--- Trelew, de enero del año dos mil once.----------

--- **VISTOS**: El recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 49/51; contra la resolución de fs. 41/42vta. y ----------

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

--- I. Que el actor solicitó medida cautelar innovativa a fs. 34/37, adjuntó información sumaria a fs. 30/33, y a ese efecto se habilitó la feria a fs. 38, ratificándose la información sumaria a fs. 39 y vta. ----------

--- A fs. 41/42vta. el juez "a quo" resolvió, en lo pertinente, hacer lugar parcialmente a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, con carácter innovativo, decretó que la Municipalidad de Rawson: 1º) abone al accionante en el plazo de 3 días la suma de $300 en concepto de adicional por navidad; 2º) continúe hasta el día 15/02/2011 con el pago mensual de $250 a favor del peticionante o 3º) lo incorpore a cualquier plan social que, en dinero o especie, por un valor no inferior a dicho importe, brinde cobertura a sus necesidades básicas. ----------

--- Para decidir así, el magistrado consideró sucintamente que: la cautelar solicitada importa una medida innovativa; y que tal anticipo de jurisdicción lleva ínsito una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual, que habilite una resolución que concilie –afirma el juez– los probados intereses del peticionante y la defensa del demandado. Señala que el actor es, según la documental aneja, beneficiario del programa provincial "Padres de Familia", y, como tal, ocupado en los términos del decreto 771/04 y 1977/05 percibió los importes que detalla; y que hasta la fecha en que se prescindió de sus tareas cobraba la suma de $250 por parte del municipio a título de complemento de la bonificación a cargo del Estado provincial. Con las declaraciones testimoniales (fs. 39/vta.) el juez tiene por acreditado sumariamente que la demandada hasta el día 26/11/2010 pagó dicho importe al actor y que con motivo de la navidad abonó $300 a todos los beneficiarios de planes sociales que prestaban servicios en el municipio con excepción del accionante. Agrega el magistrado que la calidad asistencial del monto mensual pagado por el municipio estaría corroborado por la misiva del Secretario de Gobierno y Coordinación de Gabinete de la Municipalidad, donde se alude que el actor no es dependiente del Estado municipal, y que su contraprestación está relacionada con el programa provincial "Padres de Familia". ----------

--- Indica el juez "a quo" que la supresión del nivel de protección obtenido por una persona de un grupo vulnerable, sin invocación de causa y motivo (acto administrativo), aparenta contravenir el principio de no regresividad del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y que no existe peligro de que una eventual sentencia favorable sea de imposible o difícil cumplimiento para la demandada; j) el reclamo del accionante reviste carácter alimentario. ----------

--- En cuanto a la forma en que dispone la cautelar, el magistrado de grado expresa que la obligación de la corporación municipal de prestar asistencia a los grupos desprotegidos puede satisfacerse por diversos cauces a instancia de la propia

administración, que podrá decidir de qué modo cumplirá; y que no corresponde disponer la reincorporación del actor por esta vía, pues tal decisión excede el marco de la cautelar y las secuelas de los hechos que se pretenden evitar no impiden el eventual reconocimiento del derecho en juego. ----------

--- II. Contra esta medida, notificada a fs. 44/vta., la demandada presenta el recurso de apelación a fs. 49/51, alegando como agravios –en síntesis– que no se encuentra reunido el recaudo de verosimilitud del derecho para la medida cautelar; pues es necesario que concurra un acto o actividad estatal contraria a derecho y que dicho presupuesto no se cumple en el caso. Puntualiza que el actor no depende de un proyecto que se encuentre a cargo de la Municipalidad de Rawson, únicamente tiene una asignación de funciones a los efectos de que pueda prestar un servicio por la suma de dinero que percibe ($ 350). Cita jurisprudencia. Expresa que el actor "no depende de un proyecto que se encuentre a cargo de la municipalidad de Rawson, (sino que) únicamente tiene una asignación de funciones a los efectos de que pueda prestar un servicio por la suma de dinero que percibe" (sic). Agrega que el hecho de que su parte haya "prescindido" de los servicios del actor no implica –aclara– la baja del programa del cual es beneficiario, sino que seguirá percibiendo la asignación fijada por el Estado provincial y será éste quien deba decidir dónde tiene que prestar funciones. ----------

--- Por último descarta el encuadre de la actuación de su parte en los términos del art. 30 de la ley I nº 18 y que la misma implique trasgresión al art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. ----------

--- Concluye que su parte no dejó sin efecto los beneficios otorgados al actor mediante el plan social (Padres de Familia), sino que limitó la prestación de funciones en su ámbito; el actor seguirá cobrando la remuneración fijada por el Estado provincial sin el adicional otorgado por la Municipalidad. Esta actividad, dice el recurrente, no puede ser considerada ilegítima para fundar la medida cautelar ordenada y solicita su revocación.

--- III.- Siendo que la medida cautelar dispuesta constituye una medida innovativa, es del caso determinar si cumple los presupuestos indispensables para su confirmación por esta Alzada. En tal sentido, toda vez que su efecto primordial es alterar la situación de hecho o de derecho existente al momento de su dictado, su declaración es una decisión excepcional, que debe adoptarse con suma prudencia (CSJN, 23/11/95, Rep. ED 30-1021, cit. por Elena I. Highton-Beatriz Areán, “Cód. Proc....”, Ed. Hammurabi, Tomo 4, pág. 595, ap. (3)). ----------

--- Asimismo, es de conocimiento de este Tribunal que el carácter restrictivo en la admisión de esta medida, se profundiza cuando se pretende paralizar decisiones administrativas. En tales casos debe prestarse especial atención al interés público comprometido, que prevalece sobre el interés particular del actor, de modo tal que, con el fin de evitar un perjuicio irreparable al mismo no se imponga a la Administración

Pública un riesgo mayor en cuanto compromete a la comunidad en su conjunto.----------
--- En tal contexto además de los presupuestos comunes a todas las medidas cautelares la solicitada requiere la existencia de irreparabilidad del daño provocado por la situación de hecho o de derecho existente. Y que la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria (Arg. art. 232, incs. 2 y 3 del código de rito).----------
--- En tal sentido la verosimilitud del derecho debe surgir de manera manifiesta y palmaria. Al respecto el nuevo orden constitucional emergente de la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, consagra y garantiza entre otros derechos los de seguridad social, salud, educación, alimentación y protección de la familia.----------
--- Así es que en el marco del art. 75, inc. 22 del citado texto constitucional se otorga rango constitucional a todos los tratados y convenciones sobre derechos humanos y en particular al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conforme el cual se reconoce el derecho familiar a la inclusión social, que solo podrá limitarse a través de normas legales compatibles con la naturaleza de los derechos protegidos (art. 4to), y el art. 6 del citado Pacto que impone a los estados la elaboración de programas encaminados a obtener la ocupación plena y productiva que garanticen las libertades políticas y económicas de la persona.----------
--- Por su parte la Constitución Provincial en su art. 22 establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades reconocidas por la Constitución Nacional y Provincial se interpretarán de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por la Nación Argentina.----
---- El Estado Provincial en cumplimiento de las normas citadas ha dictado el Decreto 771/04, por el cual crea el “Programa Provincial-Padres de Familia”, -pues entiende-, conforme surge de los considerandos de la norma legal citada que no puede permanecer ajeno a las condiciones socio-económicas de una franja de desocupados que ven agravadas su situación de exclusión social, para lo cual estima necesario realizar un trabajo coordinado entre el estado Provincial y los Municipios con el objeto de lograr un mejor desarrollo del programa económico social.----------
--- En el ámbito de esta norma legal el Sr. M. fue beneficiario del citado programa hasta el 26-11-10, fecha en la cual la Directora General de Empleo y Capacitación del Municipio de Rawson, le notificó que a partir de esa fecha no prestaba más servicios, sin expresar “prima facie” las razones o motivos que fundamentan este acto administrativo(ver fs. 06) .----------
--- Al respecto, es de recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reafirmado que el ejercicio de la autoridad pública tiene límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y en consecuencia superiores al poder del Estado y que el aparato estatal tiene la obligación de garantizarlos y de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de aquéllos (Opinión Consultiva Corte Interamericana DH – CC 6/86).----------
--- Por su parte, los precedentes de la Corte Suprema muestran la característica común

de la aplicación preeminente de los Pactos como punto de partida para la resolución de los casos (Rodríguez, Karina Verónica c/ estado Nacional y otros s/ acción de amparo" 07-03-06 R. 1148 XLI).----------

--- En tal sentido, el art. 9 de nuestra Constitución Provincial establece que el derecho es el fundamento del Estado y éste se limita frente a los derechos naturales del individuo que le corresponden por su condición humana. En este orden de ideas cuando el Estado está sosteniendo una situación injustamente desigual, que tolera el goce dispar de algunos de estos derechos, actúa en contradicción con la obligación de no discriminar consagrada en el art. 1ro. de la Convención Americana y el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales. Esta obligación es de tipo negativa, es decir de abstención, simplificando la prueba al momento de demostrar el posible obrar arbitrario. Ello así, porque el acto cuando es discriminatorio contiene un elemento subjetivo que no trasciende, porque se brinda otro fundamento o bien como en el supuesto de autos no se brinda fundamento alguno. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido en relación a la materia que nos ocupa que el debido proceso importa también la posibilidad de litigar en igualdad de condiciones, razón por la cual un litigante débil, que carece de los instrumentos para probar y alegar en su defensa se encuentra en inferioridad de condiciones respecto del otro contrincante.----------

--- Siguiendo este razonamiento nuestros tribunales nacionales, sostienen que corresponde al actor demostrar la materialidad del acto discriminatorio peyorativo, esto es debe aportar elementos que sin lograr una convicción plena de la existencia de un acto discriminatorio contra el derecho fundamental, induzca al Tribunal a la creencia racional sobre la existencia de esa posibilidad (Conf. Juan Manuel Dominguez y Andrea E. García Vior, "La carga de la prueba y la discriminación en el despido", Revista de Derecho Laboral – Discriminación y violencia laboral – I, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 362 y sig.). En tal sentido, de la prueba testimonial obrante a fs 39vta.surge que en la respuesta a la pregunta efectuada por el magistrado de grado respecto a cuántos beneficiarios de planes sociales han sido desvinculados al igual que el Sr. M. la testigo G. S. P. responde que ninguno y considera que el caso del actor está vinculado a su reclamo de ser transferido a planta permanente, y el testigo A. C. responde a la misma pregunta que se desvinculó a dos personas, mencionando a otra persona de apellido G.. Efectuado un careo entre ambos testigos, la Sra. P. aclara que el caso del Sr. G. está relacionado a una cuestión suscitada con su jefe directo que le impuso doce horas diarias de labor como sereno de lunes a lunes durante el período vacacional, lo que motivó un reclamo y luego de diferentes negociaciones el Sr. G. sigue trabajando. De tal modo que "prima facie" se encontraría acreditada la violación de la norma que garantiza la no discriminación que se citara, y en consecuencia existiría un acto ilegítimo,

contrario a derecho llevado a cabo por el Municipio de Rawson. ---------- Desde otra óptica, nótese que en el séptimo párrafo de fs. 50vta, en su expresión de agravios el letrado apoderado del Municipio reconoce expresamente que “mi mandante no dejó sin efecto los beneficios otorgados a M. mediante el otorgamiento de un programa social (padres de familia), sino que por el contrario limitó la prestación de funciones en su ámbito.” (sic), de modo tal que resulta, en principio, aplicable el art. 30 de la Ley I, en la redacción de su inciso a), en cuanto dispone que la administración deberá motivar los actos que limiten derechos subjetivos. Esta circunstancia que no permite en este estado del proceso determinar la causa que motivó el apartamiento del Sr. M. del programa de Jefes de Familia privándolo parcialmente de sus beneficios, sin indicar que su situación económico social ha variado y que por ello no es indispensable que continúe recibiendo los beneficios del citado plan, sumado al reconocimiento de la participación del actor en el programa “Padres de Familia” por parte del órgano estatal, permite presumir que se encuentra comprendido en los supuestos que la norma prevé para su inclusión en el mismo, encontrándose en consecuencia debidamente acreditada la verosimilitud del derecho en la medida necesaria para confirmarse la medida cautelar dispuesta.---------- Asimismo, la naturaleza del derecho en disputa de indiscutible carácter asistencial y alimentario conforme los fundamentos que emanan del decreto provincial Nro. 771/04, referidos a la creación del programa para dar respuesta a aquellos padres de familia desocupados, a fin de evitar la exclusión de un sector de la población permite inferir que el destino de las sumas percibidas en dicho plan están destinadas a alimentación, vestido y vivienda, necesidades básicas a satisfacer de inmediato y amparadas por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, (art. XI) y Pacto Interamericano de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 11, inc. 1); la Constitución Nacional (art. 75, inc, 22) y Provincial (art. 19), encontrándose de tal modo acreditado el peligro en la demora y la inexistencia de otra medida cautelar que pueda evitar perjuicios y garantizar la eficacia de la sentencia a dictarse.---------- Por lo expuesto, cabe concluir que se confirma el decisorio apelado. Conforme se resuelve, por aplicación del principio objetivo de la derrota consagrado en el art. 69 del código de rito, las costas de Alzada se imponen a la Municipalidad de Rawson, no procediendo la regulación de honorarios en virtud de lo dispuesto por el art. 2 de la ley XIII, Nro. 4.----------

--- Por ello, la Sala "B" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew; **RESUELVE**: ----------

--- I. Confirmar el decisorio de fs. 41/43.----------

--- II. Las costas de Alzada se imponen al apelante (art. 69 código de rito). No se regulan honorarios por aplicación del art. 2, Ley XIII, Nro. 4.----------

--- III. La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haber coincidencia de opinión y hallarse con licencia anual ordinaria el restante integrante de la Sala, Dr. Raúl

Adrián Vergara (art. 7º ley V nº 17). ----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

REGISTRADA BAJO EL NUMERO _____ DE 2011. SIC. CONSTE.

cg

VILMA NOEMI BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA