RAWSON, 27 de mayo de 2015.

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

------ Estos autos caratulados: **"L., M. D. c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa" (Expte. N° 23.584- L- 2015)**.- ----------

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

------ I. Que a fs. 35/41, el 2 de marzo de 2015, la señora M. D. L. interpone demanda contencioso administrativa contra la Provincia del Chubut, pretendiendo se declare la nulidad de los actos administrativos que denegaron la permuta de funciones que había solicitado con la docente H. P. A. Como así también, contra la carta documento N° 061901405 del 20 de octubre de 2014, suscripta por la profesora M. L. V., Supervisora Técnica General de Educación Secundaria - Ministerio de Educación (fs. 4).-------

------ Pide además que se ordene con carácter de preferente despacho la medida cautelar innovativa a fin de suspender la revocación de la permuta hasta tanto se resuelvan las impugnaciones deducidas.----------

------ Según relata en el apartado "HECHOS", el 21 de abril de 2014 las docentes solicitaron permutar sus cargos. Indica que la señora A. se desempeñaría como profesora itinerante de matemáticas en la Zona de la Meseta mientras que, quien ahora acciona, lo haría en idéntico cargo en la Zona Cordillerana, ambas de la Región III del Ministerio de Educación.----------
-

------ Conforme expone, el 23 de abril del mismo año, mediante el Acta N° 18/14 se aprobó la solicitud. Refiere que en esa se expresó "*...y ante no registrarse ningún impedimento legal... esta supervisión autoriza la permuta..."* (fs. 35 vta.), la cual se efectivizó el mismo mes.----------

------ Narra además que el 30 de junio de 2014, la Supervisora Suplente de Educación Secundaria dictó la Disposición N° 73/14, por la cual se volvió a autorizar la permuta de cargos pero -destaca- modificando el carácter. Explica que en este acto, se aclaró que será "*ad referendum*" del Dictamen de la Junta de Clasificación. Contradiciendo -aclara- la condición de "permanente y definitiva" que tenía por consecuencia del Acta N° 18. Acusa la ilegalidad de la decisión por falta de motivación suficiente (art. 30 de la Ley N° I N° 18) y se agravia porque luego de 89 días de haberse operado la permuta -añade- se ratifica la decisión provisoriamente.----------

------ Relata la demandante que en el mes de julio presentó una denuncia por persecución laboral, debido a inconvenientes administrativos, hostigamiento y amenazas de revocar la permuta. Luego, el 1° de agosto, entregó un pedido de licencia acompañado de la historia clínica respectiva, oportunidad en la que se notificó de la Disposición N° 77/14 por la cual, el 23 de julio de 2014, finalmente se había revocado la permuta. En esa se menciona el dictamen comentado antes, que data del 17 de junio del mismo año, en el cual se consideró además que "…*no puedo realizar la permuta por no poseer igual situación de revista y porque la docente con la que realizo dicho acto no posee alcance de título para el nivel secundario…"* (fs. 36 vta.). Resume que no se autoriza la permuta y se determina que los efectos se retrotraen al 21 de abril de 2014, debiendo ambas docentes volver a la situación laboral existente a esa fecha.----------

------ Señala que al haberse violentado retroactivamente el derecho adquirido a su situación laboral, el 4 de agosto interpuso recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio en contra de lo decidido. Alega que a esa data la permuta era un acto aprobado, ejecutado y un hecho consumado. Cita jurisprudencia y subraya que en el caso, la Disposición N° 77/14, al revocar la decisión anterior, omitió cumplir el procedimiento legal de lesividad consagrado en el art. 91 y siguientes de la Ley antes referida.----------

------ Con fecha 19 de agosto, la Supervisión Técnica General de Educación Secundaria, mediante la Disposición N° 45/14, rechaza el recurso jerárquico y ratifica las N° 77/14 y 81/14, confirmando de ese modo -opina- una actuación ilegal.----------

------ Que, según destaca, a fin de evitar este juicio el 4 de septiembre dedujo un recurso de nulidad contra las Disposiciones antes mencionadas y que ahora cuestiona, siendo rechazado por carta documento n° 0610901405 del 20 de octubre, ambos de 2014. Brinda a continuación los fundamentos por los cuales considera que el obrar estatal es ilegítimo y los de la nulidad planteada (fs. 37 vta./39).----------

------ En el acápite "SOLICITA MEDIDA CAUTELAR CON CARÁCTER DE PRONTO DESPACHO" (fs. 39 vta./40) pide que, de manera urgente, se suspendan los efectos de la Disposición N° 77/14, 45/14 y de toda otra que contraríe la permuta oportunamente aprobada por el Acta N° 18/14 y ejecutada durante varios meses, hasta que se resuelva este juicio.----------

------ Aduce que si no se suspende el primero de los actos comentados que denegó la solicitud de permuta, se lesionan gravemente los derechos subjetivos adquiridos. Hace constar que dicha revocación no ha operado porque se encuentra en uso de licencia por enfermedad, pero que deberá presentarse una vez obtenida el alta médica.----------

------ En el subtítulo “La verosimilitud del derecho invocado -*“Fomus Bonis Iuris”*” expresa que el derecho invocado resulta verosímil y la ilegalidad y arbitrariedad de la actuación de la demandada también. Reitera que pretende revocar un acto administrativo que originó derechos subjetivos por ella adquiridos, cuando, según alega, se trata de un acto aprobado, ejecutado y consolidado en el tiempo; por ello debe suspenderse su revocación.----------

------ Finca la existencia de *“periculum in mora”* en la inminente necesidad de tener que volver las docentes mencionadas a la situación laboral anterior a la permuta y estima que el orden jurídico debe preocuparse por mantener la estabilidad de los derechos.----------
----- Renglón seguido ofrece pruebas y realiza petitorio de estilo.---------

------II. Que a fs. 43/44 pasan los autos a dictamen del señor Procurador General. El Magistrado luego de referir a los antecedentes de la causa, recuerda la doctrina imperante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, concordante con la de este Tribunal, conforme la cual este tipo de medidas cautelares no pueden aplicarse automáticamente para suspender los actos de los poderes públicos que gozan, en principio, de la presunción de legitimidad. Sin embargo, su procedencia es aceptada excepcionalmente, previa acreditación y valoración de los requisitos que condicionan la misma. Abona con jurisprudencia.----------
-

------ Bajo tales pautas, estima que la verosimilitud del derecho no se encuentra presente en el caso; pues no logra advertir en este estado del proceso -agrega- palmaria arbitrariedad o ilegalidad en las decisiones administrativas. Considera además que del relato de la actora y de la documental agregada, el ulterior rechazo del pedido de permuta obedeció a razones de interés público que no han sido desconocidas ni negadas por la accionante. Añade que aun cuando puede compartir que exista el denunciado peligro en la demora, consistente en las complicaciones personales que podría implicar el traslado, esgrime que todos los recaudos de admisibilidad deben coincidir para propiciar la admisión de la cautela. Concluye destacando que, según su opinión, la medida cautelar pedida es improcedente.----------
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 y 3/SCA/12, entre otras).------

------ Que esta Sala, en Sentencia Interlocutoria N° 3/SCA/12, previno que la doctrina ha expuesto cuáles han de ser en el caso tales recaudos. Con cita de Peyrano, quien se ha dedicado en particular al estudio de la medida innovativa, se explicó que "si el lesionado postula una medida innovativa debe acreditar la concurrencia del riesgo de que se consume en su detrimento un "perjuicio irreparable", presupuesto éste ineludible" (Conc.: "El proceso atípico", Peyrano - Chiappini, Ed. Universidad, parte segunda pág. 20/21).----------

------ Así es que a la siga de esta posición y la jurisprudencia de la Corte Nacional se advirtió que 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 éste antes referido, que le es propio y característico, tal la irreparabilidad del perjuicio (SI N° 14 y 38/SCA/01, 10/SCA/05, 46/SCA/11, entre otras).----------

------ Que este Tribunal posee un criterio persistente en sentido que "...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 232º (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 y 72/SCA/11, entre otras). Porque "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 y 72/SCA/11, entre otras).----------

------ En esos mismos precedentes se estableció que esta 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 y 72/SCA/11, entre otras).----------

------ En relación al 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. Y a él ha de adosarse el de “daño irreparable” o “irreparabilidad del perjuicio” (SI Nº 36/SCA/10, 20, 35, 36, 41, 42, 46/SCA/11, entre otras).----------
También se sostuvo que “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 entre su inicio y el dictado del pronunciamiento definitivo, intentando salvaguardar la efectividad del cumplimiento de la sentencia favorable" (CN Fed. Cont. Adm. Sala IV - 16/1/95, "Centro de Agrimensores de Entre Ríos..."; Sala II - 11/3/97- "Establecimiento Vitivinícola Escorihuela...."; CS 11/6/96 "Milario...", 7/8/97 "Camacho Acosta..." conc. C. Ap. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Autónoma Bs. As. 18/4/06- MJJ7385 - STCH SI N° 81/SCA/98, 104/SCA/01, 18/SCA/08, 05/SCA/10, 20, 35, 36, 41, 42, 46/SCA/11, entre otras).----------

------ La jurisprudencia del Cuerpo ha mencionado a De Lázzari, que enseña con cita de Podetti, Chiovenda y Calamandrei, que la doctrina coincide en señalar que el dictado de la medida cautelar responde a la necesidad de evitar aquellas circunstancias que en todo o en parte impiden o hacen más difícil o gravosa la consecución del bien pretendido, o en cuya virtud el daño temido se transforma en daño efectivo, de tal suerte que si tales acontecimientos se registraran efectivamente -los que se pretende evitar con la cautela- ocasionarían directamente la frustración del derecho (“Medidas Cautelares” T° 1, pág. 36; conf. SI Nº 14 y 38/SCA/01). El requisito del periculum in mora exige, que la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que se aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal, no pueda, en los hechos, realizarse, es decir, “que los efectos del fallo final resulten inoperantes” (del fallo de 1ra. Instancia, CN Fed. Cont. Adm., sala IV, Noviembre 6-997, en “Youssefain, Martín c/ Secretaría de Comunicaciones...”, LL 1997-F, 270, publicado en LL Repertorio LVII1798). (SI Nº 10/SCA/05, 46/SCA/11 y 3/SCA/12, entre otras).----------

------ A más, es dable destacar que “al procurarse este tipo de protección jurídica en el marco de un proceso, la regla en la materia indica que “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 el fin perseguido anticipadamente” (CSJN - “Coto Centro Integral...” 10/10/02); “…si la realización de la

cautelar compromete la materia propia debatida en la causa, se afecta el objeto mismo del pleito" (Fallos: 323:337); "Si el objeto de una medida precautoria coincide con el objeto final del pleito, no resulta procedente su otorgamiento, en tanto que ello desvirtuaría el instituto cautelar, por cuanto el objeto de la medida se confundiría con el resultado al cual se pretende arribar por medio de la sentencia definitiva ("Madrid, María Elizabeth...7-3-2002), y no corresponde dictar, a título preventivo, decisiones cuyo objeto coincida total o parcialmente con el de la demanda principal, pues el acogimiento de aquélla torna abstracta la cuestión sustancial a resolver al consumirse el interés jurídico del peticionario" ("Pou..." CSJN - 09/03/2004). "Resulta improcedente establecer medidas precautorias que coincidan con el objeto de la pretensión de fondo, pues con ello se desvirtúa la naturaleza meramente instrumental del instituto cautelar al convertirse en un medio para arribar precozmente a un resultado al que sólo podría accederse mediante el correspondiente dictado de una sentencia de mérito, por lo que adquiriría así un carácter autónomo e impropio de su naturaleza" (Cám. Com. – Sala C- "TVA Canal Satelital...", 30/9/97, CFSS – Sala II – "Dejean...", 15/5/98). Criterios a los que el Cuerpo adhiere (SI Nº 29 y 55/SCA/04, 72/SCA/11 y 3/SCA/12, entre otras).----------

------ II.- Del estudio de las circunstancias del caso, resulta que la peticionante no ha demostrado el fumus -la apariencia- de buen derecho que pretende que le sea reconocida.----------

------ La señora M. D. L. acusa de arbitraria e ilegítima la decisión de la Supervisión Técnica Escolar de no ratificar la autorización que había obtenido para permutar sus horas cátedra de matemática con la docente A. Sin embargo, la falta de motivación que endilga al acto administrativo no surge ostensiblemente ni es posible evaluarla al amparo de la documental arrimada; tampoco procede en este estado embrionario del proceso dilucidarlo. Esto es, no logran las probanzas arrimadas forjar convicción suficiente sobre la acusada ilegalidad del obrar de la Administración, ni de las razones por las cuales la superioridad modificó la decisión inicial de dar curso favorable al cambio de funciones solicitado por ambas docentes.----------

------ Los actos administrativos que se cuestionan elocuencian una cuestión controversial y ardua, y -por lo que se ha dicho- superan el estándar exigible para justificar la cautela que se pretende.----------

------ Además, no se aprecia peligro en la demora ni irreparabilidad del perjuicio. Por una parte, en tanto no ha aportado la actora constancia alguna de la data en la que finalizaría la licencia por enfermedad que dice estar usufructuando y que corrobore la inminencia de su regreso a la Zona de la Meseta. Por la otra, la urgencia se disipa al verificar que la última

comunicación cursada entre las autoridades del Ministerio de Educación con poder para decidir sobre la situación personal de la actora y ésta, data del mes de octubre del año próximo pasado (fs. 4). Y recién interpuso la demanda en el mes de marzo del corriente año, ante la proximidad del inicio del ciclo lectivo, sin haber aprovechado ese ínterin para tratar de solucionar la cuestión.----------

------ Si bien este Tribunal ha considerado la jurisprudencia que recepta la doctrina de que el rigor del *fumus* se puede atemperar cuando existe riesgo cierto de *periculum in mora* y viceversa (S.I. N° 51/SCA/00, 38/SCA/01 y 3/SCA/12), esta compensación es inaceptable en el sub-lite en tanto no se dan -aun mínimamente- ninguno de estos recaudos.---------

------ Finalmente, según se observa, la proponente tampoco ofreció la respectiva contracautela.----------
- ------ Que así las cosas esta Sala considera que, en esta etapa del juzgamiento, no se han reunido elementos mínimos de convicción que autoricen a tener por acreditada suficientemente, aún en grado precautorio, la verosimilitud del derecho invocada por la accionante. Tampoco acreditó el periculum in mora ni la irreparabilidad del perjuicio y, es dable señalar, el objeto de la cautela coincide con el del pleito. En consecuencia, la petición debe ser desestimada.----------

------ III.- Que, según se resuelve, habiendo tramitado la medida cautelar solicitada inaudita parte, no corresponde imponer costas. Tampoco regular honorarios ante la inoficiosidad de la actuación profesional (art. 3 Ley XIII N° 4 -(antes Dto. Ley N° 2.200 -T.O. Dto. N° 138/99).----------

------ 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°) RECHAZAR** la medida cautelar solicitada en autos por la señora M. D. L. conforme los Considerandos precedentes.
Sin costas.----------

------ **2º) REGÍSTRESE** y notifíquese.----------

------- La presente se firma con dos Miembros de la Sala por aplicación del art. 28 Ley V-Nº 3.----------
-

Fdo. Dres. Jorge Pfleger y Alejandro Javier Panizzi. Sentencia Interlocutoria recibida en Secretaría el 28/5/15 y registrada bajo el N° 44/SCA/2015.----------