

Expte. N° 13-05074760-8 CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE ABOGADOS Y PROCURADORES DE MENDOZA C/PROVINCIA DE MENDOZA S/ACC. INC.”

Sala Primera

Excma. S.C.J.Mza.:

Vienen los presentes autos a despacho para dictaminar sobre la vista de fs. 121 respecto de la acción de inconstitucionalidad que tramita en autos.

I.- Antecedentes

1. La demanda

A fs. 27/46 corre agregada la demanda incoada por el Dr. Gonzalo Barrio en su carácter de presidente de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Abogados y Procuradores de Mendoza (Caja Forense) donde denuncia la inconstitucionalidad de la ley 9203 por medio de la cual se dispuso la incorporación del art. 54 bis a la ley 5059, que establece que “Los abogados alcanzados por las incompatibilidades del art. 27 de la ley 4976, podrán realizar los aportes correspondientes a la Caja, durante el tiempo en que persista dicha incompatibilidad, de modo tal que éstos se computen a efectos de otorgárseles los respectivos beneficios dispuestos en la presente norma”.

Así y luego de abundar en la caracterización y finalidades de la ley de jubilaciones y pensiones de procuradores y abogados que tiene en miras a los profesionales que ejercen efectivamente la profesión, sostiene que la norma puesta en crisis afecta de manera actual o inminente las garantías constitucionales de igualdad ante la ley, el derecho de propiedad, de la seguridad social, de la movilidad de jubilaciones y pensiones, de razonabilidad, de proporcionalidad y de reserva legal que rige las contribuciones especiales, toda vez que reconoce una jubilación de privilegio írrita al sistema, creando una categoría de abogados superiores en derecho al universo restante, a los cuales se les da la posibilidad de optar por la continuación del pago de los aportes en la Forense aunque no ejerzan efectivamente la profesión en forma independiente, pudiendo acceder oportunamente a un doble

beneficio jubilatorio, lo cual contraviene el régimen general jubilatorio consagrando un privilegio para los abogados con un cargo público.

2. La contestación de Asesoría de Gobierno y Fiscalía de Estado

Ambos entes estatales en sus respectivos respondes defienden la razonabilidad de la norma impugnada, amparándose en primer término en la falta de interés de la accionante al no precisar cuál sería el perjuicio que le ocasiona la norma que pone en crisis, destacando asimismo la legitimidad de la misma y su razonabilidad, para recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la “última ratio” del ordenamiento jurídico. A lo que agregan que no se viola norma constitucional ninguna, incardinándose la norma en las facultades legislativas propias de la Provincia, sin que lo propio, además, irroque violación al principio de igualdad o genere el derecho a una doble jubilación, la cual se todos modos es posible a favor de otros profesionales del derecho como es el caso de aquellos que ejercen la profesión independiente por un lado y se desempeñan en la actividad pública o privada en relación de dependencia y por ello pueden acceder al beneficio jubilatorio de la ANSES al mismo tiempo que el de la Caja Forense.

3. Las pruebas y los alegatos de las partes

Tras la contestación del traslado por parte de la actora (fs. 83/84), V.E. admitió las pruebas ofrecidas por las partes en el marco de la audiencia inicial llevada a cabo a fs. 89/90 y tras su producción (salvo la pericial contable desistida), puso los autos a la oficina para alegar, lo que hicieron según surge de las presentaciones agregadas a fs. 122/127 vta. (actora), 129 (Gobierno de Mendoza) 131/133 (Fiscalía de Estado).

II.- Sobre la inconstitucionalidad de las normas

Como ha sido dicho en forma reiterada "...el Címero Tribunal Nacional ha sentado que la declaración de inconstitucionalidad, es la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un Tribunal de Justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico (Fallos: 260:153; 286:76; 288:325; 300:241 y 1087; 301:1062; 302:457 y 1149; 303:1708 y 324:920, entre otros, víd. Cfr. Tab. SC, LS 243-375; 249-

471; 258-420; 299-363; 322-135; 330-157 y 340-012); por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto, conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (Fallos: 315:923; 321:441)..." (ver fs. 164/166 vta. del dictamen). Este ha sido, también, el temperamento seguido por los pronunciamientos emanados de este Cuerpo.

Así, por ejemplo, se ha decidido que "la declaración de inconstitucionalidad de una ley es la "última ratio" del orden jurídico, a la que sólo se ha de llegar cuando el esfuerzo interpretativo no logra coordinar la norma aparente o presuntamente opuesta a la Constitución" (LS 205-135), y que "la declaración de inconstitucionalidad de una disposición, es un acto de gravedad institucional, configurativa del remedio extremo al que el juzgador debe acudir sólo como última ratio, cuando no tiene otra alternativa posible" (LS 397-102, 224-119). También que "el ataque de inconstitucionalidad y su declaración por parte de la Justicia, constituye un acto de la máxima gravedad institucional, por lo que el agravio debe aparecer de una manera clara, ostensible, afectar seria y gravemente el ordenamiento jurídico, razón por la cual se trata de una medida restrictiva, de carácter excepcional y ante la evidencia del daño producido a los derechos y a las garantías de ese nivel" (LS 285-102). Y que "la declaración de inconstitucionalidad es el último remedio de instancia constitucional y sólo puede declararse cuando el agravio aparezca como serio, notorio, que signifique un menoscabo real o posible de producirse, que suponga la desvalorización del derecho protegido por la Carta Fundamental" (LS 280-482).

Por último, y en un aspecto que no puede ser soslayado, se ha resuelto que "el régimen de la Constitución no autoriza un sistema de fallos con carácter obligatorio y con eficacia fuera del caso decidido. La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley en el orden local tiene incuestionablemente efecto reducido al caso particular juzgado. La declaración de inconstitucionalidad no deroga la ley, sólo la mueve en sus efectos, ya que los limita a la parte que provocó la existencia y no constituye sino una interpretación de las normas" (LS 078-201). Ello es así porque "una ley puede no ser inconstitucional, pero puede tornarse inconstitucional su aplicación en el caso concreto, cuando las circunstancias fácticas no se subsumen en los reales presupuestos normativos" (LS 205-135).

III.- Algunas consideraciones sobre la acción de inconstitucionalidad del art. 223 C.P.C. (hoy 227 C.P.C.C. y T.) y su aplicación al subexámine

Conforme lo refieren los comentarios al art. 223 C.P.C., esta acción o demanda sirve para atacar leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones, etc., emanados de autoridades locales, por ser contrarios a la constitución nacional o provincial (Kemelmajer de Carlucci Aída Rosa, Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia, Martín Fierro Impresores 1991, pg. 20, citada en Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza comentado, anotado y concordado, coord. Horacio C. Gianella, T. 2, pg. 504).

Acción que, conforme expresa Quevedo de Mendoza, ha sido calificada por la doctrina como declarativa, en cuanto a través de ella la jurisdicción se limita a brindar la certeza a los alcances que una norma jurídica imprime a una relación concreta, siempre que medie una falta de certeza proveniente de la pretensión de uno de los sujetos de esa relación, de que dicha norma sea contraria a la constitución. Aunque el mismo autor señala que, al ser requisito de la fundamentación de la demanda la “existencia de lesión actual”, en determinadas condiciones la acción de inconstitucionalidad adquiere el carácter de una acción de condena (Quevedo Mendoza Efraín, La acción de inconstitucionalidad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, JA 2002-II-1188), lo que, de todos modos no ha sido receptado por la S.C.J.Mza. en diversos pronunciamientos.

Precisamente refiere Quevedo Mendoza que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Mendoza ha aplicado estrictamente el texto legal transcrito (art. 223 C.P.C.), dando carácter puramente declarativo a la sentencia que se pronuncia sobre la acción de inconstitucionalidad y desestimando cualquier intento de que el decisorio judicial contenga un mandato condenatorio, lo cual es coherente con la función exclusivamente preventiva que se asigna, según ya vimos, al proceso que tiene por objeto el control concentrado de constitucionalidad.

En cuanto al objeto, se ha sostenido que la acción de inconstitucionalidad no es idónea para que los administrados cuestionen la validez de resoluciones administrativas que deciden casos particulares (normas individuales o de alcance singular); ya que, por vía de esta acción se impugnan actos estatales normativos o de alcance general. Distinguiéndose el supuesto de acción de inconstitucionalidad del de la acción contencioso administrativa, a la cual se reservan los planteos respecto donde se discute sobre la vulneración de un derecho administrativo de carácter particular (op. Cit. Pg. 509 y nota 1278). No obstante lo cual, en la acción que

nos ocupa, de todos modos, quien la incoa debe ostentar un interés legítimo, económico o moral, jurídicamente protegido y actual.

Así y como ha dicho V.E. en el caso KRAFT FOODS ARGENTINA S.A. C/MUNICIPALIDAD DE MAIPU S/A.P.A (LS 468-231) en la acción de inconstitucionalidad, por su carácter meramente declarativo y de cuestión -generalmente- de puro derecho el análisis se reduce a constatar si las normas impugnadas se adecuan o no a los principios establecidos en la constitución.

En cambio, en la acción procesal administrativa como juicio de conocimiento pleno que es, se abordan los vicios que se denuncian en los actos impugnados y en consecuencia se revisa el procedimiento administrativo para verificar que el mismo se haya realizado en el marco de la legalidad y la razonabilidad. En caso de prosperar la acción se anulan los actos administrativos con las consecuencias que dicha nulidad acarrea.

IV.- La norma cuestionada

Concretamente la actora denuncia la inconstitucionalidad de la ley 9203 modificatoria de la ley 4976 y que en su artículo primero, textualmente dice:

“Incorpórese el artículo 54 bis a la Ley 5.059 que quedará redactado de la siguiente manera: "Art. 54 bis Los abogados alcanzados por las incompatibilidades del artículo 27 de la Ley N° 4976, podrán realizar los aportes correspondientes a la Caja, durante el tiempo en que persista dicha incompatibilidad, de modo tal que éstos se computen a efectos de otorgárseles los respectivos beneficios dispuestos en la presente norma.".

V.- La pretensión de la actora y su adecuación a la acción de inconstitucionalidad

a. En relación al encabezado de este acápite, como ha sido expuesto en anteriores oportunidades, un orden lógico de precedencia impone tratar en primer término las defensas sustanciales opuestas por la parte demandada y Fiscalía de Estado referentes, tanto a la falta de interés, como a la falta de legitimación sustancial activa de la actora.

b. En cuanto al primero de los tópicos, se ha dicho que es un axioma del Derecho que el interés es la medida de las acciones, y la acción, para tener viabilidad procesal, para convertirse en pretensión, debe estar sustentada en un

interés que sea legítimamente defendible en el ámbito del derecho (Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza comentado, anotado y concordado, coord. Horacio C. Gianella, T. I, pg. 255). De allí que la inexistencia de interés y la falta de acción constituyen conceptos equivalentes y en su caso, conforme a la doctrina citada, habilitarían al tribunal a rechazar in limine una demanda carente de todo interés para el accionante (op. Cit. pg. 255 y ss.); lo que en el subexámine no ha ocurrido.

Precisamente el letrado accionante en la demanda funda la legitimación y el interés de su parte en el carácter de Personas Jurídica de Derecho Público No Estatal que ostenta la Caja Forense cuya función es administrar los fondos afectados al pago de las jubilaciones de abogados y procuradores de Mendoza y por consiguiente asegurar la sustentabilidad del sistema y la justa asignación del haber previsional siendo custodia del grupo de individuos que la norma atacada afecta.

En ese orden de ideas es que esta Procuración General en casos en que quien se presenta es por ejemplo un sindicato denunciando la inconstitucionalidad de normas que recaen sobre la actividad de sus afiliados, se ha expedido sobre la pertinencia de su legitimación sustancial cuando ocurre ante la justicia en reclamo de intereses colectivos de sus afiliados, en consonancia con la posición sustentada por la Sala Segunda de este Címero Tribunal (en anterior composición) en el sentido expuesto (L.S. 397-061) (Expte. N° 13-03888269-9 carat. “SINDICATO UNIDO DE TRABAJADORES DE LA EDUCACIÓN C/GOBIERNO DE MENDOZA P/ACC. INC.”, 11-040-2017). Encuadrando el caso en examen en los términos de las acciones que propenden a defender intereses pluriindividuales homogéneos, esto es aquellas circunstancias donde se afectan derechos individuales divisibles, donde más allá de la acción individual que cada afectado pueda interponer, dan lugar a una acción colectiva, que contenga a todos los titulares del interés lesionado, que resultarán abarcados por la sentencia (Gilardi Madariaga de Negri Cecilia, La legitimación de las asociaciones y las acciones colectivas — las acciones de clase-; pg. 70 en Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo, Director Marcelo A. Bruno Dos Santos, Fundación Derecho Administrativo, 2012).

En el caso en examen, si bien pueden resultar algunas dudas en cuanto a si la presentación del Presidente de la Caja Forense se circunscribe a defender sólo a un segmento de los asociados a la misma (aquellos que

continúan ejerciendo la actividad profesional en forma particular únicamente o como empleados privados o públicos pero sin incompatibilidad).

1. Sobre la razonabilidad de la norma puestas en crisis

Al respecto conforme lo determina el art. 14 de la Carta Magna nacional los derechos y garantías allí consagrados se ejercen “conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio”, lo que implica, al decir de Gelli que no hay derechos absolutos en su ejercicio y que solo la ley puede reglamentarlos (Gelli María Angélica, Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, Tercera edición ampliada y actualizada, ed. La Ley, Bs. As. 2006, pg. 76 y ss.). Conceptos que se correlacionan con lo que establece el art. 28 del mismo cuerpo legal en lo referente a que la mentada reglamentación no puede alterarlos de modo tal que quedan delimitadas las competencias del Congreso en la función reglamentaria que le asigna el art. 14 –ya mencionado-.

Es precisamente de la conjunción de ambas normas que la doctrina ha elaborado el concepto de razonabilidad o debido proceso sustantivo como límite objetivo al poder estatal, el cual alcanza no solo a Congreso sino que también le es aplicable a todos los poderes del Estado y sus funcionarios, en tanto y en cuanto están obligados por el principio de limitación. Por ello, continúa diciendo Gelli, tal limitación alcanza al Poder Legislativo cuando dicta normas generales; al Poder Ejecutivo cuando las reglamenta y aplica, en la interpretación no arbitraria de aquellas; y al Poder Judicial cuando resuelve conflictos en los casos concretos (Gelli, op. Cit. pg. 326).

Y en esa misma línea da cuenta la autora citada que la Corte Suprema ha elaborado desde antiguo pautas de razonabilidad para examinar la constitucionalidad en ejercicio del poder de policía, dejando a salvo la falta de atribuciones para analizar la *conveniencia, oportunidad o eficacia* de las normas, pues esa es una atribución propia de los poderes políticos, conceptos de los cuales el cimero tribunal ha trazado la frontera de las cuestiones políticas no judiciales (op. Cit. pg. 328). En este sentido, ha dicho la Corte en el marco de los autos "Thomas, Enrique c/ E. N.A. s/ amparo" que ese tribunal ha destacado con señera precisión que la misión más delicada de la justicia es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los demás poderes, reconociéndose el cúmulo de facultades que constituyen la competencia funcional del Congreso de la Nación, como órgano investido del poder de reglamentar los derechos y

garantías reconocidos en la Constitución Nacional con el objeto de lograr la coordinación entre el interés privado y el interés público (Fallos: 15 5: 248 ; 241:291, votos de los jueces Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid y Julio Oyhanarte; 272:231; 308:2268, entre otros).

Incardinándose en esos conceptos se advierte en primer término que la ley 9203 ha sido dictada por la legislatura provincial dentro del marco de las facultades no delegadas al poder central por las provincias, razón por la cual la misma no tiene reproche ninguno desde ese punto de vista.

Por otra parte y en lo que se refiere al derecho de igualdad, que, según el letrado de la actora se estaría violentando, cuadra recordar que el “derecho de igualdad” consagrado en nuestra Constitución Nacional (art. 16), no es de carácter “absoluto”, sino que, como ha explicitado la Corte Suprema en diversos pronunciamientos “La verdadera igualdad consiste en aplicar la ley a los casos ocurrentes según las diferencias constitutivas de ellos” (Fallos 16:118; 101:401; 123:106; 124:122; 126:280). Como así también que “Es un derecho a que no se establezcan excepciones y privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias” (Fallos 124:122; 126:280; 127:118; 151:359; 157:28; 184:592). Y en ese mismo orden, que “La garantía de igualdad no impide que se contemplen en forma distinta, situaciones que se consideran diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria, ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo”. Ya que “La garantía del artículo 16 de la Constitución Nacional no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del poder legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas” (Fallos 315:1190). En ese mismo sentido señala Rosatti que el principio de igualdad ha sido concebido bajo la forma de una prohibición de que se formulen o practiquen distinciones arbitrarias u hostiles entre los habitantes (igualdad como no discriminación) y bajo la forma de una exigencia de que se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales circunstancias (igualdad como equivalencia), destacando que el primero de los conceptos está contenido en el original art. 16 de la carta magna, mientras que el restante fue incorporado mediante la reforma del año 1994 (Rosatti Horacio, El código civil y comercial desde el derecho constitucional, Rubinzal-Culzoni 2016, pg. 131). Razones todas que llevan a colegir que en el subexámene la norma criticada no aparece como violatoria de dichos conceptos ni

tampoco genera un privilegio a favor de un grupo de abogados y procuradores, desde el momento en que la opción que les confiere a los funcionarios públicos de continuar efectuando los aportes durante el tiempo en que dura su incompatibilidad para el ejercicio de la profesión en forma particular, si bien implica la posibilidad de que en algún momento accedan a un doble beneficio jubilatorio, esa alternativa está latente en cabeza de todos los afiliados a la Caja Forense (por tratarse de un régimen jubilatorio ajeno al régimen general), a más de que, visto desde la perspectiva inversa, podría sostenerse que aquellos profesionales que aportaron durante una buena cantidad de años a la Caja, por el solo hecho de pasar a ejercer funciones estatales que les imponen la prohibición del ejercicio particular, verían perdidos todos esos aportes si no los hicieran valer a través del sistema de compensaciones.

VI.- Nuestro dictamen

A mérito de las razones expuestas y siendo la declaración de inconstitucionalidad de una norma la última ratio, esta Procuración General considera que la acción que tramita en autos debe ser desestimada al no haberse acreditado la irrazonabilidad ni la afectación de otro derecho constitucional que amerite lo propio, incardinándose en las facultades legislativas y reglamentarias propias de los órganos estadales que las han producido.

Despacho, 09 de marzo de 2022.-



Dr. NÉSTOR FRAGAPANE
Fiscal Adjunto Civil
Procuración General