TOMO **XIX -CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- T.S.J.-**
REGISTRO Nº 1134
FOLIO Nº 3665/3668
PROT. ELECT. **TSS1** 021 **C.231**
Río Gallegos, 3 de octubre de 2023.-

Y VISTOS:

Los presentes autos caratulados: **"ALTAMIRANO HECTOR DELFINO C/ CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LA PROVINCIA DE SANTA CRUZ S/ DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA -INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR-"**, Expte. N° A-863/23-IMC-TSJ, venidos al Acuerdo para resolver; y

CONSIDERANDO:

I.- Que llegan los presentes autos a tratamiento de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia en virtud de la medida cautelar innovativa solicitada por la parte actora, tendiente a que se ordene a la Caja de Previsión Social de la Provincia de Santa Cruz -en adelante CPS- le deposite en su cuenta bancaria el beneficio del Retiro Voluntario Policial Nº 260.078/06, ya que el Organismo, a través de su área jurídica, denegó el pago del beneficio con fundamento en el art. 119 de la Ley N° 1782 y modificatorias (cfr. PE794772-2023 y certif. obrante en PE810567-2023).-

Así, en los actuados principales se presentó el Sr. Héctor Delfino Altamirano, interponiendo demanda contencioso administrativa contra la CPS con el objeto que: "...se revoque y deje sin efecto el criterio establecido en el escrito de fecha 09 de junio de 2021, que acompaño como documental, por medio del cual se dispone no depositarme los haberes a mi cuenta sueldo, beneficio del retiro Voluntario Policial Nº 260.078/06 (Acuerdo con Expte. Nº 255.916/2015), por tener una condena penal. A los efectos del revocamiento solicitado en el párrafo que antecede solicito la Inconstitucionalidad de los art. (sic) 12 y 19 inc 4° del Código Penal y del art. 120 de la Ley Nº 1782. De la misma manera solicito que cautelarmente se ordene la suspensión de la medida tomada por la demandada y se realice el depósito de los haberes, conforme las consideraciones de hecho y derecho que más abajo expondré..." (cfr. PE cit., pág. 1).-

Agrega el actor: "Que como expresara, existe una medida que lesiona mis derechos, consistente en un acto manifiestamente arbitrario e infundado sustentado en normas inconstitucionales que en nada se condicen con el estado de derecho en el que vivimos siendo inaplicables y repugnantes a nuestros tiempos en el que el respeto a los derechos humanos ha tenido tanto desarrollo. Esta ilegítima y gravísima restricción, se funda en un acto que estimo jurídicamente cuestionable y como tal carece de presunción de legitimidad y de ejecutoriedad, y los particulares no

están obligados a cumplirlos y ejecutarlos. Que el carácter de la violación a los derechos surge palmariamente del relato que realizara de los hechos y de la prueba aportada, lo cual resulta por ello prueba suficiente para expedirse acerca de la medida cautelar que se propugna, siendo esta la Orden de que se depositen en la cuenta Sueldos las sumas ilegítimamente retenidas." (cfr. PE cit., pág. 4).-

En sustento de la cautelar el actor invoca la verosimilitud del derecho, expresando: "Acredito con la documental que se adjunta y con los hechos expuestos para el juicio de cognición requerido para evaluar la procedencia de la cautelar." (cfr. PE y pág. cits.).-

En lo tocante al peligro en la demora manifiesta: "Se exige que haya probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda en los hechos realizarse porque a raíz del transcurso del tiempo los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes; entendido esto, no queda más que precisar nuevamente que en estos autos, no hay peligro más inminente que la espera." (cfr. PE y pág. cits.).-

El presente incidente se forma en cumplimiento a lo ordenado en la providencia PE510820-2023 de los autos principales (cfr. PE810567-2023).-

Corrido el traslado a la demandada, es contestado por la CPS, a través de su letrada apoderada Dra. Mariana Isak, ofreciendo prueba documental y solicitando su rechazo con imposición de costas. (cfr. PE941373-2023, CO-D00008327.pdf).-

Mediante PE590613-2023 se dispuso correr traslado al actor de la documental presentada por la accionada por el término de cinco (5) días (art. 151 del CPCyC, de aplicación supletoria por remisión del art. 22 del CPCA, Ley Nº 2600).-

Encontrándose fenecido el plazo otorgado y no habiendo el actor contestado el mismo, se corrió vista de las actuaciones al Sr. Agente Fiscal ante este Tribunal (cfr. PE963345-2023), quien se expidió en sentido negativo, considerando que no debe hacerse lugar a la medida cautelar peticionada (cfr. PE971268-2023, CVI00000452.pdf).-

Se dispone pasar las presentes actuaciones al Acuerdo para resolver en PE607216-2023.-

II.- Ahora bien, siguiendo a Hutchinson recordamos que el proceso cautelar: "...Se trata, en esencia, de una serie de medidas o mecanismos procedimentales...que se han instituido, ya con el fin de tutelar o garantizar la efectividad de un proceso principal, bien con el de prevenir los perjuicio antijurídicos que pueden causarse con la iniciación, con el tramite o con la demora de su decisión."

(cfr. autor cit.: "Derecho Procesal Administrativo", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, Tomo III, pág. 473).

Por ello, observamos que el fundamento de la garantía jurisdiccional cautelar está vinculado a una situación de urgencia que requiere una solución inmediata a los efectos de resguardar los derechos de los particulares.-

En ese sentido y como punto de partida debemos señalar que el Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo, Ley N° 2600, tipifica, en el Título VI, tres tipos de pretensiones cautelares: la suspensión de la ejecución de un acto administrativo (arts. 33 y ss.), las medidas positivas (art. 31) y las medidas urgentes (art. 25).-

Así, se ha dicho que: "'Se entiende por suspensión de la ejecución del acto administrativo la interrupción temporal y absoluta o relativa de dicha ejecución. Esta interrupción no puede ser permanente, porque entonces implicaría un caso de revocación y como en cuanto a su extensión puede alcanzar a la totalidad de las declaraciones contenidas en el acto administrativo o solamente parte de las mismas, decimos, con Retortillo González, que esa interrupción puede ser absoluta cuando se refiere al primero de los supuestos, y relativa cuando alcanza solamente al segundo de ellos.' (cfr. Gallegos Fedriani, Pablo O.: 'Las medidas Cautelares contra la Administración Pública', 2ª edición, actualizada, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006, pág. 216)" (cfr. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomo XIX, Reg. 1133, Folio 3659/3664).-

El principal efecto de este tipo de medida cautelar, es según surge también de nuestro ordenamiento, privar al acto -siempre de manera provisoria- de uno de sus caracteres, esto es, de su ejecutoriedad o ejecución forzosa. Esta medida reviste una fundamental importancia para el particular, dado que como consecuencia de dicha nota específica la Administración puede ejecutar de oficio sus propios actos administrativos (cfr. art. 12 de la Ley Nº 1260 de Procedimiento Administrativo).-

La otra medida cautelar que encontramos legislada es la de contenido positivo, prevista en el artículo 31 del CPCA, Ley Nº 2600, y es aquella consistente en la emisión de un mandato judicial tendiente a imponerle a la autoridad pública demandada una conducta determinada. Este tipo de medidas se aplican ante lo que se denomina los actos negativos de la Administración, o sea cuando se niega al particular el dictado de un acto favorable (cfr. Hutchinson, Tomás: "Derecho Procesal Administrativo", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, Tomo III, pág. 599). Para su dictado, la norma exige la demostración de la verosimilitud del derecho, la existencia de una obligación pública por parte de la demandada, y el peligro cierto de que la demora en su otorgamiento pudiere causar un daño irreversible, imposible de reparar

en la sentencia (cfr. art. 31 del CPCA, Ley Nº 2600).-

Por último, el artículo 25 del CPCA, Ley Nº 2600, regula las llamadas medidas urgentes, que son aquéllas: "...'...que según las circunstancias, aparezcan como las más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión de fondo' (cfr. art. cit.). Recuerda Hutchinson, que el campo de las medidas cautelares es muy fértil y suelen presentarse situaciones atípicas, es por tal motivo que muchos códigos provinciales regulan este tipo de medidas '...con lo cual se habilita al tribunal para decretar cualquier clase de medida precautoria siempre que ella sea idónea para el aseguramiento provisorio del derecho...' (cfr. autor y obra cit., Tomo III, pág. 617). Para la procedencia de tales medidas, el ordenamiento procesal requiere que se ostente un derecho subjetivo a la actividad omitida, y que el derecho alegado por la actuación material impugnada aparezca razonablemente acreditado (conf. art. 26 del CPCA, Ley Nº 2600). De lo expuesto, surge que el legislador ha dejado reservado el dictado de este tipo de medidas urgentes sólo ante la actividad material u omisiva de la administración. O sea, ante los hechos de la administración, es decir, frente al comportamiento material no antecedido de acto administrativo alguno (conf. Balbín, Carlos F., 'Tratado de Derecho Administrativo', La Ley 2º Ed., actualizada y ampliada, 2015, Tomo III, pág 274), y ante las omisiones estatales, las cuales consisten en una inactividad material de la administración en el marco de una obligación a su cargo (conf. Balbín, Carlos F., ob. cit., Tomo III, pág 280), quedando, por último, en este artículo también comprendidas aquellas actuaciones materiales carentes de sustento o cobertura jurídica, es decir las llamadas vías de hecho de la Administración." (cfr. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomos XVII, Reg. 1031, Folio 3208/3211 y XVIII, Reg. 1120, Folio 3603/3607).-

III.- Sentado lo anterior, sin ahondar en la naturaleza jurídica de la manifestación administrativa realizada con fecha 9 de junio de 2021 por parte de la CPS, a los fines de resolver la cuestión planteada, debe analizarse si se encuentran acreditados los presupuestos genéricos para la procedencia de toda medida cautelar, en orden a lo normado por el artículo 25 y s.s. del CPCA, Ley Nº 2600, esto es, verosimilitud del derecho y peligro en la demora.-

Conviene precisar que el juzgamiento de este tipo de pretensiones se despacha con una cognición mucho más expeditiva y superficial que la ordinaria, de modo tal que puede ser modificado en la sentencia definitiva, por lo que ni el otorgamiento de la medida prejuzga sobre el mérito de la causa, ni el consentimiento de aquélla implica aceptación de la procedencia del derecho a juzgar en la sentencia definitiva (cfr. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomo XVIII, Reg. 1079, Folio 3445/3447, entre otros).-

En este terreno también debe observarse una mayor prudencia

en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión porque la decisión es netamente excepcional, habida cuenta que configura un anticipo de jurisdicción favorable (cfr. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomo XV, Reg. 937, Folio 2811/2813, entre otros).-

Conforme se ha manifestado en doctrina, debemos destacar que la medida cautelar innovativa también es de carácter extraordinaria pues, además de los recaudos propios de toda pretensión cautelar, exige uno que le es específico y característico: la irreparabilidad del daño inflingido por la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar (cfr. Gallegos Fedriani Pablo O.: "Las Medidas Cautelares contra la Administración Pública", 2° Edición actualizada, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, pág. 135).-

En cuanto al primero de los presupuestos, es decir, el de la verosimilitud del derecho, resulta oportuno considerar que para derrumbar la presunción de legitimidad de la actuación administrativa, aquella debe emerger con indiscutible nitidez (cfr. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomos XIII, Reg. 852, Folio 2419/2422; XIV, Reg. 900, Folio 2636/2639, y Reg. 930, Folio 2771/2775, entre otros), lo cual, en principio, no se advierte en el caso de autos.-

En este sentido, advertimos que el escueto desarrollo y fundamentación del mencionado requisito en el libelo bajo estudio no logra, mínimamente, poner de manifiesto la aparente veracidad del derecho cuya salvaguarda se pretende con la medida cautelar impetrada.-

En efecto, el actor se limita en señalar: "Acredito con la documental que se adjunta y con los hechos expuestos para el juicio de cognición requerido para evaluar la procedencia de la cautelar..." (cfr. PE794772-2023, pág. 4).-

Así, este Alto Tribunal sostuvo que: "Corresponde recordar que, como bien señala Eduardo García de Enterría, la protección cautelar no debe ser otorgada si a la pretensión del demandante le falta la apariencia del buen derecho...(cfr. aut. cit.: 'La batalla por las medidas cautelares', Ed. Civitas, Madrid, 1995, citado por Hutchinson, Tomás: 'Derecho Procesal Administrativo', Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, Tomo III, págs. 573/574)" (cfr. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomo XVIII, Registro Nº 1120, Folio Nº 3603/3607).-

Respecto del peligro en la demora, debemos señalar que del estudio de las actuaciones no surge con claridad que exista un peligro inminente de tal gravedad que amerite el dictado de la medida cautelar que se peticiona, ni mucho menos que el hipotético perjuicio sea irreparable posteriormente. Debe destacarse, en tal sentido, que: "Si bien en el caso de la apariencia de buen derecho el tribunal hace un preventivo cálculo de probabilidad en el caso del peligro en la demora debe

alcanzar su fuerte probabilidad (lindando con la certeza) y no la verosimilitud. Así el peticionante debe probar las circunstancias que configuran el peligro en la demora..." (cfr. Hutchinson, Tomás: "Derecho Procesal Administrativo", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, Tomo III, pág. 512).-

Advertimos que la parte actora pretende fundar el peligro en la demora sosteniendo que: "Se exige que haya probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda en los hechos realizarse porque a raíz del transcurso del tiempo los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes; entendido esto, no queda más que precisar nuevamente que en estos autos, no hay peligro más inminente que la espera." (cfr. PE794772-2023, pág. 4). Tales afirmaciones, amén de su vaguedad e imprecisión, son insuficientes para fundar adecuadamente el requisito en estudio, puesto que no pasan de ser una mera opinión personal del actor, carente de sustentación objetiva, ya que no cuentan con el más mínimo elemento de prueba que la respalde. No debe olvidarse que no resultan suficientes, para satisfacer este requisito, las meras apreciaciones subjetivas basadas en la particular susceptibilidad de quien reclama (cfr. Carranza Torres, Luís R., "Medidas cautelares respecto de la Administración Pública", 1° Ed., Alveroni Ediciones, Córdoba, 2005, pág. 128).-

Además, en relación con los perjuicios que la conducta estatal pudiere causarle al accionante, no vislumbramos un perjuicio de imposible o difícil reparación dado que nada impediría que, en caso de obtener una sentencia definitiva favorable logre una justa reparación integral de los daños y perjuicios que le hubiera ocasionado el proceder de la CPS (cfr. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomos IX, Reg. 722, Folio 2036/2037; Reg. 743, Folio 2096/2098; y XV, Reg. 978, Folio 2984/2986, entre otros).-

IV.- Finalmente, cabe poner de resalto que la decisión a la que se arriba es provisoria y no implica prejuzgamiento alguno sobre el fondo de la cuestión a debatirse en el proceso principal.-

Por ello, y considerando que no se ha acreditado, dentro del estrecho margen de conocimiento del presente incidente, que la actuación de la Caja de Previsión Social de la Provincia de Santa Cruz responda a un accionar irrazonable o arbitrario, como así tampoco el requisito del peligro en la demora, corresponde no hacer lugar a la medida cautelar peticionada, imponiendo las costas en el orden causado en virtud de lo estipulado por al artículo 90 del CPCA, Ley Nº 2600.-

Que, en atención a las consideraciones expuestas y oído que fue el Sr. Agente Fiscal, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

1º) No hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el Sr.

Héctor Delfino Altamirano en PE794772-2023.-

2º) Imponer las costas en el orden causado.-

3º) Regístrese y notifíquese. Oportunamente, acumúlense las presentes actuaciones al principal.-

PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS
Presidenta
Tribunal Superior de Justicia

DANIEL MAURICIO MARIANI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ALICIA DE LOS ÁNGELES MERCAU
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

RENEE GUADALUPE FERNÁNDEZ
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

FERNANDO MIGUEL BASANTA
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

MARCELA SILVIA RAMOS
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia