

Reajuste Del Haber Inicial Movilidad Medida Cautelar

JURISPRUDENCIA

Mendoza, 18 de diciembre de 2019. VISTOS:

Los autos FMZ 53054137/2009/CA1 caratulados "DOMINGUEZ, ELENA JULIA C/ ANSES S/ REAJUSTES VARIOS", se elevan a esta alzada a fin de que se resuelva el recurso de apelación interpuesto a fs. 86 contra la medida cautelar ordenada a fs. 82/85, la que dispone: "I) Hacer lugar a cautelar peticionada, en los términos del art. 204 del CPCCN, ordenando a la demandada -ANSES- que proceda al reajuste del haber previsional de la Sra. Elena Julia Domínguez, conforme los parámetros fijados en la resolución de fecha 01/06/16, disponiéndose así para su cobro mensual futuro (no generándose derecho a reclamar por la presente cobro de retroactivo alguno) a partir del mes siguiente al de la notificación de la medida aquí ordenada...III) Decretar la cautelar bajo caución juratoria...?".

CONSIDERANDO: 1.- La ANSES relata que se ha dictado la sentencia de primera instancia en sentido favorable a la pretensión, ordenando a la ANSES el reajuste del haber inicial y movilidad solicitados. La misma se encuentra recurrida. 2.- Al momento de expresar agravios manifiesta que la concesión de la medida es violatoria del art. 4 de la ley 26.854. Alude al apartamiento del art. 195 del CPCCN. Afirma que el dictado de la medida cautelar afecta el debido proceso. Ello porque la sentencia de primera instancia haya suspendida su ejecución en razón del recurso de apelación interpuesto contra la misma. Explica que el efecto más importante que se produce al conceder la apelación es la cesación de la jurisdicción del a-quo, teniendo jurisdicción y competencia la Cámara Federal. Invoca errónea calificación jurídica, por no tratarse de una cautelar de no innovar (art. 230 CPCCN) de carácter conservativo, sino de una tutela anticipada de la sentencia, que satisface la pretensión principal. Considera que además no se encuentran satisfechos los presupuestos que habilitan su dictado. Sostiene que la medida dictada es de gravedad institucional, en cuanto que lo decidido excede el interés de las partes y atañe al universo de beneficiarios del sistema previsional argentino. 3.- Conferido el traslado pertinente, sin que la parte interesada conteste el mismo, se llaman autos al acuerdo a fs. 107. 4.- Los antecedentes de la causa dan cuenta de que la señora Elena Domínguez es titular del beneficio jubilatorio concedido, conforme la ley 24.241, registrado en expediente 024-27-04524672-4-004-1. El 15/09/2008 la actora se presenta en expediente 024-27-04524672-3-146-1, solicitando el reajuste y movilidad de su haber previsional, el que fue rechazado mediante resolución RCUB 00750/2009, registrado en Tomo 1, Folio 30 (v. fs. 4). Ello motivó el inicio de la presente causa. El 01/06/16 obtuvo la jubilada sentencia de reajuste y movilidad favorable a su pretensión (v. fs. 58/63), la que fue recurrida por la ANSES. Mientras el proceso principal sigue su curso, la parte actora atento a su delicado estado de salud y frente a la imposibilidad de esperar la firmeza de las resoluciones, solicita una medida cautelar post sentencia invocando el art. 204 del CPCCN, norma que faculta al Juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, disponer de una medida precautoria distinta de la solicitada. La medida cautelar, posterior a la sentencia de primera instancia, fue concedida a fs. 82/84 por el a-quo. La misma ordenó a la ANSES a que practique el reajuste y movilidad conforme los términos dados en la sentencia de primera instancia, dentro del mes (1) de notificada la medida (v. fs. 82/84 y vta.). Dicha resolución fue recurrida por ANSES por lo que viene a conocimiento de esta Alzada. 5.- Ingresando en los agravios del recurrente, en especial, al dictado de una medida cautelar sin haber solicitado a la Autoridad Pública el informe previo establecido en el art. 4° de la ley 26.854, se estima que el agravio debe ser rechazado. En primer lugar, no se trata de una típica medida precautoria in audita parte, sino de una medida cautelar post sentencia, con lo cual la ANSES ya tomó intervención en el proceso, no correspondiendo la aplicación del art. 4 de la ley 26.854, a los fines de que presente el informe allí previsto. No obstante, el art. 2°, inc. 2° dice: "La providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental?". Ello se complementa con lo expresado en el inc. 3°, del art. 4 - referido al informe previo - que: "Las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2, podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada?". La vulnerabilidad a la que alude la norma transcrita, se encuentra acreditada por la edad de la jubilada más de 73 a la fecha de interposición del reclamo, el escaso monto de la jubilación (N° 15-0-3656434-0-1) que asciende a mil ochenta y ocho pesos con 47/100 (\$1088,47), su estado de incapacidad y el delicado estado de salud conforme los certificados médicos que acompaña (v. fs. 72/76); circunstancias que sirven de fundamento para conceder la medida cautelar solicitada en los términos del art. 204 del CPCCN, a fin de evitar perjuicios irreparables de tener que esperar al resultado final del litigio. 6.- Existen precedentes en los que a través de una medida cautelar se concede directamente el reajuste del haber previsional, lo que está dado por la gran verosimilitud en el derecho y la urgencia en la demora que tornaría

ilusorios los derechos de esperar los tiempos procesales. Extremos que también se dan en el caso traído a conocimiento, con la diferencia que lo favorece, de que en el caso el jubilado cuenta con una sentencia a su favor. Así, ¿Corresponde hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada por el actor a fin de que se disponga el goce inmediato de la garantía de movilidad de su haber previsional y hasta que se dicte sentencia definitiva en la causa por reajuste de haberes ya que la misma satisface peligro en la demora exigido para su procedencia, dado que 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? (del voto del doctor Herrero). (Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, sala II - 16/10/2009 - ¿Capa, Néstor Fernando c. Anses y otros/reajustes varios - IMP 2009-21 , 1796 LA LEY 18/11/2009 , 10 con nota de Claudio D. Gómez LA LEY 2009-F , 619 con nota de Claudio D. Gómez DT 2009 (noviembre) , 184 con nota de Jorge García Rapp DJ 16/12/2009 , 3548 con nota de Adolfo A. Rivas -AR/JUR/35852/2009). En el mismo sentido, se ha dicho que ¿Debe hacerse lugar a la medida cautelar innovativa solicitada por un jubilado a fin que la ANSeS le abone sus futuros haberes previsionales actualizados desde el 1/01/2002 por aplicación del Índice de Salarios publicado por el INDEC, pues es de público y notorio conocimiento el irrazonable tiempo que insume el proceso previsional, y el grave daño que esa demora le propina al derecho de naturaleza alimentaria que el actor, por mandato constitucional, debería preservar durante todo su transcurso?. (v. cfr. Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, sala II - 04/08/2010 - Marquez, Alfredo Jorge c. A.N.Se.S. - LA LEY 11/08/2010, 6 LA LEY 2010-D , 664 IMP 2010-10, 294 - ED , 1DJ 05/01/2011, 57 -AR/JUR/37255/2010). 7.- En concreto, la verosimilitud en el derecho se haya fundada justamente en la mentada resolución judicial que reconoce el derecho de la jubilada al reajuste y movilidad jubilatoria. Si bien, puede haber discrepancias en los índices a aplicar al reajuste del haber y movilidad, la tasa de interés aplicable, el modo de imposición de costas, son todas cuestiones que el organismo previsional sistemáticamente recurre, lo cierto es que, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicable al caso, tiene sanjados todos los puntos controvertidos por ANSES. Así, el jubilado se encuentra obligado a transitar un largo proceso en el que el derecho de fondo planteado está resuelto, por ello, la sentencia de primera instancia que constata el desfasaje en el haber del actor, permite conocer de antemano la solución final del caso, en este caso, favorable al jubilado. En definitiva, en un caso como el de autos en que se debate un típico caso de reajuste de haber, en que se conoce que no hay ninguna novedad en el caso, la decisión del juez de primera instancia favorable a su pretensión, es suficiente para tener por acreditada la verosimilitud en el derecho. 8.- En la especie, la urgencia se encuentra ampliamente acreditada con los certificados médicos acompañados, que confirman que la jubilada de 73 años (en el 2016) se ve afectada de una recidiva de un anterior cáncer de colon por el que recibió, oportunamente, tratamiento oncológico y que, podría necesitar, al tiempo de interponer la cautelar, una intervención quirúrgica, motivo por el cual fue sometida a diferentes estudios cuyas órdenes acompaña (v. fs. 72/76). Que, el grave estado de salud en una mujer de avanzada edad, que tiene certificado de incapacidad desde el 2014 (v. fs. 68) es fundamento suficiente para la concesión de la medida a fin evitar la frustración de una decisión judicial, en este caso por ser tardía. Por ello, si el desfasaje se encuentra acreditado, y existe una resolución judicial que reconoce la correspondencia del reajuste de su haber, la circunstancia de que la sentencia se encuentre recurrida no es óbice para conceder la medida precautoria, cuando como en el caso, existe una situación de enfermedad acreditada que justifica su pronta ejecución. En este entendimiento, es fundamental obtener una medida urgente que ampare la situación de quien se encuentra imperiosamente necesitado de un reajuste de su haber para hacer frente a los gastos que le demanda la enfermedad que denuncia, lo que puede empeorarse o frustrarse si espera la confirmación de su sentencia. Ello es lo que se trata de impedir con esta medida. 9.- El art. 195 del CPCCN al disponer que los jueces no podrán decretar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o perturbe los recursos propios del Estado, viola el derecho a la tutela judicial efectiva y los derechos de naturaleza alimentaria por tratarse del haber jubilatorio, cuya desactualización resulta imputable a la ANSES, afectando el derecho a la movilidad jubilatoria garantizada constitucionalmente, con lo cual en este caso la excepción resulta legítima. Es que, ¿La aptitud del acto de causar grave daño al administrado debe ser entendido como requisito de procedencia de la medida cautelar -en la especie, suspensión de los efectos del acto administrativo-, recayendo la carga de su invocación y prueba, exclusivamente sobre el requirente, en cambio, la lesión del interés público es una exigencia, cuya articulación y prueba debe formularse por vía de defensa por parte de la Administración?. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Contencioso-administrativo de San Francisco - 30/10/2008 - Francia, Anahí v. Municipalidad de San Francisco -70049496) 10.- Por otra parte, la medida cuestionada ordena el reajuste del haber previsional para ser cumplida con los parámetros dispuestos en la sentencia de primera instancia, aunque recurrida, dentro del mes de notificada la resolución; es decir acorta los tiempos de cumplimiento de la sentencia que aún no es definitiva. En cuanto a ello, el recurrente se queja de que el a- quo ha hecho una errónea calificación jurídica de la medida cautelar, como medida de no innovar y no se compadece con la sustancia de la resolución dictada. Que se trata de una tutela anticipada de la providencia de mérito, es decir de la sentencia y que son idénticos el objeto de la

cautelar con la pretensión principal. Dichos agravios deben ser rechazados, toda vez que, no obstante el nomen iuris que se dé a la resolución y la identidad de objeto entre ambas resoluciones, ello no altera el resultado final de la decisión, cuya justificación real se encuentra en la gran verosimilitud en el derecho y la urgencia acreditada en el caso. Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Iberoamericana de 2008, a las que adhirió la CSJN mediante acordada 5/2009 establecieron que se consideran vulnerables aquellas personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud, ante el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (regla 3). El acceso a la justicia, en general, debería tener un alcance, en términos de cobertura, pero también de calidad y eficacia, que pueda resolver conflictos de toda naturaleza en forma justa, equitativa y pronta. Es un derecho complejo, que puede ser entendido en sentido amplio o estricto, compuesto por las siguientes prerrogativas: a) Derecho de peticionar ante las autoridades (sentido estricto); b) Derecho a la prestación jurisdiccional- en los términos del art. 8.1 de la CADH, es decir, respetando íntegramente la garantía del debido proceso (sentido amplio). Es decir, no se limita al acceso formal a la jurisdicción sino implica en definitiva obtener justicia, de acuerdo a la naturaleza propia del derecho que se protege y con atención a las particularidades del sujeto de derecho. Repárese en que se trata de un caso previsional, de un sujeto en condiciones de vulnerabilidad y de una situación ?urgente?, elementos que permiten hacer una excepción a los procedimientos ordinarios. En este sentido, interesa destacar que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional dispone que el Estado otorgará los beneficios de la Seguridad Social, que tendrá carácter integral e irrenunciable, en especial la ley establece que las jubilaciones y pensiones serán móviles. La seguridad social es un derecho fundamental consagrado en nuestra Carta Magna en su artículo 14 bis y en diversos Tratados Internacionales que la integran a partir de la reforma constitucional de 1994, como surge de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 16 y 35); Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 22 y 25); Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica) art. 17; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 9; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23. Entiéndase que, en situaciones de necesidad, la ley de fondo que intenta garantizar un derecho básico, debe tener prioridad por sobre las normas procesales, las que son un intento de llevar a lo concreto las normas consagradas; no obstante a veces dificultan el ejercicio del derecho, siendo tarea del Juez compatibilizar ambos ordenamientos en pos de los derechos esenciales y con mayor razón cuando tienen carácter alimentario, como es el caso de autos. Por ello, de ceñirse estrictamente al procedimiento cautelar que exige ausencia de identidad entre el objeto de la cautelar y el de la sentencia, el derecho se vería vulnerado. Así, en resguardo de los principios consagrados, se debe dar especial prioridad al acceso a la justicia efectiva cuando los mismos son vulnerados. Tales garantías se resguardan a través de la medida ordenada. 11.- Que las costas deben imponerse por su orden conforme el art. 21 de la ley 24463. 12.- Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

VOTO POR SUS FUNDAMENTOS DE LA SEÑORA JUEZ DE CAMARA DORCTORA OLGA PURA ARRABAL. 1.- Que, coincido con la solución dada por mi colega preopinante pero con los fundamentos dados, anteriormente, en los autos FMZ 56052660/2006/CA1, caratulados: ?BENAVIDEZ, MARIA GLADYS MABEL c/ ANSES y OTRO s/ reajustes varios?. 2.- En primer lugar, el objeto de la medida cautelar solicitada se centra en que ANSES practique la liquidación del haber inicial de la jubilación de la actora conforme lo dispuesto en la sentencia de primera instancia. Ello, a fin de que la accionante pueda gozar del haber previsional, inmediato, efectivo, y reajustado desde la fecha de la sentencia, toda vez que no existiría otro medio judicial más idóneo. Cabe tener presente que, el proceso cautelar es aquel que ?tiende a impedir que durante el lapso que transcurre entre la iniciación de un proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes los efectos de la resolución definitiva y su viabilidad se halla supeditada a la demostración, tanto de la verosimilitud del derecho invocado por el solicitante como del peligro que se cause un daño grave e irreparable? (CNAT, Sala III, 20/12/99, DJ, 2000-2-428, citado por Elena I. Highthon y Beatriz A. Areán; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo 4, pag. 11). En lo que respecta a la medida cautelar innovativa, se la ha considerado ?como una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión? (confr. Fallos: 316:1833 y causa P. 489 XXV ?Pérez Cuesta S.A.C.I. c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (prohibición de innovar)? del 25 de junio de 1996). Es por ello que, atento a la naturaleza de este tipo de medidas, es que deben extremarse los recaudos que hacen a su admisión. 3.- En lo respecta a la verosimilitud del derecho, no desconozco la existencia de una sentencia de primera instancia, por la cual se hace lugar a la demanda incoada por la actora en lo que al reajuste del haber inicial. Sin embargo, entiendo que ?la medida cautelar, para ser efectiva, tiene que ser cierta y no depender de acciones que puedan ser controvertidas. De allí que Calamandrei pudiese afirmar que ?las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la

ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario? (cfr. Piero Calamandrei, ?Introducción al estudio sistemático...?). Resulta evidente que la medida peticionada por el accionante no reúne los requisitos prácticos de celeridad que se buscan, puesto que ella no es efectiva por sí misma, sino que depende de una liquidación susceptible de abrir amplio campo de acción a divergencias con la demandada.? (Cámara Federal de la Seguridad Social. Capital Federal, Ciudad Autónoma De Buenos Aires. Sarno, Miguel Ángel c/ A.N.Se.S. s/ A.N.Se.S. SAIJ: FA11310057). Así, en el mismo precedente, se dispuso que la medida cautelar ha de ser efectiva en sí misma, no pudiendo dar lugar a disensiones respecto de su alcance. Ello ocurriría con una cautelar como la que se pretende en autos, la cual derivaría, necesariamente, en la confección de una liquidación por parte de la demandada, abriendo un campo de disputas que desnaturalizaría la finalidad que se pretende con su dictado. Nos hallaríamos ante un proceso de ejecución de medida cautelar que correría parejo al proceso principal, con el consiguiente dispendio jurisdiccional que no traería aparejado ningún beneficio al accionante. 4.- La medida impetrada procede, dado la presencia en autos del peligro en la demora, es decir ?el temor fundado de la configuración de un daño a un derecho cuya protección se persigue? (CNCiv., Sala E, 7/10/92, ?Perez, Carlos c. Ostrousky?; citado por Elena I. Highton y Beatriz A. Areán; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo 4, pag. 56). Es que, se encuentra debidamente acreditado en la especie, con la prueba presentada a fs. 72/76, por medio de la cual se desprende el delicado estado de salud que padece la actora (cáncer de colon), sumado al certificado de incapacidad que acompaña (v. fs. 68) que la limita no solo a trabajar sino a realización de los quehaceres domésticos y de grandes esfuerzos. El historial clínico de la accionante que acompaña, es lo que lleva a tener por configurado el peligro en la demora, justificando el otorgamiento de la tutela anticipatoria. Y es que, ?los requisitos para la procedencia genérica de las medidas cautelares se hallan relacionadas entre sí de tal modo, que a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño y viceversa, cuando existe riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparabilidad, el rigor acerca del fumus se puede atenuar? (Cámara Federal Capital, LL, 1984-A, p. 265 y 459). Es por ello, que al encontrarse verificada una situación de peligro inminente, estimo necesario confirmar la medida cautelar dispuesta por el a-quo.- Sin embargo, creo oportuno resaltar que, el tiempo que insume el proceso previsional y el grave daño que esta demora ocasiona a los actores, no es suficiente para fundamentar la procedencia de las medidas cautelares, dado que se da en la generalidad de los casos; salvo, como en el caso de autos, que se encuentre debidamente acreditado el fumus bonis iuris. 5.- Las costas deben imponerse por su orden conforme lo dispuesto en el art. 21 de la ley 24463. 6.- Diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. El señor Juez de Cámara doctor Alfredo Rafael Porras adhiere a los fundamentos que anteceden. Por todo lo expuesto, SE RESUELVE: 1) NO HACER LUGAR al recurso de apelación, interpuesto a fs. 86 por la representante de la demandada-ANSES- en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 82/85. 2).- IMPONER las costas por su orden (art. 21 ley 24463). DIFERIR la regulación de honorarios para su oportunidad. PROTOCOLICÉSE Y NOTIFIQUESE. Fecha de firma: 18/12/2019 Alta en sistema: 20/12/2019 Firmado por: OLGA PURA ARRABAL - GUSTAVO CASTIÑEIRA DE DIOS - ALFREDO PORRAS, Jueces de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza Firmado (ante mi) por: CLARA MARÍA CIVIT, Secretaria Federal 076898E