

//neral Roca, 14 de marzo de 2017.

-----VISTOS: Estos autos caratulados: "MELIQUEO WALTER OMEDIAN c/ PROVINCIA DE RIO NEGRO (SERVICIO PENITENCIARIO PROVINCIAL Y MINISTERIO DE SEGURIDAD Y JUSTICIA) S/ MEDIDAS CAUTELARES" (Expte. N° P-2RO-1-L2017), venidos a despacho a resolver.-\n Y,\n

-----CONSIDERANDO:\n I. Que a fs. 4/7 se presenta el Sr. Walter Omedian Meliqueo, con apoderamiento del Dr. Juan A. Huenumilla, e interpone medida cautelar de no innovar contra el Servicio Penitenciario de la Provincia de Río Negro a fin de que se disponga la suspensión de lo resuelto en el art.3 de la Resolución N° 001/17 "JDSP" por la Junta de Disciplina de dicho organismo, esto es, la suspensión en la ejecución del descuento de haberes que allí se ordena hasta tanto se finalice con el proceso investigativo y se resuelva en definitiva.

Sostiene a tal fin que se desempeña como agente del Servicio Penitenciario Provincial hace cuatro años, cumpliendo funciones en el Establecimiento de Ejecución Penal N° 5 de la ciudad de Cipolletti.

Que en el marco del expediente N° 88586-MSyJ-2016 se investiga la presunta comisión de un delito a raíz de un hecho ocurrido en la vía pública, fuera del horario de trabajo, caratulado como "Atentado y Resistencia a la autoridad". Que el 5 de enero del corriente fue notificado en el mismo de la suspensión preventiva por el término de treinta días.

Asimismo, explica que la Resolución N° 001/17 "JDSP" destina sus primeros dos artículos a ratificar y ampliar la medida de suspensión preventiva y que el art. 3° dispone: "Remitir las presentes actuaciones a la Dirección de Recursos Humanos del Ministerio de Seguridad y Justicia, a efectos de proceder al descuento de haberes correspondientes".

Que la suspensión ya fue cumplida por su parte entre los días 23 de diciembre del año 2016 y 21 de enero del corriente y que inició nuevamente sus tareas el día 22 de enero, percibiendo el salario de diciembre con normalidad, siendo anoticiado que con la liquidación del mes de enero vendrían los descuentos por la suspensión dispuesta por el empleador.

Entiende que dicha sanción resulta ilegal, en tanto no posee anclaje legal ni justificativo normativo, importando una punición anticipada en la forma en que se ha establecido y solicitando por ende se haga lugar a la medida cautelar y se ordene la suspensión de los descuentos ordenados en la resolución atacada.

Se explaya en torno al derecho a la estabilidad en el empleo y al salario establecidos en la Ley S 4283 del personal del Servicio Penitenciario y cómo el mismo se ve afectado por el acto administrativo cuya validez cuestiona.

En tal sentido manifiesta que aun cuando el derecho a la percepción del salario -como todo derecho- puede ser reglamentado, ello debe enmarcarse en el uso correcto de las facultades de la administración pública, extremo este último que -a su criterio- no fue cumplido en el caso al no existir ninguna razón que justifique el cercenamiento de este derecho fundamental, mediante un acto administrativo desprovisto de competencia y razonabilidad.

Alega también que al tener el derecho restringido carácter alimentario, debe tomarse con extrema precaución cualquier decisión que impacte sobre el mismo. Que es padre sostén de familia y que la falta de pago de su retribución importará un perjuicio que al día de hoy le quita la tranquilidad, más aún en plena época de comienzo de clases en la cual deben comprarse los elementos para que los niños concurran a la escuela.

Así, propone a este Tribunal que se analice el marco normativo en el que se emitió la Resolución N° 001/17 “JDSP” para verificar si el organismo que la dictó posee facultades para imponer descuentos de haberes en una medida de suspensión preventiva. Destaca esta última cuestión como un dato relevante, esto es, que se está en el marco de una suspensión preventiva, cuya finalidad responde a la necesidad de asegurar el éxito de la investigación y que no debería revestir la calidad de sanción.

Que el acto administrativo ha sido emitido con fundamento en el art. 75 de la Ley S 4283 que textualmente reza: “El Director General, mediante resolución fundada podrá suspender al Personal Penitenciario o reubicarlo transitoriamente con carácter preventivo, debiendo remitir las actuaciones a la Junta de Disciplina, la que en el plazo perentorio de cinco (5) días deberá ratificar, rectificar o suspender la medida. La Junta de Disciplina contará con similares atribuciones, cuando a su entender el alejamiento del agente sea conveniente para el esclarecimiento de los hechos motivo de investigación o cuando su permanencia sea incompatible con el estado de las actuaciones. Las presentes medidas no podrán tener una duración mayor al término establecido para dictar resolución definitiva. La aplicación de las presentes medidas no

implican un adelantamiento de la sanción ni podrán ser tenidas en cuenta para morigerar la misma.”

Destaca el último párrafo de la norma y el hecho de que en ninguna parte se hace alusión a la suspensión sin goce de haberes sino más bien a la potestad de disponer la suspensión o la reubicación preventiva. Asimismo, que el Decreto reglamentario N° 77/11 nada agrega al respecto, en el entendimiento -supone- de que la norma resulta clara y operativa en términos procesales.

A continuación, transcribe la norma del art.78 de la Ley S 4283 que en su parte pertinente dispone: “El Personal Penitenciario que incurra en las faltas descritas en el presente Estatuto, será pasibles de las siguientes medidas disciplinarias, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y/o penales que surjan de las leyes: (...) b) Suspensión de hasta un máximo de treinta (30) días por vez. La suspensión se hará efectiva en días corridos sin prestación de servicios ni percepción de haberes. Podrá asimismo imponerse el traslado del agente si su permanencia en la Unidad Penitenciaria sea nociva para el orden de la misma...”.

Con ello quiere destacar que se trata de dos medidas muy parecidas, pero con la gran diferencia -sostiene- de que una es de carácter preventiva -la del art.75 de la Ley S 4283- y la otra sancionatoria -la del art.78 de la Ley S 4283-.

Entiende que la Junta de Disciplina se ha extralimitado en sus funciones al emitir la Resolución N° 001/17, pues le ha aplicado en forma directa una sanción específicamente establecida en el ordenamiento de fondo, lo que implica -a su criterio- una flagrante ofensa al debido proceso administrativo.

Tacha de nulo al acto administrativo por haber incurrido en el vicio de desviación de poder, en tanto -sostiene- si la suspensión preventiva se realiza para asegurar la eficacia del procedimiento investigativo, no advierte qué incidencia puede llegar a tener el hecho de que perciba o no sus salarios, importando más bien ello una verdadera sanción.

También funda la nulidad del acto en la falta de causa por no tener la Junta de Disciplina la potestad normativa de decretar una suspensión preventiva sin goce de haberes.

Peticiona con carácter cautelar la prohibición de innovar a efectos de que se mantenga la situación de hecho existente al tiempo de promoción de la presente acción y se impida que el Ministerio de Seguridad retenga su salario por los días de suspensión.

A fin de justificar su procedencia, destaca que la verosimilitud del derecho invocado se encuentra acreditada en razón de que la Resolución adolece de vicios que llevan a

tacharla de nula y en consecuencia inconstitucional, por resultar atentatoria de los principios magnos consagrados en nuestra Constitución Nacional y por no adecuarse al principio de legalidad previsto en el art. 19 de esta última norma.

También refiere que en virtud de los caracteres de ejecutividad y ejecutoriedad propios del acto administrativo, el mismo se aplicará con seguridad y sin ninguna posibilidad de articular un recurso administrativo que lo pueda suspender.

En relación al recaudo del peligro en la demora, refiere que el mismo se patentiza en el hecho de que no percibirá su remuneración al liquidarse y abonarse el mes de enero, lo que impactará directamente sobre su persona y su familia, ya que constituye el único ingreso en su hogar. Asimismo, que la Provincia de Río Negro ha anunciado el inicio del cronograma de pagos para los empleados públicos, correspondiendo al Servicio Penitenciario cobrar el día 4 del mes de febrero, con lo que -a su criterio- el peligro en la demora resulta patente.

Por último, ofrece como contracautela caución juratoria.

Finalmente funda en derecho y ofrece prueba.-

II. Que a fs. 8 se ordena el pase de los autos al acuerdo para resolver.

Luego, mediante presentación de fecha 17/02/2017 se presenta el actor adjuntando extractos bancarios correspondientes a los meses de diciembre del año 2016 y enero del corriente -ante la carencia de los recibos de haberes oficiales- con el objeto de probar que el 10/01/2017 se acreditaron en su cuenta la suma de \$ 13.557,43 en concepto de salario del mes de diciembre inmediato anterior, mientras que el 6/02/2017 se acreditó la suma de \$ 6.727,90.-

Alega que se comunicó con el sector de Recursos Humanos del Servicio Penitenciario Provincial y que fue anoticiado que los descuentos se le realizarían en tres cuotas, lo que implica que deberá subsistir durante ese tiempo con un salario troncado por una resolución absolutamente inconstitucional.

Solicita en base a ello que, con los mismos fundamentos esgrimidos en el libelo inicia, se modifique la pretensión que ya aparece como abstracta en el sentido de orden de no innovar, pasando a ser una de carácter innovativa a fin de que se ordene a las requerida a que abone el monto descontado y suspenda los futuros descuentos. Pide pronto y preferente despacho en tal sentido ante la imposibilidad de cubrir las necesidades familiares básicas.

III. Que puestos de tal modo en condiciones de decidir corresponde señalar -de inicio- que el actor ha introducido en su demanda dos pretensiones diversas. Por un lado, una

pretensión principal que consiste en el pedido de nulidad de la Resolución N° 001/17 "JDSP" por los vicios que le imputa en el acápite IV del escrito de fs. 4/7 y, por el otro, una de tipo accesoria, como medida cautelar de no innovar -luego reconducida como medida cautelar innovativa- que consiste en el pedido de suspensión de la ejecución del acto administrativo que dispuso los descuentos de haberes.

Esta pretensión cautelar de la actora constituye un supuesto de "tutela anticipada", la que en el caso consiste en el anticipo parcial de jurisdicción, toda vez que su objeto importa adelantar el efecto de lo que en definitiva se resuelva respecto de la Resolución N° 001/17 "JDSP", esto es, el pago con normalidad de los haberes cuya retención fue ordenada.

Se ha dicho en doctrina, a propósito de la creación de la teoría de los procesos urgentes, de los que la tutela anticipada participa, que ésta constituye "...la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pueda derivar un perjuicio irreparable..." (de los Santos Mabel, *Medida Autosatisfactiva y Medida cautelar*, Revista de Derecho Procesal, Tomo 1, Medidas cautelares, pág. 32; en igual sentido, Arazi Roland, *Tutela Anticipada*, en la misma obra referenciada precedentemente, pág 391).-

Que la solución urgente de la tutela anticipada ha recibido asimismo receptación jurisprudencial, habida cuenta que su procedencia ha sido objeto de pronunciamiento favorable por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.J.N., agosto 7-997, in re: Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf S.R.L. y Otros, L.L. 1997-E,652).

Que no ha resultado óbice a su acogimiento, la circunstancia de que el objeto de la cautelar coincida con el de la pretensión principal, puesto que es principio también aceptado que la cautela no consiste únicamente en asegurar la eventual ejecución de la sentencia, sino que su contenido es más amplio, pudiendo resultar no sólo conservativa sino también innovativa (conf. Carnelutti, Francisco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1944, T.I, pág. 249, citado por de los Santos, Mabel, op. cit., pág. 40; en igual sentido C.S.J.N., fallo citado supra; y C.N.Civ., Sala D, Setiembre 26-997, *Bella Elvira I. c. Federación Argentina de Tiro*, L.L. 1998-B, 626).-

Finalmente, es de advertir que la medida cautelar innovativa encuentra sustento normativo en la disposición del art. 230 del C.P.C.y C.-

IV. Que asimismo debe advertirse que en el marco de un proceso contra el poder público a los requisitos propios de toda medida cautelar (verosimilitud del derecho, peligro en la demora, contracautela, no afectación del interés público e imposibilidad de

obtener la providencia cautelar por otra vía) se suman otros recaudos que, en cuanto a rigurosidad, exceden los genéricos.- Desde que en tales casos "...para que el objeto de las medidas cautelares coincida con el de la pretensión de fondo planteada en la demanda, el actor debe acreditar que el daño a prevenir sea inminente e irreparable pues, si las mismas trascienden su ámbito natural -el asegurativo- para significar un adelanto total o parcial de la pretensión principal, deben ser ponderadas como una excepción a fin de no mancillar el derecho de defensa en juicio..." (CNCiv., Sala D, sentencia del 16/11/98, "Monje, Ademar c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", L.L., 1999-D, 781-41.752-S).

Como que en análogo sentido, "...cuando el objeto de la medida cautelar coincide total o parcialmente con el objeto de la pretensión principal -en el caso, acción de amparo-, aquélla no queda invalidada...", pero "...la situación exige una mayor ponderación de los elementos en que se la funda, pues sólo cabe hacer lugar a este tipo de cautelares ante la certidumbre de que el daño a prevenir reviste el carácter de inminente e irreparable..." (CNCiv., Sala D, sentencia del 26/09/97, "Bella, Elvira I. c/ Federación Argentina de Tiro", L.L., 1998-B, pág.626).

Claro que sin dejar de advertir -a salvo que en aquél caso se trataba de una acción de amparo- las diferencias entre el marco de conocimiento de un conflicto de fondo y el que exige el pedido cautelar, en tanto este último en rigor procura "...asegurar la eficacia práctica de una sentencia que debe recaer en un proceso y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un análisis exhaustivo, sino de uno de mera probabilidad respecto del derecho controvertido, de donde por definición el proceso cautelar siempre es accesorio de un proceso principal del que sigue su suerte..." (cfr. el voto del Dr. Víctor Soderó Nievas, en STJRN, sentencia del 30/06/05, "Brillo, Mirta Raquel s/ Medida cautelar Autónoma s/ Inaplicabilidad de Ley"). Mas insistiendo en que las apuntadas características especiales del acto administrativo refuerzan la necesidad de ahondar los parámetros de estrictez, de manera que la eventual procedencia del pedido no lleve "...al abandono, menoscabo o conversión en abstracto de los señeros principios del Derecho Público: la presunción de legalidad del acto administrativo, su ejecutoriedad, la división de poderes y la garantía de la defensa en juicio..." (cfr. el voto del Dr. Alberto Ballardini, en la causa "Brillo, Mirta Raquel", cit.). Sentado lo anterior, y atendiendo al fundamento que ha dado el accionante respecto de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora que invoca, no se advierte en definitiva razón para acceder al pedido cautelar, lo que importaría avanzar sobre

decisiones que, de corresponder, serán las propias de la etapa conclusiva.

La cuestión traída a resolver a modo de medida cautelar implica tomar una decisión en torno a los efectos que tiene la suspensión preventiva ordenada en el marco de un proceso de investigación en relación al salario, y en base a ello dilucidar si la Junta de Disciplina se ha excedido en el marco de sus facultades al dictar la resolución atacada.

Cuestión esta última que trasunta una decisión de fondo, en la que se exige -necesariamente- el respeto al derecho de defensa de la contraparte, sin que se presenten -ab initio- los vicios de ilegalidad manifiesta invocados por la actora pues, huelga destacarlo, la suspensión fue ratificada por la Junta en uso de las facultades conferidas por el art.75 de la Ley S 4283 -como bien se indica en la demanda- y los efectos que ello acarrea, como se mencionó, será objeto de la decisión final, sin que se presente en esta instancia el grado de verosimilitud exigido para dar curso a un pedido de este tipo.-

Asimismo, si bien no puede desconocerse la importancia que el salario representa para la subsistencia del grupo familiar, no se advierten razones que impidan el restablecimiento eventual del derecho invocado en una etapa posterior. Recuérdese que este tipo de medidas sólo se hallan habilitadas para supuestos de extrema urgencia en los que el peligro en la demora se presenta como una “...muy fuerte posibilidad de que el justiciable sufra un daño irreparable si no obtiene una respuesta jurisdiccional inmediata...” (CNAT Sala II Expte. N° 10.919/2010 Sent. Int. N° 59.554 del 15/07/2010 “Agrano, Diego Gabriel c/Liberty ART SA s/accidente - ley especial-incidente”. (Piroló - González).

De los elementos acompañados no se advierte la posibilidad de que se pudieran producir en forma actual e inminente perjuicios irremediables que no puedan ser subsanados ulteriormente. Tampoco se han invocado razones de extrema urgencia que habiliten el anticipo de lo que se pretende como postulación de fondo.

Tiene dicho la jurisprudencia en un caso relativo al cobro de haberes que: “Si bien el actor reclama el pago de acreencias salariales y entrega de la libreta de aportes al fondo de desempleo, invocando que la urgencia de la medida se halla implícita en cualquier reclamo de naturaleza salarial, lo cierto es que la naturaleza de los créditos cuyo reconocimiento se persigue a través de una medida autosatisfactiva, sin invocación y demostración de circunstancias urgentes o situaciones apremiantes, no difiere de la que tienen la casi totalidad de los créditos que se reclaman por vía del proceso reglado en el Título IV Cap. I de la L.O., por lo que no constituye una razón que - por sí sola - autorice la viabilidad de una resolución anticipatoria como la requerida. CNAT Sala I

Expte N° 4297/08 Sent. Int. N° 58.806 del 22/4/2008 “Pérez, Raúl c/ Berurena & Asociados SA s/ ley 22.250”. (Vilela - Pirolo)

Todo ello de acuerdo al principio de interpretación restrictiva con que han de evaluarse este tipo de pedidos cautelares, permitiendo el debido resguardo al derecho de defensa de la demandada, en el marco de un proceso que permita dilucidar el alcance del derecho invocado.-\n Que vinculado a lo expuesto es dable advertir que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia, cuando la tutela altera el estado de hecho o de derecho, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto al fallo final de la causa (Fallos: 316:1833; 320:1633).- Ello por cuanto muchas de estas medidas revisten los mismos efectos que si se hubiese hecho lugar a una demanda y ejecutado la sentencia, cuando aquella demanda aún no se ha notificado a los accionados, por lo que debe tenerse cuidado de no incurrir en un exceso jurisdiccional, que importa por lo demás un menoscabo del derecho de defensa en juicio del demandado, también garantizado constitucionalmente (art. 18 C.N.).-\n

-----Por todo lo expuesto, la CAMARA DEL TRABAJO DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL, SALA I, CON ASIEN TO EN ESTA CIUDAD,\n

-----RESUELVE:\n I. RECHAZAR la medida cautelar innovativa peticionada por WALTER OMEDIAN MELIQUEO.-\n II. Con costas al peticionante (arg. art. 25 Ley P 1504, y arg. arts. 68 y 69 C.P.C.y C.), difiriendo la regulación de honorarios para el momento de dictar sentencia o resolución que ponga fin al litigio.-

-----Regístrese y notifíquese.-

-----Atento la pretensión esgrimida en el punto 4) del Petitorio de fs.7, corresponde recaratular el presente trámite como "Contencioso Administrativo" y tener por iniciada acción contra: PROVINCIA DE RIO NEGRO (SERVICIO PENITENCIARIO PROVINCIAL Y MINISTERIO DE SERUDIDAD Y JUSTICIA), córrase traslado de

la misma la que deberá ser contestada por escrito dentro del término de TREINTA Y CINCO DIAS debiendo acompañar la prueba documental e instrumental que crea pertinente e individualizar con precisión los nuevos hechos que pudiera invocar. Asimismo deberá constituir domicilio dentro del radio del Tribunal, bajo apercibimiento de continuar el tramite en rebeldía y tener por constituido domicilio en los Estrados del Tribunal.- Notifíquese mediante cédula ley.-

-----La cédula aquí ordenada podrá ser reiterada sin autorización expresa en la causa en caso de resultar fallida la diligencia, considerándose denunciado el domicilio incluido en la misma.-

-----En caso de resultar frustrada la diligencia realizada en el domicilio denunciado por no vivir allí o no atender persona alguna el llamado o negarse a recibirla, líbrese nueva cédula bajo responsabilidad de parte actora sin que requiera petición previa.-

-----De resultar frustrada la diligencia debido a quien pretende citar se encuentra en su domicilio en horas inhábiles practíquese nueva con habilitación de días y horas, sin necesidad de petición previa.-

-----En caso de resultar necesarios a fin de conocer el domicilio del o de los demandados líbrese los oficios de informes sin necesidad de petición previa.-

-----Hágase saber a las partes que les asiste el derecho a oponerse, por causa fundada a criterio y decisión del Tribunal, en relación a terceros, a la publicación de sus datos

personales en la inteligencia de que la falta de oposición al respecto conlleva el consentimiento para que la sentencia o resolución que se dicte se publique sin supresión de datos (art. 3º Acordada 112/2003).-

-----La presente deberá ser notificada también en la persona del Gobernador de la Provincia y del Fiscal de Estado, en el asiento de sus funciones.-

Dr. Nelson Walter Peña
Vocal de Trámite Sala I

Dra. Paula Bisogni Dr. Jose Luis Rodriguez
Vocal Sala I Vocal Sala I

Ante mi: Dra. María Magdalena Tartaglia
-Secretaria subrogante-