143/2018.

08 ENE. 2018

CÁMARA FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL SECRETARIA GENERAL

SUMARIO

ACTOR: Asociación Bancaria (Sociedad de Empleados de Banco)

DEMANDADOS: Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES)

MATERIA: AMPARO.

MEDIDA CAUTELAR: Suspensión de efectos de los arts. 1°, 2°, 3° y 5° de ley 27426

DOCUMENTACION: Se adjunta: Copia de poder general judicial; Certificación de Personería Gremial de la Asociación Bancaria (Sociedad de Empleados de Banco); Estatuto de la Asociación Bancaria (Sociedad de Empleados de Banco).

PROMUEVE ACCIÓN DE AMPARO. PLANTEA DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY Nº 27.426 SE DECRETE MEDIDA CAUTELAR. FORMULA RESERVA DE CASO FEDERAL. SOLICITA HABILITACIÓN DE FERIA JUDICIAL.

Señor Juez:

GUSTAVO ADRIÁN CIAMPA, abogado inscripto al T° 39 F° 650 CPACF, CUIT 20-17363628-9, IVA Responsable Inscripto; en representación de la **ASOCIACIÓN BANCARIA (SOCIEDAD DE EMPLEADOS DE BANCO)**, entidad sindical de primer grado con personería gremial n° 46, con domicilio en la calle Sarmiento 341 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el patrocinio del Dr. GUSTAVO ADRIÁN AISIN, abogado inscripto al T° 67 F° 304 CPACF, CUIT 20-22825510-7, IVA Responsable Inscripto; constituyendo domicilio físico ad litem en la calle Tucumán 1452, piso 5°, Of. "10" de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y domicilio electrónico (IEJ) en 20228255107; a V.S. respetuosamente me presento y digo:

1.- PERSONERÍA.

Que conforme surge del Poder General Judicial que en copia se adjunta– que se declara bajo juramente es fiel a su original y se encuentra vigente en todas sus partes.- soy apoderado de la Asociación Bancaria (Sociedad de Empleados de Banco).

2.- OBJETO.

Que en el carácter invocado, y siguiendo precisas instrucciones de mi mandante, vengo en defensa de los derechos de los trabajadores activos y pasivos representados de la Asociación Bancaria (Sociedad de Empleados de Banco) – beneficiarios de jubilaciones, pensiones, y asignaciones familiares, incluidos dentro del **Sistema Integrado Previsional Argentino (S.I.P.A.)**, afectados por la Ley Nº 27.426-, a promover la presente **ACCIÓN DE AMPARO - LEY Nº 16986**, contra la **Administración Nacional de la Seguridad Social ANSES, solicitando se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 2°, 3° y 5° de la mentada Ley Nº 27.426 y su consecuente no aplicación al colectivo de trabajadores -activos y pasivos- comprendidos dentro del ámbito de representación de la Asociación Bancaria (Sociedad de Empleados de Banco)**

a quienes deberá continuar aplicando las disposiciones de la Ley N° 26.417 en su texto vigente al 27 de diciembre de 2017, lo que así solicito se ordene**.**

Ello por cuanto la normativa atacada transgrede los artículos 14, 14 bis, 16, 17, 43 y 75, incisos 22) y 23) de la Constitución Nacional, Declaración Universal de Derechos Humanos (Arts. 2.1. y 2.7), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. II) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica (Arts. 1.1. y 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Art. 2.1) y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta acción se dirige contra la Administración Nacional de la Seguridad Social ANSES, con domicilio en la Av. Paseo Colón 329, CABA, toda vez que es el órgano de aplicación al ley 27.426 que aquí se denuncia a efectos de llevar adelante la vulneración de los derechos afectados.

Asimismo, y como **medida cautelar** se solicita la suspensión de las normas impugnadas en los términos que se plantean en el punto 15 de esta demanda, en tanto su aplicación genera graves e irreparables daños a los representados de mi mandante, encontrándose reunidos los extremos que habilitan su procedencia.

Esto así, de conformidad con los fundamentos que a continuación se exponen

3.- COMPETENCIA.

SS resulta competente para entender en los presentes, en razón de tratarse de vulneraciones a los derechos de la Seguridad Social, materia que la Ley 24.655 atribuyó de manera exclusiva en los Juzgados Federales de Primera Instancia de la Seguridad Social (Art. 1º Ley 24.655).

Así lo explica el Dr. Walter F. Carnota, refiriéndose a la mentada normativa: ***"…Art. 1.- Créase la Justicia Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social, que en la Capital Federal estará integrada por diez juzgados federales de Primera Instancia de la Seguridad Social, con la dotación de personal que se indica en el anexo I que forma parte integrante de la presente.*** *[…] La fractura de esta norma es, en términos generales, bastante encomiable, ya que desplaza dos ejes negativos que contenía la Ley de Solidaridad Previsional y los sustituye por otros dos mucho más aceptables para el desarrollo jurisdiccional del Derecho de la Seguridad Social […] Recuérdese, en primer lugar, el excesivo énfasis en la subjetividad del órgano demandado (eje subjetivo) que ponía la ley 24.463. En efecto, la federalización de la temática previsional (arts. 10, 15 y 18), la limitación de recursos (art. 16), la apelación ordinaria ante la Corte (art. 19), el acatamiento vertical y horizontal de las decisiones en ese terreno (arts. 19 y 20), los constreñimientos en el cumplimiento de sentencias (arts. 22, 23 y 25), la famosa "conversión" procedimental (art. 24) son en gran medida explicables a partir de la premisa de que el Estado es quien es parte demandada en esta clase de litigios. Sin que se haya abandonado ese andamiaje por completo dado que la inmensa mayoría de esas normas aún se encuentran subsistentes y, por ende, vigentes dentro del ordenamiento procedimental previsional, se alcanza a vislumbrar en la disposición en estudio una mayor preocupación por la materia de la seguridad social (eje objetivo). Ese*

giro, de concretarse con fidelidad por los operadores judiciales, hará mucho por consolidar la Seguridad Social como área específica, con ribetes que la singularizan, dentro del mapa jurídico…"[1]*.*

Sobre la competencia en razón de la materia, el Profesor Enrique Lino Palacio, ha sostenido con notable claridad que: *"…La extensión de territorio, la diversa índole e importancia de las cuestiones que se ventilan en los procesos, y la posibilidad de que los asuntos sean examinados en sucesivas instancias, imponen la necesidad de distribuir el ejercicio de la función judicial de manera tal que cada órgano, o grupo de órgano, cumpla aquella función de forma compatible con la existencia de las referidas circunstancias. Tal necesidad de repartir la labor judicial determina la aplicación del concepto competencia, a la que cabe definir como la capacidad o aptitud que la ley reconoce a un juez o tribunal para ejercer sus funciones respecto de una determinada categoría de asuntos o durante determinada etapa del proceso. De allí que se exprese, corrientemente, que la competencia es la "medida" de la jurisdicción. […] La competencia puede calificarse sobre la base de tres criterios fundamentales: el territorial, el objetivo y el funcional. […] El criterio territorial se vincula con la circunscripción territorial asignada por la ley a la actividad de cada órgano judicial. […] El criterio objetivo atiende a la naturaleza y al monto de las causas, y a él corresponden, respectivamente, la competencia en razón de la materia y del valor. […] El criterio funcional, finalmente, toma en cuenta la diversa índole de las funciones que deben cumplir los jueces que intervienen en las distintas instancias de un mismo proceso […]* ***La competencia ordinaria de los tribunales de la Capital Federal se halla fundamentalmente dividida en cinco materias: Civil, Comercial, Laboral, Seguridad Social y Penal. El conocimiento de los asuntos vinculados a las tres primeras corresponde, respectivamente, a los Juzgados de Primera Instancia y Cámaras de Apelaciones en lo Civil, en lo Comercial y del Trabajo, en tanto que el de los asuntos relacionados con la Seguridad Social compete exclusivamente a la cámara respectiva…"***[2] (El resaltado me pertenece).

También se ha referido a la temática el Dr. Bernabé L. Chirinos, quien sostuvo: *"…Competencia en razón de la materia […] Fallo "Instituto Municipal de Obra Social c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", del 4/10/1999, sala III, CF de Seguridad Social […] Entre las distintas facetas y variantes en torno al concepto de competencia judicial falta dirimir los conflictos planteados, resalta el de la potestad en razón de la materia. Es un modo de posibilitar un mejor servicio de justicia a través del pronunciamiento de jueces especializados. En esta tesitura se ha expresado que la competencia del tribunal creado por la ley 23.473 y federalizado por la ley 24.463, se irradia más allá de lo estrictamente previsional, proyectándose a toda la Seguridad Social. Ello no sólo por la nomenclatura del órgano, sino además como tribunal específico encargado de judicializar las disputas fundadas en el art. 14 bis, tercer párrafo de la CN (cfr. CARNOTA, WALTER, ´Integración de normas competenciales de la Constitución, nota al fallo de la CSJN, del 28/11/1995, en autos ´Techint Cía. Técnica Internacional SA c. Instituto de Servicios Sociales para el Personal de la Industria de la Construcción y otro´, La Ley del 16/8/1996)". […] A nuestro juicio, este fallo es verdaderamente determinante del concepto de autonomía del derecho de la Seguridad Social en cuanto introduce en su*

---

[1] CARNOTA, Walter F.; *PROCEDIMIENTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL*; Editorial Depalma; Buenos Aires, 1998; Págs. 67 a70.

[2] PALACIO, Lino Enrique; *Manual de Derecho Procesal Civil*; Editorial Abeledo-Perrot; Ciudadela, 2011, Págs. 159 a 166.

aspecto decisorio no solamente lo que fue abanderado del fuero la Previsión Social, sino todo el objeto del derecho de la Seguridad Social. […] ***Toda cuestión vinculada al derecho de la Seguridad Social debe ser ventilada en el fuero de la Seguridad Social****…."*[3] (El resaltado me pertenece).

Aunque SS, a esta altura, no debería tener duda alguna sobre su competencia en razón de la materia, haremos nuestras las palabras del Sr. Fiscal Gabriel de Vedia, Titular de la Fiscalía Federal de la Seguridad Social Nº 1, en los Autos: "PROVINCIA DE CORDOBA c/ CAJA COMPLEMENTARIA DE PREVISION PARA ACT. DOCENTE s/ NULIDAD DE RESOLUCION ADMINISTRATIVA", Dictamen Nº 34108/13, quien sostuvo que: *"…Liminarmente cabe recordar que es criterio unánime y reiterado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que para la determinación de la competencia corresponde principalmente atender de modo principal a la exposición de los hechos que el actor hace al demandar, y en segundo lugar, y sólo en la medida en que se acude a ellos, al derecho invocado, pues los primeros animan al segundo, y por lo mismo, son el único sustento de los sentidos jurídicos particulares, que les fuesen atribuibles (CSJN, 26.04.84, C.N.Civ. Sala C, 22.9.87, LL. 1987, E, 305; CSJN 16.06.87, JA, 1987-IV, 208; C.N. Cont. Adm. Sala II, 04.03.86 "Rep. JA." 1987-148; C.N. Civ. Sala E, 06.05.80, "Rep. JA" 1981-108). […] Desde esta perspectiva, es necesario poner de resalto que la competencia atribuida a estos Juzgados Federales de Primera Instancia se encuentra determinada en los seis incisos que conforman el art. 2do. de la ley 24.655. Si bien la Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente no se encuentra comprendida en los supuestos enumerados en dicho artículo, a falta de una norma que determine el tribunal con competencia para conocer en los recursos de apelación interpuestos contra sus decisiones, habida cuenta de que ella administra un régimen de previsión de alcance nacional,* ***considero que resultan de aplicación al sub-lite por analogía, los citados preceptos legales que atribuyen jurisdicción a los Juzgados de la Seguridad Social dado su especialidad en asuntos similares al presente (conf. Dictamen del Sr. Procurador General en autos "García, Inés Rosario c/ Caja Complementaria para la Actividad Docente s/ Reintegro de Aportes, 14-12-97)****…"*[4] (El resaltado me pertenece). Es dable tener presente aquí –en consonancia con lo dictaminado por el Sr. Fiscal- que, todas las cuestiones referidas a la movilidad de las prestaciones, inconstitucionalidad de las leyes que violenten las garantías constitucionales que la garantizan, el carácter sustitutivo del haber reconocido por la CSJN en su pacífica jurisprudencia, los tratados internacionales que reconocen la garantía de progresividad de los derechos sociales, la desigualdad ante la ley y demás cuestiones planteadas en el presente, SS se ha declarado competente.

La competencia de V.S. para entender en las presentes actuaciones surge del artículo 116 de la Constitución Nacional, ya que se demanda al Estado Nacional Argentino.

---

[3] CHIRINOS, Bernabé L.; *Derecho Previsional Argentino;* Editorial La Ley, Tomo I; Buenos Aires 2016; Pág. 423.

[4] En el mismo sentido: Fiscal Gabriel de Vedia, Titular de la Fiscalía Federal de la Seguridad Social Nº 1, Dictámenes Nº 240342/14; 247650/14; 280702/16 y 285073/16.

Asimismo, el Juzgado a vuestro digno cargo, resulta con competencia material para entender en esta causa, de conformidad con lo dispuesto por el art. 2do, Inc. b) y concordantes de la Ley Nro. 24.655.

4.- LEGITIMACIÓN ACTIVA.

4.1.- Legitimación derivada de la Ley 23.551.

Tal como resulta de la Certificación que se acompaña, expedida por la Dirección Nacional de Asociaciones del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, mi representada posee Personería Gremial registrada bajo el N° 46, otorgada por Resolución N° 22 de fecha 19 de febrero de 1947.

Dicha personería gremial comprende a todo el personal bancario en todo el territorio de la Nación (conf. Resolución S. n° 22/1947 de fecha 19/02/1947) que obra agregada como Anexo al Estatuto que se adjunta.

La Personería Gremial confiere a mi representada, de conformidad con lo dispuesto por el art. 31 inc. a) Ley 23.551, el derecho exclusivo de "*...defender y representar ante el Estado (...) los intereses (...) colectivos de los trabajadores...*"; y su inc. c) el de *"...vigilar el cumplimiento de la normativa laboral y de seguridad social..."*. Tal carácter es el que nos confiere legitimación activa para interponer la presente acción.

Por otra parte, de conformidad con lo previsto en el art. 2 de su Estatuto Social –que también se acompaña como prueba documental- la Asociación Bancaria (Sociedad de Empleados de Banco) agrupa y representa "*…a todos aquellos trabajadoras o trabajadores, activos y pasivos –cuyo último empleador haya estado comprendido por el CCT 18/75- sin distinción de categoría o función que presenten servicios o hayan prestado para entidades o empresas que realicen tareas bancarias y/o financieras cualquiera fuere su naturaleza u origen, estén o no regidas por el Banco Central.*"

Asimismo, conforme dispone su art. 3, se encuentran comprendidos entre los fines de la Asociación Bancaria (Sociedad de Empleados de Banco) "*1.1.- Procurar el mejoramiento del as condiciones de labor y de vida de los trabajadores a que se refiere el art. 2° de estos Estatutos; 1.2.- Propender al progreso de las normas que integran el Derecho Social (…); 1.5.- Efectuar lo pertinente en miras a lograr el estricto cumplimiento de las convenciones colectivas y de las demás normas que integran el Derecho Social; (…) 4.- Coadyuvar al mejoramiento de la situación de los trabajadores en la pasividad y a la solución de los problemas que se le presenten a éstos, por encontrarse en esa situación (…)*"

Las normas atacadas –cuya declaración de inconstitucionalidad de solicita- afectan, con ilegalidad y arbitrariedad manifiestas, al colectivo de los trabajadores representados por mi representada. Ello por cuanto la lesión que las normas impugnadas provocan afectan no solo a los representados que actualmente perciben un haber jubilatorio o asignaciones familiares, sino que proyecta idénticos efectos perniciosos a todos los trabajadores -actuales, futuros y potenciales- comprendidos en el ámbito de representación de la entidad sindical que represento.

Esta faceta demuestra que no se trata en la especie de conflictos individuales o pluriindividuales, sino de una contienda de interés abstracto (colectivo) de

la categoría profesional –en el caso, representada por la Asociación Bancari (Sociedad de Empleados de Banco), circunstancia que la legitima activamente para promover la presente demanda (conf. art. 31 inc.a. Ley 23.551 y 43 Constitución Nacional).

En tal sentido se ha pronunciado la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, dictámen 16.769, 2/11/94, "Sindicato Unidos Portuarios Argentinos Puerto Capital Federal c/ Consorcio River Plate Container Terminal S.A. y Otros s/ Medida Cautelar", Expte. 37.062, del Registro de la Sala VIII de la Excma. C.N.A.T.. Idem, P.G.T., dict. 18.079 del 2/10/95, en autos "Asociación Argentina de Aeronavegantes c/ Cielos del Sur S.A. s/ Medida Cautelar", expte. 37.398/95 del reg. de la Sala VIII.

El art.31 inciso a) y c) de la Ley 23.551 otorga la legitimación que se alega en defensa de los intereses individuales y colectivos de los trabajadores –activos y pasivos- representados por la Asociación Bancaria, y la vigilia sobre el cumplimiento de la normativa laboral y de seguridad social que se les aplica, conforme se ha reconocido por la Sala V del fuero en autos: “Molina José L. c/Estado Nacional (PEN) s/ amparo ley 16986” y la Sala IV en autos “CGT c/Estado Nacional”.

Consolida la posición sustentada y antes explicitada, el dictamen del Fiscal General ante la C.N.A.T. en autos caratulados: ”Asociación de Trabajadores de la Industria Lechera de la R.A. c/ Estado Nacional s/ Acción de Amparo”, reiterado en autos C.G.T. c/Estado Nacional, en el cual dijo que:

> ”... el intento de suprimir asignaciones familiares y el de introducir una modificación global peyorativa, constituye la base de una potencial controversia colectiva y por ende, incluida en el amplio marco de representación legal de los sindicatos por ampliación del art.31 inciso a) de la ley de Asociaciones Sindicales.”

Ahora bien, en las presentes actuaciones, el Estado pretende modificar sustancialmente –y de manera peyorativa- tanto la forma de actualización de los haberes previsionales y de las asignaciones familiares como la forma de determinación del haber inicial de quienes accedan a la jubilación, alterando de manera regresiva el sistema de actualización y de determinación del haber inicial dispuesto por la normativa sustituida, produciendo una afectación al colectivo de trabajadores –activos y pasivos- que integran el universo genérico y amplio que representa la Asociación Bancaria (Sociedad de Empleados de Banco).

Por ello, sostenía el Sr. Fiscal General del Trabajo en el dictamen citado:

> “Desde esta perspectiva de análisis, la cuestión no sería disímil a aquellas otras en las cuales se procura desactivar un acto que se considera teñido de antijuridicidad y potencialmente lesivo para los intereses globales de los trabajadores, no sólo individualmente considerados y en concreto sino en proyección abstracta en su posible inclusión en el sistema (...)
> No se discute que la demandante es una asociación sindical con personería gremial y por tanto está facultada para ”defender y representar ante el

Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores" conforme lo dispone el art.31 inciso a) de la ley 23.551 y lo cierto es que la controversia, que hace a la subsistencia misma de un régimen legal de beneficio, está íntimamente vinculada al interés colectivo de los dependientes que integran el ámbito personal de la entidad.

Cabría preguntarse cuál es la finalidad del sindicato, su razón de ser esencial, si no es la de representar a los trabajadores acatando el orden establecido e interponiendo acciones en el marco del estado de derecho, dirigidas a desactivar las normas que, desde su posición, perjudican a los dependientes y parecería obvio que una respuesta negativa merecería cierto reproche axiológico (...)

Pero aun dejando de lado estos razonamientos, cabe destacar que el art.43 de la Constitución Nacional en la reforma de 1994, introdujo una modificación trascendente respecto a la acción de amparo destinada a darle un dinamismo propio y a despojarla de aristas formales que fueran obstáculo al acceso inmediato a la jurisdicción, cuando están en tela de juicio garantías constitucionales (ver Lino Palacios "La pretensión de Amparo en la Reforma Constitucional de 1994, en La ley - 7/9/95), y, con esa teleología varió la tesis tradicional referida a las vías preexistentes para remediar la antijuridicidad y removió la veda al análisis de la constitucionalidad de normas. Asimismo, amplió la legitimación activa de los actores potenciales y, en los derechos de "...incidencia colectiva en general...", legitimó a las asociaciones, en coherencia con una perspectiva de amplitud como la ya aludida.

Vale decir que el tema de la legitimación activa en el amparo es pasible de una nueva lectura, desprovista de vallas rígidas y lo expresado, unido a la amplitud de contenido que denota el art. 31 inc c de la ley 23.551, torna inobjetable la potestad de la entidad sindical para interponer la acción que nos reúne."

El dictamen del Ministerio Público fue ratificado en sus fundamentos en los autos caratulados:" Confederación General del Trabajo de la R.A. y otro c/ Estado Nacional s/ Acción de Amparo", (Expte. nro.21.446796 Dictamen nro.20472).

En igual sentido la Sala de Feria de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en autos Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) causa nro.17/97 del 24 de enero de 1997, al pronunciarse a favor de la legitimación de la parte actora (en el caso la C.G.T., pero con fundamentos también aplicables a una entidad sindical de primer grado), ha dicho:

"No se discute el hecho notorio de que la C.G.T. es una asociación de sindicatos, que se encuentra inscripta en el registro ordenado por el art.14 bis de la Constitución Nacional y que, en los términos de las sucesivas leyes regulatorias de la actividad de los sindicatos, se le ha otorgado personería gremial. Todo ello define a una persona jurídica especial, cuyo objeto es la defensa y promoción del interés colectivo de los trabajadores. Conviene detenerse brevemente en este concepto de **interés colectivo,** pues él explica y justifica la existencia y actuación de los sindicatos. Dicho interés no equivale a la suma de los intereses individuales de los integrantes del grupo antes bien los engloba y trasciende, en

cuanto implican necesidades o aspiraciones que sólo pueden hallar satisfacción a través de la acción del grupo. El reconocimiento por el ordenamiento jurídico de la existencia de ese interés grupal y la atribución de su representación a un tipo determinado de asociación, que asume de tal suerte una representación de intereses, diversa y más extensa que la representación de las personas, en el marco del mandato, aún a sabiendas que solo una parcialidad de los individuos del grupo pertenece formalmente a ellas, es la particularidad específica del derecho colectivo del trabajo.

Por lo tanto, actos que, conjeturalmente ilegales o arbitrarios, lesionen, alteren, restrinjan o amenacen alguno de los derechos colectivos reconocidos por la Constitución Nacional, leyes o tratados, afectan en un doble sentido a una pluralidad de personas, dando lugar a la protección que el art.43 de la Carta Magna ofrece en los supuestos de lesión de derechos de incidencia colectiva general, directamente, a los sindicatos legitimados para ejercer dichos derechos y medianamente a los trabajadores cuyas condiciones de trabajo son reguladas por la acción de esas entidades".

Concordantemente, dice Adolfo Armando Rivas:

"Una corriente de pensamiento identifica los conceptos de interés colectivo e interés difuso. Otra los separa en el entendimiento de que los primeros son los comunes a una colectividad de personas y sólo a ellas, reposando en un vínculo jurídico definido que las congrega (Pellegrini Grinover, Ada, 'A problemática dos intereses difusos', en A tutela dos intereses difusos, 1° ed., serie Estudios Jurídicos 1, Max Limonad, Brasil 1984, p.30). El interés colectivo es, por ejemplo, el que hace a una familia, a una sociedad, a un condominio, pero también a un agrupamiento específico como el significado por los sindicatos,... " (Adolfo A. Rivas, "El Amparo", 2° ed., Ediciones La Rocca, p.244.)

El carácter de asociación sindical demarca el objeto de actuación: *"la defensa de los intereses de los trabajadores"* (art. 2° Ley 23.551), encontrándose normativamente dispuesto el alcance de la expresión intereses de los trabajadores como *"todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo"* (art. 3° Ley 23.551).

A su vez, el objeto mencionado habilita la adopción de las medidas dirigidas a su concreción, cuya finalidad es *"...remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador."* (art. 3° in fine Ley 23.551).

Diversos autores han analizando la normativa mencionada, sosteniendo al respecto:

"El nuevo régimen legal se enrola en la corriente amplia del Convenio 87, consagrando un vasto ámbito permisivo de la acción sindical como forma de autotutela de los "intereses de los trabajadores", complementándolo con la determinación de que en ese concepto deben considerarse abarcados todos los aspectos que hacen a las condiciones de vida y de trabajo de sus representados, inclusive la remoción de aquellos obstáculos que dificultan su realización plena como personas humanas. (...) Coherente con esta modalidad emanada de nuestra experiencia histórica real, la fórmula amplia que alude a

la prefiguración de objetivos concretos y presuntamente invariables, permite la libre expansión a que tiende la acción sindical moderna, tratando de responder a la variación incesante de la vida actual cuyas transformaciones tecnológicas, económicas, sociales y culturales plantean renovadas y crecientes exigencias a los trabajadores, no sólo como tales sino también como personas humanas que forman parte de un grupo familiar y de una comunidad nacional y local. (...) Concluimos pues, que esta fórmula amplia de la ley es la que mejor contempla las garantías de la libertad sindical, que no debe ser asegurada sólo desde el punto de vista pasivo -salvaguarda de la autonomía frente al Estado y los empleadores- sino también en lo que hace a la libertad sindical activa, esto es el despliegue de todas las formas de acción que los organismos sindicales consideren idóneas para lograr los objetivos comunes, dentro de la legalidad. (Néstor Corte, "El Modelo Sindical Argentino", Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 115 y s.s.)

El Profesor Juan Carlos Fernández Madrid, ha analizado el tema en sentido concordante en su obra "Tratado Práctico del Derecho del Trabajo" Ed. Fondo Editorial de Derecho y Economía.-

Por su parte, en referencia específica al alcance de la expresión interés colectivo, dice Héctor Babace:

"El interés de clase es el género que comprende a los intereses de categoría. Su representación, señala De Buen, constituye la vocación esencial de los sindicatos (...) El interés de clase no es homogéneo. Por una parte debe sintetizar y aunar los intereses diferentes de las diversas categorías que no siempre coinciden y son con frecuencia opuestos". (Héctor Babace, "La Representación Sindical", p. 32-33; Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay.).

En tal sentido, señala Alonso Olea que uno de los elementos que resulta esencial para la existencia de un sindicato es que posea el poder y facultad para decidir en cuanto a los intereses de sus representados (Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde, "Derecho del Trabajo", Fac. de Derecho de la Univ. Complutense. Madrid 1987, 10 Ed. Revisada, pág. 492), lo que hace decir a Pasco Cosmopolis que *"La defensa de los intereses colectivos es la razón de ser fundamental de todo sindicato; para ejercerla requiere de capacidad plena y suficiente: esta es la esencia de su representación"* (Mario Pasco Cosmopolis, Representación y Participación de la Empresa, en "El Derecho Sindical de América Latina", Coord. Oscar Ermida Uriarte Antonio Ojeda Aviles, p. 297, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1995).

En sentido coincidente se ha expedido el Dr. Rodolfo Capón Filas, en su libro "El nuevo Derecho sindical argentino" Ed. Librería Editora Platense S.R.L.-

Cabe finalmente destacar, que la Doctrina Social de la Iglesia ha reconocido el rol fundamental de las entidades sindicales, sosteniendo:

"La propia potestad civil constituye al sindicato en persona jurídica, de tal manera que al mismo tiempo le otorga cierto privilegio de monopolio, puesto que sólo el sindicato, aprobado como tal, puede representar los derechos de los

obreros..." (Encíclica Quadragésimo anno, Papa Pío XII).

"La defensa de los intereses existenciales de los trabajadores, en todos los sectores, en que entran en juego sus derechos, constituye el cometido de los sindicatos. La experiencia histórica enseña que las organizaciones de este tipo son un elemento indispensable de la vida social, especialmente en las sociedades modernas industrializadas..." (Enc¡clica Laborem Exercens -20-, Juan Pablo II).

De conformidad con lo expuesto en relación a la normativa específica que regula la vida y acción de las asociaciones sindicales, en tanto entidad sindical de primer grado con personería gremial, y en tanto tal, titular exclusiva de la representación de los intereses colectivos de los trabajadores activos y pasivos de la actividad bancaria, la Asociación Bancaria (Sociedad de Empleados de Banco) se encuentra legitimada para la promoción de la presente acción en defensa de los mismos.

4.2.- Legitimación activa (art. 43 C.N.) y razones procesales de esta acción:

Mi representada se encuentra asimismo legitimada para accionar en función de lo previsto por el art. 43 de la Constitución Nacional.

El artículo 43 de la Constitución Nacional, prevé la posibilidad de accionar en defensa de los derechos e intereses colectivos de los habitantes.

Asimismo, es dable señalar que razones de economía procesal hacen preferible una acción colectiva, por sobre una multiplicidad de acciones individuales.

Por ello es que si bien se acciona contra una medida que puede afectar bienes individuales, su proyección es colectiva, pues el titular del derecho afectado y su ejercicio involucran necesariamente a todo el colectivo, pues la información pedida es de interés homogéneo y que debe estar disponible para todo el universo.

En el caso de la “movilidad jubilatoria”, estamos en presencia de un interés individual homogéneo, que sumados a los intereses o derechos colectivos, forman la categoría de derechos de incidencia colectiva, del artículo 43 de la Constitución Nacional.

Si el mismo hecho, acto u omisión afecta a una pluralidad de individuos cuyos remedios individuales resultarían insuficientes, por ende, la afectación requiere un remedio necesariamente colectivo o la intercomunicabilidad de resultados de la decisión judicial adoptada, (conforme artículo: El caso “Verbitsky”, ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?, por Christian Courtis, pág. 100, en CELS Temas para pensar la crisis “Colapso del sistema carcelario”, siglo veintiuno editores, Bs. As. 2005).

Es decir los miembros del grupo o de clase de los afectados ven menoscabados un derecho individual, pero el remedio para evitar, hacer cesar o reparar esa afectación supone una medida de alcance colectivo y no individual; de modo que nadie puede exigir un remedio individual sin que trascienda o afecte a otros en la misma situación.

Este tipo de acciones cobra especial trascendencia cuando se requiere de un remedio para impedir la continuación o la repetición de la violación.

Es decir, los miembros del grupo o de clase de afectados ven menoscabado un derecho individual, pero el remedio para evitar hacer cesar o reparar esa afectación supone una medida de alcance colectivo y no individual; de modo que nadie puede exigir un remedio individual sin que trascienda o afecte a otros en la misma situación.

5.- HECHOS.

En fecha 28 de diciembre de 2017 fue publicada en el B.O. la Ley Nº 27.426, por la cual se modificó la Ley 24.241 (texto según Ley 26.417), alterándose sustancialmente la movilidad jubilatoria, la que en verdad dejó de ser tal, ya que sustituye la fórmula hasta entonces vigente, tal como se lo explicará *"infra"*.

5.1.- Artículos 1º y 2º de la Ley Nº 27.426.

"*Artículo 1°.- Sustituyese el artículo 32 de la ley 24.241 y sus modificaciones, el que quedará redactado, de la siguiente forma:-*

'Artículo 32.- Movilidad de las prestaciones. Las prestaciones mencionadas en los incisos a), b), c), d), e) y f) del artículo 17 de la ley 24.241 y sus modificaciones, serán móviles.

La movilidad se basará en un setenta por ciento (70%) en las variaciones del Nivel General del Índice de Precios al Consumidor Nacional elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) y en un treinta por ciento (30%) por el coeficiente que surja de la variación de la Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTE), conforme la fórmula que se aprueba en el Anexo I de la presente ley, y se aplicará trimestralmente en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de cada año calendario.

En ningún caso la aplicación de dicho índice podrá producir la disminución del haber que percibe el beneficiario."

La nueva fórmula estipula que la movilidad se basará en un setenta por ciento 70% por el índice de precios al consumidor determinado por el INDEC y el 30% restante por el coeficiente que surja de la variación de la "Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables" (RIPTE). Esta nueva fórmula es más perjudicial para los beneficiarios que la norma anterior.

La aplicación de la formula prevista en la Ley Nº 26417, elevó en términos reales muy fuertemente el haber mínimo jubilatorio, así lo determinan el periodista económico Javier Lewkowicz (cita efectuada por Alfredo Zaiat en el artículo "La reforma previsional del Gobierno deteriora en términos reales el poder adquisitivo de los jubilados - Movilidad Social Descendente", link https://www.pagina12.com.ar/73945-movilidad-social-descendente; diario Página página 12 del 05/11/2018), cuando explica que si en vez de aplicar los aumentos de la ley de movilidad se hubiera aplicado índices de consultoras privadas, el IPC de la Ciudad de Buenos Aires y el INDEC desde 2009 a 2017, el haber mínimo jubilatorio sería de $ 5.470 en lugar de los $ 7.246 actuales. Pero eso no es todo, la cuestión es aún más grave ya que en los 21 primeros meses de este

gobierno el RIPTE creció el 59,08%, mientras que en el mismo período la inflación alcanzó el 71,3%.

Pero en la práctica para graficar el cambio hay que decir que, mientras la movilidad de la ley anterior de marzo rondaría los 14,6%, la nueva fórmula significará un incremento de solo el 5,7% (conf. Ismael Bermudez, "Reforma Previsional: Las Limitaciones del Bono Compensador", link https://www.clarin.com/politica/reforma-previsional-limitaciones-bono-compensador_0_HJDbpGVGM.html, Clarín 17/12/2017), por lo que los beneficiarios del sistema de seguridad social perderán en marzo de 2018, el 8,9%.

"Art. 2°- La primera actualización en base a la movilidad dispuesta en el artículo 1° de la presente, se hará efectiva a partir del 1° de marzo de 2018."

Del texto del artículo 2° transcripto surge que la nueva ley deroga en forma retroactiva la ley 26417. Hay que tener en cuenta que la movilidad prevista en la ley 26417 se devenga en el semestre julio/diciembre de 2017, en consecuencia, al momento de entrada en vigencia de la ley 27.426 ya se encontraba devengada casi íntegramente la totalidad de la actualización por el mecanismo en ésta dispuesto. Sin embargo, la ley cuya inconstitucionalidad se propicia prevé que en marzo del 2018 ya no se aplique la ley anterior –en base a la cual fue devengándose la actualización correspondiente al segundo semestre de 2017 casi en su totalidad- y se aplique el nuevo índice, lo cual implica su aplicación retroactiva afectándose un derecho ya adquirido en base a la ley que en dicho semestre se encontraba vigente.

Cabe recordar que en nuestro sistema jurídico las leyes no pueden ser retroactivas excepto que así lo diga la propia norma y nunca podrán afectar derechos garantizados por normas constitucionales (Conf. Art. 7º del Código Civil y Comercial de la Nación), siendo dable destacar que nada dice la norma respecto de su retroactividad y afecta derechos ya adquiridos al momento de su entrada en vigencia que se encuentran garantizados por normas constitucionales.

5.2.- Artículo 3° Ley Nº 27.426.

Dice el art. 3° de la Ley 27.426:

"*Art. 3°- Sustitúyese el artículo 2°de la ley 26.417 el que quedará redactado de la siguiente forma:*
'Artículo 2°.- A fin de practicar la actualización de las remuneraciones a las que se refiere el artículo 24, inciso a) y las mencionadas en el artículo 97 de la ley 24.241 y sus modificaciones, se aplicará un índice combinado entre el previsto en el inciso b) del apartado I del artículo 5° de la ley 27.260 y su modificatorio y el índice establecido por la Remuneración Promedio de los Trabajadores Estables."

En este artículo se establece una novedad de enorme trascendencia para los trabajadores activos, cual es, que los salarios con que se efectúa el promedio salarial del que surgirá el haber base (inicial) de los futuros jubilados ya no se efectuará por la ley de movilidad, sino por un índice combinado igual al aplicado para la actualización de

las sentencias en la Ley de Reparación Histórica (inciso b, artículo 5 ley 27.260) que, como es reconocido por el propio gobierno, implica una quita muy importante.

En el citado artículo 2º, se especifica que la actualización de los salarios se efectuará por el RIPTE "Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables" que es el cociente entre las remuneraciones imponibles con destino al SIJP. ¿Qué significa esto? que si los salarios van a la baja todos los trabajadores que quieran jubilarse tendrán un haber inicial más bajo del que tendrían si se siguiera aplicando la ley de movilidad. Un ejemplo aclara la cuestión: mientras la inflación de diciembre de 2015 a septiembre de 2017 fue del 71,3% el RIPTE fue 59,08%, es decir 12,22% menos en solo dos años.

Por otra parte, la ley cuya constitucionalidad se cuestiona garantiza solo un haber mínimo equivalente al 82% del salario mínimo vital y móvil para los jubilados que hayan acreditado 30 años de aportes, excluyendo de ese derecho a los que hayan accedido al beneficio previsional acogiéndose a moratorias (art. 5°).

Asimismo, el haber mínimo aludido en el párrafo precedente, afecta también a las personas con discapacidad, ya que con la nueva fórmula de ajuste ello se traduciría en menores aumentos a los titulares de pensiones no contributivas.

También excluye a las pensiones directas y derivadas y a las invalideces toda vez que no son titulares de PBU.

Por tal motivo, no ha quedado otra alternativa que la de ocurrir ante los Estrados de la Justicia, a efectos de hacer cesar esta situación de iniquidad.

6.- DE LA NATURALEZA COLECTIVA DE LA ACCIÓN. CUMPLIMIENTO DE LOS RECAUDOS DE LA ACORDADA 12/2016 C.S.J.N.

El apartado II del Reglamento aprobado por la Acordada N° 12/2016 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación prescribe los requisitos que debe abastecer la demanda colectiva para poder ser considerada admisible.

Para ello, sigue básicamente los lineamientos jurisprudenciales establecidos por ella misma en los conocidos fallos "Halabi", "PADEC" y otros precedentes que fueron profundizando diversos aspectos, distinguiendo según se refieran a bienes colectivos o a derechos individuales homogéneos. La presente acción está dirigida a proteger estos últimos.

A continuación, realizaremos una consideración particularizada de los referidos recaudos de admisibilidad contenidos en la Acordada 12/2016 CSJN, a saber:

6.1.- El hecho o causa fáctica común - homogénea (C.S.J.N. Ac. 12/ 2016 Reglamento II.2.a).

Tal como señalara la Corte Suprema en "Halabi", la acción colectiva debe reconocer como antecedente la existencia de un hecho (único o complejo) que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales enteramente divisibles.

En el caso que nos convoca, su presencia resulta palmaria. Se trata de la sanción de una ley que sustituye la fórmula para la actualización de las prestaciones

previsionales por otra de carácter discriminatorio y regresivo, en total desconocimiento de derechos constitucionales y convencionales.

El hecho común, concretamente consiste en el dictado de una norma, que al modificar la base de cálculo de las actualizaciones de los haberes, en un sentido perjudicial para los beneficiarios, produce un menoscabo a diversos grupos vulnerables sujetos de tutela constitucional preferente.

Este hecho común homogéneo perjudica por igual a cada uno de los integrantes de los colectivos cuya defensa se pretende esgrimir, de tal suerte que atenta contra el conocido principio de no regresividad, haciendo caso omiso a compromisos internacionalmente asumidos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

6.2.- La precisa identificación de los colectivos afectados (CSJN Ac. 12/ 2016 Reglamento II.2.a).

La Corte Federal se ha ocupado de precisar el alcance de este requisito, sosteniendo que la adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta o acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada, siendo además un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos establecidos para la procedencia de la acción (CSJN en autos “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros”, sentencia del 10/02/15, considerando 9°).

Es necesario poner de resalto que la identificación precisa es de índole cualitativa. Tiene que permitir el encuadre de los miembros del grupo como tales, esto es, como una clase. Definir un colectivo, en definitiva, supone precisar sus rasgos o caracteres comunes (SUCUNZA Matías y VERBIC, Francisco en: MORELLO, Augusto M., SOSA, Gualberto L., BERIZONCE, Roberto O., Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y la Nación. Comentados y Anotados, 4ta. Edición, ABELEDO PERROT, 2016, Tomo V, pp. 422-429).

Si bien todas las personas que perciben un beneficio de la Seguridad Social se ven afectadas por la regresiva modificación de la fórmula para la actualización de sus haberes, en relación a la Acción promovida, los colectivos cuya defensa pretendemos enarbolar resultan sencillamente identificables, a saber: trabajadores activos y pasivos de la actividad bancaria que sean:

6.2.1.- Beneficiarios de Prestación Básica Universal.

6.2.2.- Beneficiarios de Pensión por fallecimiento.

6.2.3.- Beneficiarios de Asignación por Embarazo para Protección Social.

6.2.4.- Beneficiarios de Asignación Familiar.

6.2.5.- Beneficiarios de Pensión Universal para el Adulto Mayor.

En todos los casos, su rasgo o carácter común es el de ser integrantes del universo colectivo de trabajadores bancarios (activos y pasivos) víctimas de un sistema

que se muestra ostensiblemente regresivo e ineficiente en términos de medio a fin para cumplir los objetivos que la propia Constitución se propone.

Por lo demás, los grupos de beneficiarios representados se tratan de colectivos vulnerables, de ahí que la necesidad de articular una tutela de rango constitucional preferente se hace más aguda pues muchos de ellos dependen de las prestaciones de manera urgente para sobrevivir.

6.3.- La representatividad colectiva adecuada (C.S.J.N. Ac.12/ 2016 Reglamento II.2.b).

Se trata de un requisito que encuentra sus fuentes en el régimen de acciones de clase del derecho federal estadounidense (*Federal Rule of Civil Procedure* 23 [a] 4). El mismo fue reconocido por la Corte en "Halabi" como una de las *"pautas adjetivas mínimas"* que deben regular la materia (Considerando 20), refiriéndose al requisito en cuestión como *"la idoneidad de quien pretenda asumir su representación del grupo"*.

El adecuado representante es un sujeto que gestiona en forma vigorosa los derechos de todos los miembros, como si aquéllos hubieran estado presentes en el litigio. La calidad de su desempeño deberá ser tal que, de haber ejercido los ausentes su defensa en forma personal, no podrían haberlo hecho de mejor manera (SALGADO, José María, Certificación, Notificaciones y opción de salida en el proceso colectivo, en Revista de Derecho Procesal, Ed. RUBINZAL CULZONI, pp. 194).

La Asociación Bancaria (SEB), resulta ser representante adecuado de los grupos detallados, pues se trata de una entidad sindical regulada por la Ley 23.551 cuya principal misión es la defensa de los derechos e intereses individuales y colectivos de los trabajadores –activos y pasivos- de la actividad bancaria.

Su idoneidad en la temática proviene no solo de las disposiciones legales citadas en esta demanda; también de la amplia trayectoria de la Asociación Bancaria (SEB) en la protección y promoción de los Derechos Humanos, Económicos Sociales y Culturales.

6.4.- La pretensión focalizada en los aspectos comunes (CSJN Ac. 12/ 2016 Reglamento II.2.b).

En el caso que nos ocupa, la pretensión está enfocada en neutralizar los aspectos y consecuencias jurídicas comunes generadas por el grave accionar del Estado.

Concretamente, se pretende detener el menoscabo en los haberes, resultante de introducir una fórmula regresiva en el cálculo de las actualizaciones para los diversos beneficios de la seguridad social, y en la determinación del haber inicial de los trabajadores activos al momento de acceder a su jubilación..

La norma recientemente sancionada afecta de manera homogénea a cada uno de los miembros de colectivo representado por la Asociación Bancaria (Sociedad de Empleados de Banco), pues la ofensa a un derecho garantizado por la Constitución y los Tratados es la misma para todos ellos: la reducción en sus ingresos en términos de poder adquisitivo.

El objeto del proceso no se dirige, consiguientemente, a las afectaciones particulares y diferenciadas que los beneficiarios pudieran haber sufrido por el accionar del Estado, sino a la supresión de un accionar que afecta de manera común (homogénea) a toda la clase representada.

Por lo demás, insistimos en que se trata de un colectivo que hoy por hoy gozan de una tutela sustancial y procesal diferenciada de carácter preferente, a través del prisma de la Constitución reformada (CN art. 75 inc. 23).

6.5.- La afectación del derecho de acceso a la justicia de los integrantes del colectivo involucrado (CSJN Ac. 12/ 2016 Reglamento II.2.c).

El ejercicio individual de diversas acciones no aparece plenamente justificado, pues se trata de miles de afectados que, además, por las circunstancias personales que es dable presumir, es impensado que cada uno de ellos se encuentre en condiciones de acceder al mecanismo jurisdiccional que les posibilite restablecer la conculcación de sus derechos. Por ende, la tramitación de demandas individuales no tendría razón de ser, ni sería posible, máxime teniendo en cuenta:

6.5.1.- El peligro del *"strepitus fori"* (escándalo jurídico), ante la posibilidad de sentencias contradictorias. Dada la enorme cantidad de afectados por el obrar de la demandada, la posibilidad de pronunciamientos judiciales encontrados, ante eventuales acciones individuales por parte de los afectados, es un peligro cierto.

6.5.2.- El inútil dispendio de actividad jurisdiccional que implicaría la multiplicidad de acciones derivadas de las mismas causas. En este caso, y dada la inmensa cantidad de beneficiarios afectados, insumiría un gasto totalmente desproporcionado en recursos al poder judicial (y a los particulares) para su tramitación y efectiva defensa, en el caso de su planteo individual.

6.5.3.- Es oportuno señalar que existen casos (como el que nos convoca) donde la especial vulnerabilidad de los afectados, los pone en una situación en la que hasta pueden verse físicamente imposibilitados de litigar. Esta circunstancia no puede consolidarse como una barrera para el acceso a la justicia, y correlativamente como una ventaja para el agente productor del daño.

Por lo demás, y aun cuando unos pocos quisieran acometer dicha tarea, es seguro que la inmensa mayoría optaría por no hacerlo, teniendo en cuenta el costo y el tiempo que un proceso judicial implica para cualquier persona, máxime considerando el grado de vulnerabilidad social de los afectados ya descripto.

De ocurrir ello, la injusticia y las ilicitudes aquí denunciadas se consolidarían, convalidando el obrar de las demandadas, a costa de la vida y la salud de los beneficiarios.

6.5.4.- No puede obviarse la relevante pluralidad de personas afectadas.

6.5.5.- Las circunstancias descriptas hacen imperiosa la actuación para salvaguardar el acceso a la justicia del colectivo afectado, siendo que si no se tomaran las medidas oportunas de protección de sus derechos, podrían verse frustrados.

6.6.- Declaración jurada (CSJN Ac. 12/ 2016 Reglamento II.2.d).

Se declara bajo juramento no haber iniciado ninguna otra acción judicial cuya pretensión guarde sustancial semejanza en la afectación de derechos de incidencia colectiva con los presentes en esta Acción de Amparo.

6.7.- Certificación de la clase. Inscripción en el Registro de Procesos Colectivos (Acordada 32/2014 C.S.J.N.).

En atención a los desarrollos precedentemente expuestos, es que solicitamos a V.S. certifique la presente Acción de Amparo como colectiva, designando a esta asociación sindical como adecuado y legal representante de los intereses del colectivo por ella representado, y ordenando consecuentemente la inscripción de la causa en el Registro de Procesos Colectivos en los términos de la Acordada 32/2014 CSJN.

6.8.-.- De los medios de publicidad de la acción (C.S.J.N. Ac. 12/ 2016 Reglamento VIII.2). Ejercicio del "*OPT OUT*".

A los efectos de garantizar la efectividad del presente pleito colectivo, y fundamentalmente la garantía del debido proceso, solicitamos a V.S. que ordene se implementen medidas adecuadas de publicidad.

Estas medidas constituyen uno de los requisitos esenciales establecidos por la C.S.J.N. en defensa de la comunidad representada. Sostuvo en los precedentes "Halabi" y "PADEC":*"…el tribunal de origen deberá […] arbitrar un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte, e implementar medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con idéntico objeto al presente"*.

La finalidad de estas medidas es principalmente, asegurar la posibilidad de exclusión de los beneficiarios afectados que así lo deseen. Por este motivo las mismas no pueden esperar a la traba de la litis con la demandada, sino que deben ser ordenadas con el primer despacho.

Dada la generalidad de la afectación de derechos que motiva la presente demanda, solicitamos su difusión a través de los medios masivos de comunicación de alcance nacional que estime oportunos.

Sin perjuicio de las medidas que el mejor criterio de V.S. disponga, proponemos las siguientes:

6.8..1.- Leyenda en la página institucional de la ANSES.

Solicitamos se ordene publicitar en el inicio del sitio web institucional de la ANSES, mediante un *banner* en la parte superior de dicha página, y con un tamaño no inferior a un cuarto de la misma, por el término de treinta días el contenido de la resolución que certifique la clase y disponga la apertura del proceso.

6.8.2.- Publicación en el Boletín Oficial.

Solicitamos también se ordene publicitar la existencia de la acción en el Boletín Oficial de la Nación por el término de veinte (20) días.

6.8.3.- Diarios de circulación nacional.

Solicitamos también se ordene publicitar la existencia de la acción en dos diarios de circulación nacional por el término de diez días, a costa de la demandada.

6.8.4.- Control judicial del mensaje a transmitir.

Por último se solicita, dada la importancia de la claridad del mensaje a transmitir, se consensue el mismo, y posteriormente sea aprobado por V.S. Esto evitará todo tipo de ambigüedades que dificulten la comprensión de los afectados sobre el alcance de este proceso.

Ello pues la falta de control judicial sobre el contenido ha dado lugar, en repetidas ocasiones, a mensajes tendenciosos por parte de los demandados, que intentan más bien defender su posición, generando temor y confusión, en lugar de informarlos sobre los derechos en juego, la posibilidad de excluirse del proceso, y que sólo pueden verse beneficiados por la sentencia.

7.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA ACCIÓN.

7.1. 1-- El Derecho Humano a la Seguridad Social

La **Declaración Universal de los Derechos Humanos** se ha convertido en una referencia clave en el debate ético-político actual, y el lenguaje de los derechos se ha incorporado a la conciencia colectiva de muchas sociedades. El objetivo de esta declaración es el establecimiento de estándares internacionales mínimos para la protección de los derechos y libertades fundamentales del individuo, y en un sentido amplio están considerados como el pilar básico de una legislación internacional común que no requiere de su suscripción o ratificación por parte de ningún Estado.

En relación a la Seguridad Social, el artículo 22 señala que "***Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad***".

De esta forma, establece que toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, entendiéndola como la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas contra las privaciones económicas y sociales que de no ser así provocarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte, y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos.

En ese sentido, la comprensión del **DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL** como **un DERECHO HUMANO** implica que:

- Es un **derecho inherente a todo ser humano**, a su dignidad, donde la persona es el titular del derecho.

- Es un **derecho universal**, ya que pertenece a toda persona humana
- Es un **derecho fundamental**, donde su naturaleza fundamental se desprende del carácter indispensable de su contenido para el desarrollo pleno del ser humano.
- Es un **derecho subjetivo**, es decir, un derecho jurídicamente exigible desde la Constitución por los medios y mecanismos previstos en el Derecho.
- El bien jurídico inherente al derecho es la seguridad, toda vez que si se presentan ciertas contingencias debe encontrarse la protección necesaria para amortiguarlas. La denominación seguridad social responde a dos motivos: a) esa seguridad es ofrecida por la sociedad en su conjunto al individuo, y b) si bien se trata de una seguridad individual, todos gozan de ella como miembros de la sociedad, ya que la seguridad social se apoya en la solidaridad
- Es un **derecho individual de carácter social**, ya que la única forma de satisfacerlo es con la participación de todos a partir del ejercicio de la solidaridad social. El bien jurídico se satisface mediante una responsabilidad compartida, entre el individuo y la sociedad, pero debe quedar muy claro, que sin la solidaridad social es imposible para la mayoría (por no decir para todos) satisfacer el bien jurídico de este derecho fundamental. Por esa razón, la atención de dichas necesidades pasaron además (porque no excluye la responsabilidad individual) a ser responsabilidad social. Por otro lado, las contingencias, nunca dejarán de presentarse por óptima que sea la situación de conjunto de la sociedad. La sociedad es incapaz de evitar la contingencia, pero sí es capaz de remediar sus consecuencias
- Es un **derecho de naturaleza prestacional**, ya que se materializa en la provisión de prestaciones dinerarias o en especie como en el caso de los servicios de salud. Las prestaciones pretenden satisfacer una serie de necesidades que se consideran ineludibles para el desarrollo de una vida digna. El contenido de la prestación debe responder a la dimensión de la necesidad que la contingencia ocasiona. La relación prestación-necesidad se rige, entre otros, por los principios de: integralidad (se trata de una prestación integral, idónea para satisfacer la necesidad) y dignidad (la dignidad es la base y el límite de la prestación, por tanto, la prestación debe ser aquella que no lesione la dignidad de la persona). La clave de las necesidades a las que responde el derecho es que son insoslayables y no son intencionales. Por regla general, nadie elige enfermarse o la vejez, los accidentes de trabajo, la enfermedad profesional, la invalidez y mucho menos la muerte; son contingencias que acontecen de manera involuntaria, por esa razón la necesidad que deviene de su acaecimiento es también involuntaria. En segundo término, la necesidad que la contingencia genera, de no ser satisfecha adecuadamente, repercutirá directamente en la calidad de la vida de quien la sufre. Su no satisfacción le impedirá a la persona realizar su plan de vida.
- Es un **derecho complejo**, ya que abarca a un conjunto de derechos vinculados: el derecho a la seguridad social abarca al derecho a la salud, a la atención médica, a la protección contra accidentes laborales, a la pensión o a la jubilación.
- Es un **derecho exigible** frente al Estado, ya que corresponde a este actuar con objetividad los intereses generales o públicos. Si el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental, inherente a todo ser humano, el cual solo puede ser satisfecho con el concurso de todos, implica que el Estado está obligado a satisfacerlo independientemente de que alguno de esos derechos concretos puedan exigirse a otros sujetos jurídicos, públicos o privados.

7.1.2- Responsabilidad del Estado de respetar y hacer respetar el

Derecho Humano a la Seguridad Social.

En este marco, se entiende a los derechos humanos como el conjunto de características y atributos propios del individuo derivados de su dignidad, por lo que no pueden ser afectados o vulnerados. Sin ellos, las personas no pueden existir ni llevar una vida propiamente humana, por tanto, es imprescindible que los Estados y sus leyes los reconozcan, los difundan, los protejan y los garanticen.

Cuando se habla de derechos se debe estar consciente de que todo derecho implica un deber u obligación. Por tanto, los individuos al gozar de derechos humanos también tienen deberes y, en este sentido, se considera el más importante el de *hacer el bien a los demás* y *hacer bien* la tarea que tiene encomendada. Es decir, que todo individuo debe tener una disposición para dar, hacer o no hacer alguna cosa; de otro modo, el derecho sería un concepto vacío. Son los Estados quienes asumen los deberes de respetar y garantizar estos derechos.

La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos. Por ejemplo, no pueden privar de la vida a una persona ni someterla a torturas o tratos crueles. La obligación de garantizar su cumplimiento exige que los Estados deban prevenir su violación, investigar si los derechos son quebrantados y, en consecuencia, castigar a los culpables. Si la violación tiene lugar, toda la maquinaria del Estado debe actuar para que esta conducta no quede impune.

El Estado de Derecho está formado por dos componentes: el Estado (como forma de organización política) y el Derecho (como el conjunto de normas que rigen el funcionamiento de una sociedad). En estos casos, por tanto, el poder del Estado constituye la auténtica expresión de la idea de Derecho vigente en la sociedad. Este Estado de Derecho no se da por generación espontánea ni depende solo de la voluntad o decisión de algún actor político en particular. Su construcción es un proceso que involucra a todos los actores políticos relevantes y a la ciudadanía, y no se agota en la edificación de un sistema jurídico o constitucional. El Estado de Derecho se expresa y realiza en la norma legal, pero también en la definición y el funcionamiento efectivo de las instituciones, así como en la cultura y las prácticas políticas de los actores.

En la actualidad, el derecho a la Seguridad Social es uno de los que tiene mayor reconocimiento por la comunidad internacional, en virtud de que ha sido incluido en las Cartas Magnas de la mayoría de los Estados, con lo cual, además de tratarse de un derecho humano fundamental, se le ha dado también el valor de mandato constitucional. Por esta razón, corresponde al Estado la responsabilidad de vigilar su respeto y efectivizar su cumplimiento.

Un mandato constitucional, de acuerdo con el Diccionario Universal de Términos Parlamentarios, es “todo encargo o comisión: actuar en representación de alguien, en general orden o disposición imperativa”. Si atendemos a su etimología latina, proviene de *mandare,* verbo mandar, que significa encomendar, encargar, poner en manos de o dar órdenes. Tiene su fundamento en el sistema representativo, en el que el pueblo se gobierna por medio de sus elegidos.

En el Estado de derecho en que vivimos, donde la puja distributiva es la moneda corriente, cada sector económico y social estructura distintos modelos de proteger sus derechos. Así los empresarios arman corporaciones, se unen en uniones empresarias de distinta naturaleza, en nuestro país la Unión Industrial, la Sociedad Rural, etc. Estas estructuras a su vez efectúan diferentes modos de presión sobre el Estado o sobre los medios de difusión. Los trabajadores se defienden conformando gremios, preparando periodistas especializados, movilizándose, haciendo medidas de fuerza etc. Pero los jubilados y pensionados, la parte más importante de los titulares del derecho humano a la seguridad social, solo tienen para defender sus derechos a la Justicia Argentina. **Siendo el Estado el responsable de otorgar las prestaciones, solo el amparo judicial puede poner equilibrio y freno a los abusos estatales**.

7.2.- REGRESIVIDAD Y PROGRESIVIDAD EN LOS DERECHOS SOCIALES

7.2.1.- De la indivisibilidad de los derechos humanos

La doctrina constitucional distingue los derechos individuales tradicionales - derechos de protección del ciudadano frente a acciones del Estado, es decir derechos sobre acciones negativas u omisiones del Estado -, de los derechos económicos, sociales y culturales, que son, principalmente, derechos a acciones positivas del Estado, dentro del cual se identifica el derecho a la seguridad social. La clásica distinción entre derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, y la contraposición entre obligaciones negativas y obligaciones positivas, contribuyó históricamente a disminuir el reconocimiento por los poderes públicos de los derechos sociales no sólo en cuanto a su naturaleza sino, también, en cuanto a las posibilidades de tutela judicial. La existencia de dos pactos internacionales en lugar de uno revela su distinto tratamiento, como dos "categorías" diferentes de derechos, dotados de medidas de implementación distintas: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos de 1966.

En relación a la Constitución argentina, en el texto de 1957, bajo la forma del artículo 14 bis, se han incorporado importantes derechos a prestaciones, luego ampliados y fortalecidos en 1994 por la recepción, con jerarquía constitucional, de los tratados internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, a pesar de la riqueza de las normas constitucionales e internacionales vigentes, los derechos sociales no son considerados por los jueces, en numerosos casos, como derechos subjetivos exigibles sino más bien como normas programáticas, sujetas a su configuración legal. El cumplimiento de las cláusulas constitucionales implica dar respuesta a las demandas de la sociedad mediante prestaciones estatales, tal lo señalado por el artículo 75 de la Constitución, en el cual se consignan las atribuciones-deberes del legislador ordinario con una fuerte orientación social. En este marco, si el legislador omitiera o restringiera de manera arbitraria, sin razones objetivas, el cumplimiento de ese deber de realización, cualquier persona estaría en condiciones de exigir su concreción en el caso concreto. Sin embargo, en los derechos sociales es donde se evidencia el nivel más bajo de realización y, simultáneamente, el mayor grado de intervención del legislador y de la Administración. Se torna evidente que la temática contiene ribetes de mayor complejidad, excediendo lo estrictamente jurídico

para acercarse a la necesidad de resolver cuestiones vinculadas a la redistribución de la riqueza, haciéndose patente su impacto político.

Ferrajoli[5] asevera que la carencia de límites para el poder económico y para el poder político contradice hoy el paradigma del Estado constitucional de derecho y se traduce en un regreso a la ley del más fuerte. Por un lado, se señala que en el mecanismo de producción las leyes son descalificadas como trabas inútiles al decisionismo gubernativo y al desarrollo productivo y, por el otro, el "absolutismo de la mayoría y absolutismo del mercado, al sumarse a la descalificación de la política, de la esfera pública y del Estado social, se resuelven en una ruptura del pacto constitucional fundado en la tutela de la igualdad y en la satisfacción de los derechos vitales de todos y en particular de los sujetos más débiles".

Tal como señala Horacio Gonzalez[6] *"Uno de los principales argumentos a favor de los derechos sociales es el argumento de la libertad. Es suficientemente conocida la expresión de que la libertad jurídica sin la libertad fáctica carece de todo valor, pero también que numerosos titulares de derechos sociales no encuentran respuesta a sus necesidades en el mercado y dependen para su goce de acciones estatales. De ahí la importancia que asume en la concreción de los derechos la jurisprudencia de los tribunales. Tanto cuando exigen el cumplimiento de las obligaciones del Estado frente al ataque a los derechos individuales, como cuando tienen que resolver la operatividad de derechos sociales y exigir la ejecución de acciones positivas de los poderes públicos. Se considera que los derechos constitucionales pueden ser materia de restricciones por la existencia de normas de nivel constitucional o infra-constitucional. Así, en nuestro sistema constitucional, los jueces han declarado reiteradamente que no existen derechos absolutos, todos los derechos pueden ser materia de restricciones en tanto no excedan el límite de lo razonable. Los derechos sociales se han visto amenazados no sólo por el accionar de los particulares y la omisión de los poderes públicos, sino también por las necesidades del propio Estado. En esa situación no han tenido una protección judicial adecuada frente a la legislación de emergencia dictada en beneficio del Estado. Durante el predominio del neoliberalismo y el "fundamentalismo" del mercado, el trabajador y sus derechos dejaron de tener el carácter de sujetos de preferente atención. Los derechos sociales han sufrido un doble embate. Por un lado, los jueces se limitan a un reconocimiento formal de su existencia y, por el otro, el legislador omite su reglamentación positiva y cuando interviene lo hace para poner vallas o bloquear su progreso*."

7.2.2.- El principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales y la prohibición de regresividad.

El artículo 14 bis de la Constitución nacional y los tratados internacionales de derechos humanos imponen una función rectora al Estado en materia de derechos sociales. A partir de la reforma constitucional de 1994, los Tratados Internacionales de

[5] Ferrajoli, Luigi, *El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad, en Ibáñez*, Perfecto Andrés (comp.), Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción, Trotta, Madrid, 1996, p. 22

[6] Gonzalez, Horacio, *Ni un paso atrás – La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (comp.), CELS – CEDAL – Edicion Del Puerto, CABA, 2006, p. 196

Derechos Humanos adquieren jerarquía constitucional por lo que la prohibición de regresividad pasa a formar parte del derecho constitucional argentino.

Conviene aclarar en este punto, dos campos de aplicación posible de la noción general de regresividad para una mejor comprensión de la temática. Tal como lo desarrolla Courtis[7], la regresividad se manifiesta en *los resultados de una política pública* (regresividad de resultados) cuando los resultados de la política pública desarrollada por el Estado empeora la situación de las personas en relación con el estado de las mismas en un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro. Esta aplicación de la noción de regresividad requiere, por ende, indicadores o referencias empíricas. De esta manera, la noción de regresividad puede ser aplicada a cada indicador empleado en particular, o bien a la evaluación conjunta de varios indicadores que permitan una consideración general de los resultados de una política pública.

Asimismo, la noción de regresividad puede aplicarse a normas jurídicas, es decir a la extensión de los derechos concedidos por una norma, estando en este caso frente a una regresividad normativa. En este sentido –no empírico sino normativo–, para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior.

Ambos sentidos de la noción de regresividad pueden desprenderse de la noción de "progresividad" adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, órgano que el 7 de junio de 2005 aprobó las "Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador".

En los informes nacionales previstos por el Protocolo de San Salvador –semejantes a los establecidos por el sistema universal– los Estados deben dar cuenta de las medidas progresivas adoptadas "para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo protocolo".

El artículo 5.1 de estas normas define la noción de progresividad del siguiente modo: *"a. los fines de este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural".* Para ello, el artículo 5.2 requiere el empleo de *"indicadores de progreso*", cuya justificación es la siguiente: *"Un sistema de indicadores de progreso permite establecer, con un grado razonable de objetividad, las distancias entre la situación en la realidad y el estándar o meta deseada. El progreso en derechos económicos, sociales y culturales se puede medir a partir de considerar que el Protocolo de San Salvador expresa un parámetro frente al cual se puede comparar, de una parte, la recepción constitucional, el desarrollo legal e institucional y las prácticas de gobierno de los Estados; y de otra parte, el nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad expresadas, entre otras, a través de los partidos políticos y de las organizaciones de la sociedad civil"*.

[7] Courtis, Christian, Horacio, *Ni un paso atrás – La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (comp.), CELS – CEDAL – Edicion Del Puerto, CABA, 2006, p. 3 y subsiguientes

Por un lado, se alude al *"nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad"*, que es el ámbito en el que pueden emplearse indicadores o referentes empíricos referidos al nivel de satisfacción de derechos tales como el acceso a servicios de salud, el acceso a servicios educativos, a pensiones y jubilaciones, etcétera, y la calidad de esos servicios o políticas en términos de resultados, por ejemplo, mortalidad infantil en materia de salud, eficiencia terminal en materia educativa, nivel de cobertura previsional, entre otros.

Por otro lado, el mismo párrafo del artículo 5.2 de las *"Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador"* reconoce una dimensión normativa, al identificar entre los aspectos en los que se refleja el cumplimiento de la obligación de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, *"la recepción constitucional, el desarrollo legal e institucional y las prácticas de gobierno de los Estados".*

La nota al artículo 11 define las medidas regresivas que, aclara el artículo, *"en principio, son incompatibles con la vigencia plena del Protocolo": "**por medidas regresivas se entienden todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido**".*

Nuevamente, esta definición de regresividad involucra las dos nociones señaladas, toda vez que son regresivas: a) las disposiciones normativas que impliquen un retroceso en la extensión concedida a un derecho, y b) las políticas que impliquen un retroceso en los resultados, mesurable a través de indicadores o referentes empíricos.

La prohibición de regresividad también se encuentra presente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales El artículo 2.1 del PIDESC establece que *"cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".*

La noción de progresividad abarca dos sentidos complementarios: por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto supone una cierta gradualidad. Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresa en su Observación General 3 que *"el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un período corto de tiempo. En este sentido la obligación difiere significativamente de la contenida en el artículo 2 del PIDCP, que supone una obligación inmediata de respetar y asegurar todos los derechos relevantes". "Sin embargo –continúa la Observación General–, el hecho de que el Pacto prevea que la realización requiere un cierto tiempo, o en otras palabras sea progresiva, no debe ser malinterpretada en el sentido de privar a la obligación de todo contenido significativo".*

Se trata por un lado de un mecanismo necesariamente flexible, que refleja las realidades del mundo real y las dificultades que representa para todo país el aseguramiento de la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otro lado, la frase debe ser leída a la luz del objetivo general, que constituye la raison

d´être del Pacto, es decir, el establecimiento de obligaciones claras a los Estados Parte al respecto de la plena realización de los derechos en cuestión. Por ende, impone la obligación de moverse tan rápida y efectivamente como sea posible hacia la meta" (párr. 9). De allí que la noción de progresividad implique un segundo sentido, es decir, el de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos sociales y culturales. El Comité recalca al respecto que las medidas que el Estado debe adoptar para la plena efectividad de los derechos reconocidos *"deben ser deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el Pacto"* (Observación General 3, párr. 2). Esta interpretación es abonada por el sentido de una de las cláusulas claves del PIDESC, su artículo 11.1. La disposición establece que *"Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento".* El artículo 11.1 resume en gran medida el significado de los derechos sociales: la garantía de un nivel de vida adecuado y la identificación de los componentes mínimos a tener en consideración para dar sentido a esa noción de adecuación. Adicionalmente, **el Pacto requiere la mejora continua de las condiciones de existencia, es decir, la progresividad en el sentido de progreso, o ampliación de la cobertura y protección de los derechos sociales**. **De esta obligación estatal de implementación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, pueden extraerse algunas obligaciones concretas. La obligación mínima asumida por el Estado al respecto es la obligación de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora "progresiva**". Dado **que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes.**

Respecto de la prohibición de regresividad en los instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos, dos instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos incluyen cláusulas similares a la del artículo 2.1 del PIDESC, de modo que la prohibición de regresividad también está incorporada a estos instrumentos, puntualmente en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que es la norma de ese instrumento dedicada a los derechos económicos, sociales y culturales.

Cabe señalar que la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad tienen exactamente el mismo basamento textual en el artículo 2.1 del PIDESC que en el artículo 26 de la Convención Americana. Más aun, la Comisión Interamericana parece compartir esta postura toda vez que en su análisis sobre el principio de progresividad del artículo 26 de la Convención, afirma expresamente: *"El carácter progresivo con que la mayoría de los instrumentos internacionales caracteriza las obligaciones estatales relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales implica para los Estados, con efectos inmediatos, la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retrocesos"*

Luego, los retrocesos en materia de derechos económicos, sociales y culturales pueden configurar una violación, entre otras disposiciones, a lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana".

Conforme el bloque constitucional vigente (texto de la Constitución más los tratados internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional), cuando el Estado sanciona una legislación o reglamentación que avanza sobre el núcleo esencial de un derecho, o tiene carácter regresivo de los derechos reconocidos a las personas, los jueces deben aplicar criterios de control más estricto.

La prohibición de regresividad, contemplada en los tratados internacionales de derechos humanos y el principio de razonabilidad, junto con la escala de valores, fijada por los mencionados documentos internacionales, deben tenerse en cuenta por el juez al analizar la naturaleza constitucional de una intervención u omisión en el cumplimiento de los derechos a prestaciones. En la doctrina constitucional alemana (Kruger, Durig, Stein) se elaboraron las ideas del contenido esencial de los derechos fundamentales. El contenido esencial de un derecho es aquel más allá del cual se hace irreconocible el tipo de derecho protegido, al faltarle sus caracteres mínimos definitorios. El legislador ordinario no puede, al regular las instituciones de la Seguridad Social y el reconocimiento de sus derechos, actuar en forma tal que desborde su contenido esencial.

La prohibición de regresividad puede ser entendida, en este contexto, como una veda a las normas y medidas estatales que, por debilitar o retraer el nivel de protección otorgado, reinstauran obstáculos para la satisfacción de sus necesidades básicas, o, en términos más amplios, hacen renacer obstáculos de carácter económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de las personas, e impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social de un país. En este sentido, la prohibición de regresividad opera como cláusula de control jurídico del cumplimiento, por parte de los poderes políticos, del mandato del Estado social -o bien de las cláusulas de pactos internacionales de derechos humanos que imponen al Estado obligaciones en materia social–. Dado que el contenido de las necesidades consideradas básicas, las posibilidades de desarrollo de las personas y las áreas de participación se amplían con el tiempo y con el progreso material y científico de nuestras sociedades, el umbral de protección –y por ende, las posiciones consolidadas insusceptibles de derogación o supresión– también tienden a ampliarse progresivamente.

En efecto, la obligación de no regresividad implica un control "agravado" del debido proceso sustantivo: de acuerdo a la concepción tradicional de la razonabilidad, el parámetro al que quedaban sujetos el legislador y el Poder Ejecutivo se vinculaba exclusivamente con criterios de racionalidad –por ejemplo, la no afectación de la sustancia del derecho, el análisis de la relación medio/fin que propone la norma, el análisis de proporcionalidad, etcétera–. Evidentemente, un mismo derecho puede ser pasible de varias reglamentaciones razonables, de modo que el principio de razonabilidad excluye las reglamentaciones irrazonables, pero permite que el legislador o el Poder Ejecutivo escojan dentro de las opciones razonables, la más conveniente de acuerdo a su apreciación política.

La obligación de no regresividad agrega a las limitaciones vinculadas con la racionalidad, **otras limitaciones vinculadas con criterios de evolución temporal o histórica: aun siendo racional, la reglamentación propuesta por el legislador o por el Poder Ejecutivo no puede empeorar la situación de reglamentación del derecho vigente, desde el punto de vista del alcance y amplitud de su goce**. De modo que, dentro de las opciones de reglamentación posibles, los poderes políticos tienen, en principio, vedado elegir supuestos de reglamentación irrazonable y, además, elegir supuestos de reglamentación que importen un retroceso en la situación de goce de los derechos económicos, sociales y culturales vigentes. En este sentido, la prohibición de regresividad agrega un nuevo estándar de análisis al concepto de razonabilidad de la ley.

Corresponde a quienes tienen la tarea de actualizar la Constitución –tanto los órganos de gobierno como la sociedad– ampliar la protección de los derechos cuando las limitaciones alcanzan a sectores de la sociedad cuyos derechos básicos no son respetados por el Estado. El Estado Parte del PIDESC no puede justificar su intervención en los mencionados derechos mediante afirmaciones genéricas sobre necesidades del Estado, fiscales, económicas o financieras. Debe probar que otros derechos previstos en el PIDESC se vieron favorecidos por la medida interventora. Tampoco puede hacerlo en su exclusivo interés, sino que la medida debe estar en armonía con el desenvolvimiento de los restantes derechos. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales interpreta que el PIDESC establece una prohibición absoluta de medidas regresivas respecto de cualquier derecho comprendido en el Pacto. El dictado de normas que vulneren el contenido mínimo esencial de esos derechos implica violar el Pacto. Ya hace treinta años la Corte Argentina sostenía que, en materia de derechos sociales, rige la regla in dubio pro justitia socialis a la que le asignó naturaleza constitucional.

El principio de no regresividad, el estándar de razonabilidad y la regla in dubio pro justitia socialis fijan claros límites a la actividad del Estado.

La norma nacional es regresiva cuando la efectividad del derecho social que se reglamenta es menor que el que había alcanzado antes de la sanción de la norma.

El juicio de comparación, en el caso de los derechos sociales, permite desarrollar una serie de principios que son aplicables para establecer el carácter regresivo o no de la nueva norma respecto de la anterior. La denegación o la violación de los derechos económicos, sociales y culturales pueden materializarse de diferentes formas y alcanzar distintos grados de intensidad. La pobreza extrema en que cayó más del cincuenta por ciento de la población argentina, a principios del presente siglo, es un claro ejemplo de ello. Esta pérdida de vigencia alcanzó a todos los derechos sociales, en un contexto de pronunciada regresividad, violando el principio de indivisibilidad de los derechos humanos. Las leyes 24.241 y 24.463, que introdujeron reformas estructurales al sistema previsional argentino, fueron un claro ejemplo de normas regresivas de los derechos y garantías judiciales de los beneficiarios del sistema.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas tuvo oportunidad de pronunciarse terminantemente precisando que "*en caso de dictarse una norma de estas características, una vez planteado el carácter regresivo de la norma, porque su grado de protección es un retroceso respecto al estado de situación anterior, la norma se presume inválida*", y agregó que "*la admisión de medidas regresivas*

adoptadas en relación con el derecho a la educación, y otros derechos anunciados en el Pacto, es objeto de grandes prevenciones. Si deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que disponga el Estado Parte" (Comité de DESC, Observación General N° 13).

Estas normas, a las que se las ha calificado como normas "de categoría sospechosa" o "sujetas a un control o escrutinio estricto", para sortear su declaración de inconvencionalidad o inconstitucionalidad, exigen del Estado la cabal demostración de que han sido implementadas luego de haber efectuado la consideración más cuidadosa de todas las alternativas, de que su dictado se justifica plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC, y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que disponga.

Y ninguna de dichas condiciones se encuentra presente como para justificar el dictado de la Ley 27.426.

Al respecto resulta elocuente la orfandad argumental del Mensaje de Elevación n° 129/2017 bajo el cual el Poder Ejecutivo Nacional remitió al H. Senado de la Nación, el día 17 de noviembre de 2017, el Proyecto de Ley que ingresara bajo Expte. N° PEN-391/2017 que, luego del trámite parlamentario, se convirtiera en Ley N° 27.426.

No existe ni un solo párrafo o frase en el Mensaje indicado en que se invoque –o del que pueda deducirse- que se hayan considerado otras alternativas ni de que su dictado se justifique en referencia a la totalidad de los derechos provenientes del PIDESC o a fin de posibilitar un avance progresivo en el logro de otros derechos por éste garantizados.

Y tales referencias no existen en el Mensaje de Elevación porque, sencillamente, no han sido evaluadas otras alternativas menos perniciosas, y porque la Ley 27.426 no constituye elemento normativo dirigido a garantizar, ni a obtener la mejora progresiva, de ninguno de los derechos reconocidos por el PIDESC.

Párrafo aparte merece el requerimiento de invocación y prueba de haber sido adoptada en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que disponga.

Tal como infra se expondrá, la Ley N° 27.426 posee un alto contenido fiscalista y fue dictada con el único objeto de "generar un fuerte ahorro fiscal"; ahorro para el Estado en cuanto a lograr una menor erogación de recursos monetarios que los que debería erogar de continuar vigente el sistema de actualización dispuesto por la Ley 26.417; y de efectuar tal ahorro a costa del monto haberes previsionales –y en perjuicio de sus beneficiarios- que habría debido abonar en base al sistema de actualización dispuesto por ésta. En síntesis, una clara transferencia de ingresos desde el sector pasivo –y en perjuicio de éste- hacia el Estado, cuya estimación oscila entre $ 70.000 millones y $ 100.000 millones por el año 2018.

Y tal medida de generación de "ahorro fiscal" a costa del sector pasivo no puede encontrar justificación alguna en término de "recursos de que disponga el Estado" a la luz de las sucesivas medidas económicas adoptadas por el Gobierno Nacional que

importaron privar al Estado Nacional de recursos fiscales –efectuando una distribución regresiva de recursos- en beneficio de los sectores de mayores recursos económicos.

Valgan como ejemplo de ello la eliminación de retenciones (derechos de exportación) a la exportación de trigo y maíz, y reducción de la pertinente alícuota a la exportación de soja y sus derivados (decreto 133/2015, B.O. 17/12/2015, reconociéndose expresamente en el anteúltimo párrafo de sus Considerandos que dicha medida generaba "merma en la recaudación del Estado Nacional"); la eliminación de las retenciones (derechos de exportación) a las empresas mineras (decreto 349/2016, B.O. 15/02/2016); la reducción de la recaudación del Impuesto a los Bienes Personales a través de la reducción de alícuotas, elevación del mínimo no imponible, y determinación de su base de cálculo sobre el excedente (Ley 27.260); la condonación de la deuda ($ 19.000 millones) a las empresas eléctricas –distribuidoras- (Ley de Presupuesto 2017); las sucesivas resoluciones de la Secretaría de Comercio que extendieron (ampliaron) el plazo para la liquidación de divisas derivadas de exportación sucesivamente a 1, 5 y 10 años, y el decreto 893/2017 (B.O. 01/11/2017) que eliminó la obligación de liquidar divisas por exportaciones; y la nueva reducción escalonada, del 0,5% mensual, de la alícuota del derecho de exportación a la soja y derivados entre enero/2018 y diciembre/2019 (Decretos 1343/2016, y 1126/2017 BO 02/01/2018); medidas éstas que provocaron un costo fiscal al Estado (privación de ingresos) superior a la suma de ahorro fiscal pretendido con la Ley 27.426 (https://www.pagina12.com.ar/86599-record-de-cosecha-con-menos-liquidacion y https://www.pagina12.com.ar/86601-a-los-ricos-menos-impuestos); lo cual permite concluir que desde el propio Estado Nacional, con la sanción de la ley impugnada, se produce una transferencia regresiva de ingresos desde el sector pasivo de la sociedad hacia los grupos económicos dominantes.

Por último a este respecto, a todo evento y a la luz de las manifestaciones públicas de algunos funcionarios referidas a que la nueva fórmula resulta más favorable a los beneficiarios del régimen previsional –aún cuando éstas manifestaciones no poseen correlato en el texto de la ley-, vengo a destacar al elevado criterio de V.S. que de no haber tenido la Ley 27.426 la intención de detraer recursos de la clase pasiva para generar un ahorro fiscal sino de "favorecer" a éstos debió haber mantenido la fórmula de actualización de los haberes y de determinación del haber inicial previstos por la Ley 26.417 incorporando la nueva fórmula (la de la Ley 27.426) de manera alternativa y con la expresa previsión de que en cada período resultaría aplicable la que arrojara un resultado mas favorable a sus beneficiarios.

7.2.3.- De la acción y responsabilidad del Estado

El sistema constitucional consagra la Seguridad Social como un derecho y, también, como garantía institucional. Se trata de organizar un régimen público cuya preservación es indispensable para asegurar los principios y derechos constitucionales conformando un núcleo irreductible para el legislador. La seguridad social en su desenvolvimiento histórico ha desarrollado determinados rasgos que le son propios y que la hacen reconocible como tal. Los distintos subsistemas que integran el sistema de la seguridad social tienen por finalidad dar respuesta adecuada a estados de necesidad esenciales para la vida y dignidad de las personas y, por ende, deben contar con una

fuerte protección que la libre de alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia. Es por ello, que el legislador ordinario no puede por su propia decisión modificar la naturaleza de la seguridad social transformándola en otra cosa.

Es función del Estado organizar y financiar la Seguridad Social, de carácter pública y obligatoria para cubrir las necesidades y contingencias de todas las personas. Es el Estado el encargado de garantizar y "otorgar" los derechos a la Seguridad Social, siendo las personas sus beneficiarios, pero no alcanza sólo con su actividad, sino que se requiere de la organización de la sociedad, del ejercicio activo de los derechos colectivos de "participación" por parte de los ciudadanos en la vida económica y social, tipificados, entre otros derechos, en la libertad política y sindical, el derecho de huelga, la negociación colectiva, autonomía económica y financiera de las entidades nacionales o provinciales de la seguridad social, administración por los interesados con participación del Estado de las personas públicas no estatales, iniciativa legislativa y consulta popular. En el nivel del desarrollo actual de los contenidos sociales y democráticos del Estado de derecho, los derechos sociales son una parte inescindible de los derechos humanos fundamentales del hombre. El principio rector, para tomar posición a favor o en contra de la exigibilidad de los derechos a prestaciones, pasa por reconocer, como dice Alexy[8], que *"los derechos fundamentales son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no-otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria"*. La Constitución marca, entre otros fines a conseguir, la universalidad (integralidad), en sus aspectos objetivo y subjetivo, de la seguridad social. Para su logro deben tenerse en cuenta las circunstancias económicas, los recursos disponibles y las necesidades sociales. Su evolución puede ser más rápida o más lenta, pero no admite retrocesos significativos.

Para hacer efectivos los derechos vinculados al desarrollo integral de la persona, y poder cumplir con las directivas fijadas en el artículo 75, incisos 19 y 23, de la Constitución nacional, la asignación de recursos pasa a ser una directriz fundamental. Desde una perspectiva asistencialista "focalizada", no acorde con el criterio de reconocimiento universal de los derechos, sólo el grupo de personas vulnerables merecen ayuda; desde una interpretación amplia de los derechos humanos, todas las personas, de acuerdo al texto de los tratados, pueden exigir la concreción de medidas positivas, que aseguren el derecho al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social. La lectura de los tratados internacionales de derechos humanos, incorporados con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22) permite sacar algunas conclusiones sobre la aplicación del criterio de los recursos disponibles. Así, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Parte se han comprometido a *"lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados"* (art. 26), en la Convención sobre los Derechos del Niño se dispone, respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, que los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para darle efectividad a los derechos reconocidos en la Convención, *"hasta el máximo de los recursos que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación*

[8] Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 432

internacional" (art. 4). Pero es en el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (PIDESC) donde el tema aparece tratado con mayor claridad y amplitud, estableciéndose el compromiso de los Estados Parte de hacer efectivos lo derechos reconocidos en el Pacto, en forma progresiva *"hasta el máximo de los recursos de que disponga"* (art. 2.1). La pauta *"hasta el máximo de los recursos"* no admite dudas, ni interpretaciones regresivas. Los derechos sociales tienen por principal función asegurar la participación en los recursos sociales de los distintos miembros de la comunidad. Es un requisito necesario para asegurar condiciones de libertad e igualdad. Los derechos a la seguridad social son derechos humanos fundamentales y como tales gozan de una preferencia que implica el deber de los gobiernos de asignarles el máximo de recursos disponibles para su realización. Todo ello, luego de una evaluación objetiva, de tal manera que al distribuir los ingresos y gastos del presupuesto se coloquen, en primer lugar, el cumplimiento de las necesidades insatisfechas más valiosas y a partir de allí, en un sentido descendente, los menos valiosos. En el sistema político, la actividad financiera pública es un instrumento para hacer efectivas las instituciones constitucionales. La Constitución establece algunos principios constitucionales financieros: no hay ingresos ni gastos sin ley, e igualdad, equidad y solidaridad (arts. 4, 16, 75, inc. 2, 8, 19, 22 y 23 de la Constitución nacional). La actividad financiera del Estado no puede contradecir el fin que le es propio: darle efectividad a los derechos y a las instituciones en el marco del principio de razonabilidad (arts. 28 y 33 de la Constitución nacional).

7.2.4.- De los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos

Tal como se ha mencionado, la Convención Americana, en su artículo 26, al referirse a los derechos económicos, sociales y culturales, señala el compromiso de los Estados Parte de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. A su vez en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", se establece la obligación de los Estados Parte de adoptar medidas *"hasta el máximo de los recursos disponibles"* a fin de *"lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo"*, no pudiendo *"restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de la legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado"* (art. 4), ni establecerse restricciones y limitaciones *"al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos"* (art. 5). A esta disposición de la Convención Americana y del Protocolo de San Salvador se suma el artículo 4 de la Convención sobre Derechos del Niño, que expresamente establece que *"en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Parte adoptaran esas medidas (para dar efectividad a los derechos) hasta el máximo de los recursos de que dispongan..."*. La resolución de las situaciones de crisis económicas y sociales debe hacerse dentro del Estado de derecho, sin lesionar los derechos de los ciudadanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que, si bien la suspensión de garantías constitucionales constituye una situación excepcional, ello no significa que la misma *"comporte la supresión temporal del Estado de derecho o que autorice a los*

gobernantes a apartar su conducta de la legalidad, a la que en todo momento deben ceñirse", y que *"el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de derecho son inseparables".* En ningún caso los problemas vinculados con la vida económica o social del país pueden justificar la suspensión de derechos. En el PIDESC, que cuenta con jerarquía constitucional, no existe norma alguna sobre estados de excepción. Es concluyente la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el sentido de que un *"Estado Parte no puede nunca, ni en ninguna circunstancia, justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 supra, que son inderogables".* Por consiguiente, existe un núcleo duro de los derechos que no puede ser alterado por la emergencia.

7.2.5.- ¿La norma atacada es regresiva?

Corresponde ahora desentrañar si la ley que aquí se cuestiona "restringe o menoscaba" alguno de los derechos reconocidos o vigentes en la República Argentina.

En primer lugar, la ley 27426 modifica a la ley 26.417 de movilidad jubilatoria, creando una nueva fórmula.

La ley 26417 significó un trascendente avance en materia de derechos sociales, lo queda graficado palmariamente en el trabajo de los periodistas económicos Javier Lewkowicz y Alfredo Zaiat cuando explican que si en vez de aplicar los aumentos de la ley de movilidad se hubiera aplicado índices de consultoras privadas, el IPC de la Ciudad de Buenos Aires y el Indec desde 2009 a 2017, el haber mínimo jubilatorio sería de $ 5.470 en vez de los $7.246. En consecuencia la aplicación de la formula prevista en al ley 26417 elevó en términos reales muy fuertemente el haber mínimo jubilatorio, pero también significó un incremento similar para el resto de las prestaciones de la Seguridad Social. De hecho esta norma permitió que nuestro país ratificara el convenio 102 de la OIT sin objeciones de ninguna naturaleza, un hecho inédito hasta ese momento. Pero fundamentalmente esta norma fue en términos de los convenios analizados una norma de claro sentido "progresista".

La nueva ley por el contrario, es una ley con un alto contenido fiscalista y dictada con un único objeto: "*generar un fuerte ahorro fiscal*" y por ende darle un claro mensaje a los "mercados" y a los organismos internacionales: FMI, BM y OCDE. El contenido fiscalista se visualiza en que todos los trabajos y comentarios referidos a esta norma están dirigidos a determinar cuál es el "alivio de las cuentas fiscales". Veamos algunos de ellos surgidos en los diarios del día domingo 17 de diciembre:

- Clarín económico Titulo **Jubilaciones: están en juego no menos de $72.000 millones.** En dicha nota el prestigioso periodista Ismael Bermudez detalla:
    - "*la nueva fórmula el Fisco tiene una **ganancia** de 0,6% del PBI*"
    - *"…IARAF calcula que el ahorro fiscal en 2018 sería de 72.000 millones equivalente al 0,6% del PBI"*
- Otra nota del diario Clarín (página 14) bajo el título: **Cambiemos defendió el bono a los jubilados y la oposición dijo que es una "limosna"**, refiriéndose al DNU resalta: "*es un bono compensatorio para empezar a resolver esta cuestión más compleja"*

- La Nación, Título **El efecto del cambio varía según el tipo de haberes.** Allí se lee: *"En el empalme entre ambas modalidades de actualización es donde estaría el mayor efecto fiscal, como contracara de una caída en el nivel de la suba que recibirían los jubilados, al menos respecto de lo que estaba previsto"*
- Página 12 Titulo **Ahora sí van por la plata de los jubilados.** El prestigioso periodista Alfredo Zaiat describe: *"la resistencia social y política para detener el asalto a los ingresos de los jubilados y de la asignación universal por hijo pretende ser neutralizada con el anuncio de un bono compensador. Iniciativa que deja al descubierto el* ***carácter regresivo*** *de la reforma" "el costo fiscal de ese bono será apenas 4.000 a 5.000 millones de pesos, cuando el ahorro total en seguridad social por el cambio de la fórmula de movilidad está estimado en 100.000 millones de pesos"*
- El CEPA estima el ahorro en 75.000 millones de pesos y el bono un costo fiscal de algo más de 3.666 millones de pesos, por lo que el ahorro neto sería del orden de los 71.300 millones de pesos.

Entiendo que a esta altura ninguna duda queda que la ley que se impugna representa un "ahorro fiscal" de entre 70.000 y 100.00 millones de pesos según quien haga el cálculo, pero todos coinciden en que a partir de la aplicación de la ley y el DNU "complementario" habrá una fuerte disminución de los ingresos de los beneficiarios de la seguridad social, como es el caso de nuestros representados. En consecuencia esa disminución del poder adquisitivo del haber de las prestaciones del conjunto de los beneficiarios y, entre ellos, de nuestros representados, representa un claro retroceso y **representa una clara violación del principio de progresividad previsto en los pacto internacionales suscriptos y ratificados por nuestro país. La respuesta al interrogante del título del acápite no deja duda la nueva fórmula de movilidad es regresiva y en consecuencia inconstitucional.**

Por último a este respecto cabe resaltar que el perjuicio referido no resulta compensado por los "subsidios extraordinarios" que dispone pagar el Decreto 1058/2017.

Ello por cuanto, en primer término y con alcance general –que comprende a nuestros representados-, porque el pago del "subsidio extraordinario" dispuesto por el art. 1° del Decreto 1058/2017 es "por única vez" y su monto no se incorpora al haber que constituye base de cálculo de futuras actualizaciones, y porque no comprende a los trabajadores activos beneficiarios de asignaciones familiares; y en segundo lugar y específicamente respecto de los representados por la entidad aquí actora, a la luz del "tope" de $ 10.000.- de los haberes devengados al mes de marzo de 2018 fijado por la misma norma para el devengamiento de dicho "subsidio extraordinario", a la luz de los salarios de la actividad bancaria fijados en el marco del CCT 18/75 y de los haberes previsionales de los trabajadores pasivos de la actividad bancaria –que superan el tope de $ 10.000-, dicho "subsidio extraordinario" no será abonado a los trabajadores pasivos representados por la entidad sindical aquí actora.

8.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El Poder Ejecutivo Nacional no puede dictar decretos de necesidad y urgencia, ni el Poder Legislativo puede sancionar leyes que alteren los derechos y garantías reconocidos por la Constitución, constituyendo la legalidad y la razonabilidad límites infranqueables en el Estado de Derecho.

Partimos de la base de que vivimos en un Estado de Derecho, que se caracteriza por el sometimiento de los Poderes Constitucionales, a la Constitución Nacional y a la Ley. Este sometimiento no es un fin en sí mismo, sino una técnica para conseguir una determinada finalidad, que en nuestro sistema político-jurídico consiste en el sometimiento del Estado al "bloque de legalidad" (Leyes, reglamentos, principios generales, precedentes, tratados internacionales, Constitución Nacional, etc.) y, consecuentemente, el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos y el otorgamiento a los particulares de los medios necesarios para su defensa. Someter al Estado al bloque de la legalidad es someterlo al derecho, y, por ende, servir a la defensa de la igualdad, de la libertad, y del respeto a los derechos adquiridos.

Una de las principales funciones de los jueces es detener el accionar arbitrario provenga de donde provenga, por ello si el Poder Judicial, bajo el pretexto de no entorpecer al Poder Ejecutivo no pone límites, de ese accionar se deriva una grave consecuencia, al dar como cierta la maquiavélica frase de que "el fin justifica los medios". Si lo esencial pasa a ser "no entorpecer" al Ejecutivo, dejando de lado el juzgamiento de la constitucionalidad de una decisión o una medida y sólo se limita a valorar su conveniencia para el Poder Ejecutivo, todo el sistema de legalidad entra en crisis. Sobre dicho peligro alertó Germán J. Bidart Campos al decir que "juzgar la constitucionalidad de una medida no es juzgar su conveniencia". (Dr. Pedro J. Kesselman, Revista del C.P.A.C.F., Agosto 2001, nº48).

Una norma tiene la fuerza de su legitimidad. Pero indefectiblemente pierde esa fuerza cuando, sin respetar la legalidad, se la utiliza exclusivamente con fines económicos. Entonces la medida nace herida en su legitimidad. Esto ocurre cuando pasa por encima de los derechos y garantías reconocidos, convirtiéndose en un mero instrumento de decisiones ignorantes de las consecuencias que sus avasallamientos provocan.

9.- PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

La garantía de razonabilidad debe estar siempre presente en los actos del Estado a tenor del artículo 28 de la Constitución Nacional.

Los derechos subjetivos que nos da la Constitución Nacional pueden ser reglamentados (art. 14 y 28 C.N.). Esta debe ser realizada por ley formal del Congreso de la Nación. Esa ley debe ser razonable, o sea, no puede alterar el derecho que regula.

El art. 28 de la Ley Superior establece que *"los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos* ***no podrán ser alterados*** *por las leyes que reglamenten su ejercicio".*

No podemos dejar de lado lo que ha dicho la Corte Suprema de Justicia en varias causas en las que le tocó decidir sobre el interrogante de qué se entiende por lo razonable. Y al respecto éste tribunal ha dicho que la razonabilidad consiste *en "la adecuación de los medios utilizados por el legislador a la obtención de la medida, a efectos de que tales medios no aparezcan como infundados o arbitrarios, es decir, no*

proporcionados a las circunstancias que los motivan y a los fines que se procura alcanzar con ellos".

La razonabilidad impone un límite que, si se traspasa, se cae en la zona opuesta, es decir lo irrazonable o de lo arbitrario, y esto es lo que ha ocurrido con las normas que se impugnan en el presente amparo.

Si bien es cierto que la misión más delicada de la Justicia es saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes, de allí no cabe derivar que el Poder Judicial pueda abstenerse de ejercer el control de razonabilidad. Lo contrario, deja de lado garantías que hacen a la esencia de nuestro sistema Republicano de Gobierno, cuya integridad pretende resguardarse por medio, entre otros, de la subsistencia de dichas garantías.

El principio de razonabilidad, que dimana del artículo 28 de nuestra Constitución Nacional y que tiñe todo el sistema jurídico argentino, ha sido considerado por la Corte Suprema en reiteradas oportunidades, indicando que "…*La Carta Fundamental en su art. 28 ha dicho categóricamente que, so pretexto de reglamentar, la ley no puede alterar los principios, garantías y derechos reconocidos por la CN, pues no puede destruir lo mismo que ha querido amparar"* (Fallos: 199-145) "…*las disposiciones constitucionales deben ser razonables, esto es, justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido, y proporcionada a los fines que se procura alcanzar, de tal modo de coordinar el interés privado con el público y los derechos individuales con el de la sociedad"* (Fallos 312-496; 308-418). "…*Todo derecho constitucional no es absoluto, sino que debe adecuarse de conformidad con las leyes que reglamenten su ejercicio, las cuales, a su vez, no pueden alterarlos, lo que sucede cuando sus previsiones resultan irrazonables, o sea, cuando no se adecuan al fin que requirió su establecimiento o incurren en manifiesta iniquidad"* (Fallos: 325-645).

Linares Quintana, respecto del principio de razonabilidad, afirma *"…Toda actividad estatal, para ser constitucional debe ser razonable. Lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario y significa: conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser resumido: con arreglo a lo que dice el sentido común. El Congreso, el Poder Ejecutivo, los jueces, cuando actúan en el ejercicio de sus funciones específicas, deben hacerlo de manera razonable. Todo acto gubernativo debe resistir la prueba de la razonabilidad."* (Tratado de Interpretación Constitucional", Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1998, págs. 224/25).

A la luz de la trascendencia ética del principio de razonabilidad que impregna todo nuestro derecho, corresponde valorar las cuestiones que agravian a mi parte de la Ley 27426:

- Altera gravemente el poder adquisitivo de la prestación jubilatoria de los representados por la Asociación Bancaria (Sociedad de Empleados de Banco)
- Aplica retroactivamente la nueva fórmula de cálculo del reajuste jubilatorio que afectará los derechos de nuestros representados.
- Produce un retroceso de derechos y garantías de nuestros representados que viola los pactos internacionales de derechos económicos sociales y culturales ratificados por nuestro país.
- Aplica en forma discriminatoria el Decreto 1058/17, lo que vulnera derechos y garantías de nuestros representados.

Respecto del principio en análisis explica el Dr. Joaquín V. González que: *"…LIMITACIONES POR LAS LEYES.- Éstas limitaciones tienen su origen en el artículo 14, que empieza diciendo que el goce de los derechos debe ser conforme las leyes que reglamenten su ejercicio, invistiendo al Congreso con la potestad de dictar todas las restricciones que nacen de la misma naturaleza de la sociedad, de los principios eternos de la justicia y la moral …Pero ese poder del Congreso, o de la ley, no es tampoco absoluto. Puede limitar el uso de los derechos, pero sin desconocerlos ni alterarlos en su esencia. Así dice el artículo 28: Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Este artículo debe ser encordado con el artículo 14, para la exacta interpretación de éste. Su propósito es de principios de experiencia, de reconocimiento de la integridad de los derechos, y de defensa contra las invasiones del Poder Legislativo en la esfera reservada de la soberanía nacional, no conferida a los Poderes del Gobierno. Pero no solo puede haber en los pueblos presidentes o reyes que se hagan tiranos, sino también legislaturas o parlamentos que conviertan sus potestades de dictar leyes en un verdadero despotismo o den leyes injustas…" Joaquín V. González, Manual de la Constitución Argentina, Ed Estrada, Buenos Aires 1983; páginas 110 y 111.*

10.- DERECHO DE PROPIEDAD

La Normas impugnadas también son inconstitucionales por que afectan el derecho de propiedad de nuestros representados.

Como explica el Dr. Bidart Campos (Tratado de Derecho Constitucional TOMO I Pág. 480), **"nuestro derecho constitucional enfoca la *propiedad* en el aspecto de *propiedad adquirida*"** y la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que "propiedad" desde un punto de vista constitucional, ***es todo interés apreciable en dinero que los hombres tienen, fuera de su vida y de su libertad.***

Esa ***propiedad***, está protegida por la Constitución Nacional de distintas maneras: el **art. 14** dice que *"todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos……de usar y disponer de su propiedad"*; el **art. 17** dice que *"la propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley.".*

Es evidente entonces, que la ley 27426 y el Decreto 1058/17 son discriminatorios, arbitrarios, atentatorios de derechos subjetivos, y por lo tanto, inconstitucionales.

Todos los constitucionalistas están de acuerdo en que ninguno de los derechos subjetivos que la Constitución Nacional nos concede en forma expresa o implícita, es absoluto. Esto significa que nadie puede pretender ejercer los derechos subjetivos que le reconoce el orden jurídico en forma ilimitada, y también significa que las normas pueden reglamentarlos o ponerles límites.

Pero esa potestad de limitación es lo que se conoce como "reglamentación de los derechos" y no puede ser ejercida por el poder público de manera arbitraria, es decir, de tal forma que torne ineficaz el derecho o las libertades que protege la propia Constitución.

Los Poderes políticos alteran los fundamentos del constituyente que motivara el contenido a la norma jurídica, no puede desoír mediante su potestad la ratio legis, ni el sentido que estuvo en la intención del legislador constituyente.

Probablemente los poderes políticos consideren, aunque no lo han dicho expresamente en las normas dictadas, que las mismas no son otra cosa que el ejercicio de su potestad, *una potestad que les es propia.* No hace falta una gran agudeza jurídica para calificar a este argumento, al menos, de endeble: ¿por qué? **porque en materia de ejercicio de facultades no está implícita la autorización de aniquilar derechos subjetivos**.

El concepto genérico de propiedad constitucional, que engloba todas sus formas posibles, ha sido acuñado por la Jurisprudencia de la Corte Suprema al señalar que el término propiedad utilizado por la Constitución comprende todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de 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 (conf. Bidart Campos, Germán, Manual de la Constitución Argentina, Tomo II, pág. 118, Ediar, Argentina, 1997).

Esta concepción del derecho de propiedad se ha reiterado en forma indirecta en el inciso 19 del artículo 75, que dispone que el Congreso de la Nación debe proveer lo conducente al progreso económico con justicia social, por lo cual se indica la necesidad de correlación entre ambos preceptos tendientes a lograr el bienestar general.

El artículo 17 de la Constitución Nacional establece el carácter de inviolable, no sólo del derecho de propiedad, sino de todos los derechos individuales, en la interpretación que tanto la doctrina como la jurisprudencia han hecho del principio. Ni el Estado ni los particulares pueden privar a una persona, sea ésta física o jurídica, de tales derechos arbitrariamente o restringirlos más allá de lo razonable, de forma tal que, en los hechos, signifique una anulación o alteración del derecho en cuestión.

11.- PRINCIPIO DE IGUALDAD

Las Normas impugnadas son inconstitucionales por que afectan el principio de igualdad en materia de derechos subjetivos.

Resulta sencillo convenir que igualdad ante la ley en términos de derechos significa que la ley no establece distinciones individuales respecto de aquellas personas de similares características, ya que a todas ellas se les reconocen los mismos derechos y las mismas posibilidades. Todas las personas son iguales ante la ley, sin distinción de credos, razas, ideas políticas, posición económica, etc. Este sentido de la igualdad, que ha constituido un ideal logrado a través de ingentes luchas, se ha visto vulnerado con el dictado de las normas recurridas.

En ese sentido, el Profesor Bidart Campos, sostuvo que: "…La constitución argentina consagra en su art. 16 la igualdad "ante la ley" […] La reforma constitucional de 1994 ha avanzado en las formulaciones de la igualdad, superando la igualdad formal con claros sesgos de constitucionalismo social, y completando las normas de la constitución histórica. […] Así: a) el inc. 23 del art. 75 adjudica al congreso la competencia (para nosotros de ejercicio obligatorio) de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato […] b) la misma norma añade que esa legislación y esa promoción mediante acciones positivas debe enderezar al pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos […] añade que todo lo enunciado en los incisos a) y b) ha de particularizarse respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y los discapacitados…" En la página siguiente, aclara Bidart que, "…acciones positivas significan prestaciones de dar y de hacer a favor de la igualdad […] el verbo promover

(en el art. 23 del art. 75) implica adoptar y ejecutar políticas activas que den impulso al acceso a la igualdad real y efectiva […] a) la igualdad exige que se trate de mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones […] b) por eso, implica el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias….” Claro está, como bien lo sostiene que: “…el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen un trato diferente entre los habitantes, a condición de que el criterio empleado para discriminar sea razonable […y que…] las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias y por arbitrarias han de estimarse las que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores, o privilegios, etc…” en GERMAN BIDART CAMPOS, MANUAL DE LA CONSTITUCIÓN REFORMADA, EDIAR, Buenos Aires, 1998, Tomo I, Pags. 530 a 533.

Los poderes constituidos, al sancionar la ley 27426 y dictar el Decreto 1058/17 fueron conscientes de las consecuencias que esa decisión traerá a la ciudadanía.

No escapaba a su saber y entender que estaba alterando el principio de buena fe, ya que es imposible la aplicación y cumplimiento literal de los términos de la ley sin afectar el sistema de la seguridad social.

Los legisladores fueron conscientes de que el cambio que estaban produciendo provocaba desigualdades. De su tratamiento y de lo debatido en comisiones surge claramente que conocían el caos que estaban pariendo.

Por ello, y ante la existencia de la ley 27426 y el Decreto 1058/17 y demás normas complementarias y correctoras, es imperioso que la Justicia intervenga en circunstancias extraordinarias como la presente que afecta a toda una categoría de ciudadanos.

La ley 27426 altera y vulnera el concepto teleológico de que la seguridad social es el camino idóneo para lograr una justa e igualitaria distribución de la riqueza y la construcción de una sociedad con justicia social. Como ya se ha dicho la ley 27426 es doblemente discriminatoria:

1. **Entre los jubilados:** La ley hace una intolerable distinción entre aquellos que obtuvieron el beneficio sin utilizar las moratorias previstas en la ley 24476 y subsiguientes y entre quienes sí usaron ese legítimo derecho. Bueno es recordar que desde el fondo de los tiempos la ley vigente en materia previsional es aquella que rige al momento del cese, es a partir de allí en que se obtiene “estado” jubilatorio, por lo tanto **todo jubilado merece el mismo trato** por otro lado y a la inversa este es el fundamento básico del fallo “Badaro, Adolfo Valentín c/ Anses s/ reajustes varios”. **Han nacido dos categorías de jubilados, los de primera y los de segunda violando TODOS los valores y principios de la seguridad social.**
2. **Entre trabajadores activos y pasivos:** Mientras tuvo vigencia la ley de movilidad anterior, para la movilidad de las prestaciones y para la actualización de los haberes con que se calcula el haber inicial jubilatorio se usó la misma fórmula, con la entrada en vigencia esta igualdad se rompe. Mientras que a los trabajadores pasivos se les aplicará 70% IPC más 30% RIPTE, para los trabajadores activos se les aplicará solo RIPTE. **Decir que la ley hace una diferencia intolerable entre los trabajadores en actividad y los trabajadores pasivos.**

Por lo tanto aquello que la única garantía de futuro para millones de beneficiarios, pasa ahora a poder usarse para cualquier cosa que se le ocurra al burócrata de turno.

El principio de igualdad ante la Ley que consagra el artículo 16 de la Constitución Nacional, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias. Si bien el principio aludido no tiene carácter absoluto, las excepciones o trato diferencial lo son para situaciones diferenciables, y no para marcar la desigualdad entre los iguales.

Las Normas impugnadas cometen un evidente e indisimulable acto de discriminación, toda vez que deja en inferioridad de posibilidades a unas personas contra otras en idéntica situación actual.

Es inaceptable que quien reposó su confianza en el país vea hoy que, según condiciones totalmente antojadizas, hacen desaparecer el fruto de su trabajo.

Este hecho debe ser tratado con igualdad y equidad, figuras éstas que han quedado al desamparo con el dictado de las normas impugnadas.

Resulta entonces que el equilibrio de las prestaciones, por aplicación de la ley, distorsionará, entonces, la equidad y la justicia requieren que V.S. restablezca el equilibrio, impidiendo toda desigualdad y discriminación.

12.- IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES Y LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

La jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal ha forjado un principio rector en la materia, el cual expresa que: "El principio de que las leyes no son retroactivas emana solamente de la propia ley –el Código Civil- y carece, por ende, de nivel constitucional; pero cuando la aplicación retrospectiva de una ley nueva priva a alguien de algún derecho ya incorporado a su patrimonio, el principio de la irretroactividad asciende a nivel constitucional para confundirse con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, consagrada en el artículo 17". (C.S.J.N. Fallos 137:47, Consid.XIII).

Por ello, si bien la ley puede ser retroactiva sin ofender a la Constitución Nacional, nunca podría respetarla si dicha retroactividad cercena un derecho incorporado al patrimonio, enervando así el derecho constitucional mencionado. Como enseña Bidart Campos: *"...el derecho constitucional se preocupa por descubrir cuándo la retroactividad se torna inconstitucional, para prohibirla o enervarla, y no sólo respecto de las leyes, sino de cualquier norma o acto*" (Tratado de Derecho Constitucional, Tº 1, Ed. Ediar, 1995).

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema, los derechos y obligaciones emergentes de los contratos integran uno de los contenidos del derecho constitucional de propiedad, y se resguardan en la inviolabilidad consagrada en el artículo 17 de la Carta Magna.

Las leyes no pueden privar derechos ya incorporados al patrimonio (derechos adquiridos). Allí radica el principal reproche atento que tal ley priva de la propiedad adquirida a los beneficiarios del sistema.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que si en virtud de una ley se ha adquirido un derecho, ese derecho es intangible frente a la sanción de nuevas leyes que posteriormente lo desconozcan, lo agravien o puntualmente lo aniquilen.

El Alto Tribunal en el fallo "Francisco Costa e Hijos Agropecuaria c/ Pcia. de Bs.As. s/ Daños y Perjuicios" de fecha 12/09/1996, expresó que ni el legislador ni el

juez podrían, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior, pues en este caso el principio de irretroactividad dejaría de ser una norma infra-constitucional para confundirse con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad reconocida por la Ley Suprema.

A esta altura está claro que el artículo 2° de la ley 27426 Cuando establece "*La primera actualización en base a la movilidad dispuesta en el artículo 1° de la presente, se hará efectiva a partir del 1° de marzo de 2018"* lo que está haciendo es anular el período julio/diciembre de 2017 ya devengado bajo la vigencia del régimen sustituido, que debe abonarse en marzo y reemplazándolo por la nueva fórmula que involucra en dicho período el tercer trimestre del corriente año. **En definitiva lo que hace es generar de hecho una retroactividad legal violando claramente el principio de *"irretroactividad de la ley"***

Coincidentemente con lo expuesto, recientemente la Excma. Cámara Federal de la Seguridad Social ha sentado una pacífica doctrina jurisprudencial contraria a la aplicación retroactiva de la ley en materia de seguridad social. Así, la Sala II en autos: "DI MARIO CARMELO c/ ANSES s/REAJUSTES VARIOS" (26/02/2017) y "AYBAR RAMONA DEL VALLE c/ ANSES s/REAJUSTES VARIOS" (14/08/2017); y la Sala III en autos: "GEUNA ALBERTO ALFREDO c/ ANSES s/REAJUSTES VARIOS" (18/08/2017).

La afectación de los derechos de nuestros representados con la aplicación retroactiva de la nueva fórmula de movilidad tampoco es una conjetura Conf. "Heit Rupp, Clementina c/ Administración Nacional de la Seguridad Social" Fallos: 322:2226), es otra cuenta matemática simple.

13.- PROCEDENCIA DE LA ACCION DE AMPARO

La acción de amparo que promovemos es procedente ya que se dan todos los requisitos dispuestos por el artículo 43 de la Constitución Nacional ***("Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrá interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. ....."); *** para ello a saber:

1) Existe **un acto** de las autoridades públicas, lesivo de derechos constitucionales adquiridos, que se materializa con el dictado de la ley 27426, su promulgación y publicación;

2) Esa lesión **es inminente**, puesto que la norma ya ha sido publicada y en forma actual amenaza la existencia de circunstancias que ponen en real y efectivo peligro el pleno ejercicio de nuestro derecho a los beneficios de la Seguridad Social.

3) La lesión se produce con **ilegalidad y arbitrariedad manifiesta**. La comprobación de la ilegalidad manifiesta, y la consecuente lesión de los derechos constitucionales (presupuestos de la procedencia de la acción incoada), requiere de una

actividad probatoria mínima y elemental y no requiere un debate que exceda de los límites del amparo. En consecuencia, para arribar a una sentencia que se pronuncie sobre la procedencia de la pretensión deducida, el procedimiento de la acción de amparo resulta suficiente y adecuado, para garantizar la defensa en juicio de las partes en el marco de un proceso justo.

4) La norma **discrimina** cercenando la libre disposición de beneficios de la Seguridad Social.

5) **No existe un remedio judicial más idóneo** para pedir protección al derecho subjetivo mencionado, teniendo en cuenta que resulta indispensable la declaración de inconstitucionalidad de las normas antes citadas para salvaguardar los derechos de nuestros representados.

En este sentido qué consecuencias traería la utilización de la vía ordinaria, aún en el supuesto de alcanzar una sentencia de primera instancia favorable: un proceso lento y engorroso que podría durar años y que se devoraría la pretensión procesal. En este sentido, en la causa *"Mases de Diaz Colodrero A. C/ Provincia de Corrientes", L.L. 1998-B-321, la Corte Suprema de Justicia de la Nación enuncio: "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".*

Innecesaridad de Reclamo Administrativo Previo

La jurisprudencia del fuero ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los efectos que ha tenido la Reforma Constitucional de 1994 sobre los requisitos procesales del amparo.

Como V.S. bien lo sabrá, la interpretación mayoritaria sostiene que la Reforma Constitucional no ha producido una derogación en bloque de la ley de amparo, sino sólo de aquéllas normas incompatibles con las nuevas disposiciones constitucionales. Pues bien, desde esta perspectiva, los tribunales se han pronunciado claramente por la no subsistencia del requisito que estamos considerando:

1°) *Sala I de la CNFed. Contencioso administrativo: "...hoy, frente al texto del nuevo art. 43 - parte 1ª- de la Carta Magna, no puede sostenerse ya como requisito de procedencia de este remedio sumarísimo y excepcional la inexistencia de vía administrativa idónea para la tutela del derecho que se invoca como conculcado" ("Aydin S. A. c. Secretaría de Medios de Comunicación de la Presidencia de la Nación"; considerando II.2; Fallo de May/22/1996, pub. en LL-1997-D- 694).*

2°) *Sala III de la CNFed. Contencioso administrativo: "...el texto constitucional en vigor no establece que la existencia de un recurso o remedio administrativo pueda ser obstáculo para la admisibilidad de la pretensión (Schroeder, Juan c/Estado Nacional s/amparo ley 16.986", pub. en LL-1994-E-449).*

Lo mismo ha sido sostenido por importante doctrina nacional, como puede apreciarse en la opinión de Rivas, quien afirma que el art. 43 de la CN produce "...un vuelco drástico y trascendente en el sistema vigente: la garantía obrará sin impedimentos ni otros condicionamientos que no sean los que el propio texto constitucional establece"; agregando que: "...se han suprimido las referencias de la ley 16986 a los recursos y remedios administrativos, cosa que importa permitir un directo

acceso a la justicia" (Rivas, Nestor; "El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina"; en LL-1994-E-1224).

14.- DERECHO.

Fundamos el derecho que asiste a nuestros representados en los Artículos 14, 14 bis, 16, 17, 28, 31, 33 y 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional, Artículos XIV, XVIII, XXIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, artículos 8, 17, 22, 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículos 8, 21, 25 y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos , leyes concordantes, complementarias y correctoras de los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos, ley 26854, doctrina y jurisprudencia aplicable al caso. En los pactos internacionales ratificados por nuestro país: la CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, los derechos consagrados en el art. 17 de la CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES (ley 27.360) como así también por los derechos consagrados en la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (1948), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y leyes concordantes, complementarias y correctoras.

15.- LA MEDIDA CAUTELAR QUE SE SOLICITA.-

Por las razones expuestas, y debido a la existencia de una lesión actual al derecho que asiste a nuestros representados, se solicita a V.S. con carácter urgente disponga una medida precautoria – que se solicita tramite inaudita parte- consistente en la **suspensión cautelar de la aplicación de los arts. 1°, 2°, 3° y 5° de ley 27426 a los beneficiarios del régimen previsional (jubilaciones y pensiones) y de asignaciones familiares comprendidos en el ámbito de representación colectiva de la Asociación Bancaria (Asociación de Empleados de Banco) –trabajadores activos y pasivos de la actividad bancaria- ordenando a la demandada se abstenga de aplicar lo dispuesto la normativa suspendida, y mantener a su respecto a dicho universo la vigencia y aplicación de las disposiciones de la ley 26417 en su texto vigente al 27 de diciembre de 2017**.

El presente pedido se funda en el peligro que implica que durante el transcurso de tiempo que demande la resolución definitiva del presente, los legítimos derechos constitucionales de nuestros representados, que dan base a esta acción, resulten burlados por la aplicación de las normas que por la presente acción se impugnan.

La precedente relación de los hechos abona con suficiente elocuencia la verificación en el caso, de los requisitos exigidos por la doctrina y jurisprudencia en torno a la admisibilidad de una medida cuya eventual denegatoria traduciría un agravio claramente irreparable. (conf. acerca de la procedencia de las medidas cautelares. Barra, Rodolfo "efectividad de la tutela judicial frente a la administración. ED. 107, 419, del mismo modo, Beltran Gambier y Zubiaur.).

La medida cautelar tiene por objeto la defensa y protección de los derechos sociales e individuales de los que son titulares los representados de la

Asociación Bancaria, los que se verían perjudicados, en derechos tan sensibles como los atinentes a la Seguridad Social en general y al sistema Previsional en particular, por la aplicación de la regresiva e inconstitucional normativa cuya inconstitucionalidad se peticiona, en

Por su parte, el presente pedido cautelar desde el punto de vista fáctico tiene su fundamento en el alto grado de probabilidad que se cause un perjuicio irreparable. Tal como se acredita en el presente escrito, con la medida cautelar solicitada se trata de evitar que resulten burlados derechos, por el irrazonable y antijurídico accionar de la ANSES al aplicar una ley que está viciada de aspectos a todas luces inconsistentes, irrazonables, sin fundamento legal, y sin el más mínimo respeto a la Constitución Nacional.

Se reclama la urgente tutela de los derechos legales y constitucionales afectados, atento la fuerte probabilidad de la existencia de un irreparable perjuicio en ciernes. Ello en base a los hechos del caso y el derecho invocado.

La nota característica de la cautelar solicitada es la provisoriedad, la cual subsistirá hasta el momento del dictado de una sentencia sobre el mérito que confirme o ratifique lo que haya avanzado desde la perspectiva precautoria.

Como toda decisión judicial, la medida solicitada se encuentra sujeta a la regla *rebuc sic stantibus*, es decir puede modificarse si se modifican las circunstancias tenidas en cuenta para otorgarlas.

La Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "*como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo 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 que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético dentro del cual asimismo agota su virtualidad",* conf. C.S.J.N. in re "Evaristo Ignacio Albornoz v. Nación Argentina – Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s/ Medida de no innovar". El 20/12/84 *(Fallos 306-2060); todo ello en razón de que "la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido*" (CS – 4/07/991 LL-1992 – A-110; Estado Nacional vs. Provincia de Rio Negro).

Con respecto a la viabilidad de la medida cautelar solicitada, la doctrina nacional recomienda la mayor flexibilidad en su otorgamiento para que éstas cumplan sus fines en forma satisfactoria, sin ocasionar perjuicios que pueden evitarse.

La medida que se requiere tiene por objeto impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener pierda virtualidad durante el plazo que transcurra entre la articulación del proceso y el pronunciamiento definitivo.

Así la doctrina nacional viene sosteniendo que: "… se ha abierto camino una tendencia amplia y flexible, que ha terminado por prevalecer, porque tanto o más que al interés privado del solicitante, interesa al orden público que la justicia no fracase por la inevitable lentitud de su actuación, motivo por el cual se viene resolviendo

que es preferible un exceso en acordarlas que la parquedad en desestimarlas, ya que con ello se satisface el ideal de brindar seguridades para la hipótesis de triunfo" (Morello, Passi Lanza, Sosa, Berizonce, Códigos procesales, ed. 1971, v.III.).

Son reconocidas las presunciones de ejecutoriedad y legitimidad del acto administrativo, sin embargo, *"(l) a supervivencia de la ejecución forzosa del acto administrativo – como regla general – difícilmente pueda convivir mucho tiempo más con el principio de "tutela judicial efectiva", el cual excluye la posibilidad de ejecutar coactivamente el acto impugnado antes de su juzgamiento por el poder judicial"* (Juan Carlos Cassagne, Efectos de la Interposición de los Recursos y la Suspensión de los actos Administrativos, E.D. 153,995.).

Asimismo, esta presunción de legitimidad del acto administrativo, no significa que éste sea válido, sino que simplemente se presume que ha sido emitido conforme al ordenamiento jurídico. "*Indiscutiblemente es una presunción legal relativa, provisional, transitoria, calificada como presunción iuris tantum, que puede desvirtuar el interesado demostrando que el acto controvierte el orden jurídico. Tal presunción no es un valor consagrado, absoluto, iure et de iure, sino un "juicio hipotético", que puede invertirse acreditando que el acto tiene ilegitimidad"* (Tomás Hutchinson, Régimen de Procedimientos Administrativos. E.D. Astrea. 5º ed.).

Tal presunción no exime al juez de valorar los elementos aportados por la parte que solicita la medida cautelar, a fin de determinar si la verosimilitud del derecho invocado desplaza a la presunción señalada. La Corte Suprema ha invalidado pronunciamientos que denegaron medidas cautelares cuando esa presunción ha sido empleada como una mera afirmación dogmática, omitiendo el más elemental análisis de las cuestiones esenciales con respecto a la pretensión cautelar y sin correlato con las constancias de la causa.

Conforme el art. 230 del CPCC puede dictarse una prohibición de innovar siempre que el derecho alegado fuera verosímil (*fumus bomis iuris*) y existiese peligro en mantener una determinada situación de hecho (*periculum in mora*).

En el caso aquí planteado, concurren además los presupuestos que ameritan la medida cautelar solicitada, a saber: verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y la exigencia de contracautela.

15.1.- Verosimilitud en el derecho.

Fuerte probabilidad cercana a la certeza.

El *"fumus bonis iuris"* surge inequívocamente de la descripción de los derechos amenazados por las normas impugnadas.

Este requisito ha sido largamente demostrado a lo largo del análisis efectuado precedentemente, máxime si se considera que de la sola lectura de las normas tal cual han sido dictadas y publicadas y de su comparación con la Carta Magna, surge claramente que se encuentran ambas en discordia, lo que acredita que existe una palmaria inconstitucionalidad.

Pero no solo se encuentra acreditado verosímilmente el derecho invocado, sino que lo hasta aquí expuesto permite considerar que en el caso de autos existe una verdadera certeza sobre la existencia de un grave perjuicio en ciernes y la violación del derecho y las garantías constitucionales invocadas. Es decir, se encuentra

acreditada una fuerte probabilidad –cercana a la certeza- de la atendibilidad del derecho invocado.

No huelga recordar que la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal ha sentado una importante pauta interpretativa para el análisis de este requisito al señalar que "...las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad de la medida cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad" (conf. C.S.J.N. in re "Evaristo Ignacio Albornoz v. Nación Argentina - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s /Medida de no innovar". el 20/12/84, Fallos 306:2060).

Por otra parte, de la descripción efectuada sobre la incidencia de la aplicación de la Ley 27.426 en la actualización de los haberes previsionales de nuestros representados –y de todo el sector pasivo en general- en relación a la incidencia que tendría la aplicación de la Ley 26.417 resulta que con ésta los haberes tendrían en el mes de marzo un incremento del 14,6% en tanto que de la aplicación de aquella dicho incremento se reduce a un 5,7%. De ello se desprende un perjuicio, medido en términos de porcentaje de actualización, del 8,9% para todos los beneficiarios; que, reitero, no es compensado con el dictado del Decreto 1058/2017 del que los jubilados bancarios –en atención a que sus haberes superan los $ 10.000 a marzo de 2018, se encuentra excluidos.

Por ende, se encuentra también acreditado que la ejecución de la Ley 27.426 –cuya suspensión se solicita- ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior.

De ello también se desprende, en atención a la regresividad de la norma atacada –tanto en su faz normativa como en sus efectos sobre el monto de los haberes previsionales- que el Estado, con su sanción, ha incurrido en ilegitimidad.

En los apartados anteriores ha quedado suficientemente acreditado, por lo menos prima facie, la inconstitucionalidad de las normas tal como ha sido promulgada.

15.2.- Peligro en la demora.

Sólo ordenando en forma urgente la medida cautelar solicitada es posible mantener el derecho que se pretende garantizar y conjurar el daño que para el mismo importa la normativa atacada, toda vez que el interés jurídico que fundamenta el otorgamiento de la medida cautelar solicitada encuentra su justificación legítima en el grave perjuicio que la ley 27.426 produce en el patrimonio de nuestros representados y la inseguridad jurídica que significa que en cualquier momento el gobierno de turno pueda cambiar la proporcionalidad del haber jubilatorio y por ende la falta de garantía de todo el sistema de la seguridad social. Por tanto quedaría en peligro la integridad de los fondos que dan sustentabilidad al sistema y consecuentemente, cualquier demora en la decisión judicial, tornarían en ilusorios cualquier derecho que le pudiera caber a ésta parte.

En el caso de autos, la tutela judicial resulta urgente e imprescindible, ya que caso contrario se verían frustrados gravemente los legítimos derechos de mi mandante a un servicio imprescindible como el derecho a una jubilación digna.

Acerca de este requisito la Corte ha establecido que "el examen de la concurrencia del recaudo aludido pide una apreciación atenta de la realidad comprometida con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia"(CS, julio 11 -996, „Milano, Daniel R. c. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social).

V.S. sabrá apreciar que los perjuicios cuya conjura se pretende con el dictado de la medida cautelar requerida no admiten demora. En mes de marzo se consolidará el perjuicio producido a nuestros representados por la Ley 27.426 –mes en que se aplicará la actualización con la fórmula regresiva dispuesta por ésta en reemplazo de la mejor que correspondería aplicar de conformidad con las disposiciones de la Ley 26.417-; y a efectos de que pueda tener efectividad la medida cautelar requerida y a dictarse es preciso que la misma se disponga y notifique a la demandada con anticipación suficiente a efectos de que pueda preservarse todo el proceso previo de liquidación de la actualización en base a la fórmula dispuesta por la Ley 26.417.

Se advierte a primera vista la necesidad de suspender cautelarmente la aplicación de la Ley 27.426 a efectos de evitar la afectación irreversible de los derechos cuya preservación se procura con esta acción.

15.3.- La medida cautelar no afecta ningún interés público.

Señalo además que la medida cautelar que se peticiona no lesiona ni afecta ningún interés público.

V.S. podrá apreciar del Mensaje de Elevación del Proyecto de ley convertido en Ley 27.426 (que puede apreciarse en la página web del Honorable Senado de la Nación –a la que fue remitido el proyecto por el PEN- en el link http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/391.17/PE/PL,, PDF allí adjunto bajo la leyenda "Descargar PDF adjunto"), que no existe en éste invocación de interés público alguno que justifique la sanción del proyecto.

Solo cuatro (4) párrafos dedica el Mensaje de Elevación 129/2017 a la temática comprendida en los artículos de la Ley 27.426 cuya inconstitucionalidad se solicita y sobre los que recae la medida cautelar que se peticiona (arts. 1, 2, 3 y 5); y ninguno de dichos párrafos refiere que exista algún "interés público" protegido por sus disposiciones o que pudiera ser afectado de no ser de aplicación sus disposiciones.

Consecuentemente, la medida cautelar que se peticiona no afecta ningún interés público.

15.4.- Contracautela.

Se ofrece como contracautela la caución juratoria por parte de la entidad sindical actora, en los términos y con el alcance previsto por el art. 199 del C.P.C.C.N.

La caución juratoria V.S. es la contracautela exigible en acciones como estas, a la luz de lo expresamente dispuesto en el art. 10 ap. 2 de la Ley 26.854.

Por otra parte, en virtud del principio de gratuidad no correspondería solicitar ningún tipo de contracautela real, ya que en ese caso se vulneraría el principio de gratuidad establecido por ley.

Por último, cabe destacar a V.S. la teoría general que las medidas cautelares establecen un principio de relación entre el grado de apariencia del derecho y la entidad de la contracautela que se consagra en que a mayor verosimilitud del derecho, menor contracautela existiendo en el caso de autos, no solo un alto grado de verosimilitud del derecho, sino más bien un alto grado de certeza de atendibilidad del derecho invocado, corresponde ser flexible con la contracautela a fijarse, y por lo tanto corresponde en el caso de autos fijar la contracautela juratoria.

El análisis realizado nos lleva a las siguientes conclusiones:

a) En el caso de autos existe - prima facie, y con fundamentos suficientemente expuestos- una lesión actual, permanente y continuada, a los derechos de los sujetos representados por la Asociación Bancaria (Sociedad de Empleados de Banco) beneficiarios de la seguridad social y trabajadores activos en su conjunto, lo que incluye a nuestros representados, cuya ulterior reparación probablemente sea imposible, y, cuanto menos, muy difícil.

b) Esta situación hace procedente la adopción de una medida cautelar para hacer cesar de manera inmediata la situación lesiva.

c) En este marco, la medida particularmente solicitada no provoca un perjuicio injusto a la demandada, y resulta adecuada para lograr un aseguramiento inmediato que evite la frustración continúa de los derechos lesionados.

Lo que importa es que la medida resulta adecuada para lograr una protección equitativa y balanceada de los derechos involucrados; la cautelar solicitada tiene cabida en la dinámica de nuestro sistema procesal; se enmarca en la dirección que la Corte Suprema le ha impreso al proceso cautelar, y es justa.

Sólo falta que V.S. le otorgue efectividad.

16.- DERECHOS DE NATURALEZA ALIMENTARIA. DESPLAZAMIENTO DE RESTRICCIONES DE LA LEY 26.854. SUBSIDIARIAMENTE SOLICITA DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 4, 5, 6 INC. 1, 10, 13 y 15 DE LA LEY 26.854.

Cabe resaltar con singular énfasis que los derechos de nuestros representados cuya tutela se persigue en esta acción, y su resguardo provisorio se requiere con la medida cautelar solicitada, poseen naturaleza alimentaria.

Asi nuestro Alto Tribunal ha recurrentemente considerado que los beneficios previsionales poseen naturaleza alimentaria y, por tanto, exigen una consideración particularmente cuidadosa (entre otros C.S.J.N. 10/10/1996 "Hussar, Otto c/ ANSeS s/ reajustes por movilidad"; doctrina de Fallos: 267:336; 293:304; 294:94; 307:135; 311:1644; 319:2151, 2215; causa I.349.XXXIX, 29/03/2005 “Itzcovich, Mabel c/ ANSes s/ reajustes varios”, considerando 5º del voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni; y sentencia del 17/05/2005 “Sanchez, María del Carmen c/ Anses s/ Reajustes varios).

Su consideración como derechos de naturaleza alimentaria implica que se encuentran comprendidos dentro del inciso 2 del art. 2° de la Ley 26.854.

Tal extremo es particularmente resaltado por cuanto, en tanto derechos de naturaleza alimentaria expresamente enumerados entre los supuestos de dicho artículo e inciso, implica el desplazamiento (no aplicación) de las disposiciones restrictivas de la Ley 26.854.

16.1.- No exigencia de Informe Previo.

Así, al tratarse de derechos de naturaleza alimentaria, y de conformidad con la expresa excepción dispuesta por el inc. 3) del art. 4° de la Ley 26.854, V.S. puede –y debe- resolver la medida cautelar peticionada inaudita parte y sin requerimiento previo del informe previsto en el inc. 1) de la norma legal indicada.

Por ende, mi parte viene a solicitar expresamente sea resuelta la medida cautelar peticionada en los términos previstos en el inc. 3) del art. 4° de la Ley 26.854.

A todo evento, y subsidiariamente, mi parte viene a peticionar se declare la inconstitucionalidad del art. 4 inc. 1) de la Ley 26.854 en tanto se entienda que aún en la presente causa impone como requisito previo una *"…solicitud de informes a la autoridad pública demandada la que, dentro del plazo de cinco (5) días, deberá expedirse respecto del interés público comprometido…" (o del plazo de 3 días previsto por el inc. 2)*, en cuanto desnaturaliza el sentido de las medidas cautelares.

La naturaleza propia de las medidas cautelares implica que las mismas se otorguen *"in audita parte"*, con sólo acreditar los extremos de ley. La inconstitucional exigencia de requerir el informe previo brinda al Estado la posibilidad de resolver la procedencia o no de la cautelar, implicando un avance sobre la potestad jurisdiccional. La norma afecta entonces el debido proceso, la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos, consagrados en el artículo 18 de la Constitución Nacional, por lo cual consideramos debería ser declarada Inconstitucional.

En el caso de la presente causa, la medida cautelar solicitada posee suficientemente acreditados los extremos necesarios a fin de su otorgamiento, esto es la verosimilitud del derecho, la configuración del peligro en la demora y la caución juratoria como contracautela.

Tal como venimos sosteniendo, el artículo 4° citado, convierte a la medida cautelar en un proceso contradictorio, donde el Estado tiene tiempo para obrar, ya sea para consumar los hechos sobre los que se pretende la medida o le permite conocer previamente los alcances de la demanda, en virtud del plazo de cinco días que establece la norma.

Es inadmisible desde el punto de vista de los derechos constitucionales que se faculte a la autoridad demanda a expedirse respecto de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida cautelar requerida y a adunar prueba documental junto con la presentación de su informe.

Consecuentemente, y para el supuesto de que V.S. considerara que no obstante la expresa excepción prevista en el inciso 3) del art. 4 de la Ley 26.854 no lo

exime de requerir el informe previo dispuesto por su inciso 1), vengo a solicitar se declare su inconstitucionalidad.

Por último, a todo evento y subsidiariamente a esta última petición de declaración de inconstitucionalidad, vengo a peticionar en los términos del párrafo 3° del inciso 1) del art. 4° de la Ley 26.854, toda vez que de todo lo expuesto en el cuerpo de la presente demanda se deduce que existen circunstancias graves y objetivamente impostergables, se dicte la medida cautelar peticionada con carácter de "medida interina" disponiendo que la misma mantendrá su vigencia hasta que, presentado que sea el informe que surge del párrafo 1° del inciso 1) o vencido el plazo conferido a tal fin, sea resuelta la medida cautelar requerida.

16.2.- Vigencia hasta el dictado de Sentencia Definitiva.

De la misma manera al tratarse de derechos de naturaleza alimentaria, y de conformidad con la expresa excepción dispuesta por el párrafo 2° del art. 5° de la Ley 26.854, no resulta de aplicación –"no procederá" conforme el textual imperativo utilizado en la norma legal- el deber impuesto a V.S. por el párrafo 1°, bajo pena de nulidad, de fijar un "límite razonable" no mayor a 6 o a 3 meses –según el tipo de proceso- a la vigencia de la medida cautelar.

Expresamente el párrafo 2° establece que "*No procederá el deber previsto en el párrafo anterior, cuando la medida tenga por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2*."

Consecuentemente, la medida cautelar a dictarse debe mantener su vigencia –con la provisoriedad propia de las medidas cautelares- hasta el dictado de la sentencia definitiva, no procediendo la fijación de una vigencia temporal limitada.

A todo evento, y subsidiariamente, vengo a peticionar se declare la inconstitucionalidad del art. 5° de la Ley Nº 26.854 en tanto se entienda que aún en la presente causa –en la que los derechos tutelados poseen naturaleza alimentaria- torna exigible la fijación de una duración limitada a la vigencia de la medida cautelar.

Ello por cuanto de aplicarse la norma restrictiva atacada y fijar un término de vigencia no superior a 3 meses (en los términos de su párrafo 1°) o bien a 6 meses, resulta manifiesto que en dicho lapso la presente causa no tendrá sentencia definitiva firme (con sus instancias agotadas) por lo cual se daría el caso de producirse la caducidad de la medida por el mero paso del tiempo sin que se haya dictado la sentencia definitiva, es decir, que no obstante subsistir las condiciones por las que se dictó la cautelar -que es la que medida que permite asegurar que el estado de cosas no se modifique hasta tanto recaiga resolución final- se produciría el perjuicio que con la cautelar se buscó conjurar por la mera aplicación de una norma irrazonable y que desnaturaliza el instituto de las medidas cauteleras, cuya esencia conlleva a que su vigencia no se supedita al transcurso del tiempo, sino a la existencia misma de los motivos que la originan.

Por ende, en la medida en que no desaparezca el peligro en la demora invocado la cautelar deberá perdurar. De otro modo se pone en riesgo el efectivo cumplimiento de la sentencia de fondo, afectando los derechos consagrados constitucionalmente.

16.3.- Efecto Devolutivo de los Recursos.

Por otra parte, y por igual fundamento –tratarse de derechos de naturaleza alimentaria expresamente incluidos en el artículo 2 inc. 2) de la Ley 26.854-, los eventuales recursos contra la sentencia interlocutoria que disponga la medida cautelar peticionada deben ser concedidos al solo efecto devolutivo.

Ello por cuanto si bien el inicio del párrafo 2° del inciso 3) del art. 13 de la Ley 26.584 dispone que "*El recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto suspensivo*,…", a continuación efectúa una expresa excepción a dicha manda: *" **salvo** que se encontrare comprometida **la tutela de los supuestos enumerados en el art. 2°, inciso 2.**"*

Siendo que la medida cautelar se peticiona en tutela de derechos de naturaleza alimentaria (incluidos en las previsiones del art. 2° inc. 2 de la Ley 26.584) de los representados de la Asociación Bancaria, el eventual recurso de apelación que la demandada interponga contra la medida cautelar que sea dictada en autos, no posee efecto suspensivo, debiendo concederse al solo efecto devolutivo.

A todo evento, y para el hipotético e improbable supuesto de que V.S. considerara que no obstante la claridad del texto legal señalado al disponer dicha excepción no comprende al supuesto de autos, vengo a peticionar se declare la inconstitucionalidad del art. 13 inc. 3º de la ley bajo análisis, primera parte del párrafo 1° en tanto establece que la apelación contra la medida que disponga la suspensión de los efectos del acto impugnado será concedida *"con efecto suspensivo"*, en tanto ello implica que con el sólo hecho de interponer la apelación quede sin efecto la medida cautelar, con la consiguiente concreción de la vulneración - justamente- de los derechos que se protegen con la medida cautelar.

17.- EL CAUCE PROCESAL DE ESTA ACCIÓN.-

El Dr. **Lorenzetti** ha sostenido que el Derecho Privado tradicionalmente se ha ocupado de la tutela resarcitoria posterior a la lesión, pero aclara que, modernamente, en el "…***Derecho Civil surge la tutela inhibitoria que permite prevenir el daño antes de que éste se produzca e incursionar en el orden social mediante el señalamiento de conductas obligatorias***" Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores, 2° ed., Rubinzal Culzoni, 2009, pág 539. Señala que la tutela resarcitoria consiste en la indemnización del daño sufrido mientras que "La tutela inhibitoria, en cambio, tiene finalidad preventiva. El elemento activante es la posibilidad de un ilícito futuro; es la amenaza de violación" Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores, 2° ed., Rubinzal Culzoni, 2009, pág 539.

Esta es precisamente el tipo de protección que se le pide a V.S. a través de la presente acción.

Tales consideraciones –ya receptadas por la doctrina y jurisprudencia nacional- encuentran fundamento en la regla del alterum non laedere, calificado por Trigo Represas como el primer precepto jurídico y moral que debe respetarse en una

sociedad civilizada ("La antijuridicidad en el Código Civil Velezano y en el Código Civil y Comercial de la Nación", publidao en RCCyC 2015, octubre, 19/10/2015, 135), cuya esencia es el deber de "no dañar".

Por ello no resulta suficiente, conforme ha evolucionado nuestro derecho, el deber de reparar el daño ocasionado, sino que adquiere relevancia la función preventiva del derecho y del actuar del Poder Judicial a fin de evitar la producción del daño adoptando todas las precauciones necesarias para evitar su causación. El Estado debe "prevenir" la causación del daño, eliminando la fuente que lo produce, y solo cuando no se ha podido prevenir debe llegar la reparación.

Dicha regla ha obtenido incorporación en nuestro derecho positivo en el Código Civil y Comercial de la Nación (Título V, Capítulo I, Sección 2°) con la consagración legal de la "Acción Preventiva" en su art. 1711 (*"Acción Preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución*"); debiendo darse relevancia al ordenamiento dado por el codificador, que antepuso la "Acción Preventiva" (Sección 2°) a la "Función Resarcitoria" (Sección 3°).

Téngase presente que los jueces no deben desestimar demandas basadas en la violación de derechos constitucionales –o la amenaza de lesión- con el argumento de que carecen de una vía procesal acabadamente delineada. Así, se ha dicho que los tribunales deben acordar protección a los derechos y garantías, sin excusarse en la ausencia de un procedimiento legal apto para su ejercicio, pues estos no han sido reconocidos como simples fórmulas teóricas, sino que poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación CSJN, in re "Ekmekdjian c. Sofovich", del 07/07/1992, LL Online e in re "Siri", del 27/12/1957, Fallos 239:459. Además, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("CSJN") ha resuelto que "...*ante los problemas suscitados a partir de la irrupción en la vida social de las grandes empresas, con un enorme poderío material y económico y la consiguiente amenaza para el individuo y sus derechos, la CN no desampara a los ciudadanos ni les impone necesariamente recurrir a la defensa lenta y costosa de los procedimientos ordinarios, remarcando que las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad*" CSJN, in re "Kot", del 05/09/1958, Fallos 241:291.

En otros casos, el Máximo Tribunal sostuvo que en tanto la cuestión en debate revestía suma gravedad, no correspondía entrar a considerar el nomen juris de la acción apta para la tutela colectiva de derechos individuales frente a la clara violación de las garantías constitucionales en juego CSJN, in re "Verbitsky, Horacio s/ Hábeas Corpus", del 3/5/05, LL 2005-E, p. 39.

Por lo demás, deben tenerse presentes las palabras de la Corte in re "Halabi" CSJN, in re "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986" del 24/2/09, entre otros precedentes, donde se sostuvo que "…donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden

constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492)".

Por último, amén de lo expuesto, debe recordarse que los jueces pueden valerse de las facultades previstas en los arts. 36 y 232 CPCCN para ordenar medidas de carácter urgente adaptadas al caso en particular.

En conclusión, más allá de la vía procesal que se acuerde, se solicita a V.S. que haga lugar a la presente acción preventiva con miras a la protección del presentante y de todo el sistema integrado de la Seguridad Social, de manera urgente e inaudita parte.

18.- CUESTIONES DE FONDO.

18.1.- Vulneración del principio de protección de los intereses económicos del sistema de Seguridad Social

Injustamente se están lesionando los intereses de los beneficiarios de la Seguridad Social, entre ellos los de nuestros representados.

Al hacerlo, se ocasiona una violación directa y manifiesta de derechos expresamente reconocidos en la Constitución Nacional.

Eso es lo que ocurre en el caso de autos. El Estado mediante una ley inconstitucional da pie a que en poco tiempo de desfinancie al sistema de Seguridad Social, aprovechando la enorme dispersión del daño que causan y la consecuente indefensión en que se encuentra cada uno de los beneficiarios del sistema.

En virtud del principio "favor debilis", propio no sólo del derecho de los beneficiarios del sistema previsional, sino de todo el derecho que proviene del sistema de seguridad social (y recibido en el art. 14 bis CN), es que se solicita se declare la inconstitucionalidad de la Ley N º 27426 atento a sus términos.-

19.- PRUEBA.

En razón de nuestros dichos ofrecemos los siguientes medios de prueba:

19.1.- DOCUMENTAL: Se acompaña la siguiente:

19.1.1.- Copia de poder general judicial;

19.1.3.-. Certificación de Personería Gremial de la Asociación Bancaria, expedida por la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

19.1.4.- Estatuto de la Asociación Bancaria (Sociedad de Empleados de Banco)

19.2.- PERICIAL CONTABLE.

Se designe perito contador único de oficio, a efectos que se sirva informar lo siguiente:

19.2.1.- Tomando el perito, como muestreo, tres montos diversos referenciales de haberes previsionales al octubre/2008 (fecha de publicación de la Ley 26.417), calculará el perito el monto al que los mismos ascenderían a diciembre/2017 de aplicar: i) la fórmula de actualización dispuesta por la Ley 26.417; y ii) la fórmula de actualización dispuesta por la Ley 27.426.

19.2.2.- Determine el experto el valor de la movilidad, conforme lo establecido en el artículo 32 de la Ley 24.241 (Texto según Ley Nº 26.417), correspondiente al mes de Marzo de 2018;

19.2.3.- Determine el perito el valor de la movilidad, conforme lo establecido en los artículos 1º y 2º de la Ley Nº 27.426, correspondiente al mes de Marzo de 2018;

19.2.4.- Determine el perito el haber mínimo garantizado a partir del mes de Marzo de 2018, de conformidad con las previsiones del artículo 8º de la Ley Nº 26.417, en su texto original;

19.2.5.- Determine el perito contador el haber mínimo garantizado a partir del mes de Marzo de 2018, de conformidad con las previsiones de los artículos 1º y 2º de la Ley Nº 27.426.

19.2.6.- Tomando el perito, como muestreo, el salario correspondiente a tres diversas categorías del CCT 18/75 (aplicable a la actividad bancaria) vigente a los meses de diciembre/2007 a diciembre/2017, calculará el perito el a cuanto asciende/ascendería el promedio de las remuneraciones actualizadas a diciembre/2017 de conformidad con: i) aplicación del índice de actualización dispuesto en el art. 2 de la Ley 26.417; ii) aplicación del índice de actualización dispuesto en el art. 3 de la Ley 27.426. Fecho, indicará para cada supuesto a cuanto asciende/ascendería el monto del haber mensual de la prestación del art. 24 inc. a) de la Ley 24.241.

19.2.7.- Determine cuál es la afectación futura al momento de la obtención del beneficio jubilatorio de aquellos trabajadores que aun se encuentran en actividad

19.2.8.- Todo otro dato que a criterio del experto resulte de utilidad para la dilucidación de la presente litis.

19.3.- INFORMATIVA.

A todo evento, para el supuesto de ser desconocida la capacidad de mi mandante para representar los intereses y derechos colectivos del universo de trabajadores activos y pasivos que se desprende del ámbito de la personería gremial invocada, solicito se libre oficio al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social a fin

de que informe el ámbito personal y geográfico comprendido en la personería gremial de la Asociación Bancaria (Sociedad de Empleados de Banco) (personería gremial n° 46).

20.- RESERVO CASO FEDERAL, SUPRANACIONAL y ACCESO A ORGANISMOS INTERNACIONALES.

Para el improbable e hipotético caso de que V.S. no merituara las circunstancias de hecho y de derecho formuladas por esta parte, no haciendo lugar a la presente acción, dejo desde ya formulado la pertinente reserva de acudir al procedimiento establecido en el art. 14 de la Ley 48 - Caso Federal - ya que en el presente, actuar de ese modo violentaría derechos de raigambre constitucional y los establecidos en los Tratados y Convenciones incorporados en el art. 75, inc. 22) C.N.; derechos éstos que esta parte asegurará mediante la promoción de los recursos federales de estilo.-

Asimismo **hago expresa reserva del Caso Supranacional**, para concurrir por ante los Organismos Internacionales, con fundamento en el art. 75 incs. 22 de la C.N.

Consecuentemente reitero que dejo **expresa constancia** de Reserva del Caso Federal y Supranacional y de acceso a recurrir a los organismos internacionales para el caso que fuera rechazada la pretensión deducida

21.- EXIMICION DE ACOMPAÑAR COPIAS.

Que en atención a la dificultad de reproducción de la documental acompañada, y siendo que la misma obra ya en conocimiento del Estado Nacional al llevar éste el Registro de Asociaciones Sindicales, vengo a solicitar se exima a mi parte de acompañar copia de la documentación adjunta (Conf. Art. 121 del C.P.C.C.).

22.- SOLICITA HABILITACIÓN DE FERIA JUDICIAL.

Mi parte viene a solicitar se habilite la presente feria judicial para dar trámite a la acción aquí incoada.

El Poder Ejecutivo Nacional ha efectuado la publicación de la Ley 27.426 y su decreto promulgatorio N° 1096/2017 en el B.O. del día jueves 28 de diciembre de 2017.

Y las disposiciones de la Ley 27426 que se impugnan en la presente acción comienzan a generar los perjuicios cuya conjura se pretende con el inicio de vigencia de la ley.

Mas allá del debate que puede generarse en torno al día en que la ley atacada entra en vigencia –a la luz del extraño texto de su artículo 11, que no se refiere a la entrada en vigencia de “la presente ley” sino de “la presente *medida*”-, lo cierto es que al iniciarse la actividad judicial ordinaria en el mes de febrero de 2018 la norma legal ya estará en vigencia.

Consecuentemente se torna imperioso, a fin de evitar la consolidación –aunque fuera parcial- de los perjuicios que la ley 27.426 irroga a los trabajadores activos y pasivos representados por la Asociación Bancaria (Sociedad de Empleados de Banco)

que su aplicación sea suspendida con carácter previo –o al menos en el tiempo psoterior mas inmediato- a su entrada en vigencia.

Por otra parte, el propio trámite de la "acción de amparo" con que se interpone la presente acción, la raigambre constitucional de los derechos afectado, y la gravedad de los perjuicios que la norma atacada provoca en éstos, no admite la espera a la reanudación del tiempo hábil de acceso a la jurisdicción.

A ello cabe agregar el estado de zozobra e intranquilidad de ánimo que ha generado en la clase pasiva y en el sector activo cercano al acceso a la jubilación -en particular al subuniverso de éstos representada por la Asociación Bancaria- el conocimiento de los efectos perniciosos que la entrada en vigencia de la ley 27.426 proyecta sobre sus haberes, situación que torna imperioso llevarles tranquilidad inmediata y evitar la permanencia de su estado hasta el mes de febrero.

Es por tales motivos que mi parte solicita de V.S. habilite la feria judicial a fin de dar trámite a la acción que aquí se inicia.

A todo evento, y subsidiariamente, para el hipotético supuesto de que V.S. considerara que el trámite de la acción de amparo iniciada puede aguardar al reinicio de la actividad judicial ordinaria en el mes de febrero de 2018, vengo a solicitar se habilite la feria judicial a fin de dar tratamiento y resolver favorablemente la medida cautelar peticionada.

23.- AUTORIZACIONES.

Que autorizo a compulsar el expediente, retirar documentación, retirar y diligenciar oficios y mandamientos, obtener copias, dejar constancia de asistencia (nota) y todo otro trámite que haga a la gestión normal de las presentes actuaciones, a los Dres. Leandro Recalde y/o Jorge Carlos Barandiaran y/o Gustavo Adrián Aisin y/o Rubén Federico Silguero Correa y/o Alejandro Vazquez o a los Sres./Srtas. Barbara Esther Pavon o Michelle Sofia Leis Davenia o Eduardo David Stancanelli o Carlos Yuvimir Maximiliano Cvitanic o Luciano Miralles.

24.- PETITORIO.

Por todo lo expuesto, a V.S. solicitamos:

24.1.- Se nos tenga por presentados, por parte en el carácter invocado, por denunciado el domicilio legal y por constituido el procesal;

24.2.- Se tenga por interpuesta en legal tiempo y forma la presente acción de amparo, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional y Ley Nº 16986, disponiéndose su anotación en el Registro Público de Procesos Colectivos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Conf. Ac. 32/2014 y Ac. 12/2016).

24.3.- Con carácter previo se **resuelva la medida cautelar solicitada, concediéndose la misma**.

24.4.- Se disponga la agregación de la prueba documental y se tenga presente la restante ofrecida;

24.5.- Se tenga presente el planteo de Caso Federal, Supranacional y acceso a Organismos Internacionales

24.6 Se haga lugar al pedido de eximición de presentar copias de la documental que se anexa.

24.7.- Se tengan presentes las autorizaciones conferidas.

24.8.- Oportunamente, se dicte sentencia dando acogida favorable a la acción impetrada, decretándose la inconstitucionalidad de la Ley Nº 27.426 en los términos solicitados en el punto "2.- Objeto".

Proveer de conformidad, que

SERÁ JUSTICIA.

GUSTAVO A. CIAMPA
ABOGADO
C.P.A.C.F T° 39 - F° 650
C.N.P.T.A. N° 5081903

GUSTAVO A. AISIN
ABOGADO
T° 67 F° 304 CPACF