

//tencia No.580

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ

Montevideo, ocho de mayo de dos mil diecisiete

VISTOS:

Para dictado de sentencia definitiva en autos caratulados: "G., L. Y OTROS C/ PODER LEGISLATIVO Y OTROS - ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ARTS. 2 INC. 1, 8 INC. 3, 44 LITERALES A Y C, 45 LITERALES A Y B, 106 Y 108 DE LA LEY NRO. 16.713", IUE: 1-129/2015.

RESULTANDO:

I) A fs. 7-11 vto. comparecieron cientos de personas, quienes presentaron demanda solicitando la declaración de inconstitucionalidad de varias de las disposiciones de la Ley No. 16.713 por violar lo dispuesto en los artículos 8 y 67 de la Constitución: artículo 2 inciso segundo, artículo 8 inciso tercero, artículo 44 literales A y C, artículo 45 literales A y B, artículo 106 y artículo 108.

Solicitaron que se confiriera traslado de su accionamiento al Poder Legislativo, al Banco de Previsión Social y a las Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional "República AFAP", Integración AFAP", "Unión Capital AFAP" y "AFAP Sura".

En cuanto a su legitimación, la fundaron en su calidad de sujetos incluidos

dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley No. 16.713, por imperio de lo dispuesto en el artículo 2 inciso primero de tal ley, por cuanto, al 1º de abril de 1996, todos eran trabajadores amparados dentro del ámbito de afiliación del BPS menores de 40 años de edad sin causal jubilatoria, razón por lo cual debían jubilarse por el llamado "régimen mixto", sin haber podido verter fondos en su cuenta de ahorro obligatoria durante toda su "vida laboral", sino solamente desde la vigencia del sistema de seguridad social de la Ley No. 16.713

Señalaron en sustento de su pretensión:

1) Al estar comprendidos en el "régimen mixto", las pasividades a generarse a partir de abril de 2016 son sensiblemente inferiores (aproximadamente un 30% inferiores) a las que tendrán derecho quienes están comprendidos en el llamado "régimen de transición". También son menores a quienes se jubilen habiendo podido ahorrar en su cuenta personal durante toda su vida laboral.

2) La Ley No. 16.713 dispuso que se los forzara a cambiar de sistema de seguridad social, pasando del sistema tradicional de solidaridad intergeneracional al "mixto", que combina el de solidaridad con el de ahorro individual previo,

cuando ya había transcurrido un lapso considerable de su vida laboral.

Ello implica una situación no equitativa.

La Ley No. 16.713, al generar esa circunstancia desigualitaria no consideró dos circunstancias relevantes: la primera, que el período de capitalización en la cuenta personal por ahorro individual teniendo más de 30 años de edad y varios años de actividad laboral, será menor que el período de ahorro de aquellas personas que transcurrieron toda su vida laboral en vigencia del sistema de ahorro individual obligatorio; y, la segunda, que pese a que los alcanzados por el régimen de ahorro individual obligatorio en el "régimen mixto" hicieron los mismos aportes que quienes se jubilan por el "régimen de transición", sus aportes por el período previo a la vigencia de la Ley No. 16.713, que fueron vertidos en su totalidad al BPS, no se capitalizarán en sus cuentas individuales ni serán tomados en cuenta para el cálculo de la pasividad que recibirán del BPS.

En consecuencia, como resultado de la aplicación de la Ley No. 16.713, quienes están en su franja etaria (personas que a abril de 1996 tenían menos de cuarenta años) quedan en una situación más desfavorable que la situación de aquellos en el

"régimen de transición", quienes percibirán una jubilación sin pagar comisiones a las AFAP, ni depender de la "utilidad" que generen esas entidades. También quedan en una situación más desventajosa que la de aquellos que ingresaron al sistema de ahorro individual obligatorio con menos edad que los comparecientes, ya que ellos tendrán más años de ahorro.

3) A partir de la vigencia de la Ley No. 16.713, pueden distinguirse tres regímenes jubilatorios dentro del ámbito de afiliación al BPS: a) el que rige a las personas con más de 40 años de edad al 1º de abril de 1996, por el cual se mantiene el anterior sistema de solidaridad intergeneracional (aportes al BPS del trabajador y del empleador, sin ahorro individual), (llamado "régimen de transición"); b) el que rige a las personas con menos de 40 años de edad al 1º de abril de 1996 que ya estaban trabajando y aportando al sistema de seguridad social del BPS, consistente en un sistema de seguridad social dual o "mixto" que combina el sistema de solidaridad generacional con aportes obrero-patronales y el de ahorro individual obligatorio a partir de la vigencia de la ley, por el cual, una vez que estén en condiciones de jubilarse, percibirán del BPS una jubilación y de otra entidad la renta derivada de su ahorro individual obligatorio; y, c) el que rige a las personas que comiencen a aportar luego de la

vigencia de la Ley No. 16.713, el cual supone también el sistema dual o "mixto", pero con la diferencia que deberán aportar a su cuenta de ahorro individual obligatorio desde el comienzo de su calidad de contribuyentes.

En ese marco, la concreta violación del principio de igualdad denunciada refiere a que de los tres regímenes jubilatorios creados por la Ley No. 16.713 referidos, el suyo, el de los contribuyentes del BPS menores de 40 años al 1° de abril de 1996, es menos beneficioso que los otros dos, dado que implica que su ingreso por jubilación será menor que el resultante de los otros dos regímenes.

Tal situación perjudicial se agudiza en el caso de quienes a la fecha tienen 50 o más años de edad, por los pocos años que pudieron aportar a su cuenta de ahorro individual y por la falta de consideración de sus aportes al BPS previos a la Ley No. 16.713.

4) También se infringe el principio de igualdad por haberseles impuesto una carga que debió soportar toda la sociedad.

5) La reforma del sistema de seguridad social instaurada por la Ley No. 16.713 es innecesaria a juzgar por los niveles de afiliación de trabajadores activos en los últimos diez años, dado que

el BPS habría podido afrontar el pago de las pasividades con ingresos derivados de nuevas afiliaciones.

6) La Ley No. 16.713 fue dictada con desviación de poder, ya que persiguió un fin distinto al que se invocó (sanear el sistema de previsión social del BPS); "en los hechos, la política adoptada determinó la creación de un sistema previsional que está en buena medida en manos del sistema financiero, bajo un régimen de derecho privado y que, sin embargo, obtiene sus fondos de aportes que históricamente eran recibidos por el sistema público de previsión social fundado en la solidaridad intergeneracional" (sic, fs. 79).

7) La Ley No. 16.713 estructura los somete a un régimen de seguridad social inconstitucional por prescindir por completo para la financiación del sistema de los aportes patronales, lo cual supone una violación a lo establecido en el artículo 67 de la Constitución en su inciso tercero, literales A y B, en los cuales se establece que debe contarse con aportes patronales, así como, de ser necesario, con la asistencia financiera del Estado.

8) En definitiva, solicitaron que se declararan inconstitucionales las disposiciones referidas.

II) Al evacuar el traslado del

presente accionamiento, tanto el Poder Legislativo como el BPS y República AFAP S.A. opusieron, entre otras defensas, la excepción de falta de legitimación activa y abogaron por el rechazo de la acción.

Por Auto No. 1815/2016 de fecha 16 de noviembre de 2016 se dispuso el pasaje a estudio sucesivo por parte de los Ministros.

III) Concluido el respectivo estudio, se acordó el dictado de sentencia para el día de hoy.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por la unanimidad de sus miembros naturales, desestimaré el accionamiento deducido.

Cabe aclarar que la Corporación ya tuvo oportunidad de pronunciarse en un caso prácticamente idéntico al de marras, más concretamente en los autos caratulados "ROCHA LABARIÑOS, MARÍA Y OTROS c/ PODER LEGISLATIVO Y OTROS - ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ARTS. 2 INC. 1, 8 INC. 3, 44 LITERALES A Y C, 45 LITERALES A Y B, 106 Y 108 DE LA LEY NRO. 16.713" IUE: 1-23/2016, por lo cual, se reiteraran los conceptos expresados en dichos autos.

II) **Precisiones preliminares.**

Antes de ingresar al análisis particular de las concretas normas impugnadas,

es del caso realizar algunas precisiones tanto respecto al mecanismo de contralor de la constitucionalidad de las Leyes confiado por la Constitución a la Suprema Corte de Justicia, como a ciertas características de la Ley impugnada, de acuerdo con las distintas posiciones que los integrantes de este Colegiado tienen sobre el punto.

1) La presunción de constitucionalidad de la ley.

A) A criterio de los Ministros Dres. Felipe Hounie, Elena Martínez y el redactor, toda ley goza de una presunción de regularidad constitucional mientras no se pruebe lo contrario (Sentencias Nos. 433/2011, 735/2012, 1/2013, 735/2014 y 131/2015, entre otras).

Como enseña Vescovi, la constitucionalidad de la ley es el principio y la ilegitimidad la excepción. Y como excepción, limitada y de interpretación estricta (*El proceso de inconstitucionalidad de la Ley*, págs. 130 y ss.).

La incompatibilidad entre la Constitución y la ley atacada debe ser manifiesta, ya que, como certeramente expresa Westel W. Willoughby, "(...) un acto de un cuerpo legislativo coordinado no debe ser declarado inconstitucional si, mediante una interpretación razonable de la Constitución o de la

misma ley, ambos pueden ser armonizados" (The Constitutional Law of the United States, T. 1, pág. 26).

El Ministro Dr. Eduardo Turell comparte parcialmente tal aserto en su vinculación con el principio de conservación de la norma, en el entendido de que si existen varias interpretaciones razonablemente posibles, debe optarse por aquélla que se compadezca con la Carta (Conf. Risso Ferrand, M. Derecho Constitucional, T. I, 2ª Ed., 2006, páginas 215 y 267).

B) El Sr. Ministro, Dr. Ricardo C. Pérez Manrique, en cuanto a la presunción de constitucionalidad de las Leyes, expresa que coincide con la posición expuesta por el Dr. Martín Risso Ferrand sobre el punto, tal como lo sostuvo en las Sentencias Nos. 435/2016, 521/2016 y 528/2016, entre otras.

La Suprema Corte de Justicia, al pronunciarse en procedimientos de declaración de inconstitucionalidad de las Leyes, ha hecho caudal de ciertos argumentos entre los cuales se encuentra la presunción de constitucionalidad que sólo cede en casos de inconstitucionalidad manifiesta.

Al respecto, el Sr. Ministro comparte que *"...estas consideraciones no surgen de la Constitución que establece los poderes representativos mayoritarios y quienes deben ejercer los*

controles contra-mayoritarios en un plano de igualdad, de lo que surge que tanto derecho tiene el Legislativo de legislar, como el Judicial de declarar la inconstitucionalidad de las Leyes que se someten a su consideración: en ambos casos, dentro de los límites constitucionales" (RISSO FERRAND, M. "Hacia una nueva interpretación constitucional. La realidad en Uruguay". En: "Estudios Constitucionales", Año 12, No. 1, 2014, Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca, pág. 275).

En igual línea de pensamiento, el Dr. Carlos E. Guariglia analiza el principio de supremacía constitucional desde una vertiente que hace especial énfasis con la interpretación "de" y "desde" la Constitución, que se encuentra en oposición con la citada presunción. Sostiene que: *(...) las reglas de hermenéutica contenidas en la legislación infravalente operan como criterios auxiliares y concretizantes, nunca contradictorios y sí, en cambio complementarios o armonizantes de lo dispuesto por los arts. 7, 8, 10, 72 y 332, de los cuales dimanar los derechos, deberes y garantías, los principios, valores y fines que conforman la esencia de nuestro ordenamiento jurídico constitucional. Ello condice con la aludida supremacía de la Constitución (...). Agregando seguidamente: Encontramos como uno de los puntos más*

débiles de la presunción en examen, su relacionamiento con la dogmática de los Derechos Humanos, en ese terreno, nos parece evidente su inaplicabilidad y aún aquellos que no participen de estas conclusiones, deben reconocer que la naturaleza de los derechos del hombre, la aplicación del principio de protección (artículo 7 de la Carta), como la ausencia de discrecionalidad de la labor legislativa en dicha materia, que se encuentra frecuentemente limitada, tornan problemática la mentada presunción (GUARIGLIA, C. Presunción de constitucionalidad de las Leyes, La Ley, 2009, págs. 220-223).

Concluye el Sr. Ministro citando al Dr. Risso Ferrand cuando expresa: "La hermenéutica constitucional uruguaya ha sido en general parcial y debe ser completada con una multiplicidad de elementos: a) El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el bloque de los derechos humanos y el control de convencionalidad; b) Diversos criterios, distinciones y postulados interpretativos no utilizados en nuestra doctrina y jurisprudencia; c) con las resultancias de la aceptación de una Constitución invisible; d) reparando en las distintas categorías de disposiciones constitucionales y advirtiéndolas sus consecuencias; y e) con el reconocimiento de la necesidad de una actuación tópica con argumentos mucho más variados que los que se manejaban en el pasado", (ob. cit., pág. 279).

En el marco referido, el Sr. Ministro señala que, en el estadio actual de interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Constitucional, es inapropiado hacer referencias a que las Leyes se presumen constitucionales. Esta afirmación lleva a una contradicción insalvable con la aplicación del bloque de constitucionalidad y contra los conceptos actuales de interpretación: interpretar la norma de rango superior a partir de la norma de rango inferior, en invocación de una supuesta presunción de constitucionalidad de la Ley, de creación pretoriana pretérita y que no tiene fundamento en el texto de la Carta. Es la concreción de la perimida concepción de la autosuficiencia de la Ley y de su supremacía práctica sobre las normas de rango superior.

El intérprete de la Constitución debe realizar un análisis desde los principios, valores y normas constitucionales, aplicando el bloque de constitucionalidad buscando su armonización a partir de los principios *pro homine* y de especialidad.

2) El contralor del acierto o desacierto de una ley corresponde al Cuerpo Electoral y es ajeno al control de constitucionalidad de la Corte.

La Suprema Corte de

Justicia no juzga el mérito o desacierto legislativo, sino tan solo si la ley se ajusta o no a la Constitución.

Un segundo aspecto que no puede perderse de vista es que la norma legal que, dentro de los límites constitucionales, dispone una solución equivocada o desacertada respecto al punto que regula será una mala ley, pero no por ello es inconstitucional (Sentencias de la Corte Nos. 415/2009, 374/2013 y 735/2014, entre otras).

En el caso: aun cuando se llegara a probar que las disposiciones impugnadas sometieron a los accionantes a un régimen de seguridad social menos beneficioso que el anterior, ello no importa de por sí que exista una violación del derecho a recibir igual trato por parte de la Constitución, norma fundamental que no confiere derecho a cierta jubilación en particular, sino a una "jubilación adecuada" en función de las posibilidades sociales de cada momento histórico.

El contralor del acierto o desacierto del legislador, en todo caso, será evaluado por el Cuerpo Electoral en las instancias constitucionalmente previstas a tal efecto. Pero es claro que el modelo constitucional adoptado por la República le confiere a los legisladores la potestad de

regular la actividad de los particulares y de las entidades públicas dentro de los límites establecidos en la Constitución.

En tal sentido, Jesús María Casal Hernández señala: *"El legislador, en uso de su libertad de configuración normativa o libertad política, está facultado para adoptar las medidas que estime necesarias para alcanzar el bien colectivo, lo cual puede conducir a la previsión de medidas restrictivas de algún derecho constitucional. El uso de esa libertad política conoce límites (...), pero el legislador a menudo dispone de un margen de libertad para decidir si somete o no a un derecho a una determinada restricción constitucionalmente lícita mas no constitucionalmente necesaria"* (CASAL HERNÁNDEZ, J. Condiciones para la limitación o restricción de Derechos Fundamentales, en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, No. 3, 2002, pág. 116).

Sobre este punto, los Sres. Ministros Dres. Ricardo Pérez Manrique y Elena Martínez entienden del caso agregar que, en punto a la legitimación activa de los promotores, parece bastante claro que las normas, en sí mismas, no los perjudican, sino que, en último grado de análisis, el perjuicio futuro alegado, en realidad, encontraría causa en la rentabilidad de las inversiones realizadas por las AFAP,

extremo por completo ajeno a la constitucionalidad de las normas impugnadas.

Si la causa de la vulneración de los derechos de los promotores se encontrara en las propias reglas atacadas no se explica razonablemente el tiempo transcurrido hasta que deciden deducir el presente accionamiento.

Si en el año 1996 se realizó determinada proyección de la rentabilidad de aquellas inversiones, que luego no fue la esperada, entonces la temática involucra exclusivamente cuestiones financieras, ajenas a la bondad constitucional de las normas.

3) No corresponde al Poder Judicial definir cuál es el mejor sistema de seguridad social para quienes, popularmente, han sido identificados como "cincuentones".

Se entiende que, en cierto sentido, los accionantes pretenden que el Poder Judicial, por medio de la Suprema Corte de Justicia, incursione en la definición de aspectos de la organización social que resultan competencia exclusiva del Poder Legislativo.

La Corte puede y debe examinar el ajuste de las leyes impugnadas a la Constitución, pero no puede corregir ni examinar una ley

en cuanto a su acierto o efectividad.

Como expresó Sayagués Laso: "*(...) no debe olvidarse que el Poder Judicial administra la justicia, no gobierna al país ni dicta leyes (...). Este principio básico de la división e independencia [de los Poderes del Estado] alcanza a los jueces constitucionales que deben actuar en una función estrictamente reglada a derecho y resolver por razones y determinaciones puramente jurídicas (...). De no ser así se arriesga que el Poder Judicial se deslice hacia el llamado 'Gobierno de los Jueces', lo que constituye una arbitrariedad grave, que se consume invocando una pretendida interpretación de la Ley, por más digna y honesta que pueda ser la inspiración que anima al magistrado*" (...), (discordia extendida por el Dr. Daniel Gutiérrez, en Sentencia No. 43/2008 de la Corte; Sentencias Nos. 95/2008, 155/2008, 4632/2011 y 620/2012).

Véase que "*(...) la calidad de intérprete final de la Constitución y el riesgo, siempre presente, de que por la vía del control constitucional el Poder Judicial pueda interferir en la esfera de actuación o en el cumplimiento de los cometidos que la Carta atribuye a los otros Poderes del Estado, impone un criterio de prudencia, autolimitación y mesura ('self restraint' en la expresión anglosajona)*

a la hora de decidir la compatibilidad entre una norma legal y las reglas y principios constitucionales a los que debe someterse. Esta necesaria autorrestricción, que exige una mayor responsabilidad en la decisión, sustentada en una apropiada argumentación racional, debe alejar al intérprete de la búsqueda de protagonismo o manejo institucional en beneficio de las propias ideas, y contribuye a despejar el peligro de que el decisor judicial incurriere en cuestiones de naturaleza política ajenas a sus cometidos funcionales" (Sentencia No. 620/2012 de la Corte, con cita de la discordia extendida por el Dr. Leslie Van Rompaey, en Sentencia No. 43/2008).

4) Los argumentos de los accionantes basados en la supuesta desviación de poder en el dictado de la ley y en la ausencia de motivos.

Los accionantes afirmaron que el régimen de seguridad social al que fueron sometidos fue producto de una desviación de poder, ya que los motivos invocados para ello no habrían sido los reales; también afirmaron que la reforma en sí fue innecesaria, ya que el BPS podría haberse sostenido sin las modificaciones introducidas por la Ley No. 16.713.

Se trataría, en definitiva, en el primer caso, de una desviación de poder, lo cual constituye una causal de ilicitud revisable por la

Suprema Corte de Justicia en ejercicio de su competencia en materia de contralor de regularidad constitucional.

Como ya lo pusiera de manifiesto Enrique Vescovi en su clásico estudio sobre el tema, la desviación de poder es un vicio que puede determinar la inconstitucionalidad de una ley, por lo que, habiendo sido alegado, es imprescindible considerar también los fines y hasta el posible abuso legislativo (VESCOVI, E. *El Proceso de Inconstitucionalidad de la Ley*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1968, págs. 121 y 184-185).

En el segundo caso, la ausencia de motivo para el dictado de la ley podría llegar a influir, también, en la indebida restricción de derechos fundamentales.

Sin perjuicio de las consideraciones que se harán en cuanto a estos cuestionamientos al analizar cada uno de los vicios de inconstitucionalidad denunciados, cabe destacar, con carácter general, que los accionantes no individualizaron medio probatorio alguno que revele la existencia de un interés oculto del legislador en reformar el sistema de seguridad social, así como tampoco lo hicieron respecto de la ausencia de mérito para sancionar la ley.

II) En cuanto a la legitima-

ción activa.

Los accionantes se encuentran legitimados para impugnar la regularidad constitucional de los artículos 2 inciso segundo, 8 inciso tercero, 44 literales A y C, 45 literales A y B y 106; por el contrario, carecen de legitimación para impugnar el artículo 108.

1) Legitimación para impugnar los artículos 2 inciso segundo, 8 inciso tercero, 44 literales A y C, 45 literales A y B.

A) Los promotores se encuentran legitimados para impugnar la regularidad constitucional de esas disposiciones, por ser titulares de un interés que presenta las notas requeridas constitucionalmente ("directo", "personal" y "legítimo").

Son claras las notas de "personal" y "legítimo" del interés planteado; notas que, por otra parte, ninguna de las partes del proceso han cuestionado.

Sí cabe analizar si el interés presenta la nota de "directo", lo cual ha sido cuestionado por varios de los demandados y por el propio Sr. Fiscal de Corte.

Los accionantes son titulares de un interés que presenta la nota de "directo",

habida cuenta de que las disposiciones impugnadas contienen normas que los colocan en una situación jurídica definida y actual: la de contribuyentes de tributos (contribuciones especiales de seguridad social), sometidos a cierto particular régimen de seguridad social: el de la Ley No. 16.713, aplicable a aquellos trabajadores que al 1º de abril de 1996 estaban amparados al sistema de previsión social del BPS, que tenían menos de 40 años de edad y que no configuraron causal jubilatoria al 31 de diciembre de 1996.

Cabe precisar que tal calidad, la de afiliados al BPS que al 1º de abril de 1996 tenían menos de 40 años, no fue controvertida por el BPS y surge corroborada por las historias laborales agregadas en soporte digital a fs. 1008.

Los accionantes, por imperio de las disposiciones impugnadas, fueron colocados en calidad de deudores de ciertos tributos, con base en un estatuto jurídico especial, en forma directa y actual, lo que los hace titulares de un interés directo para deducir la pretensión de autos.

En ese marco, la legitimación de los accionantes es indiscutible, desde que pretenden resistir la aplicación de un régimen jurídico al que fueron sometidos (y las consiguientes situaciones jurídicas derivadas de tal sometimiento) en

violación del principio constitucional de igualdad y con desviación de poder, estructurado en infracción del régimen de financiamiento previsto en el artículo 67 de la Carta al no haber previsto como fuente de su financiamiento, ni el aporte patronal, ni el estatal.

No se comparte el criterio del Sr. Fiscal de Corte, de acuerdo con el cual los accionantes carecerían de legitimación activa por no haber configurado causal jubilatoria bajo el régimen que impugnan, ya que se considera que la situación jurídica de cada uno de los accionantes se ve afectada en forma directa desde la vigencia de las normas impugnadas, que los colocaron en la situación jurídica de deudores de contribuciones especiales de seguridad social bajo el nuevo sistema previsional de la Ley No. 16.713. Es así que, desde la vigencia de las disposiciones impugnadas, los accionantes deben pagar los aportes correspondientes con destino a su cuenta individual de ahorro obligatoria administrada por una AFAP, deben elegir una AFAP, etcétera.

A criterio de la Corporación, seguir el criterio expuesto por el Sr. Fiscal de Corte en cuanto a la ausencia de legitimación activa supondría, involuntariamente claro está, aceptar que la Constitución habilita al legislador a seleccionar un grupo de personas y gravarlas, sometiéndolas a un

estatuto en contradicción con normas constitucionales, sin permitirles acudir a la tutela de la Justicia Constitucional para repeler tal situación.

Ello no se condice con la garantía constitucional que tiene cualquier persona en nuestro país de poder solicitar el amparo de la Suprema Corte de Justicia para evitar que se le aplique una ley que considere inconstitucional por afectar su interés directo, personal y legítimo.

B) El Sr. Ministro Dr. Pérez Manrique, sin perjuicio de compartir lo precedentemente expuesto, considera del caso agregar que la exigencia de que el interés sea directo, "... por oposición a indirecto, rechaza así lo eventual pero no necesariamente lo futuro..." (cf. discordia Dr. Van Rompaey Sentencia No. 231/2012), por lo que considera que el interés futuro, siempre que sea inequívoco, habilita a proponer una cuestión de inconstitucionalidad. Se puede decir que el carácter de ser directo requiere la certeza de que la norma le es aplicada al excepcionante. Es en tal sentido que el referido Sr. Ministro ha sostenido que aún el caso futuro reviste tal carácter de certeza y legitima activamente para deducir la cuestión de constitucionalidad (Cfe. Sentencia No. 177/2015 entre otras).

2) En cuanto a la ausencia

de legitimación para impugnar el artículo 108.

Ninguno de los accionantes alegó estar en el supuesto de hecho regulado por el artículo 108 de la Ley No. 16.713, razón que impone a la Corte relevar la ausencia del interés requerido constitucionalmente para el planteo de la pretensión deducida.

Véase que, por lo menos, debieron haber invocado que estaban dentro de su ámbito de aplicación, esto es, que eran afiliados al sistema de seguridad social del BPS, que no optaron por ninguna AFAP y que se les asignó una mediante el sistema regulado en dicha norma, lo que no hicieron.

III) En cuanto a la legitimación pasiva del Banco de Previsión Social y de AFAPSURA S.A.

Ambas demandadas alegaron carecer de legitimación pasiva en el presente accionamiento. A tales efectos, centraron sus argumentos en la asignación constitucional de iniciativa privativa en materia previsional al Poder Ejecutivo para excluir su legitimación en el presente.

No se comparte el criterio sustentado, en tanto resultan ser algunos de los sujetos a quienes las normas impugnadas puede afectar, razón por la cual corresponde su intervención, de conformidad con

lo dispuesto por el artículo 517.1 del Código General del Proceso.

IV) En cuanto a la infracción del principio de igualdad por la imposición de un régimen de seguridad social menos beneficioso.

En lo medular, el primer argumento de los accionantes en sostén de la alegada vulneración del principio de igualdad refiere a que el sistema de seguridad social creado por la Ley No. 16.713 supuso la creación de tres regímenes jubilatorios dentro del ámbito de afiliación al BPS: a) el que rige a las personas con más de 40 años de edad al 1º de abril de 1996, que mantiene el anterior sistema de solidaridad intergeneracional: aportes al BPS del trabajador y del empleador, sin ahorro individual (llamado "régimen de transición"); b) el que rige a las personas con menos de 40 años de edad al 1º de abril de 1996 que ya estaban trabajando y aportando al sistema de seguridad social del BPS, consistente en un sistema de seguridad social dual o "mixto" que combina el sistema de solidaridad generacional con aportes obrero-patronales y el de ahorro individual obligatorio a partir de la vigencia de la ley, por el cual una vez que estén en condiciones de jubilarse, percibirán del BPS una jubilación y de una entidad privada la renta derivada de su ahorro individual obligatorio; y, c) el que rige a las personas

que comiencen a aportar luego de la vigencia de la Ley No. 16.713, el cual supone también un sistema dual o "mixto", pero con la diferencia que deberán aportar a su cuenta de ahorro individual obligatorio desde el comienzo de su calidad de contribuyentes.

En ese marco, la concreta violación del principio de igualdad denunciada refiere a que de los tres regímenes jubilatorios creados por la Ley No. 16.713, el suyo, el de los contribuyentes del BPS menores de 40 años al 1º de abril de 1996, es menos beneficioso que los otros dos, dado que implica que su ingreso por jubilación sea menor que el resultante de los otros dos regímenes. Tal situación perjudicial se agudiza en el caso de quienes a la fecha tienen 50 o más años de edad, por los pocos años que pudieron aportar a su cuenta de ahorro individual y por la falta de consideración de sus aportes al BPS previos a la Ley No. 16.713.

A su juicio, no hay ninguna razón válida que justifique que personas que tuvieron similar empleo e igual antigüedad y que realizaron iguales aportes al BPS durante toda su vida reciban pasividades que difieren, en su perjuicio, en un 30% o más.

Los argumentos no son de recibo.

El principio de igualdad reconocido por la Constitución impide imponer por vía legal un trato desigual a aquellos que son iguales, pero ello no implica que la ley no pueda regular en forma desigual a quienes no son iguales.

En el caso de la disposición impugnada, se considera que no se verifica ninguna vulneración del principio de igualdad constitucional.

Ello, porque mal podría considerarse vulnerado tal principio cuando la delimitación de quiénes se encuentran incluidos en los distintos regímenes previstos en la Ley No. 16.713 alcanza a todos aquellos comprendidos en igual situación, sin distinciones ni diversos tratamientos entre ellos.

Al analizar la regularidad constitucional de una norma presuntamente violatoria del derecho de igualdad, *"es necesario, en primer lugar, que todos los miembros de la clase sean alcanzados igualmente por la Ley que para la clase se dicte (...). Pero, además, es necesario que cuando la Ley define un grupo de personas para hacerla objeto de una legislación especial, la constitución de ese grupo sea razonable y no arbitraria (...). Naturalmente, la razonabilidad de la formación de los grupos o clases no puede ser juzgada*

independientemente del objeto mismo perseguido por la Ley" (cf. Justino Jiménez de Aréchaga, La Constitución Nacional, T. I, Edición de la Cámara de Senadores, págs. 36 y 368).

Como expresa Martín Risso Ferrand, el principio aludido "(...) *no impide una legislación para grupos o categorías de personas especiales, sino que esta diferenciación puede ser admitida siempre que cumpla con algunos requisitos específicos*" (RISSE FERRAND, M. Derecho Constitucional, Fundación de Cultura Universitaria, 2006, págs. 504 y ss.).

Este autor distingue dentro de lo que se denomina "el juicio de razonabilidad", como parámetro valorativo de las causas de distinción en clases o grupos efectuada por el legislador, otros niveles. Así, expresa que existen hipótesis en las que no surge de la Constitución, en forma explícita o implícita, la causa de ciertas distinciones. En estos casos, la razonabilidad de una determinada disposición legal se establece tomando en cuenta si ella plasma arbitrariedad o capricho y si resulta contraria a lo dispuesto por la Constitución. Al juicio de razonabilidad, en el sentido expresado en primer término, se adiciona, con carácter esencial para el análisis de la constitucionalidad o inconstitucio-

nalidad de una disposición, a la luz del principio de igualdad, el reclamo de que exista una finalidad consagrada por la norma que en concreto se analice.

Ello se enmarca, enseña Martín Risso, en un concepto que se suele denominar racionalidad, que es habitual que se presente en forma indiferenciada, formando parte del referido juicio de razonabilidad. El concepto de racionalidad, así estructurado, ya sea que se lo considere autónomo o comprendido en el de razonabilidad, implica, asimismo, que exista una relación positiva entre los medios utilizados y los fines perseguidos en la norma cuya constitucionalidad se analiza (ob. cit. págs. 500 a 506).

Por su parte, el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Pérez Manrique, si bien comparte, en términos generales, los conceptos que vienen de desarrollarse, estima del caso señalar que lo que importa, a los efectos de la igualdad, no es que los miembros del grupo diferenciado reciban similar tratamiento, sino que lo relevante es que la ley pueda superar el test que valide la diferenciación (Martín Risso Ferrand, Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay, en Revista de Derecho, Publicación Arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay No. 5,

año 2010, pág. 183).

Y trasladando tales conceptos al caso de autos, surge, en forma palmaria, la relación positiva aludida entre los medios utilizados (establecer a la fecha de reforma del sistema de seguridad social del BPS a qué grupos se aplicaba la reforma y desde cuándo) y los fines perseguidos (asegurar un sistema de previsión social acorde a las finanzas públicas nacionales, evitando el progresivo desequilibrio de las cuentas públicas, por causa de la gravosa y excesiva asistencia estatal al sistema previsional del BPS).

En efecto.

En primer lugar: es notorio que la grave situación financiera del sistema de seguridad social administrado por el BPS fue la causa principal de la reforma del sistema de seguridad social instaurado por la Ley No. 16.713.

Sin perjuicio de la notoriedad de tal contexto histórico, cabe precisar que, tal como se puso de manifiesto en el mensaje que acompañó el proyecto de ley de la que sería la Ley No. 16.713, el Instituto Nacional de Estadística había advertido que, de mantenerse el régimen entonces vigente, el sistema avanzaría "rápida y progresivamente hacia una situación de crisis irresoluble en la primera

década del siglo próximo" (<http://parlamento.gub.uy/documentosleyes/ficha-asunto/1539/tramite>; citado por Gabriel Salsamendi: *A veinte años del régimen de ahorro individual. Balance y perspectivas*, XXVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, FCU, 2016, pág. 19).

En este sentido, cabe transcribir lo reseñado al respecto en un reciente estudio sobre el punto: "(...) *el Estado, pensando la seguridad social desde el punto de vista económico y no solo desde el punto de vista de la asistencia, comenzaba a detectar que el sistema estaba dando señales claras de agotamiento, fundamentalmente expresado en el déficit de la Seguridad Social. Pero además se venía del plebiscito de 1989, donde se había decidido por mayoría abrumadora, incluir en la Constitución de la República el régimen de ajuste de las pasividades lo que hacía prever un futuro aún más complejo*" (Verdino, J. y Barreiro, P. "A 20 años de la ley 16.713. Luces, sombras y desafíos" en XXVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, FCU, 2016, pág. 54).

En la misma línea de pensamiento, ya antes, un reconocido experto en temas de seguridad social había señalado: "*El problema de la viabilidad o inviabilidad se presenta, entonces, como una evaluación de los efectos y el impacto en la*

economía del esfuerzo que la sociedad realiza para financiar un sistema de Seguridad Social con determinadas características. Los diagnósticos efectuados sobre el régimen previsional uruguayo son contestes en que el mismo posee un problema financiero serio y con una tendencia al agravamiento en el corto plazo (período 1995 al 2000), al tiempo que en el largo plazo las cifras proyectadas permiten un crecimiento del gasto total muy difícil de financiar, sin provocar grandes distorsiones en el funcionamiento de la economía" (Saldain, R. *Reforma jubilatoria. El nuevo modelo previsional. Ley No. 16.713 de 3-IX-1995, FCU, 1995, pág. 29*).

En segundo lugar, y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la Ley No. 16.713, es claro que el medio utilizado que aquí se cuestiona, el aplicar el sistema de ahorro obligatorio a aquellas personas menores de 40 años "cotizantes" al sistema del BPS a la vigencia de la ley, tiene una relación positiva con la finalidad recibida.

El cuestionamiento de los accionantes, en lo medular, postula que es arbitrario e irracional haber establecido que quienes al 1º de abril de 1996 tenían menos de 40 años de edad y se encontraban trabajando y aportando dentro del ámbito de afiliación del BPS fueron incorporados al nuevo sistema de

seguridad social, habida cuenta de que recién comenzarían a aportar por el sistema de ahorro obligatorio en ese momento, lo que los perjudicaría al momento de jubilarse. Ello los colocó en una diferente y peor posición que la de quienes siguieron rigiéndose por el sistema de solidaridad intergeneracional o que la de aquellos que estarán regidos durante toda su vida laboral por el "sistema mixto", puesto que pueden ahorrar durante más años.

Ahora bien, nada de irracional o arbitrario se advierte en la técnica legislativa utilizada, cuando de lo que se trataba era de establecer cuál era el "punto de corte" a partir del cual debía regir el nuevo sistema de seguridad social de mayor relevancia en el país: va de suyo que si en ese momento histórico el legislador y el Poder Ejecutivo consideraron que era necesario incorporar al nuevo sistema no solo a quienes en el futuro se incorporaran al mercado de trabajo dentro del ámbito de afiliación del BPS, sino a quienes ya estaban en él y tenían menos de 40 años de edad, es porque ese era el universo requerido para hacer viable al sistema de seguridad social de entonces. Y cabe destacar que en esta causa los accionantes nada probaron en sentido contrario, esto es, que en 1995, incorporarlos al nuevo sistema de seguridad social, fuera arbitrario o irracional.

Como la Corte ya lo ha expresado en la Sentencia No. 257/2004): (...) la normativa impugnada es enteramente compatible con el margen de discrecionalidad que posee el legislador de establecer distintos parámetros para la obtención de los beneficios jubilatorios, [por cuanto] el derecho a la jubilación, como todo derecho individual, no es absoluto y tolera las limitaciones que la Ley establezca por razones de interés general.

La posibilidad de limitación de estos derechos se ve en el caso afectada por las particularidades de la materia: seguridad social; y en este rubro incumbe a la política social y económica del Estado, debiendo el sistema atender los intereses generales para mantener la propia subsistencia del régimen, por lo que es facultad del legislador reglamentar el mismo, imponiendo las limitaciones necesarias sin afectar razonablemente las necesidades de los beneficiarios.

En el caso, los intereses en juego -el subjetivo de los titulares y el colectivo de la sociedad- fueron balanceados adecuadamente por las disposiciones impugnadas.

Las normas legales tienen que ajustarse al concepto constitucional; pero igualmente, debe consultarse la situación de la

seguridad social en el momento, los recursos disponibles, necesidades de los presuntos beneficiarios, etc.

No existe un derecho absoluto a la pasividad (v. Sents. S.C.J. Nos. 12/81, 256/97, 211/98 y 205/02 entre otras), (...).

Los artículos 7 y 72 de la Constitución son garantes de los derechos fundamentales de los individuos, pero cuando existen motivos que atañen a los intereses de la comunidad, el legislador puede disponer limitaciones a esos derechos.

Y en el caso, es lo que ha ocurrido con el establecimiento del nuevo régimen previsional articulado en las normas impugnadas por los accionantes, las que procuran acompasar el régimen de Previsión Social a los cambios económicos y sociales.

V) En cuanto a la infracción del principio de igualdad por la imposición de una carga que debió soportar toda la sociedad.

Los accionantes sostuvieron que lo dispuesto en la Ley No. 16.713, en cuanto les impuso el "sistema mixto" de seguridad social, supuso una transgresión al principio de igualdad ante las cargas públicas, por ser una ley irracional, poco adecuada, "probablemente innecesaria", que los gravó con una carga pública de la cual no tenían por qué hacerse

cargo.

El argumento no es de recibo.

Partiendo del hecho cierto de la inviabilidad financiera del sistema de seguridad social modificado por la Ley No. 16.713, que supuso el sacrificio de toda la sociedad mediante la constante asistencia financiera al BPS, la limitación al goce del derecho a recibir igual trato por la ley denunciada aparece como plenamente justificada, por los argumentos referidos en el capítulo precedente.

El sacrificio que los accionantes alegaron haber realizado, de ser tal -ya que ningún medio probatorio en tal sentido aportaron con su demanda, ni ninguna prueba idónea se produjo en el transcurso del expediente en tal sentido-, no vicia las disposiciones legales impugnadas de inconstitucionalidad, las cuales, como se señaló, suponen la creación de una categoría de obligados razonable y no arbitraria, motivada en razones de interés general.

VI) En cuanto a que la ley 16.713 resulta innecesaria y a que fue dictada con desviación de poder.

Los accionantes sostuvieron que la Ley No. 16.713 supuso una reforma del sistema de seguridad social que fue innecesaria, a juzgar por

los niveles de afiliación de trabajadores activos en los últimos diez años, dado que el BPS habría podido afrontar el pago de las pasividades con ingresos derivados de nuevas afiliaciones.

Asimismo, sostuvieron que la Ley No. 16.713 fue dictada con desviación de poder, ya que se persiguió un fin distinto al que se invocó (sanear el sistema de previsión social del BPS); *"en los hechos, la política adoptada determinó la creación de un sistema previsional que está en buena medida en manos del sistema financiero, bajo un régimen de derecho privado y que, sin embargo, obtiene sus fondos de aportes que históricamente eran recibidos por el sistema público de previsión social fundado en la solidaridad intergeneracional"* (fs. 79).

Los argumentos no son de recibo.

Basta para rechazarlos con relevar que, nuevamente y con llamativa ligereza, los accionantes argumentan en base a circunstancias fácticas que ni siquiera intentaron probar.

VII) En cuanto a la no previsión de aportes patronales.

Los accionantes sostuvieron que la Ley No. 16.713 los somete a un régimen de seguridad social inconstitucional por prescindir por

completo para la financiación del sistema de los aportes patronales, lo cual supone, en su criterio, una violación a lo previsto en el artículo 67 de la Constitución en su inciso tercero, literales A y B, donde se establece que debe contarse con aportes patronales, así como, de ser necesario, con la asistencia financiera del Estado.

El argumento no es de recibo.

El régimen al que están sometidos los accionantes comprende, además del régimen de ahorro individual obligatorio, un nivel o pilar de cobertura basado en el régimen de solidaridad intergeneracional.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 7 literal A, 10 y 13 de la Ley No. 16.713, este nivel de cobertura comprende a todos los afiliados al BPS, cualquiera sea su ingreso salarial mensual, sin que sea posible sustraerse al mismo (cf. Rodolfo Saldain, ob. cit., pág. 95). Y dentro de las fuentes de financiamiento de este sistema, la ley 16.713 previó los aportes patronales (artículo 14), lo que demuestra, la sinrazón del argumento planteado, sin que sea necesario ingresar a considerar si, efectivamente, el artículo 67 de la Carta tiene el alcance que los accionantes pretenden.

VIII) Corresponde imponer las costas a la parte actora de conformidad con lo dispuesto por el artículo 523 del Código General del Proceso. Los costos por su orden.

Por estos fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, por unanimidad,

FALLA:

DESESTIMANDO LA PRETENSIÓN DE DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEDUCIDA POR VÍA DE ACCIÓN, CON COSTAS A CARGO DE LA ACCIONANTE, SIN ESPECIAL CONDENACIÓN EN COSTOS.

OPORTUNAMENTE, ARCHÍVESE.

DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. FELIPE HOUNIE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. EDUARDO TURELL
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. GUSTAVO NICASTRO SEOANE
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA