RAWSON, 10 de Mayo 2011.-

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

------ Estos autos caratulados: **“P., F. O. y Otros c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa” (Expte. Nº 22.200 - P - 2.011).**----------

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

------ 1.- Que a fs. 119/124 y vta. los Sres. F. O. P., O. E. P., D. O. P., G. E. P., M. A. P., M. A. P., P. C. P., M. A. Q., J. C. R., M. C. R., M. D. M. R., J. H. R., J. L. S., H. A. M. S., C. M. S., E. F. S., I. B. S., H. A. S., E. R. S., E. M. T., D. A. T., G. F. T., H. M. T., L. J. T., V. A. T., C. A. T., M. D. C. T., R. A. T., D. A. T., W. J. U., C. L. V. L., V. H. V., M. I. V. F., E. A. V., S. B. V., J. C. V., ///M. L. W. y A. D. C. Z. -dependientes de la Policía Provincial- promueven demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción contra la Provincia del Chubut persiguiendo el cobro de las diferencias salariales resultantes de la aplicación de la Ley XIX – N° 8, art. 147, último párrafo (ex Decreto Ley N° 1561), retroactivo a los últimos cinco (5) años desde la interposición de la presente, desde que cada haber mensual debió ser liquidado conforme lo allí establecido, con más los intereses legales que fija el Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuento de documentos desde que cada suma es debida; asimismo, requieren la regularización a futuro de los haberes mensuales que, según la mencionada normativa, les correspondan. Con costas.----------

------ Afirman que se encuentra habilitada la instancia en función de lo dispuesto en el art. 137 inc. a) de la Ley I – Nº 18 (ex Decreto Ley Nº 920).----------

------ A continuación, transcriben el art. 147 de la Ley XIX – Nº 8: "*El personal Policial en actividad gozará del sueldo, bonificaciones (suplementos generales y particulares), compensaciones e indemnizaciones que para cada caso determina esta Ley y las normas complementarias correspondientes. La suma que percibe un Policía por los conceptos señalados precedentemente, excepto las indemnizaciones, se denominará HABER MENSUAL, el que no podrá ser inferior al ochenta y ocho por ciento (88%) de los haberes que perciba la Policía Federal para igual grado o jerarquía*". ----------

///--- El precepto es claro -señalan- al establecer que el haber mensual del personal en actividad de la Policía de la Provincia no podrá ser inferior al 88% del que perciba un agente de la Policía Federal de igual grado y jerarquía.----------

------ Indican que actualmente se les abona una remuneración mensual inferior a ese porcentaje, conforme surge de las escalas salariales de la Fuerza de Seguridad Nacional publicadas en el Boletín Oficial de la Nación siendo, además, incorrectamente liquidados los rubros suplementos generales y particulares, como así también el sueldo anual complementario del período reclamado; es decir -aclara- las sumas remunerativas y las que no los son. Cita jurisprudencia.----------

///

------ Comentan que las escalas salariales de la Policía Federal Argentina han obtenido aumentos a partir de la entrada en vigencia de los Decretos N° 1262/09 y 883/10, en consonancia con lo establecido en el art. 75 de la Ley N° 21.965 y en el art. 385 del Decreto Reglamentario N° 1866/83, abonándose actualmente mediante una planilla individualizada como "Índice D" -cuya copia acompañaron a fs. 110-, *"lo que en definitiva los mismos resultan más elevados que los dispuestos en el Dto. 883/10"*.-----

------ Sostienen que es el Estado Provincial -Policía del Chubut- en su carácter de empleador quien tiene la responsabilidad y el deber de abonarles las remuneraciones que por ley les corresponden, debiendo observar las normas reglamentarias en materia salarial, adoptando las ///medidas necesarias para tutelarlas en resguardo del trabajador. La omisión en el cumplimiento de estas obligaciones -advierten- hace incurrir al empleador en la responsabilidad de resarcir el perjuicio económico que hubiese causado.----------

------ En su caso -aseveran- el incumplimiento de dichas normas les ha provocado un perjuicio económico en tanto *"no se les garantizó"* los haberes mensuales, al menos en los últimos cinco años, de acuerdo a lo establecido en la Ley. De este modo -denuncian- la Policía del Chubut ha violado de manera palmaria el principio de legalidad establecido en la Ley I – N° 18, desde que el Estado Provincial tiene la obligación de cumplir y hacer cumplir las leyes, debiendo abonar los haberes de su personal conforme a las normas que él mismo sancionó. Aduna jurisprudencia.----------

///

------ Que tal inobservancia por parte del Estado Provincial -sostienen- ha constituido un “enriquecimiento sin causa”, producto de las tareas desempeñadas no retribuidas en la medida que las normas salariales lo establecen.----------

------ En otro orden de ideas -arguyen- la legitimidad del reclamo no depende de la previsión presupuestaria. Dicen que la Ley XIX – N° 8 (art. 147) es absolutamente clara al respecto, el Estado Provincial debió prever esta contingencia al elaborar su presupuesto anual. Transcriben jurisprudencia.----------

///--- Sostienen que cumplieron y lo siguen haciendo con la responsabilidad que les confiere la Ley, según su grado y jerarquía (art. 27 y ss. de la Ley mencionada). Que es obligación del Estado abonarles una justa retribución por sus tareas *“a igual remuneración por igual trabajo”*, conforme lo establece la propia Ley policial, y que sus escalas salariales deben adecuarse al mismo texto legal. La omisión de esta obligación importa -insisten- un enriquecimiento sin causa a favor de la Policía de la Provincia del Chubut, legitimándolos para promover la presente con la finalidad de restablecer el equilibrio patrimonial alterado.----------

------ Seguidamente enumeran los requisitos que la doctrina y jurisprudencia han determinado para la procedencia de dicha acción: enriquecimiento del demandado, empobrecimiento del demandante, nexo

causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, ausencia de causa, y carencia de toda otra acción.----------

------ En el apartado V- PETICIONA MEDIDA CAUTELAR, solicitan se ordene a la Provincia del Chubut a cumplir con lo dispuesto en el art. 147 de la Ley XIX – N° 8, y consecuentemente comience a liquidar sus haberes de acuerdo a la escala salarial establecida para el personal de la Policía Federal Argentina, de igual grado y jerarquía, en el porcentaje fijado por aquélla (88 %).----------

///--- Consideran que han cumplimentado todos los recaudos que prevé el art. 232 de la Ley XIII – N° 5 del Digesto Jurídico, toda vez que el derecho que se invoca es plenamente verosímil -afirman- existiendo además un perjuicio actual y evidente en sus patrimonios.----------

------ En lo que hace a la “verosimilitud del derecho”, indican que está dada por el erróneo proceder en la liquidación de sus sueldos, lo cual surge de la sola inspección de los recibos de haberes que como prueba documental acompañaron -cabe aclarar que sólo adjuntaron 31.- El “peligro en la demora” -comentan- está demostrado con el carácter alimentario de los emolumentos, el proceso inflacionario que se vive, y la duración de los juicios. Destacan que el dictado de la medida resulta una solución provisoria menos gravosa teniendo en cuenta las partes en litigio y la diferencia económica existente entre ambas, por lo que no se puede considerar que sea una adelantamiento de la sentencia.----------

///

------ Si bien por vía de principio -expresan- las medidas cautelares no proceden respecto de actos administrativos o legislativos, habida cuenta de la presunción que ostentan, tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre bases “prima facie” verosímiles. Citan fallo de la Corte Nacional.----------

------ Finalmente aseguran que este tipo de medidas determina una decisión excepcional por configurar un anticipo jurisdiccional favorable respecto del fallo final de la causa y que cabe admitirla cuanto existen fundamentos de hecho y de derecho que exigen una evaluación del ///peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie los intereses en juego. Adunan jurisprudencia.----

------ Ofrecen prueba. Fundan en derecho su pretensión. Hacen reserva de caso federal para el supuesto en que -dicen- *no se acoja el planteo de inconstitucionalidad* (¿?).----------

------ A fs. 125 son girados los presentes a dictamen del Sr. Procurador General quien se expide a fs. 126/127. Considera que las razones esgrimidas por los actores no son suficientes a fin de cumplir los recaudos necesarios para la procedencia de la cautelar, por lo cual -opina- no puede prosperar.----------

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

------ I.- Que la tutela que se solicita es de índole innovativa, y, “*dentro de las tutelas cautelares o urgentes, la medida cautelar positiva,*

///

innovativa o anticipatoria es en todo caso una decisión excepcional porque altera el estado de hecho y derecho existente al tiempo de su dictado, y configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que exige una mayor prudencia en los recaudos que hacen a su admisión" (conf. CSJN, Fallos: 316:1833; 320:1663, 325:2347; 326:3729; LLonline AR/JUR/6554/2003; 5369/2004, 18/2006, 3558/2006, 5662/2006, 16928/2008; 30285/2009; STCH SI Nº 5 y 40/SCA/02).----------

///--- Que la doctrina ha expuesto cuáles han de ser en el caso tales recaudos.- PEYRANO, 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.----------

------ Que 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, que le es propio y característico, tal *la irreparabilidad del perjuicio* o del daño infligido por la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar.- (S.I. N° 14 y 38/SCA/01, 10/SCA/05).----------

------ Este Cuerpo recientemente ha señalado "...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... (S.I. Nº 63/SCA/05).”----------

------ Citando a la Corte Nacional, “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 – S.I. N° 81/SCA/98 y 56/SCA/08).----------

------ Desde otra perspectiva “…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 peticionario tiene o no apariencia de verdadero y sin que ello implique prejuzgamiento” (CSJN Fallos 320:1633; CN Fed. Cont. Adm. Sala II, LL 1982-C- 401; CN Ap.Civ. y Com. – 26/7/07 – MJJ18760).----------

------ Que sin perjuicio de ello, 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- “El Control Judicial de la Administración – Medidas Cautelares – Derecho Procesal Administrativo – Hammurabi -T° I- pág. 746)”. (S.I. N° 05/SCA/10).-----

///--- En relación al peligro en la demora, expuso esta Sala 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. A él ha de adosarse el de “daño irreparable” o “irreparabilidad del perjuicio” como elemento característico propio de esta medida precautoria”, tal como se indicara al inicio de estos considerandos (S.I. Nº 36/SCA/10).----------

------ La tutela preventiva o justicia "provisional", tiende a "impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se quiere obtener a través de un proceso, pierda virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre su inicio y el dictado del pronunciamiento definitivo, intentando salvaguardar la efectividad del cumplimiento de la sentencia favorable" (CN Fed. Cont. Adm. Sala IV - 16/1/95, "Centro de Agrimensores de Entre Ríos..."; Sala II -11/3/97- "Establecimiento Vitivinícola Escorihuela...."; CS 11/6/96 "Milario...", 7/8/97 "Camacho Acosta..." conc. C. Ap. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Autónoma Bs. As.18/4/06- MJJ7385 - STCH S.I. N° 81/SCA/98, 104/SCA/01, 18/SCA/08, 05/SCA/10).----------

///

------ La Corte Nacional ha dicho “que el anticipo de jurisdicción en el examen de las medidas cautelares innovativas no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del actor.- Lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado” (CSJN, agosto 7-1997 en “Camacho Acosta...”, LL 1997 -///E- 653); y que “la gravitación económica del acto cuya suspensión se pretende a través de la medida cautelar de no innovar -criterio aplicable a la innovativa- es un aspecto que debe analizarse para determinar la existencia del *peligro en la demora*” (CSJN, Fallos 318:1077). Concuerda la jurisprudencia del Cuerpo en tanto ha sentado este criterio -en S.I. N° 14 y 38/SCA/01-, en verdad restrictivo, de que debe acreditarse que el *peligro en la demora esté dado por un perjuicio de gravitación económica que justifique otorgar esta medida excepcional*.---

------ DE LÁZZARI, 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...”, LL 1997-F, 270, publicado en LL Repertorio LVII-1798). (S.I. Nº 10/SCA/05).----------

///--- Por otra parte, al procurarse este tipo de protección jurídica en el marco de un proceso, 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); “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 ("Madrid, María Elizabeth...7-3-2002), y 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).- “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).----------

------ II.- Del estudio de las circunstancias del caso, resulta que los requirentes no han demostrado el *fumus* -la apariencia- de buen derecho que pretenden se les reconozca, en tanto la documental acompañada no logra producir convicción de "manifiesto" sobre el mismo, a más de ser parcial ya que -conforme se expusiera anteriormente- sólo fueron presentados los recibos de haberes pertenecientes a treinta y un (31) de los treinta y ocho (38) actores. Ni siquiera se ha aclarado en todos los casos, el Escalafón en que revistan y Grado que ostentan que permita una comparación liminar entre haberes percibidos y escala publicada en el Boletín Oficial cuya copia se agrega a fs. 108/109.- Tampoco son prueba aceptable las planillas agregadas a a fs. 111/118 de propia elaboración actoral y dudosa fehaciencia. Todo ello habrá de ser materia de prueba en la causa, a valorarse en el fallo definitivo.----------

------ Que asimismo, no se aprecia peligro en la demora.- Las consecuencias que podrían derivar para quienes accionan en el supuesto de autos, son de contenido exclusivamente patrimonial, siendo

///

subsanables al momento de emitir el pronunciamiento final. Tampoco han demostrado que la resolución sobre el fondo de la cuestión -de serles ///favorable- pudiese tornarse de dificultosa o imposible ejecución, atento la falta de cuestionamiento acerca de la solvencia 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 (S.I. 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, S.I. N° 38/SCA/01), esta compensación es inaplicable en el sub-lite en tanto no se dan -aún mínimamente- ninguno de estos requisitos.- Tampoco se ofreció contracautela.----------

------ Que coincidiendo parcialmente el objeto de la cautela con el del pleito, siendo insusceptible de establecerse en esta instancia del juzgamiento la verosimilitud del derecho, que no aparece manifiesta, y no habiéndose acreditado ni el *periculum in mora* ni la irreparabilidad del perjuicio, la petición debe ser desestimada.----------

------ Que no habiendo prosperado la medida cautelar solicitada, no corresponde imponer costas.- Tampoco regular honorarios ante la inoficiosidad de la actuación profesional (art. 3 Ley XIII N° 4 -(antes Dto. Ley N° 2.200 -T.O. Dto. N° 138/99).-).----------

------ 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:** ----------

------ **1º) RECHAZAR** la medida cautelar solicitada por los Sres. F. O. P., O. E. P., D. O. P., G. E. P., M. A. P., M. A. P., P. C. P., M. A. Q., J. C. R., M. C. R., M. D. M. R., J. H. R., J. L. S., H. A. M. S., C. M. S., E. F. S., I. B. S., H. A. S., E. R. S., E. M. T., D. A. T., G. F. T., H. M. T., L. J. T., V. A. T., C. A. T., M. D. C. T., R. A. T., D. A. T., W. J. U., C. L. V. L., V. H. V., M. I. V. F., E. A. V., S. B. V., J. C. V., M. L. W. y A. D. C. Z., conforme los considerandos precedentes. Sin costas.----------

------ 2º**) REGÍSTRESE**, comuníquese a la Procuración General, y notifíquese.----------

Fdo. Dr. José L. Pasutti, Daniel L. CANEO y Fernando S. L. ROYER.

///