

## **Constitucionalidad de la creación de una caja de seguridad social para abogados de la Ciudad de Buenos Aires\***

JUBILACION ~ SEGURIDAD SOCIAL ~ PREVISION SOCIAL ~ ABOGADO ~ CONSTITUCION NACIONAL ~ CONSTITUCIONALIDAD ~ CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

Título: Constitucionalidad de la creación de una caja de seguridad social para abogados de la Ciudad de Buenos Aires

Autor: García Lema, Alberto M.

Publicado en: LA LEY 2003-F, 1365

**Sumario: SUMARIO: I. Consideraciones preliminares. - II. Fundamentos del anteproyecto del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF). - III. Sustitución del régimen nacional de trabajadores autónomos. - IV. Interpretación del artículo 125 de la Constitución Nacional. - V. La reserva del artículo 121 de la Constitución Nacional. - VI. Las normas de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. La cuestión de la constitucionalidad del artículo 81 inciso 5. - VII Conclusión.**

---

### **I. Consideraciones preliminares**

Se ha instalado en nuestro medio un debate, respecto de la constitucionalidad de la creación, por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de un sistema de seguridad social y de una Caja de Seguridad Social para abogados de esa ciudad.

Anticipo mi opinión en el sentido que dicha creación es en principio inconstitucional, salvo que mediase una previa transferencia de funciones y servicios del régimen nacional para trabajadores autónomos a la ciudad, a concretarse por un convenio entre esas jurisdicciones nacional y local, aprobado por las respectivas leyes.

Ingresaré al tema analizando, en primer término, las características del proyecto en consideración; para luego examinar diversos aspectos de la normativa constitucional aplicable, indicando en el camino los fundamentos de la solución posible.

### **II. Fundamentos del anteproyecto del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF)**

---

\* El presente artículo contiene la opinión legal proporcionada por el autor, sobre el tema, al Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, y que fue presentada ante la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con algunos agregados doctrinarios que se incorporaron posteriormente.

El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF) aprobó, por su Consejo Directivo y con fecha 27 de febrero de 2003, un anteproyecto de ley, para su tratamiento por la Legislatura, con *"el objetivo de una jubilación digna para los abogados"*.

Fundamentó su proyecto, y la competencia legislativa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para sancionarlo, en los siguientes ordenamientos normativos:

*II. 1. Ley 23.187*

Se comienza por admitir que esta ley no menciona a la Caja de Jubilaciones para abogados, pero pretende extraer la atribución, en primer término, del art. 1, 2 párrafo, al expresar: *"La protección de la libertad y dignidad de la profesión de abogado forma parte de las finalidades de esta ley y ninguna de sus disposiciones podrán entenderse en un sentido que las menoscabe o restrinja"*.

He resaltado el párrafo indicado, como lo hice más arriba con relación al objetivo de lograr una *"jubilación digna"*, porque el Anteproyecto que analizo parece remontar su fundamento primario a la vinculación que presenta con la *"dignidad de la profesión de abogados"*. Así, en ausencia de una facultad legal expresa que faculte al Consejo Directivo del CPACF para promover el tema, éste vendría a sostener implícitamente que el ejercicio de la profesión de abogados con dignidad necesita la sanción de un régimen especial de seguridad social.

Por otra parte, no aporta mayores aclaraciones la cita del art. 3 de la ley, relativo al régimen de incompatibilidades profesionales, porque si bien se menciona en su punto 6 a los abogados jubilados, y a las jurisdicciones en donde hayan obtenido su jubilación, ello queda condicionado a lo dispuesto en la parte final de la norma: *"en la medida dispuesta por la legislación previsional vigente en la fecha en que se obtuvo la jubilación"* (el destacado me pertenece). Además, esta normativa se dirigiría a sustentar el ejercicio del poder de policía profesional, con arreglo a las normas vigentes.

La cita del art. 35 tampoco me resulta decisiva, porque alude a un poder residual del Consejo Directivo, pero ese poder existe con referencia al concedido *"a otros órganos"* de la entidad, por lo que siempre necesita apoyarse en las facultades que tenga o no en la materia el CPACF.

Estas dificultades no han pasado desapercibidas por el Consejo Directivo, que se ve obligado a aclarar en párrafos finales:

*"La ausencia en la ley 23.187 de normas referidas a la Caja es un obstáculo sólo aparente. Si la creación de la Caja fuera uno de los objetivos o facultades asignados por la ley al CPACF por la propia ley de colegiación, no habría necesidad de otra ley para crearla. Como la ley 23.187 omite el tema de la Caja y como las facultades y el objeto de las personas jurídicas deben estar expresamente previstos, resulta imprescindible el dictado de una ley"*.

"La ley 23.187 fue dictada por el Congreso Nacional, con anterioridad a la reforma de la Constitución Nacional de 1994 y al dictado de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En ese momento, el poder de policía sobre los profesionales de la Capital Federal era ejercido por la Nación. Actualmente, ese poder de policía está en manos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por lo que su legislatura tiene facultades para crear la Caja." (el resaltado es mío).

Si del primero de estos párrafos resulta obvia la ausencia de una facultad expresa del CPACF para actuar en el tema de la Caja, en el segundo vuelve a mencionarse el vínculo que se quiere afirmar con el ejercicio del poder de policía profesional, y en suma, como lo dijera al inicio del capítulo, con la dignidad de la profesión de abogado.

#### *II. 2. Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

Cita seguidamente al art. 44 de esa Constitución que se refiere a la creación de organismos de la seguridad social para los empleados públicos; y luego al art. 80, con sus referencias a la promoción y seguridad sociales y del ejercicio profesional, que no ofrecen dificultad alguna, máxime ante la referencia que allí se hace del art. 125 de la Constitución Nacional.

En cambio, la norma del art. 81, cuando fija las mayorías requeridas para la sanción de las leyes, dispone que se requiere mayoría absoluta del total de los miembros para cuando: "5. Crea organismos de seguridad social para empleados públicos y profesionales". Luego haré referencia a la exégesis de este precepto que admite su correspondencia con la Constitución Nacional, en el marco de la salvedad anticipada.

#### *II. 3. Constitución Nacional*

En ese capítulo se hace referencia al art. 125, 2da parte, de nuestra Constitución Nacional, que dice: "*Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales...*".

Como se aprecia de la relación del debate que originara esa norma en la Convención Constituyente de 1994, que ha sido sucintamente relatado en ese capítulo del proyecto de ley, no se trata de una materia que tiene una solución pacífica doctrinaria, sino que ha motivado controversias antes de la sanción de la norma indicada, y que se trasladan a su aplicación posterior.

Las diferentes interpretaciones y valores que se hallan en juego serán objeto de análisis en este trabajo.

#### *II.4. Relación de sustitución con el régimen nacional de Autónomos del SIJP*

Se afirma aquí que tanto la ley 18.038 como la ley 24.241 (que la sustituyó) (Adla, XXIX-A, 65; LIII-A, 4135) reconocieron la existencia y obligatoriedad de las cajas provinciales para

profesionales y que la obligatoriedad del régimen provincial sustituye la obligatoriedad del régimen nacional.

Admite que la ley nacional vigente, que creó el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, establece el principio de territorialidad del sistema y de supremacía de la legislación nacional. Se afirma que:

*"En el caso de encontrarse obligatoriamente afiliados a un régimen provincial, la afiliación al SIJP deja de ser obligatoria para ser voluntaria (art. 3), lo cual constituye una excepción al principio de supremacía de la ley nacional".*

*"En el orden práctico, estas antiguas cajas provinciales de profesionales basan constantemente su accionar en estudios actuariales independientes que obligan a ir adecuando el sistema a la dinámica social y pagan prestaciones superiores a las del sistema nacional para autónomos".*

El resaltado de esta última frase sirve para poner de relieve cuál es la finalidad del proyecto, seguramente vinculado al objetivo ya indicado de la protección de la dignidad del abogado.

#### *II. 5. Principales lineamientos del proyecto*

Si bien la relación de fundamentos concluye con los antedichos, vale la pena considerar aquí también algunos principales lineamientos del proyecto, del capítulo 2, para ratificar las bases conceptuales que lo inspiran.

Se pretende una Caja que opere como *"una persona jurídica privada de derecho público no estatal, con plena independencia jurídica y económica"*. Se la asemeja en el proyecto a las AFJP, al INPS *"e incluso a una figura análoga a la del propio Colegio Público de Abogados de la Capital Federal"*.

Se concibe al sistema como de aplicación *"obligatoria, por su carácter de sustitutiva del régimen nacional de autónomos"*, que alcanza *"a todos los matriculados en el CPACF, en ejercicio de la profesión de abogados"*.

Empero, el proyecto excluye a *"los profesionales que trabajan en relación de dependencia, ya sea en el ámbito público o privado, cuando ejerzan su profesión exclusivamente bajo esta forma."*

No se concibe cómo esta última previsión concilia con la invocada protección de la dignidad del abogado, ya que si éste es el objetivo declarado parece existir un trato discriminatorio según cual fuere la situación laboral: adviértase que un número importante de abogados ejercen su profesión en el sector público, o como empleados de empresas o de estudios profesionales, y por esta condición quedarían excluidos del régimen (con la consiguiente afectación, entonces, de su dignidad profesional).

De modo similar, también parece cuestionable que la "*matriculación en otras jurisdicciones, se tenga o no la obligación de aportar en aquéllas, no exime de la obligación de cotizar en nuestra Caja cuando se realizan actividades profesionales en jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.*" No puede obviarse este otro aspecto del trato discriminatorio (que también lo sufren abogados de la ciudad cuando ejercen la profesión en ciertas jurisdicciones provinciales), pero que en la ciudad de Buenos Aires, por concentrar una parte considerable del poder económico de la Nación, cobrará mayor relieve.

El apartado referido a la jubilación ordinaria ratifica el criterio que anima al proyecto, cuando afirma "*que las leyes existentes en la materia que han tenido requisitos permisivos para otorgar beneficios, combinados con una altísima evasión de aportes, sólo tienen la posibilidad de abonar beneficios ínfimos y, por lo tanto, indecorosos*". Se vuelve a dar una pauta del espíritu que anima al proyecto, en línea con el declarado criterio de proteger la dignidad del abogado.

También confirma ese criterio el apartado relativo al haber de las prestaciones, cuando se comparan los posibles haberes que resulten del nuevo sistema, respecto a los que perciben los profesionales bajo el régimen de Autónomos.

Sin embargo, no puede prescindirse en esa comparación, el reconocimiento que realiza el proyecto en cuanto al muy alto nivel de evasión de aportes que registra ese régimen. En vez de sugerirse medidas para combatir esa evasión, que sin dudas se traduciría en mejores beneficios para los autónomos, se prefiere escindir a los abogados de la ciudad de Buenos Aires del régimen general.

Los demás aspectos del régimen propuesto no los estimo relevantes para el análisis de su constitucionalidad.

### **III. Sustitución del régimen nacional de trabajadores autónomos**

Se acaba de ver cómo el régimen que se proyecta tiene la condición de ser "*sustitutivo de todo otro de carácter nacional, provincial o municipal*" (como lo expresa el art. 1), y por lo tanto implica, principalmente, un desgajamiento del régimen nacional para trabajadores autónomos, que cubre actualmente la seguridad social del sector profesional de abogados de la ciudad de Buenos Aires.

No se trata, entonces, de una ampliación de la órbita de la seguridad social, que beneficie a la mayor cantidad de personas en el más alto número de situaciones -como lo expresa en calidad de principio interpretativo Germán J. Bidart Campos<sup>1</sup>-, sino la sustitución, por un nuevo régimen,

---

<sup>1</sup> Ver "El proyectado sistema de seguridad social para abogados de la Ciudad de Buenos Aires es perfectamente constitucional", LA LEY, Columna de Opinión (punto 1), del 27 de junio de 2003.

del actualmente vigente, en razón de los bajos haberes previsionales, ocasionado por el alto nivel de evasión que se registra en el régimen nacional para trabajadores autónomos.

Se vendría a pretender, entonces, una suerte de jubilación privilegiada para una categoría de trabajadores -los abogados de la ciudad de Buenos Aires, que no se encuentren excluidos por una relación de dependencia pública o privada- en una época caracterizada tanto por el rechazo a tales privilegios cuanto por los cuestionamientos que viene recibiendo, por parte de autoridades nacionales y de sectores de la doctrina, el régimen de las AFJP (una de las matrices adoptadas como ejemplos del proyecto, según se ha visto) al que se lo individualiza como una de las causas de los déficit del sector público.

A quien toca escribir estas líneas, renunció en su momento al derecho de adquirir una jubilación privilegiada (por el ejercicio de la función de Procurador del Tesoro de la Nación), de modo que se considera en aptitudes éticas de cuestionar a una propuesta que conlleva a segmentar la solidaridad social para toda una especie de trabajadores (los autónomos), mediante una subespecie más protegida, en las condiciones concretas del caso.

Formulada esta salvedad, ingreso, entonces, a examinar las normas atinentes a la materia de la consulta.

#### **IV. Interpretación del artículo 125 de la Constitución Nacional**

Se ha planteado, como cuestión central, la exégesis de la segunda parte del art. 125 de la Constitución Nacional, agregado por la reforma de 1994 al texto originario de las facultades de las provincias, cuyo tenor es el siguiente:

"Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden *conservar* organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales..." (el resaltado me pertenece).

En los apartados siguientes se analizan los distintos criterios interpretativos, que habitualmente son utilizados para desentrañar el significado conceptual de un precepto.

##### *IV. 1. Interpretación literal de la norma*

El primer criterio de interpretación de una norma, de acuerdo a la conocida doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación es su letra;<sup>2</sup> habiéndose afirmado que las leyes deben interpretarse conforme al sentido propio de las palabras que emplean sin molestar su significado específico; máxime cuando aquél concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Fallos 304:1820; 305: 538 y 657, entre muchos otros.

<sup>3</sup> Fallos 308:1745

En este sentido, cabe expresar que la palabra "conservar" tiene un significado específico y distinto al término "crear".

Así, según el Diccionario de la lengua española,<sup>4</sup> la primera acepción de "conservar" es: "*Mantener una cosa o cuidar de su permanencia*". En cambio, conforme a la misma fuente, los principales significados de "crear" son: "*Producir algo de la nada. Dios creó cielos y tierra. 2. fig. Que crea, establece o funda una cosa*".<sup>5</sup>

Como se aprecia, es bien diferente, en el uso corriente del lenguaje, mantener una cosa (ya existente), que crear, establecer o fundar una cosa (nueva).

#### *IV. 2. La fuente del precepto. El debate en la Convención Constituyente de 1994*

El uso de la palabra indicada no ha sido casual, en el seno de la Convención Constituyente de 1994.

En efecto, hacia el final del IV Tomo de la "Obra de la Convención Nacional Constituyente de 1994"<sup>6</sup> consta un cuadro comparativo de los antecedentes de la segunda parte del actual art. 125 de la Constitución Nacional.

La fuente primaria es el art. 3, punto A de la ley 24.309 (declarativa de la necesidad de la reforma), siendo materia habilitada para el tratamiento por la Convención: "*a) Distribución de competencias entre la Nación y las Provincias respecto de la prestación de servicios y en materia de gastos y recursos. Régimen de coparticipación*".

Según el Dictamen de la Comisión N° 4 se proyectó un art. 107 que decía en lo pertinente: "*Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden (...) legislar sobre creación y organización de regímenes de seguridad social*". Por su parte, el Dictamen de la Comisión de Redacción N° 8, dispuso agregar como último párrafo del art. 107 el siguiente: "*Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden también crear organismos de seguridad social propios y otros, en ejercicio del poder de policía de las profesiones...*".

Pese a ello, el texto mencionado se modifica sustancialmente en el plenario de la Convención que trata el tema, arribándose a la redacción distinta que luce en el referido art. 125.

Esta materia fue tratada por la Convención Constituyente en la 28 Reunión, 3ra. Sesión Ordinaria (10/11 de agosto de 1994), y sin dudas el cambio de redacción generó fuertes intercambios entre los convencionales.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Real Academia Española, 21 edición, p. 547, Ed. Espasa Calpe, España, 2000.

<sup>5</sup> Idem, p. 592.

<sup>6</sup> Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1995, ps. 4336 y 4337.

<sup>7</sup> Ver, Obra de la Convención..., op. cit., t. VI, ps. 5773/78.

Luego de algunos intentos, como el de Ortiz Pellegrini, en el sentido que no debía entenderse que este artículo limita las competencias de las provincias, consagradas por el art. 14 bis, en materia de seguridad social, la convencional por San Juan desnudó la causa de la modificación.<sup>8</sup>

Al convencional Marín le tocó defender en varias ocasiones el nuevo texto, redactado en el recinto, aclarando que "es una facultad concurrente entre el poder central y las provincias, la que no ha sido dejada sin efecto en la redacción de este artículo. Por eso plantea: 'Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar...' referido a los empleados públicos o municipales y los profesionales, y *queda para la provincia* la misma facultad que le da el art. 14 bis, que sigue teniendo..." (la bastardilla me pertenece).

Sin embargo, la convencional Sánchez García no satisfecha con esta explicación, insistió: "El Frente Grande va a ratificar el dictamen de la Comisión, no la redacción que se elaboró ayer a la tarde -la que hoy se ha leído- que es la de conservación...Nos parece gravísimo que las provincias resignen la posibilidad de legislar sobre la creación y organización de organismos de seguridad social. *Porque lo único que queda es la posibilidad de conservar, no de legislar, y crear organismos de seguridad social que pueden ser los que están; pueden ser otros, ser mixtos y hasta privados en las provincias...* Participé de los trabajos de esta comisión. Se resolvió otra cosa. La comisión como tal, resolvió otra cosa. No lo trató así. Luego fue modificado; ya sabemos todos por qué..." (la bastardilla es de mi autoría).

Por mi parte, creí necesario participar con una aclaración, que también desnudaba el debate suscitado: "*Al lado de la discusión política en estos términos voy a hacer una referencia mucho más modesta y técnica, y de carácter estrictamente personal, porque entiendo que el tema doctrinario respecto de los alcances del art. 14 bis de la Constitución en materia de seguridad*

---

<sup>8</sup> Sostuvo que: "Ya sabemos quién es el autor de la modificación que impulsa la comisión de Redacción. Originariamente el texto hablaba de 'crear organismos de seguridad social propios...' y ahora se lo reemplaza por '...conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales...'. Esta es una de las presiones que se vienen efectuando desde hace mucho tiempo desde el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos a las provincias. Por nuestra parte, vamos a proponer que a continuación del texto del artículo 107 de la Constitución vigente se agregue: 'Asimismo, crear y organizar sus propias instituciones en materia de seguridad social'. La mayoría de las provincias ya tienen creadas sus cajas de previsión y de profesionales...".



*social que, a mi juicio, debe ser conjugado con el art. 67 inc. 11) [hoy 75, inc. 12] primera parte, es opinable. Por lo tanto no puede dar origen a una opinión. Por lo menos es un tema muy debatido en doctrina".* Más adelante volveré sobre este aspecto del tema.

A su vez, la convencional Rodríguez de Tappata, aportó una consideración central para el debate doctrinario, al sostener que las cajas previsionales de profesionales pueden romper con la solidaridad propia del sistema de reparto.<sup>9</sup>

Otros convencionales prosiguieron impugnando, en sus intervenciones, la modificación decidida en el recinto, pero el convencional Marín, como miembro informante en la materia, mantuvo su posición favorable a la nueva redacción de la norma, que finalmente resultó así aprobada, sin aceptarse regresar al texto originario, en el cual quedaba claro que las provincias y la ciudad de Buenos Aires estaban habilitadas para crear cajas de la especie (y no sólo para conservarlas).

Esta situación quedó en evidencia cuando antes de la votación la convencional Sanchez García aclaró que el Frente Grande sólo iba a votar el despacho originario y no el redactado en el recinto. Por esta razón, la votación del texto de la segunda parte del art. 125 de la Constitución fue afirmativa por 131 votos y negativa por 55 votos.<sup>10</sup>

Como síntesis del debate que he resumido hasta aquí, el cambio de redacción fue objeto de una decisión en el mismo recinto del plenario de la Convención, y sin dudas tuvo que ver, por una parte, con las políticas que conducían a reafirmar un régimen nacional de seguridad social, público o privado y, por la otra parte, con las resistencias que levantaba en las provincias la transferencia de sus cajas existentes al orden nacional.

En esa puja de políticas e intereses se arribó a una solución de compromiso, que fue veladamente explicitada. Se resolvió que las provincias y la ciudad de Buenos Aires podían

---

<sup>9</sup> Así expresó: "...Me opongo [se refiere a una norma sobre la cuestión] porque para las cajas de los sistemas públicos de las provincias la incorporación o no de esta disposición es inocua, porque ya figura en otros artículos y, además, es un poder no delegado. Pero no es inocua para las cajas del sector privado de la economía, donde se ubican las cajas y los sistemas de los profesionales. En este sentido, como aquí hubo alguien que sugirió la existencia de interferencias para que se modificara un dictamen, quiero decir que cuando en la comisión escuché la lectura de los fundamentos del proyecto me resultó sumamente casual que esos fundamentos coincidieran excesivamente con la carta que los colegios de profesionales -al menos de mi provincia- me hicieron llegar en mi carácter de convencional sugiriéndome esta reforma. Entonces, me opongo a esta decisión porque con ella se va a congelar un privilegio para un sector determinado de la población. Digo esto porque el privilegio no consiste en que estas cajas no sean solidarias, porque lo son con sus integrantes, pero rompen la solidaridad con el sistema de reparto, ya que en el régimen vigente en la Argentina, incluso el mixto, cada aportante -como lo hago en mi carácter de autónoma-, si quiere aporta al sistema de reparto. En mi provincia los profesionales no aportan a ningún sistema de reparto y tampoco contribuyen con el PAMI ni con los jubilados nacionales" (el resaltado es mío).

<sup>10</sup> Ver obra de la Convención Nacional Constituyente, op. cit., p. 5779.

conservar sus cajas de empleados públicos y de profesionales existentes, pero se suprimió la habilitación de legislación contenida en el texto primigenio del precepto, relativa a la "*creación y organización de regímenes de seguridad social*" negándose la posición mayoritaria a revisar ese cambio (como terminó reafirmando en la respectiva votación).

En este sentido, tampoco puede desconocerse la importancia que tiene, en la exégesis de la norma, según lo tiene dicho nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, el dar pleno efecto a la intención del legislador, es decir, que no cabe prescindir de la "*ratio legis*", teniendo en cuenta el contexto general y los fines que la informan,<sup>11</sup> máxime cuando no pueden olvidarse los antecedentes que hicieron de ella una realidad viva, impregnada de la realidad argentina.<sup>12</sup>

#### *IV. 3. La doctrina de nuestros autores*

Humberto Quiroga Lavié, quien también fuera miembro de la Convención Constituyente de 1994, reconoce que la norma tuvo su origen en motivaciones circunstanciales, debido a que la Convención de 1994 conocía la intención del gobierno nacional de lograr que los organismos previsionales y de seguridad social fueran racionalizados, por lo que hubo un movimiento destinado a impedirlo. Concluye que la norma que resultó, en definitiva, no agrega demasiado, desde el punto de vista jurídico, al reconocimiento ya contenido en el art. 14 bis de la Constitución.<sup>13</sup>

Roberto Dromi y Eduardo Menem (este último presidente de la Convención de 1994) sostienen que: "el art. 125 reserva para las provincias la posibilidad de mantener la autonomía del funcionamiento previsional de sus propios empleados. No es que esté vedado a las provincias ni a la ciudad de Buenos Aires incorporarse al Sistema integrado de Jubilaciones y Pensiones, sino que *conservan la facultad de mantener sus propios regímenes*. Es simplemente una posibilidad. La Constitución reformada incluye esta hipótesis como una decisión de respeto o de resguardo para la autonomía de las provincias, para que sean ellas las que dispongan al respecto, porque es una materia netamente administrativa, de su específico poder local o reservado, según el art. 121 de la Constitución. Además, está el tema de los sistemas jubilatorios y asistenciales, de organizaciones profesionales como entidades públicas no estatales -colegios de escribanos, de abogados y análogos- que tienen una larga tradición en muchas provincias y *que no pueden ser incorporados compulsivamente a un sistema nacional*. Esta facultad, además de preservar los derechos adquiridos y el carácter administrativo de la materia y respetar la voluntad de las provincias, es de su competencia exclusiva y excluyente; es una medida positiva porque a lo largo y a lo ancho del país existen muchas asociaciones intermedias de naturaleza profesional,

<sup>11</sup> Fallos 310: 500, 572, 799, 1390; 311:2223 y 2571; 312: 1036 y 1484 entre otros.

<sup>12</sup> Fallos 313:1513, entre otros.

<sup>13</sup> "Constitución de la Nación Argentina Comentada", 2ª edición actualizada, p. 732, Zavalía.

industrial y comercial que vienen funcionando bajo regímenes propios y *que no tienen por qué entrar forzosamente al sistema de las Administraciones de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP) nacionales*" (los resaltados me pertenecen).<sup>14</sup>

Nuevamente, de este comentario se aprecian los alcances y motivaciones de la mencionada solución de compromiso, arribada en la Convención Constituyente de 1994, concretada en el texto del referido art. 125, al explicar la finalidad de la expresión "pueden conservar organismos de seguridad social" (se trataba de la preservación de derechos adquiridos, del carácter administrativo de la materia, y que ese tipo de entidades no podían ser obligadas compulsivamente a ingresar al sistema de las AFJP nacionales). No se contempla en el análisis la creación de nuevas entidades de esa especie.

También María Angélica Gelli, ubica la causa de la norma en las políticas privatizadoras de la seguridad social que se desarrollaron en la década del '90, indicando que "las provincias y la ciudad de Buenos Aires *lograron asegurar el mantenimiento de sus organismos* de atención de aquellos fines así como las llamadas Cajas de Jubilaciones de los profesionales" (el resaltado es mío).<sup>15</sup>

#### *IV. 4. El artículo 14 bis y el 75, inciso 12 de la Constitución Nacional. La ley 24.241*

No cabe obviar, al analizar la posible creación de un nuevo régimen de seguridad social por la ciudad de Buenos Aires, que ciertos beneficios que ella comprende es primariamente responsabilidad del Estado Nacional, según se desprende del art. 14 bis de la Constitución Nacional, que distingue la hipótesis del seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, sin que pueda existir superposición de aportes, del caso de las jubilaciones y pensiones móviles, entre otros de los previstos en esa norma.

Es cierto que una parte considerable de la doctrina asimila la situación de las jubilaciones y pensiones a la del seguro social, como lo hace por ejemplo Pablo A. Ramella apoyándose en las palabras del miembro informante -Giordano Echevoyen- en la Convención de 1957,<sup>16</sup> que posibilita considerar como atribuciones concurrentes de la Nación y provincias la cobertura de estos riesgos por entidades de ambas jurisdicciones.

Además, tampoco puede desconocerse que aquel precepto debe ser interpretado en conexión con el art. 75 inc. 12,<sup>17</sup> según el cual le corresponde al Congreso Nacional dictar, entre otros, el Código del Trabajo y Seguridad Social "en cuerpos unificados o separados", facultad ahora

<sup>14</sup> "La Constitución Reformada. Comentada, interpretada y concordada", ps. 404/405, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994.

<sup>15</sup> "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada", La Ley, p 760.

<sup>16</sup> "Derecho Constitucional", p. 431, segunda edición actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1982. QUIROGA LAVIE, op. cit. ps. 91/93.

acrecentada con lo dispuesto en el nuevo art. inc. 23 del mismo artículo, que garantiza el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales de derechos humanos (que emergen, entre otros, de las normas programáticas del art. 14 bis) mediante legislación y medidas de acción de acción positiva que le corresponde dictar al Congreso Nacional.

Por otra parte, esa facultad del Congreso Nacional fue ampliamente ejercida con la sanción de la ley 24.241, dictada poco tiempo antes de la reforma constitucional de 1994, que creó el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, con alcance nacional, y destinado a cubrir las contingencias de vejez, invalidez y muerte, y que se integra con el Sistema Unico de Seguridad Social (SUSS), conformado por un régimen previsional público financiado a través de un sistema de reparto y por un régimen previsional basado en la capitalización individual (art. 1° de la ley).

Dentro de esa ley fueron incluidas las personas que ejerzan habitualmente en la República la profesión desempeñada por graduado en universidad nacional o en universidad provincial o privada autorizada para funcionar por el Poder Ejecutivo, o por quien tenga especial habilitación legal para el ejercicio de profesión universitaria reglamentada (art. 2°, b.2.). Se previó una afiliación voluntaria para estas personas, cuando ellas se encontraren obligatoriamente afiliadas a uno o más regímenes jubilatorios provinciales para profesionales, no modificándose la obligatoriedad que dimana de los respectivos regímenes locales (art. 3°, b.4). Se dispuso, también, que la circunstancia de estar también comprendido en otro régimen jubilatorio nacional, provincial o municipal, no exime de la obligatoriedad de efectuar aportes y contribuciones a este sistema, salvo en los casos expresamente determinados en esa ley (art. 5°).

En atención a las normas constitucionales indicadas, siendo pues predominantes las potestades del Congreso Nacional en esta materia, que las ha ejercido con amplitud al dictar la ley 24.241, en mi opinión y como criterio exegético adicional, corresponderá atender con carácter restrictivo a las facultades que mantienen las provincias, que han sido precisadas, con rigurosidad semántica, en el art. 125 de la Constitución.

## **V. La reserva del artículo 121 de la Constitución Nacional**

Se ha visto, al recordar el debate sobre el artículo 125 en la Convención de 1994, la argumentación dirigida a que lo prescripto en él resultaba congruente con la reserva emergente

---

<sup>17</sup> BIDART CAMPOS, en "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Ediar, Buenos Aires, 1986, t. 2, ps. 431/2, con anterioridad a la reforma de 1994, admitía que la legislación sobre seguridad social -involucrando a jubilaciones y pensiones- es de competencia federal a través del Congreso en atención a que el art. 14 bis deriva la competencia reglamentaria a la ley (y ésta es de competencia del Congreso) y a la potestad emergente del entonces 67, inc. 11 [hoy art. 75, inc. 12], reconociendo sólo la potestad provincial limitada a las actividades sobre las cuales tienen facultad de regularlas (incluyendo empleados públicos, y profesionales, en tanto se permita a las provincias reglamentar las profesiones).

de la autonomía -en materias no delegadas- prevista en el art. 121 (antes 104) de la Constitución Nacional.

Más allá de las consideraciones vertidas hasta aquí, que entiendo suficientes para postular la inconstitucionalidad de la creación de una caja previsional para abogados de la ciudad de Buenos Aires, al menos en los términos en que ha sido planteada, estimo que tampoco mejora los fundamentos del proyecto el acudir a la reserva del referido art. 121 de la Constitución Nacional.

En efecto, la Ciudad de Buenos Aires no ha sido incorporada a dicho precepto, en igualdad de condiciones con las provincias. Podría aducirse que ese artículo no figuraba entre los preceptos habilitados para la reforma por la ley 24.309 (Adla, LIV-A, 89), razón que impedía la incorporación en esa cláusula. Sin embargo, sí se encontraba habilitado para ser modificado el antiguo art. 67 (hoy 75) de la Constitución, y la Convención de 1994, que introdujo reformas en su inc. 12 respecto de la materia de la seguridad social, no hizo salvedades respecto de su aplicación por tribunales federales o provinciales, sin mencionar a la Ciudad de Buenos Aires. También se modificó el inc. 2, segunda parte, del art. 75, para prever la sanción de la ley - convenio de coparticipación tributaria, en el que no se incluyó a la ciudad de Buenos Aires entre los firmantes, aunque en cambio se la incorporó para el régimen de su distribución en el inc. 3. Todo ello parece congruente con la concepción de una autonomía para la ciudad de Buenos Aires más limitada que la que poseen las provincias, según resulta de lo preceptuado en el art. 129, 2da. y 3ra. partes, y en la disposición transitoria séptima de la Constitución Nacional.<sup>18</sup>

Por otro lado, el Congreso Nacional definió la cuestión del poder no delegado o residual con respecto a dicha ciudad, atribuyéndose tal poder, en el art. 2° de la ley 24.588 (Adla, LV-E, 5921), cuando dispuso: "*Sin perjuicio de las competencias de los artículos siguientes, la Nación conserva todo el poder no atribuido por la Constitución al gobierno autónomo de la ciudad de Buenos Aires, y es titular de todos aquellos bienes, derechos, poderes y atribuciones necesarios para el ejercicio de sus funciones*".

Ello significa que si se quiere avanzar sobre el texto expreso del art. 125 de la Constitución, y extender la expresión "conservar", para justificar el "crear" nuevos organismos de seguridad social con apoyo en una potestad no delegada, esta pretensión tropezaría con la necesidad de plantear la eventual inconstitucionalidad del art. 2° de la ley 24.588, en esta materia concreta.

---

<sup>18</sup> Esta diferencia ha sido admitida, en la materia en debate, en el fundamentado trabajo de Alberto Spota (h.), "Atribuciones y competencias de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires para crear Cajas de Previsión y Seguridad para profesionales", LA LEY, del 11 de agosto de 2003 (ver capítulo IX), si bien ese autor, al mencionar el art. 125 de la Constitución Nacional, no ha distinguido en la diferencia entre los vocablos "crear" y "conservar" destacada en el texto de mi opinión.

Más allá del extenso debate doctrinario que ha originado determinar los alcances del referido art. 129, con relación a lo reglamentado por la ley 24.588 (en el que no incursiono porque lo estimo innecesario dado lo expuesto en los apartados precedentes), lo cierto es que sustentar el proyecto en facultades no delegadas, de las previstas en el artículo 121 de la Constitución Nacional, conduciría a colisionar frontalmente con el mencionado art. 2° de la ley 24.588, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello ocasionaría.

#### **VI. Las normas de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. La cuestión de la constitucionalidad del artículo 81 inciso 5**

En el precedente punto 1.3. ya anticipé la opinión que lo prescripto en los arts. 44 y 80 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires no ofrecía dificultades para la tesis sostenida en esta opinión legal. Ahora estimo pertinente formular algunas reflexiones adicionales, para enmarcar el posible ámbito de aplicación del art. 81, inc. 5, de la citada Constitución, o bien analizar su falta de adecuación respecto de la Constitución Nacional.

Resulta particularmente curioso que en el Título II, capítulo Décimo Cuarto, de la Constitución de la ciudad, en donde se tratan los principios generales del "Trabajo y de la Seguridad Social", su art. 44 dispone que "*La ciudad reafirma los principios y derechos de la seguridad social de la Constitución Nacional y puede crear organismos de seguridad social para los empleados públicos. La ley no contempla regímenes de privilegio*".

Por otra parte, el art. 80 -que enumera las atribuciones de la Legislatura de la Ciudad- por su inc. 1, dispone que dicta leyes para hacer efectivo el ejercicio de los derechos, deberes y garantías establecidas en la Constitución Nacional y en la presente; y en el inc. 2 preceptúa que legisla en materia, entre otras, de los artículos 124 y 125 de la Constitución Nacional -apartado f)-; de modo tal que se encuentra circunscripta por los alcances de los poderes allí previstos.

La dificultad se plantea en el art. 81, según el cual la Legislatura, con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros: "*Crea organismos de seguridad social para empleados públicos y profesionales*" (inc. 5).

Esta norma es susceptible de una interpretación compatible con lo expuesto en la Constitución Nacional, en esa materia, en tanto apreciemos que su posibilidad de aplicación queda sujeta a dos artículos de la ley 24.588.

Por el art. 5, de esta última ley, la ciudad: "será continuadora a todos sus efectos de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. La legislación nacional y municipal vigente en la ciudad de Buenos Aires a la fecha de entrada en vigencia del Estatuto Organizativo al que se refiere el art. 129 de la Constitución Nacional *seguirá siendo aplicable, en tanto no sea derogada*

*o modificada por las autoridades nacionales o locales, según corresponda.*" (el resaltado es de mi autoría).

Se ha visto, en el precedente punto 3.4., que la ley nacional 24.241, incluye dentro de sus disposiciones a las personas que ejerzan habitualmente profesiones universitarias, (art. 2, b.2), con exclusión de las afiliadas a los regímenes profesionales provinciales (refiriéndose, sin dudas, a los existentes al momento de sanción de esa ley). Por lo tanto, por aplicación del mencionado art. 5 de la ley 24.588, se requeriría -aun en una exégesis amplia del art. 125 de la Constitución, que no comparto por las razones ya expuestas- una previa modificación o derogación de la ley 24.241, antes de innovarse en la materia en cuestión.

Pero, por otro lado, el art. 75, inc. 2, 6ª parte, de la Constitución Nacional, leído "*a contrario sensu*", prevé la posibilidad de transferencias de competencias, servicios o funciones (con la respectiva reasignación de recursos), entre la Nación y la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires, en cuyo caso tal transferencia deberá ser aprobada por ley del Congreso Nacional (como corresponde en el caso) y por las autoridades de las últimas.

En esta situación particular cobraría sentido la previsión del art. 81, inc. 5) de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, toda vez que allí se establece el tipo de mayoría requerida para la aprobación de una ley de esa ciudad que resulte ratificatoria de una transferencia de servicios o funciones, en la materia que aquí se trata, dispuesta por el Congreso Nacional.

Fuera de esta exégesis e hipótesis de aplicación de la norma, que permitiría salvaguardar la adecuación del mencionado art. 81 inc. 5) de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires a la Constitución Nacional, si se pretendiera la creación de una nueva caja previsional por aquella ciudad, como la que es objeto del proyecto bajo análisis, en mi opinión aquel precepto debería ser considerado inconstitucional, por violatorio de los arts. 31, 75 inc. 12, 125, y conchs. de la Constitución Nacional, y de lo dispuesto en las normas mencionadas de las leyes 24.241 y 24.588; inconstitucionalidad que se prolongaría a las leyes que dicte la ciudad de Buenos Aires, con sustento en aquel artículo.

## **VII. Conclusión**

Por todo lo expuesto, reitero el parecer ya anticipado, en el sentido que el proyecto de ley de creación de una caja previsional para abogados de la ciudad de Buenos Aires colisiona con los preceptos de la Constitución Nacional y de las leyes nacionales que han sido citados, excepto que medie una previa transferencia de competencias, servicios o funciones, relativas a la ley 24.241 y en la materia en cuestión, dispuesta por el Congreso Nacional.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)