Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

RAWSON, 14 de Septiembre de 2012.-

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

------ Estos autos caratulados: **“S., M. S. y Otras c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa”** (Expte. N° 22.686 - S- 2.012).----------

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

------ Que a fs. 36/51, las Sras. M. S. S., V. C. W., F. L. P. y M. G. I., promueven demanda contencioso administrativa contra el Estado Provincial solicitando la *“declaración de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de toda norma jurídica que de cualquier modo deje sin efecto la equiparación salarial”* que –alegan- gozaban con el salario correspondiente al cargo de Vicedirector de Escuela, así como también requieren *“la declaración de nulidad y/o ilegitimidad de los actos administrativos en los que se les hubiere rechazado la petición …”*, ordenándose la inmediata equiparación y condena al pago retroactivo de las diferencias salariales que surjan entre lo percibido y lo que debieron percibir durante los 5 años anteriores a esta presentación, con más sus intereses y costas. Asimismo reclaman la realización de los aportes previsionales y de una nueva liquidación de la jubilación para el caso de

///que en el transcurso del presente alguna o todas ellas estuvieren jubiladas.----------

------ En el apartado **IV.- HECHOS.- punto A.- “ANTECEDENTES PERSONALES DE LAS ACTORAS- LEGITIMACIÓN ACTIVA”**, reseñan los títulos y antecedentes de cada una. De los datos aportados, se observa que todas iniciaron sus actividades en el Ministerio de Educación, que aproximadamente entre el año 1986 y 1993 –en el caso de S.- hasta el año 1996 han trabajado en el Centro de Orientación y Asistencia a la Comunidad Educativa (COPACE) con una Categoría 3-11 donde dicen haber aportado el 16% con un sueldo equiparado al del Vicedirector de Escuela. Que desde el año 1996 al año 1998 – salvo I. que trabajó hasta el año 1999- prestaron funciones en la Unidad Ejecutora Provincial de Promoción Social (UEPPS) dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social, pasando luego a laborar en el Servicio de Protección de Derechos (SPD), organismo creado por la Ley N° 4347 (DJ III Nº 21) de Protección Integral de Niñez, la Adolescencia y la Familia, donde S., P. y W. continúan actualmente; en cambio se alude a que I. se hallaría en el Hospital Regional de Comodoro Rivadavia.----------

------ En el **punto B) “EL CESE DE LA EQUIPARACIÓN AL SALARIO DEL VICEDIRECTOR- VIOLACIÓN DE LA GARANTÍA DE NO AFECTACION DE LA REMUNERACIÓN**”, indican que en el año 1996 por disposición de la Ley N° 4194 (en DJ I Nº 180) se transfiere el recurso técnico profesional del COPACE – al cual correspondían los cargos de las actoras-, dejando así de pertenecer al

///

///Ministerio de Educación, para comenzar a depender del Ministerio de Salud y Acción Social, agregando que mediante Ley N° 4262 (DJ I Nº 187) se creó la UEPPS, a efectos de brindar soporte científico, profesional y técnico a las distintas áreas dependientes del Ministerio de Salud y Acción Social y ordenó la utilización de los profesionales transferidos mediante la Ley primero citada.----------

------ Siguiendo con el relato, exponen que al transferirse al personal al Ministerio de Salud y Acción Social se dispuso expresamente *"la contemplación y respeto de las condiciones laborales que al momento del dictado de la norma tenía el personal transferido*", previsión que dicen incumplida y que da sustento a la promoción de esta demanda. En igual sentido mencionan, que los derechos supuestamente garantizados, nunca se han respetado, toda vez que desde el traspaso aludido se encuentran percibiendo salarios por debajo de los debidos.- Así porque –aducen- mientras trabajaban en la órbita del Ministerio de Educación su remuneración se equiparaba al cargo de Vicedirector (fundan en las Leyes N° 1820 (en DJ VIII Nº 20) y N° 3269 (según DJ abrogada).- Afirman que ello *"violentó sus derechos adquiridos, modificando ilegalmente las condiciones laborales de origen"*.- Que los salarios que perciben actualmente resultan similares a los del personal operativo- no profesional.----------

------ En el **acápite C) "LA NORMATIVA- LA EQUIPARACION SALARIAL CON EL CARGO DE VICEDIRECTOR",** explican que

///en el año 1988 se presentó un proyecto de Ley N° 292 por medio del cual se incorpora al Estatuto Docente a quienes se encuentran afectados al COPACE profesionales que se desempeñan en gabinetes psicopedagógicos, donde se encontrarían incluidas; que éste proyecto fue aprobado en general y en particular, sancionándose la Ley N° 3269, que incorpora el Título IV al Anexo I de la Ley N° 1820 (DJ VIII Nº 20).- Aseveran que toma como base el anteproyecto enviado a la Legislatura y que ambos establecen que ***"los cargos de Gabinetistas Psicopedagógicos estarán equiparados con el Vicedirector de la misma Escuela o módulos y los cargos de Jefes de Gabinetes estarían equiparados con el de Director".-*** Además, hacen referencia a los artículos 148°, 161° que establece los cargos y sueldo básico – subrayando el de ***Gabinetista con 20 horas semanales 150 puntos***- al 164° - reconocimiento de la antigüedad para todos los efectos con excepción de los previsionales- y 165°, todos ellos de la Ley N° 3269.----------

------ Por otro lado mencionan que el artículo 9º de Ley Nº 1820 (DJ VIII Nº 20) *"establece para el personal docente primario de la Provincia del Chubut el "Estatuto del Personal Docente*", y que… *"El sueldo básico del personal docente comprendido en este Estatuto será calculado conforme a la cantidad de puntos que para cada cargo se indican: (…) VICEDIRECTOR 150 puntos al mes de Noviembre de 1988"*.----------

------ De lo expuesto concluyen que el Gabinetista con 20 horas semanales (cargos y horas desempeñadas por las actoras), contaba con 150 puntos para el cálculo de su sueldo básico, encontrándose equiparado al Vicedirector, por contar con idéntica cantidad de puntos.----------

///

///--- Acusan que en ninguna de las posteriores modificaciones legales – que cambian el valor del punto- han sido consideradas, y que no se les ha reconocido la equiparación salarial al cargo de Vicedirector del que gozaban y que la normativa por la cual se establece el traspaso les garantizaba.----------

------ En un segundo **punto C.- “LA DECLARACIÓN DE NULIDAD Y/O ILEGITIMIDAD DE LAS RESOLUCIONES N° IV N° 93 Y N° 13 DEL MINISTRO DE FAMILIA Y PROMOCIÓN SOCIAL”**, refieren los reclamos que formularon con el fin de que se establezca la equiparación salarial (mencionan algunas) resueltas negativamente por actos cuya nulidad solicitan.----------

------ Juzgan que en virtud de no haberse respetado la equiparación salarial se vieron afectados sus “derechos adquiridos de titularidad”.- Que el cambio de funciones dispuestas unilateralmente por el empleador no puede afectar la remuneración percibida, y que la no alteración de la sustancia de la remuneración tanto desde el punto de vista de su monto, como de su naturaleza cierta, es una obligación que debe ser cumplida por el empleador, aún sin norma que lo establezca, conculcándose garantías y derechos constitucionales.----------

------ Solicitan medida cautelar para que hasta tanto recaiga decisión sobre el fondo de la cuestión, se *“disponga ordenar a la demandada la inmediata equiparación salarial de las actoras con el salario*

///correspondiente a un Vicedirector de Escuela, conforme lo disponía la normativa aplicable antes del traspaso al Ministerio de Salud y Acción Social" (fs. 45 vta.). Citan jurisprudencia y doctrina relacionada con la materia.----------

------ Entienden que debe ponderarse la certeza que emana de los hechos expuestos y en lo esencial la verosimilitud que deviene de que la pérdida de la equiparación salarial que tenían las actoras resulta arbitraria e ilegal.- Se basan en que bastaría una mera constatación de las normas que preveían la equivalencia, para detectar la gravísima lesión que les provoca, alegando su demostración con las copias de recibos de haberes de dos de las actoras y uno a nombre de M. V. D. V. del mes de Octubre quien se desempeñaba como Vicedirectora de Escuela, de donde – declaran- se evidencia la diferencia existente entre los sueldos.- Apoyándose en doctrina nacional prestan caución juratoria.----------

------ Ofrecen prueba, hacen reserva del caso federal y realizan petitorio de estilo.----------

------ Que corrida la vista al Sr. Procurador General, se expide a fs. 60 y vta., donde luego de reseñar los antecedentes, opina que la naturaleza de la cautela que se pide implica el otorgamiento de una medida innovativa, que coincide con la pretensión principal de la acción, y que concederla implicaría un anticipo del resultado del proceso.- Cita jurisprudencia de este Superior Tribunal de Justicia, y observa que nada han argumentado las actoras acerca de la existencia de un perjuicio irreparable en el caso de no acceder a la medida cautelar pedida y tampoco se desprende de la

///

///situación fáctica que describen, obstando ello a la concesión de la cautela.- Por otro lado menciona que dos de las actoras – P. e I.- no han acompañado prueba documental que evidencie la relación de empleo público que invocan o el cargo que ocupan, resultando un obstáculo para avanzar sobre consideración alguna referida a la concesión, contándose sólo con el relato que brindan de los hechos, insuficiente para alcanzar el estándar procesal en cuestión.----------

------ Agrega por último que tampoco se encuentra presente la verosimilitud del derecho invocada, la que no surge manifiesta ni patente de los actuados, propiciando en consecuencia y en mérito a lo dicho el rechazo de la cautelar requerida.----------

------ 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, 46/SCA/11 y 3/SCA/12, entre otras).----------

///--- Que esta Sala, en SI N° 3/SCA/12 y 72/SCA/11, advirtió que la doctrina ha expuesto cuáles han de ser en el caso tales recaudos. Y siguiendo a PEYRANO, quien se ha dedicado en particular al estudio de la medida innovativa, se exponía 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* (Conc.: "El proceso atípico", PEYRANO - CHIAPPINI, Ed. Universidad, parte segunda pág. 20/21)".----------

------ Que también -siguiendo a este autor y la jurisprudencia de la Corte Nacional- en esos decisorios se advertía que *"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 éste antes referido, que le es propio y característico, tal la irreparabilidad del perjuicio"* (SI N° 14 y 38/SCA/01, 10/SCA/05, 20, 35, 36, 41, 42 y 46/SCA/11 entre otras).---

------ Como es sabido, este Tribunal viene señalando *"...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, 35, 36, 41, 42, 46 y 72/SCA/11, 3/SCA/12, entre otras). Porque "*este tipo de medidas no exigen de los magistrados un análisis de certeza sobre la existencia del*

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

///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, 56/SCA/08, 20, 35, 36, 41, 42, 46 y 72/SCA/11, 3/SCA/12, entre otras).----------

------ En esos mismos precedentes se ha establecido, que esta 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, 35, 36, 41, 42, 46 y 72/SCA/11, 3/SCA/12 entre otras).----------

------ 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. Y a él ha de adosarse el de "daño*

///*irreparable” o “irreparabilidad del perjuicio”* (SI Nº 36/SCA/10, 20, 35, 36, 41, 42 y 46/SCA/11, 3/SCA/12, entre otras).----------

------ También se sostuvo que *“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, 20, 35, 36, 41, 42 y 46/SCA/11, 3/SCA/12, entre otras).----------

------ En sentido concordante al expuesto, la jurisprudencia del Cuerpo ha mencionado a DE LÁZZARI, que 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, 35, 36, 41, 42 y 46/SCA/11, entre otras).----------

------ A más, es dable destacar que “*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, 35, 36, 41, 42, 46 y 72/SCA/11, 3/SCA/12 entre otras).----------

------ II.- Del estudio de las circunstancias del caso, y tal como lo expusiera el Señor Procurador General, resulta que las peticionantes no han demostrado el *fumus* -la apariencia- de buen derecho que pretenden se les reconozca, en tanto la documental acompañada (recibo de haberes) no sólo no logra producir convicción de "manifiesto" sobre el mismo, sino que además sólo se hallan incorporados los correspondientes a dos de las actoras –S. y W.-, restando los de P. e I., no encontrándose para estas últimas, acreditado ni la relación de empleo público ni el cargo que ostentan.----------

------ Que sumado a ello, no se aprecia peligro en la demora ni irreparabilidad del perjuicio.- Las consecuencias que podrían derivar para

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

///quienes accionan en el supuesto de autos, son de contenido patrimonial, siendo subsanables al momento de emitir pronunciamiento final, el cual -en el hipotético caso de resultar favorable a la postura de las demandantes- incluye la aplicación de los intereses respectivos hasta su efectivo pago, pues así lo demandan. Además, siguiendo ese supuesto, tampoco se ha demostrado que la resolución sobre el fondo de la cuestión pudiese tornarse de dificultosa o imposible ejecución, atento la falta de cuestionamiento acerca de la solvencia, al momento de resolver la presente, 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 y 3/SCA/12), esta compensación es inaplicable en el sub-lite en tanto no se dan -aún mínimamente- ninguno de estos requisitos.----------

------ Que esta Sala considera que en esta etapa del juzgamiento no se han reunido elementos de convicción suficientes que autoricen a tener por acreditada suficientemente, aún en grado precautorio, la verosimilitud del derecho invocada por las accionantes que no aparece manifiesta, quienes tampoco han acreditado ni el *periculum in mora* ni la irreparabilidad del perjuicio, coincidiendo además el objeto de la cautela con el del pleito.- En consecuencia, la petición debe ser desestimada.----------

///

///--- III.- Que, según se resuelve, habiendo tramitado la medida cautelar solicitada inaudita parte, 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:**----------

------ **1°) RECHAZAR** la medida cautelar solicitada en autos por las Sras. M. S. S., V. C. W., F. L. P. y M. G. I. conforme los Considerandos precedentes. Sin costas.----------

------ **2º) REGÍSTRESE** y notifíquese.----------

La presente se firma con dos miembros de la Sala por aplicación del art. 28 Ley V- N° 3.----------

Fdo. Dres. Fernando S.L. Royer y Daniel L. Caneo.
Recibida y registrada en Secretaría el 14/09/12 bajo el N° 42/SCA/2012.

///