



NEUQUEN, 13 de Junio del año 2017.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"ESPIASSE SILVIO ALBERTO C/ COMPAÑIA TSB S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR"**, (JNQLA5 INC N° 1013/2017), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela **ROSALES** y, puestos los autos para resolver, el **Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO** dijo:

I.- La resolución de fs. 19/21 rechaza la medida cautelar solicitada por la actora con costas.

La decisión es apelada por la accionante en los términos que resultan del escrito de fs. 22/24 y cuyo traslado es respondido a fs. 29/30.

Sostiene el quejoso que la medida cautelar que solicitara en nada coincide con la acción de fondo.

En segundo término, sostiene que la empresa no aportó elemento probatorio alguno que permita sostener que se encuentra atravesando una crisis financiera, ya que solamente adjuntó una solicitud de adhesión al programa de procedimiento preventivo de crisis pero no adjuntó la resolución homologatoria.

Luego, afirma que la suspensión que aplicara la demandada no respeta el artículo 51 de la ley 23.551, y en tal sentido, destaca que no se adjuntó el supuesto diagrama de trabajo de los centenares de operarios que trabajan en Añelo y que los recibos de sueldos que agregara de trabajadores no pertenecen al diagrama del actor y ni siquiera se trata de conductores de camiones.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, considero que los agravios vertidos no resultan



suficientes como para desvirtuar los sólidos fundamentos de la resolución recurrida.

En primer lugar y no obstante lo afirmado por el quejoso, considero que la medida peticionada coincide en parte con el objeto de la pretensión.

Cierto es que la demanda tiene por objeto el cese de lo que entiende una conducta discriminatoria, persecutoria y antisindical violatoria de la tutela gremial, pero no lo es menos que dicha afirmación se sustenta en las medidas que tomó la empresa en relación con el salario del actor, al punto tal que al desarrollar el objeto del pleito, conforme se advierte a fs. 2, se requiere el dictado de la medida cautelar.

Ello, hace que la afirmación que se vierte en el memorial no pueda ser admitida dada la íntima relación entre la pretensión y la cautelar.

Cuando eso ocurre y como lo hemos señalado en reiteradas oportunidades, se requiere un examen riguroso en relación a los requisitos exigidos para la procedencia de la petición, toda vez que importan un adelanto de la jurisdicción y en tal sentido su admisión reviste carácter excepcional.

Así hemos dicho en la causa **"LL. C/ CASINO MAGIC NEUQUEN S.A. S/INCIDENTE DE APELACION"**, (INC N° 1618/2014):

*"En tales supuestos, las exigencias propias de toda cautelar se incrementan notoriamente toda vez que estamos en presencia de un adelanto de la jurisdicción o lo que es lo mismo, en un pronunciamiento que, aun cautelarmente, supone un pronunciamiento que coincide con lo reclamado, y así lo ha señalado en forma permanente esta Sala cuando ha exigido una casi certeza del derecho invocado y una acreditación rigurosa*



del peligro en la demora que implique la existencia de un daño cierto e irreparable."

"En tal sentido, la Sala I, sostuvo en la causa "V. CONTRA CASINO MAGIC S.A. S/INC. DE APELACION" (INC N° 1510/13) del 6 de agosto del 2.013, similar al aquí al analizado que:

"A mayor abundamiento, corresponde añadir que en autos no surgen prima facie acreditados los requisitos para el dictado de una medida cautelar innovativa, por lo que corresponde confirmar la decisión. Es que, como se señaló, en el marco restringido del presente tratamiento, cabe destacar que deben extremarse los recaudos frente a una cautelar innovativa."

"Asimismo, debe tenerse en cuenta que: "Según doctrina del Supremo Tribunal Federal `...cuando por medio de una prohibición de innovar pretende modificarse el statu quo existente, esta Corte ha establecido que su admisibilidad reviste carácter excepcional (conf. arg. Fallos: 315:96; 316:1833; 318:2431; 319:1069; 320:2697; 321:695; 323:4188). Es que en esos casos los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia en tanto un pronunciamiento favorable altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado y configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (Fallos: 316:1833; 320:1633, entre muchos otros)...´ (conf. C.S.J.N., F.34.XL., 20/11/2007, `Fisco Nacional - Administración Federal de Ingresos Públicos c/San Luis, Provincia de´)" (CNTrab., Sala V, sentencia 73402, voto del Doctor Zas en autos "NUÑEZ CORTES PABLO MARTIN C/ ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS ENARGAS S/ MEDIDA CAUTELAR")."

"Además, esta sala ha sostenido que "[...] la solicitud de protección precautoria se perfila como una



"cautela innovativa", medida que tiene una calidad excepcional."

"Justamente, esta naturaleza excepcional hace que sobre el solicitante pese la carga de demostrar sumariamente la existencia de los recaudos específicos de procedencia y sobre el magistrado, el deber de que su dictado se encuentre precedido por un análisis detallado y particularmente severo sobre la concurrencia de los requisitos de viabilidad, el que debe ser explicitado."

"Como ha señalado el TSJ "... Su despacho requiere la concurrencia de los tres recaudos comunes a cualquier medida cautelar (apariencia de derecho, peligro en la demora y contracautela) y de un cuarto requisito que le es propio: la posibilidad de que se consume un "perjuicio irreparable" que sufrirá el solicitante de la misma si ésta no se le despacha favorablemente, para lo cual deberá demostrar de manera convincente, con los elementos aportados en esta etapa procesal, la probabilidad cierta de tener razón, siendo el grado de cognición que necesita el juez para otorgarla, la certeza suficiente que se integra con la gran probabilidad de que el derecho invocado existe (cfr. Ivana María Airasca, "Algunas consideraciones sobre la medida cautelar innovativa". Medida Innovativa. Rubinzal Culzoni, 2003, pág.171)."

"No puede perderse de vista que en estos casos -medida innovativa-, y se insiste con el tema, deben extremarse los recaudos de análisis de procedencia, en atención a que lo que se requiere es la emisión de un mandato judicial a la Administración para que ésta observe una conducta activa, es decir, no una mera abstención de ejecutar ciertos efectos sino, directamente, una obligación "de hacer"..." (cfr. R.I. 487/11, en autos "ERRECART DELIA MABEL", entre muchas otras) [...]"



*"Es que si bien no puede descartarse en abstracto la procedencia de una medida anticipatoria que importe un adelanto de la tutela judicial, propia del pronunciamiento definitivo, ello será posible siempre y cuando se alegue y se acredite seriamente que el pronunciamiento de fondo se verá frustrado por el tiempo que irroque la tramitación del proceso: "...es de la esencia de esos 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 precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que podrían producirse en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva..." (CSJN, causa Camacho Acosta, ya citada)."*

*"En esta línea, se ha sostenido que cuando una medida cautelar innovativa concede en todo o en parte el objeto de la pretensión en forma anticipada, antes del dictado de la sentencia definitiva, para su despacho favorable se exige la acreditación del perjuicio o daño grave, inminente, irreparable o de muy difícil reparación que sufrirá el solicitante de la misma si no se la otorga favorablemente, ya que si no se la concede, el daño grave que se le causará al actor no podrá ser reparado, porque cuando se dicte la sentencia de mérito que ponga fin al pleito, y ésta quede firme y se haga lugar a la pretensión, llegará tarde y ni siquiera podrá ser sustituida por una indemnización consistente en una suma de dinero, todo lo cual deberá ser suficientemente acreditado por el actor para que el juez despache la misma ("Algunas consideraciones sobre la Medida Cautelar Innovativa" por Ivana María Airasca, en "Medida Innovativa", Jorge Peyrano Director, Rubinzal Culzoni,*



*Editores. pág. 174) [...], ("MATUS WALTER ARIEL c/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN s/ INCIDENTE DE APELACION", Expte. N° 1118/12)."*

A lo expuesto, cabe agregar que al estar en presencia de una medida cautelar la cuestión debe dilucidarse en base a los elementos existentes en este momento del proceso y que pueden o no diferir a los que se deben examinar al momento de dictarse la sentencia pertinente, conforme la prueba acabada que produzcan las partes.

En tal sentido y en función de los elementos existentes en la causa principal, que se tiene a la vista, no se advierte con el suficiente grado de certeza requerido para la concesión de la medida cautelar que quede configurada la conducta antisindical que alega la actora.

Si bien es cierto que existieron descuentos en su salario, cuestión que no encuentro controvertida, no advierto que ello sea una medida que afecte con exclusividad al actor dado que, según los recibos adjuntados por el demandado, que se tendrán por válidos a los solos fines de la presente y en función de lo expresado en los agravios del actor, los descuentos abarcaron a varios trabajadores; y si bien no pertenecen al sector donde labora el accionante, de ello no se sigue que no puedan ser considerados a los fines de evaluar una conducta discriminatoria en relación a la representación que dice ostentar quien acciona.

Lo concreto es que la situación que esgrime el accionante en relación a su actividad laboral no es exclusiva en relación a su persona, sino que pareciera que es general.

A ello, se suma la petición formulada por la empresa en relación a su situación financiera y/o económica, que acreditaría la existencia de una presunta crisis sin que quepa analizar, a esta altura, si la misma ha sido homologada



por la autoridad de aplicación o no dado que lo que importa es valorar una determinada conducta en relación a una persona y en el caso no se advierte que ello ocurra.

De todas maneras, a quien correspondía acreditar el supuesto fáctico y jurídico a los fines de lograr la cautelar peticionada era al actor y con los elementos adjuntados al demandar y confrontados con los agregados por la demandada, la verosimilitud del derecho en los términos que justifiquen la concesión de la medida, apreciados en base a las pautas antes indicada, no se encuentran configurados.

III.- Por las razones expuestas propongo se confirme la resolución apelada, con costas a la actora, difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.

**La Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- Debo disentir con la opinión del señor Vocal que me precediera en orden de votación.

Si bien comparto los conceptos referidos a la rigurosidad con la que deben apreciarse las solicitudes de medidas cautelares cuando ellas coinciden, aunque sea parcialmente como sucede en autos, con la pretensión de fondo del peticionante, entiendo que la situación que se ventila en el sub lite supera el valladar de la estrictez en el análisis.

Y es que a poco que nos situemos en el marco legal en el que se encuadra el presente conflicto aparecen claramente delineados la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, que habilitan el dictado de la medida cautelar, aunque no con los alcances de la petición de la parte actora.

El actor ha invocado contar con la tutela prevista por la ley 23.551 por ser representante sindical, y



la demandada no ha negado esta calidad ni la vigencia de la tutela referida.

Asimismo en la contestación de la demanda la empleadora ha reconocido la modificación unilateral de las condiciones de trabajo del actor. En efecto, dice la demandada a fs. 14 vta. de este incidente: *"...ante la merma de la actividad y la caída de importantes contratos, mi representada optó -entre otros medios- con alternar a sus trabajadores o darles vacaciones en época de receso.*

*"Ello implica que sus diagramas se encuentran reducidos, y sus tareas y jornadas se alternan, con la finalidad que ante el escaso trabajo, todos los operarios tengan labores y así continuar la relación laboral...Ese fue el caso del Sr. Espiasse..."*.

Asimismo surge de la prueba documental obrante en el expediente principal que tengo a la vista que esa alteración de los diagramas normales de trabajo se reflejó en la remuneración percibida por el demandante, la que se vio reducida en un porcentaje importante.

Frente a esta base fáctica, tenemos que el art. 52 de la ley 23.551 establece que los trabajadores amparados por las garantías previstas en los artículos 40, 48 y 50 de la misma ley, no podrán ser suspendidos, despedidos ni con relación a ellos podrán modificarse las condiciones de trabajo, si no mediare resolución judicial previa que los excluya de la garantía.

La demandada no ha invocado siquiera que haya instado la acción de exclusión de la tutela sindical, único medio legalmente previsto para habilitar la aplicación de medidas como las adoptadas respecto del trabajador de autos, más allá de la justificación o no que aquellas pudieran tener





considerando la situación económica del sector en el cual desempeña sus actividades la accionada.

Lo dicho resulta suficiente para tener por acreditada la verosimilitud del derecho invocado.

II.- Incluso poniéndonos en el caso que se trata de una medida generalizada, conforme se invoca en la contestación de demanda, que queda atrapada por la norma del art. 51 de la ley 23.551, de todos modos la verosimilitud del derecho invocado se encuentra presente.

Disiento aquí con la jueza de grado en orden a que la documental acompañada por la demandada demuestra -prima facie- que se trata de una medida general.

En efecto, la demandada ha acompañado los recibos de haberes del actor, y los de tres empleados más, de los que surge que se les abona días por "stand by" -extranjerismo que tiene su correlato en el idioma nacional en la palabra suspensión, más precisa y adecuada a la terminología legal-. Luego, la muestra no es suficiente para entender que la medida de suspensión es de carácter general, para la totalidad del personal de la demandada.

Menos aún lo es el escrito de fs. 66 del expediente principal, que refiere a acuerdos celebrados con sindicatos distintos al del actor y para el personal por ellos representados.

Esta documental, como lo adelanté, no resulta suficiente para desvirtuar la tutela sindical con la que cuenta el accionante toda vez que de la misma no surge, ni siquiera indiciariamente, que la suspensión de actividades sea generalizada, ni que, en su caso, se haya respetado el orden legalmente establecido a tal fin. Ello, claro está, sin perjuicio de lo que pueda resultar de las pruebas que se produzcan en el curso del juicio.



III.- En cuanto al peligro en la demora, teniendo en cuenta la naturaleza alimentaria de la remuneración de todo trabajador, su disminución constituye uno de los supuestos que permiten el dictado de la medida cautelar.

Por otra parte, dada la naturaleza de los derechos comprometidos en autos, y la finalidad de las normas legales de protección de la actividad sindical que va más allá de la tutela individual, para proteger la actividad de los gremios en cuanto representantes de los intereses colectivos de los trabajadores en relación de dependencia, garantizada por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, y los Convenios nros. 98 y 135 de la OIT, ratificados por leyes 11.594 y 25.801 respectivamente, su vulneración prima facie acreditada, satisface también el recaudo del peligro en la demora.

IV.- Ahora bien, como lo dije, la medida cautelar que propongo no se compadece totalmente con lo pretendido por la parte actora.

Teniendo en cuenta las posiciones de las partes y la coincidencia parcial del objeto de la cautela con el de la litis, es que entiendo que la medida precautoria debe limitarse a ordenar a la demandada el cese inmediato de las medidas que han modificado las condiciones de trabajo del actor, debiendo restituirse al mismo en su diagrama normal de trabajo, con percepción de la remuneración que normal y habitualmente le correspondía antes de la implementación de las medidas referidas.

La cautelar será despachada previa caución juratoria a prestar por el demandante.

La imposición de costas en la presente instancia, como la regulación de los honorarios de los



profesionales actuantes ante la Alzada, se difiere para el momento de contarse con sentencia definitiva.

**Existiendo disidencia en los votos que anteceden, se integra Sala con el Dr. Fernando GHISINI, quien manifiesta:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto del **Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO**, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

**RESUELVE:**

I.- Confirmar la resolución de fs. 19/21, con costas a la actora, en su condición de vencida (art. 68, CPCyC).

II.- Diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos a origen.

**Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. FERNANDO GHISINI  
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria**