RAWSON, 28 de Abril de 2009.-

------ **VISTOS:** ----------

------ Estos autos caratulados: "**P., Z.y Otros c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa**" (Expte. N° 21.511 - P - 2008).----------

------ **DE LOS QUE RESULTA:** ----------

------ Que por Sentencia Interlocutoria N° 56/SCA/08 obrante a fs. 179/186 esta Sala hizo lugar a la medida cautelar instada por las actoras Sras. I. Z. P., M. R. A., S. E. C., D. B., I. N. C., M. F. C., G. J. A. y M. E. M. ordenando la suspensión, mientras dure la tramitación de este juicio, de la Resolución N° 580/08-ME, esto es, la toma de posesión de los cargos docentes en ella adjudicados en las Escuelas N° 601- 602- 603- 604- 608- 609- 610- 611- 612- 613- 614- 615- 617- 618 y 624 donde oportunamente se inscribieran las accionantes.----------

------ Que a fs. 193 se agrega el Oficio N° 05/SCA/09 por el cual se comunicó la medida adoptada al Ministerio de Educación.----------

------ Que a fs. 198/202 y vta. la Provincia del Chubut se presenta interponiendo Recurso de Reconsideración contra la precautoria,

remedio que fue rechazado a fs. 203, sin embargo la Sala "encauzó" /// dicha pretensión como pedido de levantamiento de la medida cautelar.----------

------ En el escrito comentado, el representante procesal de la Provincia destacó que la medida causa un gravamen irreparable al impedir -según expuso- el normal inicio y desarrollo de clases en quince establecimientos con modalidad educación de Adultos, a más de considerar que no estarían reunidos los recaudos de procedencia para este tipo de medidas; citó doctrina y jurisprudencia.----------

------ Calificó la Sentencia Interlocutoria comentada como arbitraria, estimando que *"...prioriza los derechos individuales de las actoras, por los derechos de aquéllos docentes que ...se anotaron en el concurso"* a quienes consideró *"...legítimos adjudicatarios de los cargos en cuestión"...* (fs. 199 – 1er. párrafo). En relación a estos docentes, esgrimió que la medida "*los afecta grave y directamente*" pues *"...al verse hoy impedidos de acceder a los mismos, se les vulneran sus derechos de propiedad, trabajo, igualdad ante la ley, legalidad, seguridad jurídica...*- y afirmó- *...tendrán todo el derecho de accionar contra el estado por esta vulneración..."* cuestionando *"...quién se hará cargo de reparar dicho daño...?"* (fs. 199- 3° y 4° párrafo). Concluyó su interpretación expresando que no existe fundamento alguno para impedirle a "un tercero ajeno" a la relación jurídica entre las actoras y la demandada, que *"...comience a ejercer y gozar de sus legítimos derechos adquiridos..."*----------

------ Señaló que en la zona cordillerana el ciclo lectivo ya ha comenzado y que "numerosos docentes" han tomado posesión de sus cargos, de lo que deduce que la medida atacada "*no puede fácticamente cumplirse en dichos casos*", agregando que las actoras "*verían superpuestos los horarios de dictado de clases, al haberse inscripto en los concursos /// para más de una escuela"* (fs. 199 vta.) por lo que solicita se especifiquen los alcances de la medida.----------

------ Vuelve sobre los recaudos de admisibilidad de la precautoria para alegar que "*...el supuesto carácter de especialistas en educación de adultos... no genera per se...* -a las actoras- *...un derecho a los cargos reclamados, que las legitime a accionar para impedir el normal llamado a concurso para cubrirlos"* (fs. 200).- Expresó que la Ley N° 4314 estableció que para los establecimientos de Adultos será título docente el de Profesor Especializado en Educación Básica para Adultos expedido por las escuelas de Formación Docente del Ministerio, al igual que *"similares títulos expedidos por Nación u otras provincias"* y de ello infiere que esta norma no quita derecho a los maestros que venían trabajando sino "*incorpora a los que se han perfeccionado*" (fs. 200), esgrime también que "las actoras...de ninguna manera tienen derecho a ser ubicadas en forma preferencial en los Listados de los Concursos" (200 vta.).---------
---

------ Opinó el Sr. Fiscal de Estado que tampoco existía peligro en la demora, diciendo "*...las actoras bien podrían haber concursado los cargos y eventualmente acceder a ellos, en lugar de mantenerse afuera ...y pretender*

alterar de manera grave y sustancial el inicio de clases..." (fs. 200 vta.) acusando "notoria demora" de las accionantes en notificar la cautela.----------

------ Refirió que el dictado de la Resolución N° 580/08 no hizo más que adjudicar los cargos docentes vacantes del primer grado del escalafón, cubriéndose los mismos, y destacó "*...el largo y complejo trámite del concurso se encontraba ya finalizado al momento de /// dictarse la medida cautelar en los presentes autos..."* (fs. 201 - 2do. párrafo), entonces apreció como "irrazonable ordenar ...la suspensión de la Resolución 580...cuando el trámite se halla concluido, los cargos docentes cubiertos y el ciclo lectivo a horas de comenzar..." concluyendo que la medida ha sido concedida con un criterio "absolutamente amplio" indicando que se antepuso el interés de ocho docentes por encima del interés general y la presunción de legitimidad de la que goza el acto administrativo referido.----------

------ Que a fs. 205 y vta. la Provincia demandada acompaña un recorte periodístico (fs. 204) para graficar la "*...preocupación que existe entre las docentes de Esquel que, habiendo ganado los concursos en las Escuelas de Adultos N° 601, 602, 603, 604, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 617, 618 y 624 vieron suspendida la toma de posesión de los cargos..."* todo lo cual -explica- genera una alta conflictividad.--------

------ Afirma en esta oportunidad, que ningún perjuicio acarrearía a las actoras el levantamiento de la medida cautelar, ya que las mismas en casi su totalidad poseen otras vacantes asignadas en el sistema

educativo; con ello reitera la Provincia accionada el pedido de revocatoria urgente de la cautelar, planteando supletoriamente la sustitución de la medida, mencionando "*...dejándola sin efecto, con la condición de que, en caso de prosperar la acción incoada..., el Estado Provincial, se obligue a otorgarle los cargos requeridos a los actores...*", aclarando que no constituye reconocimiento alguno de derechos, pero permitiría la toma de posesión de los cargos mientras se disputa la causa, posibilitado el normal inicio del ciclo lectivo.----------

------ Que se ordena (fs. 206) traslado a las actoras, el cual es cumplimentado a fs. 208 y vta., contestando a fs. 209/211 y vta. la /// solicitud de levantamiento de la medida instado por la Provincia demandada, solicitando su rechazo.----------

------ Acusan que la contraria falta a la verdad cuando afirma que la precautoria causa un gravamen irreparable, al considerarse las únicas perjudicadas al haberse violado en la convocatoria a concurso -según consideran- las disposiciones legales mediante un Acuerdo Paritario ilegal que dejó sin efecto leyes que protegían al régimen de la especialidad. Es absolutamente falso -afirman- que se impidiera el normal inicio y desarrollo de clases, porque de hecho -advierten- se encuentran trabajando.----------

------ Defienden la cautelar ordenada, exponiendo que la verosimilitud del derecho "*...surge evidente en el análisis de las disposiciones legales ...ha*

existido sobrada rigurosidad en la acreditación de los recaudos que tornan procedente la medida" (fs. 209 vta. 1er. párrafo).----------

------ Controvierten el argumento de la Provincia cuando expone que los docentes de EGB se anotaron al concurso, amparados por la legislación y siendo legítimos adjudicatarios de los cargos en cuestión, refutando que *"...lograron anotarse, amparados en un acuerdo paritario ilegal celebrado entre el Ministerio de Educación y la ATECH que evidencia la intención de erradicar la especialidad adultos dejando sin efecto para este concurso lo indicado por la Legislatura..."*; citan arts. 12° inc. k) de la Ley N° 2793 y 32° bis (Dto. Ley N° 1820).----------

------ Comentan que, luego de interponer la presente acción, el Ministerio extendió los alcances del acuerdo paritario para cubrir interinatos y suplencias, con ello -arguyen- el listado elaborado para /// el concurso ha remplazado ahora al que se confeccionaba por especialidad o modalidad, en consecuencia dicen *"...definitivamente tienen que olvidarse de volver a conseguir trabajo, pues todo cargo de adulto será cubierto aún en estos supuestos por docentes de EGB..."* (fs. 209 vta. in fine).----------

------ Añaden que la cautelar ordenada no causó afección grave ni directa a ningún docente de EGB ya que legalmente no les corresponde ningún derecho sobre un cargo de educación de adultos salvo -indican- la posibilidad de cubrir interinatos y suplencias en defecto de docentes especializados.----------
----

------ Consideran "*insólito el análisis de responsabilidad realizado por la demandada, tratando de delegar las ilegalidades cometidas por el Ministerio en las actoras..."* (fs. 210-2do. párrafo); asimismo señalan que no se afectó la continuidad de las prestaciones educativas ni los derechos legales de terceras personas.----------

------ Niegan tener la superposición horaria en el dictado de clases por haberse inscripto en más de una escuela como atribuyó la demandada, recordando lo prescripto en el art. 35° v del Dto. Ley N° 1820; *por ello* -comentan- *en los formularios de inscripción detallaron el orden de mérito para acceder a titularizar, siempre en su especialidad adultos, comenzando por escuelas de Esquel y Trevelín (Región III) por ser éstas donde tienen sus hogares*.----------

------ Subrayan que la interpretación de la Ley N° 4314 efectuada por la Provincia demandada es falaz, porque dicha norma cuando incorpora el inc. g) del art. 32° del Dto. Ley N° 1820 reconoce títulos de adultos expedidos por Nación y otras provincias, siempre con competencia en la modalidad. Asimismo, se sorprenden de la referencia de la contraria /// que "*...las actoras debieron haber concursado..."* pues ello evidencia que desconoce -sostienen- los formularios de inscripción al concurso, los recursos administrativos deducidos y los amparos tramitados.----------
----

------ Aseveran que el interés general y el derecho a la educación se encuentran garantizados reiterando que a la fecha están dictando clases.----------

------ A más, niegan que la Resolución N° 580/08 concluyera con la adjudicación de cargos, y acusan al Ministerio de Educación de saber fehacientemente que *"...recién con el alta en el comienzo del ciclo lectivo 2009 se perfecciona la titularización... que es cuando el docente acepta el cargo concluyendo con el proceso"...*fincan en esta circunstancia la comunicación temporánea de la medida.----------

------ Finalmente afirman que la cautelar debe mantenerse; porque cuando la Provincia afirma que su levantamiento no las afecta por cuanto algunas tienen adjudicadas vacantes en Rawson, Río Pico ó Comodoro Rivadavia -se agravian- porque *"independientemente del orden de mérito de la inscripción al concurso...no puede desconocer que resulta imposible ...resignar cargos en las ciudades que por Ley les corresponde a manos de docentes sin especialización de EGB, para aceptar escuelas de las últimas del orden de mérito"...*(fs. 211 vta.).-----

------ Que a fs. 212 esta Sala solicitó a las partes la aclaración de algunas expresiones contenidas en los escritos relatados. Así, las actoras acompañaron certificados (fs. 215/221) donde consta en qué cargos y en qué carácter se encuentran desempeñando las funciones que referían. ///--- Por su parte, la Provincia demandada con la documentación anexada a fs. 223/229, dejó constancia de qué docentes tomaron posesión de cargos en la modalidad adultos y adjuntó un listado completo de escuelas de esa especialidad afectadas

por la medida cautelar dispuesta en estos obrados.----------

------ **CONSIDERANDO:**----------

------ I.- Que debe tenerse presente que las medidas cautelares atento su naturaleza y por no tener fin en sí mismas, son esencialmente de carácter provisional. El Código Procesal ha previsto que subsistirán mientras duren las circunstancias que determinaron su adopción; pero no procede dejarlas sin efecto cuando no han variado tales circunstancias (Conf. FALCÓN, T II, p. 251, comentario al art. 202; STJCH S.I. N° 66/SCA/06).----------

------ En este orden, esta Sala ha dicho en anteriores pronunciamientos, que las causas alegadas para lograr el levantamiento deben ser sobrevinientes, pues en tanto no se advierta alteración de la plataforma fáctica tenida en cuenta en ocasión de disponer la cautelar, no es lícito volver sobre la situación que fue ya materia de decisión, cualquiera sea el acierto o desacierto de esta última. En síntesis, la naturaleza provisional de las medidas cautelares hace sentir el influjo recién a partir de la modificación del cuadro de situación antes valorado; previo a este instante, impera por el contrario la firmeza ganada por el decreto (S.I. N° 266/92 y 56/SCA/02).----------

------ Que la Provincia expone en el escrito obrante a fs. 198/202 y vta, diversos fundamentos que, vale destacarlo, en ciertos párrafos su redacción -por su tono y énfasis- parece irrespetuosa; a más, incorpora generalidades e interpretaciones subjetivas de limitada eficacia para el /// caso concreto, oponiéndose al mantenimiento de la precautoria tal y como ha sido ordenada, argumentos que abordados específicamente, serán desestimados en derecho.----------

------ II.- Que siendo así y como fue detallado en los resultandos de ésta, la Provincia demandada estima que la medida es arbitraria considerando que priorizó los derechos individuales de las accionantes por el de los demás docentes inscriptos al Concurso, a quienes -según interpreta- se habría violentado el derecho de propiedad, trabajo e igualdad ante la ley, al tiempo que cuestiona quién responderá por la perturbación de los "derechos adquiridos" de éstos. Aprecia que los presupuestos de la cautelar dispuesta no se habrían reunido en el sub-exámine, justificando con transcripción de la Ley N° 4314 que no se configuró la verosimilitud del derecho, ni existiría -opina- peligro en la demora, refiere *"...las actoras bien podrían haber concursado los cargos"...*(fs. 200 vta.) . Además opina que la Sala ha analizado estos recaudos con un "criterio amplio" ponderando -reitera- el interés de las accionantes por ante el interés general.----------

------ Que cabe arrojar claridad sobre estas consideraciones.----------

------ Así, en primer lugar, es oportuno reiterar que de conformidad con los antecedentes analizados en ocasión de decretar la precautoria, cuyo levantamiento pretende la accionada, la misma consistía en una

Medida Cautelar de no innovar, aplicada a la suspensión del Concurso de Titularización cuya convocatoria fue aprobada por Resolución N° 494 del Ministerio de Educación respecto de los cargos de Educación de Adultos, y a la que resuelve su continuidad N° 389 publicada en el Boletín Oficial el 15/09/08. Posteriormente, la Resolución N° 580/08 –/// del mismo Organismo- modificó el contexto fáctico y jurídico, pues ésta asignó los cargos en los que se habían inscripto las actoras, como consecuencia de la aprobación de la convocatoria realizada al amparo de la "sanción" de un nuevo "listado único", situación ésta que ya había contemplado la Resolución N° 494/07 ME, y que fue justamente la agraviante para las actoras base de su pretensión en esta litis; y este Resolutorio sobreviniente es superador de lo decidido en los dos actos administrativos citados, cuya nulidad se persigue en esta causa. ---------

------ Que así planteadas las circunstancias, la Sala, al amparo del art. 230° del C.P.C.C., verificó exhaustivamente la concurrencia de los presupuestos necesarios para el otorgamiento de la cautela. Fundó "...desde la perspectiva de la verosimilitud del derecho, la norma no impone al Tribunal la obligación de efectuar un examen riguroso, cual es necesario para resolver el pleito, es suficiente examinar si el derecho invocado por el peticionante tiene o no apariencia de verdadero y sin que ello implique prejuzgamiento. (CN Fed. Cont. Adm. Sala II, LL 1982-C-401)..." "...el peligro en la demora está vinculado a situaciones irreparables...derivados del transcurso de tiempo que el proceso genere, de tal modo que si se mantienen o no se alteran los

efectos del acto, la sentencia a dictarse corre riesgo de ser ilusoria. La tutela preventiva o justicia "provisional", tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se quiere obtener a través de un proceso, pierda virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre desde su inicio y el dictado del pronunciamiento definitivo, intentando salvaguardar la efectividad del cumplimiento de la sentencia...", "...se valora especialmente que de las constancias de autos surja el perjuicio inmninente e irreparable..." (S.I. N° 56/SCA/08 - fs.183 vta./184). Puntualmente, en el sub-judice, se justificó la traba sosteniendo "...reconociendo que operará la pérdida de la posibilidad de las docentes accionantes de titularizar en los cargos de modalidad Adultos, quienes /// han venido a cuestionar la manera en que el "Listado" ha sido confeccionado, el modo en que el concurso consecuente fue realizado, y desde que pretenden precaver la toma de posesión derivada de la adjudicación de los cargos, que estiman ilegítimamente efectuada por Resolución N° 580/08ME"...(fs. 185).----------

------ Que de lo dicho se desprende con toda claridad, que la accionada se confunde cuando afirma que las actoras no se inscribieron en el concurso, pues al contrario, acreditado está que ***se inscribieron*** y así consta en la copia de los formularios que corren agregados a fs. 05/12 todos debidamente recepcionados por la Junta de Clasificación Docente de la Región III, que no se desconocen, y luego de cuestionar en Sede Administrativa e interponer -algunas de ellas- una acción de Amparo, vienen a esta Jurisdicción tachando de nulo el modo en que el Ministerio de Educación confeccionó el Listado de postulantes para ocupar los cargos concursados para ingreso a la docencia, contra el

cual se alzan al considerarlo contrario a derecho.----------

------ Que por su parte, resulta procedente precisar también que, cuando la Provincia accionada afirma que la cautela decretada afecta el derecho de propiedad, trabajo e igualdad ante la Ley de los docentes que resultaron adjudicatarios de los cargos concursados, preocupándose por futuros reclamos que estima éstos podrían deducir, evidentemente omite considerar que esas personas no efectivizaron la toma de posesión de los cargos según la adjudicación establecida en la Resolución N° 580/08 M.E., precisamente por la cautela que impugna.-

------ De ello deriva que ***no es cierto*** que posean un *"derecho adquirido"* en los términos y con los efectos alegados por la accionada. ///--- Porque recuérdese que el Dto. Ley N° 1820 expresamente determina que el personal docente adquiere los deberes y derechos establecidos en ese Estatuto *"...desde el momento en que se hace cargo de la función para la que es designado..."* (art. 3°) y en tanto la medida fue anoticiada con anterioridad a esta circunstancia, no se evidencia de qué manera podría la precautoria generar las gravosas consecuencias descriptas por la demandada.----------

------ Por otra parte, si así fuera, –esto es, que derivare alguna responsabilidad- por una parte, la medida se dicta en el marco del art.199 CPCC, bajo la responsabilidad de la parte que lo solicita,

quedando a disposición de la demandada la previsión del art. 208 del mismo Cuerpo; y a todo evento, será la Sentencia Definitiva la que lo determine, y si de ella resulta que el derecho que hoy sólo se presenta verosímil, se establece como cierto, la responsabilidad será del Estado por violación del principio de legalidad... y deberá hacerse cargo.--------

------ Amén de ello, los que se consideren afectados cuentan con la posibilidad que les otorga el Código adjetivo para participar en el proceso, y la Provincia carece absolutamente de legitimación para asumir su representación o defensa.----------

------ Todos conceptos éstos que con eficiencia técnica, un simple análisis hubiera permitido detectar.----------

------ Que asimismo, es dable señalar que de las constancias de la causa surge que tampoco se ha perturbado el normal inicio del ciclo lectivo ni el desarrollo de la educación pública, pues para ello el Estado Provincial ha regulado en el plexo normativo citado antes, un sistema de interinatos y suplencias, a través de los cuales asegura la normalidad de la prestación del servicio educativo. De ello se infiere la posibilidad de /// mantener laborando docentes interinos en aquellos cargos en donde se suspendió (por la cautela) la toma de posesión hasta tanto concluya este pleito, evitando de ese modo el resentimiento del servicio.----------

------ Que sumado a ello, el hecho de que se trate de una medida cautelar dispuesta contra un acto administrativo, no implica -como se agravia la accionada- desconocer la presunción de legitimidad de

éstos. Enseña Guillermo SNOPEK que "...la concepción del Estado, gestor del bien común, impide oponer y enfrentar como irreconciliables a la autoridad y a la persona, a gobernantes y gobernados, a la administración y el administrado. ... Cuando se recurre a la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, se olvida que la actividad administrativa está sujeta a control y que los actos administrativos son impugnables. La afirmación de tales presunciones...no implica la total vigencia del acto dictado, ya que...en resguardo de los derechos de los administrados y de la propia legalidad objetiva, aparecen las medidas cautelares para evitar el aniquilamiento de los derechos e impedir la perturbación del orden jurídico. La providencia cautelar no desconoce la legalidad, sino que la asegura; tampoco deroga la ejecutoriedad, sino que sólo la posterga a las resultas de un proceso administrativo"...(Conf. "Medidas Cautelares contra la Administración Pública"- Librería Editora Platense, pág. 96/97).---------

------ Que la Sala ha explicado convenientemente en Sentencia Interlocutoria N° 03/SCA/08 ("P. R.,…"), que el criterio restrictivo con que ha de efectuarse el control de admisibilidad de las medidas tutelares, debe ser conciliado con el derecho de los particulares a su obtenimiento. Así exponía, que la estrictez referida, deviene de la influencia del Derecho Europeo –en particular Francia, Inglaterra y /// España- donde la división de poderes, el interés público comprometido en la actividad administrativa y la presunción de legitimidad del acto administrativo limitan los poderes dispositivos

del Tribunal Contencioso, que sólo puede disponer la cautela por suspensión de actos administrativos a petición de parte y en un marco de discrecionalidad, a diferencia de la jurisdicción contencioso-administrativa alemana, en que la regla es la tutela cautelar como mandato constitucional y los recursos administrativos y las acciones impugnatorias tienen "per se" y como consecuencia automática efectos suspensivos "ope legis" (Karl Peter Sommermann en La justicia Administrativa en el Derecho Comparado - Civitas - Andalucía, Pág. 100)(SI Nº 47/SCA/99 ya citada).----------

------ Aunque así es, en aquellos países se ha avanzado, y este Tribunal ya ha precavido que –en general, en la actualidad- la doctrina científica y la jurisprudencia marchan en dirección favorable a retrasar la ejecución de los actos administrativos hasta que los tribunales digan su última palabra (Francisco GONZÁLEZ NAVARRO - Catedrático de Derecho Administrativo- España- en las Jornadas Provinciales y III Regionales de Derecho Administrativo en Corrientes 9 y 10/10/97), atendiendo a los perjuicios irreparables que podrían generarse derivados del transcurso del tiempo que el proceso genere, de tal modo que si se mantienen o no se alteran los efectos del acto, la sentencia a dictarse corre el riesgo de ser ilusoria (SI N° 81/SCA/98; 33/SCA/01; 5 y 40/SCA/02).----------

------ Incluso el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA –citado por Ramón SIMÓN PADRÓS- hace un llamado a la reflexión a los jueces respecto a la íntima relación existente entre las medidas cautelares y

la garantía de defensa en juicio, aludiendo a un caso en que se aludía a un hipotético ejercicio discrecional de la facultad de otorgar las cautelas (el "podrá" /// de nuestro art. 230 CPCC), concluyendo en que "la medida cautelar es contenido inseparable del derecho a la tutela judicial efectiva... los jueces tendrán que otorgarlas cuando de no hacerlo se pone en riesgo la efectividad del fallo final.- Toda discrecionalidad hipotética del juez para otorgar o denegar las medidas cautelares queda excluida" ("La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa", Pág. 136/vta.).---------

------ Corresponde entonces a la judicatura, en el marco de la discrecionalidad que le es autorizada, procurar conciliar, atendiendo a las circunstancias del caso, el criterio restrictivo primero enunciado y los principios de los que deriva, con aquéllos que gobiernan el derecho de los particulares a obtener una tutela provisoria efectiva, ya que el reconocimiento judicial del derecho y su eventual ejecución ulterior, insumen un tiempo más o menos prolongado, según la mayor o menor complejidad de las cuestiones involucradas en la litis, y ello trae aparejado el riesgo de que mientras se aguarda su normal desenlace, se alteren las circunstancias fácticas y jurídicas existentes al momento en que se reclamó la intervención del órgano jurisdiccional, con lo cual se tornan ilusorias o ineficaces las resoluciones judiciales destinadas a reestablecer la observancia del Derecho (Pablo O. GALLEGOS FEDRIANI en la obra colectiva "Derecho Procesal Administrativo", Hammurabi, T° 1, Pág. 728).----------

------ Ha de considerarse también, que –como se ha dicho- las providencias cautelares están dirigidas más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia y, por así decir, la seriedad de la función jurisdiccional... a impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión, que es la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos /// destinados... *a llegar demasiado tarde.-* Y que se ha considerado que ***la tutela provisoria se dispone*** –dice GALLEGOS FEDRIANI- ***más que en el interés de los individuos, en interés de la administración de justicia, de la que garantizan el buen funcionamiento y el buen nombre... ya que cuando el Estado pone su autoridad al servicio del acreedor en peligro –según el caso- no actúa sólo en defensa de la satisfacción de un interés privado, sino en beneficio del orden jurídico en su integridad.***----------

------ CALAMANDREI recuerda en este sentido, que las dos exigencias frecuentes opuestas de la justicia, celeridad y ponderación, tienden a ser conciliadas por las medidas cautelares, porque entre hacer las cosas pronto pero mal y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares procuran, ante todo hacerlas pronto y dejar el problema del bien y el mal, esto es de la justicia intrínseca de la decisión, para más tarde, con la necesaria ponderación.-(cita de GALLEGOS FEDRIANI, en la obra ante citada T° 1, Pág. 729, 730, 731).----------

------ Así, ésta "garantía cautelar" puesta al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional... está destinada más que a hacer justicia, *a dar*

tiempo a la justicia para que cumpla eficazmente su obra, a asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado *para que la justicia no sea burlada haciéndola de imposible cumplimiento* (El mismo autor en "Las medidas cautelares contra la Administración Pública", Edit. Abaco, Pág. 29).----------

------ Aplicando este criterio conciliador, es que este Cuerpo falla en sentido favorable al otorgamiento de tutelas preventivas en los procesos contencioso-administrativos----------

------ Que lo expuesto desmorona las argumentaciones con las que se pretende impugnar la precautoria ordenada, rechazándose en consecuencia las alegaciones deducidas por la Provincia, lamentando las desafortunadas expresiones que contiene el libelo relatado.----------

------ III.- Que examinado el pedido de sustitución de la precautoria realizado por la demandada (fs. 205 vta.), además del carácter provisional de la medida referido en el Apartado I de estos Considerandos, oportuno resulta destacar que las medidas cautelares son esencialmente *mutables*.----------

------ Que al referirse a la "mutabilidad o fungibilidad" de éstas Julio Pablo COMADIRA reseña "...la posibilidad contemplada en el art. 203° ...(del CPCC)... de que el acreedor pida ampliación, mejora o sustitución de la medida conservativa decretada, justificando que ésta

no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada. ...se reconoce similar facultad al cautelado para requerir la sustitución por una medida cautelar que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor pudiendo, a su vez, pedir la sustitución ...En ambos casos, la resolución debe dictarse previo traslado a la otra parte"...; añadiendo el autor que "...garantizado suficientemente el derecho del acreedor y demostrado que una medida distinta evitaría mayores perjuicios al deudor, no existe óbice alguno... para que la medida menos gravosa sea reemplazada...es obligación del juez ordenar la sustitución si se acreditan los extremos mencionados... no puede, el acreedor... abusar de su derecho para ocasionar males innecesarios... ajustar la pretensión cautelar mediante su sustitución o modificación a sus justos límites, implica el resguardo indirecto de los intereses del beneficiario de la medida, en tanto éste podría ser pasible de una eventual acción de daños y perjuicios si por cualquier motivo se demuestra que abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla"... (Conf.: "Modificación y sustitución de medidas cautelares (en especial a pedido del deudor)" en elDial.com DC257).----------

------ Que para justificar su planteo los representantes procesales de la Provincia expresaron que, en caso de prosperar la acción incoada, *"...el Estado Provincial, se obligue a otorgarle los cargos requeridos a los actores...evitando mayores perjuicios al interés público"...*(fs. 205 vta.), sin embargo, véase que carecen estos funcionarios de competencia suficiente para obligarse en ese sentido, pues se trata de una función inherente a la Sra. Ministro de Educación, quien en ejercicio de las

potestades propias de su cargo, designa al personal docente a través del dictado de la Resolución respectiva.- Amén de que también carece de las potestades para crear cargos.- Baste razonar, que si para transar el juicio el Fiscal de Estado debe contar con la autorización del Poder Ejecutivo (art.7 inc.4 de Ley N° 5117), cómo no ha de contar con autorización semejante para el tipo de compromiso que postula.--------

------ Que verificados por la Sala los elementos acompañados por ambas partes, se ha constatado que en la Escuela para Adultos N° 601 y 602 (ambas "afectadas" por la precautoria) el inicio del ciclo lectivo del año en curso, tal como se mencionó antes, ha sido prestado con docentes interinas. Véase que en la Escuela N° 602 de la ciudad de Esquel como Maestras de Ciclo Interinas se desempeñan las accionantes: M. **A.**; S. **C.**; G. **A.** y M. **M.**; en tanto en el mismo cargo pero como Suplente lo hace I. **C.**, así lo certificó a fs. 215/219, el 19 de marzo del año en curso la Directora del establecimiento. Mientras que las actoras D. **B.**; M. F. **C.** e I. **P.**; en idéntico carácter, prestan servicios en la Escuela N° 601 de la ciudad de Trevelín. (fs. 220).-------

---

------ Que por su parte, la accionada anexó una nómina confeccionada por el Departamento Central de Clasificación Docente Nivel Inicial-EGB 1 y 2 del Ministerio de Educación (fs. 226/228) detallando los docentes que resultaron adjudicatarios de los cargos ofrecidos en el "Concurso de Ingreso a la Docencia 2007" donde constan ***cuatro (4)***

cargos de Maestro de Ciclo Adultos en la **** de Trevelín y ***nueve (9)*** en la ** de Esquel; advirtiendo que de ellos solamente "...la Sra. **C.** toma posesión ...el 26 de enero de 2009 en la Escuela N° ** con dependencia administrativa de la Esc. N° 601, tornándose inaplicable la medida dispuesta..." (fs. 229); establecimiento que se encuentra comprendido en el período enero-diciembre con inicio de actividades anticipado (fs. 225). A más se observa en esas planillas que, como lo afirmó la demandada, algunas de las accionantes resultaron adjudicatarias de un cargo de Maestro de Ciclo Adultos en escuelas donde oportunamente se inscribieron; así la Sra. M. A. resultó designada en la Escuela N° 51 de ***Río Pico*** (fs. 223), I. C. en la Escuela N° 114 de ***Lago Rosario*** (fs. 224), I. P.y M. F. C. en la **** de la ciudad de ***Rawson*** (fs. 226), S. C. en la 610 de ***Comodoro Rivadavia*** (fs. 227).----------

------ Que en ocasión de contestar el traslado de la solicitud de la contraria, las actoras solicitan expresamente el rechazo de la misma, poniendo de manifiesto que si se hiciera lugar al pedido de la Provincia y de resultar exitosa su pretensión *"...cuando se dicte sentencia... no se podrá hacer realidad la misma, porque docentes de EGB se encontrarán cubriendo los cargos que legalmente"...*(fs. 210) estiman les corresponde.----------

------ Que frente a las alegaciones de la Provincia en cuanto a que resultaron adjudicatarias de otros cargos y la supuesta superposición de horarios que detalla, contradicen subrayando haberse inscripto en los formularios respectivos para acceder a titularizar, siempre en especialidad adultos, en diversos establecimientos pero -aclaran-

comenzando por escuelas de la ciudad de Esquel, Trevelín -Región III- "*por ser éstas donde tienen sus hogares*..." (fs. 210 vta.); afirmando que *"...resulta imposible que puedan resignar sus cargos en las ciudades que por ley les corresponde en manos de docentes sin especialización, para aceptar escuelas de último orden de mérito"... mencionan que con el valor del salario básico "...no se puede alquilar un inmueble, pretender comer, dejando ...sus hijos y esposos ...a 600 kms. de distancia..."* (fs. 211 vta.). Justifican el modo en que se inscribieron con lo prescripto en el Apartado V del art. 35° del Decreto N° 839/80 (reglamentario Dto. Ley N° 1820) que expresamente dispone "...La adjudicación de las vacantes se hará por estricto orden de mérito y siguiendo el orden de preferencia indicado en el formulario por el aspirante. Cuando éste no formule opción, significa que acepta su designación como titular en cualquiera de las vacantes concursadas".----

------ IV.- Que según lo peticionado oportunamente, y las constancias de inscripción, la cautela ordenada era abarcativa de todos y cada uno de los establecimientos en los que las accionantes habían puesto de manifiesto su voluntad de concursar, en un total de quince. Pero, en mérito de lo ahora expuesto, se expone claro el desinterés en las beneficiadas para ocupar los cargos en los que resultaron designadas, no obstante haber indicado esos establecimientos en los formularios respectivos. Ahora bien, si puesto a disposición de las actoras la toma de /// posesión en Escuelas con sede en Rawson ó Comodoro Rivadavia éstas declinan expresamente su intención de asumir funciones en ésas, por cuestiones económicas, de distancia ó por la

razón que fuere, ello modifica las circunstancias de hecho consideradas en oportunidad de resolver en Sentencia Interlocutoria N° 56/SCA/08.----------

------ Que siendo la medida cautelar provisional y mutable, como se indicó anteriormente, y de conformidad a lo prescripto en el art. 204° del C.P.C.C. que faculta al juez interviniente, a fin de evitar mayores perjuicios, disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, resulta procedente limitar la decretada solo para aquellos establecimientos educativos en los cuales se sostiene la voluntad de las accionadas de titularizar, es decir en las Escuelas N° 601 y 602 en donde laboran como interinas y suplentes, y que según los elementos de prueba aportados entre ambos establecimientos se ofrecerían doce (12) vacantes, sin computar lógicamente la que ha sido ocupada en el mes de enero, con lo cual se garantiza suficientemente las expectativas de las accionantes.- De este modo, se posibilita que en los demás establecimientos educativos, todos aquellos que no pertenecen a la Región III, continúe el Ministerio de Educación con la ejecución de la Resolución N° 580/08 y de conformidad con la reglamentación vigente tomen los docentes posesión de sus respectivos cargos concluyendo así el trámite de Ingreso a la Docencia para el año 2007.- ----------

------ Que ello es procedente ante la petición de la Provincia porque "...El ejercicio de la potestad jurisdiccional de disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, está supeditado a que de ese modo se eviten perjuicios o gravámenes innecesarios.... No siendo tal el caso, no es dable declinar en el juez atribuciones propias

de /// las partes, como la de individualizar correctamente la medida a que se aspira (Cám. Civ. y Com. San Isidro, Sala II, 29.03.90 "Otero, Ana..."). A más "...la facultad de limitar la medida cautelar que se solicite o la de sustituirla por otra, que el art. 204 del Cód. Procesal concede a los jueces, sólo es ejercible en el momento de su dictado. Una vez dispuesta, sólo puede ser modificada o levantada a pedido de parte y con audiencia de quien la obtuviera"...(Cám. Civ. y Com. San Martín, Sala II, 23.03.95 "Montero"...). Ambos fallos publicados por HIGTHON-AREÁN en "Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación..." Tomo 4 - Arts. 195/523 bis - Hammurabi- Pág. 188).----------

------ Que luego del análisis de las circunstancias de hecho y de derecho que han alegado ambas partes en esta incidencia, considerando el novedoso desinterés por titularizar en Escuelas que no se encuentren comprendidas en el radio abarcativo de la Región III, puesto de manifiesto ahora por las accionantes, justificándose que en ese ámbito es donde desarrollan su vida y tiene asiento su familia, por aplicación del art. 204° del C.P.C.C. y a fin de evitar perjuicios innecesarios en tanto se garantiza suficientemente el derecho demandado, corresponde constreñir la cautelar ordenada por Sentencia Interlocutoria N° 56/SCA/08 a los cargos de Maestro de Ciclo de Adultos de las Escuelas N° 601, 602 pertenecientes a la Región III, mientras dure la tramitación de la presente causa.----------

------ Que a más de ello, ha de recordarse que el proceso cautelar se desarrolla independiente del principal, y como se estableciera oportunamente en los Considerandos de la Sentencia citada, ha de insistirse en que la tutela queda sujeta a la diligencia procesal de la actora, y se ha ordenado a fs. 194 con fecha 19 de Febrero de 2009 el traslado de la demanda, sin que hasta la fecha se haya hecho efectivo.-
--

------ Que con relación a las costas de esta Incidencia, atenta la forma en que se resuelve cabe imponerlas por su orden (art. 71 CPCC).-------
------

------ Que atenta la manda del art. 47° del Dto. Ley N° 2.200, T.O. Dto. N° 138/99, corresponde regular los honorarios del profesional interviniente por las actoras, de conformidad con el art. 33 - último párrafo- de la misma norma arancelaria, ya que no cabe hacerlo a los representantes procesales de la Provincia accionada (art. 2 del mismo cuerpo normativo).----------

------ Que por ello la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y Minería del Superior Tribunal de Justicia;-

---------- **R E S U E L V E :** ----------

------ 1°) **MODIFICAR** la medida cautelar decretada en Sentencia Interlocutoria N° 56/SCA/08 obrante a fs. 179/186, solicitada por las actoras Sras. I. Z. P., M. R. A., S. E. C., D. B., I. N. C., M. F. C., G. J.

A. y M. E. M., y **SUSPENDER** –en las condiciones expuestas por la presente- mientras dure la tramitación de este juicio, la ejecución de la Resolución N° 580/08 -ME, esto es, la toma de posesión de los cargos en ella adjudicados en las Escuelas N° 601 y 602, dependientes de la Región III del Ministerio de Educación; a partir de la notificación de la presente y hasta tanto se dicte Sentencia Definitiva.----------

///--- 2°) **DEJAR SIN EFECTO** la precautoria mencionada en el artículo anterior en relación a las Escuelas N° 603- 604-608- 609- 610 - 611 - 612- 613 - 614 - 615 - 617 - 618 y 624, ello de conformidad a los fundamentos esgrimidos en los Considerandos de la presente.----------

------ 3°) Líbrese Oficio al Ministerio de Educación de la Provincia, que arbitrará los medios para comunicar de manera urgente y fehacientemente las medidas decretadas en los artículos anteriores.-----

------ 4°) **COSTAS** de esta Incidencia por su orden (art. 71 C.P.C.C.)-----

------ 5°) **REGULAR** los honorarios del Dr. G. A. D. en el 4% de lo que le resulte regulado en estos autos (arts. 6°, 33° -último párrafo- y 47° del Dto. Ley N° 2.200 -T.O. Dto. Nº 138/99).------

------ 6°) **REGÍSTRESE** y notifíquese.----------

Fdo. Dres. Fernando S.L. Royer, Daniel Luis Caneo y José Luis Pasutti.

Recibida y Registrada en Secretaría el 29/04/09 Bajo el N° 14/SCA/09