RAWSON, 23 de Diciembre de 2.008.-

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

------ Estos autos caratulados: "**ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE EMPLEADOS LEGISLATIVOS DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT (A.P.E.L.) y otros c/ Provincia del Chubut s/ Demanda de Nulidad - Medida cautelar** " (Expte. Nº 21.559 -A- 2008).----------

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

------ Que a fs. 78/87 vta. la ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE EMPLEADOS LEGISLATIVOS DEL CHUBUT (A.P.E.L.), a través de su Secretario General, su Secretaria Adjunta y su Tesorera, en representación de los intereses colectivos de sus asociados y de los intereses individuales de sus afiliados -H. M. R. y F. E. C. - intenta demanda contencioso administrativa contra la Provincia del Chubut, solicitando la declaración de nulidad de las designaciones de los Sres. R. P. en el cargo de Sub Mayordomo y A. E. P. en el de Oficial de Taller, efectuadas mediante Resolución Nº 415 suscripta el 25 de Noviembre de 2.008 por el Presidente de la Honorable Legislatura del

Chubut y aprobada por Resolución Nº150/08 de Cámara.----------
---

///--- Denuncia que a través de estos actos administrativos se ha producido un conflicto colectivo de trabajo, debido a la implementación de mecanismos de ingreso o ascenso en la carrera administrativa de los agentes en la Legislatura Provincial diferentes a los establecidos en el régimen que los rige, tal la Resolución Nº 142/03, Estatuto del empleado legislativo.- Fundan la nulidad en vicios de forma por violar los arts. 1, 3, 4, 6, 23 y 24 de la norma indicada; en la competencia, en la causa y en la motivación.- A más – sostienen- el acto conculca los arts. 14 y 14 bis de la CN, la Carta Iberoamericana de la Función Pública, el art. 24 inc. 9 de la Carta Provincial.----------

------ Encuentra una afectación del derecho a la carrera, tanto de los agentes representados en forma colectiva, como del interés individual de los dos afiliados por los que impetra esta acción, desde que los nombramientos en cuestión se han dispuesto en infracción a dicho Estatuto, sin que se realizara un concurso previo que permitiese a aquéllos participar para acceder a dichos cargos, perjudicando sus posibilidades de ascenso.----------

------ Arguye que la Sra. R. y el Sr. C. podrían haberse postulado – si se hubiera celebrado un concurso- al cargo de Sub Mayordomo o Sub jefe de Mayordomía, de naturaleza jerárquica, que tiene

establecido un índice de 0,673 puntos en el nomenclador de cargos, y que para ocuparlo, según se indica en las misiones y funciones, son requisitos acreditar título secundario y/ o seis años de antigüedad.- Así, por ser ambos empleados legislativos que revistan en categorías del escalafón inferiores a aquélla y porque sus haberes son menores a los que percibirían de llegar a ocuparla.- Refiere que la primera ingresó en el año 1.984 a la Honorable Legislatura y se desempeña como Auxiliar ///Administrativo al que le corresponde un índice 0,565; y que el segundo es Cadete, con un índice de 0,409 y su ingreso se produjo en 2.002.- En cuanto al cargo de Oficial de Taller, en el cual este último podría haber concursado –aclara- tiene un índice de 0,550, no ha sido detalladas sus misiones y funciones y no es jerárquico.- Añade que además de ellos, otros empleados legislativos que revistan en categorías menores a las cubiertas con el acto nulidicho se habrían visto impedidos de concursar.----------

---

------ Manifiesta desconocer si las personas designadas cuentan con idoneidad para desempeñarse en los cargos en conflicto, o si tienen antecedentes laborales previos en tareas similares.- Sólo dicen que la Sra. P. *"posee una experiencia de tan sólo meses de contratada (contrato de locación de servicios) en la Legislatura y que habría sido antaño empleada doméstica del Ingeniero Mario E.Vargas…"*.----------

---

///

------ Advierten que el Presidente de la Honorable Legislatura, conforme el Reglamento Interno, no tiene competencia para efectuar los nombramientos de personal como lo hizo en el acto opugnado, sino que debe realizarlos la Cámara de Diputados.----------

------ Solicita como medida precautoria *"la suspensión de la ejecutoriedad de los nombramientos cuestionados efectuados en las Resoluciones señaladas"*, mientras tramite la presente causa y hasta el dictado de la sentencia definitiva en la misma.----------

///--- Funda la *verosimilitud del derecho* que invoca en la violación al ordenamiento vigente y al procedimiento establecido, para el nombramiento de estas personas mencionadas.- Arguye que se permitió el ingreso de éstos en una categoría diferente de la inferior; e insiste en que no se concursaron sendos cargos y que se impidió a los agentes R. y C. postularse para ocupar las vacantes.-----

------ En cuanto al *peligro en la demora*, aducen que permitir que el acto cuestionado continúe vigente y se siga ejecutando, implica frustrar las posibilidades de estos últimos de participar en un concurso en el que se disputen las vacantes.- Sostiene que consentir la ejecución de tales nombramientos lleva implícito que aquéllos comiencen a percibir haberes conforme a su situación de revista, detraídos del presupuesto legislativo, perjudicando las arcas públicas.- Esperar al dictado de la

sentencia definitiva –razonan- podría colocar a los Sres. P. y P. en una situación de ilegítima ventaja –entiende- porque de decretarse ulteriormente la nulidad de los actos de sus designaciones sin suspender la ejecutoriedad de los mismos de manera preventiva, se les permitiría adquirir una experiencia en el puesto que los colocaría en una situación ventajosa respecto de quiénes quisieran concursarlo.-De no otorgarse la precautoria, la duración del proceso convertiría en ilusorios los derechos reclamados -concluye- y ofrece *caución juratoria* como contracautela.----------

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

------ Que el criterio expuesto en la jurisprudencia de este Superior Tribunal -en concordancia con la doctrina de la Suprema Corte Nacional- informa que las medidas cautelares no pueden aplicarse ///automáticamente para suspender los actos de los poderes públicos, en virtud de la presunción de legitimidad de la que gozan, sin perjuicio de lo cual su procedencia es aceptada excepcionalmente, previa acreditación y valoración de los requisitos que condicionan la misma (CSJN Fallos: 250:154, 251:336, 307:1702; STJCH S.I. Nº 26/93, 11/94, 58/SCA/97, 104/SCA/01 y 18/SCA/08 entre muchas otras).----------

///

------ Que se solicita *"la suspensión de la ejecutoriedad de los nombramientos...efectuados en las Resoluciones…"ya mencionadas, por lo que es evidente, que* atento el alcance pretendido, la requerida es una tutela de carácter innovativo.- POZZO GOWLAND advierte que el planteo de la *prohibición de innovar* respecto de los actos administrativos presenta dificultades específicas que pueden obstaculizar su procedencia, y entre otros que menciona se halla la falta de idoneidad de la prohibición de innovar para suspender los efectos de un acto administrativo, ya que tal medida tiende a que no se modifique una situación de hecho ya existente cuando, precisamente, el administrado pretende todo lo contrario; vale decir, que se suspenda la ejecución de un acto que, al momento de solicitarse la medida cautelar ya se está cumpliendo.- Ello hace que en sentido estricto corresponda la aplicación de una medida cautelar "innovativa".- (Citado por Luis R. CARRANZA TORRES en "Medidas cautelares respecto de la Administración Pública", pág. 250 – STCH S.I. N° 76/SCA/07).----------

------ Que este Cuerpo tiene dicho -siguiendo a H. que cita a R. y P. - cuando trata la suspensión del acto administrativo como medida cautelar, que si la innovativa tiende a ///alterar el estado de hecho y de derecho creado con la emisión de un acto administrativo del que se alega su nulidad, si aquélla es dictada, se retrotraería la situación al estado anterior a su emisión, y carecería de toda lógica -y no sólo jurídica- que un tribunal declarara "provisoriamente" que el acto no existe -efecto natural de esta cautela.- Lo que el juez debe hacer -

aconseja- si entiende que el acto presumiblemente no es legítimo, no es excluir provisoriamente su existencia, sino ***suspender su eficacia***, esto es suspender los efectos del acto, armonizando las potestades de la Administración con las del Juez ... y lo que particularmente le interesa al administrado mientras discute su legalidad, es que el acto no se aplique, que no produzca efectos en su perjuicio; no le interesa su existencia.- (conf. "La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional", ED 124-677 – S.I. Nº 40/SCA/02).----------

------ Que –también se ha dicho- siguiendo a la Corte Nacional, que tales medidas –las innovativas- configuran un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, por lo que se justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (CSJN, 24/8/93, in re "Bulascio c/ Banco de la Nación Arg."; íd. 23/11/95 in re "Grinbank c/ Fisco Nacional"; íd. 25/6/96 in re "Pérez c/Estado Nacional", entre otras; conf. S.I. Nº 5 y 40/SCA/02 y 76/SCA/07).----------

------ Que de conformidad con el art. 230 en concordancia con el 232 del CPCC –a falta de Código Contencioso Administrativo en la Provincia- a los efectos del otorgamiento de las medidas cautelares se exige la concurrencia de determinados requisitos, tales ***la***

///verosimilitud del derecho, el 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 imposible o ineficaz, la imposibilidad de obtención de la cautela por medio de otra medida precautoria (Julio R. COMADIRA - Las medidas cautelares en el proceso administrativo - Rev. LL2/6/94) a más de, por imperio del art. 199 CPC, la contracautela. (S.I. Nº 2/SCA/96 y S.I. Nº 76/SCA/07).- A ellos se agrega un recaudo que le es propio, tratándose de suspensión de actos de la administración, tal la posibilidad de ***que se consume un daño irreparable*** (S.I. Nº 76/SCA/07 y 93/SCA/07, entre muchos).----------

------ En cuanto a la primera exigencia, esta Sala ha dicho –siguiendo la jurisprudencia nacional- que "*como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo de su verosimilitud.- Es más, el juicio de verdad se encuentra en oposición a la finalidad del instituto, que no es otra que la de atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, agota su virtualidad*" (Fallos 325:3209 y su cita 306:2060); sin perjuicio de la severa apreciación de las circunstancias del caso, y la suma prudencia con que deben habilitarse (CSJN "Astillero Alianza SA", del 8/10/91).- Asimismo, "desde la perspectiva de la verosimilitud del derecho, la norma no impone al Tribunal la obligación de efectuar un examen jurídico riguroso, cual el necesario para resolver el pleito, es suficiente examinar si el derecho invocado

por el peticionante tiene o no ///apariencia de verdadero y sin que ello implique prejuzgamiento" (CN Fed. Cont. Adm. Sala II, LL 1982-C-401).----------

------ Que la ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE EMPLEADOS LEGISLATIVOS DEL CHUBUT (A.P.E.L.) denuncia en la demanda distintos vicios en las Resoluciones Nº 415/08 y Nº150/08: de forma, en la competencia, en la causa y en la motivación.- En su mayoría se dirigen a convencer al Tribunal de que no se ajusta a derecho el procedimiento ni el acto que culminó con la designación de la Sra. R. P. en el cargo de Sub Mayordomo y del Sr. A. E. P. en el de Oficial de Taller; que éstos no reúnen los requisitos para acceder a tales cargos; y que existen otros agentes legislativos -entre ellos, los Sres. H. M. R. y F. E. C. que viene especialmente representando- que sí los cumplen y aspirarían a concursarlos, habiéndoseles privado de esto al efectuarse los nombramientos cuestionados.- La precautoria intenta resguardarlos, a pesar de que los dos citados en primer término han sido designados a partir del 1 de Diciembre de 2.008 y la demanda se interpone el 18 siguiente.----------

------ Que tales son esencialmente, los fundamentos que sustentan la pretensión y en virtud de los cuales se requiere la nulidad de las Resoluciones atacadas.- De tal suerte, en primer lugar se advierte que ***la cautela coincide con el objeto del pleito***, y la regla en la materia

indica que “corresponde descalificar como medida cautelar la que produce los mismos efectos que si se hubiese hecho lugar a la demanda, pues la finalidad de dichas decisiones es asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia favorable mas no lograr el fin perseguido anticipadamente” (CSJN – “Coto Centro Integral ...” ///10/10/02); “... si la realización de la cautelar compromete la materia propia debatida en la causa, se afecta el objeto mismo del pleito” (Fallos: 323:337).----------

------ En ese sentido, esta Sala –en S.I. N° 76/SCA/07- ha entendido que si el objeto de una medida precautoria coincide con el objeto final del pleito, no resulta procedente su otorgamiento, en tanto que ello desvirtuaría el instituto cautelar, por cuanto el objeto de la medida se confundiría con el resultado al cual se pretende arribar por medio de la sentencia definitiva.; que “no corresponde dictar, a título preventivo, decisiones cuyo objeto coincida total o parcialmente con el de la demanda principal, pues el acogimiento de aquélla torna abstracta la cuestión sustancial a resolver al consumirse el interés jurídico del peticionario” (“Pou ...” CSJN - 09/03/2004).- “no corresponde dictar a título precautorio decisiones cuyo objeto coincide total o parcialmente con el de la demanda y excede lo previsto por el art. 230 CPCC, cuya finalidad es meramente conservativa y tiende a asegurar la eficacia de la sentencia final (Considerando 5° - CNACAF – Sala II – 14/10/01)”.------

------ Se advirtió en la misma Interlocutoria que "si la realización de la cautelar conlleva la concesión del objeto mismo del juicio "comprometiendo la propia materia debatida en la causa, se afecta precisamente el objeto del pleito con menoscabo a garantías constitucionales, como la defensa e igualdad entre las partes" (CNACAF – Sala II – "Alles ...", 22/02/02).- "Resulta improcedente establecer medidas precautorias que coincidan con el objeto de la pretensión de fondo, pues con ello se desvirtúa la naturaleza meramente instrumental ///del instituto cautelar al convertirse en un medio para arribar precozmente a un resultado al que sólo podría accederse mediante el correspondiente dictado de una sentencia de mérito, por lo que adquiriría así un carácter autónomo e impropio de su naturaleza" (Cám. Com. - Sala C- "TVA Canal Satelital ...", 30/9/97, CFSS – Sala II – "Dejean ...", 15/5/98).- Aunque otros tribunales morigeran este rigor si surge evidente la imposibilidad de reparación ulterior, o se valora peligro en la permanencia de la situación actual (1° C. Civ. Mza. – elDial MC1964, Cám. Civ. y Com. Fral – elDial AF25D1). Criterios a los que el Cuerpo adhiere (S.I. Nº 29 y 55/SCA/04, , 25 y 26/SCA/07).----------

------ En cuanto al *peligro en la demora*, está vinculado a situaciones de perjuicio irreparables (SCJN Fallos 307:2267, LL 1985-A-46) derivados del transcurso de tiempo que el proceso genere, de tal modo que si se mantienen o no se alteran los efectos del acto, la sentencia a

dictarse corre el riesgo de ser ilusoria. (S.I. Nº 2/SCA/96).- MAIRAL enseña, que existe un gravamen irreparable en el supuesto –entre otros- de que la sentencia no pueda reponer las cosas al estado anterior a la ejecución del acto y la diferencia resultante no sea adecuadamente compensable en dinero (Control Judicial de la Administración Pública, Tº II, pág. 818 a 827; cit. por GALLEGOS FEDRIANI, "Las medidas cautelares contra la Administración Pública", pág. 69) (S.I. N° 76/SCA/07).----------

------ Que la cautela solicitada - como se dijo - es coincidente con el objeto del juicio, que habrá de ser el *thema decidendum* del fallo último a dictarse, y, en este grado del juzgamiento precautorio, no es posible discernir un *fumus bonis iuris* suficiente para otorgarla, el que no aparece manifiesto.----------

///--- Tampoco el *periculum in mora* en el sentido descripto concurre en el caso.- No se advierten razones por las cuales el mantenimiento de la situación existente podría tornar ineficaz la decisión a dictarse en la cuestión de fondo.- El peligro en la demora que se avizora y funda el requerimiento de la tutela no es tal, y no constituye, sin dudas, daño.- Menos aún si la acción se limita a la nulidad del acto por el que los nombramientos cuestionados se producen, sin que se pretenda que a resultas de la declaración se ordene a la demandada un llamado a concurso inmediato para cubrirlos, lo que entonces queda librado a la discrecionalidad de la demandada.- Entonces, no existe la irreparabilidad del perjuicio susceptible de justificar, en el marco del

control estricto de admisibilidad de estas medidas innovativas, la suspensión de los efectos de los actos atacados.----------

------ Que siendo así, la petición debe ser rechazada, sin costas.- No obstante, de acuerdo a la manda del art. 47 del Dto. Ley Nº 2.200 T.O. Dto. N° 138/99 procede regular los honorarios de la Dra. A. U. T. en el 10% de lo que resulte regulado a los representantes procesales de su parte en el juicio principal atendiendo a la calidad y eficiencia del trabajo cumplido (arts. 6, 33 y 47 del Dto. Ley N° 2.200 -T.O. Dto. Nº 138/99).----------

------ Que por ello la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y Minería del Superior Tribunal de Justicia;-

---------- **R E S U E L V E :** ----------

///--- **1°) NO HACER LUGAR** a la medida cautelar solicitada por la actora en este incidente.- Sin costas.----------

------ **2°) REGULAR** los honorarios de la Dra. A. U. T. en el 10% de lo que resulte regulado a los representantes procesales de su parte en el juicio principal, atendiendo a la calidad y eficiencia del trabajo

cumplido (arts. 6, 33 y 47 del Dto. Ley N° 2.200 -T.O. Dto. Nº 138/99).----------

------ 3°**) REGÍSTRESE** y notifíquese.----------

--- La presente se firma con dos miembros de la Sala por encontrarse el Dr. Fernando S. L. Royer en uso de licencia.----------
Fdo. Dres. José Luis Pasutti y Daniel Luis Caneo.

Recibida y Registrada en Secretaría el 23/12/08 Bajo el N° 57/SCA/08