Puerto Madryn, de Marzo de 2012.

VISTO Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados**:** "**Legajo de copias en autos: "S., J. O. c/ Municipalidad de Puerto Madryn s/ Acción de Amparo" (Expte. N° 99/2012)" (Expte. 69/2012)** venidos del Juzgado de Familia N° 2, por haber interpuesto la letrada apoderada de la parte demandada a fs. 88/90 y vta. recurso de apelación contra la sentencia obrante a fs. 67/71 y vta. del presente legajo de copias.

I. A fs. 67/71 y vta. la Sra. Jueza de grado hace lugar a la medida cautelar innovativa peticionada por el amparista, hasta que recaiga sentencia definitiva en las presentes actuaciones.

A fs. 88/90 y vta. la letrada apoderada de la parte demandada apela dicha resolución. En dicho libelo expuso que la gravedad de la medida dictada opera como un sustituto de la acción de amparo, que permite el conocimiento y otros recaudos de procedencia. Sostiene que de esta forma se ha conseguido toda la pretensión eludiendo el debate sustancial.

Considera que los presupuestos fundamentales para el dictado de la medida, brillan por su ausencia, tanto la verosimilitud del derecho como el peligro en la demora.

Entiende que los decisorios por los cuales se dispuso el pase a planta permanente de un número significativo de agentes, carecen de falta absoluta de motivación, sobre la razón y fundamento de la medida que lleva a beneficiar a unos agentes contratados, en detrimento de una cantidad mucho mayor en iguales o mejores condiciones para acceder a ese beneficio.

Explica que es por esa falta de motivación, arbitrariedad y discriminación respecto de los contratados excluidos y de algunos incluidos, que se impuso

su derogación, pese a que los vicios señalados rozaban los límites de la nulidad.

Manifiesta que yerra la sentenciante al afirmar que debe restablecerse al amparista en su puesto de trabajo, lo que supone a contrario sensu, que fue separada o dejó de prestar servicios privándola de su remuneración, extremo que se considera falso.

En este sentido, sostiene que la apreciación del a quo en torno a que el amparista se encuentra en una situación laboral precaria, circunstancia que no le garantiza el cobro de las tareas, ni la cobertura de la obra social, ni una cobertura ante un siniestro; es lo que en definitiva se llama "peligro en la demora" muestra a las claras la falta de rigor jurídico y arbitrariedad de la sentencia.

Considera que es falsa y mendaz la verosimilitud en el derecho de la recurrente, dado que toda designación en la planta permanente tiene carácter provisorio por un período de seis meses y debe ser evaluada por la junta evaluadora. Entiende que la decisión de volver la situación anterior al dictado de las resoluciones derogadas mientras se analiza el estudio y análisis de todo el personal, materializada durante el período de prueba, deviene legítima e impecable y ajustada a derecho.

Expone que más fútil e intrascendente resulta el argumento del peligro en la demora, por carecer del más mínimo respaldo fáctico. Se pregunta que peligro en la demora se ocasiona si el amparista continúa prestando servicios y recibiendo la remuneración mensual.

La parte actora presenta memorial.

II. Preliminarmente conviene señalar que el recurso interpuesto goza de una suficiencia técnica que roza los umbrales de la deserción por contener una tenue crítica de los argumentos en los cuales reposa la resolución de grado que decreta la medida cautelar innovativa.

El apelante no se limita a atacar los fundamentos en los cuales subyacen los extremos previstos para la viabilidad de la medida cautelar, sino que se introduce en cuestiones de fondo ajenas a este estadio procedimental.

No obstante, conforme criterio de este Cuerpo el beneficio de la duda en cuanto a la deserción, permite tratar los agravios incoados (Ver argumento en autos: N., C. A. C/ C., M. S/ Cobro de pesos – LABORAL, Reg. N° SDL 20/11, y "U., S. C. C/ M. M., E. S/ Cobro de Pesos" LABORAL, Reg. N° SDL 21/10, entre otros).

En este orden, se ha señalado que *"...no obstante la precariedad que pueda observarse en la crítica a la resolución que recurre, la apelación cumple en cierta medida con las exigencias del art. 265 del Cód. Procesal si de acuerdo con el criterio de amplia tolerancia, que resulta ser la interpretación que se juzga más acorde con la garantía constitucional de la defensa en juicio, se cumple con el mínimo de técnica exigido por las normas procesales en materia recursiva..."* (LOUTAYF RANEA Roberto G. "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil". Ed Astrea. Bs. As. 2009. Pág.305. Y citas jurisprudenciales).

III. Sostiene el apelante que la gravedad de la medida innovativa dictada por el a quo opera como un sustituto de la acción de amparo, que permite el conocimiento y otros recaudos de procedencia. Sostiene que de esta forma se ha conseguido toda la pretensión eludiendo el debate sustancial.

Las medidas cautelares tienen un fin protectorio destinado a hacer valer los efectos del decisorio. En este sentido la CNCAFed. ha precisado que *"...tienden a impedir que, durante el lapso que "inevitablemente" transcurre entre la iniciación del proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes sus efectos..."* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, sala III, "Empresa San José SA c. EN-M° Economía - ST - CNRT s/medida cautelar (autónoma)", del 16/11/06;

"Droguería Unifarma S.A. c. EN - M° Salud (Res 17/06) s/amparo ley 16.986", del 18/10/07, entre otros).

Dichas medidas precautorias tienen una razón de ser en el derecho, una finalidad que constriñe su espíritu, la cual consiste en el resguardo de la pretensión al momento del dictado de la resolución definitiva. Así lo ha entendido la CSJN cuando expresa: *"...la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia..."* (CSJN en Fallos 314:695 y 711).

Desde esta óptica, -tal como ya lo ha señalado este Cuerpo jurisdiccional-, corresponde diferenciar entre el objeto de la acción de amparo que ineludiblemente tiende a evitar un daño por una desprotección de los derechos constitucionales, con el objeto de la medida cautelar propiamente dicha, en donde tanto el peligro en la demora como la verosimilitud en el derecho están vinculados con la necesidad actual de que se dicte la medida, a los efectos de que el transcurso del tiempo no cause un daño irreversible (Ver: CAPM en autos: "O., P. A. s/ Acción de amparo" Expte. N° 74, Año 2010).

Aún cuando del escrito de promoción de la acción de amparo se desprenda una yuxtaposición entre el objeto de la misma y la medida cautelar propuesta, ambas operan de manera independiente en la acción de amparo.

En las medidas cautelares el Juez debe juzgar sobre la procedencia de la medida en sí misma, mas no prejuzgar sobre el fondo del asunto, lo que es correcto, pues el juicio de verosimilitud carece de repercusiones en orden a la sentencia final, que será dictada una vez efectuada la indagación a fondo.

Es decir, la medida cautelar tiende a resguardar o efectivizar el derecho al momento del dictado de la sentencia, mientras que como explica GEROSA LEWIS *"...el amparo es una acción sencilla y rápida que tiene por objeto lograr el restablecimiento del pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, en la Constitución Provincial, en los tratados o en las leyes, ante un acto u omisión de una autoridad pública o de un particular que en forma actual o*

inminente, los lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta..." (GEROSA LEWIS, Ricardo T. "El amparo en la Provincia del Chubut" LLPatagonia 2006, 381).

Siguiendo las dicciones de DE LAZARI *"...nunca el procedimiento cautelar valora el fondo de las cosas sino tan solo su aparente atendibilidad. Todas las acciones dependen necesariamente de una sentencia previa que las reconozca y declare su exigibilidad, pero el trayecto hacia su obtención, a los efectos cautelares, puede hurgarse en el material y alegaciones que presenta el requirente, para establecer con grado de probabilidad su posible andamiento. Que emerja o no de ese análisis la verosimilitud del derecho es cosa distinta que abordar el fondo de las cosas..."* (DE LÁZZARI, Eduardo N. "Medidas Cautelares" Ed. Platense. La Plata. 1985. Pág. 26).

Sin entrar a analizar la procedencia del derecho de fondo invocado y la legitimidad o legalidad de la situación fáctica, se advierte que la mencionada finalidad procesal no aparece lesionada en las presentes actuaciones puesto que la medida cautelar solicitada, no impone necesariamente ingresar al análisis y consideración de una cuestión medular del amparo que exceda el marco de este limitado juicio cognitivo.

De allí que es posible una medida de no innovar en la demanda de amparo ya que la suspensión del acto impugnado hasta tanto se resuelva la acción deducida, permitirá contemplar la situación planteada en su momento, evitando que la acción de amparo se presente con una aparente eficacia, pero en el fondo sin virtualidad jurídica.

Nuestro Máximo Tribunal ha dicho al respecto que *"...el anticipo de jurisdicción en el examen de este tipo de medidas cautelares no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandado y 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..."* (Ver desarrollo de

estas ideas en: HIGHTON, Elena I., AREÁN, Beatriz A. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" T. 4, Ed. Hammurabi. Bs. As. 2005, p. 85).
Tal como lo indica PEYRANO, *"...la medida cautelar innovativa requerirá la demostración de la verosimilitud del derecho invocado, la demostración del perjuicio irreparable que producirá el mantenimiento de la situación existente, y el peligro en la demora..."* (PEYRANO Jorge. "Medidas Autosatisfactivas" ed. Rubinzal Culzoni. Pag. 397. En igual sentido ver: SAGÜÉS, Néstor Pedro; Acción de Amparo, Ed. Astrea, Bs. As., 2007, pp. 502/504), extremos que se analizarán a continuación.

IV.- El apelante se opone a que dos de estos presupuestos se encuentren configurados. Afirma al respecto que *"...los presupuestos fundamentales para el dictado de la medida, brillan por su ausencia, tanto la verosimilitud del derecho como el peligro en la demora..."* y explica dicha consideración.

IV. a).- Para la procedencia de cualquier medida cautelar es preciso acreditar la verosimilitud del derecho, entendiendo por éste a una fuerte apariencia de certeza del derecho discutido. Como enseña el maestro italiano CALAMANDREI *"...la credibilidad da lugar a la providencia favorable, la cual está destinada a tener una vida provisional, hasta que se pueda llegar a la definitiva que ocupe su puesto...."* (CALAMANDREI Piero. "Estudios sobre el proceso civil" Tomo III. Ed. E.J.E.A. Buenos Aires. Pag. 301)., se trata, -tal como lo resaltara la Sala E de la CNCiv.-, de *"....una credibilidad que tenga un serio sustento dentro del marco de provisionalidad con que cabe valorar los elementos de juicio incorporados a la causa..."* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 18/08/2009, Leder, Mario Pablo c. Leder, Jaime y otros, DJ 17/02/2010, 370, AR/JUR/30563/2009).
Desde esta perspectiva, para conseguir el dictado de una resolución que acoja favorablemente una pretensión cautelar es preciso mínimamente

comprobar la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el peticionario. Como ha sostenido la Sala C de la CNCom. resulta necesario que *"...de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal pueda declararse la certeza de ese derecho..."* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 18/07/2008, Molinero, Felipe Luis y otros c. Sindicato de Accionistas Programa de Propiedad Participada Telefónica de Argentina, La Ley Online; AR/JUR/6987/2008).

Tal como lo señalara esta Cámara, en el análisis de cualquier medida cautelar no puede pretenderse un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el principal, sino sólo uno periférico o superficial, encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, y la probabilidad de éxito por parte de quien la pretende (Ver: CAPM en autos: "Legajo de copias Art. 252 CPCC Ley XIII N° 5 en autos: D. DE M. S.A. c/ Poder Ejecutivo Provincial s/ Acción de amparo" (Expte. N° 56/2011).

Sabido es que el acto administrativo municipal goza de una presunción de legitimidad. Expone CASSAGNE al respecto que *"...se trata de una presunción provisoria de los actos estatales, ínsita en las funciones y poderes que la norma fundamental asigna a los órganos que componen la estructura constitucional del Estado, para realizar en forma expedita y eficaz las funciones públicas que debe satisfacer en la prosecución del bien común cuya administración y gerencia le corresponden supone que el respectivo acto dictado por un órgano estatal se ha emitido de conformidad al ordenamiento jurídico, y en ella se basa el deber u obligación del administrado de cumplir el acto..."* (CASSAGNE, Juan Carlos. "El acto administrativo". Ed. Abeledo Perrot. 2°ed. Pag. 238). Como advierte el mismo autor en otra obra jurídica de su *autoría "...si no existiera tal principio toda la actividad estatal podría ser cuestionada con la posibilidad de justificar la desobediencia como regla normal en el cumplimiento de los actos*

administrativos..." (CASSAGNE, Juan Carlos. "Derecho administrativo". Tomo II. Ed. Abeledo Perrot. Pag. 20).

En las presentes actuaciones nos encontramos frente a dos actos administrativos municipales que gozan de presunción de legitimidad, debiendo sus alcances, efectos y eficacia ser juzgados al momento de dilucidar la resolución definitiva de la presente acción de amparo. Se entiende al respecto, que el derecho exhibido por el actor es verosímil, puesto que se sustenta en la eficacia de uno de estos actos administrativos comprometidos.

Desde esta perspectiva, la medida cautelar dictada en primera instancia no obsta a la decisión definitiva que se adopte respecto de la situación del empleado S.. Ella no perjudica al Municipio, ni se advierte, *prima facie*, que éste vea afectado su patrimonio durante la vigencia de la misma.

Por su parte, el hecho que la empleada municipal haya sido designada con 3 meses de antelación al cese del mandato carece de fundamentos jurídicos en tanto y en cuanto no se indica cuál es el perjuicio que ello la causa al Municipio.

Mantener la última decisión del Municipio genera en el Sr. S. una creencia o indicio de inestabilidad laboral o una sensación de inminente despido. Sobre todo cuando denuncia que ingresó a trabajar al Municipio el día 7 de abril de 2009.

La medida cautelar no impide que la Municipalidad pueda contar con tiempo suficiente para estudiar legajos personales y casos puntuales en un todo de acuerdo a la Carta Orgánica Municipal. Decidir de otra manera implicaría prima facie afectar los derechos del trabajador pues el comportamiento del Municipio como persona jurídica tuvo aptitud para generar en el Sr. S. una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional

otorga a tales efectos (Ver doctrina que se desprende de la CSJN en el caso "Ramos" CSJN 6/4/2010).

Dichas afirmaciones deben ser entendidas en el marco de un juicio de verosimilitud, examinando la posibilidad de que el derecho haya sido infringido como lo alega el amparista.

IV. b).- Con relación al peligro en la demora el mismo se encuentra ínsito en la misma naturaleza del acto impugnado, cuya ejecución provoca más perjuicios que su suspensión, ya que se consumaría un situación de profunda incertidumbre de status de trabajo durante todo el lapso que insuma el proceso.

El hecho de que el proceso de amparo tramite por vía sumarísima no constituye un elemento significativo para rechazar la medida innovativa, puesto que es un hecho notorio, que en muchas ocasiones el trámite se prolonga en el tiempo y, esperar la sentencia definitiva puede transformar en ilusorios los derechos fundamentales de la recurrente, como sería el derecho a trabajar, a percibir una retribución justa, a tener estabilidad en el empleo, etc.

Desde esta perspectiva, el peligro en la demora se encuentra acreditado, por lo que corresponde confirmar la medida impuesta por la Sra. Jueza de grado. Ello por cuanto, actuando en un proceso de amparo vivo y no rutinario o esquemático, la judicatura debe dar soluciones reales a las incertidumbres que le trasladan las partes, ya que tal como lo afirma MORELLO *"...solo otorgando anticipadamente, lo que es sustancia de la litis, se presta un eficaz servicio de justicia, mediante una decisión rápida que preserva, provisoriamente, el valor justicia y evita situaciones irreparables..."* (MORELLO Agusto Mario, "El derecho a una rápida y eficaz decisión judicial", Rev. El Derecho. Pags. 79 y sgtes).

Por su parte, según las propias palabras del recurrente no ha hecho la Municipalidad una modificación de status del trabajador. Sin entrar a analizar el fondo de esta consideración, pero tomando su sentido y alcance, debe señalarse que en nada puede perjudicar el mantenimiento de la medida cautelar que tiene como objeto, -justamente-, mantener la situación jurídica en las mismas condiciones en las que se encontraba el trabajador con anterioridad a la asunción del nuevo gobierno municipal. En definitiva mantener su status.

V.- Las costas se imponen al apelante (art. 17 de la ley V N° 84). A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta la labor desarrollada, naturaleza del proceso, éxito obtenido y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados. Analizadas dichas normas corresponde fijar los honorarios de la abogada N. M. en 8 jus, y de la abog. F. R. en 12 jus (Conf. arts. 5, 7, 13, 26, de la Ley XIII N° 4).

Por ello, la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn

RESUELVE:

1. **CONFIRMAR** la medida cautelar decretada a fs. 67/71 y vta. del presente legajo de copias en cuanto ha sido materia de agravio.
2. **IMPONER** las costas de esta instancia a la apelante vencida. (art. 69 del CPCC).
3. **REGULAR** los honorarios de la abogada N. M. en 8 jus, y los de la abog. F. R. en 12 jus. (Conf. arts. 5, 7, 13, 26, de la Ley XIII N° 4).
4. **REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° /12 SIF