**RAWSON,** 26 de Julio de 2011.-

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

------ Estos autos caratulados: **“S., J. J. c/ Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa” (Expte. N° 22.344 - S- 2011)**.----------

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

------ 1.- Que a fs. 4/15, el Dr. J. J. S., por derecho propio, con el patrocinio del Dr. J. E. F., promueve -en calidad de policía retirado- demanda contencioso administrativa contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut, persiguiendo el cobro de las diferencias de haberes previsionales - retroactivo a los últimos cinco (5) años desde la interposición de la presente- resultantes de la aplicación del art. 149, primer párrafo –*in fine*- de la Ley XIX N° 8 (antes Ley N° 1561 - Personal Policial) que reza: ***“... También percibirá un suplemento por zona desfavorable de un veinte por ciento (20%) que se aplicará sobre el total de la retribución que perciba el funcionario Policial más el adicional por antigüedad ...”***.- Asimismo, requiere la regularización a futuro de los haberes mensuales que le correspondan, según la normativa mencionada, todo ello con más los intereses legales que fija el Banco del Chubut S.A. para las ///operaciones de descuento de documentos desde que cada suma es debida. Con costas (el resaltado le pertenece).----------

///

------ En el apartado III-HECHOS señala que le resulta aplicable lo dispuesto por el art. 147, 1° párrafo, de la Ley XIX - N° 8 (antes Ley N° 1561) en cuanto establece: *"El personal policial en actividad gozará del sueldo, bonificaciones (suplementos generales y particulares), compensaciones e indemnizaciones que para cada caso determina esta Ley y las normas complementarias correspondientes ..."*, determinando el art. 148 qué se entiende por "Suplementos Generales": *"... las bonificaciones integrantes de los haberes mensuales de los Policías, cualquier fuera la Agrupación o Escalafón al que pertenezca"*.----------

------ Aclara que si bien la normativa se refiere al personal policial en actividad, el "retirado" permanece en servicio sin estar activo, es decir, sin cumplir las exigencias propias del mismo, aunque tendrá la obligación de presentarse cuando sea convocado. Al pasar a retiro – aduce- ***no se pierde el Estado Policial***. Resultaría entonces inconstitucional -acusa- el sólo pensar que a los que revisten tal condición no les sea aplicable la norma antes mencionada (art. 14 bis CN). (Lo subrayado corresponde al accionante).----------

------ Refiere luego al concepto de "remuneración" en el derecho del trabajo y en el de la Seguridad Social, por ser aplicable analógicamente -sostiene- a los trabajadores del sector público.----------

///--- Resalta que uno de los principios básicos del sistema previsional argentino es el de la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad. Tal reconocimiento -alega- resulta coherente con los principios constitucionales de ***movilidad*** y,

esencialmente, con el de ***sustitutividad del haber,*** que importa la manutención de una proporción razonable de los ingresos de los trabajadores. Aduna jurisprudencia (lo resaltado le pertenece).----------

------ Manifiesta que a lo largo de estos años no se le ha abonado el suplemento por ***zona desfavorable,*** contrariando así lo dispuesto en la legislación transcripta *ab initio.* Cita jurisprudencia de la CSJN (lo subrayado del actor).----------

------ Es el Instituto de Seguridad Social y Seguros -expresa- en su calidad de ente recaudador y pagador, quien tiene el deber de abonar las remuneraciones, incluidos los suplementos generales que por ley le correspondan, debiendo observar las normas reglamentarias en materia salarial y adoptar las medidas necesarias para tutelarlas en resguardo del trabajador. Su omisión -advierte- hace incurrir a la demandada en responsabilidad, correspondiendo resarcir el perjuicio económico causado.----------

------ A continuación, expresa que el principio de legalidad establecido en la Ley I – N° 18 (antes Ley N° 920) ha sido vulnerado por el organismo previsional al incumplir con la liquidación de haberes conforme la ///normativa que rige su retiro (arts. 147, 149 y conc. de la Ley XIX – N° 8 (antes Ley N° 1561), configurándose un “enriquecimiento sin causa” a su favor y, en definitiva, de la Provincia del Chubut, *“por las diferencias salariales no abonadas”*. Cita jurisprudencia.----------

///

------ En otro orden de ideas, asevera que la legitimidad del reclamo no depende de la previsión presupuestaria ya que el Instituto y, por ende, la Provincia del Chubut, debieron prever esta contingencia al elaborar su presupuesto anual. Cita jurisprudencia de este Superior Tribunal.----------

------ Seguidamente, previene que no debe confundirse lo peticionado con lo prescripto por la Ley I – N° 355 (antes Ley N° 5718) en cuanto establece, a partir del 1° de Mayo de 2008, un adicional no remunerativo y no bonificable, en concepto de zona para todos los agentes de la Administración Pública Central, Organismos Descentralizados y Autárquicos, cuyo monto varía según la localidad de la Provincia en donde desempeñen funciones (arts. 5 y 6), haciendo extensivo dicho adicional al sector pasivo (art. 12). Posteriormente -dice- se sanciona la Ley I – N° 372 (antes Ley N° 5770) por la cual se modifican los montos establecidos por aquélla, alcanzando la suma percibida por dicho concepto (cód. 135 del recibo de haberes), con las actualizaciones periódicas, a $ 350.----------

------ Remarca que este adicional es ***“no remunerativo y no bonificable”***, mientras que el prescripto por el art. 149, 1° párrafo, *in fine*, de la Ley XIX – N° 8 (antes Ley N° 1561) es un ***suplemento general, remunerativo de carácter salarial***, lo que a priori -subraya- marca una ///diferencia jurídica que los distingue. Afirma que son dos conceptos salariales diferentes y así deben ser considerados. Transcribe el art. 147 2° párrafo de la normativa antes mencionada (lo señalado le concierne al actor).----------

///

------ No quedan dudas -indica- que el suplemento ***zona desfavorable, instituido por el art. 149*** forma parte del **HABER MENSUAL,** y que debe abonársele. La retribución de los empleados públicos -sigue- se integra no sólo con la asignación básica del respectivo cargo sino, además, con los “adicionales” o “bonificaciones” establecido por ley. Cita jurisprudencia.----------

------ Manifiesta que, en virtud de lo expuesto, se encuentra legitimado para promover la presente acción basada en el principio jurídico que tiene como finalidad restablecer el equilibrio patrimonial alterado. Justifica los extremos de la misma. Cita jurisprudencia del más Alto Tribunal.----------

------ En el punto IV- PLAZOS DEL RECLAMO- arguye que la CSJN ha expresado reiteradamente que el art. 4027, inc. 3°, del Código Civil es la disposición aplicable en materia salarial de empleados públicos. Aduna jurisprudencia.----------

------ Posteriormente, en el epígrafe IV – PETICIONA MEDIDA CAUTELAR- solicita que mediante una innovativa, se ordene al ISSyS a dar cumplimiento con lo dispuesto por el art. 149, 1° párrafo, *in fine*, de ///la Ley XIX – N° 8 (antes Ley N° 1561), y se comience a liquidar sus haberes previsionales conforme a derecho.----------

------ La misma debe ser otorgada -sostiene- al cumplimentarse todos y cada uno de los requisitos que prevé el art. 232 de la Ley XIII – N° 5 – CPCC, toda vez que el derecho que se invoca es plenamente verosímil y existe un perjuicio actual y evidente a su patrimonio.----------

///

------ Considera que la verosimilitud del derecho está dada por el erróneo proceder del Instituto al omitir liquidar el suplemento general, remunerativo y bonificable instrumentado legalmente en el art. 149 de la norma antes citada, lo cual surge -dice- de la sola inspección de los recibos de haberes que como prueba documental acompañó al presente (en realidad, remitió sólo uno).----------

------ Estima que el peligro en la demora surge del carácter alimentario de los haberes, teniendo en cuenta el valor real que pierden diariamente las remuneraciones debido al proceso inflacionario y que, aún cuando se dicte una sentencia favorable, ésta tardaría muchos años en razón de la duración de los procesos. Destaca que la medida peticionada resulta una solución provisoria menos gravosa, considerando las partes en litigio y la diferencia económica existente entre ambas, *"por lo que no se puede considerar que la medida cautelar que se dicte sería una adelantamiento de sentencia"*.----------

------ Concluye el apartado señalando que la cautelar requerida es una decisión excepcional por configurar un anticipo jurisdiccional favorable ///respecto del fallo final de la causa, siendo procedente su admisión – estima- ante la existencia de fundamentos de hecho y de derecho que exigen una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie los intereses en juego.----------

------ Ofrece prueba. Funda en derecho su pretensión. Hace reserva del caso federal, y de reclamar y/o ampliar el presente por las diferencias que

///

puedan surgir a partir del impetrado respecto a la aplicación del art. 147, último párrafo, de la Ley XIX – N° 8 (antes Ley N° 1561).----------

------ A fs. 16 son girados los presentes a dictamen del Sr. Procurador General quien se expide a fs. 17 y vta.. Considera que las razones esgrimidas por el actor no son suficientes a fin de cumplir los recaudos necesarios para la procedencia de la cautelar, por lo cual -opina- no puede prosperar.----------

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

------ I.- Que la tutela que se solicita es de índole innovativa, y, *"dentro de las tutelas cautelares o urgentes, la medida cautelar positiva, innovativa o anticipatoria es en todo caso una decisión excepcional porque altera el estado de hecho y derecho existente al tiempo de su dictado, y configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que exige una mayor prudencia en los recaudos que hacen a su admisión"* (conf. CSJN, Fallos: 316:1833; 320:1663, ///325:2347; 326:3729; LLonline AR/JUR/6554/2003; 5369/2004, 18/2006, 3558/2006, 5662/2006, 16928/2008; 30285/2009; STCH SI Nº 5 y 40/SCA/02, 20, 35, 36, 41, 42, 46/SCA/11, entre otras).----------

------ Que la doctrina ha expuesto cuáles han de ser en el caso tales recaudos.- PEYRANO, quien se ha dedicado en particular al estudio de la medida innovativa, ha explicado (en "El proceso atípico", PEYRANO - CHIAPPINI, Ed. Universidad, parte segunda pág. 20/21) que si el lesionado postula una medida innovativa debe acreditar la concurrencia

///

del riesgo de que se consume en su detrimento un "perjuicio irreparable", presupuesto éste ineludible.----------

------ Que en consecuencia -siguiendo a este autor y la jurisprudencia de la Corte Nacional- la procedencia del dictado de esta cautelar presupone la concurrencia de los tres requisitos comunes a toda cautela -*fumus bonis iuris, periculum in mora y contracautela*- y además debe estar presente un cuarto, que le es propio y característico, tal *la irreparabilidad del perjuicio* o del daño infligido por la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar. (SI N° 14 y 38/SCA/01, 10/SCA/05, 20, 35, 36, 41, 42, 46/SCA/11, entre otras).----------

------ Este Cuerpo viene señalando “...falente la Provincia de Código en lo Contencioso Administrativo, se aplica -en lo que a la índole de la cautela requerida respecta- el art. 230° del Código Procesal Civil...en concordancia con el 232º *(arts. 232 y 234 de la Ley XIII Nº 5),...* siempre que el derecho fuere verosímil; que exista peligro de que si se mantuviera o alterara -en su caso- la situación de hecho o de derecho, la modificación ///pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible... (SI Nº 63/SCA/05, 20, 35, 36, 41, 42, 46/SCA/11, entre otras).----------

------ Citando a la Corte Nacional, “este tipo de medidas no exigen de los magistrados un 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, 306:2060, 323:337; 349; MJJ42326) sin perjuicio de la severa apreciación de las circunstancias del caso, y la suma prudencia con que deben habilitarse, si son innovaticias (CSJN Fallos 325:2367 –STCH- SI N° 81/SCA/98, 56/SCA/08, 20, 35, 36, 41, 42, 46/SCA/11, entre otras).----------

------ Desde otra perspectiva “…la norma no impone al tribunal la obligación de efectuar un examen jurídico riguroso, cual el necesario para resolver el pleito, es suficiente examinar si el derecho invocado por el peticionario tiene o no apariencia de verdadero y sin que ello implique prejuzgamiento” (CSJN Fallos 320:1633; CN Fed. Cont. Adm. Sala II, LL 1982-C- 401; CN Ap. Civ. y Com. – 26/7/07 – MJJ18760).----------

------ Que sin perjuicio de ello, 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”... (Conf.: Pablo GALLEGOS FEDRIANI- “El Control Judicial de la Administración – Medidas Cautelares – Derecho Procesal Administrativo – Hammurabi -T° I- pág. 746)”. (SI N° 05/SCA/10, 20, 35, 36, 41, 42, 46/SCA/11, entre otras).----------

------ En relación al peligro en la demora, expuso esta Sala que “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", tal como se indicara al inicio de estos considerandos (SI Nº 36/SCA/10, 20, 35, 36, 41, 42, 46/SCA/11, entre otras).----------

------ La tutela preventiva o justicia "provisional", tiende a "impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se quiere obtener a través de un proceso, pierda virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre su inicio y el dictado del pronunciamiento definitivo, intentando salvaguardar la efectividad del cumplimiento de la sentencia favorable" (CN Fed. Cont. Adm. Sala IV - 16/1/95, "Centro de Agrimensores de Entre Ríos..."; Sala II - 11/3/97- "Establecimiento Vitivinícola Escorihuela...."; CS 11/6/96 "Milario...", 7/8/97 "Camacho Acosta..." conc. C. Ap. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Autónoma Bs. As. 18/4/06- MJJ7385 - STCH SI N° 81/SCA/98, 104/SCA/01, 18/SCA/08, 05/SCA/10, 20, 35, 36, 41, 42, 46/SCA/11, entre otras).----------

///--- La Corte Nacional ha dicho "que el anticipo de jurisdicción en el examen de las medidas cautelares innovativas no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del actor.- Lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado" (CSJN, Agosto 7- 1997 en "Camacho Acosta...", LL 1997 - E- 653); y que "la gravitación económica del acto cuya suspensión se pretende a través de la medida cautelar de no innovar -criterio aplicable a la innovativa- es un aspecto que debe analizarse para determinar la existencia del *peligro en la demora*" (CSJN, Fallos 318:1077).

///

Concuerda la jurisprudencia del Cuerpo en tanto ha sentado este criterio -en SI N° 14 y 38/SCA/01-, en verdad restrictivo, de que debe acreditarse que el *peligro en la demora esté dado por un perjuicio de gravitación económica que justifique otorgar esta medida excepcional*.----------

------ DE LÁZZARI, enseña con cita de PODETTI, CHIOVENDA, CALAMANDREI, que la doctrina coincide en señalar que el dictado de la medida cautelar responde a la necesidad de evitar aquellas circunstancias que en todo o en parte impiden o hacen más difícil o gravosa la consecución del bien pretendido, o en cuya virtud el daño temido se transforma en daño efectivo, de tal suerte que si tales acontecimientos se registraran efectivamente -los que se pretende evitar con la cautela- ocasionarían directamente la frustración del derecho (“Medidas Cautelares” T° 1, pág. 36; conf. SI Nº 14 y 38/SCA/01).- El ///requisito del periculum in mora exige, que la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que se aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal, no pueda, en los hechos, realizarse, es decir, “que los efectos del fallo final resulten inoperantes” (del fallo de 1ra. Instancia, CN Fed. Cont. Adm., sala IV, Noviembre 6-997, en “Youssefain, Martín c/ Secretaría de Comunicaciones...”, LL 1997-F, 270, publicado en LL Repertorio LVII-1798). (SI Nº 10/SCA/05, 20, 35, 36, 41, 42, 46/SCA/11, entre otras).----------

------ Por otra parte, al procurarse este tipo de protección jurídica en el marco de un proceso, la regla en la materia indica que “corresponde descalificar como medida cautelar la que produce los mismos efectos que si se hubiese hecho lugar a la demanda, pues la finalidad de dichas

///

decisiones es asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia favorable mas no lograr el fin perseguido anticipadamente" (CSJN – "Coto Centro Integral..." 10/10/02); "...si la realización de la cautelar compromete la materia propia debatida en la causa, se afecta el objeto mismo del pleito" (Fallos: 323:337); "Si el objeto de una medida precautoria coincide con el objeto final del pleito, no resulta procedente su otorgamiento, en tanto que ello desvirtuaría el instituto cautelar, por cuanto el objeto de la medida se confundiría con el resultado al cual se pretende arribar por medio de la sentencia definitiva ("Madrid, María Elizabeth...7-3-2002), y no corresponde dictar, a título preventivo, decisiones cuyo objeto coincida total o parcialmente con el de la demanda principal, pues el acogimiento de aquélla torna abstracta la cuestión sustancial a resolver al consumirse el interés jurídico del peticionario" ("Pou..." CSJN - 09/03/2004).- "Resulta improcedente ///establecer medidas precautorias que coincidan con el objeto de la pretensión de fondo, pues con ello se desvirtúa la naturaleza meramente instrumental del instituto cautelar 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 e impropio de su naturaleza" (Cám. Com. - Sala C- "TVA Canal Satelital...", 30/9/97, CFSS – Sala II – "Dejean...", 15/5/98).- Aunque otros tribunales morigeran este rigor si surge evidente la imposibilidad de reparación ulterior, o se valora peligro en la permanencia de la situación actual (1° C. Civ. Mza – elDial MC1964, Cám. Civ. y Com. Fral – elDial AF25D1). Criterios a los que el Cuerpo adhiere (SI Nº 29 y 55/SCA/04, 20, 35, 36, 41, 42, 46/SCA/11, entre otras).----------

///

------ II.- Del estudio de las circunstancias del caso, resulta que el requirente no ha demostrado el *fumus* -la apariencia- de buen derecho que pretende se le reconozca, en tanto la documental acompañada (un recibo de haberes) no logra producir convicción de “manifiesto” sobre el mismo. Todo ello habrá de ser materia de prueba en la causa, a valorarse en el fallo definitivo.----------

------ Que asimismo, no se aprecia peligro en la demora.- Las consecuencias que podrían derivar para quien acciona en el supuesto de autos, son de contenido exclusivamente patrimonial, siendo subsanables al momento de emitir el pronunciamiento final. Tampoco ha demostrado ///que la resolución sobre el fondo de la cuestión -de serle favorable- pudiese tornarse de dificultosa o imposible ejecución, atento la falta de cuestionamiento acerca de la solvencia del demandado.----------

------ Que si bien este Cuerpo ha considerado la jurisprudencia que recepta la doctrina de que el rigor del *fumus* se puede atemperar, cuando existe riesgo cierto de *periculum in mora* y viceversa (SI N° 51/SCA/00 conf. CN Fed. Cont, Adm. LL 120- 763, 1984-A- 265- 1993- B - 424, Supl. Der. Adm. LL 20/2/98, SI N° 38/SCA/01), esta compensación es inaplicable en el sub-lite en tanto no se dan -aún mínimamente- ninguno de estos requisitos.- Tampoco se ofreció contracautela.----------

------ Que coincidiendo parcialmente el objeto de la cautela con el del pleito, siendo insusceptible de establecerse en esta instancia del juzgamiento la verosimilitud del derecho, que no aparece manifiesta, y no

///

habiéndose acreditado ni el *periculum in mora* ni la irreparabilidad del perjuicio, la petición debe ser desestimada.----------

------ Que no habiendo prosperado la medida cautelar solicitada, no corresponde imponer costas.- Tampoco regular honorarios ante la inoficiosidad de la actuación profesional (art. 3 Ley XIII N° 4 -(antes Dto. Ley N° 2.200 -T.O. Dto. N° 138/99).-).----------

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

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

///--- **1º) RECHAZAR** la medida cautelar solicitada en autos por el Dr. J. J. S. conforme los considerandos precedentes. Sin costas.-

------ **2º) REGÍSTRESE**, comuníquese a la Procuración General, y notifíquese.----------

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

Fdo. Dres. Fernando S.L. Royer y Daniel L. Caneo.-

Recibida y registrada en Secretaría el 26/07/11 bajo el N° 72/SCA/2011.-