Comodoro Rivadavia, de octubre de 2018.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"B., J. L. c/ MUNICIPALIDAD DE COMODORO RIVADAVIA s/ MEDIDA CAUTELAR (Actuaciones art. 252 inc. 2° CPCC)" Expte N° 419/2018**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 1, Secretaría N° 1 (Expte. N° 200/2018).

I.- Llegan las presentes actuaciones a esta instancia, por haber interpuesto la demandada a fs. 85 de este legajo de copias, recurso de apelación contra la resolución de fs. 61/63 dictada el 18/06/2018 que dispuso: a) suspender los efectos de la nota Nº 417/18 de fecha 4/6/18 suscripta por el Dr. Aldo Pagano Mizrahi, del Área Legal de la Subsecretaría de Recursos Humanos de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia; b) No innovar en la función del Secretario del Tribunal Administrativo Municipal de Faltas ejercida por el Dr. J. L. B. hasta el 06/06/2018; c) Reinstalar al Dr. J. L. B. en su cargo de Secretario del Tribunal Administrativo de Faltas hasta tanto se encuentre firme la sentencia definitiva que recaiga en el juicio ordinario promovido.

La jueza *a quo* considera que los hechos narrados conjuntamente con la documentación acompañada en la medida y acción principal, y sin perjuicio de lal presunción de validez de los actos administrativos, que el caso amerita la disposición de medidas, en virtud de los derechos constitucionales comprometidos como el de estabilidad del empleado público y del debido proceso.

Consideró acreditada la verosimilitud del

derecho invocado por el solicitante, con el contenido de la Nota Nº 417/18 que ordena instruir sumario y separa del cargo de Secretario al actor y el peligro en la demora con la elaboración de propuesta de un nuevo Secretario, cargo que ostentaba hasta el momento de su separación, por lo que dispuso hacer lugar a las medidas cautelares peticionadas en contra de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, conforme artículos 232 y 234 del Código Procesal.

II.- El actor, abogado J. L. B., por derecho propio y mediante apoderado, el 13/06/2018 promovió medida cautelar contra la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, solicitando: a) Suspender los efectos de la Nota Nº 417/18 suscripta por el Dr. Pagano del Área Legal de la Subsecretaría de Recursos Humanos de la Municipalidad; b) No innovar en el cargo de Secretario del Tribunal Administrativo Municipal de Faltas, para el que fuera designado; c) Consecuentemente la reinstalación del actor en su cargo de Secretario; hasta tanto se encuentre firme la sentencia definitiva que recaiga en el proceso que promueve.

Narra hechos, cita jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de Chubut respecto de la procedencia de las medidas cautelares contra actos administrativos. Funda su derecho en disposiciones del art. 101 de la Ordenanza 485/76. Funda la verosimilitud del derecho en lo narrado y documentación acompañada y el peligro en la demora en que si no se suspenden los efectos de la nota, se convalida el grosero desalojo del actor de su cargo de Secretario. Refiere asimismo que con la

designación de un nuevo Secretario, no existiría posibilidad de su reinstalación. Expone que el daño irreparable deviene incontrovertible atento la gravedad de lo acontecido, desalojo “manu militari” de su cargo de Secretario. Ofreció prueba y contracautela. Formuló reserva del Caso Federal.

A fs. 61/62 se hizo lugar a la medida cautelar peticionada, conforme los fundamentos expuestos precedentemente y a fs. 68/70. se notifica a la demandada, quien interpone el recurso de apelación aquí analizado.

En su líbelo recursivo de fs. 88/90vta. expone la recurrente que la decisión de la magistrada debe ser descalificada con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, porque carece en el aspecto sustancial, del debido fundamento.

Considera que se dispuso la cautela, sin reparar que el Dr. B. no fue empleado público municipal, su cargo previsto y regulado por el art. 16 de la Ord. 7309/01, es de funcionario: secretario del Tribunal Administrativo de Faltas Municipal, con un plazo de duración, el mismo que el de los vocales del Tribunal. El carácter temporal del cargo, lo deja fuera del régimen del empleado público municipal, por lo que su desvinculación mal puede comprometer el derecho constitucional a la estabilidad. A la fecha de su desvinculación, el plazo se encontraba cumplido.

Considera que el presupuesto de verosimilitud del derecho no ha sido desarrollado por el solicitante ni por la jueza, y el mismo no surge de la Nota Nº 417/18, sino de antecedentes de derecho que hipotéticamente estarían conculcados por aquél.

Respecto del peligro en la demora, entiende que si se resuelve judicialmente la inexistencia o nulidad del acto jurídico que resulta el antecedente necesario de un nombramiento,

inevitablemente éste quedará sin efecto y nada obstará el reingreso del funcionario separado en su cargo.

Cita antecedentes de esta Cámara de Apelaciones y solicita se deje sin efecto la medida cautelar, toda vez que no se encuentran cumplidos los presupuestos legales de procedencia, y subsidiariamente, se limite la misma a la suspensión de cobertura del cargo-propuesta y designación-, dejando sin efecto la reincorporación.

Por último se agravia que la medida cautelar haya sido otorgada con caución juratoria, toda vez que solo está prevista para caso excepcionales, que no es el de autos, por lo que peticiona para el supuesto de confirmación total o parcial de la medida, se fije caución real.

Corrido traslado de los agravios, es contestado a fs. 92/99 por el accionante, quien por las consideraciones que expone, solicita se desestimen los mismo, con costas.

III.- Sintetizados así los antecedentes fácticos y conducentes del proceso y entrando al análisis de los agravios vertidos, cabe destacar que la resolución de grado cuestionada, hizo lugar a la medida cautelar de no innovar con carácter retroactivo al 06/06/2018, apartándose de tal modo del criterio doctrinario y jurisprudencial imperante en la materia. La medida cautelar se acerca por su naturaleza jurídica a una medida cautelar innovativa, atento el carácter excepcional y de la exigencia de un cuarto requisito para su procedencia (irreparabilidad del perjuicio). Ello, en tanto la medida cautelar dictada altera o modifica -en principio- el estado de hecho

existente antes de la petición (separación del cargo de Secretario del Tribunal Administrativo de Faltas).

"La medida cautelar innovativa es una diligencia excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del tribunal en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder antijurídico; esto es que alguien haga o deje de hacer algo en el sentido contrario al representado por la situación existente (conf. Peyrano, "Medida cautelar innovativa", Ed. Depalma, p. 21). La singularidad de la medida innovativa consiste en su aptitud para producir efectos retroactivos respecto de posiciones adquiridas de manera contraria a derecho.

Precisado ello, cabe recordar que la medida cautelar solicitada tiene naturaleza excepcional y requiere para su concesión la estricta concurrencia de los recaudos clásicos que tornan admisible toda cautelar; esto es, verosimilitud del derecho y peligro en la demora; como así también un recaudo propio: el daño irreparable (“XVIII Congreso de Derecho Procesal” Santa Fe 1995).

Es que, la excepcionalidad que implica la cautelar de innovar, dado la alteración del estado de hecho o de derecho existente en el momento en que se concreta, configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final, requiere la demostración del perjuicio inminente e irreparable que se sufriría si no se tutelara el derecho con anterioridad al dictado de la sentencia. Conforme los

presupuestos apuntados, y sin que el presente tratamiento pueda significar adelanto de opinión sobre el fondo de la cuestión debatida, corresponde analizar, si concurren los presupuestos imprescindibles para su admisibilidad.

En cuanto a la verosimilitud del derecho, concierne hacer las siguientes precisiones. El actor fue designado Secretario del Tribunal Administrativo de Faltas, el 08 de marzo de 2008, por el Concejo Deliberante y a propuesta del Tribunal de Faltas, de conformidad con la Ordenanza N° 7309-1/01 y separado de su cargo mediante Nota N° 417/18 suscripta por el Sr. Aldo Pagano Mizrahi, del Área Legal de la Subsecretaria de Recursos Humanos.

Si bien la normativa citada dispone el mecanismo de designación y nombramiento de los Secretarios, no ocurre lo mismo respecto del cese de las funciones. Si los Secretarios son designados por el Concejo Deliberante a propuesta del Tribunal de Faltas, surge el interrogante respecto a si el cese de sus funciones puede ser dispuesto mediante una nota suscripta por un empleado o funcionario que cumpliría funciones en el Área Legal de la Subsecretaría de Recursos Humanos.

Sin entrar a indagar respecto de la eficacia de la nota cuestionada, cuya nulidad es objeto de la acción principal, se advierte y tal como señala la magistrada de grado, que en la misma se ordena instruir sumario, separar del cargo al actor y que el Tribunal de Faltas proceda a reunirse para proponer nuevo Secretario.

Las dos primeras cuestiones,

contrariamente a lo señalado por el recurrente, otorgan la verosimilitud suficiente para el otorgamiento de la medida cautelar y hace presumir prima facie el derecho del actor, pues la misma resulta contradictoria al ordenar instruir un sumario por un lado y separar del cargo y disponer el cese de funciones de pleno derecho, por otro.

Conforme art. 96 de la Ordenanza N° 6418/97 la cesantía o exoneración será dispuesta por la autoridad de aplicación, previo sumario, salvo en los casos previstos en los capítulos de sanciones, licencias y evaluación de desempeño de la Ordenanza, en cuyo caso la misma será automática.

Si el Dr. B. en su cargo de Secretario, cometió una falta, será la autoridad de aplicación, quien mediante una resolución dictada con garantía del debido proceso adjetivo, ordene o no el cese de funciones.

En consecuencia y toda vez que la fundabilidad de la pretensión invocada en el proceso principal por parte de quien solicita dicha medida, no puede ser objeto de un detenido análisis; ni pretenderse un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el principal, sino sólo un conocimiento periférico y superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido (Díaz Solimine: Juicio de Amparo, pag. 378 y ss, Hammurabi 2003), y que la vulneración del derecho denunciado por el actor, no puede verse afectado con la simple mención de que el mismo habría cesado en su cargo de pleno derecho el 28/03/2018, cuando efectivamente el día 06/06/2018 se encontraba ejerciendo sus funciones,

conforme lo analizado precedentemente, resulta acreditado este primer requisito.

Por su parte, el peligro en la demora, aparece como situación de perjuicio irreparable, por cuanto no solamente se afecta el derecho a trabajar, sino también la percepción de sus remuneraciones que gozan de carácter alimentario.

Corresponde señalar que el antecedente de la Sala A que invoca el recurrente y las razones fundantes de dicha decisión, difieren sustancialmente con el presente, pues allí se trataba de una persona, que estando en período de prueba, fue calificado como no apto para seguir trabajado en el Ministerio Público Fiscal, mediante decisión dictada dentro de las facultades otorgadas por la Ley Orgánica de Tribunales y del Ministerio Público Fiscal. Fácilmente se advierte la impertinencia del precedente invocado, pues la existencia de antecedentes en un sentido, son de aplicación en iguales o similares circunstancias, que no es el caso de autos.

Por último y respecto del agravio sobre la caución juratoria exigida en el otorgamiento de la medida cautelar, y teniendo en cuenta que con la misma se ordena reinstalar al actor en su cargo de Secretario, destacamos que el mismo no será admitido, pues la misma se estima pertinente en función de los derechos de orden público comprometidos que consagran el carácter alimentario del salario.

Por los fundamentos dados, se puede concluir que en la presente causa se encuentran reunidos la totalidad de los recaudos legalmente exigidos para la procedencia de la medida cautelar solicitada, motivo por el cual corresponde rechazar el recurso de apelación y confirmar la resolución cuestionada.

IV.- Las costas de esta instancia, por el

principio objetivo de la derrota se imponen a la demandada vencida (art. 69 del CPr). A los fines de la regulación de honorarios se tendrá en cuenta -a efectos de determinar los porcentuales previstos por los arts. 13 de la Ley XIII N° 4- el resultado obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada.

Por ello, la **sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia, **RESUELVE:**

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 85 por la demandada y en consecuencia confirmar la resolución de fs. 61/63.

2) Imponer las costas de esta instancia a la demandada vencida conforme considerando respectivo. Regular los honorarios profesionales del abogado I. F. d. l. C., apoderado del actor en el treinta por ciento (30%) y los de los abogados I. A. V. y G. G., apoderados de la parte demandada, conjuntamente en el veinticinco por ciento (25%) de los que se les regule por su actuación en la instancia de grado en la presente medida cautelar, con más la alícuota del IVA si correspondiere.

3) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

GRACIELA MERCEDES GARCIA BLANCO **MARIA FERNANDA ZANATTA**

Juez de Cámara **Presidenta**

RICARDO RUBEN ENRIQUE HAYES

Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2018
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS

MARIA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara