RAWSON, 09 de Septiembre de 2010.-

------ **VISTOS:** ----------

------ Estos autos caratulados: "**C., H. A. s/Recurso de Apelación contra Resolución Nº275/10 del ISSyS" (Expte. Nº 21.951 -C-2.010)**.----------

------ **DE LOS QUE RESULTA:** ----------

------1.- Que a fs. 28/32 vta. el Sr. H. A. C.–beneficiario de una Jubilación Ordinaria por transformación de un Retiro Voluntario- Dto. Ley Provincial N° 2228 y sus modificatorias- interpone ante este Tribunal el Recurso Jurisdiccional de Apelación previsto por el art. 9° de la Ley XVIII N° 32 (antes art. 9 de Ley Nº 3923 -T.O. Ley Nº 4251) contra la Resolución N° 275/10 dictada el 18/03/10 por el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia, por medio de la cual se denegó el Recurso de Reconsideración que dedujo contra la Resolución Nº 960/09 - ISSyS solicitando su revocación.----------

----

–----- Que a través de este último acto administrativo (copia a fs. 7/9) el Directorio del Organismo, por un lado, hizo lugar a la solicitud del

///Sr. C. de reajustar su haber de pasividad por reingreso a la actividad docente, respecto de períodos de compatibilidad (art.1°), ordenando que el haber se recompusiera y liquidara a partir del 11 de marzo de 2.008, "fecha de cese en el reingreso a la actividad" (art. 2°).- Por otro, se le hizo saber al hoy apelante, que registra *"indistintos períodos de incompatibilidad por reingreso a la actividad, determinados a fs. 152, y por los que se han percibido haberes jubilatorios en forma indebida, generando la deuda que da cuenta la citada foja"* (art. 3°).- Decidió que una vez puesto en conocimiento el Sr. C., propusiera a ese Directorio dentro de un término de quince días una forma o medio de cancelación de la deuda generada, caso contrario –previno- se procedería a retenerle el diez por ciento (10%) mensual de sus haberes hasta cancelarla definitivamente.- Además dispuso que el Sr. C. cada seis meses acreditase su supervivencia bajo constancia extendida por autoridad competente (policial o judicial) y advirtió que de no cumplirse con la medida se suspendería su haber jubilatorio (art.6°).----------

---

----- Impugnó C. la decisión, y fue rechazada por el mismo Directorio del ISSy S mediante la Resolución N° 275/10 -por los motivos expresados en sus considerandos- haciéndole saber que la Dirección de Previsión le remitiría nota de estilo consignando el monto de *"la deuda generada en concepto de percepción de haberes jubilatorios indebidos, así como los períodos de incompatibilidad que la comprenden"*.----------

---

///

///--- Que al venir en esta apelación, el Sr. C. solicita al Cuerpo revoque la Resolución N° 275/10 por ostentar arbitrariedad e ilegalidad manifiesta y estar rodeada de vicios nulos de nulidad absoluta: *"en la causa (antecedentes de hecho y de derecho) y por carecer de motivación suficiente"*.----------

----- En el capítulo "II-Hechos 2. SITUACIÓN de INCOMPATIBILIDAD" niega que existiera la misma, tal como se consideró en las Resoluciones Nº 960/09 y 275/10 ISSyS.- Afirma que oportunamente puso de manifiesto las circunstancias "tenidas en cuenta" que fueron debidamente comunicadas y supervisadas por las autoridades competentes.- Alude a la documentación que acompañó: fotocopias legalizadas de la declaraciones juradas de los cargos docentes y actividades que desempeñó en la Escuela N° ***- B° L., durante 2004, 2005, 2006 y 2007, *"todos supervisados y avalados por el Registro de Incompatibilidades, dependiente del Ministerio de Educación"*, y la nota aclaratoria certificando la cantidad de *horas institucionales obligatorias* de asistencia a aquel establecimiento educativo de los años 2006, 2007 y 2008, las que *"no deben computarse como horas cátedras, con lo cual supera el máximo de 18 hs. considerado por la ley"*.- Arguye que estas horas no se traducen como tales en la certificación de servicios y remuneraciones del personal de cada Escuela en la que se desempeñó: N° 757, 143 y 732.- Se apoya además en el procedimiento y las

///funciones de control de la sección “Registro de Incompatibilidades” del Ministerio de Educación.----------

------ Si bien no lo argumentó en el Recurso de Reconsideración, expone ahora al Tribunal que cumplió 65 años el 29 de Junio de 2.006, atento que nació en 1.941; que si bien la Ley previsional ahora establece que la Jubilación Ordinaria “es compatible” hasta los 62 años de edad con el desempeño de un cargo docente o 18 horas cátedra... “existe un error subjetivo MUY GRANDE, la edad JUBILATORIA DE UN HOMBRE es a los 65 y no a los 62 años, que sí está previsto para una mujer” – lo resalta el apelante de este modo.-

------ En ese sentido continúa el razonamiento cuando dice que se transformó en Jubilación Ordinaria-Ley Nº 3923 su Retiro Voluntario-Ley N° 2228 mediante Resolución N° 498 del 14/04/05 (copia a fs. 3/4) y cuando ello sucedió, contaba con más de 62 años.- Discurre que debieron las provincias adecuarse a la legislación nacional –Ley N° 24.241- que estableció una escala gradual de edad jubilatoria, en aumento en el caso de los hombres, que comenzó en 62 años y culminó en 2.001 con 65 años, que es la edad vigente.----------

------- Aduce que se le otorgó la jubilación a partir del año 2.003, que antes de ese año su condición era “retiro voluntario” por el Decreto N° 2228 y no tuvo 62 años sino hasta el 29 de Junio de 2.003, por lo cual no cumplía la edad ni otro requisito que exige la ley para la jubilación ordinaria.----------

///

///--- Entiende que se ha realizado una interpretación forzada de una norma, y que no obstante ser aplicable el régimen que tilda de "erróneo y parcial", tampoco lo coloca en una situación de incompatibilidad, porque a su juicio, atendiendo a las certificaciones de los colegios que adjuntó, no supera las 18 horas cátedra que el mismo establece y que son avaladas por el "Decreto 146" –no individualiza el año- que considera aplicable a las horas institucionales que cumplió en la Escuela N° 143.----------

------ Según lo había expresado en la Reconsideración, interpreta que la Nota N° 214 del 26 de Junio de 2.009 (copia a fs. 15) suscripta por autoridades de la Escuela N° 732 de Comodoro Rivadavia, está certificando que dictó 17 horas cátedra frente a alumnos y cumplió 3 horas institucionales.- A fs. 30 y vta. realiza una transcripción de esa nota y manifiesta que demuestra la forma correcta del cálculo, que debe interpretarse el régimen aplicable conforme el principio de la norma más favorable al administrado, "considerar el Reajuste por los Períodos Compatibles y denegar los que en todo caso no resulte así y dar por convalidados los que se interpreten puede haber horas en exceso…" .----------

------ Manifiesta que se desconoció la situación de compatibilidad; que tal desconocimiento "fue inducido y solidario" en cuanto la Administración Pública al comunicarle su situación, la convalidó

///muchos años después y ante su solicitud de reajuste.- Ahora esa "supuesta irregularidad" – interpreta- ha sido saneada y convalidada por actos de la Administración, habiendo generado derechos subjetivos que se están cumpliendo y que se incorporaron a su patrimonio "por lo que mal puede la Administración sustraerlos en esta instancia".- Se afinca en los incisos 3° y 1° del art. 32 de Ley I Nº 18 (antes Dto.Ley Nº 920), transcribiendo el primer precepto.-: *"excepcionalmente podrá otorgarse eficacia retroactiva (a) los actos de la Administración cuando se dicten en sustitución de actos anulados y asimismo cuando produzcan efectos favorables al interesado siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas"*.----------

------ Sostiene que el Directorio omitió revocar por contrario imperio lo resuelto en la Resolución N° 960 en sus arts. 3 y 4 y estima que debió acudir al Poder Judicial, lo que no hizo, lo cual -acota- "insiste" en esta apelación.----------

------- Incluye como otro fundamento que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos; que el Ministerio de Educación estaba al tanto de su situación y la convalidó ignorando si era incompatible o no; que informó mediante Declaración Jurada a dicho Ministerio y al Tribunal de Cuentas.----------

------- Tilda de "irracional e irrazonable" la interpretación, lo que torna al acto de nulo de nulidad absoluta por no sustentarse en los

///

///antecedentes de hecho descriptos y de derecho en que debe justificarse.- A fs. 30 vta./31 vta. aduna jurisprudencia.----------

------- Califica como un "dislate jurídico" la expresión en la Resolución N° 960, 11° considerando, que refiere que cumplió los 62 años el 29 de junio de 2003, encontrándose en incompatibilidad a partir del 01 de enero de 2.007, con lo cual mantuvo la incompatibilidad prevista en la normativa.- Interpreta que está demostrada la ilegalidad del razonamiento y aplicación retroactiva de una norma sin que se encontrasen reunidos los requisitos para encuadrar una incompatibilidad, a más, retroactivamente.- Se profundiza "la incongruencia" –aduce- en el considerando 12º de aquella Resolución cuando dice que el desconocimiento pudo haber sido la causa de que hubiera infringido la ley previsional, pero que estuvo en situación irregular desde que "se jubiló, percibiendo el haber jubilatorio en lapso…" –subraya esto último.- Al respecto dice que la incongruencia está en que se habla de jubilación cuando esto sucedió en Noviembre de 2.003 por Resolución 498 cuando aún tenía 62 años, de lo que deduce que eso quiere decir que no estaba alcanzado por la incompatibilidad.----------

------ Luego de efectuar -capítulo "IV- un "planteo subsidiario" de que se considere la incompatibilidad "a partir de la Ley Nº 5578, que comienza el 26 de diciembre de 2.006 que no comprende los efectos

///retroactivos del art. 92 bis de "la vieja ley 3923 (hoy Ley XVIII), al 8 de abril de 1996", justifica no haber realizado reconocimiento de deuda ni propuesta de pago alguna, por dos motivos.- Primero, porque no existió incompatibilidad, ni se encuentra encuadrado "en el régimen sancionado con posterioridad"; segundo, porque cumplió con las declaraciones juradas ante el Ministerio de Educación en el formulario que se envía al Tribunal de Cuentas, declarando horas de cátedra, avaladas "por la Dirección y el Consejo de Educación" considerando así que era regular su ejercicio docente, constando el paso por el Registro de Incompatibilidades y porque declaró su situación previsional.----------

------ Para el caso –dijo incomprensiblemente- de no revocarse "por nulidad absoluta del *concurso*" (¿?) hizo reserva de acudir a la instancia judicial en cuanto a la impugnación judicial de la actividad administrativa e iniciar acción de daños y perjuicios.- A más, reservó caso federal.----------

------ 2.- El apelante presentó luego -fs. 39 y vta.- un escrito en el que pide que "se suspendan los efectos del acto atento el Recurso de Apelación art. 9º Ley XVIII (3923 histórica)" que interpuso.- Completa su solicitud en el petitorio: "1) *que se ordene al Directorio del Instituto de Seguridad Social y Seguros, como medida suspensiva o cautelar autónoma, se abstenga de realizar la retención que practica del 10% de los haberes conforme surge del recibo de sueldo, mediante código 557, que en copia se acompaña"* (agregado a fs. 38); 2) *se ordene al Directorio del Instituto de*

///

///*Seguridad Social y Seguros la restitución de los fondos descontados arbitrariamente, existiendo recurso judicial pendiente de resolución"*.----------

------ Funda la medida en que "no obstante" haber interpuesto dicho Recurso de Apelación contra la Resolución Nº 275 del 18 de Marzo de 2.010 del ISSy S, éste ha procedido a retener el 10% de sus haberes jubilatorios, *"anticipando la resolución jurisdiccional del caso"*.------

------ Aduce que el Organismo confunde lo regulado por la Ley de Procedimientos Administrativos (art. 101 Ley I Nº 18) con lo que implica la interposición de "un recurso judicial previsto en el art. 9º Ley XVIII, conocidos como Recurso Directos".----------

------ Aduce que estos últimos *"son propiamente acciones judiciales"* según la doctrina, con carácter sumario y/o sumarísimo en su trámite.- Agrega que se considera de toda lógica que habrá supuestos en los que el afectado por el acto no podrá aguardar a la resolución definitiva; si la Administración no ordena la suspensión debe acudirse a la justicia, ámbito en el cual al particular, de producirse un grave perjuicio que se pretende evitar con la suspensión de los efectos del acto, ello en principio resulta idóneo.- Añade que no obstante, se ha admitido que el órgano competente para suspender el acto debe ser el órgano encargado de resolver el recurso.----------

///---3.- Que a fs.41/42 el Sr. Procurador General entiende que la pretensión del recurrente de obtener en el acotado marco de este proceso especial la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado resulta a todas luces extraña a este tipo de vías, denominados por la doctrina como Recursos Jurisdiccionales de Apelación o Directos, previstos en distintos ordenamientos de Derecho Público.- Reseña la jurisprudencia de este Superior Tribunal de Justicia indicando que éste ha adoptado una concepción propia, como una instancia de protección jurisdiccional para promover la revisión de actos administrativos, previa a la acción judicial, de conocimiento limitado, que constituyen una posibilidad intermedia de tutela, que no es administrativa por el órgano, pero tampoco estrictamente judicial, por cuanto la decisión que admite "apelar", deviene de un órgano administrativo.- Sostiene que en contrario a lo sostenido por el recurrente, conforme la doctrina de este Cuerpo, los Recursos Jurisdiccionales Directos integran un sistema de impugnación o de control de actos administrativos, cuya naturaleza difiere de las acciones judiciales, razón por la cual los fallos dictados en los mismos no hacen cosa juzgada material, ergo no constituyen sentencia definitiva, no deciden de manera final respecto del derecho que pueda asistir a la parte, ni impiden la tutela del actor por vías ordinarias de acción judicial.- Entiende que las cuestión puede reeditarse por medio de las acciones previstas en el ordenamiento adjetivo vigente, no resultando admisible por ello el argumento esgrimido por el impugnante en sentido contrario.- Por otra parte intelige el Sr. Procurador General que carente el art. 9 de la Ley

///

///XVIII-Nº32 (antes Ley Nº3923) de previsión específica sobre los efectos de la interposición del Recurso de Apelación, deviene como lógica derivación de la presunción de legitimidad del acto administrativo, la aplicación del principio general contemplado en el art. 101 de la la Ley de Procedimientos Administrativos Provincial conforme el cual la interposición de cualquier recurso no suspende la ejecución del acto impugnado.- Hace notar "a mayor abundamiento" que de los escasos argumentos esgrimidos por el impugnante, cuanto del repaso de los elementos obrantes en la causa, no aparece en principio manifiesta la verosimilitud del derecho, o al menos en grado suficiente, como tampoco el grave perjuicio "insinuado" que permita en esta grado de conocimiento restringido y dentro de una vía procesal naturalmente limitada, disponer de una medida de índole excepcional como la que se solicita.- Argumentos con los que dictamina que no corresponde hacer lugar a la solicitud cautelar formulada.----------

------ **CONSIDERANDO:** ----------

------ Que el Sr. H. C., con patrocinio letrado, transita la vía de impugnación prevista por el régimen previsional en el art. 9 de Ley XVIII Nº 32 (antes Ley Nº 3923) con una doble errada convicción: por una parte, estima que los actos administrativos previsionales que ataca no son ejecutorios y que el comportamiento ///del Instituto al

cumplirlos supone un “anticipo de la Resolución jurisdiccional” que ha instado; por la otra considera –pese a haberla calificado como “Recurso Directo”- que se trata de una suerte de “acción judicial” a la que se le imprime carácter sumario y/o sumarísmo.----------

---

------ En tales convencimientos, solicita a este Cuerpo que dicte una medida preventiva “suspensiva o cautelar autónoma”, con el alcance descripto en el punto 2 de los resultandos, lo cual es contradictorio con la primera de las posiciones adoptadas, ya que la suspensión lo es justamente de la ejecutoriedad de los actos, conciliándose mas bien con la segunda, pues es en el marco de las acciones en que las normas de rito prevén la posibilidad de tutela preventiva.----------

------ 1.- Que en verdad debe decirse que el planteo formulado es confuso y errado.- Despejando – y siguiendo el lineamiento del Dictamen del Sr. Procurador General- ha de asegurarse que los actos previsionales opugnados son actos administrativos, que como todos, en unánime criterio de doctrina y jurisprudencia, gozan del privilegio de la presunción de legitimidad, y en consecuencia son ejecutivos y ejecutorios, dogma éste del Derecho Administrativo (CASSAGNE – Derecho Administrativo –Abeledo Perrot – Tomo II – Capítulo VII- págs. 277 a 298), tal y como lo ha previsto la Ley General de Procedimientos Administrativos de la Provincia – I Nº 18 (antes Dto.Ley Nº 920), en tanto ningún precepto especial de la Ley que

///

///regula el Régimen de Previsión para el sector público – XVIII Nº 32 (antes Ley Nº 3923), aplicable al caso, dispone lo contrario.----------

------ Siendo así, de ningún modo la interposición de este Recurso, oblitera la ejecutoriedad, esto es, impide su efectiva aplicación, menos aún ello constituye un "anticipo" de decisión jurisdiccional.----------

------ 2.- Aclarado ello, es imprescindible reiterar las características de estos llamados Recursos directos o jurisdiccionales, cuya naturaleza ha sido también anticipada por el Sr. Procurador, que reseña las peculiaridades de esta vía de impugnación, a la luz de la jurisprudencia de este Superior Tribunal de Justicia, desde muchos años mantenida.----------

------ Se trata de remedios especiales, reglados en varios de los distintos ordenamientos del derecho público de nuestra Provincia, que constituyen una instancia de protección jurisdiccional para instar la revisión de los actos administrativos, fueren éstos emanados de organismos centralizados, descentralizados o autárquicos de la Administración, o de entes de derecho público con funciones delegadas de fiscalización y control de actividades de los administrados…como previa a la acción judicial.- Importan una posibilidad intermedia de tutela, que no es administrativa por el órgano, pero tampoco estrictamente judicial, por cuanto la decisión

///que se admite apelar, deviene de un órgano administrativo. ***Integran así un sistema de impugnación o de control de actos administrativos, cuya naturaleza difiere de las acciones judiciales***". (SD N° 28/SRE/00; SI N° 38/SCA/08 y otras).----------

------ En particular, éste referente al régimen previsional, conforme tiene sentado este Superior Tribunal en diversas causas (S.I. N° 1162/90, 225/92, 25/94, 56/96, 90 y 119/SCA/97, 31 y 70/SCA/98, 55/SCA/00, 4 y 7/SCA/02, 56/SCA/05, 38/SCA/08 entre muchas), es de carácter limitado, y se satisface en la medida que constituya un control judicial suficiente de la decisión emanada del órgano administrativo -Instituto de Seguridad Social y Seguros- exigencia asegurada en tanto el Tribunal actúa como de "derecho"; decidiendo sobre la correcta aplicación de las normas jurídicas, poseyendo, asimismo, la facultad de revocar o anular aquella decisión, si no fuera suficientemente razonable o se apoyara tan solo en la voluntad arbitraria o caprichosa de los funcionarios, o implicara la denegación de la defensa en juicio.----------

------ Siendo así, la potestad cognoscitiva de este Tribunal se encuentra constreñida, y difiere notoriamente de la que les es propia en el juicio pleno, cuando la jurisdicción se incita por vía de la acción. En estos Recursos, el carácter de la jurisdicción es eminentemente revisora: el control debe limitarse a aquellas cuestiones que han sido propuestas y sometidas a la decisión administrativa.-(S.I. N° 60 y 61/SCA/96, 7/SCA/02, 56/SCA/05 y 25/SCA/06).----------

///

///--- En SD N° 13/SCA/06, en oportunidad de dirimir uno de estos Recursos (en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor, en lo general aplicable a todos ellos), el Tribunal refirió a la clasificación que intenta Héctor MAIRAL de los distintos tipos de revisión judicial, no sin advertir que dividir el espectro en tres o más tramos es necesariamente arbitrario, pues cada ley y cada situación de hecho pueden merecer una categoría especial, distinguiendo entre "revisión máxima", "revisión media", "revisión mínima" y "revisión excepcional", las que define (Control Judicial de la Administración Pública, Ed. Depalma, 1984, Tomo II, pág. 664/666).- Y expuso, siguiendo esta clasificación, que puede afirmarse que el Cuerpo ha considerado a estos Recursos Jurisdiccionales como de "revisión mínima", acotados al reexamen de las cuestiones de derecho, y que no permiten adentrarse en el conocimiento de aquellas relativas a hechos y prueba, salvo excepciones, lo cual ha movido a muchos autores a criticar el remedio mismo (Mario R. FARAH - Impugnación Judicial de la Actividad Administrativa - Ed.La Ley - pág. 6/7; GARCÍA DE ENTERRÍA - que los considera "felizmente" erradicados de España, resabios de una jurisdicción marcadamente objetiva en Curso de Derecho Administrativo - Civitas - Tomo II- pág.566 a 572).----------

------ Estableció en tales precedentes que la decisión en estos Recursos adoptada, no participa del carácter de cosa juzgada material –como también destaca el Sr. Procurador General- y entonces el fallo no es

///definitivo en la medida en que siempre se encuentra asegurado para el administrado la revisión ulterior a través de las vías ordinarias previstas por el ordenamiento adjetivo vigente, y que, en la situación inversa, dada cuando el recurrente es el órgano administrativo, idéntica posibilidad surge en cabeza del mismo, que no ve cercenado su derecho a promover la acción que el ordenamiento procesal general le proporciona (SI Nº 86/SCA/01; 38/SCA/08).- Concordante, viene resolviendo la inadmisibilidad para intentar el Recurso Extraordinario de Casación en los casos en que el fallo emana de Cámaras de Apelaciones (SD N° 28/SRE/00 en conc. otras Cortes Provinciales, vg. STJ Cba. In re "Stabio..." -JA 1980-I-12), y el rechazo de la impugnación Extraordinaria Federal, cuando la sentencia emana de este Cuerpo (SI N° 86/SCA/01).----------

------ Siendo así, la posición que sobre estos Recursos viene adoptando este Superior Tribunal, concibiéndolos como “excepcionales y previos a una acción judicial, con sólo efecto preclusivo” (SI N° 11/89, 6 y 6/90, 46/90, 135/92, 77/93, 16 y 17/97, 38/SCA/08 entre otras) difiere, en beneficio del justiciable, de la que adoptan los Tribunales Nacionales y admite la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que considera que son de tránsito obligatorio, y aún en el marco de control limitado permite agotar todas las instancias otorgando al fallo fuerza de cosa juzgada material.----------

------ Que puntualmente, en cuanto al regulado por el art. 9° de la Ley XVIII-N° 32 (antes Ley N° 3923 -T.O. Ley N° 4251) - este Cuerpo

///

///tiene dicho que "...se considera "opcional", y ninguna norma obsta para que -directamente y sin ocurrir por el mismo- los interesados ejerzan la acción contencioso administrativa de retardación, anulación y/o plena jurisdicción, según al caso corresponda. Esto es, impulsen la revisión judicial plena, con amplio debate y prueba, del caso en conflicto" (S.I. N° 86/SCA/01; 38/SCA/08, ya citados).----------

------3.- Tal la índole de esta recurrencia, cuyo procedimiento no está regulado, pero que generalmente se satisface con prontitud, con un traslado al órgano emisor del acto, llamándose luego – y de oficio- los autos para resolver, no se presenta en principio apto para justificar una medida cautelar, cuyo objetivo es siempre asegurar la eficacia de la sentencia, previniendo las demoras en el proceso que haga que aquélla pueda resultar ilusoria.- Salvo excepciones en que aún el escaso tiempo que insume el procedimiento pueda amenazar la eficacia del pronunciamiento, la protección tutelar en este acotado marco, es impropia.----------

------ Que, en tanto no regulada para este tipo de procedimientos, para decidirla aún en un marco excepcional, habrían de aplicarse analógicamente las reglas del Código de Procedimientos Civiles –Ley XIII Nº 5- tal y como ocurre en los procesos judiciales contencioso-administrativos incitados por vía de acción, ante la carencia en la Provincia de una codificación específica.- Y siendo así habrá de

///analizarse si se encuentran reunidos los recaudos exigibles, esto es, los previstos el art. 234 (antes art.232 del CPCC).----------

------ Así, no sin antes recordar, que es jurisprudencia de este Superior Tribunal, en concordancia con la Corte Suprema de Justicia Nacional, que las medida cautelares no pueden aplicarse automáticamente para suspender los actos de los poderes públicos en virtud de la presunción de legitimidad de la que gozan, y para ser aceptadas se impone una previa acreditación y valoración de los requisitos que condicionan la misma (CSJN Fallos: 250:154, 251:336, 307:1702, LL 1993-B-264, 1993-E-629; STJCH SI N° 26/93, 11/94, 58/SCA/97, 51/SCA/00, 10 y 20/SCA/05, 7/SCA/06, entre otras). Y esta estrictez se acentúa cuando se trata de cautela innovativa –que de esta naturaleza es la pedida- pues no se busca garantizar el imperio de los efectos normales de determinada situación jurídica, sino que posee el fin opuesto: alterarlos (conf. SI N° 40/SCA/02; SI N°11/SCA/10).----------

------ Que son recaudos exigibles por la norma antes citada, la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la contracautela, a los cuales en el caso de medidas innovativas se agrega un cuarto que les es propio: la posibilidad de que se consume un daño irreparable, los cuales, como se dijo, deben ser examinados con un criterio detallado y particularmente severo.- Según lo ha expresado nuestra Corte Nacional, "*desde que tales medidas configuran un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, se justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (CSJN,*

///

///24/8/93, in re "Bulascio c/Banco de la Nación Arg."; íd. 23/11/95 in re "Grinbank c/Fisco Nacional"; íd. 25/6/96 in re "Pérez c/Estado Nacional", entre otras) (conf. SI N° 40/SCA/02 y 11/SCA/08).----------

------ Con especial referencia a la suspensión de la ejecución del acto administrativo, y a más de los recaudos enunciados, CASSAGNE refiere a tres requisitos para tornar procedente la tutela a saber: a) que se alegue fundadamente una nulidad absoluta, *requisito que se ha interpretado en el sentido de que la nulidad debe surgir notoriamente del propio acto, es decir, que se trate de una nulidad manifiesta* (con cita de HUTCHINSON); b) existencia de motivos de interés público, y c) que se dicte para evitar perjuicios graves al interesado (LL 26/08/09).-

------ Que respecto a la verosimilitud del derecho este Cuerpo ha seguido la jurisprudencia de la Corte Nacional, que ha dicho que este tipo de medidas "*no exigen de los magistrados el análisis de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo su verosimilitud.- El juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual se agota su virtualidad*" *(CS - Fallos 306:2060, LL 1995-D-199 y otros)"* (SI N°11/SCA/08).----------

------ Y se estableció "*que en tanto anticipo de sentencia favorable* ***la verosimilitud del derecho debe surgir manifiesta de los elementos***

///obrantes en la causa y resulta improcedente el análisis exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, cuya naturaleza y extensión habrán de ser dilucidadas con posterioridad *(Pablo O. GALLEGOS FEDRIANI - en control judicial de la Administración - Medidas Cautelares - Derecho Procesal Administrativo - Hammurabi - Tomo I - pag. 746).- Así lo exige la índole del acto atacado -presumido legítimo- y la fuerza ejecutoria que ostenta (CN Civ. y Com. Fral – sala II –27/9/00 y11/10/01 – elDial AASFA y AAE24, sala I – 3/6/04 elDial AA22BC, CNPE –sala B- 26/6/03 – elDial AA1AAF, CNCAF sala I – 3/5/95 – elDial AHC5B, sala II – 13/3/01, elDial AH32AC, sala V – 16/3/01 – elDial AH3368, SCBA – 4/7/91 – elDial W7BBF, CCAyTrib.Ciudad Autónoma – 6/7/01 – elDial B6273 –conc. PEYRANO – La verosimilitud del derecho invocado como presupuesto del despacho favorable de una Medida Cautelar innovativa – LL 1985-D-112)"* (SI N°11/SCA/08). Posición que como se ve coincide con la ya citada de CASSAGNE que exige que la nulidad de la que se acuse al acto, surja manifiesta.----------

------- Que en el caso, la verosimilitud del derecho a su vez causa de la nulidad argumentada, no surge diáfana.- Será preciso analizar la situación particular del recurrente y la legalidad de las actuaciones administrativas a la luz del ordenamiento previsional provincial, a fin de constatar si se configuran o no las incompatibilidades que el ISSyS detectó y son causa del descuento que practicó sobre sus haberes jubilatorios, todo lo cual deberá ser objeto de análisis exhaustivo al momento de emitir el pronunciamiento.----------

///

///---En relación al "peligro en la demora", el mismo radica en la probabilidad que la tutela jurídica definitiva que el accionante aguarda pueda frustrarse por 1) el transcurso del tiempo, o 2) la propia actividad de la contraria. A él ha de adosarse el de "daño irreparable" o "irreparabilidad del perjuicio" como elemento característico propio de esta medida precautoria (Jorge W. PEYRANO, ob. cit., pág. 354/357).----------

------ Que en ese orden, no se advierten razones por las cuáles el mantenimiento de la situación existente podría tornar ineficaz la decisión a dictarse, ante lo temporalmente limitado del procedimiento.- Es más, muy posiblemente ya se hubiera cumplido el traslado, y resuelto el Recurso, si el propio interesado no hubiera interferido en aquél con esta solicitud cautelar.----------

------ La irreparabilidad del perjuicio tampoco se avizora.- Pues a todo evento, el ISSyS –si resultarte que en virtud del acto cuestionado ha practicado ilegítimamente descuentos del haber del apelante- deberá proceder a su devolución, sin que se haya argumentado por la parte, insolvencia del ente.----------

------ No se ofreció contracautela.----------

///--- Que en consecuencia, a tenor de lo expuesto, corresponde rechazar la medida solicitada a fs.39 y vta. por el apelante.----------

------ Que no habiendo prosperado la medida cautelar solicitada, y en tanto este tipo de proceso no genera costas, no cabe imponerlas.- Sí procede regular los honorarios del profesional interviniente por el recurrente por este incidente, atendiendo a la manda del art. 46 de la Ley N° XIII-4 y teniendo en cuenta los parámetros de sus arts. 5 y 32 (antes 47, 6 y 33, respectivamente, del Dto. Ley N° 2.200, T. O. Dto. N° 138/99), en la suma de PESOS CINCUENTA ($50), con más el IVA si correspondiere.----------

------ Por ello la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y Minería del Excmo.Superior Tribunal de Justicia; ----------

---------- **R E S U E L V E** : ----------

------ 1°) **NO HACER LUGAR** a la medida precautoria solicitada a fs. 39 vta. por el Sr. H. A. C..----------

------ 2°) **REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. J. M. I. en la suma de PESOS CINCUENTA ($50) (arts. 5, 32 y 46 de la Ley N° XIII-4 –antes arts.6, 33 y 47, respectivamente, del Dto. Ley N° 2.200, T.O. Dto. N° 138/99), con más el IVA si correspondiere.----------
----

///

///---3°) **REGÍSTRESE** y notifíquese.----------

------ La presente se firma con dos Miembros de la Sala por encontrarse el Sr. Ministro, Dr. José Luis Pasutti en uso de licencia.---

Fdo, Dres. Daniel Luis Caneo – Fernando S. L. Royer.
Recibida y Registrada en Secretaría el 14/09/10 Bajo el N° 36/SCA/10