RAWSON, 22 de abril de 2015.

------ VISTOS: ----------

------ Estos autos caratulados: **"C., O. V. c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa" (Expte. N° 23535-C-2014)**.----------

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

------ 1.- Que a fs. 32/43 vta. se presenta el letrado apoderado del Sr. O. V. C., y promueve demanda contencioso administrativa contra la Provincia del Chubut. Solicita se declare nula de nulidad absoluta toda la actuación del Ministerio de Educación que ordena la retención de haberes de su mandante. Y peticiona, para el caso de que no exista un acto administrativo expreso, se declaren ilegítimos los hechos de la administración notificados mediante Carta Documento N° 125479979, que determinan la devolución de los salarios caídos al 22 de febrero de 2012, que fueran reconocidos y depositados en la cuenta de su representado.----------

------ En el apartado IV. "HECHOS", indica que su poderdante se desempeña como docente bajo la órbita del Ministerio de Educación desde el 5 de marzo de 2007. Que el 22 de febrero de 2012, se realizó en la Cabecera N° 15 de la Región I, un acto público de designación de cargos para el ciclo lectivo del año 2013, que provocó el cese del Señor Cornelio en una de las funciones, de maestro que ostentaba en la Escuela N° 93.----------

----- Que contra aquel acto interpuso Recurso de Revisión en fecha 25 de febrero. Sostuvo que fue irregular porque no se respetó el art. 4 de la Resolución N° 51/06, entre otras violaciones a sus derechos como trabajador docente. Solicitó su reintegro al cargo, y reservó su derecho de reclamar judicialmente por los daños y perjuicios ocasionados por los salarios caídos, entre otros. Ante el silencio de la demandada, la constituyó en mora e intimó a su pronto despacho mediante carta documento del 5 de noviembre de 2013.----------

------ Que a raíz del reclamo que presentó el Delegado Zonal de Lago Puelo del Sindicato de Trabajadores de la Educación, en representación de su mandante y otros aspirantes, la Supervisión Técnica General de Nivel Primario del Ministerio de Educación dictó la Disposición N° 75/13 del 11 de noviembre de 2013, que hizo lugar al pedido y retrotrajo en su totalidad el acto de designación de personal docente al 22 de febrero de 2013.----------

------ Que en fecha 30 de noviembre de 2013, el Señor C. envió carta documento al Ministerio de Educación, por la que conminó a que se le abonen los salarios caídos que le correspondían desde la fecha en que se

había determinado su cese (22/02/13). El Ministerio de Educación procedió al reintegro de aquellos, y depositó el día 27 de diciembre de 2013, en la caja de ahorros N° 336115/1, la suma de $ 58.026,20. Colige de ello que es claro el reconocimiento de la demandada ante los reclamos efectuados por su poderdante. Alega que con posterioridad la autoridad administrativa tomó una actitud sorpresiva e injusta, ya que comenzó a retener de los haberes de su mandante, bajo el rubro DEVOL. DE HABERES, la suma de $ 2.475,55.----------

------ Que el día 13 de febrero de 2014, su representado recibió la CD N° 125479979, por la que el Director de Despacho del Ministerio de Educación, le comunicó que se consultó a la Dirección de Asesoría Legal, que dictaminó "…que no habiendo efectuado una contraprestación por parte del reclamante, no ha generado derecho a los haberes, así también lo ha sostenido recientemente el Ministerio de Trabajo de la Nación en cuanto a que corresponde el pago del haber siempre que se compruebe efectivamente la prestación..". También le informó que en virtud de que la posesión efectiva en el cargo de suplente de la Escuela N° 22 de El Maitén se produjo el 22 de noviembre de 2013, correspondió liquidar los haberes a partir de esa fecha, y que además el cargo fue cubierto por la docente Sara Soto hasta que fue rectificada su designación. Por último indicó que erróneamente se liquidaron haberes retroactivos, y que quedaba notificado de que los mismos no correspondían y debía realizar la respectiva devolución (fs. 34). ----------

------ Que luego su poderdante envió carta documento al Ministerio de Educación en fecha 25 de abril de 2014, por la que intimó al reintegro de los montos que se le retuvieron de sus salarios, atento a que no se lo notificó de ningún acto administrativo emanado del Sr. Ministro de Educación que haya dispuesto el descuento. Adujo que la actitud adoptada por la administración implicó una vía de hecho administrativa, por lo que exigió el cese de la misma.----------

------ Ante el silencio de la demandada despachó con fecha 12 de agosto de 2014 nueva misiva, donde transcribió un escrito titulado "Se Presenta. Impugna Resolución. Interpone Recurso Jerárquico. Ofrece Prueba.", dirigido al Sr. Ministro de Educación, dió sus razones y peticionó la devolución del dinero. La Subsecretaría de Coordinación Técnica Operativa de Instituciones Educativas y Supervisión del Ministerio de Educación, rechazó el remedio intentado (28 de agosto de 2014). Entre otros fundamentos, la administración juzgó que era improcedente, porque los recursos de reconsideración y jerárquico en subsidio no caben contra los dictámenes jurídicos, toda vez que éstos no contienen ni expresan su voluntad definitiva, sino sólo concurren a formarla, ni aún aquellos que le fueran notificados al particular.----------
-

------ Así es que el 5 de septiembre su mandate envió TCL 81590667/668/669/670 al Sr. Ministro de Educación, donde interpuso

Recurso de Queja y subsidiariamente de Revisión porque no resolvió las cuestiones planteadas. Que lo hizo en virtud de que no existía acto administrativo, por defecto de tramitación e incumplimiento de los plazos. Supletoriamente si entendía que existía cosa juzgada administrativa, solicitó se lo tenga como Recurso de Revisión atento el principio de informalidad, se unifiquen la totalidad de las cartas documentos y les asignen número de trámite, y para el caso de no resolver juzgó expedita la vía judicial.----------

------ La demandada contestó por carta documento de fecha 25 de septiembre de 2014, y rechazó el recurso interpuesto por improcedente, porque concibió que con las otras misivas ya había contestado debidamente los requerimientos efectuados. Le recordó que se le manifestó que no existió un reconocimiento retroactivo de haberes no liquidados sino que se tomó conocimiento de un error en la liquidación efectuada. Y le notificó que quedó agotada la instancia administrativa.----

------ Que en el punto V. "HABILITACION DE INSTANCIA JUDICIAL", da las razones por las cuales entiende que la instancia administrativa se encuentra debidamente agotada y en consecuencia habilitada la presente.----------

----- Luego en el acápite VI. "IMPUGNACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO", arguye que con lo antedicho, queda debidamente demostrado que su mandante procedió a impugnar en tiempo y forma los hechos o actos de la administración. Y que la actividad desplegada por el Ministerio de Educación es ilegítima, tornando el hecho de la Administración o el acto administrativo en su caso si existiera, en nulo. Cita jurisprudencia de este Superior Tribunal.----------

------ Posteriormente, en el epígrafe X. SOLICITA MEDIDA CAUTELAR, requiere se ordene a la demandada que cese en retener de los haberes de su mandante, suma alguna hasta que se dicte resolución firme. Ello a fin de preservar los derechos que le corresponden, los cuales -alega- están siendo vulnerados por el actuar ilegítimo de aquella, que desde el mes de marzo le ha retenido la suma de $ 17.281,04, ocasionándole graves perjuicios económicos, ya que se trata de un trabajador sustento de hogar; y a fin de evitar que continúe, mientras se sustancia la demanda.----------

------ Alega que en virtud de lo dispuesto en los arts. 232 y 234 del CPCC y el peligro en la demora del reconocimiento judicial que por esta vía intenta, amerita se haga lugar a la medida cautelar invocada, atento a que si la demandada continua reteniendo los haberes de su representado, el perjuicio sería aun mayor y es esta medida la que protegería el patrimonio de aquel hasta que se dicte sentencia firme. Alega que el perjuicio que sufre es actual y éste es el remedio judicial idóneo para evitar mayores perjuicios.----------

------ Que en cuanto a la verosimilitud del derecho, la medida se basa en elementos concretos admitidos por la demandada, como el reconocimiento inicial de los salarios que dejó de percibir a consecuencia del acto administrativo nulo, o el temperamento adoptado con posterioridad y la retención de los haberes de su mandante sin acto administrativo aparente o al menos sin su debido fundamento,
reemplazados por simples dictámenes.----------
----- Atento el art. 201 del CPCC, advierte que su mandante se encuentra exento de ofrecer contracautela en virtud de que inició un beneficio de litigar sin gastos (art. 202 del CPCC).----------

------ Ofrece prueba. Hace reserva del caso federal, y de interponer los recursos de inaplicabilidad, de nulidad, de inconstitucionalidad, y el recurso extraordinario. Realiza petitorio de estilo.----------
-

------ A fs. 45 son girados los presentes a dictamen del Señor Procurador General, quien se expide a fs. 46/47. Luego de describir la pretensión del actor y hacer un relato de los hechos considera que el dictado de la medida solicitada busca resguardar el derecho de propiedad y de los haberes consagrados en la Constitución Nacional.----------

------ Opina que las razones esgrimidas por el actor logran alcanzar el estándar de verosimilitud necesario para dar lugar a la cautelar, ello con el grado de análisis preliminar que debe efectuarse en este estadio procesal y sin que importe adelantarse sobre el fondo de la cuestión principal. Cita jurisprudencia de esta Sala.----------

------ Concluye que oportunamente reconocido el derecho al actor por parte del Ministerio de Educación y depositado el dinero, éste ingresó definitivamente en la esfera del patrimonio del señor C., al retener los mismos en la modalidad expuesta, importa un abuso del derecho contrario a las disposiciones de los arts. 10 y 20 de la Constitución
Provincial.----------

------ Por ello entiende que los fundamentos son de suficiente entidad y reúnen los recaudos legales que justifican hacer lugar a la protección judicial peticionada.----------

------ CONSIDERANDO:----------

------ I.- Que la tutela que se solicita es de índole innovativa, y, "…dentro de las tutelas cautelares o urgentes, la medida cautelar positiva, innovativa o anticipatoria es en todo caso una decisión excepcional porque altera el estado de hecho y derecho existente al tiempo de su dictado, y configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que exige una mayor prudencia en los recaudos que hacen a su admisión…" (conf. CSJN, Fallos: 316:1833; 320:1663/325:2347; 326:3729; LLonline AR/JUR/6554/2003; 5369/2004, 18/2006,

3558/2006, 5662/2006, 16928/2008; 30285/2009; STCH SI Nº 5 y 40/SCA/02, 20, 35, 36, 41, 42, 46/SCA/11, entre otras).-

------ Como se recordara en la SI N° 29/SCA/04, "…Tratando la suspensión del acto administrativo como medida cautelar, Hutchinson citando A Reimundin y Peyrano- razona que si la medida cautelar innovativa tiende a alterar el estado de hecho y de derecho creado con la emisión de un acto administrativo del que se alega 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, armonizando 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 -SI Nº 40/SCA/02, reiterado en SI N° 56/SCA/08).----------

------ Que en este sentido ha resuelto el Cuerpo, en los casos en que la cautela fue admitida mediando ataque de nulidad en el proceso.----------

------ II.- Que la doctrina ha expuesto cuáles han de ser los recaudos de una medida de esta naturaleza. En particular, Peyrano quien se ha dedicado al estudio de la medida innovativa, ha explicado que si el lesionado la postula debe acreditar la concurrencia del riesgo de que se consume en su detrimento un "perjuicio irreparable", presupuesto éste ineludible (en "El proceso atípico", Peyrano - Chiappini, Ed. Universidad, parte segunda págs. 20/21).----------

------ En consecuencia -siguiendo a este autor y la jurisprudencia de la Corte Nacional- la procedencia del dictado de esta cautelar presupone la concurrencia de los tres requisitos comunes a toda cautela -fumus bonis iuris, periculum in mora y contracautela- y además debe estar presente un cuarto, que le es propio y característico: la irreparabilidad del perjuicio o del daño infligido por la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar. (SI N° 14 y 38/SCA/01, 10/SCA/05, 20, 35, 36, 41, 42, 46/SCA/11, entre otras).----------

------ Este Cuerpo viene señalando "...falente la Provincia de Código en lo Contencioso Administrativo, se aplica -en lo que a la índole de la cautela requerida respecta- el art. 230 del Código Procesal Civil...en concordancia con el 232 (arts. 232 y 234 de la Ley XIII Nº 5),... siempre que el derecho fuere verosímil; que exista peligro de que si se mantuviera o alterara -en su caso- la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir

en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible... (SI Nº 63/SCA/05, 20, 35, 36, 41, 42, 46/SCA/11, entre otras).----------

------ En cuanto a la verosimilitud del derecho, citando a la Corte Nacional se ha dicho: "…este tipo de medidas no exigen de los magistrados un análisis de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo su verosimilitud. El juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual se agota su virtualidad… (CS Fallos: 306:2060, 306:2060, 323:337; 349; MJJ42326) sin perjuicio de la severa apreciación de las circunstancias del caso, y la suma prudencia con que deben habilitarse, si son innovaticias (CSJN Fallos 325:2367 -STCH- SI N° 81/SCA/98, 56/SCA/08, 20, 35, 36, 41, 42, 46/SCA/11, entre otras).----------

------ Sin perjuicio de ello, la verosimilitud del derecho "...debe surgir manifiesta de los elementos obrantes en la causa y resulta improcedente el análisis exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, cuya naturaleza y extensión habrán de ser dilucidadas con posterioridad..." (Conf.: Pablo GALLEGOS FEDRIANI - "El Control Judicial de la Administración – Medidas Cautelares – Derecho Procesal Administrativo – Hammurabi -T° I- pág. 746)". (SI N° 05/SCA/10, 20, 35, 36, 41, 42, 46/SCA/11, entre otras).----------

------ En relación con el peligro en la demora, expuso esta Sala que "…el mismo radica en la probabilidad que la tutela jurídica definitiva que el accionante aguarda pueda frustrarse por 1) el transcurso del tiempo, o 2) la propia actividad de la contraria. A él ha de adosarse el de "daño irreparable" o "irreparabilidad del perjuicio" como elemento característico propio de esta medida precautoria", tal como se indicara al inicio de estos considerandos (SI Nº 36/SCA/10, 20, 35, 36, 41, 42, 46/SCA/11, entre otras).----------

------ III.- Que en el sub-exámine, el actor pretende que la demandada cese en la retención que le viene efectuando en concepto de devolución de haberes hasta el dictado de una sentencia definitiva, en razón del perjuicio económico que le acarrea, en ese sentido surge manifiesto de los elementos obrantes en la causa que la demandada depositó en la cuenta del Señor C. las sumas reclamadas, las que ingresaron a su patrimonio y que posteriormente le fueron descontadas en razón de la actividad administrativa que viene a cuestionar en esta sede judicial. Lo dicho atisba –en este estadio procesal- la existencia de una aparente irregularidad, reñida con las garantías constitucionales invocadas por quien acciona. A su vez, la conducta desplegada por la demandada importa el menoscabo económico que se pretende evitar, y que podría verse acrecentado con el transcurso del tiempo que el proceso genere.-----

------ Por ello las particularidades de la situación descripta y las constancias existentes, mueven a tener por acreditada la apariencia de buen derecho, y el riesgo en la demora, y justifican la viabilidad de la medida peticionada.----------

------ En consecuencia se estima justificada la preocupación del requirente, cumplidos en esta instancia los recaudos generales exigibles para otorgar el remedio intentado, correspondiendo decretar la cautela solicitada, lo que importará ordenar al Ministerio de Educación de la Provincia del Chubut el cese de la retención que efectúa bajo el concepto "DEVOL. DE HABERES" en los recibos del actor, a partir de la notificación de la presente y hasta tanto se dicte Sentencia Definitiva
(arts. 232, 204 CPCC).----------
----- Existiendo mayor riesgo de causar un daño grave denegando la cautela que concediéndola, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso y el carácter provisional de este tipo de medidas (art. 204 del CPCC), corresponde disponer la tutela solicitada –en la medida indicada-, sujeta a la diligencia del actor en la impulsión regular del proceso, controlada por la accionada. En cuanto a la contracautela, encontrándose en trámite el expediente caratulado: "Beneficio de Litigar sin Gastos en autos: "C., O. V. c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa" (Expte. N° 23.535/14)" (Expte. 23.536 -B-2014), se admite la exención, conforme lo establecido en el art. 202 del CPCC.----------

------ IV.- Que en relación a las costas, corresponde posponer su imposición para la oportunidad del pronunciamiento de la Sentencia Definitiva, pues "el carácter accesorio y provisional de las medidas dispuestas excluyen la posibilidad de una condena específica de costas en las sentencias que la ordenan; la imposición de costas de las medidas cautelares solamente podrá tener lugar al tiempo de dictarse la sentencia definitiva, que es el momento idóneo para apreciar quien es el vencido en la cuestión de fondo" (Roberto G. Loutayf Ranea - "Condena en costas en el proceso civil" Edit. Astrea, Año 1998, página 261 y jurisprudencia citada CSJN, 16/11/76, Rep. LL, XXXIX- 540, sum. 113; CN Com, Sala A, 26/3/92, ED, 150-271 – STCH SI N° 81 y 120/SCA/98, 35/SCA/00, 35/SCA/01, 58/SCA/08 y otras).----------

------ Que no obstante de acuerdo a la manda del art. 46 de la Ley XIII N° 4, procede regular los honorarios del Dr. J. J. A. K. en el 10% de lo que resulte establecido a los letrados de su parte en el proceso, atendiendo a la calidad y eficiencia del trabajo cumplido, de acuerdo a los arts. 32 y 5 de la Ley arancelaria (texto sustituido por Ley XIII N° 15).----------
----

------ 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°) HACER LUGAR** a la medida cautelar solicitada por el Señor O. V. C., y ordenar Ministerio de Educación de la Provincia del Chubut, el cese de la retención que efectúa bajo el concepto "DEVOL. DE HABERES" en los recibos del actor, a partir de la notificación de la presente y hasta tanto se dicte Sentencia Definitiva.-----

------ **2°)** La medida cautelar decretada, lo es bajo la responsabilidad de la parte actora, y sujeta a su diligencia en la tramitación del pleito. Líbrese Oficio al Ministerio de Educación de la Provincia, que arbitrará los medios para hacerla efectiva.----------

------ **3°) POSPONER** la imposición de costas de acuerdo a los fundamentos dados en el respectivo considerando.----------

------ **4°) REGULAR** los honorarios del Dr. J. J. A. K. en el 10% de lo que resulte fijado a los letrados de su parte en el proceso (arts. 5, 32 y 46 de la Ley XIII N° 4), más IVA si correspondiere.----------
-

------ **5°) REGÍSTRESE** y notifíquese.----------

Fdo. Dres. Jorge Pfleger, José Luis Pasutti y Alejandro Javier Panizzi. Sentencia Interlocutoria recibida en Secretaría el 23/4/15 y registrada bajo el N° 35/SCA/15. CONSTE.----------