Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

RAWSON, 1º de noviembre de 2013.

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

------ Estos autos caratulados: **“P., M. R. c/ Provincia del Chubut e Instituto de Seguridad Social y Seguros s/ Demanda de Inconstitucionalidad” (Expte. N° 23.155-P-2013)**.--------

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

------ Que a fs. 16/20 y vta., la Sra. M. R. P., por derecho propio y con patrocinio letrado, promueve demanda de inconstitucionalidad contra el Estado Provincial, el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut y el Sr. Fiscal de Estado. Solicita que se ordene liquidar e incorporar a sus haberes de jubilada, con carácter remunerativo y bonificable, los aumentos de salarios no remunerativos otorgados en concepto de adicionales ZONA y Recursos Materiales, mediante Ley I N° 456 y Paritarias Resolución N° 058/13 entre el Ministerio de Educación y el gremio, así como también toda otra designación que en el futuro se otorgue a la generalidad del personal docente. Peticiona que, una vez incorporados dichos aumentos, se ordene liquidar y abonar retroactivamente las diferencias devengadas y no prescriptas de los adicionales ///correspondientes, cuya base de

cálculo es el concepto haber mensual, con más sus intereses legales y costas.----------

------ En el acápite “Hechos” relata que percibe un adicional por ZONA, no remunerativo y no bonificable de quinientos pesos ($ 500,00), y que éste, conforme al certificado de haberes de personas que detentan su cargo y antigüedad en la empleadora, ha sido aumentado para los agentes en actividad por Resolución N° 058/13 –Paritarias homologadas entre el Ministerio de Educación y A., de fecha 01/03/2013, con exclusión de los pasivos, conforme lo demuestra el Anexo I de la Paritaria, que adjunta. ----------

------ Afirma que ello también acontece con el adicional por Recursos Materiales, que no fue incorporado en el haber mensual de los pasivos. Señala que por paritarias se otorgó una suma fija de $ 100, y a partir del 01/03/2013 se aumentó dicho adicional, de la misma forma que el adicional por zona, tres veces al año, teniendo como base el cargo testigo. Acompaña detalle de costos en planilla, donde dice se acreditan dichos aumentos.----------

------ Analiza los caracteres propios de la remuneración, habitualidad, permanencia y generalidad, y concluye que los adicionales reclamados participan de tales características, por lo que pueden considerarse como parte integrante de la remuneración. Deduce de ello el carácter salarial, y por lo tanto su necesaria consideración para el cálculo del haber jubilatorio. Acusa a las sumas abonadas sin realizar sobre ellas aportes previsionales como “pagos “en negro”, lo que subvierte la naturaleza de

///

///la remuneración y la proporcionalidad que debe existir con los haberes previsionales. Razona que por el Acta paritaria con A., suscripta el 01 de marzo de 2013, y homologada, se produce un aumento total del 23,60% sobre esas sumas, a abonarse durante los períodos marzo de 2013 a septiembre de 2013.----------

------ Asevera que tales aumentos violentan el art. 86 de la Ley XVIII-N° 32. Insiste en que los beneficios otorgados “como no remunerativos” por Ley I N° 456 y Paritarias Res. N° 058/13 constituyen, en conjunto, un aumento salarial general encubierto.----------

------ Refiere a los principios constitucionales que, según entiende, resultan afectados. En el punto IV menciona los arts. 19 y 28 de la Constitución Nacional. En el acápite V plantea la trasgresión a los arts. 16 y 18 CN., en el VI al art. 17 CN. y en el VII, la vulneración del derecho de defensa.----------

------ Solicita se declare la inconstitucionalidad del art. 5 de la Ley I N° 355, art. 21 de la Ley I N° 456 y de la Resolución N° 058/13, Paritarias homologadas entre el Ministerio de Educación y A., de fecha 01 de marzo de 2013. Alude a precedentes jurisprudenciales que considera avalan su postura y a proyectos de ley, tanto del orden provincial como nacional, destinados a prohibir el pago de sumas no remunerativas.-------

///--- En el acápite XI- Medida cautelar, requiere de este Tribunal que se decrete una medida cautelar de innovar respecto de las situaciones de hecho en cuya virtud se omite el aumento del pago del adicional dispuesto por Zona y Recursos Materiales, dejados de percibir desde el 1º de marzo de 2013. Peticiona se ordene su inclusión en los aumentos dispuestos en tales adicionales y se disponga como cautela la liquidación de éstos por parte de S.----------

------ Alega que se encuentra en juego la naturaleza alimentaria del salario, ya que las sumas dejadas de percibir importan montos significativos para ella.----------

------ Desarrolla los requisitos para la procedencia de la tutela cautelar que solicita. En cuanto a la verosimilitud del derecho, entiende que con la documental acompañada se acredita que percibe el adicional Zona sin el aumento reclamado, así como sin el adicional Recursos Materiales. Afirma que estos adicionales deben integran el haber mensual que percibe como jubilada.----------

------ Invoca la existencia de interés legítimo como docente jubilada a que se respeten sus derechos constitucionales, y que se vuelva a la situación de percepción de sus haberes como lo hacía cuando se encontraba en situación de activo.----------

------ Sobre el peligro en la demora, refiere que existe ya un daño real, y otro no tan potencial si se atiende a su situación pasiva y a la necesidad de dar respuesta a las habituales dolencias que acompañan este período

///

///de la vida. Alega que no es necesario probar las carencias que enfrenta en su condición de pasividad, pues constituyen un hecho notorio. Juzga que de no hacerse lugar a este planteo se tornarían ilusorios los derechos que en esta instancia trata de tutelar y que, además, dada la naturaleza alimentaria de los haberes, resultarían tardíos los eventuales y posteriores reconocimientos judiciales de la pretensión.----------

------ Como contracautela, ofrece caución juratoria.----------

------ Ofrece prueba, funda en derecho, hace reserva del caso federal y realiza petitorio de estilo. Solicita se haga lugar a la medida cautelar con carácter de pronto y urgente despacho.----------

------ Corrida vista al Sr. Procurador General, se expide a fs. 25 y vta.. Razona, con cita de jurisprudencia de esta Sala, sobre la improcedencia de establecer medidas precautorias que coincidan con el objeto de la pretensión de fondo. Considera que la verosimilitud en el derecho invocada por la actora no se encuentra suficientemente acreditada, en tanto habrá de acudirse a un análisis de los antecedentes invocados a los fines de dilucidar correctamente la procedencia del reclamo. En cuanto al recaudo del peligro en la demora, tampoco lo advierte cumplido, ya que destaca que no se encuentra en riesgo la continuidad de la percepción del haber previsional de la beneficiaria, sino que la cuestión se limita al ajuste pretendido. Opina por ello que el planteo no reúne los requisitos que hacen viable la cautela innovativa que pide.----------

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

------- I.- Que, en tanto la tutela que se solicita es de índole innovativa, corresponde señalar que ésta “es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, en razón de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión” (conf. CSJN, Fallos: 316:1833; 320:1663, 325:2347; 326:3729, autos “Formar S.A. c/ AFIP s/ ordinario”, del 07/08/2007 (REX); STCH SI Nº 5 y 40/SCA/02, 20, 35, 36, 41, 42, 46/SCA/11, entre otras). Y es así en tanto “un pronunciamiento favorable altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado” (Fallos: 337: 2490).----------

------ Como lo ha recordado la Sala en abundantes pronunciamientos (SI N° 14 y 38/SCA/01, 10/SCA/05, 20, 35, 36, 41, 42 y 46/SCA/11, 6/SCA/12), la doctrina ha explicado cuáles han de ser los recaudos que hacen procedente la admisibilidad de este tipo de cautela. P., 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. 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 requisito, que le es propio y característico: *la irreparabilidad del perjuicio* o del daño infligido por la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar.----------

------ En ese sentido, el Tribunal 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 y 72/SCA/11, entre otras). Porque “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 y 72/SCA/11, entre otras).----------

///--- 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- "Las medidas cautelares contra la Administración Pública, Ed. Abaco, pág. 67)". (SI N° 05/SCA/10, 20, 35, 36, 41, 42, 46 y 72/SCA/11, entre otras).----------

------ Con relación al peligro en la demora, se expuso 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. Y a él ha de adosarse el de "daño irreparable" o "irreparabilidad del perjuicio" (SI Nº 36/SCA/10, 20, 35, 36, 41, 42 y 46/SCA/11, entre otras).----------

------ En distintas oportunidades el Tribunal ha citado a DE LÁZZARI, que 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 y 46/SCA/11, entre otras).----------

------ Además, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en referencia a la medida de no innovar y a la cautelar innovativa, que es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (Fallos 320:1633); así como que es improcedente la medida de no

innovar que no es indispensable para la salvaguarda de los derechos de quien la pide y además contraría la presunción de validez de los actos administrativos (Fallos 205:365; SI N° 08/SROE/07).----------

------ A lo dicho, cabe agregar que el citado Alto Cuerpo entendió “corresponde descalificar como medida cautelar aquella que produce los mismos efectos que la sentencia, pues la finalidad de dichas decisiones es asegurar el cumplimiento de un eventual pronunciamiento favorable ///mas no lograr el fin perseguido anticipadamente” (Fallos: 330: 4076). Por ello falló que “corresponde rechazar la medida cautelar innovativa solicitada… si, ante la coincidencia del objeto de la demanda y de la cautela, el dictado de esta última tendría los mismos efectos que la sentencia definitiva y no se advierten las razones por las cuales el mantenimiento de la situación existente podría tornar ineficaz la decisión a dictarse en la cuestión de fondo (arts. 230, inc. 2° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)” (Fallos: 335:144).----------

------ II.- Aplicados aquellos conceptos al estudio de las circunstancias del caso, debe advertirse que en tanto la cautela peticionada reviste carácter excepcional, los recaudos de admisión han de ser analizados prudencialmente.----------

------ En cuanto a la verosimilitud del derecho, resulta que la peticionante no ha demostrado el *fumus* -la apariencia- de buen derecho que pretende se le reconozca, pues no basta con cuestionar el alcance de actos administrativos y normas legales que se controvierten sino que debe evidenciarse cómo se vulneran los derechos constitucionales

///

invocados. Es que para que exista el mentado “humo de buen derecho”, no alcanza con atacar la validez de un acto administrativo con una mera expresión de deseo o enunciar o transcribir las normas constitucionales afectadas, sobre todo si se pretende tachar con la sanción más grave del ordenamiento jurídico a una norma legal dictada por uno de los poderes del Estado.----------

///--- En cuanto al peligro en la demora, la actora no ha demostrado el grado de perturbación que le ocasionaría -en su concreta situación económica- la omisión de percibir los importes cuyo reconocimiento reclama por la presente. Tampoco ha acreditado que la resolución sobre el fondo de la cuestión pudiese tornarse de dificultosa o imposible ejecución, atento la falta de cuestionamiento acerca de la solvencia, al momento de resolver la presente, de la demandada.----------

------ 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.----------

------ A lo dicho se suma que el objeto de la cautela coincide con el del pleito, por todo lo cual esta Sala considera que en esta etapa del

juzgamiento no se han reunido elementos de convicción suficientes que autoricen a tener por acreditados, aún en grado precautorio, los recaudos propios de la medida peticionada ni el específico de la “irreparabilidad el perjuicio”. Pues, aún frente al carácter alimentario de las sumas reclamadas, éstas se transformarán eventualmente en una reparación patrimonial que, de ser ordenada, procederá con más los intereses. Razón por la cual, la petición debe ser desestimada.----------

///--- III.- Que, según se resuelve, habiendo tramitado la medida cautelar solicitada *inaudita* parte, no corresponde imponer costas. Tampoco regular honorarios ante la inoficiosidad de la actuación profesional (art. 3 Ley XIII N° 4).----------

------ 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°) RECHAZAR** la medida cautelar solicitada en autos por la Sra. M. R. P. conforme los Considerandos precedentes. Sin costas.----------
----

------ **2º) REGÍSTRESE** y notifíquese.----------

Fdo. Dres. José Luis Pasutti, Fernando S.L. Royer y Daniel Rebagliati Russell.----------

---

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

RECIBIDA EN SECRETARIA 4 DE NOVIEMBRE DE 2013 y REGISTRADA BAJO EL NRO. 46/SCA/2013.----------

---

///