



Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Dolores.

Belgrano N° 160 - 7100 Dolores (Bs. As)- Tel-Fax: (02245) 441592 / 441990 / 446343

Página web: www.colabdol.com.ar E-mail: colabdol@fairweb.com.ar

CIRCULAR N° 863/03

UNREGISTERED

Dolores, 11 de noviembre de 2.003.-

Created by Unregistered Version

REF: “ JUBILACIONES Y PENSIONES. Reducción del 13%. MEDIDA AUTOSATISFACTIVA. Se solicita que ANSES se abstenga de aplicar la Ley 25453 y el Dec. 1060/01 y que reintegre las sumas descontadas. Otorgamiento provisorio y cautelar del goce del derecho. Inconstitucionalidad de los Arts 10 y 14 de la ley 25453 (Ley de Déficit Cero). Inaplicabilidad del Art. 1° 2do Párrafo del Dec. 1819/2002. Distintas tipologías de procesos urgentes en el mundo. Críticas a la denominación de "anticipo de jurisdicción favorable" ”.-

UNREGISTERED

CAUSA 35126/2001 S. 102503 - "Alemañy Jose c/Anses s/amparos y sumarísimos" - CFSS - SALA II - 19/09/2003

Created by Unregistered Version

"Ya no existe ninguna duda - luego de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- ("Tobar, Leónidas c/Estado Nacional- Ministerio de Defensa- Contaduría General del Ejército- Ley 25453 s/Amparo - Ley 16986" [Fallo en extenso elDial - AA119C]) sobre la ilegitimidad de la quita y lo irrito del precepto legal que la dispuso, de suerte que cualquier discusión en torno a la medida autosatisfactiva dispuesta por el a-quo deviene a esta altura bizantina o, cuanto menos, extraña al objeto del proceso que a la sazón ha quedado totalmente zanjado por el Alto Tribunal (Fallos: 312: 1903; 316: 2522; 317:503; 318: 896 etc.)."

"La decisión que despacha una medida cautelar no se pronuncia sobre la legitimidad sustancial o razonabilidad de la conducta o acto impugnados en el proceso principal (ordinario, sumarísimo, especial, amparo, etc.), ni sobre la responsabilidad jurídica del autor de la conducta o acto generadores del daño actual o inminente. Es decir que el juez nunca decide en las medidas cautelares - como sí lo hace en la sentencia definitiva- en forma "expresa, positiva y precisa de conformidad con las pretensiones deducidas, calificadas según corresponda por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando y absolviendo de la demanda y reconvenición (CPCCN, Art. 163 inc. 6°)."

"Con este alcance y con esta limitación, entonces, el juez puede restituir en forma provisorio - y previa contracautela- el uso y goce efectivos del derecho disputado en el proceso, o disponer "eo ipso" el cese de una quita en el haber y la devolución al titular de las sumas descontadas, etc., mientras continua el proceso principal o es inminente su inicio. En ninguno de estos supuestos existe "anticipo de jurisdicción favorable" -o anticipo de la condena como también se ha expresado- por lo que es incorrecto hablar en estos casos de sentencias "anticipatorias", "anticipos de jurisdicción favorable", "tutela interinal de mérito", etc."

"Cautelarmente, entonces, y sin anticipar la condena, el juez restituye - una vez cumplidos los presupuestos para la procedencia de la cautela- lo que los romanos denominaban el "ius utendi" y el "ius fruendi" (derecho de usar y obtener los frutos, respectivamente) mientras continua el proceso principal. Tal es lo que sucede en autos cuando del juez de grado dispone el cese inmediato de la quita al haber alimentario y la restitución a su titular de lo descontado ilegitimamente, sin perjuicio de la prosecución de la causa (restituye el "ius utendi" al titular). Lo mismo acontece cuando el juez civil, comercial o contencioso administrativo, ordena al banco la restitución provisorio de los depósitos en moneda extranjera para su libre uso y disposición en el mercado, previa acreditación de la titularidad sobre los mismos - fumu boni iuris- y el peligro en la demora- periculum in mora-."

UNREGISTERED

"El derecho adquirido al cobro íntegro de las prestaciones previsionales tuteladas por los Arts. 14 bis, 17 y 75 inc. 23 de la Carta Magna, no puede verse afectado mediante la utilización de medios de pago de incierto valor, con total prescindencia, por lo demás, de la edad, medios de subsistencia y estado de salud de sus titulares (v.Convención Americana sobre Derechos Humanos: Art. 5 inc. 1°), y particularmente de la naturaleza alimentaria que ostentan las diferencias de haberes previsionales reclamadas."

Created by Unregistered Version

"Por ello, a mérito de lo que resulta del precedente acuerdo, y oído que ha sido el Ministerio Público, el Tribunal Resuelve: 1) Confirmar el pronunciamiento de la anterior instancia que hizo lugar a la medida autosatisfactiva solicitada y que declaró la inconstitucionalidad de los Arts 10 y 14 de la ley 25453, 2) Declarar inaplicable a la presente causa el segundo párrafo del Art. 1° del Decreto 1819/2002."

TEXTO COMPLETO

En la ciudad de Buenos Aires, a los 19 días del mes de Septiembre de 2003, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Cámara Federal de la Seguridad Social para dictar sentencia en estos autos: "ALEMAÑY JOSE C/ANSES S/AMPAROS Y SUMARÍSIMOS"; se procede a votar en el siguiente orden:

EL DOCTOR LUIS RENE HERRERO DIJO:

El actor promueve acción de amparo contra la ANSeS a fin de que se declare la inconstitucionalidad del Art. 10 y 14 de la ley 25453 y el Art. 4 del decreto 1060/2001.//-

A tales efectos solicita que se dicte una medida autosatisfactiva tendiente a que el organismo demandado se abstenga de aplicar la ley 25453 y el decreto 1060/01 y que reintegre las sumas descontadas en el mes de julio de 2001 (la demanda fue presentada el 11/9/2001)).-

El Sr. Juez de grado hace lugar a la medida impetrada por el actor "convencido" - según expresa en su resolución- que debo efectivizar en la presente causa la jurisdicción oportuna, mediante la cual se procura, no sólo dar a cada un lo suyo, sino hacerlo cuando corresponda, es decir, en tiempo útil para satisfacer adecuadamente las expectativas de justiciable" (v.fs. 9).-

El a-quo adhiere a la doctrina que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó en la causa "Camacho Acosta Máximo c/Grafi Graf S.R.L. y otros" (2348 XXXII, del 07/08/1997) [Fallo en extenso elDial - AA11E1], en la cual acoge una

medida cautelar innovativa que obliga a la demandada a entregar en forma inmediata al actor una prótesis en reemplazo del brazo izquierdo amputado, antes de la sentencia definitiva.-

Para así decidir, el juez de grado valora la fuerte probabilidad cercana a la certeza que ostenta el derecho invocado por el actor, a la luz de la inveterada doctrina del Alto Tribunal que guía las decisiones de los jueces que ejercitan la jurisdicción preteccional (Adolfo A. Rivas) o de acompañamiento (Augusto M. Morello), como es el caso de los magistrados del fuero de la seguridad social (Fallos: 323; 1551; 323: 2054; 323: 2055).-

Conforme a las pautas antedichas y poniendo el acento - según expresa el judicante de grado- en el valor eficacia y el carácter instrumental de las normas procesales cuya finalidad radica en la efectividad de los derechos substanciales y a fin de conjurar - por último - el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz o por tardía, declara la inconstitucionalidad de los arts. 10 y 14 de la ley 25453, ordenando a la ANSeS que se abstenga de aplicar la norma declarada inconstitucional sobre el haber previsional del actor y restituya las sumas que hubiere retenido bajo ese concepto, bajo caución juratoria prestada ante la Actuaría (v.fs. 24).-

La demandada apela la sentencia en orden a los siguientes agravios, a saber:

A) Los argumentos del sentenciante son meramente potestativos y dogmáticos.-

B) Constituyen un simple discurso político en abstracto, teñido por las convicciones personales e ideológicas del juzgador, que prescinde de las circunstancias de hecho relevantes de la causa.-

C) El daño que invoca el juzgador no () es grave y mucho menos irreparable, ya que la rebaja del haber dispuesta por el Estado no es de ninguna manera irreparable.-

D) Al expedirse sobre la verosimilitud del derecho tuvo que pronunciarse sobre la cuestión de fondo, con lo cual se torna abstracto el amparo.-

E) Este resultado viola en forma flagrante el derecho de defensa del demandado.-

F) La medida autosatisfactiva dictada por el a-quo excede los límites de la petición cautelar.-

G) La tutela anticipada, en el caso, es improcedente al confundirse con el objeto principal del amparo. Asimismo la "celeridad" (?) de este último obsta la configuración del "peligro en la demora" exigido en aquella.-

H) La inconstitucionalidad de la ley 25453 se funda en argumentos aparentes y fue declarada sin la debida intervención del Ministerio Público.-

I) La violación al principio de bilateralidad a la garantía de la defensa en juicio y torna nula de nulidad absoluta la sentencia.-

J) La ley 25453 es constitucional, pues el Alto Tribunal ha reconocido que en el marco de la emergencia económica la limitación temporal de derechos reconocidos por la Constitución es perfectamente viable.-

La Dra. Lila Susana Lorenzo -Fiscal General N°1 de la Cámara- señala en su dictamen de fs. 79 que el judicante de grado no aclara cuáles serían las razones que justificarían el dictado de una medida autosatisfactiva, máxime cuando el actor contaría con otras vías adecuadas para la tutela del derecho que invoca, tales como la medida cautelar de no innovar, innovativa e incluso la acción de amparo.-

También la Sra. Fiscal General objeta la falta de intervención de la demandada en el trámite, omisión que a su juicio menoscaba la regla del debido proceso y el derecho de defensa en juicio.-

Finalmente la Sr. Representante del Ministerio Público propone apartar de la causa al Sr. Juez de Grado y girar las actuaciones al subrogante legal que sigue en orden de turno, al haberse pronunciado sobre la cuestión de fondo en lugar de dictar la medida cautelar solicitada por el actor.-

Debido al confuso e inadecuado marco normativo procesal que opera de hogaño sobre el derecho material de la seguridad social (por aquello que señalaba Ernesto J. Couture de que "el proceso debe ser un instrumento de tutela del derecho y no su tumba"), es preciso establecer algunas pautas de valoración para no incurrir en exceso ritual manifiesto en el análisis y decisión de cuestiones que atañen al derecho de la seguridad social y más precisamente a pretensiones que revisten naturaleza alimentaria; dos elementos de juicio que el organismo omitió en su crítica y que constituyen los pilares sobre los que se asienta la estructura argumental de la decisión recurrida.-

Dichas pautas de valoración son, a mi juicio, las siguientes:

A) El procedimiento debe operar en función del derecho subjetivo material y no el derecho subjetivo material en función del procedimiento.-

B) Las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que regulan el proceso ordinario de la seguridad social (Ley 24463 y 25488) deben interpretarse a la luz del derecho del la seguridad social, y no el derecho de la seguridad social a la luz del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (v. C.F.S.S. Sala II, Expte. 508383/96 "Lanata Norberto Abel c/ANSeS s/Reajustes Varios", Sent. Int. N°46065 del 18/09/97).-

C) El ámbito existencial en el que se desenvuelve el derecho procesal de la seguridad social exhibe al hombre completo como unidad psico-somática al que el orden jurídico le reconoce títulos o derechos que para poder ejercerlos en plenitud necesita que sus facultades físicas e intelectuales se hallen intactas.

D) En procura de esta finalidad, la Constitución Nacional declara ciertos derechos tendientes a preservar la indemnidad de esas facultades y a mantener el hombre saludable (v. gr. derecho al descanso, vacaciones pagas, condiciones dignas de labor, prestaciones de la seguridad social universales, irrenunciables, móviles, etc.; v. Rolando E. Gialdino, el derecho al disfrute del mas alto nivel posible de salud, publicado en la revista Investigaciones, Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación, N° 3 (2.001), pág. 501, primer párrafo).-

E) De allí que el deterioro o la carencia de las aptitudes físicas e intelectuales del sujeto representa no sólo un menoscabo para él al quedar en desventaja frente a sus congéneres para competir con éxito en el mundo laboral, sino que también importa una fractura del proyecto social que la Constitución le ofrece a todos los habitantes como un plan de vida realizable.-

F) Por ello cuando el daño se produce en este ámbito tutelado por la Constitución Nacional, la restauración se impone urgente a través de sucedáneos que el propio constituyente y el legislador arbitran en procura de llenar el vacío existencial ocasionado por la contingencia biológica o social y de este modo restablecer sustitivamente el equilibrio desbaratado por ella.-

G) La integridad de esta unidad psico-somática de naturaleza social en la que toda persona consiste, entonces, constituye la faena primordial del derecho procesal de la seguridad social.-

H) El repertorio de instrumentos procesales que ofrece en cada caso el derecho procesal de la seguridad social, debe guardar adecuada proporción con su finalidad precípua.

I) De otra suerte, la estructura de derechos y garantías que erige la Ley Suprema para que el individuo despliegue libremente y en igualdad de posibilidades sus cualidades naturales y desarrolle en plenitud su proyecto de vida, se desbarataría irremediabilmente.-

J) La urgencia de la pretensión social que se deduce y la oportunidad de la decisión jurisdiccional que se procura, entonces, se exhiben como dos caras de la misma moneda cuando la estructura psico-somática y social en la que toda persona consiste, y los derechos que para su goce y ejercicio efectivos exigen la indemnidad de aquella, sufren algún menoscabo como derivación de una contingencia biológica o social.-

K) La realidad vital y existencial en la que se desenvuelve el derecho procesal de la seguridad social impregna de peculiar urgencia a la pretensión del acreedor social. No hay duda de que la tardía prestación jurisdiccional podría irrogarle un grave daño a la salud (directa o indirectamente), e incluso producirle la muerte si aquella no llega a tiempo (piénsese en el supuesto nada excepcional en que un sanatorio en conflicto con la obra social se niega a dialisar al afiliado en estado terminal; o en la arbitraria demora en otorgar la prestación contributiva que reclama el afiliado; o en la confiscatoria rebaja de su haber de retiro, etc.). En todos estos supuestos se afectan gravemente los derechos a la salud, alimentación, subsistencia, en suma, el omnicompreensivo derecho a una vida digna que consagran la Constitución Nacional y algunos documentos internacionales (CN, Art. 75 inc. 23 ; Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 1948, arts. XI y XVI; Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, arts. 22 y 25, etc.).-

I) El derecho comparado ofrece un vasto repertorio de instrumentos procesales que procuran la tutela jurisdiccional oportuna (inmediata y definitiva o asegurativa y cautelar) de pretensiones urgentes análogas a la que se sustancian en nuestro fuero.-

En los Estados Unidos existen las interlocutory injunctions que son órdenes limitadas en el tiempo (período: length) impartidas por el juez en un litigio pendiente con el objeto de prevenir un daño irreparable al litigante que la solicita. Estas órdenes preliminares pueden disponerse previo traslado al demandado e incluso inaudita altera parte (se denominan "órdenes temporales restrictivas"), en supuestos en el que peticionante pudiese sufrir un daño irreparable si el auxilio no fuere concedido en forma inmediata y cuando el tiempo no permitiere la noticia de deliberación o el derecho de ser oído en audiencia (Federal Rules Civil Procedure 65; Black's Law Dictionary, Fifth edition, By The Publisher's editorial Staff, St. Paul Minn, West Publishing Co., 1979, p. 705).-

En Francia existen los antiquísimos procesos de référé (se originaron en las prácticas del Chatelet de París en el siglo XVII, aunque su partida de nacimiento fue el Edicto para la Administración de Justicia de Chatelet del 22 de enero de 1685). Actualmente el référé está regulado en los arts. 484, 808 y 809 del Nuevo Código Procesal Civil Francés (Decreto 75-113 del 5 de diciembre de 1975). Mediante este procedimiento el juez a requerimiento del actor adopta decisiones provisionales previa audiencia del demandado. El procedimiento es simple y la exposición de los hechos y los fundamentales de derecho están reducidos a la mínima expresión. También en Francia existen las "ordonnances sur requête" que a diferencia del référé prescinden del contradictorio (es decir, no se da audiencia al demandado) y el procedimiento es tan informal que el propio actor proyecta al pie de la demanda una resolución motivada que el juez suscribe como propia si la parece pertinente. Empero, se excluyen las decisiones irreversibles que afectan los derechos de la contraria y en particular las condenas a pagar en sumas de dinero.-

En Italia la ley procesal autoriza las "providencias de urgencia" tendientes a evitar perjuicios inminentes e irreparables o para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión de mérito (Cpr., Art. 700). El juez decide según las circunstancias del caso si habrá o no contradictorio anticipado (Art. 689 ap. 1°).-

En la República Federativa de Brasil el Art. 273 del Código Procesal (según la reforma 8952/94) autoriza al juez la "anticipación de la tutela" cuando existiendo prueba inequívoca se convenza de la verosimilitud de la alegación; o fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación o abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio por parte del demandado.-

En la República Oriental del Uruguay el art. 317 del Código General del Proceso autoriza al juez adoptar las "medidas provisionales" que juzgue adecuadas o anticipar la realización de determinadas diligencias, para evitar que se cause a la otra parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente la decisión sobre el fondo.-

El actor - como señaló al comienzo- impugna la norma legal que dispone una quita a su haber previsional. El juez de grado - sensible y eficaz en la tutela- acoge la pretensión del accionante y dispone inaudita altera pars - no sin antes declarar la inconstitucionalidad de los arts. 10 y 14 de la ley 25453- el cese inmediato del descuento y la devolución al afectado de las sumas retenidas, previa caución juratoria.-

A esta altura del debate, tengo para mí que una vez zanjada la disputa respecto de la constitucionalidad de las normas impugnadas por el Alto Tribunal en la causa "Tobar, Leónidas c/Estado Nacional- Ministerio de Defensa- Contaduría General del Ejército- Ley 25453 s/Amparo - Ley 16986" [Fallo en extenso elDial - AA119C], la sentencia impugnada debe ser confirmada en todo cuanto fue materia de agravios.-

Ya no existe ninguna duda - luego de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- sobre la ilegitimidad de la quita y lo irrito del precepto legal que la dispuso, de suerte que cualquier discusión en torno a la medida autosatisfactiva dispuesta por el a-quo deviene a esta altura bizantina o, cuanto menos, extraña al objeto del proceso que a la sazón ha quedado totalmente zanjado por el Alto Tribunal (Fallos: 312: 1903; 316: 2522; 317:503; 318: 896 etc.).-

En efecto, en dicho precedente la Corte expresó que la norma en cuestión no impone una limitación temporaria a la integridad salarial de los agentes públicos, fundada en razones de equidad y e el interés general, destacando que es contrario a la Constitución Nacional un régimen normativo que difiere la discrecionalidad del Poder Ejecutivo la determinación de remuneraciones y haberes previsionales de naturaleza alimentaria, no con una alternativa de excepción susceptible de control jurisdiccional, sino como una herramienta de política económica, destinada circunstancialmente a la reducción del gasto público y estabilidad de las cuentas fiscales (Considerando 16).-

Para el Alto Tribunal, esta última circunstancia implicaría sin más que los derechos de los habitantes se encontrarían a merced de la discrecionalidad con que el poder público resolviese llevar su política económica, gestando un desajuste que podría fácilmente conjurar con la disposición de los salarios de los trabajadores estatales, con grave afectación del derecho de propiedad y de las normas constitucionales que protegen la relación laboral. (Considerando 13).-

La decisión oportuna inmediata y restitutiva del uso y goce del derecho adoptada por el juez de grado en mérito a la certidumbre - más que verosimilitud- del derecho invocado por el actor, no puede reputarse violatoria del derecho de defensa del Estado demandado (como estima el Ministerio Público), a menos que se coloque en un plano inferior al derecho constitucional con respecto a la garantía, subvirtiendo el orden de jerarquía de las normas y el fundamento de validez que las distingue en orden - como lo destaca Lino E. Palacio- a su adecuación o coherencia con las prescripciones que en cuanto a su contenido y método de creación se hallan establecidos en una norma prevalente (Derecho Procesal Civil, T. V, Abeledo Perrot, 1979, p. 150).-

La confusión en que ha caído la doctrina en este punto me llevó a señalar lo siguiente:

"Cuando la pretensión no cautelar es urgente (ostenta naturaleza alimentaria), el proceso debe durar menos - o mucho menos- que cuando no reviste este apremio; y en determinados supuestos ni siquiera llega a existir, cuando, por ejemplo, esta urgencia exige una decisión inmediata, impostergable, porque la vida del derecho depende - ¡vaya paradoja!- de la muerte del proceso (un día de proceso podría ser demasiado tarde) o dicho en otros términos, cuando es necesario (en supuesto ciertamente excepcionales) que el proceso muera para que viva el derecho (p. ej. un paciente que sufre de insuficiencia renal crónica bilateral necesita una diálisis en forma urgente y el sanatorio que está en conflicto con su obra social no se la realiza, etc.) (Cf. mi voto in re: "Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/Amparos y Sumarísimos", C.F.S.S., Sala II, Sent. N° 91364 del 10 de setiembre de 2002 [Fallo en extenso elDial - AA11F5]; v. L.L. del 08/10/2002 pág. 4).-

Asimismo, en un comentario a fallo en el que abordé la misma materia, destacué lo siguiente: "En estos supuestos - ciertamente excepcionales- se advierte patente la condición de medio que exhibe la garantía del debido proceso frente al derecho cuya inmutabilidad procura preservar en los casos corrientes" (v. Colección de Análisis jurisprudencial - Elementos de Derecho Procesal Civil-, Ed, La Ley, 2002, dir. Osvaldo A. Gozaini, pág. 395).-

Esta confusión conceptual - que afecta el goce efectivo de los derechos constitucionales- ha merecido de mi parte un extenso y meditado análisis en el precedente citado ("ibídem": expte. N° 36723/2001 " Del Pozo, Beatriz Teresa c/Anses s/Amparos y Sumarísimos", Sentencia N° 91080/02, del 30 de agosto de 2002), ocasión en la que destacué lo siguiente:

A) No existe anticipo de jurisdicción favorable como lo señaló la Corte Suprema en "Camacho Acosta M. c/Grafi Graff S.R.L." (Sentencia del 02/12/1997) y en "Smith, Carlos A." (rectius: "Banco de Galicia y Buenos Aires s/solicita intervención urgente en Smith, Carlos A. con R.F.N. s/sumarísimo", Sentencia del 01/02/2002) [Fallo en extenso elDial - AAC2B]; error en el también incurrió parte de la doctrina, como cuando el Dr. Augusto M. Morello al comentar "Camacho Acosta" expresó que la Corte "anticipó la condena provisoriamente" (V. E.D. t. 176, pág. 62 y sgtes), y en similar faena respecto de la ley de "antigoteo" 25587, cuando también señaló que: "La cautela no parece ser idéntica a una "condena", porque esta debe ser una sola y acontecer al término de un proceso justo, contradictorio, con todas las defensas. Si lo que se persigue en el amparo o equivalente - continúa Morello- es la entrega del dinero depositado y la cautelar procura ese propósito, la identidad de objeto es total en el comienzo de la controversia o caso. Entonces la cautelar no tendrá andamio al carecer de legalidad porque la decisión al respecto es materia de pronunciamiento final. No hay anticipación ni tiempos anteriores" (v. "Las medidas cautelares y la ley 25587. El tapón al goteo de los amparos anticorralito", E.D. 10/05/2002).-

En un erudito y reciente trabajo, el Dr. Morello reitera sus prevenciones al respecto (v. La tutela anticipatoria. ¿Cautela material o condena? - Notas para acotar su perfil - E.D. del 03/02/2003).-

B) En los precedentes de esta Sala citados más arriba, destacué que la petición cautelar (C.S.J.N.: "Camacho Acosta", "Smith", "Alvarez, Oscar Juan" [Fallo en extenso : elDial - AA9B1], "Orlando, Susana Beatriz" [Fallo en extenso elDial - AAF35] - sent. del 04/04/2002 que comenta el Dr. Morello en el trabajo citado en el párrafo anterior- etc.), sólo procura la inmutabilidad de la plataforma fáctica o jurídica sobre la que recaerán los efectos de la sentencia de mérito, la restitución del uso y el goce del derecho disputado (verosímil, probable o cierto) y, en ocasiones, procura evitar el daño o alteración sustancial del derecho, situación jurídica o ámbito particular de la vida que la pretensión trata de asignarse, según la gráfica expresión de Jaime Guasp Delgado.-

Es decir que la decisión que despacha una medida cautelar no cuestiona la legitimidad sustancial o razonabilidad de la conducta o acto impugnados en el proceso principal (ordinario, sumarísimo, especial, amparo, etc.), ni sobre la responsabilidad jurídica del autor de la conducta o acto generadores del daño actual o inminente. Es decir que el juez nunca decide en las medidas cautelares - como sí lo hace en la sentencia definitiva- en forma "expresa, positiva y precisa de conformidad con las pretensiones deducidas, calificadas según corresponda por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando y absolviendo de la demanda y reconvención (CPCCN, art. 163 inc. 6°) como lo consideran -a mi criterio erróneamente el Alto Tribunal en los precedentes citados y un sector de doctrina autoral.-

C) Con este alcance y con esta limitación, entonces, el juez puede restituir en forma provisoria - y previa contracautela- el uso y goce efectivos del derecho disputado en el proceso, o disponer "eo ipso" el cese de una quita en el haber y la devolución al titular de las sumas descontadas, etc., mientras continua el proceso principal o es inminente su inicio. En ninguno de estos supuestos existe "anticipo de jurisdicción favorable" -o anticipo de la condena como también se ha expresado- por lo que es incorrecto hablar en estos casos de sentencias "anticipatorias", "anticipos de jurisdicción favorable", "tutela interinal de mérito", etc.-

D) Cautelarmente, entonces, y sin anticipar la condena, el juez restituye - una vez cumplidos los presupuestos para la procedencia de la cautela- lo que los romanos denominaban el "ius utendi" y el "ius fruendi" (derecho de usar y obtener los frutos, respectivamente) mientras continua el proceso principal. Tal es lo que sucede en autos cuando del juez de grado dispone el cese inmediato de la quita al haber alimentario y la restitución a su titular de lo descontado ilegítimamente, sin perjuicio de la prosecución de la causa (restituye el "ius utendi" al titular). Lo mismo acontece cuando el juez civil, comercial o contencioso administrativo, ordena al banco la restitución provisoria de los depósitos en moneda extranjera para su libre uso y disposición en el mercado, previa acreditación de la titularidad sobre los mismos - fumu boni iuris- y el peligro en la demora- periculum in mora--

E) Qué duda puede haber al respecto - como también me preguntaba en la causa "Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional"- cuando del propio decreto 1570/2001 en sus considerandos señala con absoluta claridad lo siguiente: "Que, sin embargo, en situaciones como la presente puede restringirse por un breve período su "uso" y "goce", limitando exclusivamente ciertos retiros en efectivo. ..etc"

F) Por lo tanto, reviste el mismo efecto y la misma naturaleza asegurativa y meramente cautelar la decisión que : 1°) dispone la entrega inmediata de una prótesis a act. J. [Camacho Acosta M. c/Grafi Graff S.R.L.), en procura de restablecer la integridad de la unidad psico-somática desbaratada por una grave contingencia de carácter profesional (accidente de trabajo) antes de la sentencia definitiva; 2) obliga a Otorgar en forma inmediata el 100% de cobertura a una menor de cinco años afectada por el síndrome de Apert ("in - re": "T.J. y otros s/Swiss Medical S.A.", Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N°3, Sentencia del 19 de julio de 2002); 3°) ordena la provisión inmediata de la droga Neutromax 300 a un menor afectado por la enfermedad de Kostman o neutropenia severa congénita (CSJN, 24/10/2000 "Campodónica de Bevia cua C. V. Estado Nacional", Sentencia del 24 de octubre de 2000) [Fallo en extenso elDial - AA625]; 4°) ordena la entrega inmediata a los efectores sanitarios del país de los reactivos y medicamentos incluidos en el Vademecum Básico para el tratamiento y rehabilitación de los enfermos de SIDA (CSJN, Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/amparo ley 16986, Sentencia del 01 de junio de 2000) [Fallo en extenso elDial - AA4BD]; 5) dispone la restitución inmediata del goce ejercicio del derecho al 85% del haber que les corresponde a los actores en virtud de la ley vigente al tiempo del cese (Ley 24018) (CFSS, Sala II, "Anchorena Tomás Joaquin y otros c/ANSES s/recomposición de haber - medida cautelar", Sentencia del 29 de abril de 1999); 6°) dispone otorgar en forma inmediata el beneficio pretendido (jubilación ordinaria) sin perjuicio de la prosecución de la causa (juicio ordinario), en mérito a la naturaleza alimentaria de la pretensión deducida, verosimilitud del derecho (sentencia favorable de primera instancia) y al peligro en la demora (el actor no puede esperar más) (CFSS, Sala II, "Peter, Adolfo c/ANSeS s/medidas cautelares", Sentencia del 08 de febrero de 2001; "idem": Fernandez, José Leonidas c/ANSeS s/ incidente, sentencia del 06 de diciembre de 2000); 7°) ordena la provisión inmediata del medicamento denominado Acetato de Glatiramer Copolimer (Copaxone) a una paciente afectada por esclerosis múltiple en estado de incapacidad visual y motora (CSJN, "Orlando, Susana Beatriz c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo", Sentencia del 04 de abril de 2002, publ. E.D. del 03/02/2003, con nota de Augusto Mario Morello), etc.-

De lo expuesto surge que la decisión autosatisfactiva de índole cautelar o asegurativa dispuesta por el señor juez de grado es razonable (digo asegurativa o cautelar porque el proceso continúa), se ajusta a la garantía de la tutela judicial efectiva que proclama la Constitución Nacional y revela en el magistrado una acabada compenetración con la jurisdicción proteccional que ejerce por mandato de la Ley Fundamental y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.-

Ahora bien, el decreto 1819/2002 estableció que, a partir del día 1° de enero de 2003, las retribuciones del personal público

nacional y beneficiarios previsionales serán íntegramente abonados sin la reducción ordenada por el Decreto 896/2001 y la ley 25453, entiendo que a partir de la fecha antes mencionada, el segundo párrafo del art. 1° del decreto 1819/02 en cuanto dispone el pago de las sumas adeudadas con motivo de los descuentos efectuados en los haberes previsionales en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 34 de la ley 24156 (decreto 896/2001 y art. 10 de la ley 25453), mediante títulos de la deuda pública, resulta inaplicable al sub examine.-

Ello así, en punto a que el citado decreto dispone la novación de la obligación de dar sumas de dinero en restitución de los montos descontados con sustento en normas cuya ilegitimidad ha sido declarada por este Tribunal en numerosos precedentes (v. Expte. N° 35135/2000 "Premio, Reynaldo Osmar c/Anses s/ Amparos y Sumarísimos", Sentencia n° 88102 del 29/04/2002 [Fallo en extenso eDial - AAEF1]; Expte. N° 42898/2001 "Marotta, Juan Carlos c/ANSeS s/amparos y sumarísimos, Sentencia N°88434, del 22/5/2002, etc) y en fecha reciente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Tobar, Leónidas c/Estado Nacional - Ministerio de Defensa - Contaduría General del Ejército - Ley 25453 s/Amparo-ley 16986" (Sentencia del 22/08/2002) [Fallo en extenso eDial - AA119C], doctrina que luego se hizo extensiva al universo de afectados del sistema nacional de previsión a través de la sentencia de esta Sala en la Causa N°35393/2001 "Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/amparo y sumarísimos" (Sentencia n° 91364 del 10/9/2002).-

El derecho adquirido al cobro íntegro de las prestaciones previsionales tuteladas por los arts. 14 bis, 17 y 75 inc. 23 de la Carta Magna, no puede verse afectado mediante la utilización de medios de pago de incierto valor, con total prescindencia, por lo demás, de la edad, medios de subsistencia y estado de salud de sus titulares (v.Convención Americana sobre Derechos Humanos: art. 5 inc. 1°), y particularmente de la naturaleza alimentaria que ostentan las diferencias de haberes previsionales reclamadas. Como bien señala María Angélica Gelli al comentar la garantía de la movilidad del art. 14 "bis" de la Constitución Nacional en un reciente libro: "...si el jubilado o el pensionado pagaron (sus aportes) en buena moneda, resulta violatorio de la justicia conmutativa retribuirles con dinero depreciado." (V. Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada, Ed, La ley 2001, pág. 121).-

Abona esta conclusión la particular - por extremadamente difícil- situación en que se halla la clase pasiva en nuestro país (puntualizada por esta Sala en numerosos precedentes; v. entre otros Expte. N° 510663/96, "Gómez Librado, Buenaventura c/ANSeS s/ reajustes varios", Expte. N° 91080/01 (C.R. E. de P. de J. de T. c/ANSeS s/amparos y sumarísimos", cit. "Premio, Reynaldo Osmar c/ANSeS..." cit. "Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional...", etc.), situación -retiro- que no admite ninguna dilación en la percepción de los haberes ilegítimamente descontados, sin riesgo de grave menoscabo de las garantías constitucionales contenidas en las normas citadas.-

En fecha reciente, el Máximo Tribunal de la Nación ha señalado en los autos "Postiglione, Roberto Severio c/Poder Ejecutivo Nacional s/amparo y sumarísimos (Sentencia del 18/12/2002), que las razones y circunstancias que había tenido en cuenta en los precedentes "Guida" [Fallo en extenso eDial - AA4A1] (Fallos 323:1566) y "Heit Rupp" (Fallos: 322: 2226), no sólo no se configuran en "Postiglione" en los que también se cuestionaba el art. 10 de la ley 25453, "sino que han variado dramáticamente por efecto de la devaluación operada en el corriente año y el acelerado envilecimiento de los sueldos, jubilaciones y pensiones, que justifican - además- el apartamiento de la doctrina establecida den el mencionado precedente." (Considerando 3°).-

Esta diferencia sustancial en lo jurídico y en lo fáctico que advierte la Corte entre los precedentes "Guida" y "Heit Rupp" - por un lado- y "Postiglione" - por el otro- (v. Cons. 5°), como consecuencia del cambio abrupto de la política económica operada en el país, la lleva también a destacar que la convalidación en la causa "Heit Rupp" de la norma que faculta al Congreso de la Nación a reglamentar el art. 14 bis de la Constitución Nacional, y en particular, a establecer el modo de hacer efectivo ese derecho mediante la ley 24463, que remite a las disposiciones de la ley de presupuesto y en tanto no se demuestre el perjuicio por ella ocasionada, estaba referida a un régimen de movilidad de haberes previsionales vigente en épocas de estabilidad económica (v.Considerando 4°).-

De ello se deriva, a mi modesto entender, que en aplicación del axioma que reza "cessante razione legis, cessat ipsa lex" (cit. Lon L. Fuller, en "El caso de los exploradores de cavernas", Ed. Lexis Nexis, Pról. De Genero R. Carrió, Ed. Abeledo-Perrot, 2da. Ed., pág. 20) el sustancial cambio del sistema económico que trajo aparejado - como señala el Alto Tribunal. El acelerado envilecimiento de los sueldos jubilaciones y pensiones que a su criterio justifica apartarse de la doctrina vigente hasta ese momento, determina sin más la inaplicabilidad a la presente causa del segundo párrafo del art. 1° del decreto 1819/2002.-

De otra suerte, por lo demás, no se daría plena operatividad a la garantía constitucional del amparo, cuya finalidad precípua no es otra que hacer cesar los efectos de cualquier acto u omisión arbitrario o ilegal de autoridad pública o de un particular, en forma inmediata y "efectiva", y no mediante meras declaraciones teóricas que si bien favorecen la posición jurídica del actor, en los hechos lo dejan en un total des-amparo.-

De allí que me parece injusto derivar la discusión sobre la forma de cumplimiento de la sentencia en este tipo de causas a la etapa de ejecución (explicable quizá en "Tobar" [Fallo en extenso eDial - AA119C] por la condición de trabajador activo del actor), dada la implicancia que esta decisión conlleva para el efectivo goce de los derechos reconocidos en la sentencia, en orden a la edad, condiciones de subsistencia y presumible estado de salud de los titulares, frente al exagerado tiempo que demanda en el fuero de la seguridad social la sustanciación de cualquier juicio, como es de público y notorio.-

En virtud de ello propongo: Confirmar el pronunciamiento de la anterior instancia que hizo lugar a la medida autosatisfactiva solicitada y que declaró la inconstitucionalidad de los arts. 10 y 14 de la ley 25453, 2) Declarar inaplicable a la presente causa el segundo párrafo del art. 1° del Decreto 1819/2002.-

EL DOCTOR JUAN JOSE ETALA DIJO:

Por compartir sus fundamentos adhiero al voto del Dr. Luis René Herrero.-

A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo, y oído que ha sido el Ministerio Público, el Tribunal Resuelve: 1) Confirmar el pronunciamiento de la anterior instancia que hizo lugar a la medida autosatisfactiva solicitada y que declaró la inconstitucionalidad de los arts 10 y 14 de la ley 25453, 2) Declarar inaplicable a la presente causa el segundo párrafo del art. 1° del Decreto 1819/2002.-

Notifíquese, registre y oportunamente devuélvase.-

Dr. Alberto O. Belén.-
Secretario General.-

Dr. Adrián Rubén Lamacchia.-
Presidente.-