UNREGISTERED

Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Dolores.
Belgrano Nº 160 - 7100 Dolores (Bs. As)- Tel-Fax: (02245) 441592 / 441990 / 446343
Pagina web: www.colabdol.com.ar E mail: colabdol@speedy.com.ar

Created by Unregistered Version

CIRCULAR Nº 1672/10

Dolores, 05 de enero de 2010.-

REF: " FALLO SOBRE JUBILACIONES. Movilidad. MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA - Seguridad Social Jurisprudencia Federal ".-

Publicado el día Martes 22 de Diciembre de 2009 en la edición Nº 2929

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

La sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social volvió a expedirse haciendo lugar a la medida cautelar solicitada por un jubilado, ordenando a la ANSES adecuar el haber jubilatorio al incremento establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Badaro".
La particularidad del pronunciamiento radica en el apercibimiento de imponer astreintes y dar intervención a la justicia penal para que investigue la eventual comisión de un delito de acción pública, en caso de incumplimiento de la medida cautelar ordenada.

JUBILACIONES. Movilidad. MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA. Procedencia de la pretensión de reajuste. Adecuación del haber al incremento establecido en el precedente "Badaro". Caución juratoria. Rechazo del pago anticipado del importe retroactivo que eventualmente correspondiera. Apercibimiento de dar intervención a la justicia penal a fin de investigar la eventual comisión de un delito de acción pública. Saturación del fuero de la Seguridad Social.

Causa Nº 46281/08 - "Rosso, Raúl Rene c/ ANSES y otro s/ reajustes varios con medida cautelar adjunta" – CFSS - SALA II – 18/12/2009 JUBILACIONES. Movilidad. MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA. Procedencia de la pretensión de reajuste. Adecuación del haber al incremento establecido en el precedente "Badaro". Caución juratoria. Rechazo del pago anticipado del importe retroactivo que eventualmente correspondiera. Apercibimiento de dar intervención a la justicia penal a fin de investigar la eventual comisión de un delito de acción pública. Saturación del fuero de la Seguridad Social.
"Con relación al presupuesto del "peligro en la demora" ("periculum in mora"), es público y notorio el irrazonable tiempo que insume el proceso previsional y el grave daño que esta demora le propina al derecho de naturaleza alimentario del actor que por mandato constitucional debería preservar durante todo su transcurso." (Dr. Herrero, según su voto)
"Con relación al segundo presupuesto que es menester acreditar para la procedencia de la medida cautelar impetrada por el actor –"verosimilitud del derecho" o "fumu boni iuris"- no existe duda que el mismo se halla plenamente satisfecho en autos a través de las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Badaro, Adolfo Valentín c/ANSeS", con fecha 8 de agosto de 2006[Fallo en extenso: elDial - AA36CF] y 26 de noviembre de 2007 [Fallo en extenso: elDial - AA 435C], respectivamente, en las que funda la demanda el accionante." (Dr. Herrero, según su voto)
"El despacho favorable de la medida cautelar solicitada por el actor, por lo demás, no sólo se funda ... en el estricto cumplimiento de los presupuestos procesales ..., sino que también entraña una respuesta lógica y honesta de la justicia comprometida con la "ética de los vulnerables" –según la significativa expresión del ministro Ricardo L. Lorenzetti- a la grave situación de colapso que aflige al fuero federal de la seguridad social en todas sus instancias, como derivación del pertinaz incumplimiento por parte de la Administración Nacional de la Seguridad Social (A.N.S.E.S.), de la actualización de los haberes de los jubilados por el período 2002 a 2006, ordenada por el Alto Tribunal de la Nación en la causa "Badaro, Adolfo Valentín c/A.N.S.E.S. [Fallo en extenso: elDial - AA 435C] (sentencia del 26 de noviembre de 2007; v. C.N. art. 75 inc. 23), que este organismo no puede desconocer –sin incurrir en las graves inconductas que reprocha el art. 45 del C.P.C.C.N.- en su calidad de única parte demandada en todos los juicios previsionales (v. gr. desde el 2 de febrero de 2009 hasta el 31 de agosto de 2009, se sortearon y asignaron a los juzgados de primera instancia 63.065 demandas y se extendieron 30.804 poderes para el inicio de nuevos juicios)." (Dr. Herrero, según su voto)
"La aludida saturación del fuero de la seguridad social sería fácilmente contrarrestable o revertible a través de la "medida de acción positiva" que se impetra en autos (C.N. art. 75 inc. 23), pues todo conduce a presumir que el goce efectivo y provisorio de la garantía constitucional que obtendría el actor por vía cautelar tornaría probablemente innecesaria la prosecución del proceso principal –o lo reduciría sustancialmente- frente a la categórica doctrina "Badaro" que presagia con razonable certeza el resultado final de esta causa." (Dr. Herrero, según su voto)
"Si bien el Alto Tribunal de la Nación ha expresado que la contracautela "debe ser, en principio, y salvo supuestos excepcionales, de carácter real o personal y no simplemente juratoria, con la finalidad de garantizar debidamente los eventuales derechos de aquél contra quien se traba la medida" (cfr. C.S.J.N., "Distribuidora Química S.A. c/Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables, sentencia del 19 de mayo de 1997), lo cierto es que en el sub examine no encuentro óbice para admitir la procedencia de la caución ofrecida por la actora, en función de la fuerte verosimilitud del derecho invocado

en la demanda (cf. Lino E. Palacio, Derecho Procesal Civil, T. VIII, Procesos cautelares y voluntarios, Ed. Abeledo Perrot, imp. 1985, pág. 39 y abundante jurisprudencia citada en la nota nº 56).” (Dr. Herrero, según su voto)
“La trascendencia Jurídica y Social que reviste el presente caso impone la necesidad de garantizar su cumplimiento no sólo a través de la imposición de astreintes, en los términos del art. 666 bis del Código Civil y 37 del C.P.C.C.N., sino también bajo el apercibimiento de dar intervención a la justicia penal para que investigue la eventual comisión de un delito de acción pública si tal incumplimiento llegara a suceder. En tal sentido, propongo encomendar al señor Juez a cargo del Juzgado Federal de Rosario –por intermedio del secretario que corresponda- la notificación de esta resolución en la persona del Sr. Director Ejecutivo de la A.N.Se.S. o del Jefe de la U.D.A.I. Rosario Norte (“ibidem” C.S.J.N., in re “Sosa, Eduardo Emilio c/Provincia de Santa Cruz” [Fallo en extenso: elDial - AA583E], sentencia del 20 de octubre de 2009).” (Dr. Herrero, según su voto)
“La protección ineludible a la ancianidad, (C.N. art. 75 inc. 23) conlleva necesariamente a que la misma sea oportuna. La exigencia de una justicia efectiva y rápida, principio elemental de toda materia sometida a litigio, cobra especial relevancia en el caso de los pasivos, donde el transcurso del tiempo es un factor trascendente y constituye un elemento esencial de la decisión judicial. De nada sirve el ajuste de un haber previsional, cuando ya no exista quien habrá de recibirlo.” (Dr. Fernández, según su voto)
“No obstante la naturaleza alimentaria de los temas que se debaten, la magnitud de la litigiosidad en esta materia, que por su notoriedad hace innecesaria su reiteración, la secuencia necesaria que han de seguir los procesos incoados, sumado ello a la actitud no pocas veces dilatoria del organismo previsional para cumplir con la manda judicial, en casos dirimidos de larga data, llevan necesariamente a la conclusión de que, lograr la una sentencia definitiva y su ejecución, no será trámite rápido ni fácil para el accionante.” (Dr. Fernández, según su voto)
“No observo cuál puede ser el impedimento legal de autorizar el ajuste que propicia el precedente Badaro al actor, por la vía cautelar, en tanto la aplicación de esta doctrina judicial no hará más que permitir una adecuación del beneficio a parámetros equitativos y pacíficamente aceptados. Máxime que, como se ha dicho, nada impide el descuento de los incrementos dispuestos por los decretos del Poder Ejecutivo, durante el lapso comprendido entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006, si arrojasen una prestación superior, en cuyo caso deberá estarse a su resultado.” (Dr. Fernández, según su voto)
“En el caso de autos no encuentro configurada la verosimilitud del derecho que se invoca. Ello es así pues el único elemento probatorio incorporado a la causa lo constituye una fotocopia simple de constancia de pago, a través del Banco Macro SA, del haber previsional correspondiente a mayo de 2.008 por un total de $ 840,36, junto con un reclamo de reajuste y su denegatoria. Coincido con lo expresado con el titular de autos en cuanto a lo exiguo del haber de pasividad que se le abona pero no encuentro elemento probatorio, ni ofrecimiento del mismo que conduzca a la aplicación de algún índice a efectos de mejorar su haber. Más aun si se tienen presentes los términos de la expresión de agravios donde en forma expresa cuestiona al Magistrado anterior en grado argumentando que su parte solo invocó ilustrativamente los fallos Badaro y Cirillo, como para establecer el criterio del Superior.” (Del voto en disidencia de la Dra. Dorado)
“Con respecto al segundo de los requisitos exigidos por la doctrina para la adopción de una medida cautelar, entiendo que tampoco habría peligro en la demora por cuanto el peticionante goza de un beneficio previsional, es decir, no se encuentra marginado del sistema y lo que se discute en verdad es el “quantum” ó magnitud económica de su derecho, extremo que requerirá también de elementos probatorios, que no obran en la causa. Entiendo prudente destacar que el propio apelante cuestiona el accionar de Anses precisamente porque resolvió la causa sin siquiera requerir las actuaciones administrativas.” (Del voto en disidencia de la Dra. Dorado)
“Ensanchar el obrar jurisdiccional por medio de cautelares en materia de adecuación de haberes, implicaría “prima facie” extender la actividad de los magistrados judiciales más allá de lo previsto por el legislador, creando una suerte de “jurisdicción de equidad” que vulneraría elementales pautas de seguridad jurídica.” (Del voto en disidencia de la Dra. Dorado)

FALLO COMPLETO

Causa NÂº 46281/08 - 'Rosso, RaÃºl Rene c/ ANSES y otro s/ reajustes varios con medida cautelar adjunta' â€“ CFSS - SALA II â€“ 18/12/2009
En la ciudad de Buenos Aires, 18 de diciembre de 2009 reunida la Sala Segunda de la Cámara Federal de la Seguridad Social para dictar sentencia en estos autos: "ROSSO RAUL RENE C/ ANSES Y OTRO S/ REAJUSTES VARIOS CON MEDIDA CAUTELAR ADJUNTA"; se procede a votar en el siguiente orden:
EL DOCTOR LUIS RENÉ HERRERO DIJO:
Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de apelación deducido por el actor a fs. 42/45 contra la resolución de fs. 36/37.//-
El recurrente –de 73 años de edad- peticionó en la demanda una medida cautelar innovativa que dispusiera el goce inmediato, efectivo, íntegro y provisorio –es decir, hasta que se dicte sentencia definitiva en la demanda por reajuste de haberes que promovió contra la resolución conculcatoria de la ANSeS de fecha 28 de abril de 2008- de la garantía de movilidad de su prestación jubilatoria.-
El magistrado actuante consideró que la medida cautelar solicitada: “… coincide en parte con la pretensión de fondo … lo cual desvirtúa la naturaleza meramente instrumental del instituto al convertirse en un medio para arribar precozmente a un resultado al que sólo podría accederse mediante el correspondiente dictado de una sentencia de mérito, por lo que adquiriría así un carácter autónomo, impropio de su naturaleza” (v. fs. 36 vta.)).-
Agrega el sentenciante que: “… corresponde el rechazo de la medida cautelar interpuesta atento a que por la ´complejidad´ de la causa (sic), corresponde debatir la cuestión planteada mediante las etapas normales del proceso que a esta causa

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version
UNREGISTERED
Created by Unregistered Version
UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

corresponde imprimir…” (v. fs. 37).-
El actor en su memorial de expresión de agravios cuestiona el razonamiento del a-quo;; expresa que no pretende un reajuste de haberes a través de la medida cautelar que impetra, sino el simple aseguramiento de su derecho alimentario mediante el restablecimiento de la cuantía real del beneficio oportunamente otorgado. Hay ciertas cuestiones- agrega- que por elementales y graves deberían ser subsanadas aún de oficio, sin necesidad de que medie petición de parte, más aún cuando el peligro en la demora afecta un derecho impostergable de naturaleza alimentaria, poniendo en riesgo cierto la subsistencia de una persona indefensa por sus condiciones físicas disminuidas como consecuencia de la edad que acusa, y que por esta única razón carece de aptitudes para ingresar en el mercado laboral y superar el nivel de pobreza que lo aflige (v. fs. 42 vta.). Para corroborar la veracidad de este relato el señor Raul René Rosso agrega un recibo de haberes por la suma de $ 796,09 correspondiente al mes de mayo de 2008 (v. fs. 5).-
Luego de denunciar la falta de actualización de su haber previsional con relación al incremento de los precios de los productos básicos desde que obtuvo su jubilación, su avanzada edad (nació el 9 de julio de 1936: v. fs. 2), y la posibilidad de no () hallarse con vida cuando la justicia le reconozca la integridad de su preciado derecho alimentario, destaca el peligro cierto que el transcurso del tiempo que demandará la resolución definitiva de esta litis traerá aparejado que sus derechos constitucionales resultarán burlados de manera irreversible; tales como los derechos humanos a la subsistencia, a la salud, a la alimentación, a la satisfacción de sus necesidades básicas, en definitiva, a su calidad de vida digna.-
En procura de demostrar el “periculum in mora” que describe de tal guisa, cita un ajustado párrafo del voto de mi colega de Sala Emilio Lisandro Fernández en la causa “Bachrach, Marcos c/ANSeS s/Reajustes varios” (expte. N° 511.198/1996, Sentencia de fecha 26 de abril de 2002), el cual avalaría su fundada petición cautelar, a saber: “…No desconozco el masivo y ya casi incontrolable aumento del grado de litigiosidad que se observa en la actualidad, fomentado por la actitud de los poderes políticos de utilizar, con manifiesto abuso del derecho a la jurisdicción, la vía que ella contempla para judicializar y dilatar el pago de las obligaciones que la Constitución Nacional impone observar (…) Por incomprensible transmutación de las cosas, paradojalmente quienes ayer fueron artífices de buena parte del producto nacional hoy son los causantes del déficit público (…) En este sentido –concluye el doctor Fernández- la discusión se centra no ya prioritariamente en el reconocimiento de un haber jubilatorio acorde con la situación previsional de cada beneficiario, sino en la preservación del derecho mismo alimentario”.-
Ahora bien, en un precedente análogo al de autos (otorgamiento “provisorio” del “goce del derecho” alimentario por vía cautelar, mientras continúa el proceso principal), esta Sala señaló con relación al falaz argumento desestimatorio de la confusión de objetos entre la demanda y la petición cautelar, lo siguiente: “De consuno con esta línea argumental –y fiel al axioma que predica que el procedimiento debe operar en función del derecho y no el derecho en función del procedimiento- va de suyo que no constituye un argumento serio para rechazar la medida cautelar, que su despacho importa ´entrar de lleno en la cuestión de fondo´, no sólo porque –como es sabido- en las medidas cautelares sólo se requiere para su procedencia la ´verosimilitud´ y no la ´certeza´ del derecho, sino porque los argumentos que esgrimen los actores al respecto son tan convincentes, la ley es tan clara y la jurisprudencia tan pacífica, que se convierte en un ineludible imperativo de justicia restituirle –bien que en forma precaria dada la etapa temprana en que se halla el proceso- el goce y ejercicio provisorio del derecho disputado, hasta tanto se dicte la sentencia definitiva sobre la cuestión de fondo (cf. C.P.C.C.N. art. 230), trasladando de este modo sobre el Estado incumplidor los efectos perjudiciales de la demora del proceso –normalmente a cargo del actor- dada la fuerte verosimilitud del obrar arbitrario de aquel, y, básicamente, la naturaleza alimentaria que revisten las pretensiones esgrimidas por los accionantes” -cf. C.N. art. 14 bis, 75 inc. 23; idem, “Camacho Acosta Máximo v. Grafi Graf S.R.L. y otro”, La Ley 1995-E-652, E.D. 176-72, con nota de Augusto Mario Morello: “La tutela anticipada en la Corte Suprema”- (v. C.F.S.S., Sala II: “Anchorena, Tomás Joaquín y otros c/ANSeS s/recomposición de haber –Medida cautelar-“, resolución de fecha 19 de abril de 1999; “Lound Angélica Raquel c/Instituto de Servicios Sociales Para Jubilados y Pensionados s/Amparos y sumarísimos”, Sentencia del 03/12/2007; “Lodato María Rosa c/ANSeS s/incidente”, Sentencia del 09/04/2008; “Peter, Adolfo c/A.N.S.e.S. s/Medidas Cautelares, Sentencia del 08/02/2001; “Fernández, José Leónidas c/A.N.S.e.S. s/Incidente”, Sentencia del 06/12/2001; “De La Cruz, Antonio Ramón c/A.N.S.e.S. s/Jub. y Ret. por Invalidez”, Sentencia del 24/09/2003); Sala I: “Rodríguez, Raúl Enrique c/A.N.S.e.S. s/Inc. de Medida Cautelar”, Sentencia del 11/02/1998, entre otros).-
En el leading case “Anchorena” los actores habían impugnado mediante una acción de amparo la arbitraria conducta estatal consistente en omitir el restablecimiento íntegro del porcentaje de movilidad contemplado en el régimen especial que los cobijaba, pese a que el plazo de cinco años previsto en el art. 2 de la ley 24.019 que lo redujo transitoriamente y “por excepción”, había vencido con creces.-
El objeto de la pretensión de amparo en la citada causa, por lo mismo, consistía en desbaratar la abusiva “vía de hecho” de la administración con miras a restablecer el pleno goce y ejercicio de la garantía constitucional conculcada. Como se puntualizó más arriba, no había dudas que el plazo legal se hallaba vencido, por lo que la restricción “sine die” de los derechos alimentarios de los actores devenía a todas luces ilegal y arbitraria, entrañando, por lo mismo, tal conducta: “… una flagrante y grosera violación al orden jurídico establecido.” (v. Miguel Marienhoff, Tratado de derecho administrativo, Ed. Abeledo-Perrot, 3ra. ed. actualizada, T. II, pág. 213).-
La medida cautelar peticionada en “Anchorena”, en cambio, sólo procuraba “asegurar” el goce y ejercicio efectivo y “provisorio” del derecho alimentario de los accionantes hasta el dictado del pronunciamiento definitivo, no una declaración fondal de certeza sobre el mismo (cometido exclusivo y excluyente de la sentencia que pone fin al proceso), por lo que sin riesgo de incurrir en una evidente falacia y en un grave error jurídico, jamás podría predicarse que existiera identidad de objetos entre una petición cautelar “asegurativa” y una pretensión sustancial “declarativa” de derechos (C.P.C.C.N. art. 163 apartado 6°).-
En idéntico sentido ha puntualizado Jorge A. Kielmanovich lo siguiente: “Para nosotros, la pretensión cautelar es también autónoma en el sentido de que ésta no se confunde con la que constituye la pretensión objeto del proceso contencioso o con la petición que constituye el objeto del proceso extracontencioso, tal como lo demuestra, precisamente, su procedencia en o

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version
UNREGISTERED
Created by Unregistered Version
UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

para causas extracontenciosas, en las que, como en el proceso sucesorio, no media un conflicto intersubjetivo, sino que dichas medidas se adoptan para individualizar y asegurar la conservación […] de todos los bienes que componen el patrimonio del causante…" […] "… no concebimos a la pretensión o acción cautelar como la misma acción o pretensión de fondo deducida en el proceso …" […] "…desde que una y otra pretensión no son jurídicamente idénticas, ya que difieren en la causa y, cuanto menos, en la extensión de su objeto inmediato…" […] "…En resumidas cuentas – concluye este jurista- para nosotros la pretensión cautelar es distinta de la pretensión o petición que se actúa en el proceso." (Jorge L.Kielmanovich, J. A. 1999-IV-1033 y sigs.).-

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

En virtud de lo hasta aquí expuesto, no encuentro óbice alguno para acoger, al menos en lo que al ajuste mensual inmediato de su haber se refiere por el período pretendido, la petición cautelar formulada por el actor, en tanto en cuanto la misma satisface con holgura los presupuestos procesales exigidos para su procedencia.-

En efecto, con relación al presupuesto del "peligro en la demora" ("periculum in mora"), es público y notorio el irrazonable tiempo que insume el proceso previsional y el grave daño que esta demora le propina al derecho de naturaleza alimentario del actor que por mandato constitucional debería preservar durante todo su transcurso. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos – en idéntico sentido - ha dictado una serie de pronunciamientos sancionando a varios países signatarios del Convenio de Roma por no emitir sus sentencias en un plazo razonable (p. ej., caso "Milasi", del 25/06/1987; B.J.C., Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1988-90 p. 1361; Boletín de Jurisprudencia Constitucional).-

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado que: "La defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido, dentro de un plazo razonable, pues la dilación injustificada podría implicar que los derechos pudiesen quedar indefinidamente sin su debida aplicación en grave perjuicio de quienes lo invocan" (C.S.J.N., "Enderle, José C. c/ANSeS", sentencia del 14 de junio de 2001, publ. en J.A. 2002-II-4).-

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

Ahora bien, si la irrazonable demora en el dictado de la sentencia definitiva representa un agravio irreparable al derecho de defensa en juicio en general, no existe duda que dicho menoscabo se magnifica y alcanza su máxima expresión, cuando afecta pretensiones de naturaleza alimentaria, el actor es valetudinario, de edad avanzada, integra un sector socialmente vulnerable, se halla incapacitado, etc. en cuyos supuestos el "periculum in mora" se presume en virtud del principio "venter non patitur dilationem" que autoriza al juez a despachar sin más trámite la providencia cautelar asegurativa del derecho sustancial alimentario en riesgo de sufrir un daño irreparable (C.P.C.C.N. art. 195, 2do. Párrafo; cf. Piero Calamandrei, Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Prólogo de Eduardo J. Couture, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, pág. 45).-

Como bien ha señalado Giuseppe Tarzia :"…La lentitud intolerable del juicio ordinario de cognición constituye un aguijón difícilmente controlable para la proliferación de los proveimientos anticipatorios, básicamente en función de la cautela del sujeto que probablemente tiene la razón. El aguijón es obviamente tanto más fuerte- concluye el gran procesalista italiano- cuanto más sea advertida la relevancia social de la litis, a cuya composición provisoria el juez termina de esta manera por proveer." (cf. Giuseppe Tarzia, "La tutela cautelar", publ. en "Medidas cautelares", Jaime Greif – Coordinador, Ed. Rubinzal Culzoni, 2002, p. 495/6).-

Piero Calamandrei –indiscutido pionero y artífice de la tutela anticipatoria por vía cautelar- ha vaticinado hace más de sesenta años lo que de hogaño representa una tangible realidad a través de las providencias anticipatorias y autosatisfactivas, a saber: "Se puede, ante todo, imaginar que, mientras pende o está por iniciarse el juicio ordinario de cognición sobre una acción de condena dirigida al pago de una suma de dinero todavía no liquidada, el estado de necesidad urgente en que se encuentra el acreedor (porque se trata, supongamos de un crédito de naturaleza alimentaria, frente al cual tiene aplicación el principio "venter non patitur dilationem"), aconseje al juez a reservar de decidir definitivamente, mediante cognición a fondo, la existencia y el monto del crédito ("an debeatur" y "quantum debeatur"), ordenar mientras tanto al demandado, para evitar el peligro de que el actor sucumba en la demora del juicio, el pago inmediato y provisorio de un anticipo, establecido en la medida que, mediante el cálculo de verosimilitud, se pueda prever inferior a la mayor suma que probablemente resultará debida en el juicio definitivo. En tal caso –continúa el eminente jurista florentino- la "provisional" asume indudablemente todos los caracteres de una verdadera providencia cautelar: se pronuncia en vía de urgencia, para evitar los daños que derivarían del retardo de la providencia principal, y en la hipótesis, basada sobre cognición sumaria, de que esta providencia se pronunciara en sentido favorable al actor." (cf. Piero Calamandrei, ob. cit. pág. 105).-

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

La impecable lógica que exhibe el siguiente razonamiento del celebre procesalista peninsular, por lo demás, disipa cualquier halo de duda que pudiera empañar la procedencia de la decisión jurisdiccional anticipatoria en estos supuestos de excepción, y echa suficiente luz sobre sus irrebatibles fundamentos jurídicos, a saber: "Indudablemente puede haber casos en los cuales, entre el daño que podría sufrir el titulado acreedor constreñido a no obtener la satisfacción del crédito hasta el pronunciamiento de la providencia definitiva, y el que podría sufrir el pretendido deudor constreñido a pagar antes de que exista contra él la declaración de certeza de la subsistencia del crédito, el primero se presente a priori como de mayor consideración que el segundo, hasta el extremo de aconsejar una medida cautelar que dé inmediata satisfacción a una parte de la demanda del actor, cuando todavía pende la cognición ordinaria sobre la totalidad de la demanda, y, por lo tanto, sobre la parte de la misma que provisoriamente acoge la medida provisional." (op. cit. pág. 106).-

En total sintonía con lo arriba expresado, el ministro Ricardo L. Lorenzetti señaló en la sentencia "Itzcovich, Mabel c/ANSeS" (Sentencia del 29 de marzo de 2005), lo siguiente: "La calificación constitucional de los ancianos como un grupo particularmente vulnerable, incorpora una regla hermenéutica que no se compadece con la introducción de diferencias que, lejos de protegerlos, desmejoran su posición jurídica." (Considerando 11°) […] "Que en particular, el procedimiento previsional se vincula con personas que, por lo general, han concluido su vida laboral y, en la mayoría de los casos han supeditado su sustento a la efectiva percepción de los haberes que les corresponden por mandato constitucional. En consecuencia, el fin protector de las prestaciones debe ser coherente con una tutela procesal adecuada encaminada a la protección efectiva que todo derecho merece, atenuada en este supuesto en razón de las particularidades de la edad avanzada." (Considerando 12°) […] "Estos principios son recibidos en la Constitución Nacional, al establecer la regla de la

igualdad (art. 16) y justificar la distribución diferenciada a través de medidas de acción positiva destinadas a garantizar la igualdad real de oportunidades y el pleno goce de los derechos reconocidos por la Carta Magna y 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, párrafo 1)" (Considerando 11º).-

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

Con relación al segundo presupuesto que es menester acreditar para la procedencia de la medida cautelar impetrada por el actor –"verosimilitud del derecho" o "fumu boni iuris"- no existe duda que el mismo se halla plenamente satisfecho en autos a través de las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Badaro, Adolfo Valentín c/ANSeS", con fecha 8 de agosto de 2006 y 26 de noviembre de 2007, respectivamente, en las que funda la demanda el accionante.-

En la primer sentencia referida, el Alto Tribunal señaló lo siguiente: "… la ausencia de aumentos en los haberes del demandante no aparece como el fruto de un sistema válido de movilidad, pues la finalidad de la garantía constitucional en juego es acompañar a las prestaciones en el transcurso del tiempo para reforzarlas a medida que decaiga su valor con relación a los salarios de actividad (Fallos: 307:2366). Se sigue de ello que la falta de corrección en una medida que guarde relación con el deterioro sufrido, como acontece en autos, configura un apartamiento del mandato del art. 14 bis de la Constitución Nacional." (Considerando 13º).-

Y seguidamente aclaró que: "… la movilidad no es un reajuste por inflación, como pretende el actor, sino que es una previsión con profundo contenido social referente a la índole sustitutiva de la prestación jubilatoria, para la cual es menester que su cuantía, que puede ser establecida de modo diferente según las épocas, mantenga una proporción razonable con los ingresos de los trabajadores (Fallos: 293:551; 295:674; 297:146; 300:616; 304:180; 305:611, 770, 953; 308:1848 y 310:2212)." (Considerando 14º). A tales efectos exhortó al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación a que en un "plazo razonable" adopten las medidas a las que se alude en los considerandos precedentes.-

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

Como las respuestas de los poderes exhortados no satisficieron al Alto Tribunal de la Nación (Decreto 1346/07 y Ley 26.198, art. 45) [La Corte señaló al respecto que: "…aunque los aumentos fijados evidencian una favorable relación con las correcciones salariales producidas durante el corriente año, no pueden ser interpretados como que responden al cumplimiento del deber impuesto por la sentencia del Tribunal, que puso el acento en el deterioro de las prestaciones jubilatorias durante los años 2002 a 2006…": v. Considerando 22º], declaró sin más la inconstitucionalidad del art. 7 inc. 2 de la ley 24.463, dispuso que la prestación del actor se ajuste, a partir del 1º de enero de 2002 y hasta el 31 de diciembre de 2006, según las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos y ordenó a la ANSeS que abone el nuevo haber y las retroactividades que surjan de la liquidación, en el plazo previsto por el art. 2 de la ley 26.153, con más los intereses a la tasa pasiva según el precedente Fallos: 327:3721 ("Spitale").-

Esta concluyente doctrina del Tribunal Cimero sobrepuja con holgura la exigua exigencia de "verosimilitud" para el despacho favorable de la medida cautelar solicitada, si, como bien señala Lino E. Palacio, sólo resulta suficiente para ello: "… la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor, en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal se declarará la certeza de ese derecho." (v. Derecho Procesal, Ed. Abeledo Perrot, T. VIII pág. 32).-

Qué duda puede caber sobre el resultado probable del juicio por reajuste de haberes iniciado por el demandante –a estar al aludido "cálculo de probabilidades" del que hablan Lino E. Palacio y Piero Calamandrei- cuando la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puntualizado lo siguiente en torno a los efectos jurídicos e institucionales de sus sentencias:"Este Tribunal ha señalado reiteradamente el deber que tienen las instancias ordinarias de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060; 319:699; 321:2294), que se sustenta tanto en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (Fallos: 25:364; 212:51 y 160; 256:208; 303:1769; 311:1644 y 2004; 318: 2103; 320: 1660; 321:3201 y sus citas)". Y también que : "La interpretación de la Constitución Nacional por parte de la Corte Suprema, tiene autoridad definitiva para toda la República. Ello impone el reconocimiento de la superior autoridad de que está institucionalmente investida" (Fallos 212:51; 245:28).

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

El despacho favorable de la medida cautelar solicitada por el actor, por lo demás, no sólo se funda –como quedó dicho recién- en el estricto cumplimiento de los presupuestos procesales aludidos, sino que también entraña una respuesta lógica y honesta de la justicia comprometida con la "ética de los vulnerables" –según la significativa expresión del ministro Ricardo L. Lorenzetti- a la grave situación de colapso que aflige al fuero federal de la seguridad social en todas sus instancias, como derivación del pertinaz incumplimiento por parte de la Administración Nacional de la Seguridad Social (A.N.S.E.S.), de la actualización de los haberes de los jubilados por el período 2002 a 2006, ordenada por el Alto Tribunal de la Nación en la causa "Badaro, Adolfo Valentín c/A.N.S.E.S. (sentencia del 26 de noviembre de 2007; v. C.N. art. 75 inc. 23), que este organismo no puede desconocer –sin incurrir en las graves inconductas que reprocha el art. 45 del C.P.C.C.N.- en su calidad de única parte demandada en todos los juicios previsionales (v. gr. desde el 2 de febrero de 2009 hasta el 31 de agosto de 2009, se sortearon y asignaron a los juzgados de primera instancia 63.065 demandas y se extendieron 30.804 poderes para el inicio de nuevos juicios).-

Ello es así, pues la aludida saturación del fuero de la seguridad social sería fácilmente contrarrestable o revertible a través de la "medida de acción positiva" que se impetra en autos (C.N. art. 75 inc. 23), pues todo conduce a presumir que el goce efectivo y provisorio de la garantía constitucional que obtendría el actor por vía cautelar tornaría probablemente innecesaria la prosecución del proceso principal –o lo reduciría sustancialmente- frente a la categórica doctrina "Badaro" que presagia con razonable certeza el resultado final de esta causa.-

La gravedad institucional que encierra este colapso (que ha ocupado la primera plana de diversos medios de circulación masiva del país: v. diario La Nación del 17/10/2008, 08/12/2008 02/01/2009, 06/06/09, 26/07/09, entre otros ; "idem": Diario Clarín del 24/10/2008, 10/11/2008 , 10/02/09, entre otros; editoriales del diario La Nación del 18/08/09 titulada "Un

país sin justicia" y del 15/09/2009 titulada: "Jubilados cada vez más indefensos" , etc.), ha obligado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a disponer tres feriados judiciales para que la Mesa General de Entradas de la Cámara pudiera ponerse al día en el sorteo y asignación de alrededor de 15.000 demandas que se habían acumulado por este motivo (v. C.S.J.N. Resoluciones N° 2170/08 del 29 de septiembre de 2008, N° 3566/08 del 30 de diciembre de 2008, y N° 938/09 del 30 de abril de 2009). Sin embargo, este loable propósito no pudo lograrse pese al esfuerzo del personal afectado a esa tarea, pues en la actualidad alrededor de 10.000 demandas todavía aguardan el sorteo correspondiente para el inicio del proceso (demora que data del mes de abril del corriente año).-

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

Sentado lo anterior, el último extremo que resta analizar es el vinculado al presupuesto de la contracautela, también requerido por la ley ritual para la procedencia de la medida solicitada.-

El actor peticiona en la demanda ser eximido de este recaudo en virtud de carecer de medios económicos para afrontar los costos del presente juicio. No obstante lo cual, ofrece caución juratoria en los términos del art. 199 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.-

Si bien el Alto Tribunal de la Nación ha expresado que la contracautela "debe ser, en principio, y salvo supuestos excepcionales, de carácter real o personal y no simplemente juratoria, con la finalidad de garantizar debidamente los eventuales derechos de aquél contra quien se traba la medida" (cfr. C.S.J.N., "Distribuidora Química S.A. c/Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables, sentencia del 19 de mayo de 1997), lo cierto es que en el sub examine no encuentro óbice para admitir la procedencia de la caución ofrecida por la actora, en función de la fuerte verosimilitud del derecho invocado en la demanda (cf. Lino E. Palacio, Derecho Procesal Civil, T. VIII, Procesos cautelares y voluntarios, Ed. Abeledo Perrot, imp. 1985, pág. 39 y abundante jurisprudencia citada en la nota n° 56).

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

Por otra parte, esta Sala ha señalado en un precedente análogo al de autos lo siguiente: "La naturaleza alimentaria de la pretensión objeto del proceso constituye el ápice sobre el cual confluyen los componentes de la reflexión jurídica en el presente caso, como también el criterio hermenéutico que debe aplicarse, en orden al cual –y a partir de la señalada prosapia alimentaria de la materia en disputa- deviene razonable y oportuno sustentar la solución en el principio tutelar contenido en el art. 376 del Código Civil sobre el crédito por alimentos (exención de contracautela, fianza o caución y efecto devolutivo del recurso de apelación interpuesto contra la resolución que ordenara el pago de los alimentos provisorios), con sujeción al cual la doctrina ha coincidido en que las sumas efectivamente percibidas en concepto de alimentos provisorios serán irrepetibles, salvo en supuestos de dolo comprobado." (v. Jorge Joaquín Llambías, Código Civil Anotado, Doctrina-Jurisprudencia, Ed. Abeledo Perrot, T. I, pág. 1.112, parágrafo 3º) (v. C.F.S.S., Sala II, "Peter Adolfo c/ANSeS s/medidas cautelares", resolución interlocutoria del 8 de febrero de 2001, entre otras).-

En idéntico sentido me he pronunciado en los autos "Capa Néstor Fernando c/Anses y otro s/Reajustes Varios" [Fallo en extenso: elDial - AA5827]; Sent. Intrl.n° 72714, del 16/10/2009.-

Por último, no debe perderse de vista que mediante la presente medida cautelar se procura restablecer en su integridad el goce efectivo y provisorio de la garantía constitucional de movilidad que consagra el art.14 bis de la Constitución Nacional , en orden a lo cual el Alto Tribunal de la Nación estableció la siguiente doctrina en su eminente rol de tribunal de garantías y último intérprete de la Constitución Nacional: "Basta la comprobación inmediata de que una garantía constitucional se halla restringida sin orden de autoridad competente y si expresión de causa que justifique la restricción, para que aquélla sea restablecida por los jueces en su integridad, aun en ausencia de ley que la reglamente. Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas en la constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias" (v."Siri, Ángel", Fallos 239:459).-

La trascendencia Jurídica y Social que reviste el presente caso impone la necesidad de garantizar su cumplimiento no sólo a través de la imposición de astreintes, en los términos del art. 666 bis del Código Civil y 37 del C.P.C.C.N., sino también bajo el apercibimiento de dar intervención a la justicia penal para que investigue la eventual comisión de un delito de acción pública si tal incumplimiento llegara a suceder. En tal sentido, propongo encomendar al señor Juez a cargo del Juzgado Federal de Rosario –por intermedio del secretario que corresponda- la notificación de esta resolución en la persona del Sr. Director Ejecutivo de la A.N.Se.S. o del Jefe de la U.D.A.I. Rosario Norte ("ibidem" C.S.J.N., in re "Sosa, Eduardo Emilio c/Provincia de Santa Cruz" [Fallo en extenso: elDial - AA583E], sentencia del 20 de octubre de 2009).-

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

Por las razones expuestas, propongo: I) Revocar la resolución interlocutoria de fs. 36/37 en todo cuanto fue materia de agravios; II) Acoger la medida cautelar innovativa peticionada por el actor en cuanto pretende el ajuste de su haber mensual y rechazarla respecto del pago anticipado del importe retroactivo que eventualmente le correspondiera; III) Ordenar a la Administración Nacional de la Seguridad Social a que dentro del mes siguiente a la recepción de los presentes actuados por parte del juez de grado, adecue el haber jubilatorio del actor hasta alcanzar el incremento establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Badaro, Adolfo Valentín c/ANSeS s/reajustes varios", (Sentencia del 26 de noviembre de 2007), hasta tanto la sentencia definitiva que oportunamente se dictará, pase en autoridad de cosa juzgada, bajo apercibimiento de imponerle astreintes y de dar intervención a la justicia penal para que investigue la eventual comisión de un delito de acción pública, en caso de incumplimiento; IV) Encomendar al Juez a cargo del Juzgado Federal de Rosario –por intermedio del secretario que corresponda- la notificación de esta resolución en la persona del Sr. Director Ejecutivo de la A.N.Se.S. o del Jefe de la U.D.A.I. Rosario Norte; V) Disponer que previo a la efectivización de la medida, el actor deberá prestar caución juratoria ante el juzgado de origen; VI) Sin costas de alzada

EL DOCTOR EMILIO LISANDRO FERNANDEZ DIJO:

La viabilidad de las medidas precautorias se encuentra supeditada a que se demuestre tanto la verosimilitud del derecho invocado como el peligro en la demora (art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Por consiguiente, aquellas que tengan en mira alterar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, en la medida que configuran un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, ameritan máxima prudencia al apreciar los recaudos que hacen a su admisibilidad.-

La cautelar pretendida se incluye en una demanda de reajuste que involucra diversos aspectos en torno del haber previsional del titular. La procedencia o no de todos los temas sometidos a litigio, ha de ponderarse a lo largo del proceso,

por lo que he de acotar mi decisión a determinar si el reconocimiento de la aplicación del precedente Badaro, implica, en realidad, un adelantamiento de la decisión final, por lo menos en parte, y de ser ello así, si se justifica tal decisión.-
Como es sabido, y lo manifiesta reiteradamente el Tribunal Cimero "La finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido. Ello es lo que permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda relación jurídica, pues si estuviese obligado a extenderse en consideraciones al respecto, peligraría la carga que pesa sobre él de no prejuzgar" (CSJN, "Municipalidad de San Luis c/San Luis, Provincia de s/acción declarativa de certeza", sent. del 11/07/2007; Fallos 330:3126).-
La pretensión, como se ha dicho, consiste en la aplicación de un precedente del Superior Tribunal de la Nación, cuya imperatividad ha sido ampliamente receptada en las causas en que se debaten reajustes previsionales, e incluso ANSES es consciente en la futilidad de su resistencia, en no pocas ocasiones, dado que no apela o directamente desiste del recurso, en causas en las que ese precedente es aplicado. Es importante destacar en este sentido, lo dispuesto por la Resolución N° 955/2008, cuyo artículo 7° dispone expresamente: "Autorízase a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) a consentir las movilidades dispuestas por las sentencias, con ajuste a la doctrina sentada por el Superior Tribunal en el precedente B. 675 XLI" Badaro, Adolfo Valentín c/ Anses S/ reajustes varios".-
Es indiscutida, pues, la autoridad de este fallo, y la consistencia de los argumentos que lo fundamentan en cuanto a la situación económica social y los beneficios previsionales.-
No es ocioso reiterar lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en torno de la operatividad de dicho precedente: "La Constitución Nacional ha reconocido el derecho a la movilidad no como un enunciado vacío que el legislador puede llenar de cualquier modo, sino que debe obrar con el objeto de darle toda su plenitud, que no es otra que la de asegurar a los beneficiarios el mantenimiento de un nivel de vida acorde con la posición que tuvieron durante sus años de trabajo -Del precedente "Badaro", al que remitió la Corte Suprema-" (CSJN XLIII; RHE "Rey, Juan c/Administración Nacional de la Seguridad Social" sent. del 28/05/2008).-
"Las objeciones respecto a la omisión del Congreso de dictar normas que fijen un método de movilidad suscitan cuestión federal ya que el propio Tribunal, a la luz de los cambios económicos que se fueron operando en el país desde el año 2002, revisó la doctrina elaborada en al causa "Heit Rupp" y se pronunció sobre el fondo de asunto en la causa "Badaro"(CSJN C. 1318. XLIII; RHE "Carutti, Myriam Guadalupe s/Administración Nacional de la Seguridad Social" 19/02/2008).-
Un argumento a contrario, que conlleve a la no aplicación del caso Badaro, como pauta de reajuste en el acotado período de tiempo que involucra, no parece probable, a priori, sobre todo si una visión general de las actuaciones pone en evidencia la existencia de los elementos indispensable para su concesión, beneficio previsional y su devengamiento durante el lapso que señala el precedente. Tanto más si, la propia Corte, ha destacado que el reconocimiento de este ajuste, queda subordinado a los descuentos de los incrementos que pudieran haberse otorgado.-
"Corresponde declarar admisible el recurso extraordinario y disponer que la movilidad por el lapso indicado en el fallo "Badaro" se practique de conformidad con el índice allí fijado, salvo que los incrementos dispuestos por los decretos del Poder Ejecutivo durante igual período arrojasen una prestación superior, en cuyo caso deberá estarse a su resultado" (CSJN R. 1179. XXXIX; ROR "Rataus, Mario c/ANSeS s/reajustes varios", sent. del 08/07/2008, Fallos: 331:1620; en igual sentido, V. 108. XLIII; RHE "Velázquez, José María c/Administración Nacional de la Seguridad Social", sent. del 22/07/2008, Fallos: 331:1672).-
Ello así, no cabe duda, a mi ver, de la verosimilitud del derecho invocado.-
Resta determinar si, para otorgar ese ajuste, es necesario aguardar el dictado de la sentencia definitiva, o bien es factible su adelantamiento mediante la cautelar solicitada.-
En concreto, cuál es el peligro en la demora, que habilitaría junto con aquel, a dicho reconocimiento de la cautelar peticionada.-
El peligro en la demora ha sido definido por nuestro Tribunal Cimero en numerosos fallos: "El examen de la concurrencia del peligro irreparable en la demora exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que pudieran llegar a producir los hechos que se pretende evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso" (CSJN N. 308. XLI; ORI "Neuquén, Provincia del c/Estado Nacional (Ministerio del Interior) s/medida cautelar —incidente sobre medida cautelar— IN1", sent. del 26/09/2006, Fallos: 329:4161).-
Ahora bien, en materia previsional, esa realidad comprometida se encuentra definida por la propia Constitucional Nacional, y los Tratados Internacionales que han sido a ella incorporados.-
"Los tratados internacionales vigentes, lejos de limitar o condicionar los principios básicos de interpretación acerca de la naturaleza sustitutiva que tienen las prestaciones previsionales, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos, compromiso que debe ser inscripto, además, dentro de las amplias facultades legislativas otorgadas por el art. 75, inc. 23, de la Ley Fundamental, reformada en 1994, con el fin de promover mediante acciones positivas el ejercicio y goce de los derechos fundamentales reconocidos, en particular, a los ancianos" (L.L. 20-05-05, nro. 108.934, con notas. L.L. 24-05-05, nro. 108.943, nota al fallo. L.L. 01-06-05, nro. 108.980, nota al fallo. E.D. 02-06-05, nro 53.383. S. 2758. XXXVIII. "Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios", sent. del 17/05/2005, Fallos: 328:1602).-
La protección ineludible a la ancianidad, (C.N. art. 75 inc. 23) conlleva necesariamente a que la misma sea oportuna. La exigencia de una justicia efectiva y rápida, principio elemental de toda materia sometida a litigio, cobra especial relevancia en el caso de los pasivos, donde el transcurso del tiempo es un factor trascendente y constituye un elemento esencial de la decisión judicial. De nada sirve el ajuste de un haber previsional, cuando ya no exista quien habrá de recibirlo.-
No obstante la naturaleza alimentaria de los temas que se debaten, la magnitud de la litigiosidad en esta materia, que por su

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version
UNREGISTERED
Created by Unregistered Version
UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

notoriedad hace innecesaria su reiteración, la secuencia necesaria que han de seguir los procesos incoados, sumado ello a la actitud no pocas veces dilatoria del organismo previsional para cumplir con la manda judicial, en casos dirimidos de larga data, llevan necesariamente a la conclusión de que, aguardar una sentencia definitiva y su ejecución, no será trámite rápido ni fácil para el accionante.-

UNREGISTERED

Se ha sostenido que el peligro en la demora como aval para la concesión de la medida cautelar debe existir en forma fehaciente, juzgado de acuerdo a un criterio objetivo o derivar de hechos que puedan ser apreciados incluso por terceros.

Created by Unregistered Version

En el específico marco de humanidad en que se inserta la acción judicial de naturaleza alimentaria el peligro en la demora no es material, sino vital, es la vida misma del actor que se apaga frente a la penuria que es sortear el laberinto procesal a que lo somete el Estado. No tengo duda que ante la íntima evidencia de un derecho, que se envilece en su poder de compra, el peligro en la demora, se deriva de la propia naturaleza humana .Por lo tanto, aun cuando pudiera objetarse la cautelar, desde una perspectiva procesal ortodoxa enraizada en los abstractos fines de la precaución, a mi ver, existe un bien jurídico mayor a resguardar por sobre la mera formalidad, que no es otro que un deber moral que legitima a un orden justo en cuanto rescata a la dignidad del hombre como objeto del derecho y también existe un deber ético del ejercicio judicial que como magistrado no puedo desconocer, frente un requerimiento de naturaleza alimentaria.-

En consecuencia, no observo cuál puede ser el impedimento legal de autorizar el ajuste que propicia el precedente Badaro al actor, por la vía cautelar, en tanto la aplicación de esta doctrina judicial no hará más que permitir una adecuación del beneficio a parámetros equitativos y pacíficamente aceptados. Máxime que, como se ha dicho, nada impide el descuento de los incrementos dispuestos por los decretos del Poder Ejecutivo, durante el lapso comprendido entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006, si arrojasen una prestación superior, en cuyo caso deberá estarse a su resultado.-

UNREGISTERED

Lo dispuesto comprende únicamente el ajuste del haber para su cobro mensual futuro y no genera el derecho a reclamar monto retroactivo alguno, quedando las sumas que se otorgan en razón del presente, a cuenta de lo adeudado, según la decisión final de la causa. Esto sólo desvanece el planteo que hacer lugar a la cautelar pedida, significaría un adelanto de la jurisdicción sobre el fondo.-

Created by Unregistered Version

Para el supuesto de que por sentencia definitiva, en lo principal se resolviera a contrario de lo señalado, ANSES queda autorizada a efectuar los descuentos de los importes que se hayan otorgado en más a raíz de la aplicación del caso Badaro,

En razón de lo precedentemente señalado, y el carácter alimentario de la prestación, considero que se debe imponer como contracautela, caución juratoria, la que deberá ser prestada ante el magistrado interviniente una vez firme la decisión de la alzada, y dentro de los quince días de ser devueltas las actuaciones al juzgado de origen.-

Por lo expuesto, adhiero a la solución propiciada en el voto que antecede.-

LA DOCTORA NORA CARMEN DORADO DIJO:

Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de apelación deducido por la parte actora contra la resolución de fs. 36/37.-

En autos la parte actora cuestiona el rechazo de la medida cautelar decidida por el Sr. Juez “a quo” a tenor del escrito obrante a fs. 42/45.-

Los agravios vertidos se centran en que lo peticionado en autos como medida cautelar no es un reajuste de haberes sino únicamente se peticiona que se mantenga el poder adquisitivo (valor real) de la prestación otorgada por el órgano administrativo. Expresa el apelante que existe una situación de hecho (inflación) que está modificando los alcances de un derecho adquirido, por ello solicita a partir de la cautelar impetrada que se respete la cuantía real del beneficio oportunamente otorgado a través de la aplicación de índices publicados en el boletín oficial. Argumenta asimismo que su parte invocó ilustrativamente “Badaro” y “Cirillo”, como para establecer el criterio del Superior, no como equivocadamente se considera que se le quiere dar efecto erga omnes. Diezmar mes a mes, por efecto de la inflación los ingresos del actor de forma tal que resulte afectada la calidad de vida, de manera irreparable convierten en ilusoria toda pretensión sujeta al final de la causa. También refiere el apelante que la edad del titular y el carácter alimentario de los derechos en juego tornan imperiosa la concesión de la cautelar solicitada. Por último y haciendo referencia a la arbitrariedad de ANSES cuestiona que el referido organismo denegara el reajuste de su haber previsional con un mero formulario sin siquiera tener el expediente en esa dependencia al momento de resolver, configurándose una clara, manifiesta y llana arbitrariedad.-

UNREGISTERED

Ahora bien, en nuestro derecho positivo, las medidas cautelares no son otra cosa que una garantía jurisdiccional de la persona o los bienes para tornar eficaces los pronunciamientos de los Magistrados, lo que explica que sean tres los presupuestos básicos requeridos para su procedencia: a)verosimilitud del derecho invocado como fundamento de la pretensión perseguida, o sea la probabilidad de que el derecho exista como cierto, lo que ha dado pie al brocárdico latino “fumus boni iuris” (humo de buen derecho). Al decir del Dr. Falcón, la verosimilitud importa que, prima facie, en forma manifiesta aparezca esa probabilidad de vencer, o que la misma se demuestre mediante un procedimiento probatorio meramente informativo. Se comprobará analizando los hechos referidos y la documentación acompañada, b) que exista peligro en la demora, es decir, que el derecho que se va a reclamar se pierda, se deteriore, o sufra un menoscabo durante la sustanciación del proceso –periculum in mora- y c) que el sujeto activo de la medida otorgue contracautela, a fin de responder por los daños patrimoniales que una medida de tal importancia pueda causar (conf. crit. Falcón Enrique M. “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación” T° II p. 234 y cc; Fenochietto, Carlos Eduardo y Arazi, Roland “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación T° I p.664 y cc; Palacio, Lino E. “Manual del Derecho Procesal Civil” p. 772 y sgtes; Couture, Eduardo J. “Fundamentos del Derecho Procesal Civil” p. 320).-

Created by Unregistered Version

En el caso de autos no encuentro configurada la verosimilitud del derecho que se invoca.-

Ello es así pues el único elemento probatorio incorporado a la causa lo constituye una fotocopia simple de constancia de pago, a través del Banco Macro SA, del haber previsional correspondiente a mayo de 2.008 por un total de $840,36, junto con un reclamo de reajuste y su denegatoria. Coincido con lo expresado con el titular de autos en cuanto a lo exiguo del haber de pasividad que se le abona pero no encuentro elemento probatorio, ni ofrecimiento del mismo que conduzca a la aplicación de algún índice a efectos de mejorar su haber. Más aun si se tienen presentes los términos de la expresión de

agravios donde en forma expresa cuestiona al Magistrado anterior en grado argumentando que su parte solo invocó ilustrativamente los fallos Badaro y Cirillo, como para establecer el criterio del Superior.-
Con respecto al segundo de los requisitos exigidos por la doctrina para la adopción de una medida cautelar, entiendo que tampoco habría peligro en la demora por cuanto el peticionante goza de un beneficio previsional, es decir, no se encuentra marginado del sistema y lo que se discute en verdad es el "quantum" o magnitud económica de su derecho, extremo que requerirá también de elementos probatorios, que no obran en la causa. Entiendo prudente destacar que el propio apelante cuestiona el accionar de Anses precisamente porque resolvió la causa sin siquiera requerir las actuaciones administrativas (ver fs. 44 vta.).-
Debe señalarse que la viabilidad de las medidas cautelares se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora y que, dentro de aquéllas, la innovativa –como la solicitada en autos- es una decisión de carácter excepcional toda vez que altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto de la decisión final que recaiga en la causa, lo cual justifica una mayor prudencia y exigencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (Confr. Fallos: 316:1833; 319:1069).-
Considero pues, que de acuerdo a lo resuelto por la Corte Suprema en Fallos 324:291, no se satisface el primer requisito de las cautelares, es decir, el "fomus bonis iuris", dentro de reducido marco cognoscitivo de dichas medidas.-
Por lo demás, enmarcar una solicitud de reajuste dentro de este peculiar esquema, vulneraría – a mi juicio y salvo la existencia de prueba concluyente, lo cual no encuentro aquí acreditado- elementales reglas del debido proceso adjetivo, que tienen jerarquía constitucional.-
Cabe recordar que dichas reglas benefician no sólo al actor dentro del proceso judicial, sino también al demandado, y constituyen garantías que fluyen -para ambas partes contendientes (arg. art. 15, ley 24.463)- del art. 18 de la Constitución Nacional.-
Es apropiado recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación al pronunciarse en la causa "Itzcovich c/ANSES" sent. del 29/03/05 dejó sin sustento constitucional el recurso ordinario de apelación ante el Superior, en materia previsional, simplificando los trámites referentes a este tipo de causa e intentando conciliar los principios de seguridad y celeridad sin que resulte, a mi juicio, conveniente innovar en la materia mediante medidas precautorias, como la peticionada en autos.-
En el caso que nos ocupa el titular persigue la implementación de un mecanismo que permita mantener el poder adquisitivo de su haber de pasividad que, precisamente, no es un ajuste por inflación sino, al decir del Supremo Tribunal, una previsión con profundo contenido social referente a la índole sustitutiva de la prestación jubilatoria, para la cual es menester que su cuantía que puede ser establecida de modo diferente según las épocas, mantenga una proporción razonable con los ingresos de los trabajadores (Fallos 293:551; 295:674; 297:146; 304:616; 304:180; 305:611, 770, 953; 308:1848 y 310:2212), conforme argumentos expresados por el Superior in re "Badaro, Adolfo Valentín c/Anses s/Reajustes Varios" sent. del 08/08/06, pero ello no implica que resulte apropiado que el Tribunal fije sin más la movilidad que cabe reconocer en la causa, pues la trascendencia de esa resolución y las actuales condiciones económicas requieren de una evaluación cuidadosa y medidas de alcance general y armónica debido a la complejidad de la gestión del gasto público y las múltiples necesidades que está destinado a satisfacer.-
En idéntica línea de pensamiento la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictado la Acordada N° 36 del 9 de septiembre del corriente año en virtud de la cual se dispone la creación, en el ámbito de la Secretaría General de Administración, de una "Unidad de Análisis Económico". A lo largo de su articulado refiere que establecerá en los casos concretos los alcances jurídicos de normas que aludan a "….jubilaciones y pensiones…." (art. 2) . Comentando dicha disposición, el Prof. Dr. Walter Carnota expresó: "…Las decisiones que adopta el Tribunal en estas materias tienen influencia en el desenvolvimiento económico del país, que debe ser adecuadamente ponderado, como también lo debe ser el estudio de los indicadores a la hora de medir la trascendencia de una sentencia….Cuanta más información –económica, consecuencialista, comparativa- dispongan los jueces de la Corte, estarán mejor posicionados para poder realizar el derecho sobre bases firmes y no sobre quimeras…" (ver citado autor "El Dial.com.ar-DC11C3).-
Correspondiéndose con esta temática el Prof. Dr. Juan Vicente Sola sostiene: "… la Acordada 36/09 constituye una de las reformas más importantes en la decisión judicial. La unidad de análisis económico deberá realizar estudios positivos y normativos, tanto micro como macro económicos, y también una adecuada valoración de las consecuencias, como de los medios elegidos para cumplirlas. A través del análisis de costo beneficio otorgará a los jueces la información necesaria para dar contenido al control de razonabilidad. Interpreta el mandato constitucional de manera que las sentencias futuras se dicten en un marco de información adecuado. El análisis económico del derecho supone el estudio de las consecuencias de las normas jurídicas ya sean leyes, reglamentos o sentencias. … Podría definirse en términos muy generales el análisis económico del derecho como "tomarse las consecuencias seriamente", según la expresión elocuente de Robert Cooter. Esta idea coincide con la "ética de la responsabilidad" de Max Weber. La importancia del análisis de las consecuencias de los actos jurídicos es claramente reconocida en los considerandos de la Acordada "…no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma" (Fallos: 302:1284). La Corte menciona el "juicio de ponderación que debe realizarse entre el objetivo buscado y los medios elegidos para cumplirlo…" (LL, publicación del 25-9-09, pág. 1 a 4 inclusive).- (Lo destacado me pertenece).-
El Juez debe ser cauto y prudente en esta materia más que en ninguna otra, tratando de no estimular la aventura por la presión que ejerce la traba de la medida (Confr. Roland Arazi, Derecho Procesal Civil y Comercial, Parte General y Especial Segunda Edición Ampliada, Ed. Astrea,pág. 557, pto.429)
Es conveniente recordar que en numerosas ocasiones ha expresado el Supremo Tribunal que los cambios en las circunstancias pueden hacer que la solución legal, correcta en un comienzo, se torne irrazonable y cuando ello sucede el cumplimiento de la garantía en juego atañe también a los restantes poderes públicos que deberán hacer prevalecer el espíritu protector que anima a dicho precepto, dentro del marco que exigen las diversas formas de justicia (Fallos 301:319;

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version
UNREGISTERED
Created by Unregistered Version
UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

310:2212 y causa “Vizzotti, Carlos Alberto c/Amsa SA s/Despido” sent. del 14/09/04).-
Corresponde agregar que el legislador dispuso un molde procesal específico, normado por el citado art. 15 de la ley 24.463 y normas subsiguientes, del que no cabe prescindir por parte de los jueces salvo que medie expresa declaración de inconstitucionalidad. Sucede que el sistema de garantías constitucionales está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos; de ahí que lo esencial es que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según la ley, respetando las limitaciones formales- sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo, pero sin olvidar también que en las formas se realizan las esencias.- (Fallos 315:106).-
Ensanchar el obrar jurisdiccional por medio de cautelares en materia de adecuación de haberes, implicaría “prima facie” extender la actividad de los magistrados judiciales más allá de lo previsto por el legislador, creando una suerte de “jurisdicción de equidad” que vulneraría elementales pautas de seguridad jurídica.-
En esta línea, la cautelar innovativa configura así la llamada “tutela anticipada”, cuya finalidad estriba no en asegurar el objeto del proceso o la eficacia de la sentencia, función típicamente cautelar, sino en adelantar total o parcialmente la pretensión contenida en la demanda cuando de la satisfacción de tal pretensión urgente deriva un perjuicio irreparable.- (Gozaíni Osvaldo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado”, Buenos Aires, LL, T I, pág. 564).-
En la medida en que el ordenamiento jurídico ofrezca mecanismos procesales para resolver la contienda, estimo que no se puede argumentar la existencia de un daño sin reparación ulterior, sino de pretensiones procesales que exigen su alegación y demostración en juicio.-
Por último, y con referencia a la tercera exigencia legal que se impone para la procedencia de una medida cautelar, salvo la juratoria, no podría exigírsele al peticionante ningún tipo de contracautela de orden patrimonial (es más así lo manifiesta a fs. 29vta./30) lo que torna inconveniente un anticipo de jurisdicción en causas como la sometida a estudio.-
En igual sentido, me he expedido en in re: “Capa Nestor Fernando c/Anses y otro s/Reajustes Varios” [Fallo en extenso: elDial - AA5827], Sent. Interl. N° 72714, del 16/10/2009.-
Por lo expuesto entiendo corresponde el rechazo de la medida cautelar peticionada.-
Así lo voto.-
Por todo lo expuesto y a mérito de lo que resulta del voto de la mayoría, el Tribunal RESUELVE: I) Revocar la resolución interlocutoria de fs. 36/37 en todo cuanto fue materia de agravios; II) Acoger la medida cautelar innovativa peticionada por el actor en cuanto pretende el ajuste de su haber mensual y rechazarla respecto del pago anticipado del importe retroactivo que eventualmente le correspondiera; III) Ordenar a la Administración Nacional de la Seguridad Social a que dentro del mes siguiente a la recepción de los presentes actuados por parte del juez de grado, adecue el haber jubilatorio del actor hasta alcanzar el incremento establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Badaro, Adolfo Valentín c/A.N.S.E.S.” [Fallo en extenso: elDial - AA 435C], (Sentencia del 26 de noviembre de 2007), hasta tanto la sentencia definitiva que oportunamente se dictará, pase en autoridad de cosa juzgada, bajo apercibimiento de imponerle astreintes y de dar intervención a la justicia penal para que investigue la eventual comisión de un delito de acción pública, en caso de incumplimiento; IV) Encomendar al Juez a cargo del Juzgado Federal de Rosario –por intermedio del secretario que corresponda- la notificación de esta resolución en la persona del Sr. Director Ejecutivo de la A.N.Se.S. o del Jefe de la U.D.A.I. Rosario Norte; V) Disponer que previo a la efectivización de la medida, el actor deberá prestar caución juratoria ante el juzgado de origen;; VI) Sin costas de alzada.-
Regístrese, notifíquese al actor, remítase al juzgado de origen a los efectos del cumplimiento inmediato de la medida cautelar (C.P.C.C.N., art. 198 párr. 1° y 2°) y oportunamente notifíquese al afectado y al Ministerio Público en los términos – respecto de éste último- del art. 135 último párr. del C.P.C.C.N.-
Fdo.: Dr. Emilio Lisandro Fernández – Dra. Nora Carmen Dorado – Dr. Luis René Herrero
Ante mí:
Fdo.: Dra. Amanda Lucia Pawlowski, secretaria de cámara.//-

Citar: elDial - AA5A77

UNREGISTERED
Created by Unregistered Version
UNREGISTERED
Created by Unregistered Version
UNREGISTERED
Created by Unregistered Version

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

Dr. Adrián Rubén Lamacchia.-
Presidente.-