

## Dictamen del Procurador General Expte. N° I 71.923 “C. F. A. y otros c/ Provincia de Bs. As. s/ Inconstitucionalidad Leyes Nos. 11.761 y 13.364”

**FECHA** | 29 de diciembre de 2017

### ANTECEDENTES

Las señoras A. M. R. de L., M. V., M. J. S., y los señores F. A. C., C. H. R., C. O., M. Á. P., N. A. I., H. M. C., J. C. P., C. F. M., A. E. F., J. C. C., J. H. M., P. O. d. I. C., D. R. S., J. C. S., mediante apoderada, demandan la inconstitucionalidad de los artículos 21 inciso “e”; 25; 55; 56 segundo párrafo; 57 y 67 de la Ley N°11.761 y artículos 21 inciso “d”; 54 última parte y 67 de la Ley N° 13.364, por afectar derechos amparados por la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; más daños, intereses, costos y costas.

Se denuncia el fallecimiento de la señora M. V. y del señor F. A. C., respectivamente, a su vez se adjunta declaratoria de herederos de este último, teniéndose por parte a la cónyuge supérstite M. T. R. y por denunciados sus sucesores.

Respecto de la señora M. V. debería dar cumplimiento a los artículos 43 y 53 inciso 5, del Código Procesal Civil y Comercial.

Corrido traslado de la demanda, se presenta la Asesoría General de Gobierno, solicita el rechazo con costas y se declare inadmisibile.

Entiende que no se encuentra cumplido el requisito formal de admisión, toda vez que los accionantes, al momento de deducir la demanda no demuestran que las normas tachadas de inconstitucionales violen el derecho previsional que obtuvieron bajo la vigencia de la ley N° 5.678. Deja formulado el caso federal.

Convocada la Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires, se presenta por apoderado y solicita el rechazo de la demanda, con expresa imposición en costas.

En primer término, opone la excepción de litispendencia con relación al coactor M. Á. P., en trámite por ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 1 en los autos caratulados “*Marchese Héctor Ramón c/ Caja de Jubilaciones Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Pretensión restablecimiento o reconocimiento de derechos Previsión*”.

Luego de realizar una reseña de los planteos de la demanda, en forma liminar invoca que la acción intentada sería propia de la competencia contenciosa administrativa. Cita doctrina de ese Tribunal de Justicia en la causa B 69.326, “*Augustoni*”.

Luego de resolverse peticiones cautelares, y dar respuesta la actora a los planteos previos realizados por las partes, se abre la causa a prueba formándose cuadernos de prueba de

la parte actora y de la citada como tercero; se agrega el de la actora y tercero. Colocados los autos para alegar, hace uso de este derecho solamente la actora. En este estado de las actuaciones la Suprema Corte resuelve pasar a dictamen de la Procuración General (687, CPCC).

## CURSO LEGAL PROPUESTO

El Procurador General en la intervención que le cupo de conformidad con la vista conferida, y siguiendo los fundamentos adoptados en numerosas decisiones de ese Tribunal de Justicia en cuestiones análogas a las aquí planteadas es que propicio se hace lugar parcialmente a la demanda, declarándose la inconstitucionalidad de los artículos 25, 55, 56 segundo párrafo, 57 y 67 de la Ley N° 11.761 y concordantes de la Ley N° 13.364 también cuestionados, y devenir en consecuencia, necesaria su inaplicabilidad, con la salvedad realizada en cuanto al señor M. Á. P.; con las consecuencias que ello arroje a cada situación de los actores, en conformidad a los criterios adoptados por ese Tribunal.

## SUMARIOS

**Acción de inconstitucionalidad. Admisibilidad de la pretensión** El presupuesto de legitimación procesal activa se acredita acabadamente en cabeza de los actores en tanto en su condición de jubilados o pensionados de la Caja bancaria; tampoco existen dudas de que la normativa impugnada es o habrá de serles aplicada (v. arts. 25, 57 y ccds., Ley N° 11.761; 26, 28 y 57 de la Ley N13,364). Y ello bastaría para decidir la cuestión en favor de la procedencia formal de la demanda.

**Acción de inconstitucionalidad. Objeto.** Tiene dicho la Suprema Corte, que pueden ser objeto de impugnación por este carril aquellos ordenamientos que, con independencia de su denominación, constituyan mandatos generales, abstractos e impersonales dirigidos a la comunidad (Doctrina de las causas I. 1612 “*Barbieri*”, resolución de 8-V-1993; I. 2204, “*Zamarreño*”, sentencia de 8-X-2008; I. 71.542, “*De Amorrortu*”, resolución de 28-XII-2011; I. 73.601, “*Instituto de Rehabilitación del Lisiado*”, resolución de 15-VI-2016, I .74.339, “*NEXTEL COMMUNICATIONS ARGENTINA S.R.L.*”, resolución de 7-XII-2016, entre otras).

**Competencia.** No se advierte una circunstancia que obstaculice el ejercicio de la competencia que, sobre la materia en debate y atendiendo a la naturaleza de los derechos en juego, pueda resolver en definitiva el Alto Tribunal de Justicia (Art. 161 inc. 19, Constitución de la Provincia de Buenos Aires; I 2125, “*Bringas de Salusso*”, sentencia de 24-VII-2005, y sus citas, considerando 11.1., del voto del Señor Juez Soria; art. 685 del CPCC y su doctrina).

**Litispendencia.** Se ha dicho que para que pueda prosperar la mentada excepción debe existir un juicio pendiente sobre el mismo asunto o que este haya sido ya motivo de una decisión judicial, por lo cual la revisión del derecho reconocido resultaría atentatorio de la mencionada cosa juzgada (SCJBA, B 59.166, resolución de 7-V-2014; “*Abraham, Alejandro Argentino y otros*”, doct. causa B. 56.052, “Torga”, sentencia de 9-V-2001, entre otras; art. 351, CPCC).

**Beneficio jubilatorio. Contenido económico. Resguardo constitucional.** Conforme a jurisprudencia de ese Tribunal, el contenido económico del beneficio previsional no queda revestido de la misma incolumidad que la que es inherente al *status* jubilatorio, en tanto puede ser variado por razones de interés público, bien que, observando cierto resguardo constitucional, desde que esa variabilidad no puede llevar a la arbitrariedad o la confiscatoriedad. Con mención de la doctrina de la sentencia dada en la causa I. 1165, “*García*” (v. sentencia de 24-IV-1986).

**Jubilaciones y Pensiones.** Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, con reiteración, que la inalterabilidad del derecho a los beneficios jubilatorios una vez acordados no obsta a que las leyes puedan válidamente reducir la cuantía de la prestación, en la medida en que exigencias superiores de una política salvadora de su propia subsistencia o su desenvolvimiento regular así lo requieran, y siempre que la disminución no resulte confiscatoria o arbitrariamente desproporcionada (cfr. CSINA, “Fallos”, “*Frugoni*”, T. 173:5; “*Frias*”, T.180:274; “*Games*”, T. 192:359; “*Magliocca*”, T. 234:717; “*Orsì*”, T. 258:14; “*Florio*”, T. 266:279; “*De Rose*”, T. 295:441; “*Zarate Jades y otros*”, T. 303:1155; “*Tallo*”, T. 308:615; “*Padilla*”, T. 315:800; “*Cieza de Rodríguez*”, T. 320:2825 y “*Gaibisso, César A. y otros*”, T. 324:1177).

**Jubilados. Haberes. Reducción. Derechos. Restricciones. Razonabilidad de la ley.** Es que, aun cuando se admita que por razones de interés público, de emergencia económica o -como se aduce en el caso- de déficit del sistema previsional bancario es dable consentir cierta reducción de los haberes ello lo sería sin olvidar que se está en presencia de una afectación de derechos incorporados al patrimonio de los jubilados a través de normas que, según se denuncia en el escrito inicial, imponen restricciones que -además- han sido previstas como medidas definitivas, no transitorias, lo que obliga a poner el acento en el examen de la razonabilidad de la ley. Corresponde, entonces, verificar la existencia de circunstancias justificantes, fin público y adecuación a éste del medio utilizado para su consecución (v. SCJBA, causa I. 1164 “*Rojas*”, sentencia de 7-VI-1983).

**Derecho de propiedad. Derechos adquiridos.** Si bajo la vigencia de una determinada ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos

formales previstos en ella, para ser titular del derecho consagrado -en el caso de los actores, el derecho a la prestación previsional- la situación jurídica general creada por la ley se transforma en una situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto que se hace inalterable y no puede ser suprimida por una ley posterior sin agravio al derecho de propiedad consagrado por el artículo 17 de la Constitución nacional. Con citas de sentencias de la Corte Suprema de Justicia en las causas: “Dellutri”, “Fallos”, T. 306:1799 y, de esa Corte: 1. 2027, “Sindicato de Trabajadores Municipales de Necochea”, sentencia de 27-XII-2000.

**Ley aplicable. Status Jubilatorio.** La Señora Jueza Kogan se expide en forma previa respecto a la ley que gobierna el beneficio; al *status* jubilatorio y hace mención a lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre estos aspectos, en el caso “Cinco pensionistas c/Peru”, como así también sobre doctrina de nuestros tribunales de Justicia, respecto a dichos principios y garantías previsionales. Pasa en lo puntual al precepto en crisis para adoptar los considerandos expresados por el Señor Juez Negri en causas análogas. Afirma que el artículo 25 constituiría una norma violatoria de las garantías invocadas por los actores (Vrg. su voto *in re* I 2226, “Baldarenas”, considerando IV, apartado primero, del 2 de julio de 2014, entre muchas otras).

**Inconstitucionalidad. Derecho previsional.** El Señor Juez Pettigiani, considera que el artículo 25 es la única norma sobre la cual corresponde propiciar la inconstitucionalidad, en cuanto al régimen de las leyes cuestionadas; fundamenta su voto en conceptos coincidentes a los antes expuestos, para añadir que el derecho previsional ha de examinarse atendiendo a su doble carácter que se manifiesta en el *status* jubilatorio y en el disfrute de la prestación, o sea en el acto otorgante que reconoce el derecho y en el goce sucesivo del monto en que ese derecho se traduce. Hace mención al dictamen de la Procuración General en causa I. 1165, “García”, sentencia de 22-1V1986, “Acuerdos y Sentencias”, t. 1986-1, pág. 487, entre otras.

**Prestación jubilatoria. Nivel.** La Corte Suprema ha señalado, desde antiguo, que el conveniente nivel de una prestación jubilatoria se considera alcanzado cuando el pasivo conserva una situación patrimonial equivalente a la que hubiera tenido de continuar trabajando (“Fallos”. “Ponzo”, T. 255:306; “Di Fulvio”, T. 263:400; “Barreiro”, T. 265:256; “Del Valle”, Y. 267:196; “Ballester Piterson de Tavella”, T. 279:389; “Estrada”, T. 300:84; “Liguori”, T. 304:1796; “Savoia de Muñoz”, T. 305:2126; “Lastra”, T. 306:1694; “Capmany”, T. 307:1729; “Férrandez”, T. 308:1217; “Márquez”, T. 311:530; v. cit. T. 340:411, *in re* “Gualtieri”, sentencia de 11 de abril de 2017, consid. sexto).

**Derecho a la jubilación. Ley vigente. Derecho patrimonial. Principio de no retroactividad.**

Por su parte la Señora Jueza Kogan, destacó entre otras, en la causa I 2.154, "Verzi", sentencia de 6 de mayo de 2015, que es un principio general del ámbito jurídico previsional, tanto doctrinario como jurisprudencial, el que establece que el derecho a la jubilación para los trabajadores dependientes se rige por la ley vigente a la fecha de cesación de servicios (CSJNA, "Fallos", T. 307: 135; 315:2585; 316:3229; 318:491, entre otros). Para continuar, que ni el legislador ni el juez pueden, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior, ya que el principio de no retroactividad deja de ser una simple norma legal para confundirse con la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad. Con mención de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", in re: "Jawetz, Alberto", T. 317:218; "Francisco Costa e Hijos", T. 319:1915,

**Garantía constitucional. Seguridad Social. Derecho. Jubilados. Derecho a la Propiedad.**

**Tratados internacionales.** El régimen de la Ley N° 11.761, en lo que es de análisis, en tanto sustrae a los accionantes de la ley bajo cuyo amparo obtuvieron sus beneficios y reduce el monto de las prestaciones sin que se verifiquen las condiciones excepcionales exigibles para ello, vulneraría la garantía constitucional del derecho a la seguridad social (Arts. 39.3 y 40, Constitución provincial; 14 bis, Constitución nacional; XVI, DADDH; 22, DUDH y 9, PIDESC, estos últimos, instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, conf. art. 75 nc. 22", CNA), así como el derecho de propiedad de los jubilados (Arts. 10 y 31 de la Constitución provincial; 17 de la Constitución nacional; XXIII, DADDH; 17, DUDA; 21, CADH, estos últimos, instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, conf. art. 75 inc. 22", CNA).

**Seguridad Social. Deber del Estado. Prestaciones previsionales. Movilidad.** Se ha sostenido, que corresponde al Estado el deber de adoptar las disposiciones necesarias para asegurar una adecuada movilidad a las prestaciones previsionales. Ello surge con claridad del artículo 14 bis de la Constitución Nacional en tanto expresa que "El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable..." En especial, la ley establecerá: "...jubilaciones y pensiones móviles...". Para afirmar que si bien se ha reconocido al legislador la amplitud de facultades para organizar los sistemas jubilatorios, ello lo es en tanto las reglamentaciones dictadas respeten los elementos esenciales del derecho a la seguridad social (v. CSINA, "Deprati", "Fallos", T. 339:61, consid. noveno y décimo).

**Tratados internacionales. Derechos humanos. Acciones positivas. Derechos fundamentales.**

**Personas de edad avanzada.** Los Tratados internacionales vigentes, lejos de limitar o

condicionar dichos principios, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos, compromiso que debe ser inscripto, además, dentro de las amplias facultades legislativas otorgadas por el artículo 75 inciso 23, de la Ley Fundamental, con el fin de promover mediante acciones positivas el ejercicio y goce de los derechos fundamentales reconocidos, en particular, a las personas de edad avanzada (CSJNA, “Sánchez”, “Fallos”, T. 328:1602, consid. tercero y sexto).

**Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Principios de progresividad y justicia social. Trabajador.** De tal manera lo así propuesto se ajustaría a los principios que constituyen el marco rector de cualquier decisión que se adopte en materia previsional en tanto, no puede perderse de vista en la solución del litigio que el artículo 39 inciso 3\* de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires consagra los principios de progresividad, justicia social, interpretación a favor del trabajador, entre otros. Tales principios constituyen el marco rector de cualquier decisión que se adopte en materia previsional.

**Ley aplicable. Interpretación.** Si la norma admite varias interpretaciones, se debe optar por la más favorable al titular del derecho a la seguridad social (SCJBA causas B 57.560, “Vila”, sentencia de 2-II-2000, voto del Señor Juez de Lázzari, consid. IV, punto segundo y sus citas; B 59.647, “Mendoza”, sentencia de 15-III-2006, voto del Señor Juez Negri, a la segunda cuestión, y sus citas, entre otros).

**Principio “in dubio pro justita socialis”. Ley. Interpretación. Derechos humanos. Dignidad humana.** Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia que “...el principio de hermenéutica jurídica “in dubio pro justita socialis ” tiene categoría constitucional, razón por la cual la leyes deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su dignidad” (CSJNA, “Sánchez”, “Fallos”, Y. 328:1602,cit., voto del Señor Juez Maqueda, consid. tercero) y alcanzar una respuesta que intente dar una interpretación la más adecuada la ley, a su finalidad y dinámica de la realidad (CSJNA, “Gauna”, “Fallos”, T. 320:875, consid. catorce).

## REFERENCIA NORMATIVA

Artículos 21 inciso “e”; 25; 55; 56 segundo párrafo; 57 y 67 de la Ley N° 11.761 y artículos 21 inciso “d”; 54 última parte y 67 de la ley N 13.364; artículos 43 y 53 inciso 5, del Código Procesal Civil y Comercial; ley N\* 11.761 fue recientemente derogada por la Ley N\*13.364; artículo 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; ley N° 5678 -artículo 40-; artículos 10, 31, 39 inciso 39, 40; 45 y 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; los artículos 14 bis y 17 de la Constitución de la Nación

Argentina; los artículos 6, 17 inciso 2, 22, 23 inciso 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los artículos 2 inciso 2 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; los artículos 21, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 684 y 685 del Código Procesal Civil y Comercial; art. 11 de la ley N° 5425 -TO 1959-; arts. 47 y 93 de la ley N° 8587; art. 23 del decreto ley N.º 9650/1980 -TO 1994- y art. 72 de la ley N° 11.322; artículo 161 inciso 1º de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.