



1er Judicial

Nro. 6

Rosario, 20 de julio de 2016

**VISTOS:** estos autos caratulados "COTO CICSA c/ MUNICIPALIDAD DE ROSARIO Y OTROS s/ AMPAROS (LEGAJO DE COPIAS)" Expte de Feria Nro. 1/16, venidos del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 2a Nominación de esta ciudad, en apelación del auto n° 1272/16 de fecha 16 de junio de 2016 (fs. 72/73) y

**CONSIDERANDO:**

**1. La resolución impugnada.** En autos la parte actora ha recurrido la resolución Nro 1272/16 de fecha 16 de junio de 2016, por la cual la Jueza Aquo rechazó la cautelar peticionada por la accionante

1.1. En dicho auto la jueza resolvió:

a) Que la medida cautelar peticionada importa un remedio excepcional que debía abordarse con prudencia y cautelar.

b) Que la cautelar sometida a juzgamiento es merecedora de un debate mayor y de un análisis de la situación jurídica y fáctica que no se compadece con la celeridad que requiere una medida cautelar.

Las costas se impusieron a la actora..

1.2. Contra dicho pronunciamiento la accionante interpuso recurso de apelación fundado (fs. 97/103).

Habiéndose solicitado la habilitación de feria respectiva y concedida ésta (fs. 165), se dispuso la notificación a las apeladas de dicha habilitación como también de lo prescripto en el art. 10 de la ley 10456, respecto de la facultad de presentar memorial optativo ante esta Alzada. Habiéndose opuesto la Asociación Empleados de Comercio a la habilitación de la feria (fs. 171/75), se sustanció dicha incidencia con la actora (fs. 187(187) y por auto Nro. 5 de fecha 18 de julio de 2016 se rechazó tanto el planteo de nulidad de procedimiento como de revocatoria del decreto de fecha 11 de julio de 2016 que dispuso la apertura de la feria judicial (fs. 199/201).

Atento los términos del art. 10 de la ley 10.546, estando cumplido el plazo allí previsto, corresponde el dictado de la presente.

**2. La expresión de agravios de la actora.** Coto CICS.A fundó su recurso de apelación, centrandose en los postulados que se describen a continuación sus quejas respecto de la no admisión de la pretensión cautelar. Así dijo que:

2.1. La verosimilitud en el derecho surge de la propia actividad desplegada por la Provincia al sancionar una ley sobre trabajo en domingo y feriados y el cierre de

supermercados en violación al art. 31 de la CN. Incorre así en ilegalidad y arbitrariedad sin necesidad de aportar prueba alguna bastante un simple análisis de las normas aplicables (fs.93 vta.)

2.2. La cuestión traída a consideración es estrictamente de puro derecho y la arbitrariedad e ilegalidad exigidas por el amparo se cumplen holgadamente no bien se advierte el despliegue de una amenaza concreta por parte de la Provincia de Santa Fe y la Municipalidad de Rosario contra la accionante, sobre la base de una normativa que desconoce la legislación nacional (fs. 99 primer párrafo).

2.3. El daño irreparable proviene de la ilegitimidad palmaria de la normativa objeto de esta causa , y entrando en vigencia el 1 de julio de 2016 la ordenanza local, la actora deberá soportar una grave e ilegítima violación a sus derechos de defensa, propiedad y ejercicio libre del comercio, amparados por los arts. 18, 17 y 14 CN (fs. 100 vta.)

2.4. La configuración del perjuicio irreparable es absolutamente indudable. El impacto contraproducente de la aplicación de la normativa abarca tanto a los trabajadores asignados directamente a la tarea en los establecimientos en sí como aquellos que realizan actividades colaterales. La necesidad de cubrir la rotación de francos implica la necesidad de mantener unos planteles con mayor personal, cuyo número se vería necesariamente disminuido al convertirse domingos y feriados en días no laborables (fs. 101 vta.).

**3. Memoriales de las apeladas.** La Municipalidad de Rosario, por apoderado, presentó el memorial optativo -al cual por razones de brevedad nos remitimos- a fs. 166/169, solicitando la confirmación del resolutorio apelado, el rechazo del recurso y la condena en costas. La Provincia de Santa Fe acompañó igualmente su memorial facultativo, a fs. 190/197 y la Asociación de Empleados de Comercio de Rosario hizo lo propio a fs. 203/229, sosteniendo ambas igual criterio que la restante apelada.

#### **4. La solución del caso.**

##### **4.1. "La cautelar innovativa" y sus especiales recaudos**

La Corte nacional ha sostenido en este tipo de medidas que, como configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa y, a su vez, altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, es de carácter excepcional. (C.S.J.N., 24/8/93, "*Bulacio Malmierca, Juan C. y otros c. Banco de la Nación Argentina*", D.T., 1994-A-777).

También dijo nuestro tribunal cimero en el *leading case* "*Camacho Acosta*", reiterando preliminarmente lo recién expresado: "*Que esta Corte ha considerado a la*



## Poder Judicial

medida cautelar innovativa como una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión",

"...Que en 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 de 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" ("Camacho Acosta M. c/ Grafi Graf SRL y otros", ED 176-64, considerandos 6 y 12, respectivamente).

### **4.2. Los recaudos en el caso de autos.**

Establecido lo que antecede, corresponde verificar si en la causa se cumplen los requisitos para que el despacho de la cautelar proceda, o si, en su caso, corresponde el rechazo del recurso y la confirmación de lo resuelto por la A-quo..

Los veremos a continuación, aclarando preliminarmente que existe una gran cantidad de objeciones realizadas por las demandadas, algunas relevantes y otras que no lo son, y que, conforme lo ha expresado inveteradamente la Corte nacional, "los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso" (CS, Fallos..., 258:304; 262:222; 265:301; 272-225, etc.).

#### **4.2.1. Verosimilitud del derecho invocado.**

Este es el primer recaudo a analizar, aún con el alcance preliminar o de "superficialidad del conocimiento judicial" que configura una característica propia de los procesos cautelares (cfr. Lino Palacio, "Derecho Procesal Civil", t. VIII, p. 47), y debe persuadir suficientemente de la razón que le asistiría a quien peticona el auxilio jurisdiccional.

En tal sentido, la jurisprudencia local ha establecido: "Tratándose la cautela innovativa de una medida de carácter excepcional, el cumplimiento de todos los presupuestos que hacen a su procedencia no ha de ser dudoso, y la apariencia del derecho del peticionante debe surgir con claridad meridiana (se trata de la apariencia, no de su efectiva acreditación)." (CCCRos, Sala 4º -integrada-, in re "Hokama, Rafael y/o c/ Banco Crédito Argentino S.A., Zeus, T. 56-R-25, n° 13016).

La cuestión que depara la presente causa resulta de interpretación compleja en

tanto se hallan involucrados diversos textos legales: Así se hace alusión a la Constitución Nacional: arts. 14, 14 bis, 75 inciso 12; a la Ley de Contrato de Trabajo, art. 204 y siguientes; a la Constitución de la Provincia de Santa Fe: artículo 20 que establece que : ***“La Provincia, en la esfera de sus poderes protege el trabajo en todas sus formas y aplicaciones y en particular asegura el goce de los derechos que la Constitución y las leyes nacionales reconocen al trabajador. Reglamenta las condiciones en que el trabajo se realiza, incluso la jornada legal del trabajo...”***; a las Leyes provinciales Nros. 10.787 y 13.441; y a la Ordenanza Municipal 9516/16, entre otras.

Por lo demás en el presente, se trata, a su vez, de una cautelar dirigida a cuestionar una norma provincial y otra municipal, lo que conlleva que su eventual admisión debe ser apreciada con criterio restrictivo, exigiendo por lo tanto suma rigurosidad respecto de este recaudo pues se enfrenta con el principio de presunción de validez de los actos de los poderes públicos (CSJN, 6/12/2005, *“Radio Emisora Cultural S.A. s. Concurso Preventivo”* LL on line). El magistrado debe analizar que verosímilmente el recurrente tenga derecho y que verosímilmente el acto administrativo sea ilegítimo. Hablar de verosimilitud equivale a hablar de ilegitimidad del acto y ello, atendiendo a las particularidades que tiene el pedido solicitado, excede el marco de apreciación que se puede tener en el ámbito cautelar.

De allí que frente a dicha circunstancia debe mediar un análisis concreto, preciso y detallado sobre los elementos y pruebas que, al menos prima facie, le privarían a dichos actos públicos de su validez en derecho como para viabilizar la cautelar solicitada, pero ello solamente se podrá lograr cuando la causa principal quede para su juzgamiento definitivo, atento a no corresponder un anticipo de su análisis en este estado del proceso, pues ello conllevaría la hipótesis de caer en prejuzgamiento. (Cf. CSJN, 26/10/2005, *“Empresa Constructora Juan M. De Vido c. Administración Federal de Ingresos Públicos”*, LL 2006-A-625).

Es que la ilegitimidad invocada excedería, en principio, el marco de lo cautelar.

4.2.2. Por lo demás, tampoco se acredita que exista un peligro inminente o irreparable en la demora que sufra la propia recurrente, más allá de los dichos de la misma. ***“Para que se configure este requisito deben ponderarse los intereses en juego. Los perjuicios que puede sufrir el recurrente son comparados y ponderados con el perjuicio que para el interés público puede acarrear el otorgamiento de la medida”***. (Yedro, Jorgelina, *“Medidas Cautelares contra el Estado”*; en *Medidas Cautelares*, Tomo I Doctrina, Peyrano, Jorge W., Director, p. 408, Rubinzal Culzoni)



## Poder Judicial

4.2.3. La cita contenida a fojas 101 vta, respecto del eventual perjuicio que sufrirían trabajadores es meramente conjetural, no hace alusión a un perjuicio propio. Se ha explicado -tanto por la doctrina como por la jurisprudencia- que se debe, en estos casos, exigir la cabal demostración de que existe peligro por la demora en el proceso o, en su caso, que los perjuicios que ocasiona la ejecución de la medida son graves o de reparación difícil o imposible si llegare a prosperar el recurso. Los perjuicios, en consecuencia, deben ser reales y efectivos.

La Corte Santafesina ha determinado que *"resulta aplicable al caso la jurisprudencia del Tribunal en cuanto a que la posibilidad de que se produzca un daño, debe ser concreta y actual"* (Ay S, Tomo 97, pags. 195/6).

En la incidencia cautelar bajo resolución la recurrente no se hace suficiente cargo de la demostración de este extremo, más allá de su exposición que requiere de elementos concretos, los que eventualmente pueden surgir cuando se produzca prueba en la causa principal..

Por lo demás, se advierte que, de acogerse la cautelar en los términos que postula la recurrente, se producirían los mismos efectos que si se hubiera hecho lugar a la demanda en la sentencia de fondo, circunstancia que, en hipótesis como la presente, no corresponde admitir.

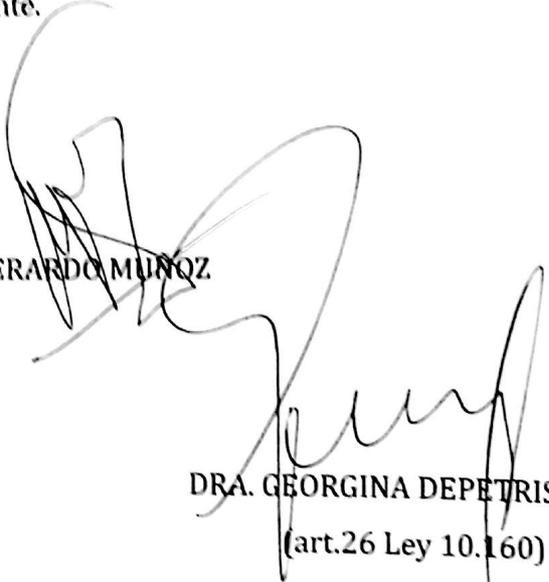
Así la Corte Nacional ha sostenido que *"...Tal situación determina que el pedido deba ser rechazado, ya que, de conformidad con lo resuelto por el Tribunal en otras oportunidades, corresponde descalificar como medida cautelar la que produce los mismos efectos que si se hubiese hecho lugar a la demanda, pues la finalidad de dichas decisiones es asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia favorable, mas no lograr anticipadamente el fin perseguido"*. (Asociación de Maestros y Profesores (AMP) de La Rioja c. La Rioja Provincia de y otro, 24/06/2004). En igual sentido, en autos: *"Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional -Gendarmería Nacional en la causa Lima, Miguel Alejandro c. Ministerio de Defensa -Estado Nacional s/ ordinario"*, la Corte descalifica el pronunciamiento de la Cámara que concedió una cautelar que coincide sustancialmente con la pretensión principal, soslayando que esta última, solo puede satisfacerse con el previo cumplimiento del debido proceso legal, que es uno de los pilares de nuestro ordenamiento jurídico y del estado de derecho.

4.2.3. En igual sentido al aquí expresado se ha pronunciado la Cámara Contencioso Administrativo de esta ciudad, en la resolución 286 de fecha 22 de junio de 2016, en autos *"Libertad S.A. c. Municipalidad de Rosario s. Medida cautelar"*, expte. Nro 85/2016), no haciendo lugar a la pretensión cautelar allí solicitada, de similar

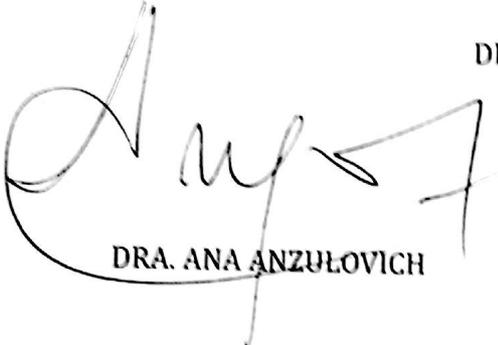
tenor a la presente.

Por todo lo expuesto, la Cámara de Apelación en FERIA, con la abstención de la Dra. Georgina Depetris, quien, habiendo estudiado los autos y advirtiendo la existencia de dos votos absolutamente concordantes, se abstiene de emitir opinión en función de lo normado por el art. 26 L.O.P.];

**RESUELVE:** No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto contra el Auto N° 1272/16, con costas a la recurrente.



DR. GERARDO MUÑOZ



DRA. ANA ANZULOVICH

DRA. GEORGINA DEPETRIS  
(art.26 Ley 10.160)



DRA. MARIA PAULA RAVENA  
(Secretaria)