TOMO **XVIII -CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- T.S.J.-**
REGISTRO Nº 1085
FOLIO Nº 3464|3467
PROT. ELECT. **TSS1** 015 **C.211**
Río Gallegos, 28 de octubre de 2021.-

Y VISTOS:

Los presentes autos caratulados: **"GUGINI CANO NADIA CAROLINA C/ MUNICIPALIDAD DE RIO GALLEGOS S/ DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA -INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR-"**, Expte. N° G-833/20, venidos al Acuerdo para resolver; y

CONSIDERANDO:

I.- Que en los autos principales se presenta la Sra. Nadia Carolina Gugini Cano, con el patrocinio letrado de la Dra. Marianela Garrido interponiendo demanda contencioso administrativa contra la Municipalidad de Río Gallegos, con el objeto que se declare la inconstitucionalidad de los Decretos 040/2019 y 073/2019 y, en consecuencia, su nulidad reconociéndole el carácter de empleada municipal y ordenando el pago retroactivo de haberes retenidos desde el 1 de diciembre de 2019, sueldo anual complementario 2da fracción y sumas devengadas hasta que se produzca el efectivo cese del acto lesivo, con intereses a la tasa activa del B.C.R.A. (cfr. PE39500-2020, págs. 1 y 7).-

En el acápite VII de su presentación solicita el dictado de una medida cautelar de innovar tendiente a que se ordene su reincorporación como empleada municipal, cumpliendo las mismas funciones y horarios que las establecidas con anterioridad al dictado de los instrumentos que se atacan (cfr. pág. 17).-

En cuanto a la verosimilitud del derecho que invoca, expresa que dada su condición de empleada municipal la demandada tiene pleno conocimiento de los derechos inherentes a su condición, conforme garantías constitucionales y el Estatuto del Empleado Municipal. Agrega, en este punto, que la arbitrariedad e ilegalidad es clara y manifiesta (cfr. PE cit. pág. 19).-

Indica que el peligro en la demora también es evidente y que el dictado de la medida cautelar evitaría la continuidad en la materialización de una flagrante arbitrariedad, con un perjuicio económico significativo para su parte (cfr. pág. cit.).-

Dice, además, que la medida pedida no afecta el interés público y precisa que lo requerido importa un verdadero y justo anticipo de la garantía jurisdiccional, que se otorga con el objeto de impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener, pierda virtualidad durante el plazo que insuma el proceso

(cfr. pág. cit.).-

Por último, ofrece caución juratoria.-

En PE65210-2021, se forma el presente incidente en cumplimiento a lo ordenado en la providencia PE62338-2021 de los autos principales.-

Corrido el traslado a la demandada, es contestado por su letrado apoderado, Dr. Jorge Manuel Cabezas, con el patrocinio letrado de las Dras. Agustina Soporsky y Karina Astudillo Gallardo. Allí sostienen que el planteo debe rechazarse, con costas. Para sustentar su oposición, indican que la medida cautelar no reúne los requisitos mínimos para ser acogida (cfr. PE75834-2021, pág. 2).-

Afirman que no se encuentran acreditadas las razones de urgencia ni de peligro en la demora sobre una situación de la cual la actora tiene conocimiento desde el mes de diciembre del 2019 y cuya pretensión fue resuelta por la Excma. Cámara de Apelaciones en los autos "Elizalde Mariana Andrea y otros c/ Municipalidad de Río Gallegos s/ Acción de Amparo", Expte. Nº 20.795/20 (cfr. pág. 4).-

Argumentan que el objeto del reclamo es la reincorporación del agente a la planta municipal en una errónea interpretación del artículo 2º de la Ordenanza Municipal Nº 1378, y que es justamente esa norma invocada la que fue infringida por los Decretos que pasan a planta permanente los cargos políticos, alterándose la norma para beneficiar a la accionante (cfr. págs. 2/3).-

Seguidamente agregan que el pedido de la actora -en concreto- es que se le dé estabilidad al cargo político, cuando los mismos no gozan de estabilidad y las normas que invocan no les son aplicables (cfr. pág. 3).-

El Sr. Agente Fiscal Subrogante ante este Alto Cuerpo, dictamina expidiéndose en sentido negativo, considerando que no debe hacerse lugar a la medida cautelar peticionada (cfr. PE149615-2021).-

Se dispone pasar las presentes actuaciones al Acuerdo para resolver en PE120410-2021.-

II.- A los fines de resolver la cuestión planteada, debe analizarse si se encuentran acreditados los presupuestos genéricos para la procedencia de toda medida cautelar, en orden a lo normado por el artículo 25 y s.s. del CPCA, Ley Nº 2600, esto es, verosimilitud del derecho y peligro en la demora.-

Para ello conviene precisar que el juzgamiento de este tipo de pretensiones se despacha con una cognición mucho más expeditiva y superficial que la ordinaria, de modo tal que puede ser modificado en la sentencia definitiva, por lo que ni el otorgamiento de la medida prejuzga sobre el mérito de la causa, ni el consentimiento de aquélla implica aceptación de la procedencia del derecho a juzgar

en la sentencia definitiva (cfr. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomo XVIII, Reg. 1079, Folio 3445/3447).-

Todo razonamiento a efectuarse en la materia que nos ocupa debe hacerse teniendo especialmente en cuenta que los actos administrativos se presumen legítimos (cfr. art. 12 de la Ley Nº 1260).-

En este terreno también debe observarse una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión porque la decisión es netamente excepcional, habida cuenta que configura un anticipo de jurisdicción favorable (cfr. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomo XV, Reg. 937, Folio 2811/2813, entre otros).-

Conforme se ha manifestado en doctrina, debemos destacar que la medida cautelar innovativa también es de carácter extraordinaria pues, además de los recaudos propios de toda pretensión cautelar, exige uno que le es específico y característico: la irreparabilidad del daño inflingido por la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar (cfr. Gallegos Fedriani Pablo O., "Las Medidas Cautelares contra la Administración Pública", 2° Edición actualizada, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, pág. 135).-

Teniendo en cuenta las pautas reseñadas, se puede adelantar que en el caso bajo examen no aparecen cumplidos los extremos que tornarían procedente la medida cautelar requerida.-

III.- En cuanto al primero de los presupuestos, es decir, el de la verosimilitud del derecho, resulta oportuno considerar que para derrumbar la presunción de legitimidad de la actuación administrativa, aquella debe emerger con indiscutible nitidez (cfr. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomo XVII, Reg. 1058, Folio 3332/3335). Es indispensable que el derecho sobre el que se pretende la cognición cautelar aparezca como probable, con una probabilidad cualificada, lo cual no se avizora -en principio- en el caso de autos.-

En esta línea, se ha dicho reiteradamente que la procedencia de toda medida precautoria cuyo objeto sea obtener la suspensión de la ejecución de un acto administrativo exige un severo examen en cuanto a la verosimilitud del derecho y la existencia de peligro en la demora, en atención a la presunción de legitimidad y ejecutividad de la que aquéllos gozan (CSJN, Fallos: 319:1069 y 323:3326; SCBA "Ale, Alejandro Ahmed c/ Instituto de Loterías y Casinos de la Provincia de Buenos Aires s/ Demanda Contencioso Administrativa", Causa B. 65.312, 19/10/2011).-

La referida presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria de los actos administrativos se encuentra consagrada en el precitado artículo 12 de la Ley N° 1260, en cuanto dispone que: "El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus

propios medios...e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario...".-

Si el acto se presume legítimo, quien lo está impugnando y, además, peticionando que se suspenda su ejecución, debe destruir la apariencia de aquella legitimidad. Ergo, debe alegar y dar a entender, con cierta verosimilitud, que el acto no es legítimo. No debe examinarse, para acreditar la "apariencia de buen derecho", la mera probabilidad de que asista razón al demandante, sino que también deben examinarse las razones de la Administración, las que, por lo común, surgirán de la motivación del acto administrativo (cfr. Hutchinson, Tomás "Derecho Procesal Administrativo", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, Tomo III, págs. 572 y 574).-

Es decir, si bien para la procedencia de una medida cautelar no se requiere un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida, sino tan solo uno periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, es necesario comprobar al menos la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor de forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en la cuestión principal pueda declararse la certeza de ese derecho (cfr. CNCiv., Sala A: "Barrese, Carlos A. c/ Bacone, Daniel A y otros" 1/06/1998 citado por Aurelio Ammirato y Pablo A. Temponi en "Medidas Cautelares contra el Estado" en la obra de Claudio M. Kiper -Director- "Medidas Cautelares", 2da. edición actualizada y ampliada, Tomo II, CABA, La Ley, 2014, nota al pie Nº 32, pág. 15).-

Este Alto Cuerpo ha sostenido que: "Cuando se trata de actos emanados de la Administración Pública, se acentúa el criterio restrictivo a partir de la presunción de legitimidad de que gozan sus actos y de la que deriva su ejecutoriedad. '...De allí que el primer requisito condicionante de la medida cautelar respecto de aquellos consista en la acreditación de su manifiesta arbitrariedad o ilegalidad, pues sólo concurriendo esta circunstancia resulta quebrada la mencionada presunción...'" (cfr. Contencioso Administrativo, Tomo XV, Reg. 946, Folio 2845/2847).-

Este supuesto se configura cuando el vicio que afecta al acto administrativo surge palmariamente del propio acto, sin necesidad de efectuar una investigación de hecho. En este caso, la ilegitimidad o la arbitrariedad aparecen de la mera confrontación con el orden jurídico positivo.-

En el caso en estudio se observa que los actos administrativos cuya nulidad se persiguen, (Decretos 040/19 y 073/19) son revocatorios de uno anterior que disponía el pase de los agentes a planta permanente. En efecto, dichos actos (reiteramos, el que designa a los agentes en planta permanente y el que revoca tales designaciones) emanados del Departamento Ejecutivo Municipal gozarían -en

principio- de la presunción de legitimidad, sin vislumbrarse *prima facie* arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Además de aparecer -al menos en un examen inicial- como suficientemente motivados. Ello, sin perjuicio del oportuno mérito que pueda realizar este Alto Cuerpo al momento de dictar sentencia definitiva en el proceso principal (cfr. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomo XV, Reg. 937, Folio 2811/2813 citado, entre otros).-

En situaciones similares en donde la acción promovida por el actor como la defensa de quien ha sido demandado se fundan respectivamente en dos actos que en esencia son Actos Administrativos, cuyo contenido es incompatible uno con otro, se ha sostenido que: "...en principio, por tratarse en definitiva de actos Administrativos ambos; como tales gozan de la presunción de legitimidad, pese a los respectivos cuestionamientos sobre la regularidad de cada uno..." (CNApel. Lab. de Posadas, Sala I, "León Ramos, Gabriel A. c/ Municipalidad de Apóstoles", 23/05/2008, www.informacionlegal.com.ar. Cita Online: AR/JUR/4301/2008).-

Es que la verosimilitud del derecho de uno, se halla contrastado y enervado por la presunción de legitimidad del derecho del otro, cuyos alcances son opuestos, al tratarse de un acto revocatorio del primero. En esta disyuntiva, resulta inoportuno y violentaría al principio de igualdad en juicio, inclinarse en esta circunstancia, por asignar mayor verosimilitud o validez a cualquiera de ambos actos administrativos respectivamente cuestionados, ya que ambos se encuentran directamente correlacionados (cfr. CNApel. Lab. de Posadas, Sala I, fallo cit.).-

Continuando con la revisión de las formalidades que atañen a la materia, podemos decir que otro aspecto que obsta a la procedencia de la medida solicitada es que en autos se encuentra controvertida la garantía de estabilidad en el empleo público que aduce la parte actora. Ello es así, toda vez que la contraria entiende que la Sra. Gugini ostentaba un cargo político, razón por la cual y realizando un juicio de posibilidad y no de certeza dentro del marco de estrechez cognoscitiva de las medidas cautelares, se considera en base a tales premisas, que la actora no exhibe un derecho verosímil.-

Es en virtud de los antecedentes citados, las constancias de autos y de la presunción de legitimidad de la que gozan los actos administrativos objetos del proceso que se entiende que no se encuentra configurado -en los presentes- la apariencia de buen derecho para el otorgamiento de la medida preventiva peticionada.-

IV.- En lo que respecta al análisis del presupuesto cautelar del peligro en la demora (*periculum in mora*), también se observa que no concurren en el *sub lite* los elementos de urgencia que habiliten el otorgamiento de una medida de este tipo. Ello es así toda vez que, en consonancia con lo expuesto por la demandada

y analizadas las constancias de autos, no se evidencia con claridad suficiente un peligro inminente de magnitud tal que amerite el dictado de la cautelar que se peticiona, y mucho menos que el mismo asome como irreparable ulteriormente. (cfr. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomo XV, Reg. 937, Folio 2811/2813 citado). Ciertamente, no basta para ello alegar genéricamente un perjuicio económico o un proceder injusto de la Administración. Ello así, puesto que tales manifestaciones no resultan habilitantes, sin más, para acreditar el carácter irreparable de los agravios que ocasionaría a la interesada la resolución administrativa cuestionada.-

Este Tribunal Superior de Justicia tiene dicho que las afirmaciones que no pasan de ser una mera opinión personal, carente de sustentación objetiva -ante la ausencia del más mínimo elemento de prueba que la respalde- resultan insuficientes para satisfacer el requisito bajo estudio (cfr. Contencioso Administrativo, Tomo XVII, Reg. 1031, Folio 3208/3211).-

Por otra parte y atendiendo a los perjuicios que el acto impugnado causare o pudiere causar a la parte actora, este Alto Cuerpo también ha expresado que: "...no debe dejar de ponderarse la necesidad de distinguir las cuestiones de naturaleza estrictamente patrimonial de aquéllas que no lo son; destacando que en las primeras, la carga de acreditación del peligro que acarrea la ejecución del acto impugnado será mayor que cuando se trate de las segundas (confr. De Lazzari, Eduardo N., 'Medidas Cautelares', T.2., Librería Editora Platense, ed. 2000, pág. 341)..." (cfr. Contencioso Administrativo, Tomo XI, Reg. 743, Folio 2096/2098).-

Desde este cuadrante, cabe advertir que las argumentaciones esbozadas por la peticionante no logran demostrar con éxito una situación de peligro real, de entidad inminente o asaz. Amén de ello, nada impediría que, en caso de obtener una sentencia definitiva favorable, logre una justa reparación integral de los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado el acto (cfr. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomos XI, Reg. 722, Folio 2036/2037; Reg. 743, Folio 2096/2098; y XV, Reg. 978, Folio 2984/2986).-

Anudando este criterio se ha sostenido: "...La apreciación sobre la concurrencia de los extremos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora, se torna aún más rígida cuando se trata de medidas cautelares vinculadas a actos administrativos...las que en principio no proceden. Ello así, habida cuenta de la presunción de validez que los mismos ostentan; doctrina que según ha expresado el máximo Tribunal de la Nación, solo debe ceder cuando se los impugna sobre bases prima facie verosímiles. Es que en mérito a la presunción de legitimidad de que gozan los actos emanados de los órganos del Estado, hace que su ejecutoriedad no pueda ser detenida por la justicia, sino mediando graves circunstancias. Para tales supuestos,

debe el peticionante demostrar prima facie, la arbitrariedad del acto o la violación de la ley pues mientras no se destruya tal presunción no se configura la necesaria verosimilitud del derecho que torna viable la protección cautelar, como asimismo el perjuicio irreparable que le ocasiona, requisitos que derivan tanto de la naturaleza de la institución como de la aplicación de los principios generales que imperan la materia (art. 230 del CPCC)." (cfr. SCBA: Sum. "Transportes Unidos de Merlo S.A.C.I. e I. c/Municipalidad de Morón y otro s/Amparo", CC0002 SM 55127 RSI-158-4 I 03/05/2004).-

V.- Resta indicar que el hecho que no se encuentren configurados los presupuestos a los que se hizo referencia en los considerandos III y IV, exime a este Alto Cuerpo de ponderar la afectación del interés público, puesto que tales requisitos deben hallarse siempre presentes, ya que no funcionan de forma alternativa sino complementaria (cfr. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomo XVII, Reg. 1031, Folio 3208/3211 citado).-

VI.- Finalmente, cabe poner de resalto que la decisión a la que se arriba es provisoria y no implica prejuzgamiento alguno sobre el fondo de la cuestión a debatirse en el proceso principal.-

Por ello, y considerando que no se han acreditado, dentro del estrecho margen de conocimiento de la presente medida cautelar, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, corresponde no hacer lugar a la medida cautelar peticionada, imponiendo las costas en el orden causado en virtud de lo estipulado por al artículo 90 del CPCA, Ley Nº 2600.-

Que, en atención a las consideraciones expuestas y oído que fue el Sr. Agente Fiscal Subrogante, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

1º) No hacer lugar a la medida cautelar peticionada por la Sra. Nadia Carolina Gugini Cano en PE39500-2020.-

2º) Imponer las costas en el orden causado.-

3º) Regístrese y notifíquese. Oportunamente, acumúlense las presentes actuaciones al principal.-

PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS
Presidenta
Tribunal Superior de Justicia

Siguen...///

///…las firmas.-

DANIEL MAURICIO MARIANI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ENRIQUE OSVALDO PERETTI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ALICIA DE LOS ANGELES MERCAU
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

RENEÉ GUADALUPE FERNÁNDEZ
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

MARCELA SILVIA RAMOS
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia