

**DEDUCE ACCIÓN DE AMPARO POR VACIAMIENTO DEL FGS – SOLICITA
URGENTE DICTADO MEDIDA CAUTELAR - PLANTEA CASO FEDERAL**

Señor/a Juez:

María Graciela OCAÑA, DNI. 14.184.382, **Hernán LOMBARDI**, DNI. 14.188.918, **Pablo TORELLO**, DNI.12.946.934, **Ana Clara ROMERO**, DNI. 27.020.228, **Virginia CORNEJO**, DNI. 6.722.506, **Gabriel MRAIDA**, DNI. 33.434.311, **Fernando IGLESIAS**, DNI. 12.917.076, **Soher EL SUKARIA**, DNI. 18.769.446, **Ingrid JETTER**, DNI. 22.321.611, **Sabrina AJMECHET**, DNI. 29.042.389, **María Inés QUIROZ**, DNI. 13.517.129, **José NUÑEZ**, DNI. 24.292.064, **Dina REZINOVSKY**, DNI. 32.865.847, **Alejandro FINNOCCHIARO**, DNI 18.453.675, por derecho propio, en nuestro carácter de Diputados de la Nación, y **Jesús Maria SILVEYRA**, DNI. 11.045065; **Nieves Irma NUÑEZ**, DNI. 3.566.316; **Julio Cesar MARSANO**, DNI. 11.061.092 y **Lidia H. GRECO**, DNI. 4.947.147 en nuestro carácter de jubilados, con el patrocinio letrado de los **Dres. Martín GALLIBASUALDO**, T° 69 F° 230 CPACF, constituyendo domicilio electrónico bajo el número de CUIT 20-23175398-3 y **Federico DESPOULIS NETRI**, T°113 F° 213 CPACF, constituyendo domicilio electrónico bajo el número de CUIT 20-22962763-6, ambos constituyendo domicilio constituido en la Av. Cordoba 1504, piso 12, oficina “B”, nos presentamos y a V.S decimos:

1.- OBJETO

Venimos, por medio del presente, a promover acción de amparo contra el Estado Nacional, Poder Ejecutivo Nacional -en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y de los arts. 1 y siguientes de la Ley 16.986-, con el objeto de que (a) por un lado, se declare la inconstitucionalidad y/o nulidad absoluta y manifiesta de lo dispuesto en el art. 1 del Decreto 163/2023 y en los arts. 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto 164/2023, ambos dictados por el Presidente de la Nación en los términos de lo establecido en el art. 99, inc. 3, de la Constitución Nacional, y (b) y se disponga con carácter urgente la suspensión cautelar de lo dispuesto en el art. 1 del Decreto 163/2023 y en los arts. 2 y 3 del Decreto 164/2023.

Tal como se demostrará a lo largo de esta presentación, ello a fin de evitar la violación de las reglas legales aplicables del denominado Fondo de Garantía de Sustentabilidad (“FGS”) y su consiguiente vaciamiento, lo que llevaría sin dudas al absoluto desfinanciamiento del Sistema Previsional, como así también por las razones en materia de deuda pública que se incluyen en esta presentación amparista.

2. LEGITIMACIÓN ACTIVA

2.1. Legitimación activa de los Diputados de la Nación accionantes en autos

En nuestro carácter de Diputados de la Nación, nos encontramos legitimados para deducir esta acción judicial.

De la naturaleza propia de la función que ejercemos no cabe duda que somos titulares de intereses propios e inherentes como para accionar ante el Poder Judicial en orden a requerir el escrutinio de validez de los decretos de necesidad y urgencia N° 163 y 164/23, emitidos por el Ejecutivo Nacional y que resultan violatorios del principio de división de poderes, de los límites y presupuestos constitucionales prescriptos en la Constitución Nacional para el dictado de esta clase de reglamentos (CN, art. 99 inc. 3) y otros principios y derechos elementales a los que nos referiremos en la presente demanda judicial.

La función que desempeñamos nos obliga y nos legitima a tomar participación en la formación y sanción de las leyes para la emisión y canje de deuda pública y en materia jubilatoria, en los controles parlamentarios pertinentes a través de la Comisión Bicameral de control que rige la materia, como así también a actuar en defensa de las normas constitucionales y legales que rigen para la adopción de este tipo de medidas a tenor de lo dispuesto en las Leyes N° 27.574, 26.425 y 26.222, el Decreto 897/2007, la Ley 24.156 (cfr. se explicita en los Caps. 6, 7 y 8 de esta presentación).

Es que no hay ninguna duda que el Ejecutivo Nacional puede dictar reglamentos con rango de ley (cfr. art. 99 inc. 3 de la CN), pero en supuestos excepcionales, bajo determinados límites formales y sustanciales, y sin menoscabar, en forma absoluta y manifiesta, las competencias constitucionales de quienes somos

Diputados y Senadores de la Nación en materia de deuda pública y de jubilaciones (cfr. arts. 75 incs. 4, 7, 8 y 23 de la CN).

Por tal motivo, no se nos escapa que según las disposiciones de la ley 26.122 le corresponde al Congreso de la Nación, específicamente a la Comisión Bicameral Permanente, el contralor de los DNU (art. 1). Sin embargo, a nadie tampoco escapa que “*frente a la amplitud ejecutiva en la emisión de DNU y al **limitadísimo escrutinio legislativo sobre los mismos***” (Bianchi, Alberto B., La separación de poderes. Un estudio desde el derecho comparado, p. 324) dicho control deviene ilusorio. Al respecto, cabe tener en cuenta que, según las previsiones de la ley 26.122, todo DNU emitido y remitido a la Comisión, sólo pierde vigencia si ambas Cámaras lo rechazan, previo un dictamen de la mentada Comisión (arts. 19 y 24). Ante ello, y ante la falta de una pauta temporal para rechazar un DNU, es que nos vemos obligados también a iniciar la presente acción de amparo, a los efectos de atacar dos decretos ostensiblemente írritos e inconstitucionales, que desestabilizan financieramente a un Fondo destinado a la seguridad económica de los jubilados.

La Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en un caso en donde se cuestionaba la validez de una reglamentación de una ley nacional por parte de un legislador, admitió la legitimación de éste en el entendimiento de que, ante un decreto reglamentario que contrariaba a la ley, se configura un caso de “nulación” de los votos por los legisladores válidamente emitidos (sala V, “Solá, Felipe Carlos c/ EN s/amparo ley 16986”, voto del Dr. Treacy, cons. V.2, causa 81283/2016/CA1). Es así que deviene imprescindible esta acción, ante los dos decretos N° 163/2023 y 164/2023, que transgreden de forma manifiesta la Constitución Nacional y en materia de deuda pública y jubilaciones. Ante la decisión del Poder Ejecutivo es que nace la legitimación de quienes este reclamo estamos presentando, pues no existen “*alternativas institucionales que permitan debatir la cuestión planteada*” (CNACAF, sala V, “Solá, Felipe Carlos c/ EN s/amparo ley 16986”, voto del Dr. Treacy, cons. V.5, causa 81283/2016/CA1). El Poder Ejecutivo, en ejercicio de facultades excepcionalísimas, se invistió -él mismo- de la calidad de legislador, usurpando las funciones que le corresponden a los representantes del pueblo pues **dictó decretos desprovistos de toda fundamentación y motivación, como más abajo se verá**. Ese estado de cosas es el que nos obliga a acudir a estos estrados en prédica de justicia y del restablecimiento de la situación a su estado anterior. El Presidente sólo puede hacer uso del art. 99, inc. 3° ante

una real y comprobada situación de emergencia que le impida al Congreso su reunión y deliberación de un tema. Es decir, que sólo una situación que nos impida a los legisladores sesionar, debatir y tomar decisiones legisferantes en torno a un importante asunto de deuda pública y de las jubilaciones de los argentinos, es que podría ser válida la emisión de un reglamento de necesidad y urgencia por parte del Poder Ejecutivo. La orfandad de supuesto fáctico de los DNU en la especie es palmaria y vergonzosa, por lo que la única opción que resta es acudir al Poder Judicial a los efectos de que controle dicho ejercicio, de cuya corrección depende la salud de nuestras instituciones.

En este sentido, en un pronunciamiento judicial se ha estimado que los legisladores nacionales poseen legitimación para interponer una acción tendiente a cuestionar la constitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia, y a solicitar con carácter cautelar la vigencia del mismo pues, en virtud del accionar ilegítimo del Poder Ejecutivo que había dictado un decreto de necesidad y urgencia, en tanto estando en receso el Congreso, no se convocaba a sesiones extraordinarias para el debido tratamiento parlamentario del decreto impugnado, al considerarse que se estaba cercenando el ejercicio de sus atribuciones como legisladores. Este es el precedente “Pinedo, Federico c/En –dto. 2010/09 s/proceso de conocimiento”, Cámara de Feria, sentencia del 22 de enero de 2010, Expte. 142/2010, dictado con motivo del DNU que creaba el “fondo del bicentenario” y se apropiaba, en ese entonces, de fondos del BCRA.

Observe V.S. que, peor aún es el presente caso, donde el Congreso de la Nación está en pleno ejercicio de sus funciones parlamentarias y se puede seguir los “trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes” por cuanto se encuentra en sesiones ordinarias.

En similar criterio, en el caso “Serrano” se puso de relieve que se reconoce la legitimación de los legisladores, en casos como el de autos, *“para impugnar por vía de amparo decretos de necesidad y urgencia como requerir las respectivas medidas cautelares, cuando se advierten irregularidades en el proceso de formación y sanción de las leyes* (ver de la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social, Sala II registrado en L.L.2001-D-523; fallo causa “Thomas, Enrique c/ E.N.A.” del Juzgado Federal de 1a. Instancia N° 2 de Mendoza, publicado en LL Gran Cuyo 2010 (febrero), 77 y confirmado por la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza el pasado 25.03.2010; fallos “Camaño, Graciela y ots. c/ E.N.” del Juzgado Nacional de 1a.

Instancia en lo Contencioso-administrativo Federal Nro.3 publicado en La Ley Online; fallo Lozano, "Claudio Raúl c/ Estado Nacional" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, Sala II, publicado en L.L. del 18.09.2009,7 fallo "Pinedo, Federico y ots. c/ E.N." de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, sala de feria, publicado en L.L.28.01.2010; "Daher ..."). En tal sentido Quiroga Lavié propicia el reconocimiento a los legisladores para defender judicialmente el ejercicio del derecho al debate parlamentario y el respeto a la reserva de la potestad legislativa exclusiva del Congreso, entiende que asimismo se lo debe reconocer a fin de proteger un derecho propio que consiste en una competencia constitucional que a su vez se configura como un deber de ejercer el cargo; por lo que el carácter de legislador los habilita a ejercer sus competencias en el seno del cuerpo que integran pero cuando ese ejercicio lo impide otro poder, es necesario que un tercero imparcial e independiente repare el agravio constitucional. (Quiroga Lavié, Humberto "El Amparo Colectivo", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998)." "Así, dada la ampliación del campo de la legitimación procesal abierta a partir de la interpretación del art.43 de la Constitución Nacional respecto al amparo como la vigencia de normas internacionales que reconocen el libre acceso a la jurisdicción, estimo que en el caso bajo estudio los legisladores actores invocan un interés propio, pues no vienen en representación del cuerpo que integran ni del pueblo que los eligió sino que cada uno como legislador se siente "agraviado" por un trámite que consideran irregular.."

No puede soslayarse, por ello, que los legisladores del Congreso de la Nación resultan ser portadores de un derecho constitucional a participar en el proceso de formación y sanción de leyes sin que, mediante el ejercicio arbitrario y manifiestamente ilegítimo del Ejecutivo Nacional pueda avanzarse mediante un DNU sobre las facultades que son de competencia de la zona de reserva del legislador y que se hallan en plena ejecución en el Congreso de la Nación.

Claramente, el Ejecutivo Nacional no puede pretender mediante un DNU suplir el proceso de toma de decisiones congresuales y el ejercicio de la facultad legisferante de los cuerpos parlamentarios que están en plena ejecución de manera de llevar a cabo la esencial función constitucional de dictar leyes para toda la Nación de la manera ilegítima que se procura a través de los DNU en crisis y sobre dos temas de tamaño envergadura como la deuda pública y las jubilaciones de los argentinos.

A su vez, mediante las Leyes N° 27.574, 26.425 y 26.222, y el Decreto 897/2007 se han preceptuado principios, reglas, límites y garantías en favor de los jubilados, el FGS y el cumplimiento de los mecanismos de contralor, como así en materia de deuda pública por mandato constitucional y legal de los arts. 75 inc. 4, 7 y 8, y de la Ley 24.156, que son incumplidos mediante los DNU N° 163 y 164/2023 (cfr. se explicita en los Caps. 6, 7 y 8 de esta presentación).

De tal manera, se acredita *infra* que las medidas que implementa el Ejecutivo perjudican gravemente los derechos de los jubilados, al disponer la pesificación del FGS a través de dos decretos manifiestamente inconstitucionales que no observan los extremos que el constituyente y los legisladores trazamos para su emisión y funcionamiento, al modificarles las reglas aplicables al FGS y quitarles el verdadero manejo, decisión y control a las autoridades competentes del fondo.

En este sentido, cabe señalar que: i) “La ley del Fondo de Garantía de Sustentabilidad (FGS) N° 25.574 pone límites al PEN en relación al funcionamiento, financiamiento y administración del mismo, y esto se ve totalmente desdibujado con el DNU 164/23, en tanto se permite administrar y entregar activos del FGS sin los controles necesarios establecidos por las leyes 24.241 y 26.425 (que prevén el Sistema Integrado de Jubilaciones); ii) la Ley 27.574 procuró el “blindaje de los activos del FGS” (creado por el actual Gobierno), al disponer que los activos sean usados para el pago del sistema previsional argentino, y nunca se hizo referencia en su articulado a la derivación de aportes a otro ministerio o inversión que no fuese segura; así los DNU omiten hacer mérito de esta ley y afectan al FGS para el pago e inversión en cuestiones ajenas al sistema previsional, dejando en estado de vulnerabilidad a las futuras y actuales jubilaciones; iii) el riesgo de caer en un desfinanciamiento del FGS, a raíz de la mala inversión del mismo, se producirá en tanto no se garanticen los dividendos que se deben generar conforme a la ley (se traducirá esto en un daño irreparable; la manda legal que así lo prevé es precisa: solo se puede invertir si el resultado es favorable o tiene pocas chances de ser desfavorable); y iv) van a fallar los mecanismos de control, previstos por ley, en manos del Directorio del ANSES y la Comisión Bicameral del Congreso, quienes deberán aprobar esta transferencia del FGS por fuera de su ámbito de aplicación; esto no está ocurriendo con los dos DNU y es la Directora del Anses la responsable de tomar la iniciativa de recurrir a los organismos de control mencionados.

A tenor de esta función institucional que ejercemos los legisladores de la Nación, en ejercicio de los derechos, competencias y facultades legislativas y de control propias de nuestros cargos, acreditan un interés personal, directo y especial de origen constitucional e institucional para litigar en autos, en atención a las fundamentaciones de hecho y de derecho que se pasan a exponer.

2.2. Legitimación activa de los jubilados en su carácter de beneficiarios del sistema previsional

Sin perjuicio de lo anterior, los señores, **Nieves Irma NUÑEZ**, DNI. 3.566.316; **Julio Cesar MARSANO**, DNI. 11.061.092 y **Lidia H. GRECO**, DNI. 4.947.147, jubilados firmantes de la demanda de autos también cuentan con la debida legitimación activa, por cuanto el beneficiario es parte interesada para promover la presente acción, legitimación que surge del artículo 43 CN.

La CSJN, con fundamento, cuando se persigue preventivamente la declaración de inconstitucionalidad de una norma, sosteniendo que tienen derecho a reclamar en protección de tales derechos, todos aquellos que han sido legitimados en el artículo 43, CN.

La Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) se transformó en el principal aportante público de títulos de deuda en dólares que serán canjeados o vendidos para aumentar el poder de fuego del Gobierno a la hora de mantener “a raya” a los dólares financieros y, al mismo tiempo, generar financiamiento en pesos.

En el caso que nos ocupa, la legitimación procesal del beneficiario se encuentra reforzada. En primer término, toda vez que debe resguardar que, conforme imponen las normas vigentes, este tratamiento sobre el FGS debió hacerse por la vía Legislativa y no Ejecutiva, y además los beneficios previsionales tienen carácter alimenticio ratificados por fallos de la Corte Suprema el beneficio previsional es vulnerable y que los decretos 163 y 164/2023 afecta, no solo su condición, sino que restringe la posibilidad de mejorar su haber previsional.

En tal sentido adviértase que, si se aplicara plenamente la norma aquí impugnada, los beneficiarios del sistema previsional se verían imposibilitados de obtener

una mejora sobre sus haberes o del cobro de estos a futuro, ya que es imposible saber el verdadero trasfondo de la maniobra del Gobierno que pretende vender o subastar el FGS.

Por tal razón cabe interponer una medida cautelar contra el Estado nacional en toda su eficacia aduciendo que la norma es inconstitucional, o lo cierto es que –por la vigencia de la norma y su colisión con la Constitución Nacional - prima un estado de incertidumbre que hoy impera y que sólo cesará cuando el Poder Judicial de la Nación realice el pertinente examen de constitucionalidad.

El contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, ante el posible vacío normativo sobre la acción y el proceso, ha de ser suplido para dar aplicación a la Constitución Nacional, pues entre sus derechos fundamentales se encuentra el derecho a la jurisdicción. En ese sentido la CSJN, ha expresado: "Que es función indeclinable de los jueces el resolver las causas sometidas a su conocimiento, teniendo como norte el asegurar la efectiva vigencia de la Constitución Nacional, sin que puedan desligarse de este esencial deber, so color de limitaciones de índole procesal. Esto es especialmente así, si se tiene en cuenta que las normas de ese carácter deben enderezarse a lograr tal efectiva vigencia y no a turbarlas". (CSJN, Fallo del 27/12/90 "in re" Peralta, Luis c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía - Banco Central de la República Argentina s/ Amparo, publicado en LA LEY 1991 -C, 158 y en ED del 24/4/91).

Por lo tanto un impedimento importante para la exigibilidad de los derechos sociales es la falta de mecanismos judiciales adecuados para su tutela. Las acciones judiciales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas, tradicionalmente, para la protección de los derechos civiles. La falta de recursos adecuados y efectivos en el orden jurídico interno de los Estados para tutelar los derechos sociales vulnera las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran el derecho de acceder a tales recursos, y en consecuencia, a aquellos derechos. Estas normas establecen, en definitiva, el derecho del titular de un derecho, a tener una acción para su tutela.

Por esta razón, esta parte sostiene que la norma, es inconstitucional, y debido a su vigencia, hay una gran incertidumbre que obstaculiza y perjudica la situación económica de un beneficiario actual y a futuro.

3. ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO

Resulta procedente en este caso la vía del amparo, que se encuentra constitucionalizada en el art. 43 de la Ley Fundamental. De tal manera, a partir de la reforma constitucional de 1994 se consagró definitivamente esta garantía fundamental de nuestro derecho procesal constitucional a los efectos de salvaguardar el estado democrático de derecho y el ordenamiento jurídico argentino.

3. A) Violación palmaria de normas constitucionales y lesión de derechos constitucionales

En este caso, los DNU introducen medidas inconstitucionales, arbitrarias, ilegales e ilegítimas en torno a la deuda pública y al manejo del FGS, en perjuicio de los derechos constitucionales que asisten a los jubilados y en violación de las mencionadas competencias parlamentarias de los legisladores de la Nación, sin que exista otro medio procesal idóneo para impedir tal lesión irreparable a los beneficiarios del sistema previsional.

Como se acreditará *infra*, las medidas que implementa el Poder Ejecutivo perjudican gravemente los derechos de los jubilados, al disponer la pesificación del FGS a través de dos decretos manifiestamente inconstitucionales que no observan los extremos que el constituyente trazó para su emisión, al modificarles las reglas aplicables al FGS y quitarles el verdadero manejo, decisión y control a las autoridades competentes del FGS.

En el caso no hay mayor necesidad de amplitud de debate o prueba: la comprobación de la arbitrariedad manifiesta y la lesión en la que los DNU trasuntan no precisa de mayor actividad probatoria ni de un debate que desborde los límites del amparo. Los hechos expuestos no representan complejidad probatoria, sino que son de público y notorio conocimiento y han sido difundidos en diferentes medios de comunicación masivos. Así, el amparo aparece como la vía idónea para la defensa en juicio de las partes en el marco de un proceso justo.

La inconstitucionalidad de los DNU se produce porque:

- a) No se encuentran reunidos los requisitos previstos en el artículo 99 inciso 3° de la CN;
- b) Violan el principio de legalidad y de reserva legal consagrado en el art. 19 de la CN, por cuanto infringen en forma manifiesta las leyes 24.156, 24.241, 26.222, 26.425, y 27.574;
- c) Violan el principio de razonabilidad previsto en el artículo 28 de la CN, ya que ninguna relación existe entre la finalidad del FGS y los fundamentos de los DNU;
- d) Violan en forma manifiesta los derechos de los jubilados actuales y futuros, afectando su derecho a los beneficios de la seguridad social, tanto en su integralidad como en su movilidad (artículo 14 bis), el de propiedad (artículo 17), el derecho a no ser discriminados (artículo 75 inciso 23), consagrados también en diversos tratados internacionales.
- e) Violan las competencias en materia de deuda pública que emanan del art. 75 incs. 4, 7 y 8 de la CN.

3. B) Acto de autoridad pública

En este caso, los actos impugnados son dos reglamentos presidenciales de necesidad y urgencia (DNU N° 163 y 164/2023), dictados por el Presidente de la Nación en acuerdo general de ministros conjuntamente con el Jefe de Gabinete.

3. C) Inexistencia de una vía judicial más idónea

Respecto de la inexistencia de un medio judicial más idóneo a los fines de tutelar el derecho constitucional de la Seguridad Social (art 14 Bis) resulta ilustrativo citar el siguiente fallo por demás esclarecedor sobre el tema: “Balletero, José s/ Acción de Amparo” C.S. octubre 4/994, se sostuvo que *“la Acción de Amparo constituye un remedio de excepción, cuya utilización está reservada para aquellos casos en que la carencia de otras vías legales aptas para resolverlas pueda afectar derechos*

constitucionales, máxime cuando su apertura requiere circunstancias muy particulares, caracterizadas por la existencia de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, y la demostración, por añadidura, de que el daño concreto y grave ocasionado sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a la vía urgente y expedita del citado proceso constitucional”.

Cabe señalar también que la jurisprudencia anterior a la reforma constitucional no requería el agotamiento de los procedimientos administrativos y por ende mucho menos se lo podría exigir ahora debido a que la reforma de 1994 ha eliminado como requisito para la viabilidad del amparo la inexistencia de procedimiento administrativo dejando solamente subsistente aquél que hace referencia a la inexistencia de otro medio judicial más idóneo.

Con respecto a la posibilidad de utilizar otro medio judicial más idóneo, la demora que se produciría esperando la resolución jurisdiccional y en atención a la urgencia que requiere su pronunciamiento ya que una vez afectados los activos del FGS, impediría la tutela efectiva de mis derechos en cuestión.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de las controversias (Fallos 300:1033 –La Ley, 1979-C, 605–) 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 (Fallos 299:358, 417 y 305:307)" (CS, Julio 8-997 .- Mases de Díaz Colodrero, María A. C/ Provincia de Corrientes, Doctrina Judicial, Año XIV, N° 20, p. 168, Buenos Aires, La Ley, 1998). La Sala III de la Excma. Cámara Nacional Federal Contencioso Administrativo, (17.9.84, La Ley 1984-D-360) admitió que demostrada que fuere la irreparabilidad del perjuicio derivado de la espera de una decisión en el ámbito, administrativo, resulta procedente la vía judicial de la acción de amparo. También se ha admitido la viabilidad del amparo cuando no existan otras vías (judiciales o no) que permitan obtener "adecuada" protección jurisdiccional (LL 112-796, "Olmedo, Héctor" C. Nac. Civil, Sala F, 7-5-83). Es más, lo indispensable a analizar no es que exista una vía procesal alternativa, sino que lo que hay que considerar inexcusablemente, es si tal trámite es auténticamente operativo para enfrentar el acto lesivo (Sagües, ob. cit. pág. 169).

Este criterio fue también adoptado por la Corte Suprema de Justicia desde hace muchos años, resultando hoy doctrina pacífica y de inevitable aplicación al caso de autos, aquel pasaje ya citado que sostiene que "... siempre que aparezca de manera clara y manifiesta la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios administrativos o judiciales, corresponde que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del amparo (Fallos: 241:291; 280:228; 147:738;) ("Arenzón, ...", ob.cit., cons. 4º; el subrayado no está en el original).

En este sentido se ha sostenido que "Al exigirse la existencia de otros medios judiciales para negar in limine el acceso al amparo, ello significa que aquellos deben ostentar la misma eficacia, la cual no se logra si la demora en los trámites pudiera hacer ilusoria o mas gravosa la decisión que en definitiva se dicte, pues, ello importaría el cercenamiento de los derechos de defensa" (Voto del Dr. Coviello CNFed. Cont.Adm., Sala V, nov 22 -1996- "Metrogas S.A. c/Ente Nacional Regulador del Gas"). Este mismo criterio fue adoptado por la sala D de la Cámara Nacional en lo Civil al sostener que "siendo el amparo el medio eficaz no es posible lograr ese objeto por otras vías legales mas lentas" (CNCiv., Sala D, 19 abr. 1968 - E.D. 23-427).

Por su parte, Augusto Morello, opina que, a partir de la reforma de la CN de 1994, la acción de amparo juega como una alternativa principal y no subsidiaria, utilizándose otras vías solo cuando sean mas idóneas, eficaces, útiles y efectivas, circunstancia esta última que considera excepcional (Morello, Augusto en "Diario de J.A." 28 de diciembre de 1994). En este mismo sentido se ha pronunciado Gordillo: "la mayor o menor idoneidad de una vía judicial para ser preferida a otra ha de estar dada por su mayor menor brevedad, sencillez y eficacia para la tutela de los derechos constitucionales" (Gordillo, Agustín "Tratado de Derecho Administrativo" T. 1 Ed. Macchi.).

Surge claramente el daño irreparable que produciría remitir la cuestión a los procedimientos ordinarios, por lo que entendemos que resultaría manifiestamente improcedente que se formulen objeciones a la procedencia del amparo sobre esta base.

Debido a la celeridad que la resolución de la causa requiere, en atención a la inminencia de las medidas implementadas, las vías judiciales ordinarias no son aptas para lograr el restablecimiento de los derechos constitucionales. No existen en la especie recurso o remedio judicial que permita obtener la protección inmediata de los derechos conculcados de forma tal que autoricen a prescindir de la acción de amparo (art. 2º, inc. a, ley 16986).

No se verifica el supuesto previsto en el inc. c del art. 2º de la ley 16986, toda vez que en el presente caso la intervención judicial no compromete el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado.

4.- BREVE RESEÑA DE LAS NORMAS EN JUEGO EN EL CASO

4.1. El Fondo de Garantía de Sustentabilidad

a) En julio del 2007, se sancionó el Decreto 897/2007 de “Creación y Fines del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto. Integración. Organización”.

Desde su inicio, ese **Fondo de Garantía de Sustentabilidad (“FGS”) tiene como características esenciales las de preservar y garantizar la sustentabilidad futura del Régimen Previsional Público, como fin prioritario asegurar que los beneficiarios del Sistema Público de Reparto no se constituyan en variable de ajuste de la economía en momentos en que el ciclo económico se encuentre en fases desfavorables, contando a tales efectos con los excedentes producidos en los momentos positivos del ciclo.**

Dentro de estas pautas de inversión establecidas se destaca claramente el art. 4º del mismo, que dispone: *“los recursos del fondo deberán ser invertidos en activos financieros nacionales incluyendo entre otros instrumentos cuentas remuneradas del país y la adquisición de títulos públicos o títulos valores locales de reconocida solvencia.”*

Dicho reglamento se dictó –entre otras razones- a tenor de lo preceptuado en el art. 17 de la Ley 26.222 (modificatoria de la Ley 24.241), disposición que reza:

“facúltase al PODER EJECUTIVO NACIONAL para dictar las normas interpretativas, complementarias y aclaratorias que fueren necesarias a los fines de la aplicación de lo dispuesto en la presente ley, como así también a elaborar un texto ordenado de la Ley N° 24.241 sus complementarias y modificatorias.”

b) En noviembre del 2008, se sancionó la Ley 26.425 de unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, en un único régimen previsional público que se denominará “Sistema Integrado Previsional Argentino” (SIPA), financiado a través de un sistema solidario de reparto, garantizando a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización vigente hasta esa fecha, idéntica cobertura y tratamiento que la brindada por el régimen previsional público, en cumplimiento del mandato previsto por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

En esta normativa quedan claramente marcados cuáles son los recursos del SIPA y cómo deberán ser utilizados, así el art 8 de la misma establece:

“Los recursos podrán ser utilizados únicamente para pagos de los beneficios del Sistema Previsional Argentino (SIPA) y para las operaciones permitidas por el artículo 77, segundo párrafo, de la ley 24.241 y sus modificaciones.

En los términos del artículo 15 de la Ley 26.222 el activo del fondo se invertirá de acuerdo a criterios de seguridad y rentabilidad adecuados, contribuyendo al desarrollo sustentable de la economía real a efectos de garantizar el círculo virtuoso entre crecimiento económico y el incremento de los recursos de la seguridad social.

Las inversiones permitidas serán las previstas en el artículo 74 de la Ley 24.241 y sus modificaciones, rigiendo las prohibiciones del artículo 75 de la citada ley y las limitaciones de su artículo 76. Queda prohibida la inversión de los fondos en el exterior.” (modificado Ley 27.574).

Como se puede advertir, tanto las leyes de creación del SIPA como la 24.241 (SIJP), establecen un criterio de inversión, de sustentabilidad y de preservación del FGS, es así que, en el art. 74 de la Ley 24.241, determina en forma específica los criterios de inversión *“El activo del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino (FGS) se invertirá de acuerdo con criterios de*

seguridad y rentabilidad adecuados, respetando los límites fijados por esta ley y las normas reglamentarias”.

Por lo expuesto, atento a que el decreto 164/2023 prevé la “*venta o subasta de sus tenencias de los títulos públicos nacionales denominados y pagaderos en dólares estadounidenses identificados*”; en tanto no sea posible de una inversión sustentable y de una rentabilidad sostenida en el tiempo, esto inevitablemente traerá aparejado la inmediata desinversión del FGS, siendo de manera mediata a largo plazo la pérdida de estos aportes realizados desde 1993 hasta 2008 por los beneficiarios del SIJP que hoy junto con otras inversiones pasan a formar parte de este fondo de garantía. Cabe aclarar, que este FGS es una herramienta de salvaguarda del sistema previsional, con esto se quiere remarcar que en la medida que se produzcan crisis como las que atraviesa la República Argentina, este fondo -que tiene como objeto el pago en forma eventual del sistema- se verá desfinanciado, con la consecuente merma de aportes. En razón de ello, el sistema se verá avasallado significativamente ante la imposibilidad de hacer frente a las obligaciones sobre los jubilados y pensionados, menoscabándose así no sólo a los actuales sino que también se dejará sin beneficios a los futuros.

Vale decir que si el fondo se creó con este objetivo en el año 2007, hoy debería seguir manteniendo esta misión a fin de respetar las pautas, criterios garantías y estándares de previsión, certeza y credibilidad oportunamente previstos.

c) El 30 de octubre del año 2020, se sancionó la Ley Nacional 27.574 “*Ley de Defensa de los Activos del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino*”, la cual establece el deber del Fondo de Garantía de Sustentabilidad (en adelante FGS) de priorizar aquellas inversiones que tengan impacto directo en la economía real promoviendo la sostenibilidad del sistema previsional y de la economía argentina en general.

La sanción de la Ley 27.574 procuró dotar de previsibilidad al FGS y resguardar su valor en el tiempo, preservando así los fondos del sistema jubilatorio, mientras se garantiza al mismo tiempo los pagos mensuales.

4.2. Las normas impugnadas en el caso y su incidencia en el Fondo de Garantía de Sustentabilidad

El 23 de marzo del corriente año, el Poder Ejecutivo Nacional, mediante los Decretos de Necesidad y Urgencia N° 163/2023 y 164/2023, determinó que los organismos públicos se desprendan de sus tenencias de bonos en dólares para contener las presiones sobre los dólares financieros y absorber el excedente de pesos en el mercado que empujan las cotizaciones de los dólares paralelos.

Siendo, entonces, función del FGS garantizar el pago de las jubilaciones y pensiones en caso de contingencias, es que el fondo sirve de resguardo para que ANSES pueda hacer frente al pago de los beneficios del sistema integrado previsional argentino, por tal motivo, las medidas que pretenden adoptarse mediante los DNU en crisis provocarán un evidente y perjudicial impacto en la cotización del Fondo.

5. INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS DNU N° 163/2023 Y 164/2023 A LA LUZ DE LO DISPUESTO EN EL ART. 99 INC. 3 DE LA CN

5. A) Marco Jurídico. La excepcionalidad de los DNU

Resulta a las claras que los referidos DNU son palmaria y ostensiblemente inconstitucionales.

A partir de la reforma constitucional de 1994, y merced a la enmienda constitucional que entonces tuvo lugar, los DNU han tenido recepción constitucional, más su emisión ha sido rodeada por el Constituyente de severos requisitos que es menester cumplir en orden a que se garantice su validez.

Así, el art. 99, inc. 3° de la Constitución Nacional reza:

“Artículo 99.- El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”

La norma constitucional parte, como se ve, de la prohibición, ya que se le veda al presidente, bajo nulidad absoluta, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Seguidamente, establece las condiciones en que tales disposiciones son posibles en nuestro marco constitucional.

Es sabido que el requisito cardinal para la emisión de DNU es la existencia de un marco fáctico que se caracteriza por la urgencia, es decir por “*circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes*”.

Es, precisamente, la causal habilitante del ejercicio de tamaña competencia de naturaleza legislativa que se le ha reconocido al presidente.

Es éste un dato de suma relevancia ya que la Constitución parte de la prohibición para llegar a la admisibilidad de los DNU, pero sólo bajo la observancia de determinadas exigencias.

Tan así es que la Dra. Argibay ha sabido decir que *“por lo tanto, cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse prima facie inconstitucional, presunción ésta que sólo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución a la prohibición general antes sentada, a saber, la descrita en los dos párrafos siguientes del artículo 99.3...”*, a saber, las aludidas circunstancias excepcionales (CSJN, “Massa, Juan Agustín c/PEN”, Fallos: 329:5913, cons. 3°).

Por ende, de su adecuada comprensión depende el equilibrio de poderes que diseña y reparte la Constitución Nacional toda vez que se trata de una potestad legisferante, es decir, se trata de una potestad que primigeniamente se residencia en el Congreso de la Nación pero que sólo por un contexto excepcional, caracterizado por el hecho de que tal excepcionalidad le impide a ambas Cámaras del Congreso reunirse se habilita al titular del Poder Ejecutivo a dictar verdaderas “leyes”, sujetos a un control posterior.

En este orden de ideas, los DNU son claramente un instituto excepcional, sólo puestos a disposición del presidente para afrontar situaciones de urgencia. Ante ello, la interpretación que del mismo se haga ha de ser necesariamente restrictiva y estricta, no sólo porque la salud de la división de poderes depende de ello, sino porque la “práctica abusiva” que exhibe la cuestión en la práctica constitucional así lo impone (Bidart Campos, Germán, Manual de la Constitución reformada, tomo III, p. 125).

La CSJN ha enfatizado este carácter excepcional -y con él, la rigurosidad hermenéutica que le corresponde- al expresar que *“Que el texto nuevo es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte el Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país, especialmente desde 1989”* (CSJN, “Verrochi, Enzo”, V916XXXII, 19/08/99, cons. 8°)

En nuestro Estado Democrático de Derecho existe una real necesidad *“de que sea al Poder Legislativo, representante de la voluntad popular, el encargado de dictar la ley”* (Badeni, Gregorio y Laplacette, Carlos, El decreto de necesidad y urgencia

sobre participación del Estado en sociedades, La Ley, AR/DOC/1155/2011, con cita de Frías).

Se trata del principio de legalidad, plasmado en el art. 19 CN, el que así lo exige.

Por consiguiente, habrán de ser apreciadas con un criterio sumamente restrictivo los casos en que se hace uso de este instituto.

Es que, a diferencia de lo que sucede con los decretos delegados, no hay habilitación legislativa previa, sino que existe un supuesto “*apoderamiento constitucional previo*” lo que robustece la necesidad de una exégesis restrictiva (Balbín, Carlos, Tratado de derecho administrativo, tomo I, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2015, pp. 688 y 699).

5. B) Evaluación del presupuesto fáctico de la emergencia por parte del Poder Judicial

Así las cosas, habida cuenta la flagrante falta constitucional que la Presidencia de la Nación le ha infligido a nuestra Ley Fundamental: ha legislado, mediante decretos absolutamente carentes del sustrato fáctico que les insufla validez, sobre aspectos de altísima relevancia institucional, sobre todo cuando por su intermedio no sólo se avasallan las más elementales competencias y reglas legislativas en materia de deuda pública y de jubilaciones, sino que se vulneran notoriamente los derechos de los jubilados y jubiladas de nuestro país.

No puede decirse válidamente que la situación de emergencia configura una causa ajena al escrutinio judicial. La CSJN ha controlado la plataforma fáctica de los DNU (y los ha invalidado por dicho motivo) precisamente porque se trata de un requisito de raigambre constitucional.

Es así que el Poder Judicial está absolutamente habilitado para controlar esta cuestión de hecho, para controlar el estado de emergencia que le permite al Poder Ejecutivo salir de la prohibición de dictar disposiciones de carácter legislativo, para determinar en cada caso que se le presente, si dichas circunstancias se verifican o no.

Así se ha dicho que “*en lo que respecta a la existencia de un estado de necesidad y urgencia, es atribución de este Tribunal evaluar, en este caso concreto, el*

presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales presupuestos. En este caso concreto, el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales presupuestos. Si esta Corte, en ejercicio de esa facultad de control ante el dictado por el Congreso de leyes de emergencia, ha verificado desde el precedente de Fallos: 136:161 ("Ercolano") la concurrencia de una genuina situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad —esto es, corroborar que la declaración del legislador encuentre "debido sustento en la realidad"— (Fallos: 172:21 —"Avico"—; 243:449 —"Nadur"—; 313:1638 —"Videla Cuello"—; 330:855 —"Rinaldi"—, entre muchos otros) con mayor razón debe ejercer idéntica evaluación respecto de las circunstancias de excepción cuando ellas son invocadas unilateralmente por el Presidente de la Nación para ejercer facultades legisferantes que por regla constitucional no le pertenecen (arts. 44 y 99, inciso 3º, párrafo 2º, de la Constitución Nacional). En este aspecto, no puede dejar de advertirse que el constituyente de 1994 explicitó en el art. 99, inc. 3º, del texto constitucional estándares judicialmente verificables respecto de las situaciones que deben concurrir para habilitar el dictado de disposiciones legislativas por parte del Presidente de la Nación. El Poder Judicial deberá entonces evaluar si las circunstancias invocadas son excepcionales, o si aparecen como manifiestamente inexistentes o irrazonables; en estos casos, la facultad ejercida carecerá del sustento fáctico constitucional que lo legitima". Ello por cuanto "el texto constitucional de pautas susceptibles de ser determinadas y precisadas en cada caso concreto" ("Consumidores Argentinos c. EN N - PEN - Dto. 558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986, C. 923. XLIII, cons. 10 y 11).

Por lo demás, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como intérprete final de las disposiciones de la Constitución nacional ha establecido en diversos precedentes (in re "Verrocchi", Fallos:322:1728; "Risolia de Ocampo", Fallos: 323:1934; "Leguizamón Romero", Fallos: 327:5559) que para que el Poder Ejecutivo pueda válidamente dictar decretos de contenido legislativo, debe ser imposible dictar una ley mediante el trámite ordinario (como circunstancias bélicas o de catástrofes naturales), o debe darse una situación que impida aguardar el lapso que demanda la sanción de una ley, como por ejemplo, en casos de grave trastorno que amenace la existencia, seguridad o el orden público o económico (Fallos: 333:633, cons. 11, p. 658; 2010).

5. C) Ausencia absoluta del presupuesto fáctico

Como V.S. puede apreciar, las circunstancias fácticas sobre las cuales debe asentarse todo DNU no se corroboran en este caso. En el caso del **DNU 163/23**, su **considerando 10** expresa que:

“en este contexto, y frente a la inminencia de pago de los servicios de intereses y amortizaciones de capital de las letras denominadas en dólares estadounidenses emitidas en el marco de los Decretos Nros. 622/21, 576/22 y 787/22, resulta necesario disponer que puedan ser atendidos, a la fecha de su vencimiento, con nuevos títulos públicos, en consonancia con las emisiones realizadas bajo las previsiones de los Decretos Nros. 668/19 y su modificatorio y 346/20 y la Ley N° 27.701 de Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2023”

Tal es la justificación que brinda el Poder Ejecutivo para reemplazar los pagos de servicios de intereses y amortizaciones de capital en dólares estadounidenses nuevos títulos públicos cuyas condiciones serán definidas en conjunto, por el Ministerio de Economía. Cabe la transcripción del **considerando 11, por su insuficiente brevedad:**

“Que la urgencia en la adopción de esta medida hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la CONSTITUCIÓN NACIONAL para la sanción de las leyes”

El DNU 164/23 tampoco abunda en justificaciones. Dice que *“la urgencia en la adopción de estas medidas, en virtud de lo expuesto en los considerandos precedentes, deviene imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la CONSTITUCIÓN NACIONAL para la sanción de las leyes”*.

Esas medidas son, nada más y nada menos, que la disposición de la venta o subasta y entrega de las tenencias de las Jurisdicciones, Entidades y Fondos comprendidas en el art. 8° de la ley 24156 - i. e., el sector público nacional- de los títulos públicos nacionales denominados y pagaderos en dólares estadounidenses que se encuentran en la cartera de tenencias a la fecha de entrada en vigencia del DNU 164/2023 (art. 2°).

En ambos casos se alude a la urgencia como un justificativo para la toma de dichas medidas. En el lenguaje de ambos reglamentos de necesidad y urgencia, tal

urgencia es la que le impediría al Congreso reunir sus Cámaras. En mérito a ello, tal motivación resulta absolutamente arbitraria e injustificada.

Por tanto, no hay, en los considerandos del decreto, una sola circunstancia apuntada que permita sostener que es imposible acudir a las vías ordinarias que prevé nuestra Constitución para la sanción de leyes. Máxime cuando el Congreso se halla en período de sesiones ordinarias (cf. art. 63, CN). No cabe soslayar que *“tratándose de situaciones excepcionales, corresponde que el Poder Ejecutivo explique y justifique la imposibilidad de seguir, en caso concreto, los trámites ordinarios previstos en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes”* (Badeni, Gregorio y Laplacette, Carlos, “El decreto de necesidad y urgencia sobre participación del Estado en sociedades”, La Ley, AR/DOC/1155/2011).

Al referirse a “situaciones extraordinarias”, el constituyente se ha querido referir a situaciones que se aparten de lo común, transitorias, sean de índole natural o no, pero que salgan del curso normal de los acontecimientos para trastocar la vida institucional. Y precisamente, dicha anómala situación institucional, extraordinaria e inesperada es la que requiere de una medida extraordinaria y veloz: la celeridad con que se debe atender dicho asunto no amerita los tiempos procedimentales parlamentarios que, destinados a alumbrar decisiones de índole general en representación de la voluntad popular, se caracterizan por cierta extensión. La Corte tiene dicho que *“Únicamente en situaciones de grave trastorno que amenacen la existencia la seguridad o el orden público o económico, que deben ser conjuradas sin dilaciones, puede el Poder Ejecutivo Nacional dictar normas que de suyo integran las 327 atribuciones del Congreso, siempre y cuando sea imposible a este dar respuesta a las circunstancias de excepción”* (CSJN, “Leguizamón Romero c/I.S.S.J. y P., Fallos: 327:5559, 2004).

Ante ello y sólo ante tal situación **debidamente probada y acreditada en cada caso** es que deviene admisible sortear la prohibición con que inicia la Constitución para arribar a este mecanismo.

Es así que Bidart Campos dice que: “Las “circunstancias excepcionales”, más la “imposibilidad” del trámite legislativo, más la “necesidad” y la “urgencia”, componen un tríptico que puede parecer equivalente a las llamadas “situaciones de emergencia... Precisamente, el decreto se llama “de necesidad y urgencia” debido a que

objetivamente es imprescindible la medida destinada a encarar la emergencia sin demora alguna” (op. cit., p. 125). Así, el acto legislativo “es necesario cuando la crisis es de suma gravedad y constituye el único medio institucional idóneo para superar la situación excepcional. Es más, la necesidad está vinculada con las circunstancias extraordinarias (inusuales, imprevisibles o de muy difícil previsión)” (Balbín, op. cit., 708)

Cabe tener presente que, según la propia CSJN, la reforma de la Constitución en el año 1994 **tuvo por objetivo atenuar el sistema presidencialista, fortaleciendo el rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial** (“Consumidores Argentinos c. EN - PEN - Dto. 558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986, C. 923. XLIII, cons. 8°). Es así que ha encerrado el ejercicio de esta facultad, que se ejercía antes de dicha reforma aun sin texto que lo autorice, en estrecha frontera, sólo dentro de la cual puede válidamente el presidente ejercerla.

En síntesis, ambos decretos se hallan absolutamente huérfanos de motivos para sustentar su validez. En ningún momento se aclara por qué se torna imposible acudir al Poder Legislativo, cuáles son las razones de extrema gravedad que imposibilitan seguir el derrotero normal de los andariveles institucionales ni se demuestra tampoco la posible inminencia de los daños a prevenir (Balbín, op. cit., p. 708) con la toma de la decisión.

Es por ello que VS no puede sino invalidar ambos decretos por las consideraciones previamente vertidas.

6. INCONSTITUCIONALIDAD DE LO DISPUESTO EN EL ART. 1 DEL DNU N° 163/2023 Y EN LOS ARTS. 2, 3, 4 Y 5 DEL DNU N 164/2023 POR AFECTACIÓN DE DERECHOS, PRINCIPIOS Y REGLAS FUNDAMENTALES EN MATERIA DE DEUDA PUBLICA

6.1. En relación a la decisión de naturaleza legislativa que se ha adoptado en materia de deuda pública, es preciso señalar que en los hechos mediante los DNU N° 163 y 164/23 no se canjea deuda pública, sino que se la duplica, vulnerándose de un modo evidente las normas previstas en competencias congresuales para contraer empréstitos públicos, arreglo de deuda pública interna y externa y del presupuesto anual de la Nación (CN, art. 77, incs. 4, 7 y 8).

6.2. El canje de deuda impulsado por el Ministerio de Economía que fuerza a los organismos públicos a pesificar su deuda en dólares resulta, objetiva y fácticamente ruinoso.

En primer lugar, el mero anuncio del canje nos dejó al borde del default (incumplimiento). Esto lo afirma expresamente Fitch Ratings, una de las calificadoras de riesgo más importantes de Wall Street, quién decidió bajar la nota de los bonos argentinos, llevándolos de “CCC-” a “C”, luego de darse a conocer la medida. Tengamos presente que esta es una de las notas más bajas en su escala de medición de riesgo representando una caída de 5 subcategorías (bajamos de “CCC-“, pasando por “CC+”, “CC”, “CC-“, “C+”, hasta la nota “C”).

La calificación “C”, en palabras de Fitch, refleja la condición unilateral del canje y su conversión compulsiva de moneda (de USD a ARS), dos cuestiones que constituyen, conforme sus criterios técnicos, un escenario de default.

El informe advierte además que, al momento de ejecutarse el canje, la calificación descenderá inexorablemente a “RD” (restricted default, es decir, un incumplimiento parcial).

En segundo lugar, los tenedores de deuda del sector público deberán canjear compulsivamente sus bonos en USD de ley extranjera (USD 4.000 millones según las autoridades) por bonos de ley nacional que se liquidarán en ARS. No hay más que comparar la cotización de bonos equivalentes (mismas condiciones) con ambas legislaciones para verificar el perjuicio que este cambio conlleva.

En tercer lugar, se está aumentando la deuda y se la disfrazada en un canje sobre el cual se hace referencia en los DNU N° 163 y 164/2023.

En efecto, en sendos reglamentos de necesidad y urgencia no se indica cuál será el destino final de los bonos en USD de ley extranjera. No explicitan los decretos que estos bonos, al ingresar al Tesoro, serán absorbidos, “desactivados” o “esterilizados”. De esto debe deducirse entonces, que los bonos USD de legislación nacional que emitirá el Tesoro y entregará a los organismos públicos, vendrán a duplicar la deuda pública.

Por tanto, como en los decretos de necesidad y urgencia no se explícita que los bonos ley extranjera que ingresan al Tesoro serán reabsorbidos, en rigor estamos ante un “nuevo endeudamiento” disfrazado de “canje”.

En cuarto lugar, se exige a los organismos públicos que se desprendan de los bonos en USD de ley nacional y que destinen el 70% del producido a la compra de bonos en ARS. El 30% restante queda a “libre disposición” de los organismos públicos para cubrir gastos. ¿No hay pérdida patrimonial en este caso utilizada para gastos corrientes? ¿Utilizarán estos fondos para un nuevo “Plan platita” en pleno año electoral?

Finalmente, no se puede desatender que el anuncio de Massa potencia un contexto donde el riesgo país superó la barrera de los 2.500 puntos básicos.

En el siguiente link, se acompaña el informe de Fitch Ratings en su idioma original: <https://www.fitchratings.com/research/sovereigns/fitch-downgrades-argentina-foreign-currency-rating-to-c-24-03-2023>

El informe de la mentada calificadora de riesgo indica:

“Operaciones de deuda coercitivas: el 22 de marzo, el gobierno argentino emitió dos decretos que obligan a entidades específicas del sector público (entre las que destaca la agencia de seguridad social -ANSES-, entre muchas otras) a realizar una serie de operaciones que involucran títulos de deuda soberana. Los objetivos declarados por las autoridades con esta medida incluyen asegurar nuevo financiamiento y ejercer un mayor control sobre los tipos de cambio del mercado paralelo (que se derivan de las transacciones que involucran los valores en cuestión).

“Estos decretos afectarán a diversos tipos de títulos de deuda. En primer lugar, los acreedores del sector público deberán canjear sus tenencias de bonos soberanos en USD de ley extranjera (USD 4.000 millones según las autoridades) por bonos de ley nacional que se liquiden en pesos. En segundo lugar, se exigirá a estos acreedores que vendan sus tenencias de bonos en dólares estadounidenses de ley local en el mercado secundario; del producto de estas ventas, el 70% debe usarse para comprar nuevos valores en pesos del soberano, y el otro 30% puede usarse para los propios gastos de estas entidades (reduciendo así la asistencia del tesoro que de otro modo podrían necesitar). En tercer lugar, el servicio de la deuda de los valores no

negociables en USD (USD 4.300 millones según el decreto) en poder del banco central (letras intransferibles) puede pagarse con nuevos valores en pesos.

***“Posible Evento de Incumplimiento:** Los eventos de incumplimiento especificados en los Criterios de Calificación Soberana de Fitch incluyen "un intercambio unilateral... iniciado por el soberano sobre un título de deuda pública" y "una redenominación forzada de la deuda soberana a una moneda diferente". El canje de bonos globales en USD por bonos en pesos, y la venta requerida de bonos locales en USD y el uso requerido de los fondos, constituirían canjes unilaterales que son eventos de incumplimiento. También darían lugar a una conversión efectiva de la moneda de liquidación de las tenencias de bonos soberanos de las entidades públicas (así como de la ley a la que están sujetos), lo que constituye un cambio adverso en los términos y un evento de incumplimiento.*

“Los eventos de incumplimiento enumerados en los Criterios de Calificación Soberana de Fitch generalmente se relacionan con obligaciones de deuda con acreedores privados, pero no excluyen operaciones con acreedores del sector público cuando involucran títulos de deuda comercial.

***“Incertidumbre Persistente:** Los decretos no establecen un cronograma para estas operaciones de endeudamiento. Si bien especifican los acreedores del sector público que podrían verse afectados, es posible que se ejerza cierta discrecionalidad respecto de quiénes serán obligados a participar, así como cuándo y por cuánto. Además, los partidos de oposición en el congreso han expresado su fuerte desaprobación de los decretos y tienen algunos medios legislativos para anularlos, pero no está claro si efectivamente seguirán este curso de acción”.*

Acompañamos, asimismo, la noticia publicada por FORBES con la que acreditamos también lo antes señalado (<https://www.forbesargentina.com/today/fitch-amenaza-calificar-argentina-default-n31192>)

6.3. Por lo demás, mediante los decretos 163 y 164/23 también se incurre en el apartamiento de lo dispuesto en el régimen de la Ley de Administración Financiera N° 24.156.

En efecto, en dicho régimen legal se regula acerca de la exigencia para que todo canje de deuda implique obtener mejores plazos, tasas, etcétera y que el mismo respete los mandatos legales previstos en los arts. 58 a 71 de ese sistema jurídico.

En violación del régimen legal antes mencionado, **el DNU N° 164/23, en su art. 3°, prevé llamativamente que “estas operaciones de canje no estarán alcanzadas por las disposiciones del artículo 65 de la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y sus modificaciones.”**

Dicho precepto dispone *“el PODER EJECUTIVO NACIONAL podrá realizar operaciones de crédito público para reestructurar la deuda pública y los avales otorgados en los términos de los artículos 62 y 64 mediante su consolidación, conversión o renegociación, en la medida que ello implique un mejoramiento de los montos, plazos y/o intereses de las operaciones originales.*

Para el caso de deuda pública y los avales otorgados en los términos de los artículos 62 y 64, a los que resulte de aplicación el COEFICIENTE DE ESTABILIZACION DE REFERENCIA (CER), el PODER EJECUTIVO NACIONAL podrá realizar las operaciones mencionadas en el párrafo anterior, siempre que la nueva deuda no ajuste por el mencionado coeficiente y que resulte una mejora que se refiera indistintamente al monto o al plazo de la operación.”

Con lo cual mediante un mero reglamento de necesidad y urgencia se pretende desconocer lo dispuesto en todo este sistema de administración financiera prescripto en torno a la Ley 24.156.

Ciertamente, mediante un DNU no se puede excluir la aplicación del art. 65 de la Ley 25.156 en cada caso en particular por mera decisión del PEN. Es que de ninguna manera se puede excluir de la aplicación de una norma clave en materia de crédito público fijada por el Congreso por un DNU, cuando se canjean “bonos en dólares” por “bonos en pesos”, que de por sí no implica una mejora de capital, y además, el cambio de moneda compulsivo hace incompatible los parámetros de tasas y plazos; y todo ello, por mera decisión del Ejecutivo disponiendo un canje y una emisión de nueva deuda pública (ya que no se reabsorven los bonos en dólares).

Desde luego, su inaplicabilidad para un canje concreto por DNU denota su incumplimiento que persigue el Ejecutivo en el presente caso sigilar.

Habida cuenta lo expuesto, puede colegirse que la decisión de índole legislativa, que pretende adoptarse mediante los mentados reglamentos de necesidad y urgencia en materia de deuda pública, vulnera las normas previstas en competencias de los legisladores y preceptos constitucionales y legales aplicables para contraer empréstitos públicos, arreglo de deuda pública interna y externa y del presupuesto anual de la Nación (CN, art. 77, incs. 4, 7 y 8).

7. INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS DNU N° 163/2023 Y 164/203 POR AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MATERIA DE JUBILACIONES Y VIOLACIÓN DE LA LEY DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA N° 24.156

Abstracción hecha de todo lo anteriormente vertido, las disposiciones contenidas en los referidos decretos son inconstitucionales en tanto menoscaban los derechos fundamentales de los jubilados y pensionados. Es decir, aún si en la especie nos hallásemos ante una norma de naturaleza legal, ésta sería inconstitucional por las razones que seguidamente se expondrán.

En primer lugar, y con especial referencia al DNU 164/23, el mismo se aplica a todo el sector público nacional. Dice: *“El presente decreto será de aplicación al SECTOR PÚBLICO NACIONAL, definido en el artículo 8° de la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y sus modificaciones, y a los fondos y/o patrimonios de afectación específica administrados por cualquiera de los organismos contemplados en dicho artículo”*. El art. 8° de la ley 24156 comprende, por su parte, a:

“a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social;

b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria,

las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias.

c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones.

d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional.

Serán aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación está a cargo del Estado nacional a través de sus Jurisdicciones o Entidades”

Seguidamente, establece que las Jurisdicciones, Entidades y Fondos por él alcanzados deberán proceder a la venta o subasta de sus tenencias de los títulos públicos nacionales denominados y pagaderos en dólares estadounidenses identificados en el ANEXO I. A su vez, dispone que las tenencias de títulos públicos denominados y pagaderos en dólares estadounidenses identificados en el ANEXO II que se encuentren en poder de dichas Jurisdicciones, Entidades y Fondos deberán ser entregadas en canje al TESORO NACIONAL por los títulos públicos emitidos en virtud del artículo 5º, esto es, por títulos públicos pagaderos en pesos del Tesoro Nacional. Asimismo, deberán suscribir títulos públicos nacionales pagaderos en pesos a ser emitidos por el Tesoro Nacional, bajo los términos y condiciones financieras de los instrumentos detallados en el ANEXO III.

En este sentido, y en atención al dilatado campo de aplicación del DNU, se obliga a distintos fondos, entre ellos el Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto, en adelante FGS, a vender sus bonos en dólares y canjearlos por nuevos títulos en pesos.

En este punto corresponde destacar algo que es evidente. Resulta perjudicial para el FGS -al igual que lo sería para cualquier inversor- desprenderse de sus activos en dólares, para recibir en su lugar activos en pesos. Es de público conocimiento

que el dólar es una moneda dura, utilizada como inversión y/o ahorro que brinda seguridad; y que por el contrario, el peso es hoy día –lamentablemente- todo lo contrario: la alta inflación provoca la pérdida constante de su valor, y por lo tanto no es una moneda segura como inversión y/o ahorro.

En consecuencia, no pueden quedar dudas de que canjear títulos en dólares por títulos en pesos no es una inversión segura.

A ello se agrega que los títulos mencionados en el artículo 3 del Decreto 164/23, y detallados en el Anexo II, además se encuentran amparados por la legislación extranjera; y serán canjeados por títulos pagaderos en pesos, emitidos bajo legislación local. Es decir, otro factor perjudicial para el FGS.

Adicionalmente, también es de público conocimiento que la diversificación de las inversiones constituye un factor que aumenta la seguridad; al obligar al FGS a desprenderse de todas las tenencias en dólares, todas las inversiones del FGS serán en pesos, perderá la diversificación, y por ende disminuirá la seguridad de sus inversiones.

Este fondo, creado por el Decreto 897/07, tiene por finalidad:

- “a) Atenuar el impacto financiero que sobre el régimen previsional público pudiera ejercer la evolución negativa de variables económicas y sociales;*
- b) Constituirse como fondo de reserva a fin de instrumentar una adecuada inversión de los excedentes financieros del régimen previsional público garantizando el carácter previsional de los mismos.*
- c) Contribuir a la preservación del valor y/o rentabilidad de los recursos del Fondo.*
- d) Atender eventuales insuficiencias en el financiamiento del régimen previsional público a efectos de preservar la cuantía de las prestaciones previsionales.*
- e) Procurar contribuir, con la aplicación de sus recursos, de acuerdo a criterios de seguridad y rentabilidad adecuados, al desarrollo sustentable de la economía nacional, a los efectos de garantizar el círculo virtuoso entre el crecimiento económico sostenible, el incremento de los recursos destinados al Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) y la preservación de los activos de dicho Fondo” (art. 1°).*

Como se advierte, los efectos que el decreto tendrá sobre el sistema previsional son hartamente deletéreos.

A resultas del mismo, el Tesoro captará bonos en dólares, de los que se desprenderá el FGS a cambio de los cuales obtendrá un bono en pesos. **Medidas como éstas ponen en jaque al sistema previsional, al quitarle certeza, seguridad y previsión. Se funda exclusivamente en el supuesto objetivo de evitar una crisis cambiaria, para hacerse de dólares, echando mano, esta vez, de los fondos destinados a todos los jubilados y jubiladas de la Argentina. Es una medida absolutamente injustificada, que muestra la desconsideración que existe hacia este sector de la población.**

A mayor abundamiento, cabe tener presente que, no largo tiempo ha, se sancionó la ley 27.574 denominada “ley de defensa de los activos del fondo de garantía de sustentabilidad”, título que hoy resulta paradójico ante la presencia de sendos decretos cuyo principal efecto es, precisamente, que generan una evidente incertidumbre e inestabilidad en dicho fondo.

Dicha ley, sancionada en 2020, dispone que la Administración Nacional de la Seguridad Social (en adelante, ANSES) ha de “priorizar aquellas inversiones que tengan impacto directo en la economía real promoviendo la sostenibilidad del sistema previsional y de la economía argentina en general” (art. 1º). También modifica el art. 28 de la ley 27260 de Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados, y dispone que *“A los fines de obtener los recursos necesarios para [dicho programa] se establece que el pago de las sumas previstas en el artículo 6º a beneficiarios del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) que hayan homologado judicialmente acuerdos con la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) bajo el programa establecido en la presente ley, debe ser cubierto en su totalidad, sin poder fijarse límites a los pagos, con los recursos enumerados por el artículo 18 de la ley 24.241 y sus modificatorias, y las partidas específicas asignadas para tal cometido, establecidas por las leyes de presupuesto.”* (art. 2º).

El decreto de marras se halla reñido con tales disposiciones y demuestra que tales normas son meras exclamaciones que están destinadas a perecer bajo el yugo de un DNU abiertamente inconstitucional. Inspirada en el designio de “fortalecer el sistema”

y dotarlo de mayores garantías, hoy, a la luz de un decreto, tales aspiraciones han sido echadas por tierra. Fíjese, sino, lo que se decía en la Cámara de Diputados el Diputado Heller: *“El título del proyecto, ‘Ley de Defensa de los Activos del Fondo de Garantía de Sustentabilidad’, es una definición en sí misma. Como lo indica su nombre, ese fondo de garantía de sustentabilidad tenía originalmente un objetivo: ser un garante, un sustento ante la posibilidad de una contingencia que motivara que los recursos regulares de la seguridad social no fueran suficientes. En función de ello, también se planteó la intangibilidad del fondo, que fue modificada durante la gestión del gobierno anterior, estableciendo, entre otras cosas, que el Fondo de Garantía de Sustentabilidad podría llegar a utilizarse para atender las situaciones derivadas de la llamada “reparación histórica de los jubilados” (Versión taquigráfica, 9ª reunión, 8ª sesión ordinaria, 24/09/2020, p. 49). También la diputada Aparicio, haciendo referencia al gobierno precedente, exponía que: “Veíamos, atónitos, que luego de cada reunión del presidente Macri con los CEO de empresas, el Fondo de Garantía salía a invertir en ellas. Existieron operaciones, por ejemplo, como los fondos de garantías que permitieron a Pampa Energía hacerse de acciones de Petrobras Argentina en medio de una fusión. El comité de inversiones pagaba comisiones, compraba o vendía acciones de empresas de las cuales sus integrantes habían sido sus directores antes de asumir la representación del Estado. El resultado, señor presidente, es que el Fondo de Garantía perdió el 34,3 por ciento de su valor en dólares entre diciembre de 2015 y septiembre de 2019. Desde su pico más alto, en noviembre de 2017, acumuló una baja del 49,1 por ciento; pasó de 65.000 millones de dólares en el 2015 a aproximadamente 33.500 millones, a fines de 2019. Hoy estamos recuperando esa caída con un valor aproximado de 46.000 millones de dólares. Señor Presidente, para ir terminando, este es el Estado que no queremos: el que usa estas herramientas financieras para beneficio de unos pocos. La inversión debe ser productiva en beneficio de todos. Este proyecto que hoy estamos debatiendo busca establecer mecanismos de control que motiven la inversión inteligente, responsable y equitativa, fundamentalmente resguardando los fondos de los jubilados y de los trabajadores, respetando el círculo virtuoso entre el accionar del Fondo de Garantía, el nivel de la actividad económica y los recursos del sistema previsional.” (Versión taquigráfica, 9ª reunión, 8ª sesión ordinaria, 24/09/2020, p. 62). También en la Cámara de Senadores se dijo que: “El segundo punto, que me parece significativo y que también quiero resaltar, es la decisión de que este Fondo, de algún modo, financie, acompañe, apoye la pérdida de recaudación que ha tenido el sistema previsional por el tema de la*

pandemia” (Versión taquigráfica, 20ª reunión, 17ª sesión especial, 30/10/2020, Senador Caserio, VT, p. 53).

En definitiva, los decretos impugnados afectan los principios de legalidad y de reserva legal pues vulneran leyes formales dictadas por el Congreso.

El artículo 74 de la Ley 24.241 dispone: “*El activo del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino (FGS) se invertirá de acuerdo con criterios de seguridad y rentabilidad adecuados ...*”

El artículo 8 de la Ley 26.425, modificado por el artículo 6 de la Ley 27.574, expresa: “*Los recursos podrán ser utilizados únicamente para pagos de los beneficios del Sistema Previsional Argentino (SIPA)... .En los términos del artículo 15 de la ley 26.222 el activo del fondo se invertirá de acuerdo a criterios de seguridad y rentabilidad adecuados, contribuyendo al desarrollo sustentable de la economía real a efectos de garantizar el círculo virtuoso entre crecimiento económico y el incremento de los recursos de la seguridad social.*”

Es decir que la ley establece que el FGS es un fondo de garantía para el pago de los beneficios del SIPA, y que las inversiones deben realizarse de acuerdo a criterios de seguridad y rentabilidad.

Las normas impugnadas no solo no contienen mención alguna al pago de las jubilaciones, sino que al obligar al FGS a desprenderse de sus títulos en dólares está ordenando una inversión que no respeta el criterio de seguridad previsto en la ley.

Todo ello, sumado a que **el mismo decreto establece expresamente que las operaciones de canje con el Tesoro están exceptuadas de lo preceptuado en la misma ley de administración financiera: “Estas operaciones de canje no estarán alcanzadas por las disposiciones del artículo 65 de la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y sus modificaciones”**

El artículo 15 de la Ley 26.222 prevé: “*A los efectos de su preservación y sustentabilidad futura, los recursos pertenecientes al sistema de seguridad social integrados por los activos financieros de la ADMINISTRACION NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL serán invertidos conforme a lo dispuesto en la Ley N° 24.156,*

debiendo únicamente ser utilizados para efectuar pagos de beneficios del mismo sistema.”

Es decir que el DNU impugnado contradice expresamente lo establecido por una ley que dictamos en el Congreso de la Nación, justamente para evitar este tipo de decisiones del Ejecutivo Nacional.

Los decretos observados también resultan violatorios del artículo 28 de la CN, por carecer de razonabilidad. Adviértase que la norma cuestionada no tiene fundamento alguno vinculado a los beneficios del SIPA. Es decir, el DNU ordena una inversión de enorme magnitud para el fondo que debe garantizar el pago de las jubilaciones, y sin embargo, ni siquiera menciona las palabras “jubilados” o “sistema previsional”. ¿Qué razonabilidad puede tener una norma que dispone sobre los recursos de los jubilados, sin siquiera mencionarlos? Ninguna.

El DNU 164/23 podría explicar por qué esa inversión es beneficiosa para los jubilados o para el sistema previsional. Sin embargo, no lo hace. Omite toda mención al colectivo, sencillamente la decisión se tomó sin tener en cuenta qué es lo mejor para el FGS.

Va de suyo que dicha ausencia se explica porque es imposible justificar el canje de títulos ordenado.

En el decreto aludido abundan las menciones al mercado cambiario y financiero, y al financiamiento del Tesoro Nacional; pero nada se dice sobre los jubilados o el sistema previsional. Resulta evidente que la decisión se fundó en especulaciones financieras, y no en la finalidad y objetivos del FGS.

Esta operación ruinosa para el FGS, sin dudas disminuye la calidad de la garantía. Una garantía que debe asegurar el pago de los beneficios del SIPA. Es decir que en definitiva son los jubilados actuales, y los futuros, quienes padecen la reducción de dicha garantía.

En otras palabras, este vaciamiento del FGS pretende desfinanciar al SIPA, y con ello se pone en peligro el pago de los beneficios previsionales, afectándose los artículos 14 bis y 17 de la Constitución Nacional.

Pero además, deja en evidencia una discriminación hacia el colectivo más vulnerable de todos: el de los jubilados. El Poder Ejecutivo pretende resolver las necesidades financieras y cambiarias del Tesoro Nacional manoteando los fondos que son garantía de los jubilados. Es decir, esa tremenda carga -de toda la sociedad- le es impuesta a los jubilados. Sin dudas que esto es discriminatorio y viola el artículo 75 inciso 23 de la CN.

Las dificultades económicas que pueda estar atravesando el Tesoro Nacional no pueden recaer sobre el colectivo más vulnerable, “manoteando” los fondos que deben servirle de garantía. El Máximo Tribunal del país ya se ha expresado recientemente, sosteniendo lo contrario, esto es, que en los tiempos de crisis económicas, es cuando más debe protegerse a los sectores vulnerables: *“Que, por último, cabe destacar que es precisamente en tiempos de crisis económica cuando la actualidad de los derechos sociales cobra su máximo significado. En tales etapas críticas, deben profundizarse las respuestas institucionales en favor de los grupos más débiles y postergados, pues son las democracias avanzadas y maduras las que refuerzan la capacidad de los individuos y atienden las situaciones de vulnerabilidad en momentos coyunturales adversos.”* (CSJN, 18/12/18, “Blanco Lucio Orlando c/ Anses s/ reajustes varios”).

Es importante recordar que en los fundamentos del Decreto 897/07 de creación del FGS, se expresó que *“Que la presente medida tiene como fin prioritario asegurar que los beneficiarios del Sistema Público de Reparto no se constituya en variable de ajuste de la economía en momentos en que el ciclo económico se encuentre en fases desfavorables, contando a tales efectos con los excedentes producidos en los momentos positivos del ciclo.”*

Es decir que el DNU 164/23 prevé lo opuesto a lo establecido por la Corte Suprema y por el decreto de creación del FGS. En medio de una gravísima crisis, en vez de utilizar el FGS para morigerar su impacto en los jubilados, lo acentúa desfinanciando al sistema jubilatorio privándolo de sus mejores activos.

No obstante lo expuesto, la misión del FGS es preservar el valor del patrimonio buscando la rentabilidad de sus recursos, los que podrán ser utilizados para pagar los beneficios del Sistema Integrado Previsional Argentino.

EL FGS tiene ÓRGANOS DE DECISIÓN como el Director Ejecutivo de la ANSES que delega en el Subdirector Ejecutivo de Operación del FGS la administración de los activos según establece el artículo 74 de la ley N° 24.241 modificada por la Ley N° 27.260.

Además, **tiene ÓRGANOS DE CONTROL Es que el FGS está sujeto al control de organismos internos y externos al Sector Público, a fin de garantizar la absoluta transparencia en su funcionamiento y operatoria, como la Comisión Bicameral de Control de Fondos. La Dirección General de Control del FGS, la Auditoría del FGS, la Sindicatura General de la Nación (SIGEN). la Auditoría General de la Nación (AGN) y la Defensoría del Pueblo de la Nación (DPN).**

La ley 26425, en su art. 11, claramente establece que la Administración Nacional de la Seguridad Social, entidad actuante en la órbita del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, gozará de autonomía financiera y económica, estando sujeta a la supervisión de la Comisión Bicameral de Control de los Fondos de la Seguridad Social creada en el ámbito del Honorable Congreso de la Nación. Es decir que los aportes del FGS que son parte de los Fondos de la Seguridad Social deben ser supervisados por dicha comisión.

Como entonces sin que uno de los Organismos de control más importante se haya expedido se puede autorizar como dice el decreto 164/23 la venta o subasta de sus tenencias de los títulos públicos nacionales denominados y pagaderos en dólares estadounidenses.

Que explicación se podrá dar a los futuros jubilados sobre el deterioro total del FGS en tiempo récord, ya que es imposible que un fondo en dólares rinda menos que los títulos del Tesoro Nacional, es decir que la venta o subasta de los mismos es solamente un “auxilio” que necesita el gobierno, dejando una deuda y un deterioro de los pasivos al próximo gobierno, que claramente no podrá solucionar sin contar con los fondos necesarios para el pago del sistema.

Todo lo expuesto no puede derivar sino en la flagrante e insanable inconstitucionalidad de este decreto, que, haciendo uso de un mecanismo previsto para casos de excepción y de extrema urgencia, no sólo desconoce la normativa vigente en aras de solventar una crisis en el mercado cambiario, sino que desconoce los derechos

fundamentales de aquellos que se encuentran amparados por dicha normativa. Es que, detrás del FGS y del sistema previsional, existen miles de personas cuya subsistencia depende de la sustentabilidad del mismo. Personas cuyos derechos no cesan de ser avasallados y zaheridos.

8. PROTECCIÓN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONAL DE LAS PERSONAS MAYORES

Nuestra Constitución guarece a las personas mayores bajo su égida y faculta al Congreso Nacional a *“legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.”* (art. 75 inc. 23 de la CN). Este inciso, según Gelli, contiene dos disposiciones: a) una referida a la igualdad positiva y b) la otra referida a la seguridad social. Se refiere, así, a las medidas de acción positivas tendientes a obtener una igualdad real de trato y, si bien el legislador goza de un margen de discrecionalidad en este ámbito, “no obstante, la mentada discrecionalidad no debe convertirse en arbitrariedad...” (Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, tomo ii, p. 323 y 325).

La ley 27.700 otorgó jerarquía constitucional a la **Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores**, adoptada por la Organización de los Estados Americanos durante la 45ª Asamblea General de la OEA, el 15 de junio de 2015 y aprobada por ley 27.360, con lo cual se encuentra hoy en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico. Ésta tiene por objetivo “promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad (art. 1º). Allí se dice, también, que “Los Estados Parte promoverán programas y medidas que faciliten una transición gradual a la jubilación, para lo cual podrán contar con la participación de las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores y de otros organismos interesados” (art. 18, párr. 4).

En este marco de protección internacional y doméstico, los decretos mencionados atentan derechamente contra los derechos de las personas mayores, al desestabilizar el FGS, cuya principal misión, no debe olvidarse, es atenuar el impacto financiero que sobre el régimen previsional público pudiera ejercer la evolución negativa de variables económicas y sociales (art. 1º, inc. a, decr. 897/07).

9. MEDIDA CAUTELAR. SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE DISPOSICIONES DE LOS DNU EN CRISIS

El estado de cosas hasta aquí descripto impone que VS ordene la suspensión de lo dispuesto en el art. 1 del Dec. 163/23 y en los arts. 2, 3, 4 y 5 del Dec. 164/23 en los términos del art. 13 de la ley 26854. De lo contrario, la inminente implementación de las medidas contenidas en ellos conllevaría daños irreparables a los jubilados y jubiladas, tornando ilusoria la tutela judicial efectiva, derecho que deriva de los arts. 18 y 33 de la CN, y arts. 8 y 25 CADH (Comadira, Julio Pablo, *Ley de medidas cautelares en las causas en las causas en que es parte o interviene el Estado*, p. 207).

9. A) Perjuicios graves de imposible reparación ulterior

Como ha quedado claro a lo largo de esta exposición, el “canje” que dispone el DNU 164/23 trae aparejadas consecuencias gravosas de imposible reparación ulterior. Son graves, ya que obliga al FGS a desprenderse de sus bonos en dólares a cambio de otros en pesos, con lo cual incrementa sensiblemente la falta de certeza en el mismo y afecta su sustentabilidad, objetivo primordial y primario que tiene dicho Fondo, para sustraerlo de las especulaciones y vaivenes caprichosos del mercado financiero. Son de imposible reparación ulterior pues el DNU dispone definitivamente dicha novación, con lo que será imposible retornar al status quo ante una vez operado el canje. Resulta a las claras, entonces, “la ineficacia de la sentencia para restablecer in natura la relación de disponibilidad esencial protegida por el derecho fundamental lesionado...” (Sammartino, Patricio, *Amparo y administración*, t. II, Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 951).

El contenido de los decretos entra en clara colisión con algunas normativas claves previas. En primer lugar, tal colisión se genera con la ley que regula el Fondo de Garantía de Sustentabilidad. En esta normativa se explicita que la Administración

Nacional de la Seguridad Social, entidad actuante en la órbita del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, gozará de autonomía financiera y económica, estando sujeta a la supervisión de la Comisión Bicameral de Control de los Fondos de la Seguridad Social creada en el ámbito Congreso. Como es posible, entonces, que el Ministerio de Economía pueda determinar el destino de los fondos a un tipo de instrumento en particular y se obligue al organismo a desprenderse de los bonos en dólares, si no es competencia de ese Ministerio en el manejo de los FGS y de los fondos jubilatorios.

Otro punto controvertido tiene que ver con la Ley de Administración Financiera N° 24.156. La medida adoptada por los actos en crisis expresa que las operaciones de canje resultantes no estarán alcanzadas por el art. 65 de la norma mencionada. Allí se establece que el Poder Ejecutivo no puede realizar operaciones de crédito público para reestructurar la deuda pública en la medida que ello implique un perjuicio de los montos, plazos y/o intereses de las operaciones originales. La consecuencia sería que sean nulas y queden sin efecto, con posibilidad de que haya responsabilidad personal de quienes las realicen.

La Ley de Administración Financiera menciona que las operaciones de crédito público deben ser aprobadas en el presupuesto corriente. Se aprobó sin mención de esta operación y, para poder desarrollarla, se requiere de una ley.

A su vez, los DNU han de dictarse bajo circunstancias especiales y no en casos como estos, donde no se puede aprobar leyes, en tanto ya fue aprobado el Presupuesto.

Adicionalmente, la medida contiene una cláusula que se refiere al destino que tendrán los recursos resultantes de la venta en el mercado de los bonos en dólares bajo ley local. El 70% deberá aplicarse a nuevos títulos en pesos, pero el 30% restante irá a gastos, inversiones o aplicaciones financieras dentro del presupuesto de cada organismo en 2023. Por lo tanto, al no modificarse las partidas de Anses, implicaría menores transferencias del Tesoro.

Es decir, la habilitación para gastar dicho activos, que implica grandes cantidades de dinero, no aparece claramente vinculada a las previsiones presupuestarias vigentes, lo cual interpretado literalmente podría dar lugar a inversiones o gastos

discrecionales en violación del ordenamiento jurídico vigente y resultar violatorio de lo dispuesto en el art. 56 de la Ley 24.156.

9 B) Verosimilitud del derecho invocado

La verosimilitud del derecho invocado resulta evidente. Por un lado, ambos decretos han sido dictados sin cumplir con la principal previsión constitucional al respecto: la emergencia que da asidero a su emisión y permite obviar el trámite legislativo. Esto configura un “vicio notorio” que por sí solo es bastante como para tener acreditado este requisito (CSJN, “Pustelnik”, *Fallos*: 293: 133). También, se ha visto la normativa vigente, coaccionada recientemente por el decreto de mentas, de lo cual resulta su “manifiesta arbitrariedad” de los decretos atacados (Vallefn, Carlos, *Medidas cautelares frente al Estado*, p. 64).

9.C) Verosimilitud de la ilegitimidad por existir indicios serios y graves al respecto.

Engarzada con dicha arbitrariedad manifiesta, saltan a la vista los indicios serios y graves que dan cuenta de su ilegitimidad. Téngase en cuenta que el art. 8° de la ley 26425 dice que “el activo del fondo se invertirá de acuerdo a criterios de seguridad y rentabilidad adecuados, contribuyendo al desarrollo sustentable de la economía real a efectos de garantizar el círculo virtuoso entre crecimiento económico y el incremento de los recursos de la seguridad social”. Así, no cabe sino excogitar que las medidas implementadas atentan directamente contra esa deseada “seguridad” y “rentabilidad”.

Es evidente que por todas las razones indicadas en los Caps. 6, 7 y 8, se ve configurado el recaudo de la verosimilitud del derecho en autos.

9.D) No afectación del interés público

En la suspensión de la medida no hay afectación de interés público alguno, sino que, al contrario, se procura su debido resguardo. Precisamente, el Presidente de la Nación privilegia el interés de las entidades financieras por sobre el interés de los jubilados y jubiladas, como así también de las atribuciones más elementales del Ocngreso de la Nación. No hay necesidad de ponderar y decidir entre uno y otros.

9.E) No producción efectos jurídicos o materiales irreversibles.

La suspensión de los DNU no acarrea ningún efecto jurídico ni material irreversible, sino que sólo persigue la momentánea suspensión de sus efectos hasta que recaiga sentencia definitiva sobre la causa.

9. F) Contracautela

En atención a la naturaleza del derecho que se halla comprometida en la especie, y de conformidad con el art. 2º, inc. 2º de la ley 26854 que se refiere a “sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de **naturaleza alimentaria**”, se ofrece como contracautela la **caución juratoria**, admitida expresamente en estos casos por el art. 10, inc. 2º de dicha ley.

La jurisprudencia del Tribunal Címero ha entendido que, en general, todo beneficio previsional reviste naturaleza alimentaria (CSJN, “Sánchez, María del Carmen c. ANSES”, *Fallos*: 328:1602) lo que comprende tanto pensiones (CSJN, “Meringer, Rita Ethel c. ANSES”, *Fallos*: 340:93), haberes jubilatorios (CSJN, “Guzmán, Cristina c. ANSES” *Fallos*: 339:189) y jubilaciones por invalidez (CSJN, “Castillo, Teófilo Marcelino c. ANSES”, *Fallos*: 331:72).

10.- PRUEBA DOCUMENTAL

Acompañamos al presente:

10.1. DNU N° 163 y 164/2023.

10.2. Informe de Fitch Ratings en su idioma original y su traducción que obra en el link: <https://www.fitchratings.com/research/sovereigns/fitch-downgrades-argentina-foreign-currency-rating-to-c-24-03-2023> y publicación de FORBES sobre el tema.

11.- PLANTEA CASO FEDERAL

Para el caso improbable en que V.S. decidiera no hacer lugar a las pretensiones articuladas en autos, planteamos el caso federal en orden a ocurrir ante la

Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos del artículo 14 de la Ley 48, por violación de las competencias constitucionales en materia de deuda pública y de jubilaciones, los derechos a la seguridad social, a percibir jubilaciones y pensiones, los principios de legalidad, razonabilidad y tutela judicial efectiva, consagrados en los arts. 14 bis, 18, 19, 28, 33, 75 incs. 4, 7, 8 y 23, ccs. y ss. de nuestra Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional de acuerdo al artículo 75 inciso 22° de la Constitución Nacional.

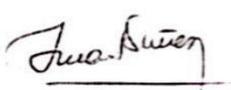
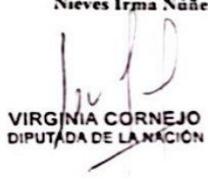
12.- PETITORIO

En mérito de lo expuesto, solicitamos a V.S. que:

1. Nos tenga por presentado, por parte y por constituido el domicilio a los fines procesales;
2. Tenga presente el planteo del caso federal;
3. Se dicte la medida cautelar de suspensión de los efectos de los decretos de necesidad y urgencia 163/23 y 164/23, conforme lo más arriba peticionado;
4. Oportunamente, se haga lugar a la acción incoada, declarándose la inconstitucionalidad y/o arbitrariedad y/o ilegitimidad de los DNU N° 163/23 y 164/23.

Proveer de conformidad,

SERÁ JUSTICIA

 Hernán Lombardi	 Graciela Ocaña	 Julio Marsano	 Nieves Irma Núñez
 PABLO TORELLO	 GLADYS ROMERO JUSTICIA NACIONAL	 Lidia Greco	 VIRGINIA CORNEJO DIPUTADA DE LA NACIÓN



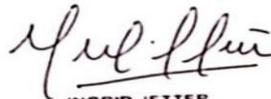
GABRIEL MRAIDA
DIPUTADO DE LA NACIÓN



FA Iglesias,



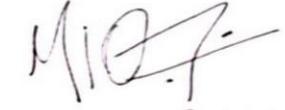
ESPER ECHEBURÚA
DIPUTADO DE LA NACIÓN



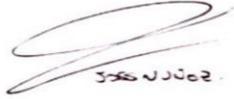
INGRID JETTER
DIPUTADA DE LA NACIÓN



SABRINA AJMECHET
DIPUTADA DE LA NACIÓN



DARÍO LUIS QUIROZ



DINA ESTHER REZNIKOVSKA



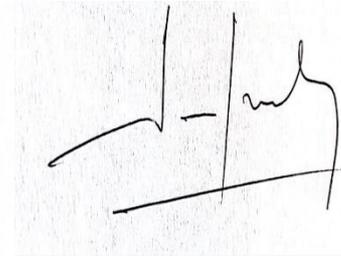
DINA ESTHER REZNIKOVSKA
DIPUTADA DE LA NACIÓN



FEDERICO DESROSIERS METRI
ABOGADO
T° 113 F° 214 S.P.A.C.C.F.



Fiore



Martín Galli Basualdo
T° 69 F° 230
Abogado

