TOMO **XVII -CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- T.S.J..-**

REGISTRO Nº 1036

FOLIO Nº 3228/3231

PROT. ELECT. **TSS1** 009 **C.171**

Río Gallegos, 12 de diciembre de 2017.-

Y VISTOS:

Los presentes autos caratulados: **"MARQUEZ JOAQUIN ALBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE RIO GALLEGOS S/ DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA -INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR-"**, Expte. Nº M-767/16-TSJ, venidos al Acuerdo para resolver; y

CONSIDERANDO:

I.- Que a fs. 90/95 se presenta el Sr. Joaquín Alberto Márquez con el patrocinio letrado de las Dras. Viviana R. Bender y Luisa R. Ordoñez interponiendo "…demanda contenciosa administrativa contra la Municipalidad de Río Gallegos…a fin que se anule y consecuentemente se deje sin efecto el Decreto Municipal nro. 2177/2016 de fecha 08/08/2016, como asimismo todo lo actuado en el expediente administrativo Nro. 3308/16 del que emana el mismo… Se pretende de V.E. que se disponga la reincorporación del suscripto a su puesto y condiciones laborales, retrotrayendo el estado de situación al momento previo al dictado del acto…" (cfr. foja 90).-

Asimismo, en el apartado V de su presentación, solicita "Conforme lo normado por Art. 25 y subsiguientes de la Ley 2600, conjuntamente con [la] interposición de la acción, se solicita a V.E. la reincorporación del suscripto a su puesto de trabajo con goce de haberes, considerando que la adopción de dicha medida resulta urgente de acuerdo a la[s] circunstancias antes relatadas, siendo que de tal forma se impide provisionalmente que la decisión administrativa manifiestamente ilegítima lesione innecesariamente y ponga en riesgo la subsistencia del suscripto y de su hija menor, Zoe Ainara Márquez, de dos años de edad, ello durante la tramitación de la cuestión de fondo" (cfr. foja 93 vta.).-

Sostiene que "Resulta evidente que privar a una persona enferma de su fuente laboral implica lisa y llanamente colocarla en peligro cierto de sufrir daños irreversibles, imposibles de reparar con la sentencia que dirima la controversia de fondo" (cfr. foja 94).-

También expresa que "En subsidio y para el caso de considerarse improcedente el dictado de la medida cautelar, se solicita a ese Alto Tribunal que disponga la suspensión de la ejecución de la decisión administrativa atacada, a tenor de lo normado por el Art. 33 de la Ley 2600" (cfr. foja cit.).-

Por último afirma que "Se señala que ello procede, en tanto se

encuentran reunidos los presupuestos genéricos de toda medida cautelar, siendo que: a) el mantenimiento en la ejecución o cumplimiento del acto impugnado causa perjuicios más graves y de difícil reparación ulterior, que su paralización; b) las causas de nulidad alegadas en el acto impugnado aparecen de manera manifiesta" (cfr. foja cit.).-

Corrido el pertinente traslado a la demandada, es contestado a fs. 162/163 por sus representantes Dres. Dante Alexis Churín y Rubén Darío Martínez. Allí sostienen que "…las circunstancias que rodean a la presente acción, no se hallan los elementos constitutivos que permitan la viabilidad de la medida cautelar pretendida. Ello, en razón de que el derecho que alega lesionado por la actuación material impugnada, no se encuentra acreditado … el Decreto N° 2177 deja cesante al mismo a partir del día 15 de Julio de 2016, motivado por incurrir en la quinta inasistencia continua […] Esta situación de hecho, fue preventivamente anoticiada al Sr. Joaquín Alberto Márquez mediante cédula de notificación de fecha 13 de Julio de 2015, pese a lo cual, actuando con total desidia y negligencia, en momento alguno se hizo presente oportunamente por sí o por interpuesta persona, acreditando los motivos de su inasistencia prolongada […] Sobre dicha patología de consumo de alcohol, el accionante manifiesta en su recurso de reconsideración que era de conocimiento por los integrantes del sector donde laboraba como así también de su jefatura, circunstancia esta que nunca se acreditó, no habiendo notificado en momento alguno al Municipio de tal situación, no obstante haber sido intimado a retomar sus tareas habituales" (cfr. foja 162 y vta.).-

A foja 165 la actora impugna documental acompañada por la demandada.-

A fs. 168 y vta. dictamina el Sr. Agente Fiscal ante este Alto Cuerpo, quien se expide en sentido negativo, considerando que "…V.E., no debe hacer lugar a la medida cautelar que se peticiona" (cfr. foja 168 vta.).-

A foja. 170, pasan las presentes actuaciones al Acuerdo para resolver.-

II.- Debemos adelantar que la medida cautelar merece favorable acogida, en virtud de las razones que a continuación se exponen.-

Atendiendo al carácter cautelar de la medida peticionada resulta menester efectuar el análisis de la concurrencia o no de los presupuestos genéricos de toda medida cautelar, y en el caso los específicos, ello en orden a lo normado por los artículos 25 y ss. del CPCA, Ley N° 2600, a fin de valorar su procedencia.-

Si bien es cierto que este Tribunal tiene un criterio restrictivo con relación a la concesión de medidas cautelares contra actos administrativos, habida cuenta de la presunción de legitimidad que ostentan (conf. Contencioso

Administrativo, Tomos XIV, Reg. 930, Folio 2771/2775; XV, Reg. 946, Folio 2845/2847); ello no es óbice para decretarlas cuando, como en la especie, se los impugna sobre bases 'prima facie' verosímiles como contrarios a normas constitucionales o legales (conf. Otros Recursos, Tomo VII, Reg. 360, Folio 1360/1362).-

La accionante ha peticionado una medida cautelar consistente en su reincorporación a su puesto de trabajo con goce de haberes hasta tanto obre sentencia firme en los autos principales. Ello a fin de evitar el perjuicio irreparable que a dicha parte le provocaría el acto administrativo que lo declaró cesante, lo que entiende pondría en riesgo su subsistencia y la de su hija menor.-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado "...que la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido. Ello es lo que permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda relación jurídica. De lo contrario, si estuviese obligado a extenderse en consideraciones al respecto, peligraría la carga que pesa sobre él de no prejuzgar, es decir, de no emitir una opinión o decisión anticipada -a favor de cualquiera de las partes- sobre la cuestión sometida a su jurisdicción. En ese marco, en el 'sub lite' se presenta el 'fumus boni iuris' -comprobación de apariencia o verosimilitud del derecho invocado por la actora- exigible a una decisión precautoria (Fallos: 314:695 y 711)...Que de igual modo debe concluirse con relación al peligro en la demora, que se considera configurado. El requisito en estudio debe examinarse de acuerdo con un juicio objetivo, o derivar de hechos que puedan ser apreciados incluso por terceros, y es preciso señalar que la situación denunciada requiere el dictado de medidas que resguarden los derechos invocados, hasta tanto exista la posibilidad de dirimir los puntos debatidos y de esclarecer los derechos que cada una de las partes contendientes aduzca...Que no empece a lo expuesto que en el caso se trate de medidas cautelares innovativas, a fin de que no se altere la situación existente creada por la ley, cuya inconstitucionalidad se plantea, pues si bien este Tribunal ha considerado a ese tipo de solicitudes como una decisión excepcional, por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa que altera el estado de cosas existente (conf. Fallos: 316:1833 y 319:1069), las ha admitido cuando existen fundamentos de hecho y de derecho que exigen una evaluación del peligro de permanencia en la situación a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los intereses en juego. Es de la esencia de estos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a

cabo, porque dichas medidas se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (Fallos: 320:1633)." (cfr. Fallos: 330:1261).-

Es necesario valorar de forma equilibrada los antecedentes de la causa, así como las normas y principios jurídicos en juego, y resolver las tensiones entre ellos mediante una ponderación adecuada que logre obtener una realización lo más completa posible de las reglas y principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que estos son valorados por el ordenamiento jurídico (Fallos: 333:1023 y 335:1200).-

En relación al primero de los requerimientos, el 'fumus bonis iuris', se ha dicho que el despacho de una cautelar no exige un examen de certeza sino sólo su verosimilitud, ya que el juicio de verdad se encuentra en oposición a la finalidad del instituto (conf. Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, in re: "Rejas, Alejandra Felisa c. Estado Nacional Minis. Just. Seguridad y DD.HH. P.F.A. s/inconstitucionalidad", sentencia del 11/06/2012. Cita Online: AR/JUR/30916/2012). Máxime cuando no se aprecia, como en el caso, que su otorgamiento pudiera provocar a la parte contraria algún grave perjuicio. En estos casos los jueces deben ser más propensos a la concesión que a la denegación.-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado al respecto que las medidas cautelares "...no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad" (Fallos: 340:757).-

En el estrecho marco de conocimiento que antecede a su dictado, en el caso 'sub examine', aparece con suficiente claridad que si no se accediese al pedido formulado y, finalmente, le asistiese razón a la actora, se podrían generar perjuicios que deben ser evitados. Realizando un juicio de posibilidad y no de certeza, sin que ello implique adelanto de opinión alguna sobre la materia a resolverse, consideramos que el actor exhibe un derecho verosímil.-

De allí surge, también, el peligro que tiene la demora, por el riesgo que la cesantía pueda ocasionar perjuicios de imposible reparación ulterior. Máxime considerando que la hija menor del actor se vería privada de recibir la cuota alimentaria que le corresponde. A ello se suma que no se advierte que la medida pretendida, consistente en la reincorporación del actor en sus funciones, pueda producir una inmediata lesión del interés público ni de la Municipalidad de Río Gallegos.-

El Máximo Tribunal de la Nación, ha sostenido que es dable recordar que la garantía constitucional de la defensa en juicio, así como incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable, pues la dilación injustificada de la solución de los litigios implica que los derechos puedan quedar indefinidamente sin su debida aplicación con grave e irreparable perjuicio de quienes lo invocan (Fallos: 324:1944), exige que frente a una intensa verosimilitud en el derecho y un claro peligro en la demora, se consagre dicha garantía constitucional adoptándose las decisiones jurisdiccionales previas y provisionales que atemperen o impidan, en la medida de lo posible, las consecuencias que puede generar la razonable espera de una decisión definitiva (conf. fallos cit.).-

Así en el estrecho marco de conocimiento que antecede a su dictado, los antecedentes de la causa evidencian la necesidad de admitir la pretensión cautelar con el fin de resguardar los derechos invocados, hasta tanto exista la posibilidad de dirimir la cuestión debatida y esclarecer los derechos que cada una de las partes contendientes aduzca.-

Otro de los presupuestos que se exige para el otorgamiento de medidas cautelares, es la prestación de una contracautela por el peticionante de la medida. Al respecto cabe expresar que "La contracautela es el medio que asegura preventivamente el eventual crédito de resarcimiento de los daños que podrían resultar de la ejecución de la providencia cautelar si, en definitiva, la misma se revela como infundada [...] En la imposibilidad de determinar a priori una regla fija u objetiva que predetermine la especie y monto de la contracautela salvo en situaciones cuya especial entidad condujera a exigirla de un concreto carácter, el art. 199 ha encomendado al juez la misión de graduar ambos extremos, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso. De suerte que a mayor verosimilitud, menor contracautela. Hay tres clases de contracautela: a) juratoria, que consiste en la manifestación formal de quien obtiene la medida, efectuada por escrito en el expediente, de que se hace cargo de los eventuales perjuicios; b) personal, cuando un tercero con solvencia económica asume la responsabilidad consecuente afectando su patrimonio, y c) real, que importa afectar un bien o bienes determinados a las resultas de esa responsabilidad..." (cfr. Gallegos Fedriani, Pablo O., "Las medidas cautelares contra la Administración Pública", Ed Depalma, pág. 71).-

Por lo expuesto, en virtud de la remisión del artículo 32 del CPCA, Ley N° 2600 al artículo 200 y concordantes del CPC y C y teniendo en cuenta el carácter alimentario de las prestaciones que derivarían del acto administrativo impugnado, corresponde disponer que el incidentista preste caución juratoria.-

En el presente, tal como se indicara, se encuentra acreditada la verosimilitud en el derecho invocado para acceder a la medida solicitada y concurre

el peligro en la demora exigido para las cautelares, por lo que la reincorporación del actor en sus funciones será admitida; previa caución juratoria atento a lo expresado precedentemente en torno a las particulares circunstancias del caso (conf. arts. 25 del CPCA, Ley Nº 2600 y 200 del CPC y C, aplicable por remisión del art. 32 del CPCA, Ley Nº 2600).-

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 debatida en los autos principales, la cual será analizada al momento de dictarse sentencia definitiva.-

En virtud de lo expuesto, corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el actor a fs. 90/95, ordenando a la Municipalidad demandada a dictar los actos administrativos correspondientes a fin de reincorporarlo a su lugar de trabajo en el término de quince (15) días y durante la tramitación de los autos principales hasta que se dicte sentencia definitiva; previa caución juratoria que deberá prestar el actor en estos actuados.-

Las costas se imponen en el orden causado en virtud de lo estipulado por el artículo 90 del CPCA, Ley Nº 2600.-

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

RESUELVE:

1º) Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el actor a fs. 90/95, apartado V, ordenando a la Municipalidad demandada a dictar los actos administrativos correspondientes a fin de reincorporarlo a su lugar de trabajo en el término de quince (15) días y durante la tramitación de los autos principales hasta que se dicte sentencia definitiva; previa caución juratoria que deberá prestar el actor en estos actuados.-

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

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

PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS
Presidente
Tribunal Superior de Justicia

DANIEL MAURICIO MARIANI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

Siguen…///

///…las firmas.-

ENRIQUE OSVALDO PERETTI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ALICIA DE LOS ANGELES MERCAU
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

DOMINGO NORBERTO FERNÁNDEZ
Vocal Subrogante
Tribunal Superior de Justicia

MARCELA SILVIA RAMOS
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia