



NEUQUEN, 15 de Marzo del año 2016.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"SOTO HERMOSILLA ALFREDO VICENTE Y OTRO C/ ENTE PROVINCIAL DE AGUS Y SANEAMIENTO (EPAS) S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR"**, (INC N° 1727/2016), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 4 - NEUQUEN a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela **ROSALES** y, puestos los autos para resolver, el **Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO** dijo:

I.- La resolución que en copia obra a fs. 61 del cuadernillo rechaza la medida cautelar solicitada por la actora en su escrito de inicio.

La decisión es apelada por la accionante en los términos que resultan del escrito de fs. 64/66, y cuyo traslado es respondido a fs. 72/75.

II.- Luego de reseñar los antecedentes del caso, señala que le agravia que el juez no considere la existencia de verosimilitud en el derecho dado que los actores eran empleados, fueron elegidos delegados y ello fue comunicado a la empresa.

Afirma que, si bien existe relación entre el objeto de la demanda y la cautelar como sucede con cualquier medida precautoria, en el caso los objetos son disímiles puesto que en la cautelar se exige que sean reintegrados a sus puestos de trabajo durante el proceso, y en cambio, la pretensión tiene por fin la nulidad del obrar de la empleadora; agrega que no estamos en un anticipo de sentencia, pues de requerirse una medida cautelar, es provisoria, no causa estado y no impide desestimar la demanda.



En cuanto a la designación como delegados, indica que la exigencia de la antigüedad en el trabajo no les puede ser requerida, toda vez que en el sector en el que se desempeñaban todos los trabajadores fueron designados juntos.

Finalmente, señala que los actores son personal contratado y que dicha situación no cambia por haber sido delegados, y que lo que se solicita es que se les reconozca la tutela sindical.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, considero que la medida cautelar innovativa peticionada en la demanda, y reiterada en el memorial, no tendrá andamio.

En primer lugar, destaco que el juez interviniente ha dado el trámite correcto a la petición cautelar, toda vez que tanto esta Sala como la Sala I hemos dicho en reiteradas oportunidades que, en principio, cuando coincide el objeto de la pretensión con la cautelar, en todo o en parte, se deberá sustanciar la solicitud, pudiendo incluso reducirse el plazo en función de la gravedad y urgencia del tema.

En tal sentido, hemos dicho en la causa Expte. ICL N° 938/12 del 21 de agosto del corriente año, entre muchos otros, que:

*"Ahora bien, considero que, en el caso concreto, la decisión adoptada por la jueza debe ser revocada por prematura.*

*En efecto, tal como se desprende de los términos de la pretensión, la cautelar requerida coincide sustancialmente con ella, y en tales supuestos esta Sala ha dicho, en forma reiterada que, salvo supuestos excepcionales, la petición de cautela debe ser sustanciada ya que no hace a la esencia de medidas de dicha naturaleza que sean dictadas*



*sin oír a la otra parte y, ello en respeto del derecho de defensa que se concreta, en el caso, en la bilateralidad del trámite procesal.*

*Como del presente cuadernillo no resulta que la demanda haya sido notificada a la contraria, corresponde revocar el rechazo de la cautelar y diferir su consideración por parte del juez de Primera Instancia, una vez que haya vencido el plazo para responder la pretensión y siempre y cuando el actor reitere su petición.*

*Cabe acotar que, en tal supuesto no corresponde un traslado a la contraria, toda vez que la demanda contiene el pedido de la cautela.*

*Cabe acotar que similar postura en lo procesal sostiene la Sala I en su actual composición al señalar: "estimo necesario -frente a las particularidades del caso analizado- compartir una consideración acerca del dictado de las medidas cautelares, sin oír previamente a la contraria (lo que en términos jurídicos se conoce bajo la formulación latina "inaudita pars").*

*En este caso -al igual que lo observado en otros tantos que han venido en revisión- la medida solicitada es de tipo "innovativo", lo cual supone el otorgamiento de una "tutela anticipada". Y, esta naturaleza, necesariamente, en ciertos aspectos -tal la sustanciación- impone un análisis diferente del acordado a las cautelas "tradicionales".*

*Como es sabido, en tiempos clásicos, la medida cautelar era conceptuada como una tutela accesoria e instrumental. Las resoluciones cautelares, fundadas en términos de probabilidad, tendían a amparar -asegurar o salvaguardar- un resultado útil de eventual contenido en una sentencia de mérito futura.*



*En esta línea se sostenía, que debían de consistir en una forma especial de tutela jurisdiccional en la cual, el resguardo anticipado del derecho debía limitarse a una forma de protección menor o diferente de la que se obtendría en la sentencia de mérito, a dictarse sobre una base cierta, al finalizar el pleito.*

*Tal concepción clásica entonces, se desarrollaba en un estricto marco de "aseguramiento del resultado útil del proceso", siendo ese el eje conceptual de la cautelaridad: Su dictado sólo requería la acreditación del peligro en la demora y la verosimilitud del derecho (humo de buen derecho), con el agregado de la contracautela, como condición de ejecución.*

*Debe notarse que, en la visión clásica, hay una nota esencial, cual es, que el dictado de la cautelar nada atribuye al requirente (aun cuando las medidas cautelares pudieran "quitar", no otorgaban una atribución correspectiva al requirente de las medidas).*

*II.1 En ese esquema, la no sustanciación previa, el no oír a la contraria, se encuentra justificado: si la medida tiene por objeto asegurar el resultado de la sentencia, ante el "peligro" denunciado de la desaparición del objeto sobre el que versa el juicio, o la posibilidad de su frustración -con la consiguiente consecuencia de que la propia medida fuera tardía- alertar de su dictado a la contraria, impone el riesgo de su fracaso.*

*Ahora, no puede dejar de advertirse que, en esa concepción clásica, las tutelas de corte anticipatorio, tenían excepcional acogida, justamente, por exceder el perfil netamente "asegurativo".*

*II.3. Aun cuando las que hemos denominado "tutelas cautelares clásicas" subsisten, desde la preocupación*



*por la búsqueda de una tutela judicial efectiva, oportuna, realista y económica, se ha propiciado -en criterio que ciertamente se comparte- la necesidad de dejar de lado la aplicación dogmática de los principios tradicionales.*

*Se abandona la posición restrictiva en la concesión de medidas anticipatorias y se perfilan nuevas respuestas, en las que el elemento en común es que existe cierta anticipación -aunque no sea más que parcial- de los efectos de la resolución exhaustiva con efecto de cosa juzgada. Lo que hay -y ésta es la diferencia específica y fundamental con la tutela cautelar clásica- ya no es resguardo de lo eventualmente útil, sino directamente, concesión atributiva, total o parcial, satisfaciendo, en el plano del derecho material, la tutela.*

*Como recién se señaló, se comparte la procedencia de esta tutela pero, a fin de mantener el equilibrio y igualdad procesal, se entiende que esta mayor y más efectiva protección que se acuerda a una de las partes, a la par, supone la bilateralidad del debate con antelación a su concesión, salvados excepcionales supuestos de exclusión.*

*Es que, si efectuamos un paralelo entre ambas cautelas, tenemos que en la tutela "clásica", la bilateralidad (esencial a la garantía del debido proceso y defensa en juicio) se encuentra diferida a un estadio posterior a su concesión (tal la posibilidad de apelación por oposición, sustitución, etc.).*

*Pero tal diferimiento o postergación del debate, sólo constituye una "modalidad" que no es esencial ni definitiva y que, involucrando, como ya dijéramos, la afectación de garantías constitucionales, sólo se justifica, en tanto se presente como ineludible para evitar la frustración de su cumplimiento.*



*Pero cuando este último extremo no está presente, no sólo que nada obsta a que se ordenen con audiencia de la contraria, sino que además, la efectiva vigencia del debido proceso y de la garantía de defensa en juicio, imponen esta solución, máxime en supuestos como el de autos, en los cuales, como resultado de su dictado se efectúa anticipadamente una concesión atributiva del derecho sustancial discutido en el proceso.*

*Las consideraciones expuestas, explican por sí y suficientemente cómo, aún en el ámbito de actuación general de las medidas cautelares, para hacer efectivo el mandato constitucional del debido proceso, defensa en juicio e igualdad (en su aplicación específica en el proceso), siempre y cuando no peligre el cumplimiento de la propia medida ordenada, la bilateralidad debe primar antes de la decisión judicial: Aún cuando la audiencia se acote en el plazo de traslado, por la urgencia en la adopción de la medida, si su frustración no está en juego, debe oírse a la contraria antes de su dictado. (Es esta la posición asumida por el TSJ en diversas causas, entre otras, "Sastre").*

*Finalmente entiendo pertinente adherir a la recomendación formulada por los colegas de Sala toda vez que la misma hace al buen orden del proceso y evitan dilaciones innecesarias a las partes y al propio juzgado. En tal sentido sostuvieron y comparto:*

*No obstante reiterar que estas consideraciones exceden la concreta decisión de la causa, considero pertinente efectuarlas en tanto, es necesario insistir en que, siempre que sea posible, es regla de corrección de la decisión que, antes de resolver, se oiga a todas las partes involucradas.*



*Asimismo el Tribunal Superior de Justicia ha señalado en la resolución interlocutoria N° 210 del 19 de mayo del 2.014 en autos 4761/14:*

*Puede señalarse que la tutela cautelar solicitada participa de las llamadas "medidas innovativas", que responden a la obligación genérica de evitar un daño y al deber de los jueces de brindar la mejor respuesta jurisdiccional para el caso concreto.*

*En tal sentido, cuando se manda innovar se está diciendo que hay que cambiar una situación de hecho o de derecho que entraña peligro de daño; constituye un anticipo de jurisdicción que no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia de la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado (cfr. CSJN "Camacho Acosta", del 7/8/97)."*

Hecha la pertinente aclaración se advierte que, si bien es cierto que la actora plantea la nulidad de las decisiones administrativas de la demandada que excluyeron a los actores en las renovaciones contractuales, lo cierto es que el objeto de la medida cautelar coincide con los efectos que se persiguen con la declaración de nulidad, puesto que en la demanda se solicita concretamente la nulidad de las bajas laborales, por lo cual, resulta claro que existe coincidencia entre ambas pretensiones.

Por cierto, que ello no impide el dictado de la cautelar en función de los distintos efectos que tiene el dictado de una cautelar y la sentencia que debe pronunciarse como destaca el apelante.



Nótese aquí que si la respuesta judicial es debida, debe ser dada y no puede ser tachada de prematura (lo que es el basamento del prejuzgamiento). Y provocada la obligación de la respuesta judicial, ante la concreta petición de tratamiento impostergable, sus términos no pueden ser utilizados para fundar esta causal (de prejuzgamiento) (conf. Fallo antes citado de la Sala I).

Es que, como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, no es posible que –so pretexto de incurrir en prejuzgamiento– un juez pueda denegar una medida cautelar. Así, sostuvo:

*"...9. Que, ante tales afirmaciones, la alzada no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzgamiento, pues en ciertas ocasiones –como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa– existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, estudio que era particularmente necesario en el sub lite en razón de que el recurrente pretendía reparar –mediante esa vía– un agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada por el artículo 5, inciso 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*

*"10. Que ello resulta así pues 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 se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.*





"12. Que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie –según el grado de verosimilitud– los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado" (cfr. CSJN, "Camacho Acosta c. Grafi Graf SRL y otros").

Y es pertinente aquí traer a colación la observación que se efectúa en la Exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, en tanto reconoce la posibilidad de que *"...la decisión sobre las medidas cautelares, antes de la demanda o ya en el seno del proceso, genere algunos prejuicios o impresiones en favor o en contra de la posición de una parte, que puedan influir en la sentencia..."* pero al mismo tiempo considera: *"...todos los Jueces y Magistrados están en condiciones de superar impresiones provisionales para ir atendiendo imparcialmente a las sucesivas pretensiones de las partes y para atenerse, en definitiva, a los hechos probados y al Derecho que haya de aplicarse..."* (citado por Meroi, Andrea, "Imparcialidad del Juez y Medidas Cautelares").

Ahora bien, así como hemos indicado el trámite que debe dársele a la petición innovativa y que el juez debe pronunciarse sobre ella, también hemos remarcado los requisitos que necesariamente deben estar presentes para que la petición tenga andamio.

Así, ha dicho el Tribunal Superior de Justicia en la resolución interlocutoria N° 210 del 19 de mayo del 2.014 en autos 4761/14:



*"Ahora bien, acerca del criterio de admisión que este Tribunal tiene sentando no es necesario abundar en tanto todo ello ha sido detallado en forma acabada (a través de las transcripciones de los precedentes dictados por el Tribunal), por el Sr. Fiscal ante el Cuerpo en el dictamen emitido en las presentes actuaciones.*

*Sólo cabe recordar que este tipo de tutela es excepcional y que además de los requisitos clásicos, se impone la verificación de un riesgo de daño concreto, irreversible o muy grave y la urgencia del caso.*

*Se requiere certeza suficiente, comprensiva de una fuerte probabilidad de la existencia del derecho y del riesgo de daño irreparable si no se despacha favorablemente la medida peticionada.*

*Finalmente, pesa sobre el solicitante la carga de demostrar sumariamente la existencia de los recaudos que la hacen procedente, lo que se relaciona con el grado de conocimiento con el que debe contarse cuando se está frente a una "innovativa" de la naturaleza de la aquí peticionada, donde se persigue que, en forma anticipada, se otorgue aquello que sólo se alcanzaría al culminar todo el proceso.*

*Por ende para la procedencia de la medida cautelar innovativa, que coincide en todo o en parte con la pretensión, se requiere que el accionante demuestre acabadamente la verosimilitud del derecho y la existencia de un riesgo cierto e irreparable.*

*Analizada la cuestión planteada en base a las pautas sentadas en los párrafos que anteceden, considero que la medida cautelar no puede prosperar en los términos en que fuera peticionada."*

*En el mismo sentido, y en el precedente antes mencionado, se sostuvo:*



*"Ahora bien, la transcripción que efectuara de "Camacho Acosta", permite reafirmar que, si bien la anticipación de la tutela es posible, se encuentra reservada a supuestos excepcionales y graves, en los cuales la protección se presente como impostergable.*

*Por ello es que, tal como lo 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)..." (cfr. R.I. 487/11, en autos "ERRECART DELIA MABEL", entre muchas otras)."*

Ello por cuanto, y como lo sostienen sus defensores dicha sentencia previa, considerada como una medida cautelar requiere la presencia de los recaudos comunes a toda medida cautelar, esto es, verosimilitud del derecho, peligro en la demora y la prestación de una cautela.

A ello, se agrega la irreparabilidad del daño infligido por la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar.

Y con relación al peligro en la demora, se ha sostenido que no consiste en el simple perjuicio que irroga el *tempus* del proceso, sino que requiere un elemento objetivo



concreto que se vería desvirtuado si no se adopta la medida en un momento determinado, y en tal momento, se podría provocar efectivamente un daño irreparable.

Asimismo, su concesión debe ser excepcional, pues se trata de un anticipo de sentencia favorable, por lo que se requiere mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (v. Ponce, Carlos, "*Precisiones sobre la medida cautelar innovativa*", publicado en Revista de Derecho Procesal, Sistemas cautelares y procesos urgentes, 2.009 -2, de Rubinzal Culzoni, páginas 157 y siguientes); o lo que es lo mismo, se requiere un plus en relación al derecho invocado mayor que con respecto a las verdaderas medidas.

En el caso de autos, y analizado el mismo de conformidad con las pautas a que se aludiera en los párrafos que anteceden, no advierto que se encuentren reunidos los recaudos imprescindibles para la concesión de la medida innovativa.

En efecto, en primer lugar se encuentra demostrado y reconocido que los actores estaban contratados, y que ese contrato venció el 31 de diciembre del año pasado, por lo cual, en principio, han cesado en su actividad laboral y, por ende, en las consecuencias que de ello se desprenden como el desempeño de delegados sindicales.

Cierto es que se ha esgrimido un despido discriminatorio, pero no advierto elemento suficiente alguno que permita suponer dicha conducta, toda vez que ellos mismos reconocen la existencia de la modalidad contractual de la relación y que, inclusive, se mantendría de hacerse lugar a la acción de fondo.

El hecho que se hubieran renovado los contratos a otros trabajadores y se designara a otros, no permite



suponer con el grado de certeza que requiere la cautelar peticionada que estemos en presencia de una persecución sindical, máxime, que tampoco queda claro que puedan seguir siendo delegados si venció el contrato de trabajo.

Por otro lado, se advierte que los nombramientos no fueron realizados por la demandada, bien que el EPAS hizo la selección del personal, pero lo cierto es que la decisión final no fue tomada por dicho ente, por lo cual, aparece como dudosa la legitimación pasiva, cuestión que deberá ser analizada al momento del dictado de la sentencia definitiva.

Finalmente, tampoco se acredita la urgencia objetiva que requiere el anticipo de jurisdicción, dado el trámite impreso al presente conforme resulta de la constancia que en copia obra a fs. 40.

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

**La Dra. Patricia CLERICI dijo:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **SALA II**.

**RESUELVE:**

I.- Confirmar la resolución de fs. 61, en lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada a los actores (art. 68, CPCyC).

III.- Diferir la regulación de los profesionales intervinientes en esta instancia, para su oportunidad (art. 15, ley 1594).



IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente,  
y, oportunamente vuelvan al Juzgado de origen.

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