fecha 19 de Marzo de 2010, resultó ser la última norma dictada por el Poder Ejecutivo a los fines de reglamentar el 6° de la ley N° 26.425.

Que a Diciembre de 2010, mediante Nota N° CCC 160641 CI 131100, la Gerencia de Atención de Reclamos Prestacionales de la ANSES precisaba que "...a la fecha, la mencionada disposición legal aún no se encuentra reglamentada...oportunamente deberá proceder del modo en que se determine, o en su defecto adoptar las medidas que entienda pertinente en resguardo de sus intereses".

Que en este contexto corresponde efectuar las siguientes consideraciones.

Que esta Institución cursó múltiples pedidos de informes a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES).

Que por su parte la Administración Nacional informó a esta Defensoría que se encuentran en proceso de autorización por parte de esta ANSES las AFAVyDC presentadas y, en consecuencia, los afiliados no han podido efectuar la opción prevista en la resolución N° 290/09 y no existe nueva reglamentación al respecto que indique la forma de efectivizar la opción".

Que a raíz de ello, y en el marco del proceso de autorización por parte de la ANSES para la aprobación e inscripción definitiva de las Administradoras de Fondos de Aportes Voluntarios y Depósitos Convenidos (AFAVyDC) presentadas

(a saber: Nación AFJP S.A y Credicoop AFJP), se dispuso efectuar un requerimiento ante la Inspección General de Justicia (IGJ) con relación al trámite del cambio de objeto social previsto en el art. 6º de la ley Nº 26.425, y normas reglamentarias.

Que el citado organismo precisó “Que las sociedades Nación AFJP S.A y Credicoop AFJP han modificado sus objetos sociales adecuándolos a la ley 26.425 y a la Resolución 134/2009 de la ANSES” // “Que de acuerdo a lo indicado precedentemente no existen requisitos legales pendientes de cumplimiento”.

Que en ocasión de la realización de nuevos requerimientos a la ANSES, dicha Administración Nacional, comunicó que “Resulta necesario mencionar que actualmente dicha Dirección General, se encuentra trabajando en un proyecto de resolución con el fin de dictar nuevas medidas reglamentarias destinadas a operativizar las previsiones del artículo 6 de la ley Nº 26.425, en lo atinente a las personas que opten por que esta Administración Nacional sea la responsable de realizar la mejora del haber previsional prevista en la referida norma”.

Que en dicha respuesta, la ANSES también se expidió sobre otras tres cuestiones, a saber: que respecto a los aportes voluntarios o depósitos convenidos de los beneficiarios anteriores a la Ley Nº 26.425, aquellos ya fueron utilizados para el cálculo de la prestación; que la publicación en el Boletín Oficial de nómina de las administradoras aprobadas e inscriptas en el Registro de AFAVyDC aún no ha sido concretada, y que esa Administración Nacional se encuentra reglamentando la prestación a la que accederán los titulares de aportes voluntarios y/o depósitos convenidos, con el objeto de complementar y mejorar su haber jubilatorio.

Que si bien es notorio el reconocimiento por parte del organismo previsional con relación a la falta de reglamentación, ya sea, para transferir los aportes voluntarios / depósitos convenidos a la ANSES, o hacia una

Administradora de Fondos de Aportes Voluntarios y Depósitos Convenidos; tal omisión lesiona garantías constitucionales, y normas de menor jerarquía.

Que tal situación habilita la intervención de esta Institución en defensa y protección de los derechos del colectivo de aportantes involucrado.

Que consecuentemente, deviene necesario exhortar a la Secretaría de la Seguridad Social a fin de que establezca la efectiva reglamentación respecto al destino y goce por parte de sus titulares de las imposiciones voluntarias, y/o depósitos convenidos.

Que tal desatención ha sido rectificada por la Justicia en los autos “Franzini, Martín Ignacio c/Estado Nacional y otro s/amparos y sumarísimos”, de la *Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala II, 22/9/10* “Ahora bien, en lo tocante a las imposiciones voluntarias contempladas en el art. 56 de la ley 24.241, la solución jurídica que corresponde aplicar al conflicto normativo suscitado en autos, es completamente diversa de la del supuesto anterior (aportes ‘obligatorios’), pues el derecho que le asiste al actor sobre las imposiciones o depósitos voluntarios tendientes a incrementar el haber de jubilación ordinaria, o de anticipar la fecha de su percepción, está amparado por la garantía de la inviolabilidad de la propiedad contemplada en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional. El primero de estos artículos, garantiza a todos los ciudadanos el derecho de ‘usar y disponer’ de su propiedad conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. El segundo, a su vez, prescribe que ‘la propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley ...No hay duda alguna, pues, acerca de la colosal potencia jurígena que ostenta la garantía contenida en el art. 17 de la Constitución Nacional, como tampoco la hay de que ninguna norma de inferior rango (de cualquier especie que fuera), podría desbaratar esta garantía fundacional expresa, sin riesgo de quebrantar el principio de supremacía constitucional consagrado en los arts. 28 y 31 de nuestra Ley Fundamental ... Sin

embargo, aquellos aportes voluntarios, que solo fueron efectuados por quien lo realizara inducido por una rentabilidad futura, que mejorase su crédito previsional, en mayor medida, no son la razón de ser del patrimonio de la seguridad social, antes bien, son una prolongación del patrimonio del aportante o de aquél para el que fue realizado. El Estado no puede disponer de ellos, porque no fueron previstos para el sistema público, sino para una cuenta especial, personal, independiente y propia del aportante ... Ese ahorro, esa prestación voluntaria, no fue hecha al Estado, sino en interés de un particular. Si se apropia de esos fondos, diluyendo los mismos en la masa común o incluso en alternativas no aceptadas por el beneficiario del aporte voluntario, debe resarcir al perjudicado, no hay expropiación sin indemnización, más en el caso, la natural consecuencia, sería o bien devolver ese aporte voluntario, o bien dejar a criterio del titular, el destino de ese aporte”.

Que la desatención expuesta también ha sido receptada por la jurisprudencia en autos “Bay, José Jorge c/Poder Ejecutivo Nacional y Otros s/Amparo y sumarísimos con medida cautelar adjunta” Sala III (20/09/11) “Los voluntarios, en cambio, como su propio nombre lo indica, fueron previstos por el legislador como facultativos o libres, lo que excluye toda posibilidad de igualación con los obligatorios, y sólo admitidos en el régimen de capitalización; sobre ellos su titular goza de un derecho de propiedad (más allá de las limitaciones impuestas a su ejercicio para no desnaturalizar su finalidad), por lo que pueden y deben ser devueltos cuando, como acontece en el sub examine, las condiciones a las que adhirió al momento de hacerlos, han sido modificadas radicalmente por la sorpresiva y urgida sanción de la ley 26425, algo más de un año después que por la ley 26222 fue convalidado el régimen de capitalización y equilibrado el sistema integrado conformado por aquel y el de reparto, entre otras cosas, con la modificación de la fórmula de cálculo de la P.A.P. y la posibilidad de cambio de opción en ambos sentidos.”

Que en dicho precedente se señaló que, “Ahora bien, en el ya citado caso ‘FERNÁNDEZ’, sostuve que “el traspaso operado en relación al saldo voluntario de la C.C.I. resultó lesivo a los derechos amparados por los arts. 14 bis tercera parte y 17 de la C.N., aun dentro del reducido alcance reconocido por la ley 24.241 al derecho de propiedad de la parte actora sobre aquel”, porque, “a pesar del tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia de la ley 26.425 publicada en el B.O. 9.12.08 y siendo de público y notorio la aplicación de importantes sumas de dinero del F.G.S...” (conformado -entre otros- por los recursos provenientes de los aportes de quien demanda a diversos fines), lo cierto es que “...la parte actora se vio impedida en tiempo oportuno de ejercer, la elección prevista en el art. 6 de la ley 26.425” toda vez que hasta entonces no había sido dictada la reglamentación correspondiente’; “Y a casi tres años de vigencia de la mentada ley y sin perjuicio del dictado de algunas disposiciones reglamentarias, es válido afirmar que perdura el impedimento apuntado”.

Que el resultado del primer fallo fue la declaración de inconstitucionalidad del art. 6º de la ley N° 26.425 y con ello de las resoluciones y disposiciones que lo reglamentan y ratificar el reintegro al accionante de las imposiciones voluntarias depositadas en su cuenta de capitalización individual en Met AFJP (imposiciones voluntarias), a valores de la última liquidación practicada al tiempo de operarse la transferencia al Sistema Previsional Público, más intereses a la tasa pasiva promedio mensual que publica el B.C.R.A. hasta el efectivo pago.

Que lo resuelto por la Sala III fue declarar inconstitucional e inaplicable al saldo voluntario de la C.C.I. la transferencia operada en virtud del artículo 7º y disposiciones concordantes de la ley N° 26.425 y su reglamentación y ordenar a la ANSES proceda a su devolución en efectivo con más sus intereses hasta su pago.

Que sobre este punto, cuadra recordar que el artículo 7º de la ley N° 26.425 dispone la transferencia en especie a la Administración Nacional de la

Seguridad Social (ANSES) de los recursos existentes en las cuentas de capitalización individual de los afiliados y beneficiarios al régimen de capitalización, con las limitaciones que surjan de lo dispuesto por el artículo 6º, indicando al final, que dichos activos pasarán a integrar el Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público.

Que a más de lo expuesto, destaco algunos de los considerandos comprendidos en la reciente sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Villarreal, Mario Jesús c/PEN - PLN y Máxima AFJP s/amparo", en cuanto "9º)...el actor se vio impedido de efectuar la opción prevista por no haberse cumplido con la reglamentación dispuesta. Tampoco existe ninguna constancia aportada por el Estado Nacional que acredite que, aun cuando no se implementó el sistema alternativo, los aportes voluntarios que efectuó de acuerdo a la normativa vigente en ese momento hayan -de alguna forma- mejorado su haber previsional. 10) Que si en la mejor de las hipótesis para la demandada, se considerase que el actor mantenía una mera expectativa sobre la propiedad de esos aportes voluntarios -en la medida en que podían quedar sujetos a condiciones de modo y tiempo para su percepción- ello de todos modos no habilitaba al Poder Ejecutivo a quedarse con las sumas en cuestión, y privar de ellas al actor en forma total y definitiva por esa vía de hecho. 11) Que la omisión de la autoridad pública se configura porque existe un claro mandato legislativo que ha sido desoído por un tiempo a todas luces irrazonable desde la promulgación de la ley, que ocurrió el 9 de diciembre de 2008. 13) Que la procedencia del amparo por omisión de autoridad pública resulta de la falta de implementación señalada ante la existencia de un mandato legislativo expreso, que constituye una ilegalidad manifiesta que lesiona en forma actual -y por los últimos seis años, desde que la ley 26.425 fue promulgada- los derechos constitucionales del actor, máxime si se considera el carácter netamente alimentario del objeto de este litigio, que afecta a uno de los grupos vulnerables

definidos por nuestra Constitución como sujetos de preferente protección por los poderes constituidos (art. 75 inc. 23)".

Que en el marco de dicho precedente, el máximo Tribunal de Justicia de la Nación finalizó su pronunciamiento (con disidencia de la Dra. Highton de Nolasco) de la siguiente manera: "la exhortación al Poder Ejecutivo para que complete el proceso reglamentario de la norma que dejó trunco tras el dictado de la resolución 184/10 de ANSeS no efectivizaría la garantía que establece el artículo 43 en la medida en que no aseguraría que cese la omisión advertida. De manera que sólo resulta posible en el caso remediar la violación de los derechos particulares declarando la inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 26.425. en razón de su inoperatividad atento a que la Administración omite expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias (art. 99 inc. 2 de la Constitución Federal). Corresponde en consecuencia la devolución de los fondos oportunamente depositados como única manera de enmendar la situación de omisión normativa que ha causado la violación de los derechos constitucionales de la parte actora señalados en el considerando 7°".

Que entendemos que la falta de reglamentación para la percepción de las imposiciones voluntarias, y/o depósitos convenidos, desconoce derechos y garantías comprendidas en la Constitución Nacional como ser los artículos Nros. 14, 17, 28 y 31.

Que no resulta justo exigir que nuestros jubilados y pensionados efectúen reclamos administrativos o judiciales cuando la Cámara Federal de la Seguridad Social, e incluso el Máximo Tribunal del país se han pronunciado al respecto.

Que atento los extremos hasta aquí expuestos, el tiempo transcurrido, y dada la situación de vulnerabilidad e indefensión de todos los ciudadanos que efectuaron imposiciones voluntarias, y/o depósitos convenidos en diversas

Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, se halla habilitada la intervención de esta Institución en defensa y protección de sus derechos.

Que consecuentemente, deviene necesario exhortar a la SECRETARIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL que establezca la efectiva reglamentación para la percepción por parte de sus titulares, de las imposiciones voluntarias, y/o depósitos convenidos.

Que la presente se dicta de conformidad con lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Nacional y el 28 de la Ley N° 24.284, modificada por la Ley N° 24.379 y la autorización conferida por los Señores Presidentes de los bloques mayoritarios del H. Congreso de la Nación, como de la Comisión Bicameral Permanente de la Defensoría del Pueblo, ratificada por su Resolución N° 1/2014, del 23 de abril de 2014.

Por ello,

EL SECRETARIO GENERAL
DEL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACION

RESUELVE:

ARTICULO 1°: Exhortar a la SECRETARIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL a fin de que a la brevedad posible, dicte la reglamentación para la percepción por parte de sus titulares, de las imposiciones voluntarias, y/o depósitos convenidos.

ARTICULO 2°: Poner en conocimiento de la presente a la ADMINISTRACION NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

ARTICULO 3: Regístrese, notifíquese en los términos del artículo 28 de la Ley N° 24.284 y resérvese.

RESOLUCIÓN N° 09/15