RAWSON, 21 de octubre de 2014.

------ **VISTOS**: ----------

------ Estos autos caratulados: **“P., H. R. c/ Provincia del Chubut s/ Medida Cautelar” (Expte. Nº23.442-P-2014)**.----------

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

------ Que a fs. 25/31 el señor H. R. P. solicita que, mediante el dictado de una medida cautelar, se lo reintegre a las funciones inherentes a su cargo de revista, esto es, como chofer de Ambulancia en el Hospital Santa Teresita de esta ciudad. Ello, previa declaración de inconstitucionalidad del art. 58 del Decreto N° 1330/81 y 797/84, modificatorio de aquel.----------

------ Relata que desde su ingreso al Ministerio de Salud, en el año 1989, su conducta fue irreprochable pero que, por diversas cuestiones que serán dirimidas en la justicia penal federal, resultó vinculado con un ilícito penal que tramita bajo la carátula “R., M. E. p.s.a Infracción Ley N° 23.737 - Trelew” (Expte. N° 324-F° 127-Año 2012).----------

----- Comenta que, en el marco del referido proceso fue escuchado en declaración indagatoria el 06/01/13 y, posteriormente, el 23/3 de ese año, pasivo de procesamiento con prisión preventiva. Como resultado de ello, ///estuvo privado de su libertad hasta el 11/6/13, fecha en la que se resolvió favorablemente la excarcelación que peticionó. Como

consecuencia de esas vicisitudes el 08/3/13, el Ministro de Salud dicta la Resolución XXI N° 72 disponiendo su suspensión preventiva, a tenor de lo prescripto por el art. 58, segundo párrafo de la Ley I N° 74 y art. 58, apartado IV del Decreto N° 1330/1981.----------

------ Señala que su situación persiste hasta la fecha, pese al reclamo formulado ante su empleadora a fin de que se lo reintegre a sus funciones dado el extenso tiempo transcurrido, sin resolución.----------

------ Transcribe la normativa que considera involucrada y cuya inconstitucionalidad pretende. Remarca que fue dictada en un período en el que se encontraba interrumpido el régimen democrático.----------

------ Bajo el título “IV) Plantea Inconstitucionalidad”, afirma que la preceptiva aplicada por su empleador agravia gravemente el principio de inocencia, el de igualdad, la protección y el derecho al trabajo, todos ellos de raigambre constitucional.----------

------ Sostiene que el apartado IV del art. 58 del Decreto N° 1330/81 establece una “presunción de culpabilidad”, contraviniendo expresamente los arts. 14, 14 bis, 16 y 18 de la Constitución Nacional, como también Pactos, Tratados y Convenios de igual jerarquía, y art. 43 de la Carta Magna Provincial. Indica que el referido precepto ignora la presunción de inocencia que corresponde hasta tanto no exista sentencia firme condenatoria y, por una simple e infundada precaución, habilita una suspensión sin goce de haberes, con todos los perjuicios que ello irroga.--
///--- Advierte que la norma puesta en crisis establece parámetros diferentes según se trate de un agente estatal presumido inocente pero

vinculado a un proceso penal o del autor de cualquier otra falta. Entiende que el dependiente que fuera suspendido por otra causa, cualquiera fuera ésta y su gravedad, puede serlo sin goce de haberes hasta un plazo máximo de noventa días, vencido los cuales procederá su reintegro, si no se hubiese dictado resolución.----------

------ Cree que si el agente involucrado en un proceso penal es presumido inocente hasta que recaiga sentencia condenatoria firme, no existe justificación alguna para ofrecerle, por vía de reglamentación, un tratamiento más gravoso que el que le corresponde a cualquier otro. Dice que esta distinción afecta el principio de igualdad postulado en el art. 16 de la Constitución Nacional y arts. 6 a 8 de la Constitución Provincial, contraviniendo además los arts. 9 y 10 de esta última.----------

------ Estima legítimo que el Estado reglamente plazos, procedimientos y condiciones pero, según piensa, esa reglamentación no puede alterar derechos y garantías consagrados en las referidas Constituciones. Arguye que lo más gravoso es que, empleando una vara distinta a la aplicada para otros agentes en la misma condición, se permita una situación de indeterminación temporal en la sanción por el solo hecho de encontrarse involucrado en un proceso penal.----------

///--- Finalmente, en el apartado “V) Solicita Medida Cautelar” requiere que, mediante el dictado de ésta, se ordene el reintegro a sus funciones en el nosocomio mencionado ab initio.----------

------ Subraya que el tiempo transcurrido -18 meses- sin una decisión que resuelva su situación procesal y que es indeterminado, le genera un grave daño.----------

------ Considera reunidos los extremos genéricos requeridos para su dictado. Así, expresa que la urgencia se verifica con los presumibles perjuicios que derivan de la falta de empleo e ingresos económicos, sustento propio y de sus hijos menores.----------

------ En relación al “fumus bonus iuris”, expone que, declarada la inconstitucionalidad pretendida, no existe elemento normativo alguno que fundamente mantener la suspensión preventiva sin goce de haberes.--

------ Transcurridos 16 meses desde la suspensión, un tiempo extremadamente superior al plazo contemplado por la normativa para casos similares, solicita el reintegro a su cargo hasta tanto suceda alguno de los hechos contemplados en la legislación para decidir sobre su situación laboral y haberes caídos.----------

------ Comenta que se encuentra concluyendo la vía en sede administrativa, y que en caso de silencio o de una resolución desfavorable ante su reclamo, interpondrá demanda, impugnando los actos e instrumentos dictados por el Estado en su perjuicio.----------

///--- Advierte que el grave perjuicio y la urgencia que la situación amerita impone el pedido adelantado de la cautelar que solicita.----------

------ Ofrece prueba y realiza petitorio de estilo.----------

------ Girados los presentes a dictamen del señor Procurador General, se expide a fs. 34 y vta.. Opina el Magistrado que la cautelar solicitada no puede prosperar. Ello, en tanto las razones esgrimidas por el actor no logran alcanzar el estándar de verosimilitud necesario para hacer lugar a la medida. Estima que el análisis del pedido exige suma prudencia en tanto coincidiría con el objeto principal del juicio.----------

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

------ I. Que el presentante viene a la jurisdicción a solicitar el dictado de una medida cautelar autónoma, previa al agotamiento de la vía administrativa. Anuncia, además, la eventual promoción de una acción que iniciará en el supuesto que la Administración Pública no se expida respecto al reclamo presentado en sede administrativa, o lo haga en sentido negativo (fs. 25 y 30 vta.). Que señalada tal circunstancia, y atento la urgencia que caracteriza la resolución del tipo de medida requerida, corresponde que esta Sala se expida sobre ella.----------

------ II. 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, 35, 36, 41, 42, 46/SCA/11, 3/SCA/12, 8 y 31/SCA/13, entre otras).----------

------ Que la Sala, en diversos fallos y siguiendo la doctrina, ha expuesto cuáles han de ser en el caso tales recaudos. Con mentas a Peyrano, quien se ha dedicado en particular al estudio de la medida innovativa, ha explicado 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)” (SI N° 72/SCA/11, 3/SCA/12, 8 y 31/SCA/13 y otras).----------

------ Que -conforme este autor y la jurisprudencia de la Corte Nacional- ha sostenido 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 el recaudo 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, 46/SCA/11, 8 y 31/SCA/13, entre otras).----------

///--- Que sumado a ello, el Tribunal 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. 232° del Código Procesal Civil...en concordancia con el 234º (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, 8 y 31 /SCA/13, entre otras). Ha dicho, asimismo, que “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 su virtualidad” (CS Fallos: 306:2060, 306:2060, 323:337; 349; MJJ42326), pero destacado que ello es así, 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, 56/SCA/08, 20, 35, 36, 41, 42, 46 ,72/SCA/11 y 3/SCA/12, 8 y 31/SCA/13, entre otras).----------

------ Que el peligro en la demora está vinculado a situaciones de perjuicio irreparables (CSJN Fallos 307:2267, LL 1985-A-46), derivados del transcurso de tiempo que el proceso genere, de tal modo que si se mantienen o no se alteran los efectos del acto, la sentencia a dictarse corre el riesgo de ser ilusoria. 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..." - STCH SI N° 81/SCA/98 y 104/SCA/01). A propósito de este recaudo “se valora especialmente que de las constancias de autos surja el perjuicio inminente e irreparable, ya que cuando se

///

advierte tal situación se declara la procedencia de esta medida" (CN Fed. Cont. Adm. Sala II, ED-65-410).----------

------ 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 - *09/3/2004).* “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 y 42/SCA/12, 31/SCA/13, entre otras).----------

------ III. Atento lo expuesto, la inobservancia de los presupuestos referidos surge de manera palmaria en los presentes. En este sentido, ha de señalarse:----------

------ III.1. La verosimilitud del derecho invocado por el actor no se halla acreditada en grado suficiente, en tanto supedita el dictado de la medida requerida a la *"... previa declaración de inconstitucionalidad del art. 58° del Decreto 1330/81 y Decreto 797/84 modificatorio de éste...* "(fs. 25- I) Objeto, y fs. 29 vta., último párrafo). Al respecto es de advertir, que la pretensión de inconstitucionalidad de una norma requiere el desarrollo de ///un proceso en el que se analicen minuciosamente los antecedentes de hecho y derecho expuestos por las partes para culminar en una sentencia de mérito sobre ella; lo que excede ampliamente el acotado marco de estudio y la premura que requiere el dictado de una cautelar. Según se expuso en la SD N° 6/SCA/07 "Quien pretenda esa declaración, ha de establecer porqué fundamentos cree que las prescripciones impuestas por el legislador afectan esencialmente sus derechos. Y así ha de ser no sólo por la gravedad que implica la declaración, sino en beneficio de la defensa en el contradictorio, precedido de un debate profundo, amplio y explícito (CS Fallos 269:225, LL 133-937), en el que las partes adversarias con sus alegaciones y argumentos ilustren al magistrado para

///

que éste arribe a una solución esclarecedora” (Del voto del Dr. Royer in re: “BRITOS...” – SD N° 8/SCA/10).----------

------ Ha dicho el Alto Tribunal de la Nación que “La declaración de invalidez constitucional de un precepto de jerarquía legislativa constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico. Por ello, sólo cabe formularla cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados.” (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte en Fallos: 330, 2981).----------

------ Además, el criterio restrictivo en el otorgamiento de la medida cautelar innovativa ha sido reiterado por el Máximo Tribunal, cuando afirmó: “corresponde rechazar la medida cautelar innovativa solicitada en la causa tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad del ///decreto del Poder Ejecutivo Nacional 699/2010, … si, ante la coincidencia del objeto de la demanda y de la cautela, el dictado de esta última tendría los mismos efectos que la sentencia definitiva y no se advierten las razones por las cuales el mantenimiento de la situación existente podría tornar ineficaz la decisión a dictarse en la cuestión de fondo (arts. 230, inc. 2° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)” (Fallos: 335, 144); “Corresponde denegar la medida cautelar si -en caso de concederse- se derivarían los mismos efectos que los provenientes de la declaración de inconstitucionalidad de los actos cuestionados -lo cual constituye el objeto del litigio-, al no advertirse que el mantenimiento de la situación de hecho pueda influir en el dictado de

la sentencia o convierta su ejecución en ineficaz o imposible.” (Fallos: 329, 803).----------

------ III.2. En orden al peligro en la demora, tampoco se demuestra en el grado requerido y antes señalado. Cabe resaltar que el lapso transcurrido entre la suspensión preventiva en sus funciones a partir del 08/3/13 (Resolución N° XXI 72, obrante a fs. 4 de los presentes) y la fecha en la que solicitara la medida objeto de análisis, esto es, el 11/7/14 (conforme cargo inserto al pie de fs. 31), evidencia la inexistencia de urgencia alguna que amerite la concesión de la cautelar requerida. Máxime, teniendo en cuenta que de la documental acompañada surge un reclamo en sede administrativa con la misma finalidad datada el 19/6/13 (fs. 5), luego que fuera concedida su excarcelación, el que se resuelve mediante Dictamen N° 79/13 -AL- M.S (notificado el 23/7/13, fs. 7 y vta.), al que adhiere el titular del Ministerio de Salud.----------

///--- 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, SI N° 38/SCA/01). Sin embargo, esta compensación es inaplicable en el sub-lite en tanto no se dan -aún mínimamente- ninguno de estos requisitos, tal como se expuso.----------

------ III.3. En cuanto al perjuicio irreparable, las consecuencias que esgrime quien pretende el otorgamiento de la precautoria en análisis, son de contenido patrimonial, y no ha demostrado que la demandada carezca de solvencia para responder ante una eventual decisión favorable a su

petición, ya sea en sede administrativa o judicial. Pues, aún frente al carácter alimentario invocado (fs. 29 última parte) respecto del ingreso económico detraído, éste se transformará, eventualmente, en una reparación patrimonial.----------

------ III.4. Por lo indicado, esta Sala considera que en esta etapa del juzgamiento no se han reunido elementos de convicción que autoricen a tener por acreditada suficientemente, aún en grado precautorio, la verosimilitud del derecho invocada, que no aparece manifiesta. Tampoco se ha acreditado ni el periculum in mora ni la irreparabilidad del perjuicio (conf. SI N° 3/SCA/12, 8 y 31/SCA/13).----------

------ Que en orden a los fundamentos expuestos y ante el incumplimiento de los requisitos exigidos, se impone la desestimación de la medida peticionada.----------

///--- IV. Que no cabe imponer costas, en tanto no medió sustanciación; ni regular honorarios ante la inoficiosidad de la actuación profesional, pues conforme dispone el art. 5 inc. d) de la Ley arancelaria -XIII N° 4, concordante con el art. 3, su fijación, para ser tenida por justa y válida, debe guardar relación con el trabajo efectivamente cumplido, de acuerdo a los principios contenidos en el precepto citado. Según explicó la Sala en la SI N° 19/SCA/11, "…el art. 6° de la ley de arancel impone valorar el mérito de la labor profesional, la calidad, la eficiencia y la extensión del trabajo realizado, excluyéndose la posibilidad de retribuir tareas que resulten inoficiosas o inconducentes para la defensa de los intereses de su representado (cfr. CSJN, sent. del 07.7.93, "Giordano Fiore c/ Autolatina Argentina SA"). En consecuencia, sólo es procedente la regulación de

honorarios respecto de aquellos profesionales que han realizados tareas idóneas con la finalidad perseguida, sin perjuicio del resultado obtenido o de la conclusión de la causa” (CFSS, Sala II – Sent. int. 53421 – 25/4/02 – “Flores, Andrés...” (F-E-H)” elDial – AC21A1) (SI N° 8 y 31/SCA/13).----------

------ 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 por el Sr. H. R. P. conforme a los considerandos precedentes. Sin costas y sin regular honorarios, por los fundamentos expuestos.----------

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

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

Fdo. Dres. Jose L. Pasutti y Jorge Pfleger
Recibida y registrada por Secretaría el 21/10/14 bajo el N° 73/SCA/14

///