

## Medida De No Innovar

### JURISPRUDENCIA

### Medida de no innovar

En el marco de un juicio de jubilación

por invalidez, se resuelve revocar el proveído apelado, y en consecuencia hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el actor y ordenar que la accionada continúe con el pago del monto adicional correspondiente a la Reparación Histórica, hasta tanto se proceda a la liquidación total que se practique oportunamente en la presente causa. En la Ciudad de Córdoba, a 8 días del mes de octubre del año dos mil dieciocho, reunida en Acuerdo la Sala ?A? de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones en estos autos caratulados: ?PAREDES, INOLFO MARCELO C/ A.N.SE.S. - JUBILACIÓN POR INVALIDEZ? (Expte. N° 33170100/2011/CA1), venidos a conocimiento y decisión del Tribunal en virtud del recurso de apelación subsidiario articulado por la parte actora, en contra del proveído de fecha 8 de junio de 2018, dictado por el Juzgado Federal N° 3 de Córdoba, obrante a fs. 173/vta., en el que dispuso rechazar la medida de no innovar solicitada por el accionante. Puestos los autos a resolución de la Sala los señores Jueces emiten sus votos en el orden en el cual han sido sorteados y que es el siguiente: EDUARDO AVALOS -GRACIELA S. MONTESI - IGNACIO M. VELEZ FUNES.- El señor Juez de Cámara, doctor Eduardo Ávalos, dijo: I.- Surge de lo actuado que el señor Inolfo Marcelo Paredes entabló demanda en contra de la A.N.SE.S, a fin de obtener el carácter definitivo del Retiro por Invalidez del cual es titular y el reajuste de su haber mensual (ver escrito inicial de fs. 1/10vta.). Encontrándose en trámite las actuaciones, el accionante compareció al Tribunal y solicitó medida cautelar de no innovar (ver escrito de fs. 165/169vta.). En aquella oportunidad manifestó que al demandar solicitó la aplicación de los precedentes jurisprudenciales del Máximo Tribunal referidos al reajuste de haberes previsionales, y que en el transcurso del juicio la demandada comenzó a abonarle en concepto de ?Haber por Reparación Histórica? implicando un aumento de más del 60% en el monto total, el que sin llegar al haber que solicita en autos, implica para él una mejora sustancial a los fines de la cobertura de sus necesidades básicas. Asimismo agregó que la accionada lo coloca en una situación de conflicto en la que tiene que ?optar? por: 1) Percibir la mejora por Reparación Histórica y renunciar a la presente acción, con la pérdida implícita de parte del haber mensual que por derecho le corresponde y del total de las diferencias de haberes retroactivas; o 2) Rechazar la oferta de Reparación Histórica, lo que conlleva a dejar de abonarle el suplemento y continuar con el juicio adelante. Señaló que ambas situaciones le generan un gravamen irreparable en el tiempo y más aún si se tiene en consideración la naturaleza alimentaria de los haberes previsionales. El Juzgador con fecha 8 de junio de 2018 (fs. 173/vta.) resolvió rechazar la medida de no innovar peticionada. Para así resolver, tuvo en cuenta que de acuerdo a la legislación vigente se desprende que la aplicación del Programa de Reparación Histórica debe realizarse de manera voluntaria, dándole la opción al beneficiario de continuar con el juicio anterior o acogerse al acuerdo de reparación histórica, motivo por el cual, consideró que no se configuraba en el caso de autos, la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, toda vez que existen recursos jurídicos al alcance del accionante a fin de mantener los reajustes anticipados que está percibiendo o continuar con el juicio en trámite. Agregó asimismo que permitir el otorgamiento de los reajustes anticipados previstos en la ley 27.260 y sus normas complementarias de forma cautelar, a beneficiarios que no aceptan la propuesta de los acuerdos, conllevaría a elevar en forma incommensurable la litigiosidad existente, contradiciendo el espíritu de la ley y provocando una situación de desigualdad con aquellos beneficiarios que voluntariamente aceptaron la celebración de los acuerdos. En contra de esta decisión el actor expresa agravios en el escrito de fs. 174/176vta.. Cuestiona la decisión del Sentenciante de considerar que no se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho invocado, no obstante la copiosa jurisprudencia del Alto Tribunal que permite una resolución a favor de sus intereses, como así tampoco que no se encuentra verificado el peligro en la demora a pesar de tener 77 años de edad y un delicado estado de salud. Asimismo, afirma que es la propia demandada la que avasalla sus derechos al ofrecerle seguir abonando el plus adicional previa opción de desistir de la acción entablada. Sostiene que en el caso de autos se dan todos los requisitos de admisión, formales y sustanciales para la procedencia de la medida peticionada, citando jurisprudencia en apoyo a su postura a cuya lectura se remite en honor a la brevedad. Corrido el traslado de ley, la demandada lo contestó a fs. 181/188, solicitando por los argumentos que allí expone el rechazo de la impugnación deducida, con costas. Remitidas las actuaciones a este Tribunal se requirió a la accionada el informe previsto en el artículo 4° de la Ley 26.854 y notificada del requerimiento dicha parte no efectuó presentación alguna (fs. 194/vta.), quedando la causa en estado de ser resuelta. II.- De los agravios reseñados previamente, surge que la cuestión a resolver por este Tribunal se circunscribe a determinar la procedencia o no de la medida cautelar de no innovar solicitada por el actor y rechazada por el Juez de grado en el decisorio recurrido. A tales fines, corresponde señalar, que el H. Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 26.854, siendo publicada en el Boletín Oficial el día 30 de Abril de 2.013 y con vigencia a partir del 8 de mayo de ese mismo año (conforme el por entonces artículo 2 del Código Civil). Tratándose de una norma procesal

su aplicación resulta necesariamente objeto de ponderación en la causa. En la especie cabe señalar que el art. 18 de la Ley N° 26.854, establece categóricamente que el C.P.C.C.N. será de aplicación "... al trámite de las medidas cautelares contra el Estado Nacional o sus entes descentralizados..." en cuanto no sean incompatibles con este nuevo régimen legal. Por lo tanto, a la hora de establecer los parámetros de la procedencia de una medida cautelar, contra el Estado Nacional o un ente descentralizado, habrá que acudir a la norma especial; y en lo que fuera pertinente, a las normas del Código Procesal. Dicho esto, dentro del catálogo de medidas cautelares que contiene el nuevo régimen legal, el artículo 14 de la mentada ley, en lo pertinente establece la "Medidas positiva", la cual ante una omisión estatal tiene por objeto imponer la realización de una determinada conducta a la entidad pública demandada, y solo podrá ser dictada siempre que se acredite la concurrencia de los requisitos allí mencionados. La norma bajo análisis impone el análisis de una serie de conceptos jurídicos indeterminados de los cuales se puede inferir que resulta necesario demostrar la "verosimilitud del derecho" invocado por el interesado como así también el "perjuicio grave de imposible reparación ulterior". De este modo se evaluarán tales preceptos en concordancia con la garantía de la tutela judicial efectiva, entendida como un derecho humano fundamental consagrado como un principio constitucional, contemplado en diversos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional del año 1994 (art. 75 inc. 22 de la C.N.). Entre ellos: La Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8 punto I y 25) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.3 y 14.1), entre muchos otros. Dicha garantía, anudada a la del debido proceso (art. 18 C.N.) aconsejan al operador jurídico extremar las posibilidades de interpretación en relación a la tutela cautelar, en un sentido que no desnaturalice el acceso a la jurisdicción; lo cual debe ser ponderado puntualmente y según las circunstancias presentes en cada caso. Una vez establecido ello, corresponde efectuar el análisis periférico de la normativa involucrada al caso de autos que la cautelar requiere. Así tenemos que dentro del marco del Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados creado mediante la Ley N° 27.260, la A.N.SE.S. dictó la Resolución N° 305/2016 (B.O. 9/9/2016) que en su artículo 2 aprueba el Anexo que establece los procedimientos abreviados para implementar el Programa con respecto a los beneficiarios que requieran una solución con mayor urgencia en los términos dispuestos en el artículo 8° del Decreto del P.E.N. N° 894/2016 (B.O. 28/7/2016), el que a su vez faculta a la A.N.SE.S. a establecer procedimientos abreviados para aquellos beneficiarios que requieran una solución con mayor urgencia, por encuadrar en alguno de los siguientes supuestos: "... a) Ser mayor de Ochenta (80) años o padecer de una enfermedad grave;..." (el original sin destacar). Por otro lado, la A.N.SE.S. dictó la Resolución N° 135/2018 (B.O. 3/9/2018) que estableció la continuidad del pago anticipado previsto en el marco del Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados hasta el mensual octubre 2018 inclusive "... para aquellos titulares de beneficios que hayan manifestado su consentimiento en el aplicativo del Programa referido, debiendo cumplir el procedimiento establecido en el Anexo I de la Res. A.N.Se.S. 305/16? (artículo 1°) y ... para aquellos titulares de beneficios que se encuentren impedidos de movilizarse o tengan una enfermedad grave o terminal, debidamente acreditada al 31 de agosto de 2018, conforme normativa vigente de la A.N.Se.S., o sean mayores de 90 años, ...? (artículo 2°). Trasladando estos lineamientos normativos al caso de autos, se advierte en primer término que el accionante acreditó debidamente su grave estado de salud con las patologías diagnosticadas, esto es: "Asma Bronquial Anticoagulado, Marcapaso, Desfibrilador Ventricular, Miocardiopatía Dilatada" (ver fs. 162/163). Repárese que es justamente por tal circunstancia que el actor solicita la cautelar bajo análisis, para solventar los gastos que le demandan sus necesidades básicas. Es por ello que teniendo en cuenta el carácter alimentario de la cautela en cuestión, sumado al menoscabo que podría significar la afectación del monto del haber que percibe actualmente el reclamante, corresponde tener por acreditados los requisitos para la procedencia de la medida cautelar, que de no ser así tornaría ilusoria la sentencia que se dicte en autos. En igual sentido y ante una situación análoga a la aquí planteada la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social entendió que: "... el art. 14, inc. 1 de la ley 26.854 viabiliza el dictado requerido, ante la inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico concreto y específico a cargo de la demandada. Asimismo, el inciso b) de la norma alude a la existencia de una fuerte posibilidad de que el derecho del solicitante a una prestación de la autoridad pública exista. En este orden de ideas, cabe señalar, que los pagos efectuados en el marco legal referido, significaron un reconocimiento por parte de la demandada, de una deuda que se origina en idéntica causa que la que motivó que el actor promoviera el juicio por reajuste de haberes... Dichos extremos resultan a su vez subsumibles en los requisitos de verosimilitud del derecho invocado y de peligro en la demora, condición para la procedencia de toda medida cautelar? (sentencia de fecha 7 de junio de 2018 recaída en autos: "Guarco, Oscar Ricardo c/ ANSES s/ Reajustes Varios?"). Asimismo, cabe señalar que si bien en una primera lectura podría interpretarse que la prestación requerida por vía cautelar pudiera coincidir con el objeto del pleito, el hecho que la situación particular del accionante -grave estado de salud- encuadre en uno de los requisitos exigidos por la normativa de excepción, torna ineficaz el impedimento aludido. No obsta a la procedencia de la medida cautelar peticionada, lo dispuesto en la Resolución de la A.N.SE.S. N° 135/2018 en virtud de la cual se exige al accionante para seguir percibiendo el plus en su haber previsional, prestar el consentimiento en el aplicativo del Programa de Reparación Histórica y como contrapartida renunciar a

continuar con el presente juicio. Ello así porque la insistencia del organismo previsional con tal requerimiento, desatiende la vulnerabilidad en que se encuentra el accionante debido a su delicado estado de salud. III.- En atención al resultado al que se arriba en virtud del cual se declara procedente la medida de no innovar solicitada por el actor, corresponde fijar como contracautela la fianza personal de 3 (tres) letrados de la matrícula de reconocida solvencia la que se efectivizará en primera instancia previo a seguir la causa según su estado, en los términos previstos en el artículo 199 del C.P.C.C.N.. IV.- Finalmente, cabe señalar que atento la naturaleza de la medida cautelar de que se trata, la misma no queda sujeta a los plazos previstos en el artículo 5 de la Ley N° 26.854. V.- En función de lo expuesto, corresponde revocar la resolución apelada, y en consecuencia hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el actor y ordenar que la accionada continúe con el pago del monto adicional correspondiente a la Reparación Histórica, hasta tanto se proceda a la liquidación total que se practique oportunamente en la presente causa. Las costas de la Alzada se imponen en el orden causado atento a la naturaleza de la cuestión debatida (art. 68 2da. parte del C.P.C.C. de la Nación), difiriéndose la regulación de honorarios que corresponda para su oportunidad. La señora Juez de Cámara, doctora Graciela S. Montesi, dijo: Que por análogas razones a las expresadas por el señor Juez doctor Eduardo Ávalos, votaba en idéntico sentido. ASI VOTO. El señor Juez de Cámara, doctor Ignacio M. Vélez Funes, dijo: Analizadas las constancias de la causa que fueron detenidamente expuestas por los señores Jueces de Cámara preopinantes, coincido con la solución propuesta de revocar el proveído de fecha 8 de junio de 2018, dictado por el Juzgado Federal N° 3 de Córdoba, en consecuencia hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el actor y ordenar que la accionada continúe con el pago del monto adicional correspondiente a la Reparación Histórica hasta tanto se proceda a la liquidación total que se practique oportunamente en la presente causa. La particular posición asumida en estos autos se justifica por cuanto se trata de una medida cautelar y por ello provisoria, revisable y pueden ser luego dejadas sin efecto; sobre el tema Pablo O. Gallegos Fedriani, expresa que entre los caracteres de las medidas cautelares debe indicarse que son provisionales, pues no causan instancia porque la decisión que recae en ese sentido no produce cosa juzgada y ante nuevos hechos sobrevinientes pueden cesar, ser sustituidas unas por otras, ampliadas o disminuidas, ¿Las Medidas cautelares contra la Administración Pública?, Ed. Abaco, p. 39, Bs. As. 2002. Atento a las características de las mismas y en tanto significan un adelanto de jurisdicción, la petición requiere a los fines de su otorgamiento el análisis de dos requisitos mínimos, el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho. Como puede advertirse, lo antes referido impone el análisis de una serie de conceptos jurídicos indeterminados que habrán de apreciarse en cada caso concreto. En este cometido, se deberán evaluar tales preceptos en forma acorde y en consonancia con la garantía de tutela judicial efectiva, entendida como un derecho humano fundamental consagrado como un principio constitucional, contemplado en diversos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 75 inciso 22 de la C.N.). Entre ellos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8 punto 1, y 25) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.3 y 14.1), entre muchos otros. Dicha garantía anudada a la del debido proceso (art. 18 C.N.) aconsejan al operador jurídico extremar las posibilidades de interpretación en relación a la tutela cautelar, en un sentido que no desnaturalice el acceso a la jurisdicción. Asimismo el peligro en la demora debe ser ponderado puntualmente en cada caso y según las circunstancias particulares; en el presente proceso en estudio, se trata de una persona de 77 años y en grave estado de salud con patologías diagnosticadas y certificadas que justifican el otorgamiento de la cautelar solicitada. En coincidencia con lo hasta aquí expuesto, la Resolución N° 135/2018 (B.O. 3/9/2018) estableció la continuidad del pago anticipado previsto en el marco del Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados hasta el mensual octubre 2018 inclusive...para aquellos beneficiarios que se encuentren impedidos de movilizarse o tengan una enfermedad grave o terminal. A todo ello, es dable agregar que si bien, la ley es clara en cuanto obliga a los beneficiarios a optar por continuar con el juicio o percibir la mejora por reparación historia y renunciar a la acción, no es menos cierto que la propia administración contradice con su actuar la propia reglamentación al abonar un monto adicional no solicitado por el beneficiado, lo que presupone un reconocimiento por su parte del derecho a su cobro, esto tal como lo resolvió la Cámara de la Seguridad Social en el fallo mencionado por los jueces preopinantes, en el cual expresa que "...fue la propia ANSES la que abonó unilateralmente el suplemento de reparación histórica, sin que medie consentimiento del interesado, lo que constituye un inequívoco reconocimiento por su parte del derecho a su cobro? Atento a lo expuesto y las particulares circunstancias del caso en estudio, entiendo que es procedente la medida cautelar solicitada por el actor. ASI VOTO. Por ello, SE RESUELVE: 1) Revocar el proveído de fecha 8 de junio de 2018, dictado por el Juzgado Federal N° 3 de Córdoba, y en consecuencia hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el actor y ordenar que la accionada continúe con el pago del monto adicional correspondiente a la Reparación Histórica, hasta tanto se proceda a la liquidación total que se practique oportunamente en la presente causa. 2) Fijar como contracautela la fianza personal de 3 (tres) letrados de la matrícula de reconocida solvencia la que se efectivizará en primera instancia previo a seguir la causa según su estado (artículo 199 del C.P.C.C.N.). 3) Imponer las costas de la Alzada en el orden causado atento a la naturaleza de la cuestión debatida (art. 68 2da. parte del C.P.C.C. de la Nación), difiriéndose la regulación de

honorarios que corresponda para su oportunidad. 4) Protocolícese y hágase saber. Cumplido publíquese y bajen.-

EDUARDO AVALOS    IGNACIO M. VELEZ FUNES    GRACIELA MONTESI    MARIA ELENA ROMERO    Secretaria  
037271E