

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

foja:

CUIJ: 13-03873906-30

ASOCIACION MENDOCINA DE PROFESIONALES DE LA SALUD C/ GOBIERNO DE  
MENDOZA P/ ACCIÓN INCONSTITUCIONALIDAD

\*103919388\*

Mendoza, 02 de Diciembre de 2016.

**AUTOS:**

El llamado al acuerdo de fs. 129, y

**CONSIDERANDO:**

Que a fs. 11/37 se presenta la Asociación de Profesionales de la Salud (A.M.Pro.S.) a través de su representante legal y deduce acción de inconstitucionalidad contra el artículo 1° del Decreto N° 101/16.

Explican que dicho decreto afecta derechos adquiridos los cuales no pueden ser vulnerados por formar parte del orden público laboral.

En el marco de la acción descripta, a fs. 80/86, solicita como medida cautelar innovativa, la suspensión del artículo 1° del Decreto n° 101/2016 hasta tanto se dicte sentencia firme en la acción principal, debiendo ordenar al Gobierno Provincial que liquide y pague el adicional productividad a los haberes de los profesionales de la salud conforme a la Ley n° 7.759 artículo 108.

Sostiene que la garantía de la tutela judicial efectiva obliga a disponer la suspensión temporal de los efectos del decreto al que considera contra legem, sin que la presunción de legitimidad de la norma sea óbice para ello.

Detalla que la medida que se solicita importa un verdadero anticipo de la garantía jurisdiccional que debe otorgarse con el objeto de impedir que el derecho cuyo reco-nocimiento se pretende, pierda virtualidad en el plazo que transcurra entre la articulación y el pronunciamiento definitivo.

Al fundar los requisitos de procedencia de la medida solicitada manifiesta que la verosimilitud del derecho es reflejo de la manifiesta inconstitucionalidad del Decreto n° 101/2016 que afecta de manera grosera, derechos, garantías y principios reconocidos por la Constitución Nacional y Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Asimismo señala que ello se evidencia en lo forzado y antojadizo de su fundamentación en la Ley n° 8.834 en su artículo 6, que establece que el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Salud, Desarrollo Social y Deportes tiene la facultad de disponer las medidas necesarias para llevar a cabo la reorganización administrativa y funcional del

Ministerio a fin de asegurar el pleno funcionamiento de los servicios de salud de todos los niveles prestacionales. Sostiene que esto en modo alguno puede implicar una negación del derecho a percibir el pago de adicionales otorgados por ley, vía decreto del Poder ejecutivo y que además fuera expresamente prohibido por la Ley n° 8.833.

Expresa que el *fumus bonis iuris* surge inequívocamente de los derechos y garantías amenazados por la norma discutida, tales como estabilidad en el empleo público, remuneración justa, derecho de propiedad, principio de representatividad en la negociación colectiva, progresividad, seguridad jurídica, razonabilidad y jerarquía normativa. Destaca que dicho menoscabo se ha concretado anticipadamente, por cuanto se ha suspendido el pago del ítem la productividad en el mes de febrero, por actividades desarrolladas en el mes de junio de 2015 a todos los trabajadores del régimen salarial 27. En consecuencia, sostiene que la aplicación del decreto cuestionado tiene efectos retroactivos.

Señala que este adicional del salario de los trabajadores del sector fue logrado gracias a la vigencia efectiva de los derechos sindicales, por lo que la libertad de negociación sindical se ha visto pulverizada por la efectiva aplicación del Decreto n° 101/2016.

Considera asimismo que el Decreto atacado vulnera ampliamente el derecho de propiedad, quebrantando derechos adquiridos y siendo contrario al régimen constitucional vigente. Destaca que la defensa de los derechos de los trabajadores exige que se disponga la suspensión de actos o Decretos contra Ley, inadmisibles a la luz de los Tratados de Derechos Humanos, que jamás admitirían que el salario quede, siquiera temporalmente, sujeta a una pauta absolutamente incierta.

Con relación al peligro en la demora considera la aplicación de la norma importa un recorte en el salario de los trabajadores del sector, que se verá gravemente afectado atento a la conocida escala inflacionaria que aqueja a la economía nacional y redundará en una progresiva pérdida del valor adquisitivo del mismo.

Sostiene que en este caso el peligro no es solo potencial, por cuanto a pesar de haber laborado, la suspensión del pago es con efecto retroactivo, todo debido a la mecánica de cobro y distribución de la productividad.

Asimismo destaca el particular contexto temporal en que se pretende la aplicación del Decreto n° 101/2016, el cual agrava la situación de peligro que provoca la demora de la decisión de fondo, fundado en la crisis que afecta a los trabajadores.

Ofrece como contracautela caución juratoria.

Por último y en subsidio, solicita medida innominada a fin de que se ordene a la Administración a mantener el proceso de cálculo, recaudación y liquidación de productividad a los profesionales de la salud, mientras dure la aplicación del Decreto n° 101/2016, informando mes a mes a este Tribunal la nómina y liquidación que le corresponde a cada trabajador profesional de la salud.

Cita jurisprudencia, ofrece prueba y funda en derecho.

II.- Corrida la vista de ley, la demandada contesta a fs. 91/94 solicitando el rechazo de la medida cautelar incoada.

Sostiene que la medida cautelar resulta improcedente por cuanto su objeto se interpone con el de la acción de inconstitucionalidad principal, siendo en definitiva un anticipo de la garantía jurisdiccional. Asimismo destaca que con tal petición se pretende modificar el status quo, tratando de obtener un cambio en la normativa vigente a la fecha al pretender privar de efectos a la norma cuestionada.

Expresa que en relación al requisito del peligro en la demora, no se ha acreditado de modo alguno que la sola suspensión por el lapso de 6 meses implique un peligro cierto y concreto de subsistencia para los trabajadores de la salud. Considera que tampoco ha sido demostrada la existencia del perjuicio irreparable que justifique la concesión de la medida.

En cuanto a la verosimilitud del derecho invocado, señala que el mismo no se advierte en forma palmaria, ostensible o manifiesta, sin necesidad de examen o investigación de hecho, que la norma dictada padezca los vicios de ilegitimidad e inconstitucionalidad que imputa la accionante. Así tampoco, sostiene, ha logrado la peticionante acreditar ni siquiera someramente la confiscatoriedad de la medida atacada ni la alteración sustancial de la remuneración de los afectados por la misma.

Por último, reitera los fundamentos expuestos al contestar la acción principal en relación a la legitimación sustancial activa de la actora. Así sostiene que la accionante carece del interés exigido por los artículos 41 y 223 del C.P.C., concluyendo que el planteo formulado lo es en el solo interés de la ley.

Cita Jurisprudencia y funda en derecho.

III.- A fs. 98/102 vta. contesta Fiscalía de Estado, solicitando el rechazo de la medida impetrada. Amplía los argumentos esgrimidos por la demandada, entendiendo que el acto administrativo ya ha sido ejecutado, por lo que la pretensión debe ser analizada como innovativa. Señala que ello trae como consecuencia mayor rigor a la hora de apreciar la acreditación de la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, la irreparabilidad del daño y la no afectación del interés público.

Considera que ninguno de los requisitos mencionados han sido acreditados por la accionante. Asimismo señala que no se ha cumplido con el requisito de la contracautela, solicitando que en caso de prosperar la pretensión, la misma sea efectiva, real y guarde razonable relación con la materia sometida a resolución judicial.

IV.- A fs. 108/112 vta., la parte actora denuncia como hecho nuevo que el Decreto cuya suspensión solicitan, ha sido prorrogado por 180 días más por medio del Decreto n° 900/2016 de fecha 26 de julio de 2016. Asimismo amplía la medida cautelar solicitada contra este último decreto con idénticos fundamentos que los ya expuestos a fs. 80/86.

A fs. 124 y vta. contesta la vista conferida Fiscalía de Estado, remitiéndose a los fundamentos dados en su contestación de 98/102 vta.

III.- Principios que rigen la materia.

Tiene dicho este Tribunal que si bien, por vía de principio, medidas como la requerida no son admisibles respecto de actos administrativos o legislativos dada la pre-sunción de legitimidad de la que gozan los actos de los otros poderes del Estado, las mismas pueden proceder cuando se los impugna sobre base prima facie verosímiles, más tal admisión requiere por parte de los jueces una especial prudencia en la apreciación de los recaudos que tornen viable su concesión (C.S.19/5/1997, Doc.Jud.1998-A-203 y L.L.1997-E-524; 16/7/96, L.L. 1996-E-560; L.A.153: 83; 152:273; 201-88) Se ha señalado también que en las acciones de inconstitucionalidad el dictado de las medidas cautelares no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud, ya que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar que no es otra que atender a aquello que no exceda el marco de lo hipotético. (Fallos 300-2060; L.A.122-13; L.A.139-51 entre otros).

IV.- Aplicación al caso concreto:

Tal como ha sido planteada, la medida cautelar solicitada no puede prosperar. En efecto:

De los antecedentes agregados a la causa no surgen suficientemente acreditados los requisitos exigidos para la procedencia de la misma.

No se advierte - en esta etapa liminar - la patente ilegitimidad del acto legislativo cuestionado, cuya dilucidación exigirá una indagación y análisis que exceden de la instancia de conocimiento provisorio de una precautoria. Dicho extremo ha sido expresamente reconocido por los peticionantes desde que solicitan un anticipo de jurisdicción. Al respecto debe referirse que el resultado que la actora pretende lograr con la cautelar solicitada, excede el marco de esta acción, de naturaleza meramente declarativa.

A ello debe agregarse que no se ha probado, ni sumariamente, que el cumplimiento de las disposiciones previstas por el Decreto impugnado ocasione un perjuicio irreparable a los derechos constitucionales que los peticionantes denuncian como conculcados. Máxime cuando lo que se ha suspendido es el pago del adicional, lo que no implica que el mismo haya sido suprimido. Más aún se advierte que los perjuicio que eventualmente pudieran ocasionarse con su vigencia serían de carácter netamente patrimonial y sumado a la presunción de solvencia que existe a favor del Estado, no puede hablarse de daño irreparable o de difícil reparación exigido como requisito para la procedencia de medidas como la solicitada.

Concurre también a sostener esta decisión el carácter excepcional de la medida que exige se emplee con particular prudencia, máxime cuando la medida se pretende frente a un acto legislativo de otro poder del estado.

Sin embargo, se advierte que, conforme la redacción del propio decreto cuestionado, lo que suspende es el pago a los fines de preservar los derechos que pudieran corresponderle a la parte accionante, durante el plazo que transcurra hasta la sentencia que resuelva la cuestión de fondo resulta procedente admitir la medida innominada solicitada en subsidio.

En consecuencia, corresponde ordenar a la demandada a que durante la tramitación del proceso y hasta la sentencia, mantenga el proceso de cálculo, recaudación y liquidación de productividad a los profesionales de la salud. A tal fin, deberá informar mes a mes a este Tribunal la nómina y liquidación que le corresponde a cada trabajador de la salud.

#### **EN DISIDENCIA EL DR. NANCLARES, DIJO:**

Por los mismos fundamentos dados al rechazar la medida cautelar peticionada, considero que no resulta procedente la medida innominada solicitada. ASI VOTO.

V.- Costas:

Sin perjuicio del modo en que se resuelve la medida cautelar solicitada, se entiende pertinente imponer las costas por su orden, ello en atención a las particulares circunstancias en la que se desarrolló la causa, y el criterio adoptado en cuestiones similares. Por todo lo anterior, esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia.

Por lo expuesto, se

#### **RESUELVE:**

- I.- Desestimar la medida cautelar solicitada por la actora a fs. 80/86.
- II.- Hacer lugar a la medida innominada planteada en subsidio en el punto VI de fs. 85 vta. En consecuencia, corresponde ordenar a la demandada a que durante la tramitación del proceso y hasta la sentencia, mantenga el proceso de cálculo, recaudación y liquidación de productividad a los

profesionales de la salud. A tal fin, deberá informar mes a mes a este Tribunal la nómina y liquidación que le corresponde a cada trabajador de la salud.

III.- Imponer las costas en el orden causado.

IV.- Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

NOTIFIQUESE.

GWC

**DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO**  
Ministro

**DR. JORGE HORACIO J. NANCLARES**  
Ministro  
(En disidencia)

**DR. JULIO RAMÓN GOMEZ**  
Ministro