

//neral Roca, 31 de octubre de 2016.

VISTOS Y CONSIDERANDO: Estos autos caratulados: WIEJSKI MARCELA CLAUDIA C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO (CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION) S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO" (Expte. N° I-2RO-525-L2016 I-2RO-525- L2016), venidos a despacho a resolver.

I.- Se inician estos actuados con la demanda contencioso administrativa presentada por Marcela Claudia Wiejski, por propio derecho y con el patrocinio letrado de los Dres. Matías Gaston Lafuente y Marili Betsabe D´Amico, contra el Consejo Provincial de Educación de la Provincia de Río Negro, a efectos de que se le abone por el período de prescripción y desde allí se regularice el pago a futuro de las sumas no abonadas por el cargo de maestro de Idioma Extranjero en la Escuela Buena Parada N° 14, obtenido mediante Disposición N° 76/08.

Asimismo, peticiona como medida cautelar innovativa que se le permita continuar laborando en el cargo de maestro de grado idioma extranjero, en carácter de readecuada y percibiendo los haberes correspondientes por tal trabajo, mientras dure el proceso entablado.

Refiere que desde el día 15 de febrero de 2008 se desempeñó en dos cargos. Por un lado, como maestra titular de la Escuela 256 y por el otro, como maestra interina de Idioma Extranjero en la Escuela 14 de la localidad de Río Colorado.

Que con motivo de la sobrecarga laboral soportada en dicho período, sufrió una enfermedad profesional, diagnosticada el día 14 de agosto de 2008, y que, luego de una rehabilitación otorgada por la ART, en fecha 13 de agosto de 2009 se le indicó readecuación de tareas.

Explica que hasta el día 1 de julio de 2010 se le abonaron los haberes correspondientes a ambos cargos, pero que a partir de tal fecha en adelante -y a excepción del SAC en el mes de julio de 2010 y el proporcional de vacaciones por el cargo de la Escuela N° 14 en el mes de enero de 2011- comenzaron a pagarle por uno sólo de los cargos, específicamente, por el de titular en la Escuela N° 256.

Entiende que tal accionar resulta arbitrario y vulnera las disposiciones de la Resolución N° 893/06 que prevé: "...ARTÍCULO 1°: DETERMINAR que los trabajadores de la Educación que sufrieran accidentes de trabajo o padecieran enfermedad profesional, cualquiera sea su situación de revista, tendrán derecho a la reubicación y a la reserva del puesto de trabajo, en los cargos u horas cátedra en que se desempeñaba al momento del accidente o que conociera la enfermedad y al cómputo de la antigüedad durante su

vigencia, hasta el agotamiento del período máximo de licencia por enfermedad y por todo el tiempo que el trabajador permanezca en situación de invalidez provisional incluido el plazo de readecuación de tareas. ARTÍCULO 2º: ESTABLECER que para la conservación del puesto de trabajo fijada en el Artículo 1º se realizará automáticamente una vez denunciado el accidente o enfermedad profesional. Por intermedio de los Departamentos de Vacantes respectivos, el Consejo Provincial de Educación, mediante codificación específica, se arbitrarán los recaudos necesarios a los fines de evitar que la vacante cubierta por el docente en las circunstancias de la presente Resolución se la afecte y en consecuencia el agente quede sin los cargos correspondientes. Será responsabilidad conjunta entre el Departamento de Vacantes de los diferentes Niveles y/o Modalidades y la Dirección de Personal Docente el cumplimiento estricto de la presente Normativa...".

Considera que en base a tal normativa, la Administración debió mantener el haber que percibía hasta el momento de enfermarse profesionalmente y hasta el alta definitiva.

Que notada la irregularidad de la administración, el día 29 de julio de 2015 interpuso reclamo administrativo pidiendo se aplique la Resolución citada. Que en fecha 26 de octubre de 2015 peticionó pronto despacho, respondiendo la Administración mediante Disposición N° 05/16 por la cual se rechazó el reclamo interpuesto, dándole tratamiento de "Recurso de Reconsideración".

Destaca que jamás existió acto administrativo alguno -o al menos que se le notificara- dando de baja el segundo de sus cargos, sino que entiende que la administración actuó ilegítimamente a través de las vías de hecho administrativas, dejando de abonar los haberes que, de acuerdo a la Resolución N° 983/06, le correspondía percibir.

Advierte sobre el accionar paradójico de la Administración quien, al momento de abonarle los haberes del mes de noviembre de 2015 y luego de iniciado el reclamo de fecha 29/7/2015, lo hace por los dos cargos disponiendo en el rubro omitido la leyenda "treinta días más", lo cual implica, a su criterio, el reconocimiento mediante una nueva vía de hecho del derecho que reclama, al abonarsele el cargo que solicita con más un mes de haberes retroactivos.

Asimismo, refiere que el día 4 de diciembre de 2015 la Supervisora de Nivel Primario le notificó verbalmente la necesidad de ubicarla en el cargo restituido, a raíz de una indicación telefónica recibida de la Unidad de Gestión, lo que ocurre desde el día 4/12/2015 según certificación que acompaña, cumpliendo tareas administrativas también en el turno tarde, por encontrarse readecuada en tareas.

Que esas funciones las desempeña hasta el día 6/7/2016, fecha en la cual se ve imposibilitada de continuar haciéndolo, por disposición de Supervisión Nivel Primario, que recibe la orden de impedirle a la actora cumplir el horario en turno tarde.

Aclara que también durante ese período -desde el 4/12/2015 y hasta mayo de 2016- se le abonó por los dos cargos y que recién con el haber mensual de junio de 2016 dejó de percibir el haber por dicho concepto.

Considera que el accionar de la Administración encuadra en la teoría de los actos propios.

Por último, refiere que en fecha 18/5/2016 interpone recurso jerárquico contra la Disposición N° 05/16 y que, transcurridos los plazos de ley sin que medie resolución, peticionó pronto despacho, sin obtener respuesta, lo que la obliga a recurrir a esta vía jurisdiccional.

En tren de fundar la ocurrencia de los presupuestos procesales del pedido cautelar, sostiene que la verosimilitud del derecho que invoca debe tenerse por satisfecha, en atención al fallo "Sardi", la teoría de los actos propios y la existencia de las vías de hecho administrativas denunciadas.

En relación con el peligro en la demora, estima justificado el recaudo en atención al derecho al trabajo y fundamentalmente el carácter alimentario del haber, por ser sustento del hogar familiar, existir una diferencia económica considerable entre cobrar el haber con un cargo que con dos cargos y la circunstancia de limitar su reclamo al ejercicio de la totalidad de la carga horaria y con ello los haberes durante la tramitación del proceso y no, la diferencia histórica de los haberes.

Ofrece caución juratoria a fin de cumplir el recaudo de contracautela y destaca finalmente que la medida que solicita no afecta el interés público comprometido. Asimismo, destaca la imposibilidad de obtener una resolución pronta en sede administrativa o judicial, por un mecanismo distinto que la medida cautelar que aquí se intenta.

Por providencia de fs.48 se ordena el pase de los AUTOS al ACUERDO para resolver.

II.- Así formulada la cuestión, corresponde decidir la procedencia de una medida cautelar que tal como viene planteada se presenta del tipo innovativo, en tanto su objeto consiste en ordenar al Consejo Provincial de Educación de la Provincia de Río Negro que se le permita a la actora continuar laborando el cargo de maestro de grado Idioma Extranjero, en carácter de readecuada, percibiendo los haberes respectivos durante la tramitación del proceso aquí iniciado.

Lo primero que se avizora es que el pedido cautelar coincide sustancialmente con la pretensión de fondo, pues remite al mismo análisis jurídico de la controversia objeto de la litis.

Sobre los alcances que imponen los presupuestos del instituto en situaciones como la descripta, cabe citar lo expuesto en los autos "VILLEGAS MONSALVE ROBINOT c/ PROVINCIA DE RÍO NEGRO (CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACIÓN) s/ AMPARO" (Expte. Nº 2CT-20.282-08, Sentencia Interlocutoria del 13/5/2008) en orden a que la jurisprudencia ha pergeñado para supuestos de esta índole recaudos que en cuanto a rigurosidad, exceden los genéricos, desde que en tales casos, "...para que el objeto de las medidas cautelares coincida con el de la pretensión de fondo planteada en la demanda, el actor debe acreditar que el daño a prevenir sea inminente e irreparable pues, si las mismas trascienden su ámbito natural -el asegurativo- para significar un adelanto total o parcial de la pretensión principal, deben ser ponderadas como una excepción a fin de no mancillar el derecho de defensa en juicio..." (CNCiv., Sala D, sentencia del 16/11/98, "Monje, Ademar c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", L.L., 1999-D, 781-41.752-S).

Asimismo, "...cuando el objeto de la medida cautelar coincide total o parcialmente con el objeto de la pretensión principal -en el caso, acción de amparo-, aquélla no queda invalidada...", pero "...la situación exige una mayor ponderación de los elementos en que se la funda, pues sólo cabe hacer lugar a este tipo de cautelares ante la certidumbre de que el daño a prevenir reviste el carácter de inminente e irreparable..." (CNCiv., Sala D, sentencia del 26/09/97, "Bella, Elvira I. c/ Federación Argentina de Tiro", L.L., 1998-B, pág.626).

| Cabe destacar, que además la materia en la cual se encuentra enmarcado el pedido cautelar en este trámite refuerza la necesidad de ahondar los parámetros de estrictez, de manera que la eventual procedencia del pedido no lleve "...al abandono, menoscabo o conversión en abstracto de los señeros principios del Derecho Público: la presunción de legalidad del acto administrativo, su ejecutoriedad, la división de poderes y la garantía de la defensa en juicio..." (cfr. el voto del Dr. Alberto Balladini, en la causa "Brillo, Mirta Raquel", cit.).

Es así que el Alto Tribunal Provincial, siguiendo a Augusto M. Morello, sostuvo al resolver en autos "García, Antonio Francisco s/ prohibimus" (Sentencia Nº 167/03 del 23/12/03), que "...los actos de la Administración gozan de presunción de legitimidad; y que su fuerza ejecutoria faculta al Estado a ponerlo en práctica por sus propios medios e

impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario...”, lo cual significa “...que ante la petición de suspensión del acto que se cuestiona en juicio, para que el Juez disponga tal medida, habrá que verificar el cumplimiento de ciertos recaudos. Por un lado los que son propios de todas las medidas cautelares y, por el otro, de modo suplementario, sumándose a los otros, aquéllos que se han de reunir por tratarse de una medida tomada contra la Administración Pública...”.

Así, “...respecto a la fuerte probabilidad de la existencia del derecho sustancial, éste impone un estado de convicción intermedio entre la simple verosimilitud del derecho - exigido para las medidas cautelares- y la certeza -ficta o subjetiva- que requiere la sentencia...”, siendo necesario “...que se revele con más fuerza al convencimiento del Juez el derecho de quien peticiona la medida, bastando la existencia de indicios suficientes para calificar la existencia de resistencia en el demandado y que tal resistencia es probablemente antijurídica...”. Y de otro lado, “...no basta invocar eventuales perjuicios que resultarían de no decretarse la medida de no innovar, sino que es menester demostrar acabadamente que cualquier cambio a producirse en la situación existente significaría la posibilidad de convertir la decisión definitiva a dictarse, de cumplimiento ilusorio...”.

En concreto, de acuerdo con lo precedentemente expuesto y la doctrina mayoritaria, son cinco los recaudos a verificar frente a la especial materia involucrada en el caso (cfr. Patricio Marcelo Sammartino, “Principios Constitucionales del Amparo Administrativo”, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, pág.331; Alejandro J.E. Moldes, “El Derecho Procesal Constitucional de Río Negro”, Bariloche, Latitud Sur, 2007, pág.113 y ss.), a saber:

El primero la verosimilitud del derecho, que despliega su alcance a través de un doble requisito de ponderación. Por un lado el común “*fumus boni juris*” del art. 230, inc.1º del CPCC y, por el otro, la verosimilitud de la ilegitimidad del acto o “*fumus mali actis*”, donde es necesario verificar si el acto padece posibles vicios en alguno de sus elementos esenciales, susceptibles de determinar la declaración de nulidad en el marco del proceso. Ambos en conjunto constituyen la apuntada fuerte probabilidad de que el derecho invocado exista.

El segundo es el riesgo de daño jurídico irreparable, donde el peligro en la demora del art. 230, inc.2ª del CPCC, debe elevarse a un nivel tal que haga previsible la imposibilidad de la sentencia de fondo de restablecer in natura el íntegro ejercicio del

derecho lesionado, o bien, aun cuando esto fuere factible, si se verifica que el cumplimiento del acto impugnado por parte de la autoridad, tiene entidad suficiente como para provocar lesiones que –malgrado aquel restablecimiento- serán irreversibles al momento de la resolución conclusiva de pleito.

El tercero la contracautela (art.199 del CPCC), a efectos de asegurar el resarcimiento de los daños que podrían resultar de una medida solicitada sin razón.

Luego, si bien específico de los procesos constitucionales, aunque no debe perderse de vista en los de conocimiento, se añade como cuarta exigencia, la no frustración del interés público, donde la tutela cautelar debe ceder si su dictado es susceptible de provocar un menoscabo indudable sobre los bienes jurídicos comunes, esto es, las relaciones de disponibilidad o utilidad comunes a las personas que integran la comunidad. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en supuestos de esta índole, “...ha exigido recaudos más severos y estrictos para la apreciación de los presupuestos: que la ilegitimidad atribuida a la decisión del poder administrador evidencie un vicio notorio, patente o que el acto impugnado pudiera producir un perjuicio irreparable...” (cfr. Patricio Sammartino, op.cit., pág.337, con cita de Fallos 307:1994; 307:2267; 312:409; 314:1209; 322:1417; 323:331; entre otros).

Por último como quinto, la imposibilidad de obtener la medida cautelar por otra vía.

Bajo tales parámetros, corresponde tratar en primer lugar, el primero de los requisitos, esto es la "verosimilitud en el derecho o *fumus boni iuris*" y la verosimilitud de la ilegitimidad del acto o "*fumus mali actis*".

Así, cabe destacar que el derecho reclamado por la actora no se presenta en esta instancia liminar del proceso con el grado de certeza necesario como para dar curso al pedido cautelar innovativo, en tanto si bien la Resolución N° 893/06 reconoce el derecho de los trabajadores de la Educación que sufrieran accidentes de trabajo o padecieran enfermedad profesional, cualquiera sea su situación de revista "...a la reubicación y a la reserva del puesto de trabajo, en los cargos u horas cátedra en que se desempeñaba al momento del accidente o que conociera la enfermedad y al cómputo de la antigüedad durante su vigencia, hasta el agotamiento del período máximo de licencia por enfermedad y por todo el tiempo que el trabajador permanezca en situación de invalidez provisional incluido el plazo de readecuación de tareas..." (Artículo 1°), lo cierto es que la cuestión planteada en autos requiere de un debate de mayor profundidad, a fin de establecer si dicho artículo se aplica aún en supuestos de cargos a "término".

Cabe señalar, que en la Disposición N° 05/16 -que resolvió el reclamo de la actora en sede administrativa- se dijo que: "...la docente WIEJSKY, Claudia Marcela no fue designada en un cargo de Maestra en la Escuela Primaria N° 14 sino como Tallerista 20hs Interina Condicional con Alta el 15/02/2008; Que tratándose de un cargo a término cesó el día anterior a la Asamblea de Interinatos y Suplencias 2009; Que de acuerdo a lo establecido por Resolución N° 787/06 del Consejo Provincial de Educación actualmente derogada pero en vigencia durante el período de designación de la reclamante, la designación de los talleristas estaba vinculada con la aprobación del Proyecto de que se trate, así como también, la implementación de tales proyectos eran monitoreados y evaluados tanto por cada institución como por una Comisión Evaluadora; Que la Dirección de la Escuela Primaria N° 14 informó en su nota de fecha 21/03/16 que la Sra. WIEJSKY, Claudia Marcela se hizo cargo del proyecto "Convivir en Inglés", que los cargos son "a término" y que para el ciclo 2009 se hizo una nueva propuesta designándose a otra persona al frente del mismo; Que de acuerdo a lo expuesto por la Sra. WIEJSKY, Claudia Marcela la situación de la docente no se encuadra en la franquicia establecida en los Arts. 1° y 2° de la Resolución N° 893/06 del Consejo Provincial de Educación ya que tratándose de una designación "a término", no se configura una "vacante" (puesto de trabajo) que reservar...".

De tal forma, la ilegalidad de la actuación de la Administración denunciada por la actora, no se verifica con el grado de nitidez necesario que se requiere para la procedencia del tipo de medidas pretendidas en este estadio, según los parámetros señalados precedentemente.

Sin que tampoco incida en la cuestión los supuestos reconocimientos de hecho efectuados por la Administración en los recibos de haberes de los meses de diciembre del año 2015 a mayo del año 2016 o los dichos de la Supervisora de Nivel Primario en el sentido de ser necesaria la reubicación en el puesto "a raíz de una indicación telefónica recibida de la Unidad de Gestión...", pues frente a la categoricidad de los términos de la disposición transcrita no resultan tales hechos suficientes como para dar por tierra las razones allí invocadas.

Tampoco se advierte de qué manera el precedente "SARDI MARIA DEL CARMEN NICOSIA S/ ACCION DE AMPARO S/ APELACIÓN" (Expte. n° 20.932/06-STJ, Se. n° 42 del 05/04/2006) sirve de fundamento para la procedencia de la cautelar peticionada, pues en dicha causa lo que la actora pretendía era que se le permitiera continuar desarrollando sus tareas habituales hasta tanto quedara firme o se revocara la

sanción impuesta por la Junta de Disciplina Docente mediante Res. N° 112/05 de dicho Cuerpo que había sido recurrida por su parte; en tanto en los presentes ningún sumario ha sido iniciado contra la actora, antes bien, se ha dejado de abonar los haberes por un cargo -a término e interino- que invoca debió mantenerse con tareas readecuadas.

Por último, tampoco se advierte la concurrencia del segundo de los presupuestos, cual es el peligro en la demora, a un grado tal que implique que la falta de adopción de la medida cautelar torne de cumplimiento ilusorio la sentencia definitiva, toda vez que, independientemente de las razones invocadas -entendibles por cierto- en torno a la necesidad del salario, nada obsta a que, al momento de dictarse la sentencia, de ser el caso, se reconozcan a la actora los salarios devengados al amparo de la Resolución que invoca como sustento de su derecho.

Roland Arazi y Jorge A. Rojas, en la obra "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T. I, pág. 749 señalan que: "Este peligro es el que señala el interés jurídico del peticionario. Constituye la justificación de la existencia de las medidas cautelares; se trata de evitar que el pronunciamiento judicial, reconociendo el derecho de aquel, llegue demasiado tarde y no pueda cumplirse el mandato...".

Por todo lo expuesto, LA CAMARA DEL TRABAJO DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL SALA I CON ASIEN TO EN ESTA CIUDAD, RESUELVE:

- I.- RECHAZAR la medida cautelar innovativa planteada por la actora a fs. 43vta/48, sin costas, toda vez que por la naturaleza de éstas, la cuestión no fue incidentada.
- II.- Regístrese y notifíquese.

Dr. José Luis Rodríguez
Vocal de Trámite Sala I

Dr. Nelson Walter Peña Dra. Paula I. Bisogni
Vocal de Sala I Vocal de Sala I \n

Ante mi: Dra. María Magdalena Tartaglia
-Secretaria subrogante-