000277/2017

Comodoro Rivadavia, de junio de 2017.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"LEGAJO DE COPIAS "M. O. W. c/ MINISTERIO DE EDUCACIÓN s/ ACCION DE AMPARO" Expte N° 277/2017,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, Rural y de Minería de la Circunscripción Judicial de Sarmiento (Expte. N° 86/2017), por haber interpuesto la demandada a fs. 46/50vta. de este legajo recurso de apelación contra la resolución de fs. 43/43vta.

I.- En su memorial de fs. 46/50vta., precisa como agravios los siguientes: 1) Ausencia de verosimilitud en el derecho. a) Ausencia de modificación de las condiciones laborales. Expresa que ni el actor ni el sentenciante señalaron cuál es el derecho que efectivamente se habría vulnerado, lo que no se suple con la invocación genérica del derecho a la salud, sin especificar de que modo éste se vio afectado por el obrar de su mandante. No se conculcó ningún derecho y tampoco existió ejercicio abusivo del ius variandi. Considera que en el mejor de los casos, se ha truncado una expectativa del actor pero ello no resulta suficiente para justificar el despacho de una medida cautelar innovativa.

Manifiesta que el actor ingresó a trabajar como personal dependiente de la Escuela Provincial Nº 739 en el cargo de Profesor de Enseñanzas

Prácticas el 27/05/2015 hasta la fecha. Desde el inicio del ciclo lectivo 2016 lo hace en el turno mañana conforme acta Nº 12/16. El actor pretende invocar un cargo por el cual dice haber concursado cuando lo cierto es que continuó en el mismo cargo que venía desempeñando. Se le comunicó que el llamado al cargo contuvo un error y fue anulado y la necesidad pedagógica de no alterar el horario matutino en el dictado de la materia.

Considera que el entuerto lo generó el actor al querer variar el turno de su labor por la tarde, pretendiendo ostentar un cargo para el que no fue designado. Reconoció que en el Hospital Rural de Sarmiento, donde también desarrolla tareas laborales, hubo un cambio de autoridades y pasó a efectuar tareas en el sector de arancelamiento, donde el director le requirió que esté durante la mañana o por lo menos antes de las once, por lo que tiene que reacondicionar el horario del colegio.

Afirma que las condiciones laborales no variaron para el actor pues sigue en el mismo cargo desde su ingreso como profesor en el año 2015 y en el horario que fuera consensuado con las autoridades del establecimiento. No existe un derecho adquirido que pueda ser esgrimido por el actor para justificar la existencia de un exceso en el ius variandi. El amparista solo tuvo un mero derecho en expectativa que no llegó a consolidarse, pues el llamado fue anulado de modo que nunca llegó a ejercer sus funciones en el turno tarde.

b) Violación a la doctrina de los actos propios. Advierte contradicción en el accionar del actor por cuanto de la nota del 25/04/2017 surge que continuó trabajando en el turno mañana sin objeciones, en la presente acción peticiona laborar en el turno tarde o turno mañana y en el recurso de reconsideración pretendió trabajar en turno tarde. La pretensión variable según su conveniencia implica flagrante violación a la doctrina de los actos propios que no puede ser tolerada por el órgano jurisdiccional.

2) Inexistencia del peligro en la demora. Como segundo agravio expone que la supuesta situación por la que el actor se vería compelido a resignar su trabajo es un mero temor infundado, en tanto guarda correlato con la postura que los directivos del establecimiento le transmitieron, lo que no amenaza su estabilidad laboral. En la acción se limitó a justificar el recaudo en supuestos daños a los escolares, o en su salud o en su entorno familiar. El magistrado se excede al introducir un hecho no invocado por la parte. Peticiona se revoque la medida cautelar. Plantea Caso federal.

II.- De las constancias del presente legajo, surge que a fs. 23/41 el Sr. O. W. M., con patrocinio letrado, interpone acción de amparo contra la resolución adoptada por el equipo directivo de la escuela secundaria Nº 739 de Sarmiento y contra el Ministerio de Educación de la Provincia del Chubut,

Supervisión Nivel Medio Región V. Relata hechos. Expone que desde el 27/05/2015 cumple funciones como personal dependiente de la escuela en el cargo de Profesor de Enseñanzas prácticas de radio (PEP). En principio lo hizo de lunes a viernes de 11 a 15 hs., luego refiere que lo hizo a la tarde, después de las 13.30 hs. Cuando le ordenaron efectuar tareas

administrativas cumplía tareas de 8 a 12 hs. y cuando el Coordinador no podía ir de tarde pasó a trabajar de mañana y el año pasado cumplió horario de 7:45 a 11:40 hs. El horario fue cambiando todo el tiempo de acuerdo a las necesidades de la escuela.

Dice que el problema se le generó cuando hubo cambio de autoridades en el Hospital donde también trabaja y el director le requirió que esté durante la mañana o antes de las 11 hs., por lo que tuvo que reacondicionar el horario del colegio.

En los meses de febrero y marzo del corriente año la dirección de la Escuela procedió a la convocatoria para cubrir el cargo de Maestro de Enseñanza Práctica de Radio en turno tarde y luego de la evaluación y notificarlo que se le adjudicaba el cargo, le informan que era en horario matutino. Visto el conflicto que se le generaba por su trabajo en el hospital, arregló para poder ir a partir de las 10.30 hs. pero en la escuela le dijeron que debía efectuar el horario completo a la mañana, sin poder fraccionarlo, contrariando así lo publicado al momento de promocionar el concurso.

Ante dicha situación presentó nota pidiendo fraccionar el horario entre mañana y tarde, pero le respondieron que debía efectuar el total de horas cátedras en horario matutino.

Como medida cautelar peticiona se admita cumplir la jornada de 18 horas cátedra en horario turno tarde a partir de las 13.30 horas o en su defecto en el horario de lunes a viernes de 7:45 a 10:30 horas (2.45 horas diarias) conforme lo indicó el llamado a concurso. Funda la verosimilitud del derecho en las disposiciones constitucionales, internacionales y legales que garantizan su derecho a trabajar y a gozar de igualdad de oportunidades, la inviolabilidad de su dignidad psicofísica y moral, de ejercer su profesión y empleo entre otros; y el peligro en la demora en el hecho que los alumnos de la escuela se encuentran sin poder tener el servicio que brinda la labor de PEP, generando ello daños irreparables que se podrían evitar además de los daños que ya se le han ocasionado en lo personal a su salud y entorno familiar.

Mediante resolución obrante en fs. 43/43vta., el juez de grado ordena que mientras se substancie la acción de amparo el actor trabaje en la escuela en el cargo concursado en el horario de 07:45 a 10:30 horas de lunes a viernes. Considera que su derecho es verosímil y que la documental de fs. 2/3 y el reconocimiento de las autoridades de la Escuela de fs. 14 indican que el turno para el que se ofreciera es el

turno tarde y solo el error reconocido ha generado el entuerto.

Contra dicha decisión interpone recurso de apelación la demandada, conforme agravios que fueran expuestos precedentemente.

III.- Entrando al análisis de la apelación bajo estudio, cabe recordar que la medida cautelar solicitada tiene naturaleza excepcional y requiere para su concesión la estricta concurrencia de los recaudos clásicos que tornan admisible toda cautelar; esto es, verosimilitud del derecho y peligro en la demora; como así también un recaudo propio: el daño irreparable ("XVIII Congreso de Derecho Procesal" Santa Fe 1995).

Es que, la excepcionalidad que implica la cautelar de innovar, dado la alteración del estado de hecho o de derecho existente en el momento en que se concreta, configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final, requiere la demostración del perjuicio inminente e irreparable que se sufriría si no se tutelara el derecho con anterioridad al dictado de la sentencia.

Conforme los presupuestos apuntados, y sin que el presente tratamiento de la medida, pueda significar adelanto de opinión sobre el fondo de la cuestión debatida, entendemos que corresponde analizar, si concurren los presupuestos imprescindibles para su provisión.

En cuanto a la verosimilitud del

derecho, se puede advertir que de la Nota N° 36/17 del 24/02/2017 -fs. 4- surge que la Dirección de la Escuela Provincial N° 739 llama a los docentes interesados en cubrir las siguientes horas cátedras y cargo, entre otros: 1 cargo Proyecto de Maestro de Enseñanza Práctica de Radio (18 horas cátedra), carácter interino, con presentación de proyecto pedagógico y curriculum vitae. Finalización a término. Turno tarde. De la Nota N° 48/15 surge que la Dirección de la misma escuela convoca a los profesores inscriptos en Junta de Clasificación Docente de Nivel Secundario interesados en la cobertura del siguiente cargo y horas cátedra: *Un cargo de Maestro de Enseñanza Práctica de Radio (18 horas cátedra) turno tarde, carácter interino, con presentación de proyecto pedagógico y curriculum vitae que acredite título docente para el nivel y materia afín al cargo (2do llamado).*

Ante la aprobación por parte del Cuerpo Directivo de la Escuela del proyecto presentado para cubrir el cargo ofrecido, el actor peticiona el fraccionamiento de la carga horaria para poder seguir desarrollando sus labores en el Hospital Rural, el cual es denegado según constancia de fs. 13, disponiéndose que dadas las necesidades de la escuela se seguirá manteniendo el turno mañana. Interpuesto recurso de reconsideración y jerárquico en subsidio por el docente a fs. 14/16, es denegado el 25/04/2017 con fundamento en que: "El cargo de Maestro de Enseñanza Práctica de Radio, fue ofrecido en turno tarde por error que detectamos a través de su escrito, puesto que usted ostentaba ese cargo y fue nuevamente designado en el

mismo continuando con esa actividad a la mañana como ya lo venía haciendo sin ningún planteo hasta el 11 de abril en que solicita la división del horario ente el turno mañana y tarde (…)".

En consecuencia y toda vez que la fundabilidad de la pretensión invocada en el proceso principal por parte de quien solicita dicha medida no puede ser objeto de un detenido análisis; no puede pretenderse un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el principal, sino sólo un conocimiento periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido (Díaz Solimine: Juicio de Amparo, pag. 378 y ss, Hammurabi 2003), y toda vez que la lesión denunciada parte de la base de la grave e inminente violación del derecho a trabajar, consagrado en la Constitución Nacional, y que el mismo no puede ser afectado con la simple mención de que se incurrió en un error al efectuar el llamado a concurso o que el docente viene trabajando en la mañana desde el año 2015, resulta acreditado este primer requisito.

Por su parte, el peligro en la demora, aparece como situación de perjuicio irreparable, en la medida en que el accionante no puede ejercer plenamente su derecho a trabajar en su profesión y oficio, vislumbrándose que la superposición de horario entre los dos empleos que posee, impediría cumplir con uno de ellos, con la consiguiente disminución del ingreso del respectivo salario, al menos mientras se resuelva la cuestión de fondo.

Por último, no se advierte cuál sería el

agravio irreparable de la recurrente, toda vez que la medida innovativa dispuso el cumplimiento del horario laboral en turno mañana, tal como la propia parte sostiene que corresponde.

En esta línea de razonamiento, cabe interpretar el sentido mas favorable al amparista a fin de lograr la tutela judicial efectiva y teniendo en consideración que "la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene razón" (Supremo Tribunal Español 7 de diciembre de 1994 cit por Cassagne en Revista Jurídica Argentina La Ley, Derecho Administrativo, Doctrinas Esenciales, Dir. Por Agustin Gordillo Ed. La Ley, Bs. AS. 2010 T. IV p 954 entre otros).

Tales extremos, justifican la procedencia de la medida solicitada, aun en el marco estricto de interpretación que corresponde efectuar conforme los parámetros señalados, pues el presupuesto de la verosimilitud en el derecho se presenta de modo manifiesto.

En base a estos argumentos, corresponde rechazar el recurso de apelación y confirmar la resolución de fs. 43/43vta., del 15/05/2017.

IV.- Costas de la Alzada a la demandada vencida (art. 69 del C.Pr.). Los honorarios profesionales se fijarán teniendo en cuenta la naturaleza del proceso, el mérito de la labor desarrollada, éxito obtenido y situación económica de las partes arts. 5, 6, 13, 46 de la Ley XIII N° 4 modif. N° 15).

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1°) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 46/50vta. y confirmar la resolución de fs. 43/43vta. en cuanto fuera materia de agravio.

2°) Imponer las costas de esta instancia a la apelante vencida. Regular los honorarios profesionales de la Dra. S. M. M., apoderada de la demandada, en el CUATRO POR CIENTO (4%) de los que le corresponda en la instancia de grado, con más la alícuota del IVA si correspodiere.

3°) Por formulada reserva del Caso Federal en fs. 50.

4°) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara, por encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y existir concordancia en la solución del caso (Ley V N° 17 Digesto Jurídico Chubut).

GRACIELA MERCEDES GARCIA BLANCO ZANATTA
JUEZA DE CAMARA

MARIA FERNANDA
PRESIDENTA

REGISTRADA BAJO EL

N° DEL AÑO 2017

DEL LIBRO DE SENTENCIAS

INTERLOCUTORIAS

MARIA MAGDALENA CONSTANZO

SECCRETARIA DE CAMARA