Comodoro Rivadavia, de octubre de 2012.-

VISTOS Y CONSIDERANDO

Estos autos caratulados: "A. B. (SEB) c/ PROVINCIA DEL CHUBUT s/ MEDIDA CAUTELAR", Expte. N°442/12, venidos del Juzgado de Ejecución N°1, Secretaria N°2, (Expte. N°2276/12) por haber sido apelada a fs. 138/141 por la parte demandada, la resolución de fs. 120/121vta. y su aclaratoria de fs. 125 y vta. en cuanto decreta medida cautelar de no innovar, suspende los efectos de los arts. 5 incs. a),b) y c) y art. 7 del decreto nro. 1008/2012 ordenando a la Provincia del Chubut abstenerse de dar a los fondos excedentes del B. P. del C. S.A. un uso distinto al indicado por la ley II-4.

La recurrente manifiesta que no se encuentran cumplidos los presupuestos legales para que la medida sea considerada procedente. Postula la interpretación del art. 5 del Decreto cuestionado conforme el art. 2 de la Ley II-4 según el cual la utilización del Fondo Unificado –que se nutre del dinero excedente existente en cuentas bancarias oficiales- debe canalizarse por intermedio del Ministerio de Economia que se constituye en el agente financiero "ad hoc" para administrar ese fondo.

Explica que la finalidad de la constitución del fondo unificado es atender las obligaciones de la Tesorería General, pero tales recursos no deben necesariamente aplicarse en forma inmediata sino que dependen de las circunstancias y necesidades de caja y que no hay norma alguna que prohiba que los recursos del fondo en tanto permanecen ociosos puedan ser afectados a producir frutos en beneficio del propio Estado.

Señala que no debe confundirse inversión con el fin último para el que ha sido creado el fondo y afirma que quien tiene potestad para decidir la inversión es tal agente financiero "ad hoc" creado por ley especial.

Indica que el Estado hizo uso de la faculta reglamentaria otorgada por la Ley II-4 y tratándose de recursos que su titular(el Estado) puede disponer en cualquier tiempo y que solo alcanza una parte de tales depósitos a la vista no se advierte que exista daño jurídico alguno. Invoca la presunción de legitimidad del acto administrativo.

Afirma que cabe presumir que el Estado y sus funcionarios deben conducirse con apego y ajuste a las prescripciones de la ley y en tal sentido invoca el art. 4 de la Ley II-4 que limita la facultad reglamentaria al decir que "no afecte el normal funcionamiento del B. del C. S.A.".

Se refiere a la verosimilitud del derecho. Dice en tal sentido que la ley no tiene como presupuesto el invocado por la amparista sino que no se afecte el normal funcionamiento del banco y sea que el fondo unificado se lo emplee para atender obligaciones de tesorería o para invertirlos transitoriamente en beneficio del propio Estado, si bien puede reducir la capacidad prestable del Banco ello no se traduce en un daño jurídico al banco.

Tampoco concurre el peligro en la demora ya que no se justificó en que medida el Estado afectará el normal funcionamiento de la institución como no poder pagar sueldos, o dar créditos.

Por último invoca la presunción de solvencia del Estado.

II.- Vale señalar que la Asociación de Empleados Bancarios, se presenta promoviendo acción de amparo con el objeto que se anule el art. 5 en sus incs. a) b) y c) y el art. 7 del Decreto Nro. 1008/12 del Poder Ejecutivo Provincial por afectar con ilegalidad manifiesta el derecho de propiedad de los accionistas del banco cuya representación ejerce y solicitó medida cautelar de no innovar mientras dure la tamitación del principal.

Fundamentó su pedido en que las normas cuestionadas violentan el art. 2 de la Ley II-4 por cuanto autorizan al Ministerio de Economía a darle, a los fondos excedentes e inmovilizados en las cuentas públicas, un destino distinto al previsto por la ley, toda vez que lo faculta para realizar inversiones en cualquier entidad bancaria o sector del mundo financiero, y autorizan al citado Ministerio a actuar como agente financiero de la Provincia en contradicción con lo dispuesto por el Estatuto del B. del C. S.A. -según el cual sólo tal entidad es agente financiero de la provincia- y lo previsto por la LSC -que en el art. 311 prohibe el ejercicio del Directorio o Consejo de Vigilancia o Sindicatura de la S.A. a los funcionarios de la administración publica-.

Invocó también la vulneración a la Ley de Administración Financiera del Estado (I-76) que obliga a mantener los fondos públicos en el B. del C. y al derecho de dividendo que poseen los accionistas, entre ellos sus representados.

Concretó el derecho de propiedad como el derecho constitucional mayormente violentado. Ello por afectación en los dividendos que en forma de ganancia se distribuyen entre los accionistas. En la

afectación de las ganancias y subsistencia del banco como tal, en tanto que puede afectar su patrimonio.

Explicó la operatoria del banco y que su principal fuente de ganancias se puede ver perjudicada con el retiro de fondos por parte de su principal accionista, que podria incluso competir con el propio Banco. La incidencia en la rentabilidad del banco que perjudica a los accionistas minoritarios que representa.

Destacó la pérdida de confianza que puede significar que el propio accionista mayoritario invierta en otras entidades.

La urgencia de la medida esta dada por la posibilidad del Ministerio de Economia disponga en cualquier momento de los fondos excedentes.

III.- Reseñado lo anterior y a fin de dar tratamiento al recurso traído debe reiterarse que en el ámbito del juicio de probabilidades es al órgano jurisdiccional a quien compete evaluar todas las circunstancias que el asunto presente para disponer lo concerniente a medidas precautorias, teniendo en cuenta en el caso de autos que la Ley V-82, en su art. 7, autoriza a ordenar las mismas en el caso que hubieren sido solicitadas.

Al respecto debe tenerse presente que existen importantes diferencias que impiden confundir la acción de amparo con las medidas precautorias que en su desarrollo se puedan decretar, por cuanto el amparo ostenta autonomía procesal y sustancial, mientras que la medida precautoria en éste caso sólo se da para asegurar la providencia definitiva del proceso principal por lo que el pronunciamiento a dictar solamente debe estar referido al ámbito de la dicha

medida, estando vedado a este Tribunal, en esta etapa, entrar a considerar cuestiones relacionadas con el fondo de la cuestión.

Que respecto de la verosimilitud del derecho como presupuesto que condiciona la admisibilidad de una medida cautelar puede decirse que ello apunta a la posibilidad de que el derecho exista, a una credibilidad objetiva que descarte una pretensión manifiestamente infundada, temeraria o muy cuestionable. "De allí que para decretar medidas precautorias no se requiera una prueba acabada de la verosimilitud del derecho debatido en el principal, extremo que solo puede ser alcanzado al tiempo de la sentencia, ni sea menester un examen exhaustivo de las relaciones que vinculen a las partes, bastando que a través de un estudio prudente -apropiado al estado del trámite- sea dado percibir un fumus boni iuris en el peticionario" (C.N.Fed. Civ. y Com., Sala II, 15/7/83, ED, T. 106, p. 500, JA, T. 1984-III, p. 418).

En el caso de autos los argumentos de la demandada no alcanzan a desvirtuar el alcance de la medida, teniendo en cuenta que no resulta posible por el tipo de proceso cautelar de que se trata, la acreditación de certeza para demostrar la facultad del Poder Ejecutivo para crear un "agente financiero ad hoc" como señala y erige en su principal argumento, frente a la clara disposición del art. 41 del Estatuto del Banco (ley II-26 art. 5) y del art. 2 de la Ley II-4 en cuanto a los fines que se deben atender.

La recurrente además, no ha logrado conmover los fundamentos dados por el cautelante incidentista al solicitarla y que el Juez de Primera Instancia admitió, referidos a la verosimilitud del

derecho y peligro en la demora. Debe considerarse, precisamente, que por el objeto de la demanda, la cautelar fue solicitada a fin de mantener el estado de situación existente respecto de la inmovilización de tales fondos excedentes en tanto no sea para atender obligaciones de la Tesorería General y se cuestiona su modificación por via del Decreto Reglamentario, de allí que no puede suponerse que no existe daño jurídico probable por el hecho de disponer de tales fondos para supuestas inversiones y rebatir la argumentación efectuada por el peticionante y de la cual se hace eco la resolución recurrida en cuanto al peligro en la demora por la inmediatez con que podrían efectuarse las inversiones.

Ello, sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva sobre el fondo de la cuestión.

Tal temperamento adoptado, no se modifica por lo dispuesto en el art. 1 de la Resolución 170/12 del Ministerio de Economía y Crédito Público que acompaña la recurrente a fs. 145/146, pues la misma resulta ser consecuencia de las facultades otorgadas al citado Ministerio por el Decreto cuestionado.

Por otra parte, la Corte Suprema admite, aún cuando propicia el carácter restrictivo, las medida de que se trata –prohibición de innovar- respecto de la aplicación de actos administrativos respecto de los cuales juega la presunción de validez (CSJN 19/5/97 LL 1998-A-60), y ha destacado que :"…es preciso recordar que el juicio de certeza en la materia en examen se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual asimismo agota su virtualidad". (Fallos

306:2060).

Existe, entonces, en principio, una presunción de veracidad respecto a la pretensión inicial, aunque, naturalmente, con un carácter precario en cuanto puede quedar desvirtuada en mérito al desarrollo procedimental que advenga, fundamentalmente en base a las probanzas que se concreten.

Frente a ese estadio jurídico provisional, encuentra sustento la admisibilidad de la medida, sin que ello implique abrir juicio sobre la materia a la cual accede, dado que se debe juzgar sobre la procedencia de la medida en si misma, más no prejuzgar sobre el fondo del asunto.

Que atento lo expuesto corresponde rechazar los agravios vertidos y, consecuentemente, desestimar el recurso interpuesto, debiendo el apelante vencido cargar con las costas de la Alzada (arts. 69 de la Ley XIII N°5, Anexo A – DJ-), regulando los honorarios del profesional actuante en porcentaje, atento no existir monto determinado en esta etapa del proceso, teniendo en cuenta el carácter incidental del presente, trabajos realizados, resultado obtenido y demás pautas valorativas de la ley arancelaria local (arts. 5 a 9, 13, 32 ley XII- Nro. 4 y 15 – DJ-).

Por ello, la Sala B de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia:

<u>RESUELVE:</u>

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 138/141 por la parte demandada recurrente.

2) Costas de la Alzada a la parte demandada apelante vencida, regulando los honorarios

profesionales de la Dra. I. A. M., en el Tres por ciento (3%) de los correspondientes a la causa principal.

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.