



**Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Dolores.**

**Belgrano N° 160 - 7100 Dolores (Bs. As)- Tel-Fax: (02245) 441592 / 441990 / 446343**

**Página web: www.colabdol.com.ar E mail: colabdol@fairweb.com.ar**

## CIRCULAR N° 837/03

Dolores, 29 de septiembre de 2.003.-

**UNREGISTERED**

**REF: “ Régimen Previsional. Elección por el Sistema de Capitalización. Imposibilidad de retornar al Sistema de Reparto. Afiliado cautivo. Inconstitucionalidad Art. 30 Ley 24241 y Art. 2° acápite 3 del Dec. 56/1994. Se ordena la reafiliación en el sistema de Reparto ”.-**

**EXPTE. 49260/2002 Reg. 15225 - "Cascone Osvaldo c/ANSES s/amparos y sumarísimos" – JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL N° 10 - 05/08/2003**

"Surge de la disposición contenida en el Art. 30 Ley 24.241 una implicancia que se traduce en un trato desigual dentro del universo de afiliados al SIPJ que si bien fue morigerado en sus efectos a través de los cuerpos normativos citados por el ente previsional se llega a un mismo resultado, cual es la negativa de retornar del sistema de capitalización al de reparto sin que exista una motivación razonable para ello."

"Advierto que se establece un privilegio para el primer sistema al mantener cautivos - en la terminología utilizada por el actor - a quienes, cualquiera haya sido la causa, optaron por afiliarse a ese régimen -tal el caso de actor- y ello implica una arbitrariedad consistente en establecer un límite en el libre ejercicio de elegir el sistema por el cual el Estado debe otorgar los beneficios de la seguridad social (Art. 14 bis) impidiendo al titular de los aportes la elección de quien le otorgará, de reunir los extremos legales, el beneficio previsional. Esto me conduce a formular la siguiente pregunta, quién queda afectado con el retorno del afiliado aquí accionante, del régimen de capitalización al de reparto? Sin duda alguna el afiliado y ello colisiona con garantías constitucionales, la primera de ellas con la consagrada en el Art. 14 bis y sucesivamente con los Arts. 16 y 28."

"Las leyes previsionales deben interpretarse conforme a la finalidad que con ellas se persigue, lo que impide fundamentar una interpretación restrictiva" (CSJN. Fallos 266:19). Bajo tales circunstancias no encuentro mérito para que el actor continúe afiliado a un sistema de jubilaciones y pensiones que no responde a sus expectativas y en tanto es el titular de los aportes efectuados debe recobrar la libertad de volver al régimen de reparto. Ante la falta de razonabilidad de la norma, su sanción es la declaración de inconstitucionalidad y así declaro los dos últimos párrafos del Art. 30 Ley 24.241 y la parte correspondiente al Decreto reglamentario 56/94 Art. 2° acápite 3."

### TEXTO COMPLETO

Buenos Aires 5 de agosto de 2003

Y VISTO:

Las presentes actuaciones que se encuentran en estado de dictar sentencia, de las que resulta: 1. A fs. 3/15, se presenta Osvaldo Cascone representado por el Doctor Edgardo Jorge Waissbein con personería acreditada a fs. 2 promoviendo acción de amparo al que se le imprimió el procedimiento del proceso sumarísimo (fs. 24)) contra la Administración Nacional de la Seguridad Social para que cese en su arbitrario accionar consistente en mantener cautivo a su mandante en el redimen de capitalización al que afirma se afilió de modo inválido peticionando se declare su invalidez o que subsidiariamente se le permita volver al régimen de reparto declarándose la inconstitucionalidad del Art. 30 Ley 24.241. Reconoce que en junio de 1996 fue seducido por la publicidad desplegada por las AFJP y se afilió a Consolidar. Memora que con la Ley 24.241 se creó el SIJP con la posibilidad de continuar en el régimen de reparto o en el capitalización del que está prohibido salir señalando que el amparista por su actividad docente como por la de investigador científico se encontraba incluido en regímenes especiales (Leyes 22.929. 23.606 y 24.018), sosteniendo que la CSJN los mantuvo vigentes ante la reiterada declaración de inconstitucionalidad del Art. 168 Ley 24.241, Decreto 78/94, acotando que al optar por afiliarse a CONSOLIDAR en diciembre de 1995 no era un afiliado aportante al régimen general de Jubilaciones y pensiones sino un afiliado aportante a un régimen especial dando cuenta que la única consecuencia personal por su opción por el régimen de reparto es el derecho a percibir la PAP conf. Art. 30 ley citada, agregando que si hubiera optado por mantenerse en él en los términos del párrafo primero de la citada norma, no () tendría derecho a la PAP como tampoco lo tiene a la PAP por que se encuentra en un régimen especial en el que se jubila con el 85% del sueldo en actividad. Sostiene que el ejercicio tácito de la opción por el régimen de capitalización sin retorno al de reparto o al especial constituyen actos inválidos, nulos de nulidad absoluta afirmando que la voluntad de la Administración esta excluida por error esencial al tomar como un afiliado aportante al régimen general cuando lo es a uno especial (Art. 14 inc a) Ley 19.549) y por tal motivo ha existido violación de las leyes aplicables - 22.929. 23.606 y 24.018 -. Dice que al resultar insanable la nulidad de recepción de la opción erróneamente realizada por su mandante pide se declare la invalidez y se ordene a CONSOLIDAR AFJP la restitución de los Fondos aportados y en subsidio se declare la inconstitucionalidad del punto 3 Decreto 56/94 reglamentario del Art. 30 Ley 24.241 en cuanto prohíbe de modo permanente el traspaso al régimen de reparto o ley especial en el caso del actor, porque le conculca libertades consagradas en los Art. 19, 28, 33 y 42 CN y el derecho de igualdad (Art. 16 CN) pasando al desarrollo de cada una de ellas. Cita jurisprudencia, expone sobre la protección de los intereses económicos del usuario y la libertad de elección contenidos en los Arts. 42 y 43 CN. Sobre la procedencia del amparo y del plazo de caducidad destaca que se reinicia constantemente por el daño que le ocasiona la restricción, siendo la presente el medio más idóneo frente a los daños que otro procedimiento le provocará, aduciendo que el actor nació el 28/8/43 y estará próximo a solicitar la jubilación. Pide se cite a CONSOLIDAR AFJP (Art. 8 Ley 16.986). Ofrece pruebas. Funda en derecho y peticiona se admita el amparo, se declare la invalidez de la afiliación del actor al régimen de capitalización o subsidiariamente la declaración de inconstitucionalidad el punto 3 de la reglamentación al Art. 30 Ley 24.241 por Decreto 56/94 condenando a la ANSES a traspasar al actor al régimen especial de investigador científico y docente, con costas.//-

2. A fs. 19, oído el Ministerio Público se dio traslado de su dictamen a la parte amparista que lo contesta a fs. 22/23 ) analizados que fueran sus argumentos, motivó un respetuoso apartamiento de la opinión vertida, ordenando imprimir a la presente el proceso sumarísimo (Art. 498 CPCCN) contra sendas demandadas ANSES y CONSOLIDAR AFJP S.A. resolución que quedara firme y consentida (fs. 24).-

3. A fs. 34/38, contesta demanda la Administración Nacional de la Seguridad Social mediante letrado apoderado con personería justificada a fs. 27/33. Niega por imperativo procesal todos y cada uno de los hechos expuestos en el escrito de inicio. Opone

la falta de legitimación activa y pasiva con argumentación para apartarse de la restricción del Art. 16 Ley 16.986, aduciendo que en la demanda no se logra imputar a su mandante como autora del o los actos que reputa inconstitucionales en referencia al Art. 30 Ley 24.241 y su decreto reglamentario ni a otros actos que puedan calificarse como "ilegal o arbitrario" agregando que resulta manifiestamente clara la falta de legitimación para obrar a tenor de lo dispuesto en el Art. 1 inc b) Ley 24.241. Opone el plazo legal a que refiere el Art. 2 inc e) Ley 16.986. Manifiesta que la demanda instaurada se dirige contra un acto de poder legislativo reconociendo que resulta discutida la hipótesis de la proyección del instituto al ámbito parlamentario y citando doctrina concluye que en todo caso corresponderá al Organismo Constitucional que sancionó la ley cuestionada proceder a su defensa en el marco institucional que corresponda, encontrándose su mandante obligada legal y reglamentariamente a respetar las leyes, decretos y reglamentos que se dicten. Afirma la imposibilidad de articular la inconstitucionalidad de una ley en "abstracto" sin distinguir en principio entre las acciones de amparo en que su objeto es excluyente a dicha declaración con aquéllas en que tal declaración es un presupuesto para la declaración de ilegalidad o arbitrariedad de un acto de autoridad pública y luego de exponer sobre la controversia doctrinaria, manifiesta que la presente acción reside en la declaración de inconstitucionalidad en abstracto de las normas que le dan origen y regula el derecho de opción entre el régimen estatal y el de capitalización por la supuesta contradicción con la Ley Fundamental. Se expone sobre la evolución jurisprudencia de la CSJN en el cuestionamiento de la constitucionalidad de la Ley 16.986 acotando que ningún afiliado al SIJP ha peticionado ante su mandante en los términos que fundan la presente acción. Sostiene que quien solicita protección jurisdiccional debe acreditar la inoperancia de las vías procesales ordinarias para reparar el perjuicio invocado. Cita la sentencia dictada en autos "Unión de usuarios y consumidores y otros c/ ANSES S/Amparos y Sumarísimos" rechazada en primera instancia y confirmada por la Alzada. Argumenta sobre la legalidad vigente y da cuenta que el Art. 30 Ley 24.241 y su decreto reglamentario a la luz del Art. 1º Ley 16.986 no evidencia arbitrariedad toda vez que la norma citada establece el derecho a ejercer opción entre uno y otro régimen y el reglamento no alteró su sustancia mientras que la garantía constitucional de libre elección radica en que mediante algún mecanismo todos los afiliados al SIJP han tenido la posibilidad de optar por uno u otro sistema lo que motivó que los afiliados antes del 15/7/94, fecha prorrogada hasta el 27/9/94 y mas tarde hasta el 15/7/96, debieron ratificar su decisión de continuar en el sistema de reparto y el silencio fue interpretado como una adhesión al régimen de capitalización. Que fue instrumentado porque fue intención del legislador crear un sistema de capitalización de aportes y contribuciones con una doble finalidad, una dirigida a un mercado de capitales y desembarazar al Estado del enorme déficit anual que implica atender las obligaciones de la Seguridad Social con independencia de la valoración de la bondad que se asigne a esos propósitos aduciendo que el acto de elegir entre un u otro régimen constituye una regla ineludible en todos los casos y para todos los afiliados. Expresa respecto a la supuesta violación de la garantía de igualdad ante la ley, opone lo dispuesto en los Arts. 124 y 72 inc e) Ley 24.241 que desacreditan la tacha de inconstitucionalidad fundada en un disímil tratamiento. Hace reserva del caso federal, pide se rechace la acción de amparo y se aplique el Art. 21 Ley 24.463.-

4. A fs. 47/63, se presenta CONSOLIDAR ADMINISTRADORA DE FONDOS DE JUBILACIONES Y PENSIONES S.A. mediante letrado apoderado con personería justificada a fs. 41/49 fuera del termino procesal para contestar demanda, ordenándose ante la extemporaneidad el desglose del conteste (fs. 69). A fs. 69, se declaró la cuestión de puro derecho y notificada a las partes, se llaman autos a sentencia.-

Y CONSIDERANDO:

De la forma en que ha quedado trabada la litis, corresponde dilucidar tres cuestiones, la primera es resolver las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva opuestas por ANSES y de su resultado, valorar la eficacia del acto jurídico mediante por el cual el actor optó por afiliarse a CONSOLIDAR AFJP S.A. y en su caso avocarse al planteo subsidiario mediante el que se introduce la tacha de inconstitucionalidad del acápite 3 Art. 2 Decreto 56/94 reglamentario del Art. 30 Ley 24.241, con oposición de la ANSES a los últimos dos planteos.-

En primer termino, cabe poner de resalto que la Administración Nacional enmarcó su presentación dentro del régimen de la Ley 16.986 mientras que el proceso se tramitó por el procedimiento del Art., 498 y sgtes. CPCCN. Ello no obsta a que se haya tenido por contestada la demanda no obstante la correcta notificación que surge del oficio agregado a fs. 39, para no afectar la debida defensa en juicio aunque simultáneamente me exime de tratar la oposición fundada en el Art. 2 inc e) Ley 16.986.-

I. En orden, paso al análisis de las defensas de marras que de modo genérico fundamenta la contraria sosteniendo que la parte actora no logra imputarle a su representada la autoría del acto o actos que se reputan inconstitucionales ni otro que por omisión en relación a algún afiliado al SIJP en particular, acotando que en ello reside la manifiesta falta de legitimación para obrar de la parte que representa dificultando su derecho de defensa en juicio por no poder brindar explicación o justificativo alguno por lo que la demanda no puede serle dirigida atendiendo que su objeto lo constituye la declaración de inconstitucionalidad del Art. 30 Ley 24.241 (fs. 35). Dentro de este marco la falta de legitimación es pasiva en tanto que la activa, no está fundada recordando que ella se refiere a la aptitud para actuar como parte actora en un proceso. Sobre el tema la doctrina afirma que ... "la legitimación procesal denota la posición subjetiva de las partes frente al debate judicial, desde el momento en que no es suficiente alegar un derecho, sino, además afirmar su "pertenencia a quien lo hace valer y contra quien se deduce, de tal modo que la causa tramite entre los sujetos que, en relación con la existencia, de las ser útilmente los destinatarios de los efectos del proceso y, por consiguiente de tutela Jurisdiccional" ("Código Procesal Civil y Comercial" Carlos Eduardo Fenochietto T 2. p. 368). Un esta orientación no comparto el argumento poco claro en mi opinión vertido por el ente previsional para sostener la excepción de falta de legitimación activa habida cuenta que la tutela jurisdiccional "... opera como garantía de eficiencia de todos los otros derechos subjetivos reconocidos en el ordenamiento jurídico....En general, todos los derechos proclamados en la Constitución han obtenido la garantía legal de una acción judicial correspondiente: por ende, todo derecho público subjetivo se traduce, en definitiva, en una acción jurisdiccional ("Derecho Constitucional". Quiroga Lavié. p. 130. Ed. Depalma 3ra. 1 adición, actualizada").-

Respecto de la falta de legitimación de la demandada dentro del concepto de Fenochietto, la demanda se encuentra correctamente dirigida. Cierto es que el ente previsional debe ajustarse a la legislación vigente estándole vedado resolver sobre la inconstitucionalidad de una norma jurídica quedando ello reservado al Poder Judicial y así lo ha entendido la negativa de a presente acción, conlleva necesariamente la carga de la prueba (Art. 377 del código de rito), resultando inoperante explayarme al respecto, Por lo que expuesto, se rechazan las defensas opuestas y en atención al procedimiento que tramita este proceso, me exime de tratar la oposición fundada en el Art. 2 inc e) Ley 16.986.-

II. Entrando a la primer cuestión litigiosa, el actor pretende se declare la invalidez del acto jurídico por el cual se afilió al régimen de capitalización, pretensión que es rechazada ante la falta de prueba fehaciente de la existencia de vicios al momento de celebrarse dicho acto (conf. Arts. 944, 945, 954 CC), convirtiéndose en irrelevante la afirmación de haber sido seducido en junio de 1996 por la publicidad desplegada en el ámbito oficial (ver fs. 5) y para ello tengo en consideración los factores socio-culturales del actor a tenor de la declaración de sus antecedentes denunciados a fs. 4. Ello motiva tener la afiliación por eficaz y se rechaza el pedido de nulidad.-

II. Que no obstante lo resuelto, habré de valorar el restante argumento sostenido por la parte actora vinculante a la imposibilidad de retornar al régimen de reparto por interpretar que está alcanzado por un régimen especial y por ende no revestía la calidad de aportante al régimen general de jubilaciones y pensiones.-

De la lectura del escrito introductorio el actor pretende trazar una línea divisoria entre quienes se encuentran alcanzados por leyes especiales y los afiliados al régimen de la ley general, objetivo que no habrá de prosperar porque el Art. 1º Ley 24.241 instituyó un sistema integrado por un régimen provisional público y el restante basado en la capitalización individual. La

normativa invocada por el interesado a tal fin sobre lo establecido en los Arts. 157 y 168 del cuerpo legal citado contempla situaciones distintas a la aquí en debate. Adviértase que la norma cuestionada por el actor, Art. 30 Ley 24.241 es abarcativa del universo de afiliados al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. Siguiendo este orden de análisis, es dable recordar que el régimen aplicable al beneficio del accionante será el vigente a la fecha del cese en la actividad por lo que sólo resta una presunción iuris tantum que no amerita ser evaluada en este proceso. Por lo expuesto, se rechaza la pretensión deducida.-

III. Dentro de este marco, queda pendiente de estudio el planteo subsidiario en el que solicita la declaración de inconstitucionalidad del punto 3 Art. 2° Decreto 56/94 reglamentario del Art. 30 Ley 24.241 motivada por la imposibilidad de poder retornar al régimen de reparto que reconoce su causa en la opción ejercida a favor del régimen de capitalización acotando que ello le conculca garantías constitucionales consagradas en los Arts. 19, 16, 28, 33,42 y 43.-

La parte demandada - ANSES - sostiene en su conteste la legalidad del Art. 30 ley 24.241 y de su decreto reglamentario sosteniendo sin hesitación alguna en que se ha mantenido la garantía constitucional de libre elección por cuanto todos los afiliados al SIJP tuvieron la posibilidad de optar por uno u otro sistema recordando que los que se encontraban afiliados con anterioridad al 15/7/94 debieron ratificar su decisión con respecto al sistema de reparto antes de esa fecha, que fuera prorrogada por Ley 24.347 hasta el 27/9/94 y más tarde por Decreto 816/94 hasta el 15/7/96 señalando que se ajusta a lo realmente acontecido pero que ratifica lo expuesto por el actor en cuanto a la imposibilidad sobreviniente a la afiliación al régimen de capitalización de retornar al régimen provisional público.-

Surge de la disposición contenida en el Art. 30 Ley 24.241 una implicancia que se traduce en un trato desigual dentro del universo de afiliados al SIPJ que si bien fue morigerado en sus efectos a través de los cuerpos normativos citados por el ente previsional se llega a un mismo resultado, cual es la negativa de retornar del sistema de capitalización al de reparto sin que exista una motivación razonable para ello. En efecto, advierto que se establece un privilegio para el primer sistema al mantener cautivos - en la terminología utilizada por el actor - a quienes, cualquiera haya sido la causa, optaron por afiliarse a ese régimen -tal el caso de actor- y ello implica una arbitrariedad consistente en establecer un limite en el libre ejercicio de elegir el sistema por el cual el Estado debe otorgar los beneficios de la seguridad social (Art. 14 bis) impidiendo al titular de los aportes la elección de quien le otorgará, de reunir los extremos legales, el beneficio previsional. Ello me conduce a formular la siguiente pregunta, quién queda afectado con el retorno del afiliado aquí accionante, del régimen de capitalización al de reparto? Sin duda alguna el afiliado y ello colisiona con garantías constitucionales, la primera de ellas con la consagrada en el Art. 14 bis y sucesivamente con los Arts. 16 y 28. La primera puso en cabeza del Estado otorgar los beneficios de la seguridad social con carácter integral e irrenunciable niega que la segunda mantiene la igualdad de trato ante la ley. Bidart Campos señala que la igualdad ante la ley permite ... hablar, exclusivamente, de la igualdad ante la administración. Cuando los órganos del poder ejercen función administrativa, deben manejarse con la misma regla de no dar a unos lo que se niega a otros en igualdad de circunstancias, o viceversa;; y de evitar las discriminaciones arbitrarias" ("Tratado de Derecho Constitucional Argentino", autor citado, T. 1. p. 389 Ed. 1995). En este contexto no se encuentra en litigio el sistema de capitalización, sino la arbitrariedad amparada por la norma que conculca la garantía del retorno de ese sistema al de reparto sin justificación alguna y ello permite precisamente el control constitucional. La jurisprudencia del Máximo Tribunal tiene establecido que "En la interpretación de las leyes provisionales el rigor de los razonamientos lógicos debe ceder ante la necesidad de que no se desnaturalicen jurídicamente los fines que las inspiran.-

"Las leyes previsionales deben interpretarse conforme a la finalidad que con ellas se persigue, lo que impide fundamentar una interpretación restrictiva" (CSJN. Fallos 266:19). Bajo tales circunstancias no encuentro mérito para que el actor continúe afiliado a un sistema de jubilaciones y pensiones que no responde a sus expectativas y en tanto es el titular de los aportes efectuados debe recobrar la libertad de volver al régimen de reparto. Ante la falta de razonabilidad de la norma, su sanción es la declaración de inconstitucionalidad y así declaro los dos últimos párrafos del Art. 30 Ley 24.241 y la parte correspondiente al Decreto reglamentario 56/94 Art. 2° acápite 3.-

Como consecuencia inmediata se condena a la codemandada CONSOLIDAR AFJP S.A. al traspaso de los fondos a la ANSES dentro del plazo de sesenta días a contar del momento en que la sentencia quede firme y consentida y a la reafiliación simultanea del actor al sistema de reparto.-

Existiendo vencimientos parciales y mutuos, las costas se imponen por su orden (Art. 71 CPCCN) y respecto de la codemandada CONSOLIDAR AFJP SA. también por su orden aunque enmarcándolas en el Art. 68 segundo párrafo CPCCN.- Por lo expuesto, citas legales, doctrina y jurisprudencia. FALLO: 1) Hacer lugar parcialmente a la acción incoada por OSVALDO CASCONE 2) Rechazar nulidad del acto jurídico de opción y de encuadre en ley especial; 3) Declarar la inconstitucionalidad de los dos últimos párrafos del Art. 30 Ley 24.241 y acápite 3 Art. 2° Decreto 56/94 (Arts. 14 bis, 16 y 28 CN); 3) Condenar a CONSOLIDAR AFJP SA y ANSES a realizar las gestiones para el traspaso de los fondos correspondientes a los aportes y contribuciones del actor dentro del plazo de sesenta días y reafiliarlo en el sistema de reparto: 4) Costas por su orden respecto de ANSES (Art. 71 (CPCCNN) y de CONSOLIDAR AFJP S.A. (Art. 68 segundo párrafo CPCCN);; 5) Regular los honorarios del ... Regístrese, cúmplase con la citación fiscal y notifíquese a las partes. Firme y consentida. archívese.//-

Dr. Alberto O. Belén.-  
Secretario General.-

UNREGISTERED

Dr. Adrián Rubén Lamacchia.-  
Presidente.-

Created by Unregistered Version