--- Trelew, de septiembre de 2.011.----------

--- **Y VISTOS**: La resolución de fs. 13/17, y su aclaratoria de fs. 19, el recurso de apelación de fs. 32, concedido a fs. 33, el memorial de agravios de fs. 38/39vta., su contestación de fs. 42/45, y ----------

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

--- **I.-** Que el juez "a quo" por la resolución de fs. 13/17 hizo lugar parcialmente a la medida solicitada por la actora, trabó embargo preventivo sobre las sumas que la demandada posea en el Banco del Chubut SA hasta cubrir la suma que indica, y dispuso que, una vez efectivizado, se pague al actor en concepto de tutela anticipada. Y ordeno que, cumplido que fuera, se notifique a la demandada. ----------

--- Consideró el magistrado, sucintamente, en lo pertinente, que: a) el peticionante solicita lo que en doctrina se denomina "tutela anticipada"; b) requiere estudiar el caso con una técnica diferente respecto de la que corresponde a las medidas cautelares y exige un "plus" en relación a éstas; c) es coincidente la exigencia de que debe existir una certeza o convicción suficiente del derecho invocado, en un grado de certeza que excede la simple verosimilitud de la medida cautelar, una fuerte probabilidad; d) además debe existir en el caso "urgencia" y "periculum in damni o perjuicio irreparable. ----------

--- Expresa el juez de grado que: e) la producción de la prueba testimonial así como la prueba documental acompañada, permiten valorar la situación de necesidad económica del actor y su familia; f) el carácter del crédito alimentario reclamado, impone por sí un tratamiento diferenciado del caso. Y a este fin valora las declaraciones de los testigos E. I. C. y J. R. de L.. ---------- Indica el sentenciante que para objetivar el examen de certeza debe observar el escrito inicial, el pedido de la medida y la contestación de la demanda. Así afirma que del punto II "Hechos" de la contestación surge el reconocimiento de la demandada de la enfermedad invocada por el actor y que no es posible otorgarle tareas (adecuadas) en la planta de la empresa. Resulta aplicable el art. 212, párr. 2º, de la ley 20.744. ----------

--- Está fuera de discusión –indica el juez "a quo"– que el trabajador, luego de cumplida la licencia por enfermedad (cita art. 211 de la LCT), se reincorpora a sus labores en septiembre de 2009 y cumple sus labores hasta mayo de 2010, cuando sufre un nuevo desprendimiento de retina. Y razona que si la empresa no podía otorgarle tareas al actor acorde a las actuales capacidades, siéndole ello inimputable, debe indefectiblemente abonarse la indemnización del art. 247 de la ley 20.744. ----------

--- Agrega el magistrado que dilatar la solución incrementa los daños al trabajador, que además del procedimiento que debe atravesar realizó distintos reclamos epistolares (y la actuación por vía administrativa, cuya prueba indica que se encuentra pendiente), habiendo transcurrido más de un año de desvinculación de la empresa. La medida permitirá disminuir –considera el juez–la irreversibilidad de los padecimientos (sic), por su carácter de medida correctiva, aunque no sea en forma total. ----------

--- En mérito de lo expuesto, el sentenciante de la instancia de grado considera que se

encuentran reunidos los extremos principales, mínimo imprescindibles, consagrados por la Corte Suprema de la Nación para la medida anticipada peticionada. ----------
--- En cuanto a la contracautela, afirma el juez "a quo" que es innecesario requerirla, atendiendo a la verosimilitud del derecho y el carácter alimentario del crédito que se reclama. Cita doctrina al respecto. ----------
--- Sobre esta base admite el pedido de "embargo preventivo" respecto de las sumas que integran la indemnización por despido del art. 247 de la L.C.T. por remisión del art. 212 de la misma, y hace lugar parcialmente a la medida en función de la estimación de la cuantía de la indemnización en cuestión. ----------
--- **II.-** Contra esta decisión se alza el accionado a fs. 32, plantea nulidad y apelación. Con la resolución de fs. 33 se deniega el recurso de nulidad por inadmisible y se concede la apelación en relación y con efecto devolutivo. Funda el memorial de agravios a fs. 37/39vta. Expresa en lo pertinente, sucintamente, que: a) la medida cautelar no cumple los presupuestos básicos para viabilizar un anticipo jurisdiccional; b) no existe peligro en la demora, entendido como riesgo del derecho por el tiempo que transcurrirá hasta la sentencia, y no con la mayor o menor urgencia alimentaria del peticionante; c) no se ha probado que la demandada sea insolvente o pretenda serlo en el futuro; d) las deficiencias patrimoniales del actor para atender su subsistencia y la del grupo familiar no entran en la categoría de peligro o riesgo; e) la demandada es una entidad privada con fines de lucro y no de seguridad social; f) tampoco el derecho sustancial invocado por el accionante es razonablemente verosímil, el distracto con que pretende sustentar sus pretensiones –dice el recurrente– no reúne los recaudos de causalidad, proporcionalidad y oportunidad para viabilizar el "grave" atentado contra la continuidad del contrato laboral (sic, cita art. 10 de ley 20744); g) la decisión unilateral del empleado de extinguir la relación fue adoptada durante el curso de una licencia por enfermedad contemplada en la ley del rubro; h) nadie ha invocado en autos (ni antes expresa el recurrente) el carácter definitivo de la minusvalía; i) no existe agravio que autorice la solución de continuidad del contrato con cargo resarcitorio para la principal, tampoco la elegida por el empleado es la oportunidad para hacerlo valer ni el medio guarda proporcionalidad con el supuesto incumplimiento. ----------
--- En relación con el "pago", indica que: j) para que haya pago tiene que haber necesariamente –dice el quejoso– una obligación preexistente, en condiciones regulares de exigibilidad; k) es indiscutible que el proceso principal, del que este es un incidente, tiene naturaleza declarativa (invoca los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional); l) considera que la resolución atacada oculta un "verdadero prejuzgamiento", una condena a pagar una obligación inexistente sin otro fundamento que las necesidades de subsistencia del dependiente; m) necesidades "sospechadas" (sic) más que presumidas de los dichos del accionante y del testimonio dudoso de sus "colaboradores procesales, llamados testigos" (sic), sin control de la otra parte del proceso; n) el caso de autos ya no se trata de un embargo preventivo, sino de un pago

concluyente e irreversible aún por la sentencia definitiva. ----------

--- **III.-** A fs. 42/45 la accionante contesta el traslado. ----------

--- En lo conducente, sintéticamente, expresa que: a) solicita que se declare desierto el recurso por no cumplir los recaudos del art. 268 del C.P.C.C., en relación a la crítica concreta y razonada; b) el apelante sostiene que se dictó la medida cautelar sin cumplirse con los presupuestos de procedencia; c) el apelante no se hace cargo –indica el actor– de la fundamentación del juez "a quo" sobre el tipo de medida solicitada, el análisis de la prueba (documental y testimonial) respecto de la verosimilitud y el peligro en la demora; d) en cuanto a la inexistencia del peligro que pretende el recurrente, dice la actora que confunde el concepto de medida cautelar tradicional con la tutela anticipada de autos (cita jurisprudencia que avalaría su posición) y por las circunstancias personales del reclamante, su estado económico, surge palmario el daño irreparable que producirá la prolongación del juicio hasta la sentencia; e) el actor y su familia debe subsistir con el subsidio de desempleo ($540) que no alcanza el salario mínimo vital y móvil ($1840), en situación de extrema pobreza; f) resulta indiferente para rebatir el fundamento de la decisión que la empresa demandada sea solvente. ----------

--- En relación con la no verosimilitud del derecho, contesta el accionante que: g) los argumentos del recurrente no pasan de ser una opinión personal sin apoyo en las constancias de autos; h) del expediente principal surge que el actor reclamó reiteradamente tareas acorde a su grado de discapacidad y sistemáticamente le fueron negadas; i) resulta irrelevante que la situación de despido indirecto en que se colocó su parte surgiera durante el transcurso de período de reserva del empleo (cita art. 211 ley 20744) puesto que durante ese período el contrato continúa vigente; j) si durante dicho período surge una injuria para el trabajador –agrega como la negativa injustificada de tareas– éste está habilitado para denunciar el contrato; k) el juez para otorgar la medida tuvo en cuenta cómo quedó trabada la litis (la demandada ha reconoció la afección del actor, que impide cumplir tareas); l) según el dictamen médico la incapacidad del actor es irreversible; m) la verosimilitud necesaria para la tutela anticipada, según la doctrina que cita, es el "conocimiento en grado de certeza provisional", mayor que la exigible para las medidas cautelares. ----------

--- Por último, respecto de la irreversibilidad de la medida, manifiesta que: n) debe rechazarse la nulidad de la medida ordenada por no haber sido correctamente planteada, pues ha sido –afirma el recurrente– incluido al pasar en la expresión de agravios y no mediante el autónomo recurso de nulidad; o) niega que la medida sea irreversible para la accionada, puesto que la medida no hace cosa juzgada sobre el fondo de la cuestión y puede el juez al dictar la sentencia definitiva ordenar la devolución de lo recibido. ----------

--- Sobre esta base solicita que se confirme el fallo de grado. ----------

--- **IV.-** Así planteada la cuestión, es dable anticipar liminarmente que el ataque

recursivo no puede prosperar y, por ende, procederá la confirmación de la resolución de grado en lo que ha sido objeto de agravios. ----------

--- En primer término, esta solución es procedente por una razón procesal, el recurrente no ha efectuado contra la resolución apelada una crítica suficiente, frontal, atinada, conducente para conmover sus bases de sustentación. Ha planteado una serie de discrepancias subjetivas, para peor enfocando el embate desde el cuestionamiento de la configuración en el caso de los presupuestos de una medida cautelar clásica, cuando lo que tenemos delante es un supuesto no del todo coincidente con ellas, una tutela anticipada, que tiene aspectos relacionados con las medidas cautelares, pero también profundas diferencias en cuanto a sus presupuestos y apreciación de éstos. ----------

--- Bien se ha dicho que entre las cautelares sustanciales o materiales, las legislaciones, así como la doctrina autoral y judicial, han creado dos instrumentos de tutela urgente: la tutela anticipada y las medidas autosatisfactivas. Pese a las notables similitudes que unas y otras muestran en orden a ciertos rasgos comunes y requisitos de admisibilidad, sus diferencias también surgen nítidamente (Sup. Corte Bs. As., 26/09/2007, “Fanessi, Roberto Osvaldo v. S.A.M.I. s/ Amparo”, en Juba sum. B29316).

--- Las sutiles diferencias entre unas y otras no han sido advertidas en el memorial de agravios, que aparece en cuanto a sus fundamentos corridos del eje de la sentencia y no haciéndose cargo de varias de sus vigas sentenciales, sino discurriendo en un plano paralelo al del decisorio atacado, pero sin afectar sus bases de sustentación. ----------

--- El apelante ha equivocado el embate al cuestionar que no hay peligro en la demora, cual si se tratara de una cautela procesal clásica, y poniendo el centro de gravedad de esa falta de peligro en la situación patrimonial y financiera de la empresa, sin advertir que en una cautela sustancial como la tutela anticipada, el eje del debate del peligro en la demora pasa por otro meridiano, la situación del tutelado, es decir, de quien inicia este trámite urgente. ----------

--- Agudamente se ha precisado en un fallo ya citado que las medidas asegurativas típicas como el embargo, el secuestro, la inhibición general de bienes o la prohibición de innovar no actúan sobre el derecho de quien las promueve, sino tan solo sobre los bienes de su deudor para conservarlos. Con ellas se procura evitar la posibilidad que durante el decurso del proceso pasen a terceras manos, desaparezcan, se desvaloricen o modifiquen, de modo tal que arribada la sentencia definitiva el actor pueda contar con el bien de la vida que constituía el objeto de su pretensión o, mediante la realización de los bienes asegurados, obtener la reparación sustitutiva en los términos de los arts. 508, 511, 512, 513 y concs., CPCC. Bs. As. A contrario las cautelares sustanciales o materiales, frente a los efectos devastadores que el tiempo de duración del proceso podría producir sobre el mismo derecho cuyo reconocimiento se pretende del órgano jurisdiccional, procuran actuar aceleradamente ese derecho. Hay en ello una clara conciencia de que el alongamiento del proceso en determinadas y espacialísimas circunstancias y por la propia naturaleza del derecho en juego, no ha de producir en el

mañana la desaparición o desvalorización de los bienes que faciliten o permitan la ejecución de la sentencia. Lo que desaparecerá o resultará lesionado irremediablemente es el derecho mismo por el que se brega y peticiona en justicia (Sup. Corte Bs. As., 26/09/2007, “Fanessi, Roberto Osvaldo v. S.A.M.I. s/ Amparo”, en Juba sum. B29315). La situación alimentaria del actor y su familia, a la que tanto cuestiona como pauta de análisis el apelante, no implica que se le obligue a él a hacer asistencialismo ni seguridad social, sino que es una pauta relevante a tomar en consideración en una causa, justamente a tenor de las manifestaciones y reconocimientos que la propia accionada hiciera en sus presentaciones en la liza. La derivación de la acreditación sumaria y convincente de la incapacidad del actor y el reconocimiento de la accionada de que no tiene tareas livianas para ofrecerle no conduce a otra conclusión que la que se corporiza en el fallo atacado, que es un anticipo de tutela, pero que no es una conclusión ilógica ni antojadiza de lo ocurrido en la litis. Podrá ser opinable, pero no es la del juez una postura caprichosa ni irracional. ----- Y no es dable olvidar que el recurso de apelación no es una competencia artificiosa de saberes abstractos, pareceres subjetivos o sagacidades vanas, entre un juez recurrido y un apelante. El recurso de apelación tiene por objeto la revisión de legalidad, de razonabilidad, de constitucionalidad y de suficiencia argumental de un pronunciamiento. No se trata de analizar por su conducto si había mejores argumentos a la mano en la temática abordada o si algunos de los utilizados eran deficientes –incluso equivocados– o si el juez cometió un deficit argumental en alguna de sus vigas maestras. Recurrir no es expresar matices ni ideas abstractas sino descubrir y patentizar desaciertos concretos en una resolución judicial. Recurrir no es plantear opiniones divergentes a la del fallo atacado, sino demostrar que éste no se sustenta en derecho o contraviene las constancias de la causa (cfr. sentencia de esta Sala del 13 de octubre de dos mil nueve, in re "J., C. D. c/ P. P. S.A. s/ Cobro de pesos" (Expte. 325 - Año 2009 CANE), voto del Dr. Marcelo J. López Mesa).--

--- Y, en verdad, cuando se analizan las afirmaciones de la recurrente de fs. 37/39, ellas no logran demostrar argumentalmente los presuntos errores que imputa al acto sentencial impugnado ni desarrollan una crítica suficiente que de por tierra con la arboladura argumental de la sentencia en crisis.----------

--- Sobre esta base, se advierte que no hay argumentos plausibles del recurrente que enerven el razonamiento del juez "a quo" respecto de la probabilidad del derecho reclamado, la urgencia y el peligro de daño, ni permiten apartarse de las constancias de autos que lo justifica, pues hay elementos bastantes para decidir la anticipación de la tutela como se hizo, con el grado de provisoriedad que caracteriza su despacho. Del mismo modo, tampoco es suficiente la crítica en relación a la extensión de la medida, su argumento importa desconocer –en rigor y "ab initio"– que la causa del anticipo de la tutela, en las circunstancias del caso, tiene fundamento en la fuerte probabilidad del

reclamo (capacidad laboral, indisponibilidad de tareas acordes), según los términos de los arts. 211 y 212 de la ley 20.744. ----------
--- Amén de lo estrictamente procesal, yendo al fondo del asunto, no se aprecian ni en las constancias de la causa ni en el recurso de apelación elementos de juicio convincentes que demuestren el desacierto de la resolución atacada. ----------
--- Y cabe recordar que esta Sala ha tenido oportunidad de analizar la tutela anticipada en el contexto de un caso (S.I.C. nº 208 de 2008, en “Actuaciones s/ Recurso de Apelación deducida por la Actora c/ Sentencia del 24/09/08 en los autos caratulados: “S. E. B. c/ N. J. D. L. C. s/ Divorcio vincular””, Expte. 171 – Año 2008; y en el mismo sentido las S.I.C. nº184 de 2008, S.I.L. nº64 de 2008). Más allá de no estar receptada legislativamente, en forma expresa, sus principales elementos surgen de las medidas cautelares, del derecho comparado y del análisis de la doctrina vernácula que abreva en fundamentos constitucionales y supranacionales. ----- Así, para establecer los "denominadores comunes" del procedimiento que se examina (conf. CAPPELLETTI, Mauro, "El proceso civil en el derecho comparado", Ed. Ejea, Buenos Aires, 1973, p. 15 y sig.) es útil advertir que la "tutela anticipada" fue analizada y aplicada por la Corte Suprema en la causa "Camacho Acosta" de 1996 (Fallos 320:1633) a partir de la medida cautelar innovativa (Consid. 6º y 12); tal la prevista por nuestro ordenamiento por el 232 del C.P.C.C. Y como instituto procesal específico está regulado expresamente en el art. 231 del Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa. Esto es parámetro razonable, suficiente y objetivo para su consideración local (art. 15 y 16 del Código Civil; arts. 18, 31 y 75, inc. 22, Constitución Nacional; arts. 8º y 25 de la CADH) en la forma en que lo hizo el juez "a quo". ---------- Este anticipo de tutela, no obstante provisorio, requiere un grado de convicción que no es la simple verosimilitud del derecho exigible por las medidas cautelares, es menester un grado de convicción mucho mayor: el de la "probabilidad" (art. 232 C.P.C.C., su doc., confr.: ARAZI, Roland, "Tutela Anticipada", en Revista de Derecho Procesal Nº 1, ed. Rubinzal Culzoni, pags. 391/392 Nº 7; RIVAS, Adolfo, "La Revolución Procesal", ídem, pag. 144, Nº 1). A ello, debe agregarse que se advierta en el caso una "urgencia" impostergable para evitar un "perjuicio" al reclamante, como el factor preponderante para acortar los tiempos de un proceso normalmente muy extendido, con miras a lograr un desplazamiento de derechos, provisorio y reversible, sin que exista cosa juzgada (doc. CSJN, "Camacho Acosta", Fallos 320:1633). De allí que su otorgamiento no agota el juicio, que seguirá hasta su finalización. De modo que al tiempo de la sentencia o dentro de la secuela del proceso, si cambiaran las condiciones, esta tutela anticipatoria podrá modificarse o quedar sin efecto. ---------- En autos, el juez "a quo" ha estructurado su decisión sobre estos parámetros en función de las constancias de autos. Al grado de "fuerte probabilidad" suma la "urgencia" y el "periculum in damni" (sic, fs. 14). Entiende que la situación del accionante (la manifestación de la enfermedad inculpable por desprendimiento de retina, fs. 4) ha sido reconocida por la

accionada, quien expresamente se refiere a la secuencia de certificados médicos del legajo del reclamante como que "constituyen una verdadera historia clínica de la evolución de su disminución visual" (fs. 38vta.); así, también, da cuenta de ello el certificado médico dirigido a la empleadota (fs. 62), y la indisponibilidad de parte de la empresa de tareas adecuadas para el tipo de actividad que podría desarrollar el empleado (fs. 37, 38, posición octava de fs. 99). La urgencia deriva, para el magistrado, de la propia situación de debilidad económica en que se encuentra el accionante frente al desarrollo de la enfermedad y su (in)capacidad laborativa (testimonios de fs. 10 y 11, actuados como "información sumaria", doc. art. 199, C.P.C.C.); y va de suyo el peligro de que ocurra un daño para el reclamante. Por ello debe considerarse que si la injusticia que se trata de corregir deriva del hecho de que el demandado puede especular con el tiempo del proceso, colocando en jaque el derecho del actor antes de que llegue la sentencia de mérito, el método adecuado es anticipar la tutela, total o parcialmente, para neutralizar esa desigualdad en beneficio del actor (doc. art. 9º, ley 20.744; conf. COUTURE, Eduardo, "Estudios de derecho procesal civil", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, T. I, p. 276). ---------- Por las razones expuestas, procede la confirmación de la decisión de grado en lo que ha sido objeto de agravios. ---------- **IV.-** Por la forma en que se resuelve el presente, las costas se impondrán recurrente perdidoso en (art. 70, C.P.C.C.). En mérito de la extensión e importancia de las labores desarrolladas, el resultado obtenido en el incidente, así como el carácter con que actuaran, corresponde regular los honorarios de los Dres. E. R. H., A. S. R. P. y G. R. C. en el 0,42%, 0,42% y 0,64%, respectivamente, de la liquidación final del proceso que oportunamente se realice (arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 13, 32, ley XIII nº 4). ----------

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

--- Confirmar la resolución de fs. 13/17. ----------

--- Imponer las costas al recurrente perdidoso. ----------

--- Regular los honorarios de los Dres. E. R. H., A. S. R. P. y G. R. C. en el 0,42%, 0,42% y 0,64%, respectivamente, de la liquidación final del proceso que oportunamente se realice. ---------- La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haber coincidencia de opinión y hallarse con licencia el restante integrante de la Sala (art. 7º ley V nº 17). --------- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO

MARCELO J. LOPEZ MESA
JUEZ DE CAMARA

CARLOS A. VELAZQUEZ
PRESIDENTE

---- REGISTRADA BAJO EL Nº __35___ DE 2011 – SIL.- CONSTE.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO