

Dictamen del Procurador General Expte. N° I 75.226-1 “F., C. E. y ots. c/ Prov. Bs. As. s/ Inconstit. Ley N° 15008”

FECHA | 6 de marzo de 2023

ANTECEDENTES

Los señores C. E. F.; C. L. M.; J. C. M. d. C.; H. G.; A. I.; A. O. C.; E. A. P. y la señora M. N. B., de conformidad con los artículos 161 inciso 1° de la Constitución Provincial contra la Provincia de Buenos Aires, 683 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial promueven acción originaria de inconstitucionalidad respecto de los artículos 7°, 11, 39, 41 y cc de la Ley N° 15008 por considerar que violentan los artículos 11, 31, 36, 39, 40 y 50 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, sin perjuicio de la afectación de derechos y garantías también consagrados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales.

Ofrecen la prueba documental e informativa de la que intentan valerse y mencionan el derecho en el que sustenta su pretensión de inconstitucionalidad parcial de la ley impugnada. Dejan planteado el caso federal, en los términos del artículo 14 de la Ley N° 48. El Tribunal dispone el traslado de la demanda al Asesor General de Gobierno y la citación en carácter de tercero de la Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires.

El Asesor General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires se presenta y solicita el rechazo. Plantea el caso federal.

La Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal de Banco de la Provincia de Buenos Aires, por apoderada contesta la citación de tercero. Adhiere a los argumentos expuestos por el Asesor General de Gobierno, fundamenta y postula el rechazo de la demanda.

Ofrece prueba de carácter pericial, documental e informativa y, para el caso de eventual progreso de la demanda, deja planteado el caso federal en los términos del artículo 14 de la Ley N° 48.

Dispuesta la apertura de la causa a prueba, se forman los respectivos cuadernos de prueba de la parte actora, de la demandada y de la citada como tercero.

Una vez agregados, se ponen los autos a disposición de las partes a los fines de alegar sobre la prueba producida. Vencido el plazo sin que ninguna de las partes haya hecho uso de su derecho, se les da por perdido y se pasan las actuaciones para dictamen del señor Procurador General a los fines previstos en el artículo 687 del Código Procesal Civil y Comercial.

**CURSO LEGAL
PROPUESTO**

El Procurador General en la intervención que le cupo de conformidad con la vista conferida, consideró que correspondería atendiendo a lo ya decidido por la Suprema Corte de Justicia que, declare la inaplicabilidad del artículo 41 de la Ley N° 15008, ante el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 39 inciso 3° de la Constitución Provincial; 14 bis de la Constitución Nacional; 75 incisos 22° y 23° de la Carta Magna, 26 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y 2°.1°. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como medida legislativa opuesta a la realización progresiva del derecho a la seguridad social y, por todo lo expuesto, aconsejó el acogimiento parcial de la demanda, con el alcance antes indicado (Conf. art. 687, CPCC).

SUMARIOS

Acción originaria de inconstitucionalidad. Admisibilidad. En cuanto a la admisibilidad de la demanda cabe recordar que su examen es atribución que corresponde a la Suprema Corte de Justicia aun de oficio, con independencia de las alegaciones de las partes y no habiéndolo realizado en limine litis puede ser efectuarlo al momento de dictar sentencia (cf. doctrina, SCJBA, I 71.551, “*Asociación Civil Usuarios y Consumidores Unidos contra Provincia de Buenos Aires*”, sent.-. 23-11-2020, y sus citas, entre muchos otros).

Acción originaria de inconstitucionalidad. Plazo. Temática previsional. Naturaleza. Derecho de la seguridad social. Derechos de la personalidad. Es criterio seguido por esta Procuración General que, cuando se cuestiona por vía de la acción originaria de inconstitucionalidad la validez de las normas que regulan el derecho al goce del beneficio previsional, no corresponde la aplicación del plazo establecido por el artículo 684 del Código Procesal Civil y Comercial para la interposición de la demanda. Tal postura se ha fundado en la naturaleza de la temática previsional, en tanto forma parte del derecho a la seguridad social e integra el plexo de los derechos de la personalidad (conf. Dictamen, I 2.035 “*Rosende de Aranoa*” y sus citas, 25-11-1997, e. o.).

Seguridad Social. Derecho humano. Protección. Normativa. Tratados internacionales. En este sentido, junto al carácter que se desprende del artículo 14 bis de la Constitución Argentina, cabe tener presente lo que disponen los tratados internacionales incorporados a la Carta Magna por medio del su artículo 75 inciso 22. Así pues, la seguridad social como derecho humano se encuentra estipulado en los artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 26 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y 9° del Pacto Internacional de los Derechos, Económicos, Sociales y Culturales; Observación General N° 6 del Comité

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Los derechos de las personas de edad. Interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales. Principio *pro persona*. La determinación del alcance de la problemática que se presenta debe hacerse teniendo en cuenta la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales y de conformidad con el principio *pro persona* establecido en el artículo 29 “b” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los resultados obtenidos de la Declaración de Brasilia, aprobada en el año 2007 en la segunda Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe: hacia una sociedad para todas las edades y de protección social basada en derechos, y ratificada por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) mediante la resolución 644 (XXXII) del año 2008, que instó a los gobiernos participantes a realizar esfuerzos encaminados a impulsar la elaboración de una convención internacional sobre los derechos de las personas de edad (artículo 24).

Derechos humanos. Personas adultas. Envejecimiento de la población. Envejecimiento demográfico. Afirmó el Director del CELADE-División de Población de la CEPAL en su intervención durante la sesión extraordinaria del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos (OEA) sobre derechos humanos y personas adultas, el 28 de octubre de 2010: *“estamos frente a un insoslayable cambio de escenario. Cuando se adoptaron los pactos de derechos humanos y algunas convenciones específicas –como la de la mujer– el envejecimiento demográfico no era un fenómeno suficientemente relevante para el quehacer de los organismos internacionales y regionales. Hoy en día la realidad es completamente diferente. En la región la población adulta mayor suma algo más de 53 millones de personas, lo que equivale al 9% de la población total, y su tasa de crecimiento promedio anual será entre tres y cinco veces más elevada que en la población total en los períodos 2000-2025 y 2025-2050. Se trata de una revolución silenciosa –como han afirmado las Naciones Unidas– que, por la velocidad sin precedentes y el contexto de desigualdad en el que se produce, tendrá serias consecuencias para el desarrollo, las políticas públicas y los derechos humanos. No podemos quedar atrás. Tenemos que avanzar hacia más amplios y mejores niveles de igualdad, lo que en este caso en particular implica también incluir plenamente a las personas de edad”* (“Envejecimiento y derechos humanos: Situación y perspectivas de protección”, Sandra Huenchuan y Luis Rodríguez-Piñero, Naciones Unidas, CEPAL, Santiago de Chile, Chile, 2010, pp. 9, 20 y ss.).

Derechos de las personas mayores, con jerarquía constitucional. Con la sanción de la ley N°

27360 (BONA, 31/05/2017) la República Argentina adopta “*La Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores establece pautas para promover, proteger y asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos de la persona mayor*”. La Ley N° 27700 (BONA, 30-11-2022), otorga jerarquía constitucional en los términos del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, a la Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada por la Organización de los Estados Americanos durante la 45ª Asamblea General de la OEA, el 15 de junio de 2015 y aprobada por Ley N° 27360.

Derecho a la seguridad social. Alcance. Vida digna. El contenido esencial del derecho a la seguridad social es asegurar a toda persona una protección contra las consecuencias de la vejez o de cualquier otra contingencia ajena a su voluntad que implique una privación de los medios de subsistencia imprescindibles, para que pueda llevar una vida digna y decorosa conforme a los parámetros legales acordados y que se tuvieron en cuenta a la hora de requerir el beneficio.

Derechos humanos. Estados partes. Obligación de promover. Prestaciones positivas. Los Estados partes deben realizar prestaciones positivas, para que el ejercicio de los derechos no sea ilusorio. Esta obligación implica organizar todo el aparato gubernamental para que sea capaz de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Velásquez Rodríguez”, 29-07-1988).

La persona. Derechos humanos. Obligaciones de los Estados. La persona es el sujeto central del desarrollo, y las garantías consagradas en el régimen universal de protección de los derechos humanos constituyen el marco conceptual, aceptado por la comunidad internacional, capaz de ofrecer un sistema coherente de principios y reglas para guiarlo. Enfoque que también permite establecer las obligaciones de los Estados frente a los derechos -económicos, sociales, culturales, civiles y políticos- sin detenerse exclusivamente en los aspectos patrimoniales de la cuestión, y si en los que subyacen, de existencia y realización vital, involucrados y que no deberían hoy ser ni disminuidos ni sujetos a consideraciones formales atentatorias con su sustancia.

Constitución provincial. Seguridad social. Ley. Interpretación. Ha sido resuelto en el precedente B 65.861 “*Círculo Jubilados y Pensionados del Banco Provincia de Buenos Aires y Unión de Jubilados del Banco Provincia de Buenos Aires y Banco de la Provincia de Buenos Aires*”: “[...] no corresponde entender que el art. 40 de la Constitución provincial cuando alude a que ‘la Provincia ampara los regímenes de seguridad social’ signifique que el legislador constituyente le hubiere impuesto la obligación de cubrir riesgos económicos de esos sistemas, ni

el cumplimiento concreto de prestaciones de esa índole porque para tales fines ha organizado las entidades previsionales en cuestión como 'entes autárquicos', que responden con su patrimonio propio en el cometido de sus fines específicos" (sent., 10-10-2007).

Inconstitucionalidad. Requisitos de la impugnación. Tiene dicho esa Corte de Justicia: "Un planteo de inconstitucionalidad debe contar necesariamente con un sólido desarrollo argumental, ya que no basta la mera manifestación de disconformidad del interesado, ni la cita de preceptos constitucionales, ni la alegación de supuestos perjuicios, sino que se requiere que el interesado efectúe una crítica razonada del precepto, argumentando acerca de la manera en que la norma que objeta contraría la Constitución y causa, de tal forma, un agravio a los derechos de que se es titular". Para agregar: "[...] siendo indispensable la clara indicación del derecho o garantía que se dice agraviado, la exposición clara y precisa del modo en que el precepto quebranta las cláusulas constitucionales y la demostración de la relación directa entre éstas y aquél" (cfr. causas A 72922, "Millers", sent., 18-04-2018; B 66852, "Bartel", sent., 10-07-2019, v. también I 75129, "Colegio de Abogados del Departamento Judicial Moreno-General Rodríguez", res., 12-02-2021, consid. tercero, voto del señor Juez Soria, e. o.).

Jubilaciones y pensiones. Retribución justa. Deber del Estado. Sostuvo el Alto Tribunal Provincial en la causa I 75.111 "Macchi Rubén Ángel c/Provincia de Buenos Aires s/Inconstitucionalidad Ley 15008", al reconocer "[...] la inconstitucionalidad de aquellas normas que no reflejaran con suficiente fidelidad la cuantía de la remuneración percibida por el afiliado en actividad y en relación con la cual se hicieron los aportes previsionales // Ello así, en el entendimiento de que, al quebrarse ese parámetro de cálculo, el resultado al que se arriba importa una retribución arbitraria y caprichosa, desprovista de toda justificación razonable" (sent., del día 17 de abril del año 2019; con mención de lo decidido en la causa I 68.019 "Rossi", sent., 14-09-2011: "Es deber del Estado asegurar una retribución justa que se traduzca en situación de pasividad en un beneficio de iguales características, en tanto también asegura jubilaciones y pensiones móviles", conf. arts. 14 bis, Constitución nacional; 39 inc. 1º, Constitución provincial).

Tratados internacionales. Obligación del Estado. Constitución Nacional. Derechos Humanos. Acciones positivas. Derechos fundamentales. Personas de mayor edad. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronuncia en el precedente "Sánchez", Fallos 328:1602 (2005), rechazando toda inteligencia restrictiva de la obligación del Estado de otorgar jubilaciones y pensiones móviles a tenor de aplicar el artículo 14 bis citado. Señala, que los tratados internacionales vigentes 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 acciones positivas a favor del ejercicio y goce de los derechos fundamentales reconocidos, en particular, a las personas de mayor edad (v. asimismo, CSJNA, 327:3677, “Vizzoti”, 2004: “*La Constitución Nacional asume el carácter de una norma jurídica que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en debate un derecho humano*”, consid. octavo)

Jubilaciones y pensiones móviles. Derechos a una retribución justa. Los derechos a una retribución justa y a un salario mínimo vital y móvil -dirigidos a garantizar alimentación y vivienda, educación, asistencia sanitaria, etc. y, en definitiva, una vida digna- encuentran su correlato en las jubilaciones y pensiones móviles que deben ser garantizadas a los trabajadores cuando adquieren el derecho a jubilarse o adquirir otros beneficios previsionales. Estas consideraciones fueron reafirmadas por la Corte Suprema de Justicia entre otros en los precedentes “Badaro” I y II (Fallos: 329:3089; 2006 y 330:4866; 2007), y más recientemente, en el fallo “Blanco, Lucio” (Fallos, 341:1924; 2018).

Jubilaciones y pensiones. Determinación del haber inicial. Principio de proporcionalidad. La determinación del haber inicial debe realizarse respetando el principio de proporcionalidad, de modo que se mantenga una razonable y justa relación entre el ingreso de los trabajadores activos y los que accedieron a los beneficios previsionales, para que el nivel de vida no sufra menoscabo respecto del que alcanza un trabajador y su familia a partir de lo que percibe por su tarea (cfr. in re “Eliff” Fallos, 332:1914; 2009; y “Blanco, L.”, cit.).

Cambios en el sistema de movilidad. Ley. Interpretación. La Corte, si bien admite la validez constitucional de los cambios en el sistema de movilidad, que reemplazan o modifican el método de determinación de los incrementos con la finalidad de mejorar o dar mayor previsibilidad financiera al sistema de seguridad social, ello siempre y cuando tales modificaciones no conduzcan a reducciones confiscatorias en los haberes o produzcan alteraciones significativas con las condiciones previstas para aquellos que están en actividad o no aseguren a los beneficiarios el mantenimiento de un nivel de vida acorde con la posición que tuvieron durante sus años de trabajo (cfr. “Fallos”: 159:385, “Battilana”, 1930; 179:394, “López Tiburcio y Otros”, 1937; 234:717, “Magliocca”, 1956; 253:290, “Lascano”, 1962; 258:14, “Orsi, Pacífico Héctor”, 1964; 279:389, “Ballester Piterson de Tavella”, 1971; 280:424, “Smith”, 1971; 292:447, “Amoros”, 1975; 293:235, “Samatán”, 1975; 295:674, “Incarnato”, 1976; 300:84, “Estrada”, 1978; 300:571, “Soler Pujol y Otros”, 1978; 300:616, “Macchiavelli”, 1978; 303:1155, “Zárate Jades y Otros”, 1981; 305:866, “Berrafato”, 1983; 323:1753, “Viturro”, 2000; 328:1602, “Sánchez”, 2005;

329:3089, “Badaro”, 2006; 332:1914, “Elliff”, 2009).

Ley. Cambio de legislación. Derecho adquirido. El derecho a la jubilación se gobierna por la ley vigente a la fecha de cesación en el servicio y este principio ha sido establecido en beneficios de los peticionarios, es un derecho adquirido, cuya aplicación debe efectuarse con particular cautela cuando media un cambio de legislación que puede redundar en perjuicio de derechos adquiridos durante la vigencia de un régimen derogado (CSJNA, 340:21, “Díaz Esther Clotilde”, 2017 y 343:892, “Ciancaglino”, 2020

Jubilaciones y pensiones. Retribución. Derechos sociales. Los derechos de la “ancianidad” “de la persona mayor. El tema de la retribución en materia de jubilaciones y pensiones y, de la especial atención que merece, se enmarca en los llamados derechos sociales, en particular, los derechos de la “ancianidad” “de la persona mayor” de rango preferente en nuestro ordenamiento jurídico (CSJNA, 221:335, “Campo del Barrio” y 221:338, “Castellana Schiavone”, ambos de 1951; 231:295, “Lhuillier”: “Las disposiciones constitucionales que declaran los derechos del trabajador, de la familia y de la ancianidad, constituyen directivas que es menester observar constantemente para la orientación e interpretación del derecho positivo argentino”, 1955; 239:429, “Sánchez, Bartolomé, Suc.”, 1957; 267:336, “Rogmanolli”, 1967; 288:149, “Telepak”, 1974; 288:436, “Lewczuk, Pablo. Fernández Álvarez”, 1974; 289:276, “Encinas de Casco”: “La interpretación y aplicación de las leyes jubilatorias no puede hacerse en forma que conduzca, en definitiva, a negar su fin esencial, que es el de cubrir riesgos de subsistencia y ancianidad”, 1974.”.

Instrumentos internacionales. Derechos humanos. Persona mayor. Protección reforzada. Calidad del salario. Instrumentos internacionales reconocen un catálogo mínimo de derechos humanos, cuyo respeto es imprescindible para el más alto desarrollo de la persona mayor en todos los aspectos de su vida y en las mejores condiciones posibles, destacando en particular el derecho a la salud para cuya atención la calidad salarial que gozaba el trabajador debe mantener su justo equilibrio para dotar de seguridad al diario vivir del jubilado o pensionado. Las personas mayores tienen derecho a una protección reforzada y, por ende, exige la adopción de medidas diferenciadas que impone su especial consideración al recurrir a su salario por situaciones de base económicas-financieras del organismo previsional.

Derechos de la seguridad social. Rango constitucional. La Corte Suprema de Justicia de la Nación nos recuerda que los derechos de la seguridad social se incorporan al rango constitucional con la Constitución del año 1949, y que la posterior reforma de la Constitución en 1957 los agrupa en el artículo 14 bis (v. in re “García, María Isabel”, cit.).

Estatus de jubilado. Vulnerabilidad. Derechos fundamentales. Regulación internacional.

El envejecimiento y la discapacidad, motivos que permiten acceder al estatus de jubilado, son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales. Por ello, las circunstancias y condicionantes de esta etapa del ciclo vital han sido motivo de regulación internacional.

Cuestionamiento constitucionalidad. Disposición regresiva. En atención a estos criterios rectores que consagra la interpretación de la Corte Suprema de Justicia a partir de la normativa constitucional y convencional en la materia, no albergo dudas en cuanto a que la sanción del artículo 41 de la Ley N° 15008 va en sentido contrario a tales postulados, desde que el legislador provincial vino a consagrar una disposición regresiva, que afecta los intereses de los accionantes, jubilados y pensionados de la Caja del Banco de la Provincia, y perjudica la situación que alcanzaran al amparo de la legislación vigente al tiempo de obtener el beneficio previsional.

Ley. Razonabilidad. La razonabilidad en consecuencia se expresa con la justificación, adecuación, I-75226-1 proporcionalidad y restricción de las normas que se sancionan (SCJBA, doct. causas I 2024, cit.; I 2154, "Verzi", sent., 06-05-2015, e. o.).

REFERENCIA NORMATIVA

artículos 161 inciso 1° de la Constitución Provincial contra la Provincia de Buenos Aires, 683 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial; artículos 7°, 11, 39, 41 y cc de la ley N° 15008; artículos 11, 31, 36, 39, 40 y 50 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; artículo 685, primera parte del Código Procesal Civil y Comercial; artículos 22 (Derecho a la seguridad social) y 25 (Nivel de vida adecuado y su aseguranza) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los artículos XI (Derecho a la salud y al bienestar) y XVI (Derecho a la seguridad social) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 9° (Derecho a la seguridad social) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Protocolo de San Salvador y el artículo 11 inciso "e" (Derecho a la seguridad social) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; artículo 14 bis de la Constitución Nacional; artículo 125 de la Constitución Argentina; artículos 1° y 3° de la ley 15008; ley 13364 modificada por ley 13873; ley 11761; artículos 16 y 28 de la Constitución Argentina; 11 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 1° y 24 de la CADH; 7° de la DUDH; II y XVI de la DADDH; ley 27260; Leyes 18037 y 24241; artículos 39 y 41- y, por la ley 26417; artículo 75 inciso 23 de la Constitución nacional y en tratados internacionales, con indicación de

los artículos 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; leyes 5678, 11322, 11761, 13364 y 13873; artículo 17 de la Constitución Argentina; ley N° 3837; incisos "j", "k" y "l" del citado artículo 11 de la Ley N° 15008; artículo 41 de la Ley N° 15008, artículos 39 inciso 3° de la Constitución Provincial; 14 bis de la Constitución Nacional; 75 incisos 22° y 23° de la Carta Magna, 26 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y 2°.1°. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 687, CPCC.