--- Trelew, de febrero de 2018.----------

--- **VISTO:** La resolución de fs. 236, el recurso de apelación deducido y fundado a fs. 239/242 por la parte actora, y que fuera concedido a fs. 243.----------

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

--- I.- Que la resolución recurrida decidió -en lo pertinente- rechazar la medida cautelar precautoria solicitada, por confundirse su objeto con el resultado al cual se pretende arribar por medio de la sentencia definitiva. ----------

--- Al respecto, se agravia la actora en que dicha medida fue solicitada de manera provisoria y hasta tanto se dicte el pronunciamiento definitivo en el proceso, sin perjuicio de haber requerido también el pago de salarios caídos hasta dicho momento. Agrega que el fundamento utilizado no tiene sustento normativo, pudiendo el Magistrado haber realizado un recorte de la pretensión precautoria a fines de satisfacer el requisito que alega en su resolución. Indica que ha sido superada la doctrina antigua que fulminaba las cautelares que se superponían con la pretensión de fondo, máxime en situaciones como las de autos, citando diversa jurisprudencia y doctrina al efecto.------

--- II.- Que según el libelo inicial, efectivamente, existe una coincidencia entre el objeto de la pretensión cautelar y el de fondo, en tanto, si bien en el primer caso lo es provisoriamente y, en el segundo, de forma definitiva. Con dicha distinción, la Sra. M. E. S. solicita se disponga la inmediata reincorporación a su puesto de trabajo y funciones habituales, en el mismo establecimiento en que se venía desempeñando y con idénticos régimen horario y tareas; agregando a fs. 234/235vta. que se le garantice el pago de los haberes futuros y retroactivos devengados a la fecha.

--- Existe coincidencia argumental también en el fundamento de ambas pretensiones, en tanto la misma reclamante señala en el capítulo de la demanda que la medida cautelar se justifica por lo señalado en el desarrollo del fondo de la cuestión. Agrega, sin embargo, como peligro en la demora, que la pérdida de su fuente laboral y su único ingreso la han puesto en una situación de extrema vulnerabilidad, por carecer del sustento que abastece a su familia. ----------

--- III.- En las presentes actuaciones, la actora ha deducido acción de amparo solicitando se declare la nulidad de la Resolución XIII-426/2017 del Ministerio de Educación de la Provincia del Chubut, de fecha 13/09/2017, por medio de la cual se dejó sin efecto el nombramiento de la actora en el cargo de Maestro Especial de

Actividades Plásticas, dispuesto por Resolución XIII N° 668/14 del mismo ministerio, dándola de baja a partir de dicha fecha. Tal resolución se fundó en su falta de aptitud psicofísica, según fuera dictaminado por la Dirección de Reconocimientos Médicos de la provincia; lo dispuesto por el art. 25 inc. b de la Ley VIII N° 20 y el art. 18, inc. r del Estatuto Único del Personal Docente; así como en la necesidad de la liberación de cargos.----------

--- Al respecto, y como ha dicho esta Sala con anterioridad (S.I.L. N° 63/2016), cabe señalar preliminarmente que resulta fundamental -sin perjuicio de la provisoriedad que la cuestión impone- no perder de vista: (a) que son los derechos en juego (el trabajo, el salario consecuente, el debido proceso, el derecho de defensa) y su exposición al riesgo irreparable que se alegó (conf. Gerosa Lewis, "El amparo en la Provincia del Chubut", Ed. Esquel, 2012, p. 124), los condicionantes de la decisión cautelar; y (b) que con ésta se procura enervar interinamente una decisión administrativa que se acusa de ilegítima.- ----------

--- En este sentido, corresponde adelantar que el rechazo de la medida cautelar por el solo hecho de coincidir con el objeto del amparo, no se ajusta a las precisiones que deben realizarse al respecto, en tanto ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la coincidencia parcial de la medida solicitada con el objeto principal del amparo no es obstáculo para dictar dicha cautelar, siempre que se den los presupuestos de admisibilidad (CSJN, causa "Camacho Acosta", 7-8-97, Fallos, 320:1633, LL 1997-E-653; conf. C. Apelaciones C. Rivadavia, Sala A, S.I.L. N° 174/2015). Es decir, si bien existe profusa doctrina que restringe el supuesto, no se puede rechazar liminarmente tal pretensión cautelar por el solo hecho de coincidir con el objeto de la cuestión de fondo, sin antes analizar los presupuestos de la primera.----------

--- Tanto es así que, en la causa "Camacho Acosta", el Alto Tribunal nacional señaló que "la alzada no podía desatenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzgamiento, pues en ciertas ocasiones –como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa- existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada (...) es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones –en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar

la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva".----------

--- Tal tendencia, incluso, ya ha sido receptada por algún ordenamiento positivo de nuestro país, como por ejemplo, el calificado como de avanzada Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires (CASSAGNE, Ezequiel, "Las medidas cautelares contra la administración", en http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Las_medidas_cautelares_contra_la_Administracion,_en_Tratado_de_Derecho_Procesal_Adminsitrativo,_Director_Juan_Carlos_Cass agne,.pdf), el que, respetando la tutela judicial efectiva, admite en su art. 177 la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado *"aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida"*, a efectos de garantizar los efectos del proceso. Esta norma, si bien no es aplicable en nuestra provincia, no puede dejar ser tenido en cuenta como criterio interpretativo. ----------

---- Siguiendo a Podetti, también debe recordarse que las cautelares "son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas, mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes; como un anticipo que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona y de los bienes para hacer eficaces las sentencias de los jueces" (conf. Podetti, J. Ramiro, "Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral, Tratado de las medidas cautelares", Buenos Aires, Ediar, 1995, pág. 33; Sala B, S.I.L. N° 04/2017). De modo que las cautelares, si bien de carácter instrumental y accesorio a la cuestión principal, deben analizarse y resolverse según sus propios presupuestos y condiciones (conf. esta Sala, S.D.L. N° 71/2009).----------

Incluso en la materia, la propia ley de amparo de esta provincia establece en su art. 7 la posibilidad de solicitar una medida cautelar, en aquellos casos donde el tránsito aunque breve, inevitable- de sustanciación de la causa puede afectar la finalidad perseguida con la acción, puesto que la espera de ese tiempo puede tornar ilusorios definitivamente los derechos de quien lo solicitó o provocarle un daño irreparable en los mismos (conf. Gerosa Lewis, "El amparo en la Provincia del Chubut", Ed. Esquel, 2012, p. 124); reconocimiento que no se encuentra limitado en la forma que lo hizo el grado.--- Por este motivo, la resolución del grado, lejos de encontrarse debidamente fundada, se ha limitado a señalar dogmáticamente y sin mayor análisis que la aparente

coincidencia entre el objeto de la pretensión cautelar y del amparo es motivo suficiente a los fines del rechazo de la primera, debiendo haber dado los fundamentos por medio de los cuales entendió que en el caso no se encontraban acreditados los presupuestos de la medida requerida.----------

-- IV.- Así, corresponde en esta instancia del proceso analizar si, como dice el recurrente, los presupuestos de la medida cautelar se encuentran reunidos, sin ingresar con ello sobre la cuestión de fondo planteada, la cual espera a la decisión final de una sentencia definitiva.----------

-- En este sentido, tanto de la demanda como de su contestación surge que la actora fue adjudicada en el cargo de Maestro Especial de Actividades Plásticas mediante Concurso de Ingreso a la Docencia en el Primer Grado del Escalafón por Resolución ME Nº 668/2014.----------

--- Por su parte, del Expediente N° 4640/2016 del Ministerio de Educación surge a fs. 04 que se realizó Junta Médica de la Sra. Sofía con fecha 14/07/2015, de donde se dictaminó la convalidación de tareas pasivas sin reducción horaria, y nueva evaluación según evolución en el año 2016; que el 10/10/2016 la Jefa del Departamento de Personal Docente solicitó iniciar el procedimiento administrativo para dejar sin efecto el nombramiento de la actora por no encontrarse apta para tareas docentes (fs. 10); que el 29/03/2017 se emitió dictamen de la Dirección de Asuntos Jurídicos, Legislación y Despacho del Ministerio de Educación (fs. 14); y que a fs. 23 obra la ya comentada Resolución XIII-426/2017 del Ministerio de Educación de la Provincia del Chubut, de fecha 13/09/2017. ----------

--- Tampoco se encuentra controvertido que la accionante ingresó a prestar tareas para el Ministerio de Educación —al menos— a partir del año 2011, desempeñándose en distintas posiciones, hasta la fecha en que fue dada de baja, y que desde marzo del año 2015 hasta el cese, prestó distintas tareas como dependiente del Ministerio de Educación, las cuales fueron las propias del cargo concursado y otras, de naturaleza pasiva, acorde a la dolencia lumbar que la afectaba. Incluso, luego de la Resolución XIII426/2017, la propia administración pública mediante Disposición N° 260/17 (fs. 117) de fecha 08/10/2017, determinó ubicar a la actora en tareas pasivas hasta la finalización del ciclo lectivo, para que realice tareas administrativas, debiendo presentar nueva

historia clínica para el ciclo lectivo 2018. ----------
--- De esta manera, no puede negarse que la Resolución XIII-426/2017 significó para la docente la pérdida de sus ingresos como tal, sumas de dinero de evidente contenido alimentario para ella y su familia (esta Sala, S.D.L. 15/2004, S.D.L. 30/2004; S.D.L. 34/2004, entre otras), que asigna –sin necesidad de mayores precisiones- a la medida cautelar el carácter de urgente que reclama el presupuesto del peligro en la demora. Es decir, la situación planteada por la docente, en tanto se ha visto privada de sus ingresos como tales, reviste una situación de notable urgencia que precisa, además de la protección por vía de amparo que reclama, el reconocimiento cautelar de su reingreso a su puesto de trabajo, en tanto la espera de la decisión final puede ocasionarle un perjuicio irreparable. Máxime en un caso donde se desprende que la interesada no habría contado con su derecho a la audiencia previa al dictado de la resolución que afecta sus derechos, conforme lo establece el art. 26, inc. 4° de la Ley I N° 18.---------- No debe olvidarse que el Magistrado que resuelve una petición cautelar –o la revisa, como en este caso- debe formular una valoración panorámica de las pretensiones de las partes, de las pruebas que hayan aportado y, también, de hechos notorios y públicos, que no puede desconocer el juez no como tal, sino como ciudadano, que son el atalaya desde el cual se observa ese panorama y se juzga tanto el peligro que acarrearía denegar la cautela solicitada como la verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*), precisamente, para que la parte que sostiene una posición descaminada, insostenible a la larga o manifiestamente injusta no salga beneficiada, como ocurre frecuentemente, con el alongamiento de la duración del proceso (conf. esta Sala, S.I.L. N° 46/2016; García de Enterría, Eduardo, "La batalla por las medidas cautelares", 3ª ed., Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 207).----------
---------- En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el estudio del peligro en la demora exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar, puedan restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego originado por la sentencia dictada como acto final del proceso (conf. Sala B, S.I.L. N° 04/2017; Fallos: 319:1277).----------
---------- Así, los requisitos necesarios para el dictado de la cautelar (verosimilitud del derecho y peligro en la demora) se hallan relacionados de modo tal que a mayor peligro en la demora no cabe ser tan exigente con la acreditación de la verosimilitud del derecho y viceversa, por lo que, de existir realmente el peligro

en la demora se haya acreditado en forma mínima la verosimilitud del derecho invocado (conf. esta Sala, S.I.F. N° 70/2010; CNFed. Cont-Adm, sala IV, 31/3/93, "in re" O.S.P.E.G.Y.P.E. c/ Ministerio de Salud y Acción Social s/ amparo –incidente"; C. Apel. en lo Contencioso administrativo de Chaco, 26/05/2009, "Castellanos, Danny Rogger c. Provincia del Chaco", en La Ley Online, cita: AR/JUR/17166/2009). De esta forma, ambos requisitos esenciales de las medidas cautelares interactúan o se influyen entre sí, por lo que la evaluación de cada uno de ellos no es independiente de la que el Juez realiza acerca del otro, o lo que es lo mismo, a mayor peligro en la demora, menor es la exigencia de verosimilitud y viceversa (esta Sala, S.I.L. 21/2017). ---------- ---------- En este caso, nos encontramos ante un supuesto en que el peligro en la demora no se constituye por el riesgo de cumplimiento imposible de la sentencia definitiva, sino porque la espera de tal acto procesal puede ocasionar en el reclamante un perjuicio aún mayor que el que se cuestiona en el proceso, en el caso, un docente que se ve privada de sus ingresos por una medida administrativa -según cuestiona- contraria al orden normativo y que ha afectado terminalmente los ingresos de su núcleo familiar. No se desconoce entonces que, como toda tutela anticipada, la aquí solicitada presupone la necesidad de satisfacer de manera urgente, total o parcialmente, la pretensión que se formulara en el proceso, antes del dictado de la sentencia definitiva, por el daño irreparable que originaría cualquier dilación (conf. Arazi, Roland, en "Medidas cautelares", Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal Culzoni, Año 2008, pág. 391).------- Por su parte, en lo que hace a la verosimilitud en el derecho, cabe advertir que en las decisiones cautelares se valoran las circunstancias de hecho y de derecho aparentes al momento de su dictado, reclamada como reacción inmediata y provisional, tendiente a superar el peligro de la pérdida o el perjuicio de pruebas, cosas, personas o derechos, que pudiera resultar de la eventual o concreta desigualdad de las partes en orden a la disposición de aquéllas desde el origen de un conflicto sometido a decisión judicial y hasta el momento de su composición efectiva (Sala B, S.I.L. Nro. 078/2016).---------- El maestro Calamandrei señaló que la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidad sobre dos variables: la verosimilitud de lo pretendido y el riesgo de no lograr concretarlo. Declarar la existencia y extensión del derecho es función de la sentencia de fondo; mas en las providencias y actuaciones cautelares, basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, esto es, que según un cálculo realista y objetivo, se de una probabilidad calificada de que la providencia principal habrá de

acoger favorablemente –en todo o en parte- la pretensión de aquel que solicita la medida cautelar, por lo que el resultado de la cognición sumaria cautelar no tiene otro valor que el de una hipótesis (cfr. Calamandrei, Piero, "Introducción al Estudio sistemático de las providencias cautelares", trad. de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 77). ---------- En el caso, la Resolución XIII-426/2017 fundó su decisión en el art. 18, inc. r del Estatuto Único del Personal Docente de la Provincia del Chubut, el cual señala que es deber del docente someterse a un reconocimiento médico pre-ocupacional o de permanencia, agregando que "*Si al inicio de su actividad como docente el aspirante aún no contare con su certificado de aptitud psico-física, la Provincia instrumentará los medios para efectuar estos exámenes en un plazo no mayor de Cuatro Meses. Durante este período el docente tendrá un alta condicional. Si vencido dicho plazo el docente, por responsabilidad propia, no hubiera presentado el certificado de aptitud, cesará en sus funciones, lo mismo que si de los estudios realizados resultase no apto para la función. Si resultare apto para la función, el alta condicional se convertirá en definitiva*".------ ---------- De la norma reseñada, prima facie, se puede inferir que el alta condicional del docente que toma posesión del cargo es por un período de cuatro meses, durante el cual le compete a la administración pública, realizar los estudios médicos y determinar si se encuentra en condiciones psicofísicas para desarrollar la función, circunstancia que puede también establecerse mediante la presentación del certificado de aptitud por parte del docente dentro del mismo plazo. ---------- Sin embargo, la resolución administrativa que dejó sin efecto el nombramiento de la actora y su baja del cargo con fundamento en el dictamen de la Dirección de Reconocimientos Médicos de la Provincia del Chubut, fue de fecha 13/09/2017 (notificada a la interesada el 28/09/2017), es decir, alrededor de dos años y medio después de haber sido designada, y a más de dos años de haberse celebrado la Junta Médica de aquella dirección, según fs. 04 del Expediente N° 4640/2016 del Ministerio de Educación (14/07/2015); la cual -cabe destacar- no le notificó a la interesada su falta de aptitud psicofísica para desempeñar tareas docentes sino la convalidación de tareas pasivas sin reducción horaria y nueva evaluación según evolución en el año 2016, conforme reza aquel acta.- ---------- Así, la cuestión temporal señalada, si bien parecería ser minimizada por el Dictamen N° 45/2017 de la Dirección

General de Asuntos Jurídicos, Legislativos y Despacho del Ministerio de Educación (vide fs. 14 del Expediente N° 4640/2016 del citado ministerio), da fundamento -por el momento y hasta el momento de la resolución definitiva del proceso de amparo- a la tutela anticipatoria que reclama, debiendo en consecuencia la actora ser reincorporada preventivamente a su puesto de trabajo y funciones habituales, en el mismo establecimiento en que se venía desempeñando a la fecha del dictado de la Resolución XIII-426/2017 del Ministerio de Educación, con idénticos régimen horario y tareas; así como deben abonársele todos los haberes devengados desde que fue dada de baja hasta el día de la fecha.---------- En este sentido, finalmente, en tanto ello supone suspender cautelarmente un acto del poder público, a pesar de la presunción de legitimidad de la que gozan, corresponde señalar que es doctrina de nuestro Superior Tribunal de Justicia -siguiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia Nacional- que ello es posible si se acreditan -como en el caso- los requisitos que condicionan su viabilidad, debiéndose alegar y probar la ilegitimidad (STJCH. S.I Nro. 19/SCA/05), circunstancias que no fueron analizadas siquiera brevemente- por el grado.---------- En este mismo sentido, se advierte también que la suspensión cautelar de lo resuelto por la Resolución XIII-426/2017 hasta que se dicte la sentencia definitiva, esperable en un plazo menor atenta la naturaleza abreviada del proceso de amparo, no supone una afectación mayor del interés público, por lo menos si se lo compara con el daño que puede ocasionar la dilación del proceso en la actora.----------Sobre tales bases y dentro del acotado marco cognoscitivo del proceso cautelar es posible concluir que se hallan reunidos los recaudos procesales para la procedencia de la medida solicitada por lo que corresponde revocar el decisorio en crisis de fs. 236, no obstante resaltar que la resolución que dispone o deniega medidas cautelares es siempre provisional y puede ser modificada o suprimida atendiendo a la variación, o a la invalidez de las circunstancias (CSJN, Fallos: 289:181).---------- Por ello, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew;

RESUELVE: ----------

--- REVOCAR la resolución de fs. 236, haciendo lugar a la medida cautelar solicitada por la parte actora, ordenando en consecuencia a la demandada que reincorpore preventivamente a la actora a su puesto de trabajo y funciones habituales, en el mismo establecimiento en que se venía desempeñando a la fecha del dictado de la Resolución

XIII-426/2017 del Ministerio de Educación, con idénticos régimen horario y tareas; debiendo asimismo abonar todos los haberes devengados y no pagados desde que fue dada de baja hasta el día de la fecha. ----------

--- La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haber coincidencia de opinión y encontrarse vacante la restante vocalía de la Sala (arts. 7º y 8º, ley V Nro. 17).----------

-- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

MARCELO FERNANDO PERAL
JUEZ DE CÁMARA

NATALIA ISABEL SPOTURNO
PRESIDENTE

--- REGISTRADA BAJO EL NRO. _____ DEL AÑO 2018 – SIC – CONSTE.----------

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA