

Expte. N° 13-04259437-1, “Tourres Esteban Luis y ot. c/ Caja Previsional Técnica p/ Acc. Inc.”

Sala Primera

Excma. S.C.J.Mza.:

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

I.- Antecedentes

1. La demanda

El Sr. Esteban Luis Tourres, ingeniero civil matriculado y OHA Construcciones S.R.L., deducen acción contra la Caja de Previsión para Profesionales de la Agrimensura, Arquitectura, Ingeniería, Geología y Técnicos de la Construcción e Industria de la Provincia de Mendoza, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la Resolución N° 216/17 emitida por el Directorio en fecha 25 de octubre de 2017 y publicada en el Boletín Oficial el 1° de noviembre de 2017, solicitando su anulación.

En su presentación, expresan que la Resolución impugnada controvierte normas de jerarquía superior como la Ley Provincial N° 7361, la Constitución Nacional (art. 31) y la Constitución Provincial (48) y viola la superposición de aportes previsionales (art. 14 bis CN) y art. 33 de la CP), el principio de legalidad en general (art. 19 CN y 34 CP) y de legalidad tributaria en particular (arts. 4 y 17 de la CN y 74 inc. 1 y 99 inc. 2 de la CP) de capacidad contributiva y propiedad (art. 17 y 16 CP) y la garantía de la razonabilidad (arts. 28 y 33 de la CN y 48 de la CP) y eso justifica el interés legítimo para accionar.

Mencionan como antecedentes que el Sr. Esteban Tourres es ingeniero civil matriculado ante el Consejo Profesional de Ingenieros y Geólogos de Mendoza, bajo el número de matrícula 5268 y

desarrolla su actividad profesional exclusivamente como empleado en relación de dependencia de la empresa, desde el 01 de noviembre de 2016 bajo la categoría de ingeniero dentro del organigrama de su empleador.

Refieren que el sueldo percibido se encuentra sujeto a los aportes y contribuciones de la seguridad social con destino al Sistema Previsional Argentino previsto por la Ley Nacional N° 24241; asimismo el sueldo percibido no se encuentra sujeto a los aportes previstos por la Caja Previsional Técnica, en virtud de la exención contemplada por el art. 5 de la Ley N° 7361, norma que preceptúa que los profesionales en relación de dependencia puede optar por no estar afiliados a la Caja Previsional Técnica y por tanto no se encuentran obligados a realizar aportes a la misma sobre el sueldo que perciban o pueden estar afiliados y en ese caso los aportes a realizar, corresponderán a los honorarios que perciban en retribución de su actividad como profesionales autónomos o independientes.

Afirman que por su parte la Empresa desarrolla la actividad de construcción, mediante la realización de obras contratadas por sujetos privados como por diferentes reparticiones y entidades del Estado Nacional, Provincial y Municipal.

Indican que en el caso de contrataciones realizadas por el Estado, se exige a la Empresa como un requisito legal que se presente a las licitaciones acompañando un certificado de habilitación de la Empresa y de su representante técnico en tanto ingeniero en relación de dependencia, que emite el Consejo Profesional de Ingenieros y Geólogos en el marco del art. 74 de la Ley N° 7361 y para ello exige a su vez que el peticionante del certificado presente una constancia de libre deuda de aportes previsionales emitida por la Caja Previsional Técnica.

Sostienen que hasta octubre de 2017 inclusive la Caja Previsional Técnica emitía el certificado de libre deuda (o exento) de aportes previsionales de aquellos ingenieros que se encuentran en relación de dependencia, sin cuestionamiento alguno y en el marco del art. 5 de la Ley N° 7361; sin embargo a partir de noviembre, la Caja Previsional comenzó a

denegar esos certificados y a exigir que los distintos profesionales y/o comitentes comenzaran a realizar aportes sobre honorarios presuntos calculados en función del valor de las obras a realizar.

Destacan que esos honorarios presuntos no se pagan a los profesionales en relación de dependencia quienes reciben un sueldo por las prestaciones realizadas, entre las que se cuenta la firma de planos y direcciones técnicas de obra.

Puntualizan que el fundamento de ese accionar es la Resolución N° 216/17 emitida por su Directorio que estipula que la afiliación voluntaria es para aquellos empleados en relación de dependencia que realicen labores profesionales que no requieran ningún tipo de intervención o habilitación específica individual de los Colegios y/o Consejos involucrados (art. 2) y para intervenir en las labores que requieran intervención en encomiendas públicas o privadas deberá ser afiliado a la Caja y acreditado haber efectuado los aportes previsionales; estas condiciones son de carácter universal e incluyen la actividad en relación de dependencia de comitente determinado en todas sus modalidades.

Detallan que los artículos 4 y 5 prevén especialmente el caso de los profesionales en relación de dependencia para empresas que sean contratadas por el Estado para la realización de obras públicas, los cuales contradicen abiertamente el art. 5 de la Ley N° 7361.

Describen el régimen de la Ley 7361 (B.O. 9/05/05) que creó la Caja de Previsión para Profesionales de la Agrimensura, Arquitectura, Ingeniería, Geología y Técnicos de la Construcción y señalan los distintos supuestos contemplados en la normativa profesionales que desarrollan su actividad mediante el ejercicio privado de la profesión (art.4), profesionales que ejercen su profesión exclusivamente en relación de dependencia (art. 5) y profesionales que ejercen tanto en relación de dependencia como en forma autónoma (art. 5 interpretado a contrario sensu), los sujetos obligados al pago de los aportes (art. 30 inc. a) (Comitentes), el

establecimiento de la base imponible y la naturaleza jurídica de los aportes previsionales.

Denuncian los derechos y garantías constitucionales violadas por la Resolución en crisis (supremacía constitucional, prohibición de superposición de aportes, derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita, razonabilidad, legalidad, legalidad tributaria, capacidad contributiva) y los principios que no resultarían desconocidos en caso de hacerse lugar a la demanda (solidaridad previsional e igualdad).

Alegan que la Caja Previsional Técnica intenta crear un cuarto encuadre del ejercicio profesional que se sumaría a los tres analizados: el profesional con la misma persona (el empleador) es a la vez dependiente y autónomo, situación que es contradictoria en sí misma y contradice normas de jerarquía superior como la propia ley 7361 que la Resolución pretende modificar bajo el manto de una supuesta interpretación.

Sostienen que más allá de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Resolución, la Caja Previsional Técnica, resulta manifiestamente incompetente para extender la aplicación de aportes previsionales a todos los profesionales que se encuentran ejerciendo su profesión en relación de dependencia, por cuanto ninguna de las normas aludidas de la Ley N° 7361, otorga atribución alguna al Directorio de la Caja para dictar una norma como la impugnada (arts. 2,3 y 23 inc. b) y p); así los arts. 2 y 3 se refieren a la creación de la Caja como organismo parafiscal y el 23 inc. b) prevé que el Directorio debe aplicar la ley y hacer cumplir las resoluciones de la Asamblea y la Resolución dista mucho de la aplicación de la Ley 7361 y directamente la contradice.

En orden a la superposición de aportes, arguyen que la Resolución es inconstitucional a la luz de la interpretación efectuada por la CSJN del art. 14 bis de la CN en el precedente *“Palopoli, Hugo Daniel c. Buenos Aires Provincia de s/ acción declarativa”*, el cual resulta de aplicación directa e inmediata al caso de marras, en el que el Máximo Tribunal concluye que el hecho determinante de la obligación de efectuar aportes era la actividad que el actor desarrollaba en relación de dependencia; esa única prestación de

trabajo determinaba el régimen previsional al que se encontraba sometido sin que autorice la pretensión de los organismos profesionales locales, la que, de admitirse implicaría en las circunstancias del caso, una superposición de aportes fulminada por la Ley Fundamental.

Enumeran las obligaciones sustanciales en materia previsional de la Empresa en relación al profesional y esgrimen que esa situación se agrava dado que los aportes y contribuciones con destino al SIPA tienen como base imponible el salario pagado al Ingeniero, en cambio el aporte a la Caja Previsional Técnica se determina sobre la base de un honorario presunto o ficcional que tiene como base la obra en la que interviene la Empresa y el Ingeniero en tanto empleados de la misma, cuando dicho honorario jamás se paga al Ingeniero, situación que es sumamente gravosa para la Empresa que debe pagar dos conceptos (las contribuciones de seguridad social y el aporte a la Caja Previsional) y el segundo puede resultar sumamente gravoso impidiéndole a la empresa y al ingeniero la posibilidad de ejercer toda industria lícita y de trabajar conforme lo garantiza el art. 14 de la CN y 33 CP.

Finalmente, sostienen que resulta irrazonable y contrario a las garantías de igualdad y de capacidad contributiva que exija el pago de un aporte previsional a un empleado, no sobre la base de un sueldo sino de un honorario ficcional.

2. La contestación de la Caja de Previsión para Profesionales de la Agrimensura, Arquitectura, Ingeniería, Geología y Técnicos de la Construcción e Industria de la Provincia de Mendoza y de Fiscalía de Estado

Mediante representante se hace parte y contesta demanda la Caja de Previsión para Profesionales de la Agrimensura, Arquitectura, Ingeniería, Geología y Técnicos de la Construcción e Industria de la Provincia de Mendoza, solicita el rechazo de la acción de inconstitucionalidad interpuesta en autos contra la Resolución N° 216/17.

Plantea la falta de legitimación sustancial activa del ingeniero en construcciones, en tanto afirma que no tiene manera alguna de justificar que la realización de aportes por la firma de sus planos a la Caja de Previsión lo perjudica o viola ostensiblemente sus derechos constitucionales.

Refiere que en oportunidad de oponerse a la medida cautelar, expresó que por una parte aparece un actor que pretendería sostener su tacha de inconstitucionalidad a la resolución recurrida por una eventual doble aportación (lo que no es tal, ya que los aportes no se superponen a la misma actividad y en el futuro tendrá dos jubilaciones) y al mismo tiempo dice que, a la Empresa, se le prohíbe trabajar y que no se podrá inscribir en futuras licitaciones, lo que no es cierto, dado que para participar en licitaciones se requiere solo de la intervención del Consejo y/o Colegios. En las licitaciones las empresas se presentan con la firma del “representante técnico” habilitado por el Consejo de Ingenieros; no requiere de ningún trámite ante la Caja para dicha habilitación por cuanto la representación técnica no constituye una labor profesional sujeta a aportes previsionales.

Indica que en el caso del profesional hay una falta absoluta de legitimación sustancial, en tanto no puede acreditar ni siquiera superficialmente que la Ley N° 7361 y la Resolución N° 216/17 dictada en su consecuencia, afecten arbitraria y ostensiblemente sus derechos constitucionales al obligar a otro- comitente- a efectuar aportes previsionales por la firma de planos, cálculos y proyectos que suscribe y que pretende sean aprobados por los organismos públicos de contralor.

Menciona que de la lectura de los considerandos de la Resolución N° 216/17 se puede advertir que no intenta contradecir ni tergiversar las disposiciones de la Ley N° 7361. Agrega que el artículo 4 de la mencionada Ley determina con exactitud la obligatoriedad de la afiliación y aportación a la Caja de Previsión y los profesionales comprendidos. Indica que se coloca al profesional y a su empleador en la ventajosa situación de estar exentos del pago de aportes previsionales a la Caja, mientras sus colegas y comitentes afrontan el pago conforme a derecho.

Sostiene que no se percibe con claridad qué ventaja obtiene el profesional al eludir el aporte, por el contrario, sí se observa con nitidez la conveniencia para la empresa empleadora cuyo único fin es la obtención del mayor lucro posible en un marco de competencia desleal con las demás empresas del rubro.

Alega que al existir de por medio aspectos técnicos su subordinación hacia la empresa se encuentra desdibujada o relativizada y que en esos casos, cuando además de prestar servicios en relación de dependencia realiza actos de índole profesional, con relación a obras que realice su empleador, ante los Colegios y organismos públicos, asimilables a la actividad autónoma, por lo que se encontraría comprendido en el artículo 4 de la Ley N° 7.361.

Considera que la resolución cuya impugnación se pretende ha venido a ordenar y clarificar una situación prevista en la ley que prima facie tuvo disparidad de interpretaciones, pero que claramente ninguna tenía como objetivo colocar en situación ventajosa y/o producir un enriquecimiento indebido al empleador en desmedro del profesional o en el conjunto de profesionales, eventuales beneficiarios del sistema de seguridad social instrumentado por la Caja de Previsión.

Refiere que en la Ley de creación de la Caja no están previstas labores profesionales exentas de aportes, como tampoco existen comitentes exceptuados de la obligación de efectuar aportes.

Fiscalía de Estado, manifiesta que interviene en defensa de la legalidad en su rol de Ministerio Público, en tanto la Ley N° 7361, expresamente prevé en su art. 2 que sus disposiciones son de orden público y también en su faceta de Ministerio Fiscal custodiando el patrimonio del Estado ante el posible daño por la aplicación de la Resolución N° 216/17.

Sostiene que de una simple lectura de ambos textos legales resulta en forma indubitable que hay una flagrante violación a la Ley N°

7361, en su art. 5 la que expresamente dice que los profesionales que ejerzan exclusivamente la profesión en relación de dependencia podrán obtener la afiliación en forma voluntaria, aportando proporcionalmente lo que establezca la reglamentación, por el contrario la Resolución 216/07, impone la afiliación obligatoria y la acreditación de los aportes previsionales, a los profesionales que se desempeñan exclusivamente en relación de dependencia, obligación que está en contradicción con lo estatuido por el art. 5 de la Ley N° 7361 que expresamente dice que los profesionales que ejerzan la profesión en relación de dependencia, podrán tener la afiliación voluntaria.

Advierte que una norma de inferior jerarquía como es la Resolución N° 216/17 emanada del Directorio de la Caja de Previsión para Profesionales de la Agrimensura, Arquitectura, Ingeniería, Geología y Técnicos de la Construcción e Industria de la Provincia de Mendoza, modifica la Ley N° 7361, específicamente en su art. 5, que es una norma de rango superior y tiene sustento normativo en las facultades no delegadas por la Provincia a la Nación.

Resalta que la resolución cuestionada conlleva modificaciones o cambios relevantes en materia de aportes previsionales, al hacer extensiva la obligatoriedad de afiliación y acreditación de aportes de los profesionales que ejerzan su profesión exclusivamente en relación de dependencia, circunstancia que fue puesta de manifiesto por V.E. en oportunidad de resolver la cautelar.

Afirma que la calificación en potencial del posible impacto que podría configurarse en el traslado al precio y/o costo de la obra pública efectuada en la contestación de la cautelar, queda claramente confirmado en autos dado que es indudable que los organismos estatales en sus distintas modalidades no están eximidos de la obligación impuesta por Resolución N° 216/17.

Alega que a la afirmación de que el porcentaje es irrisorio, cabe señalar que no es el porcentaje en términos numéricos lo que determina la incidencia en el costo, sino el incremento del costo fiscal que significaría asumir esa obligación con repercusión directa en el erario público.

Puntualiza las dificultades en la aplicación de la Resolución cuestionada y su armonización con la Ley 7361 llegando a la ilegalidad de que el comitente que es quien encarga la obra, en este caso el Estado, debería abonar los aportes de profesionales que no están bajo su órbita (30 inc. a) Ley 7361).

3. Las pruebas y los alegatos de las partes

Admitido el hecho nuevo (fs. 214/217 y vta.) las pruebas ofrecidas (fs. 249/250) y tras su producción, se puso los autos a la oficina para alegar, lo que hicieron según surge de las constancias de autos de fs. 486.

II.- Sobre la inconstitucionalidad de las normas

Como ha sido dicho en forma reiterada "...el Cíbero 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 subexámene

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 pretensión de los actores 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 demandada directa en orden a la falta de legitimación sustancial activa de la parte actora.

Al respecto, 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 subexámene no ha ocurrido.

Asimismo “se ha expresado que la legitimación es el derecho que tiene quien se presenta a la jurisdicción, de obtener una decisión

sobre el mérito, es decir sobre el derecho sustancial invocado por las partes, sea tal decisión favorable o desfavorable. No toda persona con capacidad procesal puede ser parte en un proceso concreto, sino que sólo pueden serlo las que se encuentran en una determinada relación con la pretensión. Esa idoneidad específica en el caso concreto se deriva de la cuestión de fondo que se intenta discutir en el proceso. Es decir debe mediar una coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender, sin que ello pueda llegar a confundirse con la cuestión de fondo, pues aquélla lleva a determinar si el demandante que deduce la pretensión es la persona habilitada para hacerlo- quien invoca la titularidad de una posición jurídica determinada- y la segunda consiste en la determinación- de si existe o no la lesión al derecho sustancial discutido (Hutchinson, Tomás, “Derecho procesal Administrativo”, T° II, Rubinzal- Culzoni, Bs. As., 2009, pág. 213 y sgtes.)”.

En este orden de ideas, en relación a los planteos formulados, se avizora que tanto el profesional ingeniero (inscripto en la matrícula) como la empresa constructora, exhiben legitimación suficiente para la protección de los intereses que entienden lesionados dando razones explícitas y fundadas de las afectaciones que la resolución cuestionada ha producido en relación a la supremacía de la CN, la CP y de las Leyes Provinciales, la prohibición de la superposición de aportes, el derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita, el principio de razonabilidad, capacidad contributiva y legalidad (general y tributaria), puesto que la normativa impugnada los involucra y por ello su situación puede cambiar, lo que hace que el planteo no sea sólo en el mero interés de la ley, siendo el único autorizado para ello, el Fiscal de Estado (art. 227 ap. I. C.P.C.C. y T.), quien por otra parte considera que la Resolución atacada contraría las disposiciones de la Ley 7361.

En tal sentido V.E. al momento de decidir en forma favorable la cautelar, expresó que es viable advertir que la circunstancia puesta de resalto habría producido una afectación que, sin ingresar en la constitucionalidad o inconstitucionalidad del sistema ni en la substancia de la legitimación de los accionantes cuyo desarrollo califica de “confuso” la demandada, puede vislumbrarse como poseedora de importantes proyecciones tanto a nivel de los profesionales inscriptos en la matrícula de los diversos

Colegios alcanzados por la normativa –Ley 7361 y Resolución N° 216/17, como desde aquella que denuncia a nivel de afectación de sus derechos la empresa constructora accionante, las cuales resultan explicitadas y justificadas de manera fundada, dando satisfacción al juicio de probabilidad que importa el examen de la verosimilitud del derecho.

Conforme lo anterior este Ministerio Público Fiscal, entiende que V.E. se encuentra habilitada para ingresar al tratamiento de la cuestión de fondo.

V.- La norma cuestionada

Concretamente la parte actora denuncia la inconstitucionalidad de la ley Resolución N° 216/ 17 de fecha 25 de octubre de 2017, emitida por el Directorio de la Caja de Previsión para Profesionales de la Agrimensura, Arquitectura, Ingeniería, Geología y Técnicos de la Construcción e Industria de la Provincia de Mendoza.

En el artículo 1° textualmente dice: “Quedan automática y obligatoriamente comprendidos en el régimen de la ley 7361 de creación de la Caja de Previsión para Profesionales de la Agrimensura, Arquitectura, Ingeniería, Geología y Técnicos de la Construcción e Industria de la Provincia de Mendoza todos los Profesionales inscriptos o que se inscribieren en la matrícula de los Colegios de Agrimensura de Mendoza, Colegio de Arquitectos de Mendoza, Consejo Profesional de Ingenieros y Geólogos de Mendoza, el Colegio de Técnicos de la Construcción e Industria de la Provincia de Mendoza y los que puedan incorporarse con posterioridad conforme el art. 4 de la Ley 7361.

El art. 2 establece que aquellos matriculados que ejerzan exclusivamente en relación de dependencia y dentro del ámbito laboral, sin asumir con su firma responsabilidad ante terceros, podrán afiliarse voluntariamente a la Caja, en los términos del art. 5 de la ley 7361. Se aplica a las labores profesionales que no requieran ningún tipo de intervención o habilitación específica individual de los Colegios y/o Consejo involucrados.

Por su parte el artículo 3 determina que todo profesional para intervenir en las labores profesionales que requieren intervención o habilitación específica individual de los Colegios y/o Consejos

en encomiendas públicas o privadas, deberá ser afiliado da la Caja y acreditar haber efectuado los aportes previsionales respectivos determinados por la normativa vigente. Estas condiciones son de carácter universal, e incluyen la actividad en relación de dependencia de comitente determinado en todas sus modalidades.

Mediante el art. 4 se establece que el procedimiento del artículo precedente se aplica a las encomiendas desarrolladas por los profesionales actuando por cuenta de un comitente determinado vinculado mediante contrato con terceros o equivalente, por la Provincia de Mendoza, los Municipios y los entes descentralizados provinciales y municipales y similares en jurisdicción provincial; en tanto que el art. 5 especifica que en el caso de obras públicas ejecutadas por administración se deberá realizar el aporte respectivo a la Caja. En su caso, y de resultar necesario, la modalidad y demás características podrán ser objeto de convenio particular al efecto entre la Caja y la dependencia oficial involucrada.

En los vistos de la norma cuestionada se explicita que se dicta en el marco de lo establecido por los arts. 4,5 y 6 de la Ley N° 7361, a fin de dar efectivo e íntegro cumplimiento a las disposiciones relativas al universo de profesionales comprendidos y el régimen de aportes previsionales y conforme las facultades otorgadas por los arts. 2, 3 y 23 incs. b) y p) de la Ley 7361.

Los mencionados artículos de la Ley N° 7361 (B.O.9/05/05) que crea la Caja de Previsión para profesionales de la Agrimensura, Arquitectura, Ingeniería, Geología y Técnicos de la Construcción e Industria, conforme las facultades no delegadas por la provincia y que funciona como persona jurídica de derecho público no estatal, con autonomía económica y financiera, cuyas disposiciones son de orden público, determinan:

Art. 4: Quedan automática y obligatoriamente comprendidos en el régimen de la presente ley, al momento de su promulgación, todos los Profesionales inscriptos o que se inscribieren en la matrícula de los Colegios de Agrimensura de Mendoza (Ley 5272), Colegio de Arquitectos de Mendoza (Ley 5350), Consejo Profesional de Ingenieros y Geólogos de Mendoza (Decreto Ley N° 3485/63, ratificado por la Ley N° 2955 y modificado por la Leyes N° 5908 y 6936) y el Colegio de Técnicos de la Construcción e Industria de la Provincia de Mendoza (Ley N° 6729 y

modificada por Ley N° 6988), para el ejercicio privado de la profesión y los que posteriormente puedan incorporarse, adhiriendo a la presente Ley por la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo.

Art. 5: Los profesionales inscriptos o que se inscribieren en la matrícula de los Colegios de Agrimensura de Mendoza (Ley 5272), Colegio de Arquitectos de Mendoza (Ley 5350), Consejo Profesional de Ingenieros y Geólogos de Mendoza (Decreto Ley N° 3485/63, ratificado por la Ley N° 2955 y modificado por la Leyes N° 5908 y 6936) y el Colegio de Técnicos de la Construcción e Industria de la Provincia de Mendoza (Ley N° 6729 y modificada por Ley N° 6988), que ejerzan exclusivamente la profesión en relación de dependencia, podrán obtener la afiliación voluntaria, aportando proporcionalmente lo que se estipule por reglamentación.

Artículo 6: La afiliación a cualquier otro régimen de previsión, no exime al profesional de las obligaciones impuestas por esta ley, de hacer los aportes correspondientes y gozar los beneficios.

Del análisis de ambos textos puede observarse la dificultad que se presenta al momento de la armonización de ambas normas, toda vez que la Resolución cuestionada (norma de jerarquía inferior) modifica aspectos sustanciales de la ley marco, introduciendo una distinción o subdivisión novedosa del trabajo en relación de dependencia de los profesionales que lleva a considerarlos, bajo determinados supuestos, sujetos a afiliación y contribución obligatoria y no voluntaria y gravada en forma proporcional, como estipula el art. 5 de la ley transcripto.

Y, tal modificación sustancial del régimen previsional, a criterio de este Ministerio Público Fiscal, solo podía llevarla a cabo el Poder Legislativo que es quien regula el sistema previsional de los profesionales involucrados, cuya administración fue delegada por el Estado a la Caja respectiva, pero no puede la Caja modificar el mismo a través de una resolución porque ello contraría el principio de jerarquía normativa contenido en el art. 48 de la Constitución Provincial y art. 31 de la Constitución Nacional.

En otras palabras, la Ley N° 7361 dictada en ejercicio de facultades no delegadas por la Provincia solo, puede ser modificada por una norma de igual jerarquía normativa (otra ley) rango que no ostenta la Resolución 216/17.

En definitiva, se comparte la posición de Fiscalía de Estado en su contestación de demanda, en cuanto a que la Resolución N° 216/17 emanada del Directorio de la Caja de Previsión Técnica impone una afiliación obligatoria y acreditación de aportes para los profesionales que exclusivamente se desempeñan en relación de dependencia que la propia Ley N°7.361 no establece.

En este orden de ideas V.E. en el marco de la cautelar, advirtió que en particular se repara en la invocada transgresión a la jerarquía normativa en que se denuncia habría incurrido la Resolución N° 216 y en la circunstancia de que tal afectación puede avizorarse, en su potencialidad en función de las dificultades que existirían en la armonización entre diversos preceptos de las normas cuya oposición se denuncia (art. 4 de la Ley 7361 con el art. 1 de la Resolución N° 216; arts. 2° y 3° de esta última, en relación al art. 5 de la Ley).

Las circunstancias apuntadas resultan decisivas por si solas para dar sustento a la declaración solicitada, resultando por tanto inoficioso analizar los restantes planteos de la demanda.

VI.- Nuestro dictamen

A mérito de las razones expuestas este Ministerio Público Fiscal considera que la acción de inconstitucionalidad que tramita en autos debe ser admitida.

Despacho, 21 de noviembre de 2023.