Comodoro Rivadavia, diecisiete de noviembre de 2021.

VISTO Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"M. G. V. c/ PROVINCIA DEL CHUBUT s/ Acción de amparo" Expte N°519/2021**, venidos del Juzgado de Primera Instancia Laboral No. 2 (Expte. no.372/2021), por haber apelado la demandada la resolución de fecha 6 de septiembre de 2021 que otorga la medida de no innovar solicitada.

La resolución impugnada otorga la medida de no innovar requerida, suspende los efectos de los actos materiales y actos de la administración y ordena el inmediato otorgamiento de las tareas habituales, los derechos como Asistente Técnica Pedagógica de la Administración Pública Provincial y el pago de haberes a la actora.

I.- La recurrente en su memorial (ID 461873) afirma que la Cra. M. R., a cargo de la Dirección General de Educación Superior, del Ministerio de Educación actuó en ejercicio de sus funciones administrativas, dentro del área de su competencia. Señala que por nota de fecha 6 de julio de 2021 se da de baja las horas cátedra de la actora por incompatibilidad, conforme la normativa vigente. Destaca que la accionante reconoce la existencia de dicha incompatibilidad. Manifiesta que el Ministerio de Educación controla y establece la forma de trabajo y las incompatibilidades, por lo que puede corregir cualquier situación irregular. Destaca que son las autoridades del Ministerio de Educación quienes evalúan la situación de cada auxiliar y docente en

ejercicio, verificando que no existan incompatibilidades, siendo deber del trabajador informar sobre cualquier modificación y entregar declaraciones juradas. Agrega que no se impide el derecho a trabajar de la amparista, sino que solo se dieron de baja a las horas que constituyen incompatibilidad. Aduce que la actora omitió agotar la vía administrativa. Niega la arbitrariedad o ilegalidad del acto administrativo. Sostiene que la actora no reviste la condición de docente, que las funciones realizadas en bedelía no tienen carácter docente. Solicita se revoque la medida cautelar.

II.- La actora promueve acción de amparo contra la Provincia de Chubut, solicita se declare la inconstitucionalidad y nulidad de la Nota N° 395/2021, acto lesivo, que con arbitrariedad e ilegalidad conculca sus derechos y garantías constitucionales dando de baja 21 horas cátedras. Pide se decrete como medida cautelar la inmediata suspensión de la vigencia y efectos sobre su situación laboral respecto de la Nota N°395/2021 como de cualquier acto dictado como resultado de esta, se le otorgue en forma inmediata sus tareas habituales y sus derechos como Asistente Técnica Pedagógica (ATP) de la administración pública provincial y, el pago de haberes desde la fecha del acto administrativo hasta tanto se dicte sentencia.

Relata los antecedentes del caso, sostiene se conculcan los arts. 14 de la CN y 18 de la Constitución Provincial. Insiste que no le es aplicable el CCT de auxiliares de la educación, por no ser auxiliar de

educación. Manifiesta que su cargo es de Asistente Técnica Pedagógica (ATP) y enuncia las tareas que desempeña como docente (art. 80 Reglamento orgánico marco). Afirma que no le es aplicable el art. 55 inc c) del CCT de Auxiliares de la educación. Señala que esta aplicación es errónea y constituye un claro desconocimiento de las tareas que realiza un asistente técnico pedagógico. Invoca la estabilidad del empleo público, art. 14 bis de CN. Funda el pedido, ofrece prueba y hace reserva del caso federal.

El 6 de septiembre de 2021, la magistrada admite formalmente la acción de amparo, corre traslado de la demanda y otorga la medida cautelar como de no innovar.

Esta es la resolución impugnada.

III.- Cabe destacar que la resolución de grado cuestionada, con fundamento en que admitió la procedencia formal del amparo, hizo lugar a la medida cautelar ordenando la inmediata suspensión y vigencia y efectos de la nota cuestionada, los actos materiales y actos de la administración disponiendo el inmediato otorgamiento de las tareas habituales a la actora y pago integro de sus haberes.

Se apartó así del criterio doctrinario y jurisprudencial imperante en la materia.

La medida cautelar del caso, se acerca por su naturaleza jurídica a una medida cautelar innovativa, atento el carácter excepcional y de la exigencia de un cuarto requisito para su procedencia (irreparabilidad del perjuicio). Ello, en tanto la medida dictada altera

o modifica -en principio- el estado de hecho existente antes de la petición.

El Superior Tribunal de Justicia estimó en casos similares, que aún cuando la medida fuera solicitada en carácter de prohibición de innovar, la situación de hecho y derecho expuesta indica que será de “innovar” sobre los mismos, en tanto oblitera los efectos de una situación jurídica creada por el acto que se requiera se suspenda (conf. SI 72/SCA/03 y 93/SCA/07).

"La medida cautelar innovativa es una diligencia excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del tribunal en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder antijurídico; esto es que alguien haga o deje de hacer algo en el sentido contrario al representado por la situación existente (conf. Peyrano, "Medida cautelar innovativa", Ed. Depalma, p. 21). La singularidad de la medida innovativa consiste en su aptitud para producir efectos retroactivos respecto de posiciones adquiridas de manera contraria a derecho.

Por ello, 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.

En esta faena, destacamos que el artículo 31 de la Ley XVI N° 46 consagra el principio de ejecutividad de los actos administrativos; lo cual, constituye una consecuencia de la presunción de validez que estos ostentan.

Sobre el particular, es jurisprudencia del Superior Tribunal, en concordancia con la Corte Suprema Nacional que las medidas cautelares no pueden aplicarse automáticamente para suspender los actos de los poderes públicos en virtud de la presunción de legitimidad de la que gozan, sin perjuicio de lo cual su procedencia es aceptada excepcionalmente, previa acreditación y valoración de los requisitos que condicionan la misma (CSJN Fallos: 316:1833; 320:1663, 325:2347; 326:3729; LLonline AR/JUR/6554/2003; 5369/2004, 18/2006, 558/2006, 5662/2006, 16928/2008; 30285/2009; STCH SI N° 5 y 40/SCA/02, 20, 35, 36, 41, 42, 46/SCA/11, 03/SCA/12, entre otras)), los que habrán de ser apreciados con mayor estrictez (Confr.: SI N° 33/SCA/2005 y 116/2.021).

Así, se ha establecido "a partir de la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos, es requisito fundamental para admitir la pertinencia de las medidas cautelares contra tales declaraciones, la comprobación de su manifiesta

ilegalidad o arbitrariedad, pues solo concurriendo dicha circunstancia resulta susceptible de ser enervada la recordada presunción (…) Es por ello que se ha dicho que los actos administrativos no admiten descalificación por la sola manifestación de voluntad del administrado y se los considera válidos a partir de su nacimiento y hasta tanto se haya declarado judicialmente su ilegitimidad (…)" (STJ SI 93/SCA/07).

Sobre estas premisas, sin que el presente tratamiento pueda significar adelanto de opinión sobre el fondo de la cuestión debatida, corresponde verificar si el acto administrativo que se encuentra cuestionado adolece –o no-, de vicios prima facie verosímiles.

El acto atacado, Nota N° 395/2021 firmada por la Cra. M. R., a cargo de la Dirección General de Educación Superior, reza en su parte pertinente: "…. Me dirijo a usted para informarle que de acuerdo al análisis y dictamen N° 16/21 Asesoría Legal del Tribunal de Cuentas de la Provincia del Chubut que observa: No se respeta el artículo 88 del Reglamento Orgánico Marco (ROM) de la Educación Superior: "DEL PERSONAL ADMINISTRATIVO Y OPERATIVO. El personal Administrativo y Operativo del IES se rige por la normativa vigente que regula su actividad". La norma vigente aplicable es el Convenio Colectivo de Trabajo de los Auxiliares de la Educación y en su artículo 55 dice:" Es incompatible con el desempeño de tareas en el Ministerio de Educación inc

c): Percibir horas cátedras o cualquier otro haber del escalafón docente sin desempeñar funciones docentes".

Por lo que se indica que se notifique a los agentes la baja al 01/07/2021 y enviar copia digitalizada de la notificación….. M. G. V. DNI X..21 horas cátedras…".

La accionante resiste la decisión en virtud que es docente, con funciones como ATP en el Instituto de Educación Superior de Formación Docente n° 802 y no le es aplicable la normativa citada.

En el descargo formulado por nota de fecha 6 de julio de 2021, la actora aclara que cumple funciones administrativas solo en el Nivel Secundario con el cargo de auxiliar de la educación en la ESETP N° 770, que en el nivel Superior conforme informara en sus declaraciones juradas, cumple funciones como Asistente Técnica Pedagógica en Bedelía desde el 3 de octubre de 2017.

Enuncia las funciones que cumple como: acompañamiento y asesoramiento a los Bedeles en la trayectoria educativa y formativa de estudiantes; tareas solicitadas por el Secretario académico, actas, revisión de notas, solicitudes; colaboración con la Secretaría administrativa para el registro de matrícula de graduados, estudiantes para el cumplimiento del Relevamiento anual, del Registro Federal de Instituciones de Formación Docente y ETP, asistencia con la secretaría administrativa en la confección de títulos, confección de analíticos de pases y certificados, tareas encomendadas por políticas estudiantiles, entre otras.

Consta en la documental adunada -declaraciones juradas- que informó respecto de las 21 horas cátedras interinas que cumple en el ISFD 802, los días sábados de 9hs a 13hs y lunes a viernes de 18hs a 20 hs. y, las funciones administrativas en la escuela ESETP 770, nivel secundario, turno mañana.

Las tareas desarrolladas en el ISFD 802, son corroboradas por la nota 244/2021 remitida por los directivos de la institución, de fecha 7 de julio de 2021, en la que se detalla las funciones de la actora. Manifiestan que esto fue consentido desde la Dirección General de Educación ante la necesidad de la institución de contar con personal en términos de designaciones de funciones específicas ante la falta de creación de cargos docentes.

Las constancias obrantes (certificación de servicios, constancia, declaraciones juradas, etc.) evidencian que la actora cumple funciones como Asistente técnica pedagógica, interina, en Bedelía del ISFD 802.

Las leyes provinciales Ley VIII 20 y Ley VIII 25, establecen los requisitos para el ingreso a la docencia y educación para el nivel medio y superior, licencias, egreso, escalafón, respectivamente.

El art. 2 de la LEY VIII 20- Estatuto docente-, establece que a los efectos del estatuto se considera docente a todo aquel que imparte, dirige, supervisa y orienta la educación con sujeción a las normas pedagógicas y reglamentaciones vigentes.

La Ley VIII 69 establece el régimen de acumulación funcional de cargos y/o horas cátedras en

el ámbito provincial.

A su vez, el art. 80 del ROM considera personal docente del Instituto a quienes hayan sido designados conforme las normas vigentes para desempeñarse en cualquiera de los cargos o funciones reconocidos en el mismo.

La actora insiste que la labor realizada en el ISFD N° 802, de 21 horas cátedras, es como ATP y que su función es docente.

Ahora, cabe preguntarnos ¿qué es una ATP? Interrogante que ninguna de las partes responde o aclara. Se ha dicho que la asistencia técnica pedagógica tiene como propósito el acompañamiento y asesoramiento por parte de los capacitadores del Equipo Técnico Regional a docentes y/o equipos directivos que perciban un problema o problemática en la práctica. Esta problemática puede estar relacionada a lo organizacional, al desarrollo profesional, a la aplicación de modelos didácticos superadores de los modelos normativos, a las problemáticas de la relación escuela comunidad, etc. Se establece como condición fundamental de la ATP crear espacios de trabajo con diferentes actores involucrados en relación con aquéllas problemáticas que les son propias, reconstruyendo los saberes que pone en juego en su práctica se establecen intercambios y diálogos con los especialistas: los capacitadores que pertenecen a los equipos técnicos regionales. Se posicionan como formadores de docentes, con manejo de dispositivos particulares dirigidos al despliegue, interrogación, análisis y ajuste de

prácticas profesionales (ver :“Que es una ATP (Asistencia Técnica Pedagógica) Avellaneda. Provincia Buenos Aires. Dirección de Formación Continua. Noviembre de 2012. http://ciie.abc.gov.ar/avellaneda/2015/08/20que-es-unaatp-asistencia-tecnico-pedagogica/).

Se observa que las tareas y funciones que cumple la accionante en Bedelía del ISFD 802, en principio, no participarían de las características propias de la función de una ATP, ni consistirían en funciones de impartir, dirigir, supervisar u orientar la educación con sujeción a las normas pedagógicas y reglamentaciones vigentes (art. 2 Estatuto del Docente Ley VIII 20). Más bien, estarían relacionadas a las funciones específicas de Bedelía, esto es: controlar asistencia de docentes y alumnos, entregar certificados, elaborar actas, y demás tareas administrativas que desarrollan los auxiliares de la educación. Tampoco consta en autos el título habilitante que avale la condición de docente, circunstancia que la demandada niega.

Cabe señalar que la Ley VIII 69 en su artículo 5) establece que: en caso de las horas cátedras que no incluyan prestación de servicios frente a alumnos, la reglamentación fijará el procedimiento de control de su cumplimiento atendiendo a los siguientes principios: a) El control incluirá la verificación de la prestación laboral, pero también la pertinencia de la asignación y

el impacto del resultado de su ejecución en el universo del sistema educativo al que se aplica; b) el control se realizará por medios fehacientes, utilizando metodología de programación pertinente y evaluando el cumplimiento de metas concretas y verificables adecuadamente.

En el caso no es cuestión controvertida que la accionante no cumple funciones frente a alumnos, ergo, la viabilidad de horas cátedras como docente deberá acreditarse teniendo en cuenta la pertinencia de la asignación y el impacto del resultado de su ejecución en el universo educativo (art. 5 inc a) citado), cuestión que no surge de forma manifiesta, de modo tal que acredite la verosimilitud del derecho invocado, siendo necesario mayor debate, el examen pormenorizado de normas y CCT aplicable y, prueba.

En relación al peligro en la demora, este radica en la probabilidad que la tutela jurídica definitiva que la accionante aguarda, pueda frustrarse, sea por el transcurso del tiempo o por la propia actividad de la contraria, al que debe adicionarse en este tipo de cautelar, que el daño sea irreparable, entendiendo por tal que la eventual tutela jurídica definitiva a dictarse no pueda en los hechos realizarse, es decir, que los efectos del fallo resulten inoperantes (STJCH SCA nº 169/2021 entre otras); extremo que no surge acreditado en autos.

A mayor abundamiento, como en el supuesto de autos, la medida de no innovar, se solicita dentro del marco del amparo, se requiere una mayor prudencia habida cuenta de que este tipo de proceso supone una suerte de

tutela temporalmente privilegiada de un derecho afectado o amenazado, con lo cual el anticipo de efectos inherentes a la cautelar corre el riesgo de invadir zonas propias del debate sustancial.

En base a estos argumentos, se concluye que no se encuentran reunidos los recaudos legalmente exigidos para la procedencia de la medida cautelar ordenada por la magistrada de grado, motivo por el cual corresponde hacer lugar al recurso incoado y dejar sin efecto el punto 4) de la resolución en crisis.

IV.- Las costas, teniendo en cuenta la naturaleza del proceso en esta instancia se imponen por su orden (arts. 69 y 70 CPr).

Los honorarios se regulan teniendo en cuenta la naturaleza del proceso, celeridad procesal, éxito obtenido y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados (arts. 5 a 7, 13, 46 y ss Ley XIII 4).

Por ello, la Cámara de apelaciones de la Circunscripción Judicial II con asiento en Comodoro Rivadavia **RESUELVE:**

1) Hacer lugar al recurso de la demandada y revocar el punto 4) de la resolución de fecha 6 de setiembre de 2021.

2) Imponer las costas de esta instancia por su orden.

3) Regular los honorarios por su actuación en esta instancia de las Dras. J. D. A. y V. R., en forma conjunta, en el 25 % de lo que se les regule en l instancia de grado por la medida cautelar y los del

Dr. R. A. V. en el 1,15 %, de los que se regulen por la acción principal en primera instancia.

4) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

La presente sentencia se firma por dos vocales de Cámara en razón de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y existir concordancia en la resolución del caso (Ley V N°17).

REGISTRADA BAJO EL N° 94 DEL AÑO 2021
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS