

El 9 de diciembre de 2008 se promulgó y publicó la ley 26.425 y los Decretos reglamentarios nº 2103 y 2104/2008. Según el art. 21 de la ley, la misma entró en vigor ese mismo día.

El objetivo del presente artículo es analizar ese nuevo régimen desde el punto de vista constitucional y estudiar las alternativas para su impugnación judicial.

La ley 24.241 creó el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (S.I.J.P.), que estaba conformado por el Régimen de Reparto y un régimen previsional basado en la capitalización individual, e integrado por toda persona física mayor de dieciocho años de edad, que se encontraba en relación de dependencia, o estaba dentro de lo supuestos previstos en el art. 2 de la misma normativa. Dicho sistema (S.I.J.P.) se solventó con todos los aportes y contribuciones obligatorias dispuestas por la ley, que consistían en: a) Aportes personales de los trabajadores en relación de dependencia, equivalentes a un 11% de la remuneración; b) Contribuciones a cargo de los empleadores, equivalentes a un 16% de la remuneración de cada trabajador; y c) Aportes personales de los trabajadores autónomos, equivalente a un 27% de la renta presunta en función de la categoría de aportes. (art. 11 de la ley 24.241).

Que en este marco, y a través del art. 30, se otorgó a los diversos aportantes, la libertad de elección respecto al 11% de sus “aportes personales”, entre aquellos dos regímenes creados por el art. 1 y millones de argentinos lo hicieron por el régimen de capitalización, que ahora se elimina, junto con la absorción de los ahorros y fondos de cada uno de los futuros beneficiarios.

En ejercicio de ese derecho los actores contrataron con la AFJP de su elección y realizaron regularmente aportes obligatorios o voluntarios, según el caso.

En febrero de 2007, la posibilidad de acogerse al régimen de capitalización para las jubilaciones y pensiones fue ratificada por la ley 26.222, que a la vez abrió la posibilidad de traspasarse al sistema de reparto.

No obstante ello, en diciembre de 2008, la ley bajo análisis vino a destruir el sistema de capitalización que rigió durante más de catorce años y a decretar su absorción por el régimen de reparto, bajo la administración del Estado.

Ello es en razón de que el art. 1 de la ley 26.425. dispone la unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, en un Régimen Previsional Público, denominado Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), y dispone el traspaso compulsivo de todos los afiliados de las AFJP al único régimen ahora creado, desconociendo ostensiblemente derechos constitucionales básicos, como así también derechos adquiridos. Ello implica la eliminación del anterior régimen de capitalización y, consecuentemente, de todas las AFJP, violando el derecho de propiedad de cada uno de los socios (o afiliados), al ordenar la transferencia de los fondos al Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto, creado a través del decreto 897/2007.

Es decir que, evidentemente, el Estado Nacional parte de una premisa que es falsa, que consiste en absorber los fondos existentes en poder de las AFJP, como si fueran propiedad de aquéllas, cuando en realidad son meras administradoras de fondos pertenecientes a los afiliados, como surge del análisis que se realiza más abajo. Con base en esa premisa falsa y en una violación del derecho de propiedad, el Estado dispuso, lisa y llanamente, la confiscación de los fondos de más de tres millones y medio de personas, equivalentes a un monto que asciende a casi setenta y ocho mil millones de pesos, y un enriquecimiento sin causa por parte del Estado Nacional, al producirse el desplazamiento de un bien, o un valor, del patrimonio de una persona, al patrimonio de otra, sin que exista un título o causa jurídica que justifique ese traspaso.

3) DERECHOS CONSTITUCIONALES CONCULCADOS.

a) Derecho de Propiedad:

Los fondos depositados en las AFJP son **de propiedad** de los afiliados, tal como lo establece expresamente el art. 82 de la ley nº 24.241, lo estipula el art. 82 de la ley 24.241, que reza: “*El fondo de jubilaciones y pensiones es un patrimonio independiente y distinto del patrimonio de la administradora y que pertenece a los afiliados. La administradora no tiene derecho de propiedad alguno sobre él. Los bienes y derechos que componen el patrimonio del fondo de jubilaciones y pensiones serán inembargables y estarán sólo destinados a generar las prestaciones de acuerdo con las disposiciones de la presente ley.*”

ya citado. Si bien los fondos son administrados por una AFJP y el afiliado no puede disponer de esos fondos hasta el día en que se jubile (o hasta el día en

que comience a percibir una pensión por discapacidad o una jubilación anticipada), no hay duda de que existe un derecho de propiedad sobre esos fondos y que los mismos no pueden ser expropiados por el Estado.

Prueba de ello es que, en el sistema anterior, en caso de muerte del afiliado, **sus herederos percibían el saldo de la cuenta de capitalización individual** (art. 54) mientras que en el sistema actual ello no ocurre (ese es otro derecho que queda extinguido con la nueva ley).

A su vez, el artículo 85 de la Ley dispone que “Los derechos de copropiedad de cada uno de los afiliados o beneficiarios sobre el fondo de jubilaciones y pensiones respectivo serán representados por cuotas de igual valor y características...”.

Tal circunstancia, asimismo, fue reconocida por la Justicia en el fallo “Máxima S.A. AFJP y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Amparo”, en el cual se sostuvo que las sumas depositadas en las AFJP “*... pertenecen al aportante y las Administradoras sólo deben administrarlas de la mejor manera posible para que al tiempo de la jubilación o de la pensión el trabajador o sus derechohabientes reciban aquello que les pertenece*” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala V). 22-09-2003).

Todo esto claramente no ocurriría si los fondos no fueran propios del afiliado.

No obstante ello, la ley sancionada recientemente priva a los afiliados de esa propiedad, ya que al traspasar esos fondos a un sistema de reparto, los mismos dejan de pertenecerle. Así lo ha sostenido unánimemente la doctrina: “*mientras que en el sistema de capitalización las cuentas de capitalización individuales son propiedad de los aportantes, en el sistema de reparto pierden esa propiedad porque sus aportes pasan a integrar un fondo común creado por el decreto 897/2007*” (Conf. Badeni, Gregorio, “La Desarticulación Inconstitucional del Sistema Jubilatorio” en *Reforma al Sistema Previsional*, Suplemento Especial La Ley, octubre 2008).

Asimismo, se ha dicho: “*En relación a la afectación del objeto, podemos afirmar sin hesitación, que se propone efectuar una suerte de expropiación de una actividad delegada por el propio Estado, la administración de los ahorros provisionales obligatorios de los trabajadores que hubieran optado por el régimen de capitalización individual... En orden a los aportes capitalizados y los eventuales*

derechos de los afiliados, como se dijo antes, estos ahorros son propiedad de los aportantes pero están sometidos a una condición, alcanzar la edad de 65 años para el hombre o 60 años para la mujer en el caso de las prestaciones de vejez, demostrar una disminución de la capacidad laborativa igual o superior al 66% para el caso de invalidez, y la muerte del trabajador para el supuesto de pensión por fallecimiento..." (Conf. García Rapp, Jorge y Picone, Javier, "El nacimiento del SIPA, reflexiones sobre el proyecto de reforma previsional", en *Reforma al Sistema Previsional*, Suplemento Especial La Ley, octubre 2008).

También se ha sostenido con razón que la ley "...violenta derechos constitucionales tanto de los afiliados del sistema de capitalización como de las AFJP. En el primer caso, se vulnera el derecho de propiedad (arts. 14 y 17 Constitución Nacional) porque los fondos que se "transferirían en especie" son de su titularidad, por lo que el Estado no podría unilateralmente disponer de los mismos, sin incurrir en una grosera confiscación. El agravio central reside en que se convierte un depósito en un crédito, en una expectativa de cobro futura a ser pagadera por el Estado Nacional y en una fecha incierta. El derecho de contratar libremente (art. 14 CN) también se vería conculado, en tanto se estaría reemplazando arbitrariamente la contraparte de un contrato..." (Conf. Saravia Frías, Bernardo y Mazzinghi, Marcos, "Estatización de los fondos de las AFJP", en *Reforma al Sistema Previsional*, Suplemento Especial La Ley, octubre 2008).

Todo ello choca abiertamente con lo regulado en nuestra Constitución Nacional, como así también en varios instrumentos internacionales con jerarquía constitucional: Art. 17 CN: "la propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley..."

Tal como sostiene el célebre tratadista Germán Bidart Campos ("Manual de la Constitución Reformada", Tº I, pág. 116 y siguientes) "...nuestro derecho constitucional enfoca la propiedad en el aspecto de propiedad adquirida. Sus normas presuponen, entonces, para poder funcionar, que quien las invoca ya es propietario de algún bien. Por eso el art. 14 consigna entre los derechos subjetivos el de "usar y disponer de su propiedad". A esta declaración acompaña la del art. 17, afirmando que "la propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley"... "El concepto genérico de propiedad constitucional que engloba todas sus formas posibles ha sido acuñado por la jurisprudencia de la Corte al señalar que el término propiedad empleado en la

Constitución comprende todos los ‘intereses apreciables que el hombre pueda poseer fuera de sí mismo de su vida y su libertad’, con lo que todos los bienes susceptibles de valor económico o apreciables en dinero alcanzan nivel de derechos patrimoniales rotulados unitariamente como derecho constitucional de propiedad”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), también ha señalado que “*todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de ‘propiedad’*” (Fallos 145:307). Por ello, los ahorros, los depósitos a plazo fijo, los sueldos, las jubilaciones y las pensiones, y toda suma de dinero ingresada al sistema financiero están tutelados por el principio de inviolabilidad del derecho de propiedad (art. 17 C.N.).

Por último, permítame VS colacionar una reflexión a modo de conclusión de este título: **si no existiera el derecho de propiedad en materia provisional, nunca habrían prosperado los cientos de miles de juicios por reajuste.** Esa es la demostración más palmaria de que los aportes de los afiliados les pertenecen en propiedad, aún cuando están sujetos a la condición de acceder al beneficio para poder gozarlos. Es por esa condición suspensiva que **en esta acción no se peticiona la devolución de esos fondos, sino solamente su resguardo.**

b) Derecho a Mantener la Individualización de la Cuenta:

El sistema de la ley 24.241 permitía, entre otras cosas, que el afiliado supiera, día a día, a cuánto ascendía el importe acumulado en su cuenta de capitalización. Ello en virtud de la individualización de la cuenta. Mientras que en el régimen de reparto, los fondos aportados por cada uno necesariamente y por definición pierden su individualidad y se licuan en las arcas del Estado, que hará uso discrecional de ellos.

La doctrina ha sostenido, comentando esta ley, “*Para complicar más las cosas, el aportante a las AFJP sabía mensualmente cuánto dinero tenía, constancia que desaparece en el reparto. (...) Lo que no puede realizarse, sin herir al orden público constitucional, es desconocer la propiedad del aportante sobre esos dineros*

que cotizó, girándose los mismos al otro sistema y sin que haya un adecuado reflejo en su nueva situación previsional...” (Conf. Carnota, Walter, “*¿Hay una propiedad previsional constitucionalmente garantizada?*”, en *Reforma al sistema Previsional*, Suplemento especial La Ley, octubre 2008.

Se trata pues, de un derecho adquirido por quienes optaron por el sistema d capitalización que se ve conculado por la ley atacada: mantener la individualización de esos fondos y que los mismos no se confundan con los fondos del Estado.

En esa línea de jurisprudencial, la CSJN sostuvo, en el *leading case* “Horta, José c. Harguindeguy, Ernesto s/ consignación de alquileres” (C.S.J.N. Fallos 137:47) que “*El legislador podrá hacer que una ley nueva destruya o modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existentes; los jueces, investigando la intención de aquél, podrán, a su vez, atribuir a la ley ese mismo efecto. Pero ni el legislador ni el juez pueden, en virtud de una ley nueva o de su interpretación arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior. En ese caso, el principio de la irretroactividad, deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad*” [...] “*Sea por poco o mucho aquello que se quita al propietario por acción de la ley, ya no es posible conciliar a ésta con el art. 17 de la Constitución que ampara la propiedad contra los actos de los particulares y contra la acción de los Poderes Públicos; que protege todo aquello que forma el patrimonio del habitante de la nación, trátase de derechos reales o personales, de bienes materiales o inmateriales, que todo eso es propiedad, a los efectos de la garantía constitucional*”.

El derecho a mantener la individualización de la cuenta se relaciona directamente con el contenido del art. 2 de la ley impugnada, por el cual el Estado garantiza a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización “*iguales o mejores prestaciones y beneficios*” que los vigentes.

Es paradójico y autocontradicitorio que la ley, al mismo tiempo que extingue las cuentas individuales y las confunde con los fondos del Estado, establezca que el Estado brinda esa garantía: ¿Cómo sabrá el Estado, el día que los actores estén en condiciones de jubilarse, cuál era el beneficio que le correspondía si su cuenta de capitalización pierde la individualización por obra de esta ley?... Solo se puede saber cuánto hay **hoy** en esa cuenta, pero a partir del mismo momento en que ella se traspase

a las arcas del Estado y pierda su individualidad, será imposible determinar su valor futuro. De allí la necesidad imperiosa de la medida cautelar que se solicita más abajo.

Por lo tanto, el art. 2 es sólo una promesa imposible de ser verificada el día en que el afiliado se jubile, porque para esa fecha, será imposible calcular cuál habría sido la prestación que le hubiera correspondido si se mantenía el sistema anterior.

Por lo tanto, la individualización de la cuenta de capitalización de los actores no sólo debe ser mantenida y amparada judicialmente por mandato constitucional y en virtud del derecho adquirido de cada afiliado, sino que además, es la única forma de salvar la aplicabilidad futura del art. 2 de la ley 26.425.

Nótese que esa norma es la única garantía que el Estado brinda a quienes optaron por la capitalización, en el marco de una ley que constituye un verdadero despojo. Pero se trata de una garantía hueca y una mera promesa a futuro pero de imposible cumplimiento. La única forma de darle contenido es garantizando la individualización de la cuenta de capitalización de cada uno de los actores, tal como se peticiona más abajo.

c) Derecho a Acceder a la Jubilación sin reunir 30 años de aportes:

Otro de los derechos adquiridos por los afiliados que son violados por la ley impugnada es el siguiente: con esta ley, se van a poder jubilar únicamente, los aportantes que cumplan con los requisitos previstos actualmente para obtener el beneficio provisional: cumplir 65 años los hombres, 60 años las mujeres y haber acreditado 30 años de aportes (los cuales seguramente serán elevados dentro de unos años, cuando el Estado considere que debe demorar más la concesión de los beneficios). Pero no podrán hacerlo quienes cumplan con la edad y hayan acumulado fondos durante menos de treinta años, que era el principio fundamental del subsistema de capitalización de la ley 24.241, que hacía referencia al ahorro individual, para una mejor prestación a futuro, aunque no alcancen los de 30 años de aportes.

El derecho a jubilarse con los aportes acumulados en la cuenta individual, aún cuando no se hubiera aportado durante treinta años queda ahora

suprimido retroactivamente por la nueva ley. Ello constituye, nuevamente, una violación del derecho constitucional a la propiedad.

En este sentido, es criterio de la CSJN que, “*el derecho adquirido al amparo de la legislación anterior, no puede ser alterado por una nueva ley, ya que en tal caso el principio de la no retroactividad se confunde con el de la inviolabilidad de la propiedad, garantizado en el art. 17 de la Constitución Nacional*” (*Fallos* 319:1915; 320: 31, 1796 y 2157).

d) Derechos Hereditarios de los Herederos Necesarios

Otro de los derechos adquiridos que queda abolido en forma retroactiva es el que tenían los herederos necesarios del afiliado, en caso de muerte de éste, de percibir el saldo de la cuenta de capitalización individual (art. 54). Cantidad de afiliados, en vista de este derecho y de la rentabilidad que el sistema de AFJPs brindaba, hicieron depósitos voluntarios en la cuenta de capitalización, como una forma de ahorrar y de dejarle un respaldo a sus hijos.

Se trata, al igual que los anteriores, de derechos adquiridos a la luz de la legislación anterior y que ahora se ven violados por la nueva ley.

e) Derecho a la Seguridad Jurídica:

La ley en cuestión también viola la seguridad jurídica porque hace menos de dos años (en febrero de 2007), la ley 26.222 ratificó el régimen creado en 1994 y –a la vez– abrió la opción para que quienes estaban afiliados a una AFJP volvieran al sistema de reparto.

Pese a ello, el 85 % de los afiliados eligió permanecer en el sistema de capitalización. Así surge de las estadísticas oficiales.

La doctrina ha sostenido: “... *el Congreso argentino sancionó en el primer trimestre de 2007 la ley 26.222. Esta normativa dispuso en el art. 2 la modificación del art. 30 de la ley 24.241, enmienda mediante la cual se dio la posibilidad de optar por el Régimen Previsional Público de Reparto a quienes habían*

elegido el sistema de capitalización privada de sus ahorros jubilatorios. Así, el proyecto que dispone la eliminación del sistema de capitalización, afecta derechos adquiridos y, a la vez, vulnera la confianza legítima de quienes aportaron y aportan a ese sistema; eligieron en dos ocasiones mantenerse en el régimen privado, de acuerdo a las opciones que les presentaron sendas leyes y, por ende, confiaron en el mantenimiento del sistema. De aprobarse la propuesta del Ejecutivo se abre la perspectiva de la responsabilidad del Estado por violación de la confianza legítima, pese a las promesas de garantías que emergen del mensaje y del proyecto. Ello a más de la protección de los derechos propietarios conculcados... el Estado, primero ofreció una opción y cuando ésta se ejerció de modo contrario a lo esperado, mudó la ley y suprimió de cuajo las opciones. Debe decirse que leyendo atentamente los fundamentos del Mensaje de elevación del proyecto no emerge, formalmente expresado, un interés estatal urgente en resolver requerimientos públicos o emergencias de cualquier tipo que justifiquen semejante avasallamiento de los derechos propietarios.” (Conf. Gelli, María Angélica, “La estatización de los aportes de las AFJP y el quebrantamiento de la confianza legítima”, en *Reforma al Sistema Previsional*, Suplemento Especial La Ley, octubre 2008).

Asimismo, el constitucionalista Félix Loñ sostuvo: “... importa destacar que cuando por la Ley 26.222 se abrió la posibilidad de pasar del sistema de capitalización al de reparto, el 85% de los afiliados se mantuvo dentro del régimen privado. Ello se debió, precisamente, por el saqueo que distintos gobiernos habían hecho de los fondos provisionales públicos. Tal circunstancia hizo que 9.500.000 personas consideraran más seguro refugiarse en el régimen de capitalización individual. En este los aportes se acumulan a nombre de una persona formando parte esos fondos de su propiedad privada...” (Conf. Loñ, Félix, “Las jubilaciones en la encrucijada”, en *Reforma al Sistema Previsional*, Suplemento Especial La Ley, octubre 2008).

El Estado no puede ahora eliminar ese régimen **con efecto retroactivo**, y pasar compulsivamente a esos afiliados –que optaron por quedarse con una AFJP- al sistema de reparto.

La CSJN en reiteradas oportunidades ha sostenido que “*las exigencias de la seguridad jurídica... son de orden público y poseen jerarquía constitucional*” (*Fallos*: 172:21, 201:159 y 414, 235:171 y 512, 243:465). Y más recientemente sentenció que “*las exigencias de la seguridad jurídica... tienen*

jerarquía constitucional según esta Corte lo ha resuelto con énfasis y reiteración” (Fallos 317:219).

Cabe recordar, junto a Según Recasens Siches, que “*sin seguridad no hay derecho, ni bueno ni malo ni de ninguna clase*” (Recasens Siches, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 10º edición, México, 1991, citado por Dalla Vía Alberto en “A Diez Años de la Reforma Constitucional”, en *La Ley* del 10 de agosto de 2005, pág. 1).

No se trata aquí de una pretensión de mantenimiento del régimen anterior, no estamos solicitando que VS mantenga vivo el sistema de capitalización: simplemente se solicita el respeto por los derechos adquiridos, por la seguridad jurídica y la no interferencia estatal en los contratos entre particulares, tema al que se dedican los siguientes títulos.

f) Derecho a Contratar Libremente:

La ley viola, asimismo, el derecho a contratar libremente, que se encuentra amparado por el art. 14 CN, porque el Estado extingue al sujeto con el cual el afiliado había contratado (AFJP) y lo obliga a contratar con el propio Estado, al aportar a la ANSSES.

No se trata aquí de una mera limitación a ese derecho, ni de una reglamentación razonable de él, sino lisa y llanamente de su aniquilación, dado que resultará imposible, en lo sucesivo, seguir contratando con la AFJP elegida por el afiliado.

La doctrina ha sostenido: “*Los derechos contractuales fueron reconocidos como derechos propietarios. Conviene, además, prestar atención a lo que dijo el Presidente de la Corte Suprema en “Massa”*: “***La libertad de contratar, de competir y de configurar un contrato, constituye una posición jurídica que esta Corte debe proteger como tribunal de garantías constitucionales. Es en ese sentido como debe ser interpretado el término “propiedad” constitucional (art. 17 Constitución Nacional). No se trata de indagar si hay un derecho real o creditorio, sino de afirmar que la libertad, el derecho subjetivo y la posición relativa al contrato tiene rengón constitucional***”. Y, esto, sostenido en un contexto de emergencia pública declarada por

ley..." (Conf. Gelli, María Angélica, "La estatización de los aportes de las AFJP y el quebrantamiento de la confianza legítima" en *Reforma al Sistema Previsional*, Suplemento Especial La Ley, octubre 2008).

Por otra parte, se está también afectando **la libertad de contratar**, sobre la que el actual presidente de la CSJN, Dr. Ricardo Lorenzetti, recientemente sostuvo: "*Que el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino y toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva. Esta tutela comprende tanto la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 CN.), como la de configurar el contenido del contrato, que es un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 CN.) y de libertad económica dentro de las relaciones de competencia (art. 43 CN.). La libertad de contratar, de competir y de configurar el contenido de un contrato constituyen una posición jurídica que esta Corte debe proteger como tribunal de las garantías constitucionales. Es en este sentido como debe ser interpretado el término "propiedad" constitucional (art. 17 CN.). No se trata de indagar si hay un derecho real o creditorio sino de afirmar que la libertad, el derecho subjetivo y la posición jurídica relativas al contrato tienen rango constitucional. Ésta es la interpretación consolidada por los precedentes de este tribunal al sostener "que el vocablo propiedad, empleado por la Constitución comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que un ser humano puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones privadas sea que nazca de actos administrativos, integra el concepto constitucional de propiedad a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en el goce del mismo (Fallos 145:307; 172:21, voto en disidencia del juez Repetto)"* (Cfr. Voto ampliatorio en "Massa, Juan Agustín" del 27 de diciembre de 2006).

g) Derechos Adquiridos que surgen del Contrato con la AFJP:

La Corte Suprema tiene dicho, desde antiguo, que los derechos que surgen de los contratos gozan de la protección que la constitución reconoce al derecho de propiedad. Al hacerlo, esbozó una definición del derecho de propiedad de tal amplitud que fue citada en multiplicidad de fallos y de doctrina: "*todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados*

o públicos), a condición que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de ‘propiedad’” (Fallos 145:307).

Es evidente y palmario que la ley cuya inconstitucionalidad se solicita viene a aniquilar y extinguir esos contratos celebrados al amparo del régimen anterior. Nuevamente aclaro, VS, no se solicita aquí el mantenimiento de un régimen general derogado, lo que se expone es que ese régimen permitía celebrar un contrato con la AFJP. De ese contrato nacen derechos para los aquí actores. Ese contrato implicaba la particularización, entre dos sujetos (el afiliado y la AFJP) de un régimen general. Y ahora la nueva ley lo extingue.

En tal sentido, el profesor Sagüés expresa que “*Para contar con un derecho adquirido, no es necesario tener una sentencia o un acto administrativo en favor de su titular* (que sí tiene nuestra representada)... *basta que haya cumplimentado en su momento los recaudos formales y sustanciales para ser acreedor a tal derecho* (“de Martín” Fallos 296:793; “Quinteros” Fallos 304:871y “Alem” fallos 305:899) *de tal modo que la situación jurídica general creada por una ley se transforme en una situación jurídica concreta e individualizada en cabeza de un sujeto*” (conf. Elementos de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Astrea, Tomo II, pág. 487, *1027, los destacados son del original).

h) Derechos de los Consumidores y Usuarios:

En los términos expuestos, la violación operada sobre el derecho de propiedad de los actores, se relaciona con la protección y defensa de los usuarios-consumidores del sistema de AFJPs creado por el Estado, cuya tutela por la vía del amparo también se encuentra expresamente reconocida en la ley fundamental. Desde la reforma constitucional de 1994 el derecho de los consumidores y usuarios tiene rango de derecho fundamental. Así el art. 42 CN establece la protección, entre otros, de sus *intereses económicos*, refiriéndose más adelante al mercado y a la competencia, por lo que de manera refleja, también está en juego y bajo protección el derecho de propiedad en sentido amplio y lato de los consumidores y usuarios.

Las relaciones de los usuarios de servicios financieros pactados libremente con las AFJP respectivas se dan en el campo privado, y esas contrataciones no pueden ser alteradas ni aniquiladas por el Estado.

Como resultado de la ley impugnada, se extingue el carácter de consumidores de los actores, trocándose por el carácter de administrados, ya que en lo sucesivo estarán sometidos a las decisiones estatales, en vez de estar vinculadas por un contrato con la AFJP de su elección.

i) Irrazonabilidad de las medidas:

Si lo que el Estado necesitaba eran fondos frescos para inyectar en el mercado de bienes y servicios como mecanismo de evitar que la crisis internacional tenga efectos en nuestro país, podría haber implementado cantidad de otros mecanismos que no resultan confiscatorios de la propiedad privada.

Ha dicho la CSJN en fecha relativamente reciente y en un caso dictado en el peor momento de la historia económica argentina (1º de febrero de 2002): “*la restricción imperante en relación con los depósitos bancarios adolece de irrazonabilidad toda vez que no se advierte la proporcionalidad entre el medio elegido y el fin propuesto con su implementación para conjurar la crisis ya que no significa una simple limitación a la propiedad sino que, agregada al resto de las medidas adoptadas, coadyuva a su privación y aniquilamiento. El efecto producido por las normas impugnadas excede, pues, el ejercicio válido de los poderes de emergencia ya que aun en estas situaciones, como se recordó más arriba, el Estado no puede válidamente transponer el límite que señala el art. 28 de la Constitución Nacional y preferir su inexcusable rol como gestor del bien común. La norma en cuestión afecta, por tanto, en forma directa e inmediata las garantías reconocidas por los arts. 14 bis y 17 de la Constitución Nacional así como las previsiones del art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.*” (en la causa “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos “Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo”, considerando 15º).

Es decir que las medidas que el Estado adopta y que pueden afectar derechos de los particulares **deben ser siempre razonables**. Nótese, además, que si la

Corte escribió esa frase en ese terrible momento, ello significa, como veremos en el punto siguiente, que fuera de una emergencia el escrutinio y el control de la razonabilidad de las normas debe ser aún más estricto.

Si lo que se buscaba era que el dinero de las AFJP ingresara a las arcas del Estado, podrían haberlo hecho sin abolir el sistema de capitalización, sin despojar a los afiliados de su capital y sin lesionar el derecho a la individualización de la cuenta. Por ejemplo, a través del traspaso forzoso de todos los afiliados a las distintas AFJP a la AFJP del Banco Nación. Esto es sólo un ejemplo de las muchas alternativas de que disponían el Poder Ejecutivo y el Congreso para hacerse de los dineros pero sin lesionar derechos. No se trata aquí de dar recetas ni de decirle a los órganos políticos del Estado lo que deben hacer, simplemente se trata de demostrar que existían otras soluciones menos gravosas para los derechos individuales que la que se adoptó. Y según la jurisprudencia de la Corte, cuando los medios elegidos no son los adecuados (en el sentido de ser proporcionales y ser los menos gravosos para los derechos individuales) para la consecución del fin perseguido, la norma es inconstitucional.

De acuerdo a la interpretación de la CSJN, el art. 28 CN, que contiene el principio de razonabilidad, significa que las leyes deben “*conservar incólume y en su integridad*” el derecho que se proponen reglamentar, “*lo que vale decir que no debe(n) ni puede(n) degradarlo y mucho menos extinguirlo en todo o en parte...*” (*Fallos* 98:20).

j) Inexistencia de Emergencia:

Si bien cabe tolerar ciertas restricciones al ejercicio de los derechos en situaciones de excepción o emergencia, nunca puede atacarse arbitrariamente el contenido esencial y mínimo del derecho en cuestión. “*Si el Estado no supo adoptar a su tiempo una buena política –económica, presupuestaria, fiscal– no es justo ni razonable que la consecuencia para enmendarla y superarla se transfiera a los gobernados que no tuvieron arte ni parte en la equivocación.*” (Germán Bidart, Campos, “Las reducciones salariales por emergencia económica”, en *La Ley* 1998-A:62 a 64).

Como sagazmente apunta María Angélica Gelli, no se da aquí un caso de emergencia ya que “*Aunque en los fundamentos del proyecto elevado al*

Congreso por el PEN se hace mérito de la crisis financiera global, el sostén de la propuesta del gobierno no se asiente en la eventual existencia de crisis locales ni se alega la emergencia pública todavía vigente” (Conf. Gelli, María Angélica, “La estatización de los aportes de las AFJP y el quebrantamiento de la confianza legítima, en Reforma al Sistema Provisional”, en *Suplemento Especial La Ley*, octubre 2008).

Asimismo se ha sostenido: “*Sostener que se lo hace en razón de la pérdida de rentabilidad de los fondos en un marco de crisis internacional que suponemos transitorio y con más de la mitad de los activos en títulos del propio Estado es buscar débiles razones para avalar una decisión compleja...*” (Groppa, Víctor, “*Idas y Venidas del Régimen Jubilatorio*”, en *Reforma al Sistema Previsional*, Suplemento Especial La Ley, octubre 2008).

k) Violación del Procedimiento de la ley 21.499:

Otro de los defectos jurídicos de los que adolece la ley radica en que en ninguna parte del mismo se clara cuál es el título o medio jurídico a través del cual el Estado Nacional se convierte en el nuevo titular de los fondos de los afiliados, que eran administrados por las AFJP.

El art. 2602 del Código Civil prevé expresamente que: “*La tradición debe ser por título suficiente para transferir el dominio*”... La transmisión del dominio de los activos depositados en las cuentas de capitalización individual a favor del ANSES requiere necesariamente de **una causa** que la justifique, y que la ausencia de esa causa fulminaría de nulidad esa transmisión.

En este mismo sentido, el art. 2601 del Código Civil prevé que para que la tradición haga adquirir el dominio de la cosa que se entrega, “*debe ser hecha por el propietario*” por lo que en este caso los únicos habilitados para desprendérse de su derecho de dominio serían los afiliados al sistema de las AFJP, dueños exclusivos de lo depositado en las cuentas de capitalización a tenor de lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 24.241.

Tanto es así que, con esos fundamentos, una parte de la doctrina sostiene que “*cabría considerar la procedencia de una acción de “expropiación irregular o inversa” por los afiliados al sistema de capitalización, con fundamento en*

el artículo 51 inciso c de la Ley 21.499, que habilita a interponer dicha acción “cuando el Estado imponga al derecho del titular de un bien o cosa una indebida restricción o limitación, que importen una lesión a su derecho de propiedad” (Conf. Saravia Frías, Bernardo y Mazzinghi, Marcos. Estatización de los fondos de las AFJP. En Reforma al Sistema Previsional, Suplemento Especial La Ley, octubre 2008.

I) Violación del Derecho a la Igualdad:

Evidentemente, el objetivo perseguido por el Estado con la apropiación de los fondos de los afiliados a las AFJPs es el de paliar su déficit fiscal. Para hacerlo, se eligió, en esta oportunidad, a los actores. Mañana se elegirá a los aportantes a las cajas profesionales (abogados, odontólogos, arquitectos, psicólogos, etc.) y en el futuro a otros estamentos de la sociedad.

Ello, además de ser irrazonable, lesiona también el derecho a la igualdad consagrado por el art. 16 CN, dado que no existe ninguna razón objetiva para que los afiliados a las AFJPs debamos subsidiar al Estado cediéndoles compulsivamente nuestros aportes, mientras que el resto de los habitantes de la Argentina no lo hacen.

4) COLOFON: Luego de haber reseñado algunas –sólo algunas- de las inconstitucionalidades en que incurre la norma atacada, debo reseñar que, el contrato celebrado entre los aquí actores y la AFJP sufre, por obra de esta ley, de las siguientes afectaciones:

1. El dinero aportado –que es de propiedad de los actores- es expropiado sin indemnización previa.
2. El dinero aportado pierde su individualización, cuando los afiliados tenían un derecho adquirido a la individualización de su cuenta.
3. Como consecuencia de lo anterior, resultará imposible el cumplimiento del art. 2 de la nueva ley (que promete que el Estado garantiza a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización “iguales o mejores prestaciones y beneficios” que los vigentes) justamente en virtud de la pérdida de la individualización.

4. Los herederos del afiliado pierden el derecho a heredar los dos de la cuenta de capitalización en caso de fallecimiento de éste.
5. El contrato celebrado entre los actores y la AFJP queda extinguido, afectándose así el derecho de propiedad de quienes formaron parte de él.
6. La AFJP, es decir el sujeto con el que ellos habían elegido contratar, será liquidada, afectándose así el derecho a contratar.
7. Se viola la seguridad jurídica, que es un valor de jerarquía constitucional.
8. Se violan los derechos de los afiliados en tanto consumidores y usuarios de los servicios de las AFJP.
9. Las medidas adoptadas son irrazonables, pues existían otras menos gravosas para los particulares y con las cuales se podía alcanzar el mismo fin.
10. No se trata de una situación de emergencia y ésta no es ni siquiera invocada en los fundamentos de la ley.
11. Se trata de una expropiación de fondos llevada a cabo sin seguir el procedimiento previsto legalmente para ello y sin indemnización previa.

5) ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE ESTA ACCION:

a) Formalidades de la ley 16.986: Plazo: Si bien esta acción de amparo se interpone dentro de los quince días de producido el acto que lesiona el derecho cuya tutela se reclama, el plazo de caducidad “*no debe ser tenido en cuenta cuando la conducta lesiva del organismo implicado se sigue prolongando en el tiempo, o tiene la aptitud para renovarse periódicamente, pues ante esa situación se da un incumplimiento continuado, que traslada sus efectos hacia el futuro.*” (Conf. Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, doctrina de las causas “Molina de Jacobs”, del 15/02/92 y “Taborda c/Ballarini”, del 07/04/87, citada en *La Ley* 1990-E:566).

b) Requisitos de admisibilidad del artículo 43 CN:

a) Existe un acto de autoridad pública, cual es el dictado de la ley y de los decretos impugnados.

- b) Que en forma actual lesioná, restringe y altera derechos de los actores, derecho a la propiedad, a la seguridad jurídica, a la razonabilidad, a la legalidad de los actos de gobierno, etc.
- c) Conculca con ilegalidad y arbitrariedad manifiesta derechos fundamentales y garantías institucionales reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales vigentes.
- d) En cuanto al recaudo del “medio judicial más idóneo”, no es muy complejo establecer que para la situación planteada no existe un remedio judicial alternativo que sea expedito, rápido y que, garantizando una decisión oportuna de jurisdicción, resguarde los derechos fundamentales afectados. A esto se suma que estamos ante una **cuestión de puro derecho** en la cual no es necesario un amplio debate o la producción de prueba.

En este sentido, las consecuencias que acarrearía el proceso ordinario, aún en el supuesto de alcanzar una sentencia de primera instancia favorable, serían las de un proceso lento y engorroso que podría durar años y aniquilaría la pretensión procesal aquí planteada. En este sentido, en la causa “Mases de Díaz Colodrero A. c. Provincia de Corrientes” (*La Ley 1998-B:321*), la CSJN enunció: “*Que los agravios del apelante justifican su examen en la vía intentada, pues si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de las controversias (...) su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias*”.

c) Procedencia Material: El régimen constitucional del amparo (art. 43 CN) habilita su procedencia directa contra el acto u omisión que afecta el derecho constitucional, autorizando también el acoplamiento de la acción de inconstitucionalidad contra la disposición legal que da soporte al acto u omisión.

Pero, tampoco puede descartarse que excepcionalmente –como ocurre en este caso- pueda producirse la sanción de leyes (en sentido formal y material) cuya mera promulgación operativizaría inmediata y automáticamente la lesión actual o inminente a los derechos individuales que se encuentran en la órbita tutelar de la

garantía, en cuyo caso también el amparo debería prosperar (véase Ferreyra, Raúl Gustavo, “Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías”, Ed. Ediar, 2001, pp.376 a 380).

En razón de lo manifestado anteriormente es notorio que existe una afectación de derechos de raíz y jerarquía constitucional, circunstancia que me legitima para interponer esta demanda en procura de obtener el reconocimiento de mi derecho subjetivo jurídico.

d) Planteo Subsidiario: Para el hipotético e improbable caso que VS en su alto criterio entendiera que el amparo no es la vía procesal adecuada para impugnar las normas que aquí se discuten, solicito, por razones de celeridad y economía procesal, se imprima al presente el carácter de una acción declarativa de inconstitucionalidad en los términos del art. 320 del CPCC y de la siguiente jurisprudencia de la CSJN:

En “*Provincia de Santiago del Estero c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales y Estado Nacional s/ acción declarativa*” (*Fallos* 307:1379), de 1985, el máximo tribunal aclaró los límites de este proceso, consignando que “*la declaración de certeza, en tanto no tenga carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa y responda a un "caso" que busque prever los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, constituye causa en los términos de la Ley Fundamental*”.

También data de este período la aceptación por parte del tribunal de la interposición de este tipo de acción en materia tributaria, a fin de tutelar los derechos del contribuyente. En la causa “*Newland c/ Provincia de Santiago del Estero*” (*Fallos* 310:606.), sostuvo: “*Que... se encuentran acreditados en el sub lite los requisitos establecidos por el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial para la procedencia formal de la acción meramente declarativa, esto es, la concurrencia de un **estado de incertidumbre** sobre la existencia y modalidad de una relación jurídica, en tanto se trata de la aplicación de un gravamen o sanción respecto de actividades ya cumplidas y omitidas; la existencia de un **interés jurídico suficiente** en el accionante ya que ha mediado una actividad explícita del poder administrador dirigida a la percepción de aquél, y la **carencia de otra vía alternativa** para articular la pretensión que se trae la proceso*”.

Los requisitos de admisibilidad de la acción declarativa se encuentran largamente cumplidos en este caso, según se demuestra a continuación:

- Corresponde atribuir a esta acción el carácter de “caso” desde que se configura entre mi representada y el Estado Nacional una controversia actual sobre una cuestión concreta que requiere de la intervención jurisdiccional para la verificación y determinación de los derechos y deberes de las partes. Sentado ello, corresponde afirmar que se verifican en el caso los extremos formales para que V.S. admita la presente acción declarativa:
 - Como hemos adelantado, la certeza que se solicita declarar versa sobre la constitucionalidad del accionar del Estado Nacional que pretende anular retroactivamente derechos adquiridos y confiscar la propiedad privada.
 - Por otra parte, existe interés jurídico suficiente en cabeza de esta parte, en razón de su carácter de afiliados a una AFJP, acogiéndose así al régimen que hoy se deroga, bajo el cual habían adquirido derechos que quedaron consolidados en cabeza de los hoy actores
 - Es preciso señalar, en otro orden, que no existe otro medio alternativo apto (descartado previamente –por hipótesis- el amparo) para despejar la situación jurídica de mi parte frente a la conducta del Estado Ncional.
 - Por lo demás, cabe recordar que la CSJN tiene dicho sobre el particular que: *“No obsta a la admisibilidad de la acción meramente declarativa, cuando concurren sus presupuestos, en especial el estado de incertidumbre respecto de los alcances de la relación jurídica concreta y del interés suficiente en el accionante, pues la exigencia del cumplimiento previo de lo que constituye el objeto de discusión, implicaría desconocer la necesidad de tutela judicial que tiende a dilucidar el estado de falta de certeza entre el contribuyente que cuestiona la actitud del Estado y este último”* (causa “Newland... ”, citada).

Por último y en atención a las circunstancias de la causa, solicito a V.S. imprimir a la presente causa el trámite de **juicio sumarísimo** (art. 498 CPCC), en atención a que el mismo puede dilucidarse de puro derecho sin necesidad de apertura a prueba.

6) MEDIDAS CAUTELARES:

a) Medidas que se solicita: Atento lo expuesto precedentemente y el estrago que está produciendo la ley impugnada, afectando la paz social y el derecho de propiedad de los actores, solicito desde ya a VS el dictado de las siguientes *medidas cautelares urgentes*

(i) Cautelar de no Innovar: Se ordene la prohibición de que los fondos pertenecientes a los actores y depositados en la AFJP de referencia sean traspasados al sistema de reparto administrado por la ANSES. A tal fin solicito se oficie a la AFJP de referencia a fin de que se abstenga de realizar esa transferencia.

(ii) Cautelar Innovativa: Mientras mantenga su existencia la AFJP con la cual contrataron los actores, se ordenará a ésta –en el mismo oficio solicitado más arriba- que mantenga la individualización de la cuenta de los actores y continúe con la inversión de los fondos pertenecientes a éstos del modo como lo venía haciendo hasta el 9 de diciembre de 2008. Una vez que esa AFJP sea extinguida (por mandato de los arts. 1 in fine, 13, 14 y especialmente el 18 de la ley 26.425) se ordenará a dicha AFJP la transferencia de esos fondos a la AFJP del Banco Nación, ordenándose simultáneamente a ésta la inversión de esos fondos del modo como venía operando hasta el 9 de diciembre de 2008.

Lo peticionado es una medida innovativa, por cuanto “*... no tiende a mantener el status existente sino precisamente a alterar ese estado de hecho o de derecho vigente antes de su dictado.*” (C.F.C.C., 2^a 1/9/89 “Laboratorios de Especialidades Farmacéuticas c/Inst. de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados” en *Revista de Derecho Procesal*, Tomo 1, pág. 475, Ed. Rubinzel-Culzoni). El art. 232 del CPCCN habilita la procedencia de medidas cautelares innovativas al expresar textualmente “*...quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia...*”.

Cabe aclarar que aún cuando se argumentara o se pretendiera que las medidas solicitadas coinciden total o parcialmente con el objeto de la demanda, la jurisprudencia tiene dicho en reiteradas oportunidades que las mismas son procedentes en razón del peligro de un perjuicio irreparable, “*a pesar de que su objeto coincide total o parcialmente con el de la demanda*” (Cámara Federal Contencioso Administrativo, Sala 3^a 16/8/90 “Decege S.A. c/ Estado Nacional”).

b) Urgencia: Es sabido que la natural e inevitable lentitud de los procedimientos puede aparejar el cierto riesgo de que la resolución del conflicto resulte tardía, con una sentencia que quizás sea absolutamente justa pero paradójicamente ineficaz; y, a su vez, que mientras se aguarda el normal desenlace del proceso, se alteren deliberada o involuntariamente las circunstancias fácticas y jurídicas existentes al momento en que se reclamó la intervención del órgano jurisdiccional, tornando así en ilusorias o ineficaces las resoluciones judiciales que están destinadas a restablecer la observancia del derecho. El factor tiempo, se constituye en una nota de dramática importancia e insoslayable consideración en el proceso judicial, pues la función jurisdiccional no se agota en la simple, nominal o abstracta declaración del derecho, sino en su efectivo restablecimiento, teniendo en cuenta que una decisión inoportuna o tardía equivale, las más de las veces, a su inexistencia, del mismo modo como una resolución oportuna pero de imposible cumplimiento también resulta frustratoria. De esta manera, se impone el empleo de urgentes y simplificados procedimientos judiciales para obtener la oportuna composición de la litis, a la par que el dictado de veloces resoluciones preventivas o cautelares para asegurar los bienes y las personas involucradas en la litis y el mantenimiento, o, en algunos casos, incluso la alteración, de los estados de hecho y de derecho vigentes, de modo que el pronunciamiento de la sentencia definitiva, que habrá de sobrevenir con una declaración de certeza en cuanto a la existencia o inexistencia del derecho reclamado, pueda resultar de cumplimiento posible o llegue cuando la cuestión todavía reviste interés para el justiciable (Conf. Kielmanovich, Jorge L., “Tutela urgente y cautelar” en *Jurisprudencia Argentina* 8 de diciembre de 1999 y “La cautela material” en *Jurisprudencia Argentina* 28 de junio de 2000).

La naturaleza de la cuestión planteada, o sea, la afectación del derecho de propiedad de los actores en tanto afiliados a una AFJP -en particular el plazo fijo a mi nombre- permite tener por cierto que existe un concreto peligro en la demora, que a la postre, y de no acceder a la traba de la medida cautelar, aún en el caso de una sentencia favorable a la petición aquí formulada puede tornar ilusorio el derecho obtenido.

La CSJN en la causa: “Camacho Acosta M. c/ Grafi Graf SRL y otros” (Fallos: 320:1633) en el considerando 6º dio vida a las medidas cautelares innovativas –como la aquí peticionada- al expresar: “*Que esta Corte ha considerado a*

la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión”. Agregó, asimismo: “*Que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva insita una evaluación de peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie –según el grado de verosimilitud– los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado*”.

Cabe recordar aquí que la finalidad de las medidas precautorias es, según pacífica y reiterada jurisprudencia de la CSJN, la de mantener la igualdad de las partes en el litigio, evitando que se conviertan en ilusorias las sentencias que le ponen fin (conf. *Fallos* 247:263 y 265:236; asimismo: Cám. Fed. Apel. San Martín, Sala II re “Rey, Eduardo Jorge c/ COMFER s/ Medida Cautelar”, 12/4/94; entre muchos otros).

c) Recaudos: Según sostiene la jurisprudencia, la concesión de una medida cautelar debe someterse a la verosimilitud del derecho invocado (*fumus bonis iuris*) y el peligro de sufrir un daño irreparable como consecuencia de la demora (*periculum in mora*) ambos previstos en el artículo 230 CPCCN.

La verosimilitud del derecho surge de la documentación que se adjunta, que acredita el carácter de afiliados a una AFJP que revisten los actores, lo que me exime de ofrecer cualquier otro medio de prueba.

En cuanto al cumplimiento de estos recaudos, cabe señalar que la CSJN ha sentado doctrina en cuanto que “...*las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino solo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar que no es otra cosa que atender aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual asimismo, agota su virtualidad...*” (*Fallos*: 306:2060).

Tampoco impide el dictado de las medidas solicitadas en tan mentado principio de presunción de validez y de ejecutoriedad de las leyes y actos

administrativos. En efecto, la jurisprudencia ha dicho: que “...*toda decisión administrativa que afecte derechos de los particulares debe responder a una motivación suficiente y resultar la derivación razonada de sus antecedentes, de modo tal que se encuentren cabalmente a resguardo las garantías constitucionales en juego, como son entre otras, las tuteladas por los artículos 16, 17 y 18 de la Constitución Nacional* (conf. Sala IV “in re” “S.A.D.E. S.A.” del 07.05.96), puesto que se trata de una exigencia que por imperio legal es establecida como elemento condición para la real vigencia del principio de legalidad en la actuación de los órganos administrativos. Es más, se ha sostenido que aparte de la observancia del principio cardinal de legalidad administrativa, la motivación traduce una exigencia fundada en conferir una mayor protección a los derechos individuales, por lo que su cumplimiento depende de que el administrado pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto (Cfr. Cám. Fed. Cont. Adm., Sala I, in re “Edelmann”, 11/4/97).

Lo expuesto demuestra que en el caso se hallan largamente reunidos los requisitos exigidos para el otorgamiento de las medidas cautelares peticionadas, (de no innovar e innovativas) disponiéndose su notificación inmediata.

d) Contra Cautela: En cuanto a ésta, solicito a VS se tenga por cumplida la misma mediante la caución juratoria de los actores, la cual se presta en este acto mediante la firma del presente escrito, tal como lo autoriza expresamente, para ciertos supuestos, el art. 199 segundo párrafo CPCC.

7) PRUEBA: Se ofrece la siguiente:

a) Documental: saldo de cuenta de capitalización de los actores.

b) Pericial Contable Supletoria: Para el hipotético supuesto que se desconociera la autenticidad de la documental adjunta, dejo desde ya reservada la facultad de requerir la producción de esta prueba, para que el experto determine la existencia de la cuenta de referencia.

c) Informativa Supletoria: Para el hipotético supuesto que se desconociera la autenticidad de la documental adjunta, dejo desde ya ofrezco la producción de la prueba de informes que avale esos instrumentos a la AFJP relevante.

8) COMPETENCIA:

Sin perjuicio de que para la interposición de la acción de amparo cualquier juez es competente, la competencia de VS surge por razón de las personas, dado que se demanda al Estado Nacional, y por razón de la materia, ya que se trata de un conflicto originado por la interpretación y aplicación de leyes y normas previsionales. Así lo establece la norma que confiere competencia a los jueces federales de la seguridad social dispone, entre otras cuestiones, que será competente para entender en “*demandas que versen sobre la aplicación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones establecido por la ley 24.241 y sus modificatorias*”. Como la nueva ley es una modificatoria de la anterior, la cuestión parecería ser de la competencia de la seguridad social.

9) RESERVA DE LAS CUESTIONES CONSTITUCIONALES:

En los capítulos anteriores se han planteado las correspondientes cuestiones de derecho constitucional, y, paralelamente, se ha demostrado de qué modo los preceptos legales impugnados lesionan el sistema de derechos de la constitución federal. Además, se han postulado claramente las soluciones jurídicas aconsejadas por el derecho en vigor, fundando el derecho que legitima a esta parte también en el sistema de derechos fundamentales consagrado en la constitución federal.

La parte actora posee un interés real y concreto en que se lleve a cabo la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del régimen previsto tanto por la ley 26.425 cuanto por los decretos reglamentarios. Un pronunciamiento contrario a ese intereses conculcaría, asimismo, las garantías constitucionales de defensa de la competencia, protección del consumidor, control de los monopolios naturales y legales, amparadas por los artículos 42 y 43 CN y ley nº 24.240 de Defensa del Consumidor, así como la legalidad (art. 19 CN), razonabilidad (art. 28 CN), y jerarquía normativa (art. 31 CN).

Por ello, si no se hiciere lugar al presente reclamo, se formula expresa reserva de ocurrir, en la emergencia y agotadas las vías ordinarias de apelación, ante la CSJN con base en lo prescripto por la ley 48, toda vez que dicha supuesta decisión acarrearía la violación a expresas cláusulas de la Constitución Nacional: arts. 1, 14, 14 bis, 16, 28, 33, 43, 75 inc. 23; a través del art. 75 inc. 22 de la misma, los arts. 1, 24 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 2.2 y 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), motivo por el cual se realiza acá y ahora por imperativo de rito la reserva de las cuestiones constitucionales involucradas.

A su turno, se entiende que el no acogimiento de la pretensión deducida se convertiría en una derivación no razonada del derecho vigente, por lo que, a todo evento, se formula también el pertinente resguardo de la cuestión constitucional, ya que la sentencia que no hiciese lugar a mi petición adolecería del vicio de arbitrariedad, lesionando el derecho de acceso a la jurisdicción y la garantía innominada a la no arbitrariedad, que junto con la exigencia de racionalidad para todos los actos del gobierno republicano se encuentran regulados en los arts. 18, 28, 33 y 1, respectivamente de la constitución federal.

10) RECUSA SIN CAUSA: Que vengo a recusar sin causa al Juzgado nº 10 del fuero, a cargo de la Dra. María Postolovka, en los términos del art. 14 CPCC.

11) PETITORIO: Por todos los argumentos expuestos, se solicita:

1. Se tenga a la demandante por presentada, por parte en el carácter invocado, por denunciado el domicilio real y por constituido el legal.
2. Se declare admisible la presente acción de amparo, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 8º de la ley 16.986, librándose oficio al Poder Ejecutivo Nacional (ANSSES), para que informe causas y fundamentos de la medida impugnada.
3. Se haga lugar a las medidas cautelares solicitadas
4. Se agregue la prueba documental adjunta y se tenga presente la restante.

5. Se tenga presente el caso federal planteado.
6. Se autoriza expresamente a compulsar el expediente, sellar, retirar, diligenciar cédulas y oficios, practicar desgloses, retirar copias, dejar notas y todo acto relacionado con los autos dentro de lo normado por la ley ritual a la Dra Violeta Pomies, a la Srta. María Silvia Blythman y al Sr. Gabriel Martín.
7. Se tenga presente la recusación sin causa formulada.
8. Oportunamente, se haga lugar a la acción de amparo impetrada en todos sus términos, con expresa imposición de costas.

Proveer de Conformidad, **SERÁ JUSTICIA**