



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL - SALA 2

CAUSA N°72875/2012

Sentencia Interlocutoria

AUTOS: LOVATO GUIDO PIO c/ ANSES s/REAJUSTES VARIOS

Ciudad Autónoma de Buenos Aires,

Y VISTOS:

Para revolver el recurso de apelación articulado por la parte actora –cuyos fundamentos obran a fs. 10/21- contra la resolución de fs.9, mediante la cual la jueza Ana María Rojas de Anezín rechazó la medida cautelar innovativa peticionada por el apelante, por no hallar acreditado el requisito de verosimilitud del derecho.

Concedido el recurso en cuestión y elevados los autos a esta alzada en tiempo y en forma, quedan en estado de resolver (v. fs. 38).

Y CONSIDERANDO:

I. El actor obtuvo su jubilación ordinaria como trabajador en relación de dependencia al amparo de la ley 18.037; en la demanda solicitó el reajuste de su haber previsional con sustento en la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas “Sánchez, María del Carmen” y “Badaro, Adolfo Valentín”, por los períodos 1991 a 1995 y 2002 a 2006, respectivamente. Asimismo, peticionó una medida cautelar innovativa en los términos de la doctrina “Capa, Néstor Fernando c/ANSeS y otro s/reajustes varios”, sólo con relación a la movilidad determinada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en citado precedente “Badaro, Adolfo Valentín”, con fundamento en la irrazonable duración de los juicios previsionales, avanzada edad, grave estado de salud, inminencia de un daño irreparable a sus derechos constitucionales y probabilidad que la sentencia definitiva haga lugar a la demanda con fundamento en dichos precedentes (lo que Piero Calamandrei denomina “instrumentalidad hipotética” de la providencia cautelar).

II. La señora jueza de la anterior instancia, remitiéndose a lo resuelto en igual sentido por la Sala I de la CFSS en la causa “Diacó, José María c/ANSeS s/reajustes varios” de fecha 9 de noviembre de 2009, rechazó la medida cautelar peticionada, por no hallar acreditado el presupuesto de verosimilitud del derecho y porque “... la cuestión requiere un análisis de las normas jurídicas en juego, como también acreditar ciertos aspectos fácticos ... que son de imposible verificación en este estadio [lo cual] implicaría entrar al análisis de la cuestión de fondo...” (v. fs. 22).

Ahora bien, el citado fallo “Diacó, José María” en el que se sustenta la resolución apelada, fue pronunciado por la Sala I sin tener competencia para ello, pues dicha petición cautelar debió presentarse y resolverse en primera instancia y no en la Sala, cuya competencia se circunscribe a los “agravios” esgrimidos por las partes contra las resoluciones pronunciadas por los jueces de primera instancia (v. C.P.C.C.N. art. 275 a 278).

En los autos “Diacó”, por el contrario, no existía resolución de primera instancia sobre medidas cautelares, ni tanto menos, recurso de apelación ni agravios que justificara la intervención de ese Tribunal de alzada.

La nueva ley sobre medidas cautelares contra el Estado N° 26.854 (promulgada el 29 de abril de 2013), dispone, al respecto, lo siguiente “... los jueces deberán abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia.”

III. La actora en su memorial de expresión de agravios reitera –aunque ampliados- los fundamentos de la medida cautelar que peticionó en la demanda.

IV. Para la procedencia de cualquier medida cautelar es menester acreditar los presupuestos de verosimilitud del derecho (“fumus boni iuris”), peligro en la demora (“periculum in mora”), como también prestar una caución proporcionada a la verosimilitud del derecho alegado (v. CPCCN, art. 199 párr. 3°), en garantía de las costas y/o daños y perjuicios que la misma le pudiera ocasionar al afectado, siempre que demostrare “... que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley le otorga para obtenerla.” (CPCCN, arts. 199 y 208).

Ahora bien, si las medidas cautelares procuran “asegurar” derechos en riesgo de sufrir daños irreparables – además de conservarlos o de retrotraer situaciones fácticas a su estado anterior- deviene a todas luces lógica y razonable la carga de demostrar la verosímil existencia de tales derecho (“fumus boni iuris”), como también el presunto riesgo de daño que los amenazara como consecuencia de la demora de la sentencia definitiva (“periculum in mora”).

V. Con respecto al presupuesto de verosimilitud del derecho alegado por el cautelante, la doctrina más autorizada señala que “... resulta suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el autor (tradicionalmente llamado fumus boni iuris), en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal se declarará la certeza de ese derecho (cfr. Calamandrei op. cit. pág. 64; Lino e. Palacio y Adolfo Alvarado Velloso, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente-, Ed. Rubinzal Culzoni, T. 5° pág. 35).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL - SALA 2

En autos, el derecho invocado por el actor como fundamento de su petición cautelar, se sustenta en el “leading case” -replicado en miles de casos análogos- pronunciado por el Alto Tribunal de la Nación en la causa “Badaro, Adolfo Valentín”, de fecha 26 de noviembre de 2007, en el cual estableció coeficiente de actualización que correspondía aplicar a las prestaciones otorgadas bajo el amparo de las leyes 18.037 y 18.038, durante el período comprendido entre el 1° de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006: “... autorizando la deducción –aclara en su parte resolutive- de las sumas que pudieran haberse abonado en cumplimiento de las disposiciones del decreto 764/06”.

En el precedente del registro de esta Sala “Anchorena, Tomás Joaquín y otros c/ANSeS s/recomposición del haber –Medida cautelar” (resolución de fecha 29 de abril de 1998), frente a la solidez de los derechos esgrimido por los actores como fundamento de la medida cautelar innovativa peticionada, señalé al respecto lo siguiente: “De consuno a esta línea argumental –y fiel al axioma que predica que el procedimiento debe operar en función del derecho y no el derecho en función del procedimiento- va de suyo que no constituye un argumento serio para rechazar la medida, que su despacho importaría entrar de lleno en la cuestión de fondo, no sólo porque –como es sabido- en las medidas cautelares sólo se exige “verosimilitud” y no “certeza” del derecho, sino porque los argumentos que esgrimen los actores al respecto [como en el presente caso] son tan convincentes, la ley es tan clara, y la jurisprudencia tan pacífica, que se convierte en un insoslayable imperativo de justicia restituirles –bien que en forma precaria, dada la etapa en que se halla el juicio y previa agregación del expediente administrativo- el goce y ejercicio del derecho disputado en el proceso, hasta tanto se dicte sentencia definitiva sobre la cuestión de fondo (CPCCN, art. 230), gravando al Estado demandado con las consecuencias negativas de la duración del proceso –normalmente a cargo del actor- dada la fuerte presunción o verosimilitud de su obrar arbitrario [en el caso, presunción de certeza sobre el derecho reconocido en las citadas sentencias del Alto Tribunal de la Nación], como quedó dicho en los párrafos anteriores, y básicamente en orden a la naturaleza alimentaria que revisten las pretensiones esgrimidas por los accionantes (CN, art. 14 bis, art. 75 inc. 23 v. CSJN, “Camacho Acosta Máximo v. Grafi Graf SRL y otro”, LL 1995-E-652; ED 176-72, con nota de Augusto Mario Morello: “La tutela anticipatoria en la Corte Suprema.”).

El derecho invocado por el actor en la demanda –“fumu bonis iuris”- es más que verosímil, por emanar de dos sentencias provenientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, nuestro más alto tribunal de garantías y último intérprete de la Constitución Nacional, como ella mismo lo destacó en innumerables precedentes (v. entre otros: Fallos: 328: 1108; 321: 1187; 321: 1252).

Desde antiguo ha señalado el Tribunal Cimero que “... los jueces deben conformar sus resoluciones a las decisiones que en casos análogos dicte la Corte Suprema haciendo jurisprudencia” (v. “Videla Magdalena c/García Aguilera, Vicente”, año 1870 Fallos 9: 53); seguimiento que entraña para todos los jueces de la República un “... deber moral que se funda principalmente en la presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad de los magistrados que la componen y tiene por objeto-dicho obligatorio seguimiento- evitar recursos inútiles.” (v. “Pastorino, Bernardo, capitán de la barca Nuovo Principio c/Ronillón Marini y Cía.” Año 1883, Fallos: 25: 364).

Esta “presunción de verdad” que emana de los fallos del Alto Tribunal de la Nación, no hay duda que torna más que “verosímil” el derecho del actor para solicitar y obtener una medida cautelar a su favor, pues –como también lo ha reiterado en innumerables precedentes- “... la interpretación de la Constitución Nacional por parte de la Corte Suprema tiene autoridad definitiva para la justicia de toda la República, lo cual no sólo impone el puro y simple acatamiento de su jurisprudencia, susceptible de ser controvertida, sino el reconocimiento de la superior autoridad de que está institucionalmente investida.” (“Santín, Jacinto s/Impuestos internos”, año 1948, Fallos 212: 51).

El jurista brasileño Luiz Gilhermé Marinoni, por lo demás, considera que se incurre en “abuso del derecho de defensa” y el juez puede anticipar la tutela final en el proceso común de conocimiento, cuando el caso bajo juzgamiento se encuadra en el molde de un precedente de la Corte Suprema de Justicia (v. La evolución de la técnica anticipatoria y de la tutela preventiva en Brasil”, Conferencia en la Università degli Studi di Firenze, mayo de 2013, publicada en Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2014 – 2, Jurisdicción y competencia –I, pág. 581).

No hay duda que la aplicación del holding o ratio decidendi de ambas sentencias del Alto Tribunal de la Nación al haber del actor –con relación a los períodos y porcentajes establecidos de modo preciso e indubitable en dichos precedentes- se toman insoslayables y de obligatorio seguimiento por los tribunales inferiores en orden a la doctrina recién citada. No habría nada que discutir en torno a ellos –por el carácter imperativo que revisten- ni hecho alguno que probar, salvo el encuadre del actor en el plano temporal, jurídico y económico fijados en dichos precedentes, esto es, su fecha de cese, régimen legal aplicable y monto neto del haber percibido al 30 de diciembre de 2006.

En el precedente “Badaro, Adolfo Valentín” (sentencia de fecha 26/11/2007), como es sabido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad del art. 7 inc. 2 de la ley 24.463 –ratificando lo resuelto por esta Sala en los autos “Gómez Librado, Buenaventura c/ANSeS s/



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL - SALA 2

reajuste por movilidad”, con fecha 15 de julio de 2002 - citado en el considerando 20 de “Badaro”- y dispuso que la prestación del actor se ajuste, a partir del 1° de enero de 2002 y hasta el 31 de diciembre de 2006, según las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, autorizándose la deducción de las sumas que pudieran haberse abonado en cumplimiento de las disposiciones del decreto 764/06 [apartándose, de tal suerte, del rasero de movilidad que había definido con señalada precisión en los considerandos 13°, 14° y 15° de la sentencia “Badaro, Adolfo Valentín”, de fecha 8 de agosto de 2006].

Ahora bien, el presente caso es sustancialmente distinto al resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Márquez, Alfredo Jorge” (sentencia de fecha 20 de agosto de 2014, no suscripta por los ministros Ricardo Luis Lorenzetti y Juan Carlos Maqueda), en el cual hizo mérito de que “... diversas cuestiones atinentes a la fijación del haber del actor han sido resueltas en un proceso anterior cuya sentencia se encuentra en la etapa de ejecución, por lo cual la única cuestión debatida en autos es la movilidad que corresponde reconocer en el período examinado en el precedente “Badaro”, cuya aplicación provisoria es el objeto de la cautelar.” (v. considerando 4°).

En función de ello, procedió a examinar el agravio de la demandada “... referente a la inexistencia de riesgo alguno derivado del tiempo que insume el trámite normal del proceso, ya que el haber del jubilado ha sido incrementado en cumplimiento del fallo anterior al que se ha aludido, además de que ha percibido una suma importante en concepto de diferencias retroactivas.” (considerando 5°).

Destacó también que “medidas como la requerida se dirigen a evitar perjuicios irreparables, que vuelven impostergable una intervención jurisdiccional eficaz para modificar el estado de hecho en que se encuentra el peticionario (art. 23 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y Fallos: 320: 1633 y 324: 1691).

En esta inteligencia, señaló que “correspondía a los magistrados verificar cuidadosamente la concurrencia de los extremos de hecho exigidos para la procedencia de la medida solicitada, valorándolos con la prudencia que demanda un conflicto entre el derecho de defensa del organismo y la necesidad expresada por el actor. Debía ponderar –destaca- si había quedado demostrado que la permanencia del requirente en la situación que tenía al pedir la tutela anticipada, le causaba un grave menoscabo cuyos efectos no podrían revertirse con el dictado de la sentencia final” (Fallos: 324: 1691)” (v. considerando 8°).

En orden a ello, destacó en el considerando 10° que la edad del jubilado y el carácter alimentario de la prestación, “... no satisfacen el criterio de excepcionalidad y medida ya destacado, porque una abrumadora mayoría de los temas que se discuten en el fuero de la seguridad social son de naturaleza alimentaria y muchos de los litigantes son de avanzada edad.”

Para el Tribunal Címero la dilación irrazonable del proceso, ni la litigiosidad existente en el fuero de la seguridad social, “... pueden llevar a reducir los recaudos ni a alterar la proporción que debe guardar toda cautelar para no ir más allá de su propósito.” (v. considerando 11°).

En el precedente “Anderle, José Carlos c/ANSeS s/reajuste por movilidad” (E.D. 17/09/2001) el Alto Tribunal había señalado, por el contrario, que: “La defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido, dentro de un plazo razonable, pues la dilación injustificada podría implicar que los derechos pudiesen quedar indefinidamente sin su debida aplicación en grave perjuicio de quienes lo invocan.

En el “leading case” “Itzcovich, Mabel c/ANSeS” ratificó en forma contundente esta hermenéutica protectora, al puntualizar que: “El fin protector de las prestaciones comprometidas en el procedimiento previsional justicia adoptar un criterio que más convenga a la CELERIDAD del juicio, siempre y cuando las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas con arreglo a las reglas del debido proceso, recaudos que se encuentran asegurados por la existencia de tribunales especializados y la doble instancia.” (Fallo 328: 566)

En otro precedente de similar valía, el Tribunal Címero expresó lo siguiente: “Los principios del derecho previsional deben ser armonizados con las reglas procesales a fin de evitar que una comprensión amplia de los institutos procesales pueda redundar en menoscabo de derechos que cuentan con particular protección constitucional.” (v. CSJN, “Bombelli, Roberto c/ANSeS cs/reajustes por movilidad”, sentencia de fecha 6 de junio de 2006, Considerando 3°).

Y con relación a la edad de los actores –que en “Márquez” pareciera desvalorizada- puntualizó: “El procedimiento previsional se vincula con personas que por lo general han concluido su vida laboral y han supeditado sus sustento a la efectiva percepción de los haberes que les corresponde por mandato constitucional, por lo que el fin protector de las prestaciones debe ser coherente con una TUTELA PROCESAL ADECUADA encaminada a la protección efectiva que todo el derecho merece, ACENTUADA en razón de las particularidades de la EDAD AVANZADA ...” (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti en la causa “Itzcovich, Mabel”, recién citada). Es que como bien señala el ministro Lorenzetti en este “leading case”: “La calificación constitucional de ANCIANO como un



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL - SALA 2

grupo particularmente VULNERABLE, incorpora una regla hermenéutica que no se compadece con la introducción de diferencias que, lejos de protegerlos, desmejora su posición jurídica.”

Es oportuno recordar en este lugar que el Estado argentino fue declarado responsable por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Furlán y familiares vs. Argentina” (31 de agosto de 2012). En este precedente convencional se marcó una serie de estándares para la dirección del proceso en nuestro país, como el deber que pesa sobre el Estado de garantizar los derechos humanos de sujetos en situación de “vulnerabilidad”, destacándose que toda persona que se halla en esta situación es titular de una “protección especial” como sujeto del proceso (v. M. Victoria Mosmann, “Proceso y sujetos en situación de vulnerabilidad. Instrumentalidad procesal de equiparación subjetiva”, XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Jujuy 2015, Ponencias generales y ponencias seleccionadas, página 771).

Esta doctrina convencional de obligatorio cumplimiento para nuestro país como Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, armoniza perfectamente con la siguiente doctrina de la Corte Suprema Argentina: “La moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor eficacia de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección [en el caso una “medida anticipatoria”] se presentan como una de las vías aptas, durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable, pero ineficaz por tardía.” (v. CSJN, “Losicer, Jorge Alberto y otros c/BCRA - Resol.169/05 (expte.105.666/86 SUM FIN 708)”, 26/06/2012 T. 335, P. 1126; cit. por M. Victoria Mosmann, op. cit. pág. 775).

Desgraciadamente, y retomando el hilo del discurso, en tiempo coetáneo al dictado de la sentencia “Márquez” del Alto Tribunal (20 de agosto de 2014), el actor –a la sazón, de 84 años de edad- falleció, como lo certifica el despacho de fecha 28 de agosto de 2014 del registro obrante en la causa 20.797/08, caratulada “Márquez, Alfredo Jorge c/ANSeS s/ reajustes varios” (repárese que la medida cautelar de la Sala II revocada por la Corte Suprema por falta de acreditación del “peligro en la demora”, data del 4 de agosto de 2010).

Estimo que las mencionadas exhortaciones formuladas por el Alto Tribunal, deben ser evaluadas y armonizadas a la luz de otras directivas no menos trascendentes que vertió en numerosos leading case con sustento en las garantías constitucionales que resguardan el carácter integral e irrenunciable de las prestaciones de la seguridad social (328: 1602 y 2833), en procura de preservar de manera sustancial la intangibilidad de los derechos emergentes de la seguridad social (v. CSJN: “Quiroga, Carlos Alberto c/ANSeS s/ reajustes varios”, sentencia del 11 de noviembre de 2014 y fallos: Fallos: 311: 1937 y 329: 3089)

En la citada causa “Bombelli, Roberto c/ANSeS s/reajuste por movilidad” (sentencia del 6 de junio de 2006, suscripta por los ministros Enrique Santiago Petracchi –según su voto- Elena Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, Ricardo Luis Lorenzetti y Carmen M. Arghibay), el Alto Tribunal destacó que en orden al: “...carácter alimentario, integral e irrenunciable que tienen los beneficios según el art. 14 bis de la Ley Fundamental, no corresponde admitir una comprensión de normas que vuelva inoperante la protección allí establecida ... “ (v. considerando 5°).

Más recientemente, en la sentencia “Tapia, Máxima c/ANSeS s/(materia previsional) amparos y sumarisimos” (sentencia del 23 de septiembre de 2014), en línea con esta doctrina, el Alto Tribunal expresó que “... no debe llegarse al desconocimiento de los derechos tutelados por las leyes previsionales, sino con extrema cautela (Fallos: 240: 174; 266: 299; 330: 4687; 331:72; 335: 346), evitando incurrir en excesos rituales que conduzcan eventualmente al desconocimiento de la verdad jurídica objetiva (Fallos: 238: 550; 248: 625) (considerando 8°).

Esta hermenéutica normativa de prosapia protectora o de acompañamiento –al decir del maestro Augusto Mario Morello- que practica el Alto Tribunal de la Nación en los precedentes citados, se ajusta escrupulosamente a 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. 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). Incluye a menores, ancianos, discapacidad grave, migrantes y desplazados internos, pobreza, mujeres afectadas por violencia y discriminación, minoría nacional o étnica, religiosa y lingüística, personas privadas de libertad (la enumeración no es taxativa).

VI. En cuanto al presupuesto del “peligro en la demora” que también es menester acreditar para la procedencia de la medida cautelar, tiene dicho la jurisprudencia en forma pacífica que “los requisitos para la procedencia genérica de las medidas precautorias se hallan relacionados 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 el riesgo de un daño de extrema gravedad o



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL - SALA 2

irreparabilidad, el rigor acerca del fumus se puede atenuar.” (v. Lino E. Palacio y Adolfo Alvarado Velloso, Ed. Rubinzal Culzoni, T. 5° pág. 42).

En el caso de autos, los presupuestos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora invocados por el actor, devienen ontológicamente equivalentes, de modo que no resultaría necesaria en esta ocasión aplicar la citada regla de proporcionalidad inversa en beneficio de este último recaudo, dada la jerarquizada fuente de la que emana el derecho invocado por el cautelante y su perceptible deterioro físico.

Acierta Raúl Martínez Botos cuando señala que: “... si las medidas cautelares tienden a impedir que el transcurso del tiempo pueda incidir negativamente en la factibilidad del cumplimiento de la sentencia, es obvio que si tal peligro no existe, no se justifica el dictado de una medida cautelar.” (v. Medidas Cautelares, Editorial Universidad, 1996, pág. 46).

En autos, el peligro de la inutilidad de la sentencia resulta más que probable, incontestable, dada la avanzada edad del actor (87 años) y su deteriorada salud, circunstancias que adquieren enorme relevancia a los fines de la tipificación del recaudo en estudio, ni bien se los aquilata a la luz del promedio de duración de los reclamos por reajuste de haberes en nuestro país, desde la petición administrativa ante el organismo previsional (obligatoria), hasta el efectivo cumplimiento de la sentencia definitiva (nunca menos de siete años). Repárese, por lo demás, que la demanda en los presentes autos se articuló el 19 de septiembre de 2012 (v. fs. 16) y todavía no se corrió traslado de la misma a la parte demandada (3 años y ...).

Según informa el certificado médico suscripto por el doctor José Daniel Balza Moreno (v. fs. 49), el señor Guido Pío Lovato –nacido el 9 de mayo de 1928- padece, además de su avanzada edad, como se señalara, las siguientes patologías:

- a) Tumor de piel maligno
- b) Hipertensión arterial
- c) Dislipemia (alteración del metabolismo de los lípidos)
- d) Diabetes Mellitus tipo II
- e) Politraumatismo con roturas de costillas, esternón y cuellos vertebrales con secuela de eje y columna cervical y dorsal
- f) Deterioro cognitivo y demencia tipo Alzheimer
- g) Hipertrofia prostática con incontinencia urinaria
- h) Por su deterioro cognitivo crónico presenta incontinencia anal y uso de pañales
- i) Artrosis de cadera derecha que le dificulta la marcha

Ahora bien, coexisten dos factores que convergen en un solo resultado posible a la petición cautelar del actor: a) la enorme “litigiosidad” en el fuero de la seguridad social y la **“situación de atolladero institucional que padece el fuero de la seguridad social”** (C.S.J.N. Acordada 14/2014, considerando 3°); b) la inserción del actor en un grupo “socialmente vulnerable” de preferente tutela jurídica, como es considerada la “ancianidad” por la normativa convencional y constitucional.

El primero de estos factores está fehacientemente documentado a través de numerosas acordadas y resoluciones de la Cámara Federal de la Seguridad Social, entre las cuales se destaca –por su actualidad- la acordada 1/2014 en la que advirtió al Alto Tribunal de la Nación que la misma “se encuentra en una aguda crisis que lo pone en la imposibilidad de brindar el servicio de justicia que merece nuestra sociedad en materia de derechos alimentarios que hacen a la subsistencia misma” (v. considerando 11°).

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, haciéndose eco de esta denuncia, señaló en el fallo “Pedraza, Héctor Hugo c/ ANSeS s/acción de amparo” (sentencia del 6 de mayo de 2014): “Que frente al peligro cierto de desconocer la vigencia de los beneficios de la seguridad social a centenares de miles de jubilados, el Poder Judicial ve comprometida su misión de velar por la vigencia real y efectiva de la Constitución Federal” (v. considerando 11°). Para así concluir, valoró la situación de las “personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y formulan pretensiones de carácter alimentario, que se relacionan con su subsistencia y su mejor calidad de vida” (v. considerando 13°); y recordó su inveterada doctrina sobre el alcance de la garantía de la tutela judicial efectiva, con estas palabras: “... no es ocioso señalar que el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, no se encuentra satisfecho con la sola previsión legal de la posibilidad de acceso a la instancia judicial, sino que se requiere que la tutela judicial de los derechos en cuestión resulte efectiva; esto es, que sea OPORTUNA y posea la virtualidad de resolver la cuestión sometida a su conocimiento” (v. considerando 15°).

Es oportuno citar en este lugar el valioso aporte jurídico de la doctora Etel Elena Mattesich, quien en su artículo de doctrina publicado en El Derecho de fecha 16 julio del corriente año (página 13/18), destacó la meritoria labor de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) –organismo dependiente de las Naciones Unidas- con respecto a la tipificación de la ancianidad como



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL - SALA 2

uno de los “sectores socialmente vulnerables”, a través de numerosos informes emitidos sobre el tema y que fueron objeto de estudios exhaustivos por parte de la doctrina especializada (v. cita de la autora en la nota a pié de página n° 5: Rodríguez-Piñero Royo, Luis, Los desafíos de la protección internacional de los derechos humanos de las personas de edad, CEPAL, Colección de documentos de proyectos e investigaciones, año 2010, pt. II: “Las personas de edad y sus derechos específicos”, págs. 23/27).

En este contexto, también reviste apreciable valor la Declaración de Brasilia (v. CEPAL, II Reunión de Seguimiento de la Declaración de Brasilia: “Hacia una convención sobre los derechos de las personas mayores”, Buenos Aires, Argentina, 21 y 22 de mayo de 2009, Informe de Relatoría, págs. 20/20), que menciona la doctora Mattesich en su trabajo de investigación, en la cual los países signatarios reafirmaron el compromiso de no escatimar esfuerzos para promover y proteger los derechos humanos y las libertades de todas las PERSONAS DE EDAD, trabajar en la erradicación de todas las formas de discriminación y violencia y crear redes de protección de las PERSONAS DE EDAD para hacer efectivo sus derechos” (CEPAL, 2007, párrafo 1°). Asimismo acordaron “solicitar a los países miembros del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que evalúen la posibilidad de designar un RELATOR ESPECIAL encargado de velar por la promoción y protección de los derechos humanos de las personas de edad, así como impulsar la elaboración de una convención sobre los derechos humanos de las personas de edad en el seno de las Naciones Unidas” (CEPAL, 2007, arts. 25 y 26 de la Declaración de Brasilia”).

Estas normas convencionales revisten jerarquía constitucional en virtud de lo prescripto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y poseen naturaleza autoaplicativa (v. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –“Protocolo de San Salvador”- aprobado en la República Argentina mediante ley 24.658, sancionada el 19 de junio de 1996 y promulgada el 15 de julio de 1996, arts. 1° y 2°), más aún teniendo en cuenta que –como lo destaca la doctora Mattesich- con posterioridad a la Declaración de Brasilia, se realizaron tres reuniones internacionales de seguimiento de los arts. 25 y 26 contemplados en la misma, convocadas por los gobiernos de Brasil (Río de Janeiro, septiembre de 2008), Argentina (Buenos Aires, mayo de 2009) y Chile (Santiago, octubre de 2009).

Por todo lo expuesto, y estimando acreditados los presupuestos de procedibilidad analizados precedentemente, propongo hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el actor con relación a la actualización determinada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Badaro, Adolfo Valentín” sobre el haber percibido por el actor al 31 de diciembre de 2001, con el alcance que se explicará a continuación.

VII. La trascendencia jurídica y social que reviste este caso, por lo demás, impone la necesidad de garantizar su cumplimiento efectivo (pues lo que se ordena en la medida cautelar consiste en operaciones matemáticas o econométricas sencillas y rápidas, con el auxilio de programas informáticos específicos y a disposición de las partes), no sin antes analizar en profundidad el marco normativo aplicable en materia cautelar, dada la situación de extrema vulnerabilidad en la que se halla el actor y toda vez que como bien lo ha destacado el Alto Tribunal: “... la jurisdicción para conocer en el pleito, importa lo conducente a hacer cumplir las decisiones que en él recaigan” (Fallos 147: 149; 180: 197; 264: 443, entre otros).

La ley especial 26.153 (B.O. del 02/11/2006), sancionada con posterioridad a la ley general 25.453 (B.O. 31/07/2001), que incorporó el tercer párrafo del art. 195 del CPCN, derogó la prohibición similar de decretar medidas cautelares contra el organismo previsional e imponer astreintes a los funcionarios del organismo previsional, que contenía el art. 23 de la ley 24.463 (v. C.S.J.N. “Reguera, Sara c/ANSeS s/ejecución previsional”, sentencia del 11/08/2009T. 332, P. 1928).

Es oportuno recordar en este lugar que la Sala II ya había declarado inconstitucional el citado art. 23 de la ley 24.463 por unanimidad –antes de la sanción de la ley 26.153- en la causa “Fernández, Vicente c/ANSeS s/ dependientes: otras prestaciones”, mediante sentencia de fecha 26/02/1999, en la cual también había aclarado que los fondos del sistema previsional tienen una afectación legal específica (no forman parte de Rentas Generales; v. art. 187 de la ley 24.241), esto es, el pago de las prestaciones del sistema contributivo (v. ley 26.425, art. 8 y art. 1° del decreto N°897/07 que instituyó el Fondo de Garantía de Sustentabilidad).

Por tal motivo, y a mayor abundamiento, la presente medida cautelar está muy lejos de afectar, obstaculizar, comprometer, distraer de su destino o perturbar los “recursos propios del Estado” (como lo establece el párrafo tercero del artículo 195 del C.P.C.C.N. –en el supuesto que fuera aplicable a estos autos- y que luego reprodujo el art. 10 de la ley 26.854), sino, por el contrario, y como se puntualizó recién, procura la aplicación puntual de los recursos propios del sistema previsional a su destino legal específico: las prestaciones que otorga a sus beneficiarios. Tampoco se aparta esta “medida de acción positiva” –por las citadas razones- de las directivas contenidas en los artículos 9, 14, 15 y 17 de la ley 26.854.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL - SALA 2

Uno de los más eminentes procesalistas argentinos, el jurista platense Roberto O. Berizonce, ha señalado que la ley 26.854 instituyó un verdadero esquema de excepción en relación con la tutela de los derechos pertenecientes a “sectores socialmente vulnerables”, cuando se encuentre comprometida la “vida digna” conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la “salud” o un “derecho de naturaleza ambiental” (art. 2º, inc. 2º). En estos supuestos, destaca Berizonce, los jueces quedan habilitados para dictar medidas cautelares contra el Estado, cuando el conocimiento de la causa no fuere de su competencia (art. 2º, inc. 2º, cit.); pudiendo decidir las sin informe previo de la demandada (art. 4º, inc. 3º); acordándolas sin límite de vigencia temporal (art. 5º, apartado segundo); bajo simple “caución juratoria” (art. 10, inc. 2º), y, por último, el recurso de apelación contra la providencia que suspende total o parcialmente los efectos de un acto estatal, se concede “sin efecto suspensivo” (art. 13, inc. 3º, in fine).

Es por ello que sostiene este jurista que: “tales medidas no quedan sujetas al régimen general del art. 9 sobre afectación de bienes y recursos del Estado e imposición de cargas personales pecuniarias a los funcionarios. En efecto –continúa el maestro platense- un criterio contrario menoscaba principios constitucionales y convencionales que imponen el aseguramiento, de un contenido mínimo, un núcleo intangible e indisponible –“el mínimo existencial”- de los derechos tanto individuales como colectivos, económicos, sociales y culturales. El mandato convencional que liga al Estado para hacer efectivos tales derechos, consagra el principio del “desarrollo progresivo”, que refleja el ingrediente de equidad social y, precisamente, debe ser articulado, con la imposición constitucional de las “acciones positivas” (CN art. 75 inc. 23), especialmente respecto de las situaciones y sujetos a que alude” (v. CSJN, “Reyes Aguilera D. c. Estado Nacional del 4 de septiembre 2007; “id” “Q.C.S.Y. c/obierno de la Ciudad de Bs. As. s/amparo”, del 24 de abril de 2012, entre otros).

Por último, destaca este jurista que las restricciones contenidas en el art. 14 de la ley 26.854 con relación a las medidas cautelares cuyo objeto implique imponer la realización de una determinada conducta a la entidad pública demandada cuando se hallan en juego pretensiones de carácter alimentario: “Si bien la CSJN ha negado la aplicación de este tipo de medidas –aclara- cuando implicaban contrarias políticas públicas en áreas de la actividad económica estando en juego intereses puramente patrimoniales [supuesto ajeno al de autos], su procedencia no puede ser cuestionada ante derechos sociales prestacionales.”

VIII. A los fines establecidos por la norma contenida en el artículo 197, último párrafo, del CPCCN, y en procura de evitar que el trámite de este incidente de medida cautelar continúe interfiriendo la prosecución del proceso principal, deberán extraerse por secretaría copias certificadas del primero y remitirse sin más trámite al juzgado de origen para el inmediato cumplimiento de la presente medida cautelar (C.P.C.C.N, art. 198). El incidente cautelar original deberá continuar su trámite en esta Sala a los fines que correspondiere.

IX. Lino E. Palacio puntualiza, al respecto, lo siguiente: “Las actuaciones –dispone el art. 197 ap. 4º del CPCCN- permanecerán reservadas hasta tanto se ejecuten las medidas”, debiendo tramitar “por expediente separado al cual se agregarán, en su caso, las copias de las actuaciones pertinentes del principal”; y el art. 198 ap. 1º (2º párr.), del mismo ordenamiento agrega, colocándose en la hipótesis de que la parte afectada llegue a tomar conocimiento de la resolución, que “ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento.” (Derecho Procesal Civil, Ed. Abeledo Perrot, Segunda Edición actualizada por Carlos Enrique Camps, Tomo VIII pág. 55).

X. **Finalmente, propongo notificar esta resolución en forma personal al señor Director Ejecutivo de la A.N.Se.S a través del secretario del juzgado que la señora jueza tenga a bien designar, bajo apercibimiento que si no cumpliere lo en ella dispuesto en el plazo de treinta (30) días que correrán a partir de su notificación personal, se formulará la pertinente denuncia penal por incurrir presuntamente en los delitos que reprimen los artículo 239 y 249 del Código Penal (CPPN, artículo 204 inciso a); aprobado por ley 27.063 y Decreto 2321/2014).**

En mérito de lo que resulta del voto de la mayoría el tribunal RESUELVE:

- I) Revocar la resolución de fs. 16 en todo cuanto fue materia de agravios;
- II) Acoger la medida cautelar innovativa peticionada por el actor en cuanto pretende el ajuste de su haber mensual por aplicación del precedente “Badaro, Adolfo Velentín”, sobre el *quantum* del haber abonado por la ANSeS al 31 de diciembre de 2001, rechazándola con respecto a pago anticipado del importe retroactivo que eventualmente le correspondiera;
- III) Encomendar a la señora jueza a cargo del juzgado federal de la seguridad social N° 10 –por intermedio del secretario que designe- la notificación y traba de la presente medida cautelar en la



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL - SALA 2

persona del señor Director Ejecutivo de la A.N.S.e.S, quien será responsable de su efectivo cumplimiento;

IV) De existir alguna causal que impida el acatamiento de la manda judicial en tiempo y en forma, deberá comunicarlo de inmediato al juzgado de origen, en forma circunstanciada y con las constancias fehacientes que lo acrediten, el motivo de la demora y que ha agotado todos los medios a su alcance para cumplir este decisorio;

Todo ello bajo apercibimiento que si no cumpliere lo dispuesto en esta resolución en el plazo de treinta (30) días que correrán a partir de su notificación personal, se formulará la pertinente denuncia penal por incurrir presuntamente en los delitos que reprimen los artículos 239 y 249 del Código Penal (CPPN, artículo 204 inciso a); aprobado por ley 27.063 y Decreto 2321/2014).

V). Disponer que previo a la afectivización de esta medida cautelar, el actor deberá prestar caución juratoria ante el juzgado de origen, con todas las formalidades de ley;

VI) Por secretaría, dese cumplimiento a lo ordenado en el considerando VIII de esta resolución.

VII) Notifíquese a la parte actora y al señor Fiscal General de Cámara con los recaudos de ley, con expresa habilitación de día y hora (C.P.C.C.N. art. 152 y RJN, art. 63°).

Regístrese, protocolícese y remítase sin más trámite.

EMILIO LISANDRO FERNANDEZ
JUEZ DE CÁMARA

LUIS RENÉ HERRERO
JUEZ DE CÁMARA

NORA CARMEN DORADO
JUEZ DE CÁMARA
(En disidencia)

LA DOCTORA NORA CARMEN DORADO DIJO:

Disiento con el voto de mis colegas preopinantes.

Al respecto, el Alto Tribunal ya se ha pronunciado en los autos “Márquez, Alfredo Jorge c/ Anses y otro s/ Incidente”, dejando sin efecto la medida cautelar dictada, en dicho expediente, de similares características a aquella.

Ello así sostener un criterio contrario, implicará en la práctica dilatar innecesariamente la resolución definitiva de la causa, en detrimento de la actora.

En ese orden, no se acredita en autos los requisitos del art. 230 del CPCCN que autoricen a considerar, no obstante la jurisprudencia referida, el otorgamiento de la cautelar solicitada.

En igual sentido, me he expedido en in re: “CAPA, NESTOR FERNANDO C/ ANSES Y OTRO S/ REAJUSTES VARIOS”, Sent. Interl. N° 72714, del 16/10/2009.

Por lo señalado propicio, rechazar el recurso y confirmar la resolución apelada. Imponer las costas de alzada, en el orden causado (art. 21 ley 24.463)

NORA CARMEN DORADO
JUEZ DE CÁMARA

ANTE MÍ: AMANDA LUCIA PAWLOWSKI
Secretaria de Cámara