

Comisión nº12, Interdisciplinaria: “Derechos e intereses de incidencia colectiva”

## **EL DAÑO EN SEGURIDAD SOCIAL Y LAS ACCIONES COLECTIVAS**

**Autor:** Maria Rosana Toranzo \*

### **Resumen:**

*Las leyes que modificaron al Sistema de Seguridad Social en los 90´ (24.241, 24.463, 24557) implicaron una verdadera retracción al derecho de la SS expresamente amparado por el art. 14 bis CN.*

*Acciones y omisiones del Estado Nacional que han ocasionado DAÑOS a la masa pasiva que comprende al menos a dos generaciones de argentinos y que deben ser reparados según lo prevé el CCC.*

*Que dicho daño se conviene en identificar como “Daño al Proyecto de vida” (art.1738 CCC) y que comprende tanto las pérdidas patrimoniales como extrapatrimoniales provocadas a la masa pasiva del país.*

*Que a los fines de lograr una tutela real y efectiva de los derechos a remediar y en pos de prevenir daños futuros, resultan convenientes las acciones colectivas, las que se proponen incluir en una nueva legislación en Seguridad Social.*

### **1. Introducción.**

La problemática que se plantea por medio de la presente, tiende a demostrar el daño ocasionado a la masa pasiva del país a partir de la aplicación de las modificaciones legales que fueron introducidas al Sistema de la Seguridad Social (en adelante SSS) en los noventa (leyes 24241/93, 24463/95, 24557/95).

Normas que arrasaron con los derechos constitucionales de los trabajadores jubilados, pensionados, incapaces, enfermos y/o accidentados, hasta ocasionar “**daño al proyecto de vida**” a este colectivo de personas socialmente vulnerables.

Por lo que, dada la importancia de los daños sufridos y las particularidades del grupo afectado que le otorga homogeneidad a los intereses dañados, se advierten apropiadas las demandas y reclamos colectivos, como alternativa eficaz a la hora de **resarcir** a los damnificados.

Acciones que realizadas por un representante común, permitiría lograr una reparación equitativa para los miembros del grupo y una alternativa beneficiosa para la sociedad misma, ya que por su medio, se vería garantizada la tutela efectiva del derecho humano a la SS, sin afectar las cuentas del Tesoro Nacional.

Cuestión que en el afán de fundamentar jurídica y razonadamente lo ante dicho, pareciera importante comenzar por responder ¿Qué es la Seguridad Social, cuáles son sus objetivos, su fin y su estructura jurídica actual?

---

\* Abogada. Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Adjunto, Univ. Nacional de San Juan.

## 1.1 La Seguridad Social (SS) - su impronta Constitucional e Internacional.

Con el art. 14 bis CN en el 3\* párrafo, se incluyó a la Seguridad Social como *el derecho<sup>1</sup> que tienen todas las personas a obtener la protección y el amparo ante el acaecimiento de una contingencia social, biológica y/o patológica*” (nacimiento, vejez, invalidez y muerte etc) que afecte su capacidad laboral y/o pudiere impedir su subsistencia, estableciendo:

**El Estado otorgará los beneficios de la Seguridad Social que tendrá el carácter de integral e irrenunciable... jubilaciones y pensiones móviles ...**

Obligación a la protección, que la propia Constitución pone a cargo del Estado a través de *normas y servicios*, que organizadas interdependientemente deben abarcar tres temas sustanciales -“**Previsión Social**”, “**Salud**”, “**Asistencia**”- destinados a sostener a los ancianos, jubilados, trabajadores incapacitados y enfermos.

Derechos plasmados en Tratados y Convenciones Internacionales, introducidas al país por el art. 75 inc. 22 CN:

-Con la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** Abril /1948 Bogotá, la Seguridad Social se incorpora en el **art. 16**: Toda persona tiene derecho a la SS que la proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y la incapacidad que proviene de cualquier otra causa ajena a su voluntad.

-Con la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, proclamada en la III Asamblea General de Naciones Unidas 1948, alude el **art.22**: Toda persona tiene **derecho a la SS**, y a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad. **Art. 25** Toda persona tiene derecho a... los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, u otros casos de pérdida...

-El **Pacto de San José de Costa Rica** - Convención Americana de los Derechos Humanos 22/11/1969 aprobado en Argentina por Ley 23054, en el **art. 26** introduce una cláusula “clave” tendiente a lograr el *desarrollo progresivo, la efectivización de los derechos sociales* y consecuentemente la Seguridad Social”.

-Con el **Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales** (PIDESC) Nueva York/66, aprobado en Argentina Ley 23.313/86 en el **Art.1** reconoce **el derecho de toda persona a la Seguridad Social**, incluso al Seguro, y en el **Protocolo de San Salvador 17/11/1988 (Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos)** en materia de DESC -Argentina 23/10/ 2003- personifica este derecho:

**Art. 9. Derecho a la Seguridad Social** 1. Toda persona tiene derecho que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física ...2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la SS cubrirá al menos la atención médica, el subsidio o jubilación en caso de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional.. **Artículo 17**

---

<sup>1</sup> CHIRINOS Bernabé Lino (2009) , *Tratado de la Seguridad Social T\* 1* 1\* edición Buenos Aires, La Ley 2009 pág. 37 El derecho de la Seguridad Social es un conjunto de normas y principios formales y materiales, internas e internacionales que basados en valores de ética social y teniendo en miras el bien común, regulan la cobertura de las necesidades emergentes de las contingencias de diversa naturaleza.

**Protección de los Ancianos:...** Los Estados partes se comprometen a adoptar de manera **progresiva**...a. proporcionar instalaciones adecuadas, a las personas de edad avanzada que carezcan de ella ...

-Por último, la “**Declaración y el Programa de Acción de Viena**”, Junio 1993, que refiere a la **progresividad**, señala como “responsables a los gobiernos” por el incumplimiento de sus deberes a otorgar la protección necesaria:

Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos, su promoción y protección es RESPONSABILIDAD primordial de los gobiernos. 18. Esto puede lograrse con medidas legislativas y con actividades nacionales y cooperación internacional en esferas tales como el desarrollo económico y social...24. Los estados tienen la obligación de adoptar y mantener medidas adecuadas en el plano nacional, para promover y proteger los derechos de los sectores vulnerables de su población,... 31. La conferencia mundial ..pide a los estados **que se abstengan de adoptar medidas unilaterales contrarias al derecho internacional y la Carta de las Naciones Unidas que creen obstáculos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los instrumentos internacionales de los derechos humanos, endilgando inalienablemente la responsabilidad estatal ante la falta de protección a los sectores vulnerables** y que de algún modo se opongan a las normas Internacionales .

Detalle que permite considerar a:

**La SS no solo como un derecho constitucional sino un Derecho Humano a la protección, en el que las prestaciones y los servicios como la atención médica, el pago de los beneficios previsionales y la asistencia, son “RESPONSABILIDAD” de los gobiernos.**

## 1.2 Del objetivo-fin de la Seguridad Social.

Se advierte así la parte **pública** de la materia, que refiere a la obligación del Estado y su insoslayable intervención en las políticas que subyacen al Sistema, en *pos* de cumplir el objetivo-fin de la Seguridad Social:

- “**Proteger**” a todos los habitantes de **toda contingencia-riesgo**, así como de las cargas derivadas de la vida familiar, debiendo velar para que las personas que están en la imposibilidad temporal o permanente de obtener un ingreso, puedan seguir satisfaciendo sus necesidades básicas.
- “**Garantizar**” los recursos financieros para ofrecer **los servicios y las prestaciones** que permitan proporcionar los beneficios que regula el sistema.

Protección-garantía que conforme clasificación de Julio A. Grisolia (2004:2022) refiere a **Contingencias de origen patológico** (enfermedad), **biológicas** (vejez, muerte) **sociales** (nacimiento, despido etc).

Para cumplir este objetivo-fin, cada ordenamiento jurídico recurre a distintos instrumentos que varían de sistema a sistema: el ahorro individual, seguro privado, seguro social, asistencia pública y/o privada, el sistema público de reparto, privado o mixto, mecanismos que usa el Estado, de acuerdo a la ideología del gobierno y que sin duda sustentan el espíritu de su regulación.

## 1.3 La modificación al Sistema de la SS

## Una retracción del derecho de la SS.

Ahora bien, a los fines de explicar la incidencia que la ideología de un gobierno puede significar a un Estado, resulta elocuente el análisis político de innumerables autores que aseguran; “Que el paso devastador del neoliberalismo en la historia Argentina, no solo provocó desplazamientos en el poder ejecutivo, legislativo y judicial, sino que impuso **reducciones<sup>2</sup> que recayeron insoslayablemente sobre los grupos vulnerables del país**, considerados “un daño colateral”<sup>3</sup> necesario .

Estrategia que Atilio Borón<sup>4</sup> calificó de “contra-reforma”, que derramó desigualdad e injusticia, advirtiendo que su victoria se debió a un singular -**deslizamiento semántico**- que hizo que las palabras pierdan su antiguo significado y adopten otro nuevo.

Algo que se hizo realidad en el texto legislativo que puso en vigencia el SSS a partir de 1993, donde –a través de ambigüedades y frases engañosas- el poder político efectivizó la mayor flagelación al derecho de los adultos mayores, trabajadores incapacitados y enfermos, restringiendo la SS a su mínima expresión.

Contexto que basado en las matrices legales; **24.241**, **24.463/95** y **24.557<sup>5</sup>** vino a reemplazar el antiguo régimen de jubilaciones y pensiones (18.037<sup>6</sup>/18.038) y que lejos de dar impulso a un sistema solidario intergeneracionalmente, impuso un procedimiento lento y tortuoso, que solidarizó a la masa pasiva en la desgracia, el retardo y la mora en el pago de los beneficios de la SS.

Leyes que supuestamente conformarían un “**Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones**” y que a la corta convirtió a la SS aplicada en la propia negación de la SS conceptualizada por la Constitución y los Derechos Humanos.

Un mecanismo engañoso utilizado con el único fin de permitirle al Estado:

- **Dejar de pagar retroactivos por jubilaciones y pensiones.**
- **Desestimar, quitar y reducir beneficios.**
- **Restringir servicios de salud y asistencia.**
- **Eliminar asignaciones familiares<sup>7</sup>.**
- **Rechazar reconocimientos de servicios.**
- **Implantar estrictos formulismos destinados a disminuir en cantidad y calidad las prestaciones y los servicios.**

---

<sup>2</sup> Ib ídem, BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos (2009) *El asalto al Estado y al mercado: neoliberalismo y teoría económica* Revista Nueva Sociedad N° 221 –Mayo/Junio 2009 pag.85: No es posible pretender aumentar el poder del mercado a expensas del debilitamiento del Estado, como pretendió irracionalmente el neoliberalismo. Esa ideología inició un verdadero asalto al Estado democrático y social.

<sup>3</sup> CIOLLI, Vanesa. (2009). *Daños colaterales - el tratamiento político de la “cuestión social” en la década de los 90*. Ponencia presentada en el IX Congreso Nacional de Ciencia Política SAAP. Universidad Nacional del Litoral y Universidad de Santa Fe. Santa Fe. Argentina.

<sup>4</sup> BORON, Atilio (2003) *Las reformas del Estado en América Latina: Sus negativas consecuencias sobre la inclusión social y la participación democrática* –CLACSO- 2003 pag.1 ...los procesos de reforma del estado puestos en marcha en América Latina en las dos últimas décadas es el fervor con que distintos gobiernos se han abocado a la tarea de dismantelar y destruir el estado... lo estaban reformando...

<sup>5</sup> BO 02/10/1995 Ley de Riesgos del Trabajo

<sup>6</sup> Ley 18.037/68- Régimen de Jubilaciones y Pensiones para trabajadores en relación de dependencia Res. 522/76 (16/11/1976)

<sup>7</sup> Decretos 770/96 -771/96 y 991/96, restringen y regulan Asignaciones familiares fallo CSJN 322:1726, Verrocchi Ezio Daniel C/ PEN- Acción de Amparo 19/08/99 declara nulos los decretos.

- **Paralizar los reclamos administrativos y juicios aún en etapa de ejecución<sup>8</sup>**

Acciones que hicieron agua la SS al aplicarla al caso concreto y en las que los deslizamientos semánticos y las expresiones vacías, encubrían el verdadero interés de **legitimar las reducciones**, hasta eliminar la masa pasiva o al menos reducirla<sup>9</sup>.

En este sentido, “**retracción del derecho de la SS**” encaja, ya que la rebeldía estatal y -en particular la del poder legislador- a adecuar sus acciones al marco de la ley suprema<sup>10</sup> se transformó en accionar Inconstitucional, no solo al cercenar derechos sino al ejercer la mayor presión económica- sobre el estrato social más indefenso.

Sirva como muestra el art. 16- ley 24.241 que junto a la in-titulación “Naturaleza del Régimen y Garantía del Estado” eliminaba de cuajo el respaldo de “Rentas Generales” – dando una “garantía eufónica”<sup>11</sup> al no prever mecanismos alguno que diera certeza sobre niveles de prestaciones y haberes.

Por su parte, la “Ley de solidaridad previsional 24.463”<sup>12</sup>, vino a reformular principios y conceptos propios de la materia, implantando con el **art. 7° la inmovilidad** de los haberes, al establecer; **todas las prestaciones de los sistemas de previsión, tendrán la movilidad que anualmente determine la ley de presupuesto anual .**

Movilidad que el **Congreso no incluyó en los presupuestos de los próximos DIEZ AÑOS** reasignando una nueva definición a “solidaridad previsional”, que quedó ceñida a compartir la reducción, desprotección y restricción de tan nobles derechos.

A modo de ratificar la afrenta a renglón seguido la norma establecía

**En ningún caso esta movilidad podrá consistir en una determinada proporción entre el haber de retiro y las remuneraciones de los activos.**

Nada más contradictorio con la CN que el parlamento imponga normas que impidan la efectividad del ejercicio del derecho nato del beneficiario de la SS “proporcionalidad e integralidad”.

Aberraciones jurídicas a las que se anejaba el art. 10 de Ley 24.463<sup>13</sup>, que bajo la falaz denominación de “Federal” que le otorgaba al sistema, consumaba una franca vulneración a las autonomías provinciales ya que –por medio de acuerdos o convenios

---

<sup>8</sup> B.O 28/12/94 Dcto 2302/94 art. 1 Paralizase todos los reclamos administrativos y juicios contra la Administración Nacional de Seguridad Social por cobro de reajustes jubilatorios.

<sup>9</sup> Algo que refiere claramente Zaffaroni en el considerando 14 de Itscovich Mabel respecto de los adultos mayores cuando expresa: ...Este panorama es por demás siniestro y de hecho, muestra el perfil de una tendencia a la eliminación de los adultos mayores o, por lo menos, a su más rápida eliminación.

<sup>10</sup> CARNOTA, Walter F. (2011). *La inconstitucionalidad por conexidad*. La Ley on line 18/03/2011.

La invalidez constitucional no suele ser un episodio espasmódico del legislador o del poder administrador (ya se trate de leyes o de reglamentos). Por el contrario, estos vicios suelen presentarse encadenados o vinculados entre diversas normas, en una suerte de secuencia de invalidez.---Para esa visión más ortodoxa, la inconstitucionalidad sería un lapsus del poder político, que habría extraviado momentáneamente la sanidad mental constitucional.

<sup>11</sup> BRITO PERET, J y JAIME, R. *Régimen Previsional* –comentado y anotado, Editorial Astrea pp. 164

<sup>12</sup> BAZAN, Víctor. (2005). *La Corte Suprema, la depuración de su competencia por medio del control de constitucionalidad y la tutela de derechos humanos básicos*. En: Jurisprudencia Argentina. Suplemento del fascículo N° 13. Buenos Aires. ISBN 987-592-024-X paradójicamente llamada “de Solidaridad Previsional”, pues en realidad de “solidaria” tiene muy poco- además de ser fiel reflejo de una época -la de los 90- en la que todo se medía a través del engañoso prisma de los índices económicos, aún a costa de derechos fundamentales como el de la dignidad de la vida humana.

<sup>13</sup> Art. 10 ley 24463: Orden Público 1. ley Federal 2. No se aplicará retroactivamente respecto de haberes correspondientes anteriores a su entrada en vigencia.

de transferencia- se fue despojando de sus regímenes y derogando uno a uno **los sistemas previsionales de las provincias.**

Tampoco hacían honor a estos derechos el art. 9\*<sup>14</sup> de la 24463 que establecía “TOPES MAXIMOS” a los haberes (\$3100) aplicándose compulsivamente a toda jubilación o pensión que por **ley anterior** superara dicho monto. Topes que también se aplicaron en la Ley de Riesgos del trabajo 24.557 y que a modo de techo reducían sensiblemente las indemnizaciones por accidentes e incapacidad de los trabajadores<sup>15</sup>.

Finalmente adentrado el año 1996, a las modificaciones parlamentarias y a la Emergencia previsional declarada por el Ejecutivo, se sumó el pertinaz decisorio de la CSJN que en el fallo “Chocobar Sixto c/ Caja Nacional de S/ reajuste por movilidad”<sup>16</sup> convalidando las irregularidades legisladas al considerar:

- Dado que las relaciones jurídicas provenientes de leyes jubilatorias no son contractuales ni privadas sino de derecho público y de manifiesto carácter asistencial, **no es forzoso que exista una estricta proporcionalidad entre los aportes percibidos y las prestaciones acordadas.** (ver considerandos 11° y 12°)

De este modo, el Poder Judicial mantenía la retracción de los Derechos Sociales, amordazando el “objeto-fin protector” como los “valores y principios” sobre los que se erige la SS, al declarar Constitucionales las reformas y la detractora ley 23.928<sup>17</sup>, apartándose de la grandilocuencia protectora del 14 bis CN y de los Derechos Humanos.

A modo de sumar irregularidades la constante promulgación de *resoluciones, instructivos, decretos, circulares y memorándums de ANSES* generaron una inflación normativa que al momento llega a 1028 normas, las que no solo contradicen la integralidad sistémica que pregona la modificación, sino que impide un acceso sencillo a la ley, viola el derecho de defensa, contradice los principios de *celeridad, economía, sencillez y eficacia*<sup>18</sup> que deben imperar en todo trámite administrativo, y en particular respecto de personas mayores, enfermas y/o accidentadas.

---

<sup>14</sup>Ley 24463 Art. 9: 1.Las prestaciones que se otorguen después de la sanción de la presente ley y en virtud de leyes anteriores a la ley 24241 tendrán el tope máximo establecido 2. Los haberes previsionales otorgadas por leyes anteriores a la ley 24241 equivalente al 82% del monto máximo de la remuneración sujeta a aportes y contribuciones prevista en el 2\* párrafo del art. 13 de la ley 18037 modificado por el 158 de la ley 24241 estará sujeto a la siguiente escala de deducciones: -de 3101 a 4000: ...3. Hasta tanto la ley de presupuesto cumpla con lo establecido en el art. 17 de la ley 24241, el monto del haber máximo del régimen previsional público que regula la referida ley y correspondiente a las prestaciones que se otorguen después de la sanción de la presente no podrán superar los **\$ 3100.**

<sup>15</sup> Esta ley suscitó, serios reparos de índole constitucional hasta 2004, cuando la Corte dictó tres fallos paradigmáticos: “Aquino c/ Cargo Servicios Industriales”, que declaró la inconstitucionalidad del art 39 ap 1 de la LRT, en cuanto veda al trabajador el reclamo por la vía civil contra el empleador; “Milone c/ Asociart”, en el que la Corte descalificó constitucionalmente el artículo 14 apartado 2 que establece el pago de ciertas indemnizaciones mediante una renta periódica; y “Castillo c/ Cerámica Alberdi”, en el que el Tribunal censuró, también con base constitucional, el artículo 46 de la ley de riesgos,... El primero de esos fallos hizo pedazos el pretendido carácter integral y hermético del sistema. El tercero, desarticuló el régimen recursivo de la ley. [http://www.asociacion.org.ar/editorial\\_hector\\_guisado.php](http://www.asociacion.org.ar/editorial_hector_guisado.php)

<sup>16</sup> CSJN 27/12/1996 -Fallo: 319:3241 - Chocobar Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para personal del Estado y Servicios Públicos- s/ reajuste por movilidad.

<sup>17</sup> B.O 27104 28-03-1991 Régimen Legal de la Convertibilidad del Austral.. 7°: El deudor de una obligación de dar suma de australes cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada, en ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación.

<sup>18</sup>Ley 19.549 B.O 27/04/1972 Art. 1 inc b)- Celeridad, economía, sencillez u eficacia en los trámites. Vías de hecho Artículo 9.- La Administración se abstendrá: a) De comportamientos materiales que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o garantía constitucionales;

Se devela así otra manera de hacer efectiva la retracción sobre los sujetos de la SS, para quienes la ensortijada dinámica legal y su reglamentación administrativa los ha constreñido a demandar al Estado Nacional y a la ANSES, generando (por propio impulso estatal) una desmesurada litigiosidad cuyo crecimiento ha invadido el fuero con cientos de miles de juicios que han provocado un colapso edilicio en la Jurisdicción de la SS, obligándolos a pagarse sus abogados, retrogradando el principio general e imponerlas por su orden (art 20 ley 24241)

Estos ejemplos muestran como el Estado re-significó a su antojo conceptos jurídicos como “federalismo”, “solidaridad”, “movilidad”, “proporcionalidad”, “celeridad”, “sencillez” y “economía”, normativa que debe DEROGARSE de manera inminente, ya que sus consecuencias nocivas se vienen pagado con **la ruptura de los proyectos de vida** de más de dos generación de ancianos, trabajadores incapaces y enfermos (1738 CC) <sup>19</sup> y amenazan con su vigencia el proyecto de vida de las generaciones venideras, resultando propicia una nueva legislación, adecuada para cumplir el objeto –fin de la materia SS.

He aquí la conexidad con el tema que nos ocupa, ya que no caben dudas que el fenómeno social descrito, acusa la presencia de “víctimas” a quienes se les lesionó su derecho a la SS por imposición legal, habiéndose esparcido el daño entre los miembros que componen la masa pasiva del país, lo que debe ser reparado por la sociedad toda.

## 2. El daño al proyecto de vida.

Al respecto, no resulta un tema menor la mención al **proyecto de vida** que incorpora el art. 1738 del nuevo CCC, sobre todo cuando - por medio de un extenso trabajo de campo en la tesis doctoral el “Derecho de Daños en la Seguridad Social” UM-Junio /2015 se concluyó; que la aplicación de las modificaciones legales introducidas al SSS, **interfirieron el proyecto de vida de los sujetos de la SS.**

Un daño que se transforma en común para la masa pasiva del país, cuando precisamente este SSS destinado a **proteger a las personas** ante una contingencia, no solo restringió las prestaciones y servicios sino que legalizó el alongamiento de los plazos para evitar cumplirlos.

Pero... que es el proyecto de vida? y porque resulta virtuosa su definición a los efectos del presente:

Se designa “proyecto de vida” al rumbo o destino que la persona otorga a su vida, es decir en el sentido existencial derivado de la previa valoración, lo que la persona decide hacer con su don de vida.<sup>20</sup>

Concepto admitido por los tribunales de diversas latitudes, que reconocen a la alteración de las condiciones de existencia de la víctima, como un tipo de daño que

---

<sup>19</sup> ARTICULO 1738 CC.- La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima... Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los **derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.**

<sup>20</sup> GALDOS, Jorge Mario. (2005) ¿Hay daño al proyecto de vida? En: La Ley, 05/09/05 La Ley 2055-E. Tomo II. Lo cierto es que adquieren emancipación resarcitoria únicamente cuando revisten ciertas notas tipificantes vinculadas con la gravedad, entidad, permanencia e irreversibilidad de la lesión, patrimonial o extrapatrimonial.

merece ser reparado (tanto patrimonial como extrapatrimonialmente) y que involucra las perspectivas y proyectos del damnificado

**Se consuma una lesión al proyecto de vida, cuando se interfiere en el destino del sujeto, frustrando, menoscabando o postergando su realización personal". Es una mutilación del plan existencial, de aquél que conforma su libre, personalísimo, íntimo y auténtico "ser y hacer" y en la medida que ese plan supere el mero deseo, aspiración o expectativa y que se arraigue en la probabilidad cierta de que el objetivo vital sería razonablemente alcanzado de no mediar el hecho nocivo. Por ello la alteración debe ser profunda y comprometer las potencialidades, condiciones y predisposiciones ciertas. (Galdós J)**

También resulta valioso lo postulado por Matilde Zavala de Gonzalez, cuando indica que para la determinación de la entidad del daño al proyecto de vida y su adecuada justipreciación hay que considerar:

- 1) La viabilidad de rehacer el "proyecto" original.
- 2) La viabilidad de creación de un "proyecto" alternativo al afectado.
- 3) El grado de desarrollo que el individuo dañado había alcanzado en "su" proyecto hasta el momento de ocurrencia de la acción u omisión dañante.

Otros autores indican: "el daño al proyecto de vida es tanto más serio cuanto menores sean las posibilidades de sustitución; o resignificación....Sobre la importancia de la reformulación del proyecto de vida, en el caso de un trabajador accidentado, fue conteste con esta reflexión la CSJN en el caso Pose.

Un dato para nada menor que aporta la doctrina y la jurisprudencia a la hora de justipreciar el daño en SS y su resarcimiento; ya que al haberse afectado a las personas en el último tramo del trayecto, una gran mayoría del colectivo no solo se vio impedida de rehacer, crear o re-significar sus proyectos pasados, sino que perdió la vida.

Daño-consecuencia que otorga características propias al daño en SS, como parte y entorno de los "daños a la persona", y que queda delineado e indefectiblemente identificado como "daño al proyecto de vida".

## 2.1 Lo colectivo del daño en SS.

Garrido Cordobera (2009<sup>21</sup>) asegura que en el derecho de daños el elemento colectivo es una realidad cualitativa que hace necesario re-estructurar el sistema que debe tender a la "prevención y cese de daños colectivos" *en pos* de lograr la realización de los principios de justicia y Solidaridad Social, otorgando presupuestos claros y diferenciados entre lo individual y lo colectivo cuando explica:

La diferencia entre el daño individual y el daño colectivo compete a la técnica jurídica; lo que se plantea es una cuestión de predominio según que una lesión dé origen a un daño resarcible en el sentido clásico o a un daño colectivo en el que el goce se esparce entre los miembros de un grupo o comunidad. Los sujetos dañados, lo son por constituir parte integrante de la comunidad, presenta entidad grupal ya que afecta simultánea y coincidentemente al grupo o a la sociedad que es víctima indiscriminada de la lesión... Los destinatarios del peligro ya no son las personas en forma aislada, sino categorías o clases ligadas por alguna circunstancia, que las hace víctimas.

---

<sup>21</sup> GARRIDO CORDOBERA, Lidia. (2009). *La inclusión de los daños colectivos en el derecho de daños: de las fronteras individuales a la realidad de la colectividad*. Vniversitas. Bogotá. Número 118.

Defendiendo la acentuación de lo social en temas de daños, señala que todos estos fenómenos que atacan a la sociedad, plantean una cuestión del concepto de “Bienestar Social” garantizado en el preámbulo de la CN, que requiere la búsqueda de: Soluciones flexibles en el reconocimiento de la legitimación activa. Mayor acentuación de la faz preventiva. Socialización de las garantías.

Tres objetivos importantes para enmendar el daño ocasionado a jubilados, trabajadores enfermos y accidentados, apareciendo propicio aceptar “lo colectivo del daño en SS”, ya que permitiría aportar soluciones colectivas y por ende una reparación igualitaria a sus miembros victimizados.

De allí que al haberse identificado al daño en SS como un “**daño al proyecto de vida**” y reconocidos sus elementos constitutivos y caracteres, el análisis deba dirigirse a encontrar el mejor sistema de reparación, la factibilidad de su cobertura y el modo en que se hará responder, tanto al Estado Nacional como a los funcionarios de gobierno por su accionar.

Resultando atendible que para lograr la reparación de los daños en SS, se promueva una acción de clase contra el Estado Nacional y sus funcionarios, ya que si bien es cierto que las personas han sido afectadas de manera individual (cada una en su proyecto de vida) hay un grado de homogeneidad objetiva entre ellos, tanto en cuanto a la existencia de **una sola causa** como evento generador del daño (modificaciones legales) y la vulnerabilidad social del grupo.

Sobre temas como lo colectivo del daño en previsión Social ya en el año 2001 refería el Dr Carnota<sup>22</sup> a las acciones de clases como herramienta, considerando que a través de las imposiciones procesales impuestas por las modificaciones legales (24463) no se lograba una tutela efectiva de sus derechos:... Para nosotros, la llamada "tercera edad" o "pasividad" configura una situación objetiva que enmarca a los derechos de la seguridad social. No es lo mismo "esperar" el goce o disfrute de un derecho desde la juventud, o desde la adultez, que desde la vejez, máxime en el campo de los reajustes.

De allí que resulte conveniente procurar una sola decisión, que llevada adelante por medio de uno (o varios) procesos colectivos<sup>23</sup> de lugar a una (o varias) sentencias que pongan fin al problema suscitado y ordene reparar los daños colectivamente.

Coincidentemente Lorenzetti afirma, que si bien este tipo de procesos no son el modo natural de definir las cuestiones legales, ofrecen beneficios en cuanto a la eficiencia económica y procesal, considerando que la realización de miles de juicios individuales genera más demoras, mayores costos legales, mayores gastos de infraestructura judicial y consumo de tiempo.

Razones sustentan esta propuesta ya que como se demostró, con la aplicación de las modificaciones al SSS no solo se generaron limitaciones y menoscabos en los atributos personales de los sujetos de derecho, sino que se los obligó a litigar individual e indefinidamente por el recupero del patrimonio birlado.

Demandas judiciales que más allá del caos que generaron en el fuero, ponen en crisis las arcas del Estado Nacional al tener que abonar siderales sumas de dinero a favor de los deudos, ya que la mayoría de los reclamantes fallecieron. Por lo que si a

---

<sup>22</sup> CARNOTA, Walter F. *Las acciones de clase en el procedimiento previsional* : LA LEY2001-D, 1202-Cita Online: AR/DOC/5672/2001

<sup>23</sup> O varias, dado que existen tres leyes generadoras de daños y por ende tres diversos modos de afectar a idéntico colectivo.

ello se sumara otra horda de acciones por las consecuencias dañinas, la cantidad de reclamos administrativos y demandas judiciales, como la calidad y diversidad de daños que se podrían reclamar, impedirían lograr la anhelada reparación del sector dañado.

En este sentido, la falta de acuerdo previo, sobre temas jurídicamente sustanciales en SS como son; lo público o privado del daño, el bien jurídico protegible, la competencia administrativa e instancia previa, la procedencia judicial de las acciones y el tipo de procedimiento aplicable etc, llevarían a eternizar la discusión si se realizaran procesos individuales, aumentando los costos al presupuesto Nacional, con la consecuente inseguridad económica que ello implica para la sociedad toda.

Una tendencia que podría revertirse por medio de acciones colectivas, tal y como lo asegura el Presidente de la CSJN cuando indica:

Las acciones de clase permiten al demandado mayor previsibilidad sobre las sentencias judiciales de efectos macroeconómicos, (cuando existen muchas decisiones individuales aumenta la variabilidad y por lo tanto la falta de certeza), sirve para evitar desigualdades, ya que los fondos limitados se reparten equitativamente.<sup>24</sup>

En cuanto a su procedencia la CSJN se pronunció en el considerando 12 del fallo Halabi<sup>25</sup> a favor de una acción colectiva con características similares a las que se presentan en SS.

Pudiendo destacarse que la interpretación del 2\* párrafo del art. 43 de la CN da identidad a una tercera clase, conformada por derechos de incidencia colectiva que afectan intereses individuales homogéneos que permiten ejercer una acción colectiva, por medio del afectado o un representante:

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación... así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización (art 43 CN).

Por lo que, dado que en SS al haber sido el propio Estado el que promulgó las leyes tendientes a posponer indefinidamente la efectividad y el ejercicio del derecho a la SS, resulta por demás legítimo que por los mismos medios, se re-establezcan los derechos vulnerados (art 14 bis CN) propiciando –también a modo de reparación- que los reclamos puedan realizarse de manera gratuita a través de un representante legalmente legitimado y sin costas ni gastos a cargo.

Algo que resulta razonable dada la minusvalía económico-social del grupo, que permitiría reducir la promoción de pleitos, costas y costes a través de un proceso breve y colectivo, el que además de útil para cortar la cadena dañosa, la litigiosidad<sup>26</sup> y el vicio de la Mora administrativo- judicial, implicaría -garantizar el acceso a la justicia y la igualdad- eliminando el estigma de este grupo de vulnerables. Algo justificable según Lorenzetti (2010:18):

---

<sup>24</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. (2010). *Justicia colectiva*. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires 2010.

<sup>25</sup>CSJN Fallos: 332:111 24/02/2009

<sup>26</sup>El defensor de la Tercera Edad a Kicillof: "Hay una enorme deuda con los jubilados" Ayer, el secretario de Economía, afirmó que "es privatista, noventista y reaccionario" pedir que los fondos del sistema de Seguridad social sólo se destinen a jubilaciones. "No hay excedentes cuando hay deudas y las deudas hoy están absolutamente demostradas a través de alrededor de 500 mil juicios, de un 76 por ciento de jubilados que ganan una mínima bastante distante de lo que corresponde conforme sus aportes históricos", detalló Semino en diálogo radial. El defensor de la Tercera Edad consideró además que por esa situación "a veces el propio Anses no sabe lo que debe ni, lo que puede gastar fuera del sistema TN Noticias diario digital Sábado 21 de Julio de 2012 | 09:24<http://tn.com.ar/politica/el-defensor-de-la-tercera-edad-cuestiono-a-kicillof-hay-una-enorme-deuda-con-los-262973>

... también procederá la acción colectiva cuando pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características del sector afectado. La controversia sobre los derechos económico-sociales...el derecho a la Seguridad Social han dado lugar a litigios importantes en países como India, Sudáfrica, Colombia, Brasil, Argentina, generando procesos colectivos que involucran a muchos ciudadanos y que tienen efectos colectivos de relevancia.

En cuanto a los efectos expansivos de la cosa juzgada –salvo mejor criterio– aparece como conveniente acotarlos a los sujetos legitimados activamente, ya que el tipo de daño que se propugna con este trabajo, con el que se afecta la identidad y el patrimonio en cuanto “atributos de la persona”, hacen que la titularidad del poder de acción se limite al agraviado en su derecho propio o particularmente damnificado.

Por su parte, si bien la inexistencia de la ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase, no deja de ser un vacío legal acuciante, en SS no aparece como un escollo en tanto y en cuanto, cuestiones como el tipo de acción colectiva que resultaría más conveniente, la legitimación de terceros representantes de la masa (como del defensor de la tercera edad o los defensores del pueblo de las jurisdicciones provinciales) y la determinación de los efectos de las sentencias colectivas, debieran ser objeto expreso y específico a regular en el marco de la normativa a crear un nuevo SSS.

Por otro lado, de no lograrse la derogación y creación legal propuesta, los jueces del presente siglo y en pos de darle operatividad y eficacia a las garantías constitucionales que existen y protegen a los individuos y por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, podrían hacer lugar a estas acciones, algo que también fuera referido por la CSJN en Halabi:

... Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492).

Habiendo incluso establecido que se justifica la procedencia de este tipo de acciones por medio de un representante de la clase, cuando se cumplen los presupuestos que encuadran plenamente en SS:

- La clase es tan numerosa que la actuación de todos es impracticable;
- Existen cuestiones de hecho y de derecho comunes a la clase;
- Las demandas o defensas de las partes representantes son típicas de las demandas o defensas de la clase.
- Las partes representantes protegerán los intereses de la clase justa y adecuadamente.

Por lo que atento a la finalidad perseguida y a la dinámica de la realidad, dentro del esquema de nuestro ordenamiento es perfectamente aceptable que el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones, en los términos del ya citado segundo párrafo del artículo 43 CN, deduzcan una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano (confr. fallo referido, considerando 17).

Ha llegado la hora de sentar las bases sobre realidades concretas y consensuar lineamientos claros para construir un SSS que proporcione herramientas sólidas tendientes a evitar que en lo sucesivo el propio Estado, amparado en la morosidad y aprovechándose de la vulnerabilidad y fragilidad psico-física-social que caracteriza al grupo, se permita REPETIR la mórbida violación de sus derechos y garantías constitucionales.

### **2.3 Conclusiones.**

Las leyes que modificaron al Sistema de Seguridad Social en los 90' (24.241, 24.463, 24557) implicaron una verdadera retracción al derecho de la SS expresamente amparado por el art. 14 bis CN.

Acciones y omisiones del Estado Nacional que han ocasionado DAÑOS a la masa pasiva que comprende al menos a dos generaciones de argentinos y que deben ser reparados según lo prevé el CCC.

Que dicho daño se conviene en identificar como "Daño al Proyecto de vida" (art.1738 CCC) y que comprende tanto las pérdidas patrimoniales como extrapatrimoniales provocadas a la masa pasiva del país.

Que a los fines de lograr una tutela real y efectiva de los derechos a remediar y en pos de prevenir daños futuros, resultan convenientes las acciones colectivas, las que se proponen incluir en una nueva legislación en Seguridad Social.