Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

RAWSON, 11 de Mayo de 2011.-

------ VISTOS: ----------

------ Estos autos caratulados: **“L., M. R. y otros c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa” (Expte. N° 22.266-L- 2011).----------**

------ LOS QUE RESULTA: ----------

------ 1.- Que a fs. 8/10 los Sres. M. R. L., W. S., M. A. L., M. E. S., C. B. G., y J. O. D. –dependientes de la Policía Provincial- promueven demanda contencioso administrativa contra la Provincia del Chubut persiguiendo el cobro de las diferencias salariales resultantes de la aplicación de la Ley XIX – N° 8, art. 147 (ex Decreto Ley N° 1561), retroactivo a los últimos cinco (5) años desde la interposición de la presente, como así también la regularización a futuro de los haberes mensuales que les correspondan según la mencionada normativa, a más de los intereses desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago, conforme la tasa de interés judicial (¿?) que aplica este Tribunal. Con costas.----------

------ En el apartado IV- “Solicita Medida Cautelar”, requieren se ordene a la Policía del Chubut a dar cumplimiento a aquélla manda legal y,

///

///consecuentemente *“cumpla con el mínimo legal del salario de cada uno de los actores”*.----------

------ Refiriéndose a la verosimilitud del derecho, expresan que la norma invocada no da lugar a diferentes interpretaciones, existiendo un mínimo legal que ha sido vulnerado. Afirman que *“la diferencia en menos resulta patente y ostensible”*. Mientras que el peligro en la demora radica en la naturaleza alimentaria que tienen los salarios, sustento exclusivo en el caso de agentes públicos.----------

------ Ofrecen prueba.----------

------ A fs. 12 son girados los presentes al Sr. Procurador General a efectos que dictamine sobre la cautelar peticionada, expidiéndose a fs. 13 y vta.. Considera que las razones esgrimidas por los actores no son suficientes a fin de cumplir los recaudos necesarios para la procedencia de la medida, 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, 20/SCA/11).----------

------ 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. (SI N° 14 y 38/SCA/01, 10/SCA/05, 20/SCA/11).----------

------ 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...” (SI Nº 63/SCA/05, 20/SCA/11).----------

------ 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 la 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 – SI N° 81/SCA/98 y 56/SCA/08, 20/SCA/11).----------

------ 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)”. (SI N° 05/SCA/10, 20/SCA/11).----------

------ 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 (SI Nº 36/SCA/10, 20/SCA/11).----------

------ 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 SI N° 81/SCA/98, 104/SCA/01, 18/SCA/08, 05/SCA/10, 20/SCA/11).----------

///

///--- 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 SI 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 c/Secretaría de Comunicaciones...”, LL 1997-F, 270, publicado en LL Repertorio LVII-1798). (SI Nº 10/SCA/05, 20/SCA/11).----------

------ 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 (SI Nº 29 y 55/SCA/04, 20/SCA/11).----------

------ II.- Analizadas las circunstacias de autos, surge que los peticionantes no han demostrado la verosimilitud del derecho que pretenden se les reconozca, en tanto no han aportado prueba alguna en tal sentido. En efecto, se han limitado ha expresar que la diferencia salarial reclamada resulta *“patente y ostensible”*, sin acompañar siquiera recibos de haberes de los requirientes, o precisar al menos el Escalafón y Grado que ostentan y que permita una comparación liminar entre haberes efectivamente percibidos y los que -según dicen- deberían abonárseles, conforme la escala salarial aplicada por la Policía Federal para un agente de igual grado o jerarquía, la que tampoco traen. Todo ello habrá de ser materia de prueba en la causa, a valorarse en el fallo definitivo.----------

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

------ 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 definitivo. 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 (SI 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, 20/SCA/11), 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. M. R. L., W. S., M. A. L., M. E. S., C. B. G., y J. O. D., conforme los considerandos precedentes. Sin costas.----------

------ **2º) REGÍSTRESE**, comuníquese a la Procuración General, y notifíquese.----------
Fdo. Dres. José L. Pasutti, Fernando S.L. Royer y Daniel L. Caneo.-
Recibida y registrada en Secretaría el 12/05/11 bajo el N° 47/SCA/2011.-

///

///