RAWSON, 27 de Diciembre de 2007.-

VISTOS:

Estos autos caratulados: “A. , V. N. y otra c/ Provincia del Chubut “Ministerio de Educación” s/ Demanda Contencioso Administrativa y de Inconstitucionalidad” (Expte. Nº 21.178 -A- 2007).

DE LOS QUE RESULTA:

Que las Sras. V. N. A. y C. L. , docentes dependientes del Ministerio de Educación de la Provincia del Chubut, promueven contra ésta acción contencioso administrativa con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad y nulidad de la Resolución ME N° 541 del Expediente N° 5889 –ME/07, y de todo otro acto de rango inferior que en consecuencia del mismo se dicte.- La citada Resolución rectifica una anterior – N° 494/07- referida a convocatoria para Concurso Docente de títulos y antecedentes.

Peticionan también se decrete medida cautelar urgente ordenando la inalterabilidad del estado del primer listado de cargos a concurso publicados en fecha 18/10/07 por la Resolución ME N° 494/07, y la suspensión de la ejecución de la N° 541/07, al menos, acotan, en relación a los cargos que cuestionan.

Relatan que con fecha 18 de octubre de 2007 en el Expediente del Ministerio de Educación N° 5889 –ME-07 se emitió la Resolución N° 494/07, por cuyo artículo 1° se aprueba la convocatoria y formulario de inscripción del llamado a Concurso Docente de Títulos y Antecedentes para cubrir por ingreso en el Primer Grado del Escalafón para los cargos de Maestros en los niveles y modalidades: Inicial EGB 1 y 2, Educación Especial, Educación de Adultos, Materias Especiales (Educación Física, Música, Plástica, Inglés) y Bibliotecarios Escolares, conforme el Anexo I de la misma.- Entre tales cargos, se encontraban publicados los correspondientes a la Escuela N° 520, de REEDUCADOR VOCAL y PSICOLOGO, para concursar los cuales se inscribieron, en fecha 24/10/07 y 26/10/07 respectivamente, habiendo con ello generado –sostienen- un sinnúmero de derechos.

Con posterioridad –siguen- con fecha 2/11/07, se emite la Resolución ME N° 541/07, por la cual se rectifican los listados que fueran publicados en la primera Resolución, y suprimen los cargos referidos de la Escuela N° 520, impidiéndoles entonces toda posibilidad de competir para acceder a los mismos. Acusan al acto administrativo de carecer de fundamentos, causa, motivo o razón que permita y avale la vulneración de derechos ya adquiridos de concursar en los cargos de Reeducador Social y Psicólogo. Afirman que pese a que la Resolución N° 541/07 pretende amparar la rectificación en lo normado en el art. 92 de la Ley N° 920, en realidad ha habido un ejercicio abusivo de éste, con manifiesta arbitrariedad, ilegalidad y fuera de todo marco normativo.

Recuerdan los términos del art. 93 de la Ley N° 920, e insisten en que con la Resolución N° 494/07 se generó a su favor el derecho a participar en el concurso por la titularización de los cargos referidos –que dicen están vacantes- que ha sido incorporado al patrimonio en el sentido amplio de la terminología -de propiedad constitucionalmente amparada.- La Resolución atacada al suprimirlos, es –iteran- arbitraria, de ilegalidad manifiesta y contraria a la Carta Magna, de la Provincia y de la Nación, generando esta actitud un daño irreparable.-

Cuestionan el acto administrativo atacado por flagrante violación a derechos constitucionales como la igualdad, el derecho de propiedad, la seguridad jurídica, entre otros no enumerados. Puntualizan que la modificación de una situación jurídica creada por la Administración Pública, aún cuando se trate del ejercicio de su poder discrecional, requiere estar presidida por un marco elemental de razonabilidad y fundamento que no se ve abastecido en la Resolución N° 541/07. Añaden que el acto carece de motivación que justifique la caprichosa y arbitraria decisión de suprimir los cargos sin fundamentos.

--- Requieren el otorgamiento de la medida cautelar de prohibición de innovar, ordenándose la inalterabilidad de los cargos ofrecidos por Resolución ME N° 494/07, de Reeducador Vocal y Psicólogo de la Escuela N° 520, pudiendo concursarse respecto de éstos. Y peticionan que la medida a decretarse incluya todo acto/hecho que pudiere llegar a producirse con posterioridad al

día 18 de octubre de 2007, y hasta tanto sea resuelto el fondo de la cuestión por el Tribunal, al menos en relación con los cargos requeridos.

Reseñan luego los presupuestos de admisibilidad de la medida cautelar peticionada. En orden a la verosimilitud del derecho, entienden que se encuentra acreditada con la copia de las Resoluciones emitidas por el Ministerio de Educación y Cultura de la Provincia del Chubut. El peligro en la demora lo entienden configurado por comprometerse seriamente la posibilidad concreta de acceder por concurso al cargo pretendido –publicado en la Resolución N° 494/07- y suprimidos en la Resolución N° 541/07, perjudicándolas –reiteran- en lo patrimonial por la imposibilidad de acceder a ellos como titulares sin otro requisito que la idoneidad en un marco de igualdad. Mas adelante en su libelo, señalan que de no darse la medida cautelar que se solicita es probable que se nombren docentes en los cargos consignados sin la debida participación en un concurso, en donde la idoneidad e igualdad determinaba el acceso a los mismos. Como contracautela ofrecen prestar caución juratoria.

--- CONSIDERANDO:

Que avocada la Sala a resolver la cautela requerida, preliminarmente ha de señalarse que las peticionantes no identifican en forma clara y concreta la protección que reclaman para los derechos que alegan vulnerados. Así, según surge de la demanda, en el acápite I. OBJETO solicitan se ordene “la inalterabilidad del estado del primer listado de cargos a concurso... y la suspensión de la ejecución de la cuestionada Resolución ME N° 541/07”. A posteriori en el punto 6, refieren a la “prohibición de innovar”, y más adelante en su libelo manifiestan “V.E. debe ordenar de forma urgente la medida cautelar Innovativa de la situación jurídica y de hecho...”.------

Que es preciso señalar, siguiendo a PEYRANO que es principio recibido en materia de prohibición de innovar que dicha diligencia carece de efectos retroactivos capaces de restaurar situaciones ya modificadas, pero no han faltado casos que claman el despacho de medidas cautelares que posean efectos retroactivos respecto de situaciones ya alteradas. Precisamente en respuesta a ese clamor es que aparece en el firmamento cautelar la llamada diligencia innovativa. Por ello, el autor advierte a los justiciables y sus letrados que tengan muy en cuenta la “irretroactividad” inherente a la prohibición de innovar” y la “retroactividad” propia de la diligencia innovativa, para así postular el despacho de la medida cautelar que resulte más adecuada para preservar sus derechos (Jorge W. PEYRANO, Medida Cautelar Innovativa, Ed. Depalma, pág. 72/73).--

Jorge L. KIELMANOVICH, sin perjuicio de disentir con PEYRANO en cuanto al encuadramiento jurídico de la cautelar innovativa –entendiéndola (junto con PALACIO) contemplada dentro del art. 230 del CPCC-, señala que la prohibición de innovar carece, en principio, de efectos retroactivos, en tanto sólo habrá de surtir efectos a partir de la notificación de la orden judicial de no innovar dictada por el juez,... desde que, como enseña DE LÁZZARI, el demandante “requiere la protección jurisdiccional para que a partir de entonces su contradictor se abstenga de producir modificaciones en el estado que los derechos o los bienes presentan hasta allí”. Sin embargo -afirma- cabe señalar que la medida de no innovar en la modalidad innovativa sí puede tener efectos retroactivos, desde que apunta a consagrar o reponer la situación de hecho previa o anterior a la vigente al momento de iniciarse el juicio o de promoverse la cautela, sea, como se dijo, para restablecer situaciones previas al momento en que se requirió la medida, sea para que se establezca uno nuevo, con prescindencia de su delimitación temporal. (Medidas Cautelares, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 374).

Que este Superior Tribunal ha estimado en casos similares, que aún cuando la medida fuera solicitada en carácter de prohibición de innovar, la situación de hecho y derecho expuesta indica que será de “innovar” sobre los mismos, en tanto oblitera los efectos de una situación jurídica creada por el acto que se requiere se suspenda (conf. S.I. 72/SCA/03).- Siguiendo a HUTCHINSON ha resuelto, que si la medida cautelar innovativa tiende a alterar el estado de hecho y de derecho existentes antes de su dictado, en el caso de un acto administrativo del que se alegue su nulidad, si aquélla es dictada, se retrotraería la situación al estado anterior a su emisión, y carecería de toda lógica -y no sólo jurídica- que un tribunal declarara “provisoriamente” que el acto no existe -efecto natural de esta cautela.- Lo que el juez debe hacer -aconseja- si entiende que el acto presumiblemente no es legítimo, no es excluir provisoriamente su existencia, sino suspender su eficacia, esto es suspender los efectos del acto.- Así se armonizan las potestades de la Administración con las del Juez... y lo que particularmente le interesa al

administrado mientras discute su legalidad, es que el acto no se aplique, que no produzca efectos en su perjuicio; no le interesa su existencia.- (conf. “La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional”, ED 124-677; S.I. N° 40/SCA/02).- Ergo, de esta naturaleza –innovativa- con efecto suspensivo del acto atacado, se considera la que se viene a solicitar.

Que es jurisprudencia de este Cuerpo, en concordancia con la Corte Suprema de Justicia Nacional, que las medida cautelares no pueden aplicarse automáticamente para suspender los actos de los poderes públicos en virtud de la presunción de legitimidad de la que gozan, sin perjuicio de lo cual su procedencia es aceptada excepcionalmente, previa acreditación y valoración de los requisitos que condicionan la misma (CSJN Fallos: 250:154, 251:336, 307:1702, LL 1993-B-264, 1993-E-629, STJCH S.I. N° 26/93, 11/94, 58/SCA/97, 51/SCA/00, 10 y 20/SCA/05, 7 y 48/SCA/06, entre otras).

Así, se ha establecido “a partir de la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos, es requisito fundamental para admitir la pertinencia de medidas cautelares contra tales declaraciones, la comprobación de su manifiesta ilegalidad o arbitrariedad, pues sólo concurriendo dicha circunstancia resulta susceptible de ser enervada la recordada presunción (CN Fed. Cont. Adm, Sala I, 5/5/92 en “Incidente de Apelación medida cautelar en autos M. , A. c/ A.N.A. s/medida cautelar...”).- La misma presunción -como regla general- impide disponer mediante una medida innovativa, la suspensión de la aplicación de leyes o decretos provinciales, si no se desvirtúa la misma.- Es por ello que se ha dicho que los actos administrativos no admiten descalificación por la sola manifestación de voluntad del administrado y se los considera válidos a partir de su nacimiento y hasta tanto se haya declarado judicialmente su ilegitimidad (conf. MAIRAL, “Control Judicial de la Administración Pública”, T° II, pág. 774 - conf. S.I. 38/SCA/01).----------

--- Que ello conlleva a que juzgador se encuentre constreñido a formular un riguroso análisis de los recaudos para su procedencia, más aún cuando por tratarse de una medida cautelar innovativa, la misma es de carácter excepcional, pues altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, configurando un anticipo de jurisdicción favorable respecto del dictado del fallo final de la causa (CSJN, 24-8-93; Bulacio Malmierca, Juan C....”; íd. 23/11/95 in re "Grinbank ...”; íd. 25/6/96 in re "Pérez...”; CNFed. Contenc. Adm., Sala III, 3-5-95 “Villareal...”, LL 1995-D-139 STCH SI N° 40/SCA/02, 7/SCA/06).

En cuanto a la procedencia de la suspensión de los efectos de un acto administrativo, se impone -a falta de Código Contencioso Administrativo en la Provincia- verificar los requisitos previstos en el art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial, en el que se inscriben las llamadas medidas cautelares genéricas.- Respecto de sus recaudos, como toda tutela preventiva requiere la concurrencia de los presupuestos básicos generales: la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la contracautela, a los que se agrega un cuarto requisito que le es propio: la posibilidad de que se consume un daño irreparable, los cuales, como se dijo, deben en el caso ser examinados con un criterio detallado y particularmente severo (S.I. N° 07/SCA/06).

--- La verosimilitud del derecho no sólo es apariencia de buen derecho. Por ello, lo que surge a la vista del juzgador como aparente, precisa que lo sea jurídicamente, de modo que pueda preverse, según un cálculo de probabilidades, que en la decisión de fondo se declarará el derecho en sentido favorable al solicitante de la medida cautelar (CN Cont. Adm. Fed. Sala I, 13/7/00, “Asociación Civil Cruzada Cívica...”).- Particularmente en el análisis del “fumus boni iuris” no se exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo en grado de una aceptable verosimilitud, como la probabilidad de que éste exista y no como una incuestionable realidad que sólo se logrará al agotarse el trámite, si bien aquélla debe resultar de los elementos incorporados al proceso que objetivamente y, prima facie, lo demuestren (Jorge L. KIELMANOVICH, ob. cit. pág. 379, Jorge W. PEYRANO, Medida Innovativa, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 353). Sin perjuicio de ello, a los fines de su verificación debe el juzgador extremar su celo, pues, conforme lo expone Héctor A. MAIRAL, adquiere relieve especial en la especie, atento a la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos. (Control Judicial de la Administración Pública, T. II, pág. 809). De este modo –sostiene Eduardo N. de LÁZZARI- se arriba a la configuración de la verosimilitud del derecho frente a los actos administrativos, cuando la fuerza de convicción de los datos aportados por quien pide la suspensión o cese de sus efectos, desvanecen su presunción de legitimidad. (Medidas Cautelares, Librería Editora Platense S.R.L., Tomo 2, pág. 242).

--- Que cuando este Tribunal ha otorgado este tipo de cautela, lo ha hecho teniendo especialmente en cuenta que si bien no tiene que proteger una prestación futura a cumplir, se da el supuesto de que la otra parte -frente a un “fumus bonis iurius” suficiente- puede hacer ineficaz la declarativid, por actos sobre la cosa o el derecho.

Que es preciso por ello, analizar los actos administrativos dictados y los fundamentos por los que se los ataca, con los límites ya establecidos: la sola verificación de la probabilidad de la existencia del derecho discutido, ya que de otro modo peligraría la obligación de no prejuzgar que pesa sobre los jueces.

Que analizadas las circunstancias de autos a la luz de los criterios expuestos, y la documental acompañada -ateniéndonos a las pretensiones de hecho y de derecho que las actoras formulan en la demanda- no surge en forma evidente para el Tribunal la manifiesta ilegitimidad del acto administrativo que cuestionan. Será entonces necesario para dilucidar la existencia de los vicios endilgados acudir al examen del derecho de fondo aplicado en el caso, algo que -como ya se dijo- se encuentra vedado en esta etapa del proceso, pues un juicio de verdad ahora resultaría prematuro.- Así es que “si el análisis de los vicios de ilegitimidad que se denuncian como sustento de la pretensión cautelar dirigida a lograr la suspensión de los efectos de un acto administrativo, remite básicamente a la interpretación de normas que se dicen violadas, ello obliga a desechar la tacha de ilegalidad manifiesta (CS Santa Fe, marzo, 27-1996, “Giordano Monti ... DJ 1997-2-123, LL Repertorio LVII-1798).

De este modo, está ausente el recaudo de verosimilitud del derecho, analizado conforme el criterio restrictivo enunciado.

En relación al “peligro en la demora”, el mismo radica en la probabilidad que la tutela jurídica definitiva que el accionante aguarda pueda frustrarse por el transcurso del tiempo, o la propia actividad de la contraria. A el ha de adosarse el de “daño irreparable” o “irreparabilidad del perjuicio” como elemento característico propio de esta medida precautoria. Ambos, “peligro en la demora” y “daño irreparable” deben ser sumariamente (prima facie) acreditados por el solicitante de la medida innovativa, o al menos surgir de las constancias de la misma causa en un juicio de verosimilitud (“summaria cognitio”) (Jorge W. PEYRANO, ob. cit., pág. 354/357).--

Que en ese orden, no se advierten razones por las cuales el mantenimiento de la situación existente podría tornar ineficaz la decisión a dictarse en la cuestión de fondo, aún cuando las actoras manifiesten que “se vería ilegalmente cercenada su posibilidad de acceder a los cargos en los cuales se han inscripto en legal forma... causándoles un irreparable perjuicio...” y que “es probable que se nombren docentes en los cargos descriptos, sin la debida participación en un concurso...”, en la medida que su afirmación no ha sido objeto ni siquiera de intento de demostración, y no puede entenderse, por la sola manifestación, cumplida la carga de acreditar los extremos referidos.

Que por los motivos señalados, la solicitud de la medida cautelar habrá de ser desestimada (art. 232 conc. art. 230 CPCC).

Que no habiendo prosperado la tutela solicitada, no corresponde imponer costas.- No obstante deben regularse los honorarios del letrado patrocinante de las actoras, según la manda del art. 47 del Dto. Ley N° 2.200, T. O. Dto. N° 138/99, teniendo en cuenta los parámetros del art. 6 de la norma arancelaria citada.

R E S U E L V E :

1°) NO HACER LUGAR a la medida cautelar solicitada en autos en el punto 6 de la demanda por las actoras V. N. A. y C. L. conforme a los considerandos que anteceden.- Sin costas.

2°) REGULAR los honorarios del Dr. B. E. M., en el 10% de lo que le resulte fijado en el proceso (arts. 33 y 47 Dto. Ley N° 2.200 – T.O. Dto. N° 138/99).

--- 3°) REGÍSTRESE y notifíquese.

La presente se firma con dos Miembros por aplicación del art. 28 de la Ley N° 37 reformado por Ley N° 4550.
Fdo. Dres. Daniel Luis Caneo y José Luis Pasutti.
Recibida y Registrada en Secretaría el 28/12/07 bajo el n° 93/SCA/07