TOMO **IX -OTROS RECURSOS- T.S.J..-**
REGISTRO N° 458
FOLIO N° 1728/1732
PROT. ELECT. **TSS1** 004 **O.221**
Río Gallegos, 25 de marzo de 2022.-

Y VISTOS:

Los presentes autos caratulados: **"ARAVENA ALDO MANUEL, CEREZO LUCAS ARIEL, GATICA ERNA ISABEL Y SANTANA MARCOS ARIEL -CONCEJALES DEL CONCEJO DELIBERANTE 28 DE NOVIEMBRE- C/ MUNICIPALIDAD DE 28 DE NOVIEMBRE S/ CONFLICTO DE PODERES""**, Expte. N° A-841/20-TSJ, venidos al Acuerdo para resolver; y

CONSIDERANDO:

I.- Que, llegan los presentes autos a conocimiento de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia, en virtud de las presentaciones que efectuaran los Sres. Aldo Manuel Aravena, Lucas Ariel Cerezo, Ema Isabel Gatica y Marcos Ariel Santana en representación del Concejo Deliberante de 28 de Noviembre con el patrocinio letrado de la Dra. Anna Laura Harris solicitando: a) la nulidad de los Decretos Municipales Nros. 1726/20 y 3393/20 mediante los cuales el Departamento Ejecutivo Municipal suspende los actos administrativos de competencia exclusiva del Cuerpo Deliberativo, b) que se ordene dar cumplimiento al presupuesto vigente destinado a dicho Órgano y c) que se cumplimente con los informes requeridos por el cuerpo bajo apercibimiento (cfr. PE27282-2020 y PE13524-2020).-

Sostienen que motiva la presente el: "...deconocimiento de ordenanzas promulgadas de hecho por insistencia ante los vetos realizados por el Sr. Intendente de la Municipalidad de 28 de Noviembre, rechazo de nombramientos de personal del Honorable Concejo Deliberante, no ejecución del presupuesto en vigencia destinado al HCD y desconocimiento a conveniencia de ordenanzas de larga vigencia."(cfr. PE 13524-2020, foja 1).-

En definitiva, expresan que debe declararse la nulidad de los Decretos Nros. 1726/2020 y 3393/2020 por vicio de competencia y arbitrariedad afirmando que: "...el jefe comunal, vicia el acto administrativo en cuestión al determinar la procedencia o improcedencia de las designaciones del personal del Honorable Concejo Deliberante [...] y decide de manera arbitraria suspender ordenanzas promulgadas de hecho toda vez que, respetando los plazos legales, dichos instrumentos han quedado vigentes por su insistencia en el texto original con el voto afirmativo de cuatro concejales..." (cfr. PE cit., foja 19).-

En el apartado IX solicitan, como medida cautelar, se ordene a

la parte demandada que de forma inmediata respete el presupuesto en Vigencia (Ordenanza N° 3082 -Decreto Municipal N° 555) a través del pago de los salarios adeudados a los cargos políticos y personal de carrera municipal que desde el mes de junio trabajan sin percibir sus haberes lo que ocasiona una clara violación a sus derechos, y el suministro de insumos de librería y limpieza teniendo en cuenta el contexto de la pandemia vigente, y se haga efectivo el envío de caja chica destinado al Concejo Deliberante mes a mes y que no es recibido desde junio de 2020 (cfr. PE cit., fs. 20/21).-

En cuanto a la verosimilitud del derecho afirman que: "Surge de la normativa correspondiente (Ordenanza 3082 - Decreto Municipal 555) ya que el Intendente Municipal se niega a cumplir con el pago de los haberes deconociendo la relación laboral que se mantiene entre el HCD y las personas perjudicadas...Así también, la deliberada desfinanciación del HCD y el gravísimo hecho de que no sean enviados elementos de limpieza correspondientes, lo que atenta directamente con las medidas de higiene obligatorias en este contexto epidemiológico..." (cfr. PE cit., foja 21).-

Seguidamente alegan que el peligro en la demora surge: "...del carácter del derecho vulnerado, toda vez que los salarios tienen carácter alimentario y el perjuicio en dilatar el mismo es someter a las personas al empobrecimiento devenido. Asimismo, el hecho de no respetar la higiene conlleva un grave peligro para la salud pública, y principalmente la salud de los empleados del HCD." (cfr. PE y foja cit.).-

En lo tocante al interés público afirman que: "... la medida cautelar no afecta el interés público, lo que surge de la misma probanza. Lo que sí afectaría el erario municipal y de manera grave es que el Sr. Fernando Españon persista en su actitud lesiva de derechos, lo que acarrea un cúmulo de intereses moratorios y resarcitorios que deberán ser afrontados seguramente por las arcas municipales mas intereses y costas de todo proceso que se inice en su contra." (cfr. PE cit., foja 22).-

Mediante presentación PE27447-2020, la parte actora denuncia hechos nuevos y solicita una nueva medida cautelar.-

En dicha oportunidad sostiene que el 5 de noviembre de 2020 el Sr Intendente Municipal junto con un grupo reducido de delegados de sectores municipales llevaron a cabo una reunión en la cual acordaron un incremento salarial para los empleados de la Municipalidad de 28 de Noviembre. Que dicho acuerdo quedó perfeccionado a través de un acta firmada por los asistentes y luego formalizada por el Decreto Municipal N° 3663. Indica que los acontecimientos acaecidos revisten una gran gravedad y son manifiestamente contrarios a la

Constitución Nacional, las leyes de Asociación Sindical, las Ordenanzas Municipales en vigencia, la ética del funcionario público y la buena fe; y que por todo ello, el acuerdo firmado se considera un acto viciado de nulidad y una práctica desleal e ilegal que debe ser revocada y/o rectificada en el procedimiento y entre las partes que corresponda, en concordancia con los plexos normativos vigentes (cfr. PE cit., fs. 1/2).-

Afirman que: "...el Sr. Intendente acordó un incremento salarial de solo un 14 %, lo que resulta insignificante e inaceptable para los empleados municipales, en un claro acto de violación a la libertad sindical y la representación gremial, protegida por las normas ya mencionadas, vulnerando derechos adquiridos. De dicho acuerdo ilegal nunca se recibió el instrumento ad referendum del cuerpo deliberativo y por ende los jubilados municipales no perciben el mismo dado que, el circuito administrativo para ser elevado a la Caja de Previsión Social de la Provincia de Santa Cruz no fue cumplido. Que por todo lo expresado, el acto se encuentra viciado totalmente por incompetencia respecto a materias administrativas de otros órganos..." (cfr. PE cit., foja 3).-

En el apartado II solicitan, en carácter de medida cautelar, que se suspenda de sus funciones al Sr. Intendente de la Municipalidad de 28 de Noviembre por el tiempo que dure el proceso o que crea corresponder este Alto Cuerpo, y se ordene y dirima la forma, tiempo y suplencia mientras dure la suspensión (cfr. PE cit., foja 6).-

Con relación a los recaudos para la procedencia de la medida requerida sostienen que: a) la verosimilitud del derecho se desprende del artículo 9 de la Ley Nº 1260 y Ley Nº 55 quedando acreditada la vulneración de los derechos constitucionales tanto particulares como de uno de los órganos miembros del Municipio de 28 de noviembre al desconocer la normativa en vigencia; b) el peligro en la demora surge de lo planteado toda vez que de no adoptarse las medidas necesarias se continúa agravando la situación reinante en el ámbito local; c) la medida bajo ningun punto de vista afecta el interés público y d) ofrecen caución juratoria en los términos previstos en el CPCyC.-

Corrida vista al Sr. Agente Fiscal ante este Tribunal, es contestada por el Sr. Agente Fiscal Subrogante quien concluye que: "...estamos frente a un conflicto interno de poderes de acuerdo a las normas vigentes, resultando ser el Excmo. Tribunal Superior de Justicia de la Pcia. de Santa Cruz, competente para entender en el mismo y en las medidas cautelares indicadas." (cfr. PE32533-2020).-

Pasan los presentes al Acuerdo en PE34680-2020.-

II.- Que, corresponde definir cuál será el adecuado marco legal por el que, en definitiva, deberá transitar el presente proceso.-

Que, ingresando en el estudio de los presentes, se observa *prima facie* que el objeto de la pretensión importa el planteamiento de un conflicto de poderes dentro del seno del Municipio de la localidad de 28 de Noviembre. Razón por la cual este Tribunal Superior de Justicia, por imperio del mandato constitucional a que aluden los artículos 15, 132 inciso 1) y 149 de la Constitución Provincial y del artículo 79 de la Ley Nº 55 -Orgánica de las Municipalidades-, es competente para entender en la causa.-

Nuestro ordenamiento procesal carece de un procedimiento específico a aplicar en los supuestos de conflictos de poderes y no pudiendo impedirse el ejercicio de la propia competencia por ausencia de normas rituales que la rijan, corresponde establecer o fijar las pautas procedimentales a seguir de conformidad a las particulares circunstancias que se plantean, con estricto apego a la garantía de la defensa en juicio y debido proceso en sus formas esenciales; teniendo presente el criterio que fuera sustentado por este Alto Cuerpo en precedentes similares (cfr. Otros Recursos, Tomo VIII, Reg. 406, Folio 1543/1546, Reg. 407, Folio 1547/1549 y Reg. 421, Folio 1597/1598).-

Conforme a lo *ut supra* reseñado, se debe hacer uso de las facultades conferidas por el artículo 15 de la Constitución Provincial, como así también de las atribuciones ordenatorias e instructorias que otorga el artículo 36 del CPCyC, teniendo en cuenta además las modificaciones introducidas a dicho cuerpo legal por la Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15- determinando que la causa tramitará sujeta a las normas procedimentales del juicio ordinario previsto en los artículos 297 y 308, siguientes y concordantes del Libro II, Títulos I y II del CPCyC, y consecuentemente, en orden a una debida sustanciación de la acción promovida, corresponde disponer se corra traslado de la presentaciones PE27282-2020, PE13524-2020 y PE27447-2020 y documental acompañada, a la Municipalidad de 28 de Noviembre por el término de treinta (30) días, ampliado en un (1) día en razón de la distancia y bajo apercibimiento de ley (arts. 159 y 315 del CPCyC).-

III.- Que, con relación a la primer medida cautelar peticionada, tal cual se expone en el libelo de inicio, lo que se pretende es el pago de los salarios adeudados a los cargos políticos y personal de carrera municipal desde el mes de junio y el envio de caja chica destinado al Concejo Deliberante que -dicen- no es recibido desde junio de 2020, hasta que este Alto Cuerpo se expida sobre el fondo de la cuestión planteada.-

La medida pretendida se encuadra en lo que la doctrina ha dado en llamar "cautelar innovativa", caracterizada porque, sin que medie sentencia firme, el juez ordena que se haga o que se deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente al momento del inicio de la litis (cfr. Peyrano,

Jorge Walter; "Recepción de la Medida Innovativa en Sede Jurisdiccional", J.A. Tomo III, 1977, pág. 65, citado por este Alto Cuerpo en: Otros Recursos, Tomo II, Reg. 94, Folio 235/238). En este caso, la cautelar solicitada implicaría, en alguna medida expedirse prematuramente sobre el fondo, lo cual impone cierta reserva al momento de resolver.-

Como toda medida precautoria, ésta participa de los presupuestos comunes a toda cautelar, esto es, que los derechos que invoca el peticionante en la demanda tengan *"prima facie"* existencia, es decir, razón jurídica (la verosimilitud del derecho invocado), el peligro en la demora el cual se traduce en la gravedad del perjuicio que se pudiera ocasionar si no se la acoge, la posibilidad o certidumbre de que el derecho llegara tarde y contracautela.-

En la especie, al tratarse de actos emanados de un organismo del poder público la reunión de los requisitos *ut supra* señalados deben apreciarse con criterio estricto, por ello deben añadirse dos notas derivadas del carácter excepcional de la medida peticionada en las presentes actuaciones: la exigencia del análisis riguroso de las condiciones de procedencia de la medida -que lleva a algunos tribunales a exigir la presencia de un perjuicio no meramente grave sino irreparable- y la prevalencia del interés público en juego cuidadosamente resguardado al decretarla (cfr. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomos VII, Reg. 500, Folio 1345/1348 y VIII, Reg. 515, Folio 1404/1406, y sus citas jurisprudenciales y doctrinarias).-

Por otra parte, la procedencia de la medida no será una consecuencia automática de la presencia de los requisitos en cuestión, ya que dependerá siempre de la apreciación discrecional del juez (cfr. Migliardi, Franciso N. O. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ed. Dictum, pág. 151) (cfr. TSJ Santa Cruz, Otros Recursos, Tomo VIII, Reg. 406, Folio 1543/1546).-

Que, el primero de los requisitos que debe concurrir para que resulte posible el despacho de la medida cautelar será el de la "apariencia de buen derecho" *(fumus bonis iuris)*, que se ha de apreciar a partir de un examen anticipado -provisional y sumario- de las perspectivas de éxito de la pretensión de fondo de quien solicita la medida cautelar. De ahí que, en palabras de Calamandrei, el examen de aquélla consiste en un juicio de probabilidad y de verosimilitud de carácter hipotético (cfr. aut. cit., "Introducción al Estudio de las Medidas Cautelares"; Padova, CEDAM, 1936, pag. 60, 63 y 64). En el *subjudice*, lo que se está juzgando son actos de un poder público, que gozan en principio de legitimidad y respecto a los cuales la intervención del poder judicial debe ser prudente, cuidando de no violentar el principio de división de poderes, por ello en estos casos, en principio, no basta la sola invocación de que se cuenta con la razón, dado que su naturaleza excepcional exige

que el dictado se encuentre precedido de un análisis detallado y particularmente severo sobre la concurrencia de los mencionados requisitos. Desde este particular cuadrante, debe observarse, que se cuestionan actos realizados por el Ejecutivo Municipal de 28 de Noviembre, en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión en la definitiva y consiguientemente -de recibir andamiento- se estaría incursionando hondamente en la esfera del prejuzgamiento; resultando de esta manera que, por amparar el derecho a una tutela judicial, se vulneraría otro también fundamental cual es el derecho a un proceso con las garantías debidas de contradicción y pruebas, recogido por el artículo 18 de nuestra Carta Magna. No otro es el sentido que la Corte ha seguido al destacar: "...habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia al apreciar los recaudos que hacen a su admisibilidad." (cfr. Fallos 339:622).-

Que, valorando este Alto Cuerpo los elementos probatorios hasta ahora aportados por la demandante, su debido análisis, confrontación y encuadramiento, teniendo presente asimismo la naturaleza de la cuestión traída y el estado procesal en que se produce el planteo actoral, cabe establecer *"prima facie"* que las argumentaciones en que la misma basa su requerimiento aparecen desposeídas de la presunción de verosimilitud suficiente como para acoger la tutela pretendida, lo que además implicaría adelantar el criterio de la sentencia.-

Ahora bien con relación a la segunda cautelar solicitada (PE27447-2020), esto es, que se suspenda al Sr. Intendente de la Municipalidad de 28 de Noviembre de sus funciones por el tiempo que dure el proceso o que crea corresponder este Alto Cuerpo, y se ordene y dirima la forma, tiempo y suplencia mientras dure la suspensión, impone analizar si la medida precautoria peticionada es procedente a la luz de la verosimilitud de los cargos alegados, y en su caso, a la urgencia y necesidad de la medida teniendo en cuenta el peligro que pueda correr los intereses superiores de la comunidad.-

En este aspecto se observa que se le atribuye al titular del Ejecutivo Municipal de 28 de noviembre: "...una enorme diferencia en las inversiones...el presupuesto en vigencia y sus decretos vetando todo lo realizado por este cuerpo colegiado en los que alega un déficit presupuestario enorme, como así tambien la falta de pago a los empleados del recinto...sumado que a los pedidos de informes no se les dio respuesta..." (cfr. Resol. 154/2020 adjunta en PDF en PE27447-2020).-

Que, a fin de acreditar tales extremos, acompaña en formato PDF Oficio N° 2074/2020 librado por el Juzgado Provincial de Instrucción y del Menor -Secretaría N° Uno- de Río Turbio al Concejo Deliberante de 28 de Noviembre,

donde se pone de manifiesto que el Sr. Fernando Omar Españón, se encuentra involucrado en carácter de imputado en las causas: "Aravena Aldo Miguel y Otros s/ Dcia. Abuso de Autoridad y Malversación de Causales Públicos", Expte Nº 14626/2020; "Mariscal Carmen Elizabeth s/ Denuncia", Expte Nº 14409/2020; y "Sr. Agente Fiscal s/ Requiere Instrucción", Expte. Nº 13.460/19, en las cuales -aún- no ha recaído sentencia definitiva.-

Que, considerando este Alto Cuerpo los elementos traídos al proceso, debe adelantarse que no surge de manera inequívoca o al menos comprobada la apariencia de un buen derecho. Es decir, no se vislumbra a *prima facie* la verosimilitud de los hechos endilgados a la demandada atento la estrechez y rigurosidàd con la que debe meritarse la medida solicitada. En efecto, los cargos atribuidos no revelan -por el momento y atento la presunción de legitimación constitucional y de inocencia- una situación lesiva para los intereses de la comunidad, ni surge de manera evidente el extremo invocado con relación al peligro en la demora alegado por los accionantes, sumado al hecho que la cuestión planteada deberá ser objeto de valoración y decisión en la definitiva y que -conforme se expuso en la primera cautelar solicitada, -de recibir andamiento- se estaría incursionando hondamente en la esfera del prejuzgamiento.-

En alusión a lo expuesto este Tribunal Superior de Justicia ha sostenido en una situación similar que "...El primero de los requisitos que deben concurrir para que resulte posible el despacho de una medida innovativa, no es otro que el conocido como fumus bonis iuris -requisito común de toda medida cautelar-. Adquiere en este caso relieve especial en la especie atento el carácter que inviste el funcionario del cual se solicita la separación preventiva, y su presunción 'prima facie' de legitimación constitucional (art. 139 y ccds. de la Constitución Provincial) hace que no baste con la invocación de que se cuenta con la razón ni -aún más- con una sumaria cognitio en virtud que su naturaleza excepcional -tanto por la medida que se invoca cuanto por la presunción mencionada- exige que el dictado se encuentre precedido de un análisis detallado y particularmente severo sobre la concurrencia de los mencionados requisitos...La consideración del interés público como factor relevante para fundamentar la medida aquí solicitada, no es un principio de aceptación uniforme...y, por ende debe demostrarse la posibilidad de un perjuicio irreparable o desproporcionado..." (cfr. Otros Recursos, Tomo II, Reg. 94, Folio 235/238. En igual sentido Otros Recursos, Tomo IV, Reg. 215, Folio 755/759).-

Que en suma, no se verifica la concurrencia de los requisitos de admisibilidad para procedencia de la medida peticionada, ello en virtud que los razonamientos expuestos en el libelo no alcanzan a configurar la necesaria verosimilitud del derecho ni se evidencian los extremos de urgencia invocados que

tornen viable la suspensión preventiva perseguida por los accionantes.-

Por ello y oído que fue el Sr. Agente Fiscal Subrogante, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

1º) Imprimir al presente el trámite previsto en el Libro II, Títulos I y II -Proceso Ordinario- del CPCyC (arts. 297 y 308, siguientes y concordantes), y en orden a ello, de las presentaciones efectuadas (PE27282-2020, PE13524-2020 y PE27447-2020) y documental acompañada, córrase traslado a la Municipalidad de 28 Noviembre por el término de treinta (30) días, ampliado en un (1) día en razón de la distancia y bajo apercibimiento de ley (arts. 159 y 315 del CPCyC).-

2º) No hacer lugar a las medidas cautelares peticionadas en los apartados IX y II de las presentaciones PE13524-2020 y PE27447-2020, respectivamente, y en PE272282-2020.-

3º) Regístrese y notifíquese.-

PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS
Presidenta
Tribunal Superior de Justicia

DANIEL MAURICIO MARIANI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ENRIQUE OSVALDO PERETTI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ALICIA DE LOS ÁNGELES MERCAU
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

Siguen...///

///…las firmas.-

RENEÉ GUADALUPE FERNÁNDEZ
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

MARCELA SILVIA RAMOS
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia