

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 18 de diciembre de 2013, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Hitters, Negri, de Lázzari, Genoud, Kogan, Soria**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa Q. 71.005, "F. , V. A. contra Fisco de la Provincia de Buenos Aires sobre pretensión anulatoria. Recurso de queja".

A N T E C E D E N T E S

I. La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, al hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por Fiscalía de Estado, revocó la decisión de primera instancia que había ordenado al Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a título cautelar, suspender los efectos de la resolución 430/07 y su convalidatoria 814/09 y reincorporar al señor V. A. F. al Escalafón Administrativo del Servicio Penitenciario Bonaerense hasta tanto se dictara sentencia (fs. 111/112).

II. Disconforme con tal pronunciamiento, el accionante dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 116/121), cuya concesión fue denegada con fundamento en la falta de definitividad de la decisión

impugnada (fs. 126/127).

III. Interpuesta contra tal resolución la queja prevista en el art. 292 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 186/202), este Tribunal, mediante resolución de fecha 2-XI-2011, declaró mal denegado el recurso, concediéndolo (fs. 206/207).

IV. Dictada la providencia de autos (fs. 207) y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia definitiva, corresponde plantear y votar la siguiente

C U E S T I Ó N

¿Es fundado el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto a fs. 116/121?

V O T A C I Ó N

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

I. La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, al hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por Fiscalía de Estado, revocó la decisión de primera instancia que había ordenado al Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a título cautelar, suspender los efectos de la resolución 430/07 y su convalidatoria 814/09 y reincorporar al señor V. A. F. al Escalafón Administrativo del Servicio Penitenciario Bonaerense hasta tanto se dictara sentencia (fs. 111/112).

Refirió el **a quo** que la decisión administrativa cuestionada en autos -dictada en expte. 21222-491003/04 Alc. 3/05-, por la cual se dio de baja al actor del Servicio Penitenciario, se sustentó en su falta de aptitud psicofísica, ya que el dictamen de la Junta Médica que diagnosticara que aquel padecía epilepsia e hipotiroidismo, aconsejó que sólo podría desempeñarse cumpliendo tareas administrativas dentro de la Institución en el escalafón administrativo, ya que las tareas del escalafón general podrían ser perjudiciales para su salud.

Reseñó que la jueza de grado había meritado, a efectos de conceder la medida precautoria, la existencia de la verosimilitud del derecho de conformidad al art. 11 de la Constitución provincial y la ley 25.404 -sobre medidas especiales de protección al enfermo de epilepsia-, el peligro en la demora, en tanto la ejecución del acto administrativo impugnado podía constituir perjuicios directos de carácter alimentario, y que la medida dispuesta no permitía avizorar una grave afectación del interés público.

Para revocar tal pronunciamiento, sustancialmente, el **a quo** consideró, en los términos del art. 22 del Código Contencioso Administrativo, ley 12.008, analizando el requisito de verosimilitud del derecho, que la conducta de la demandada ofrece un grado de controversia insusceptible

de tratamiento en la etapa cautelar y que queda expuesta en una materia que transcurre por el carácter provisional que establece el art. 9 del decreto ley 9578/1980, el mérito relativo a la acreditación de la exigencia del art. 3 inc. "b" del mismo cuerpo legal y las derivaciones de ingreso que procura el actor.

Por tal razón, teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso, advirtió que la materia sometida a examen exigía mayor debate y prueba que el propio de esta etapa procesal, aún para el juicio de apariencia necesaria para sostener la viabilidad de un buen desempeño laboral con la patología que padece el actor y acreditada por la demandada.

II. El recurrente critica la decisión de la Cámara desde una doble perspectiva: **i)** por un lado, denuncia que ha incurrido en una errónea aplicación de la ley al aplicar al caso el art. 9 del decreto ley 9578/1980; **ii)** por otro, asegura que ha violado la doctrina legal sentada en la causa B. 62.599, "R.L.N.", sent. del 5-IV-2006.

En relación al primero de los tópicos pone de manifiesto, en esencia, que *"... el artículo 9° del decreto ley 9578/80, es inocuo para aplicarlo al caso en particular, ya que luego de la intervención de la Junta Médica Superior del Servicio Penitenciario Bonaerense a*

través de su dictamen, se determinó la patología (epilepsia hipotiroidismo) del actor, avalando científicamente conforme a las facultades que le es atribuida por la competencia conferida por la normativa legal, de acuerdo a su especialidad (art. 3 inc. 'b'; 133; 154 y 135 ccts. Dto. Ley 9578/80 y Dto. Reglamentario 342/81) el grado de aptitud psicofísica e idoneidad para ingresar a laborar al Servicio Penitenciario dentro del **escalafón administrativo**". Razón por la cual, el citado art. 9° de dicho plexo normativo, que es concordante con el art. 5° del Dto. Reglamentario 342/81, no es aplicable al presente caso toda vez que refiere solamente a la situación de "los cadetes, aspirantes a Oficiales del Escalafón General del Servicio Penitenciario que son designados con carácter provisional por el tiempo de duración de los cursos en la Escuela Penitenciaria (v. art. 4° 1 Dto. Ley 9578 y art. 14 inc. 2 Dto. 342/81)".

En punto al segundo argumento refiere que el **a quo** ha contrariado en forma manifiesta y ostensible la doctrina legal que refiere a la protección de las personas discapacitadas -en el caso con una patología de epilepsia- tuteladas concretamente por la ley nacional 25.404, la ley provincial 10.592, el art. 36 inc. 5 de la Constitución provincial al aplicar en forma restrictiva las normas invocadas.

III. Por las razones que en adelante expongo, en mi parecer, el recurso peca de insuficiencia (arts. 279 último párrafo, C.P.C.C.; 60.1, C.C.A., ley 12.008 -texto según ley 13.101-).

1. Como quedara de manifiesto líneas arriba, el **a quo** fundamentó la revocación de la medida precautoria dispuesta en primera instancia sosteniendo la ausencia de verosimilitud del derecho invocado.

A tal fin adujo **i)** el carácter provisional de la designación de los cadetes, aspirantes a oficiales del Servicio Penitenciario; **ii)** el mérito relativo a la acreditación de la aptitud psicofísica y **iii)** las derivaciones de ingreso que procura el actor.

En definitiva, negó que se hallara configurado el **fumus boni iuris** por cuanto, el accionante, en tanto cadete, aspirante a oficial del servicio penitenciario, sólo contaba con una designación de carácter provisional, sujeta a la aprobación de los cursos de capacitación dictados por la Escuela Penitenciaria, cursos que se vio imposibilitado de proseguir, atento la patología que lo afectaba y en tanto podrían ser perjudiciales para su salud.

A ello añadió que tampoco era predicable el humo de buen derecho respecto de las derivaciones de ingreso que procuraba el accionante, quien -sobre la base de lo

dictaminado por las Juntas Médicas, en el sentido de que podría desempeñarse dentro de la institución en el escalafón administrativo-, pretende su incorporación definitiva en tal carácter.

2. El recurrente ensaya la primera crítica sosteniendo que el art. 9 es inocuo en el caso particular, porque no sería aplicable al escalafón administrativo, aunque sin explicar las razones que fundamentan tal aserto.

A tal fin no resulta suficiente la sola cita de diversos preceptos legales y reglamentarios, en tanto, en definitiva, no justifica que a partir de la aplicación de éstos, quede enervada la subsunción en la norma actuada por el **a quo**.

Al propio tiempo -y aún con prescindencia de lo expuesto- tampoco explica de qué manera, ubicado en la situación de los preceptos cuya aplicación reclama, justificaría la apariencia de buen derecho para ser incorporado, con carácter definitivo, al escalafón administrativo, partiendo de la base de que su vinculación originaria con el Servicio Penitenciario tenía por objeto desempeñarse en el escalafón general, como aspirante a oficial del servicio penitenciario, contando, en consecuencia, con una designación de carácter provisional.

Cabe recordar que reiteradamente ha sostenido este Tribunal que el recurso extraordinario de

inaplicabilidad de ley debe ser autosuficiente para que de su lectura pueda advertirse el error o la transgresión en la aplicación de la ley, carga procesal que sólo se cumple si se concreta una impugnación eficaz de las motivaciones del fallo y se demuestra la violación de los preceptos que lo sustentan. De allí que resulte insuficiente la impugnación que se limita a exhibir su postura contraria con el pronunciamiento recurrido, omitiendo rebatir con la debida cita legal los fundamentos esenciales del mismo (conf. causas Ac. 89.114, sent. del 6-IX-2006; C. 98.045, sent. del 23-IV-2008).

3. En la restante parcela de ataque se observa nuevamente un déficit explicativo en orden a comprobar cómo, concretamente, se configura en el caso la violación de los preceptos legales y supralegales invocados (art. 36 inc. 5 de la Constitución provincial; Constitución nacional; Tratados; leyes 25.404 y 10.592) que protegen a las personas con discapacidad y, correlativamente, de la doctrina legal emergente de la causa B. 62.599, "R.L.", sent. del 5-IV-2006.

Es que, sin que ello importe negar el contenido tutelar de dicho marco normativo en cumplimiento efectivo del principio de igualdad real de oportunidades y de trato (art. 75 inc. 23 de la Constitución nacional), es de destacar la omisión por parte del recurrente de toda

explicación tendiente a justificar el **fumus boni iuris** para lograr el acceso definitivo al agrupamiento administrativo.

Para más igual defecto cabe predicar respecto de la doctrina legal invocada en tanto las circunstancias que dieron lugar a la solución en aquel precedente distan de las que aquí concurren.

En efecto, allí la pretensión fue promovida por una persona que, acreditando una discapacidad en los términos del art. 3 de la ley 10.592, requirió su designación como agente de la Administración provincial, fundando su derecho en el incumplimiento del deber estatal de ocupar a personas discapacitadas que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo, como mínimo, en el cuatro por ciento de la totalidad del personal (art. 8 de la mencionada ley), circunstancia que quedara acreditada en el proceso. Por lo demás, en el mentado precedente, la sentencia acogió parcialmente dicha pretensión, en tanto si bien reconoció el derecho de la accionante como aspirante a la cobertura del cupo fijado por el art. 8 de la ley 10.592, no condenó sin más a su designación, sino que le impuso a la Administración demandada, teniendo en cuenta los restantes requisitos fijados por dicha normativa y en cuanto sean compatibles con las premisas señaladas por la ley 10.430, dicte un nuevo acto administrativo ajustado a las pautas allí fijadas.

Sabido es que la cita de doctrina legal deviene ineficaz si en los precedentes invocados en el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley mediaron presupuestos de hecho y derecho diferentes a los propios del caso en juzgamiento (conf. causas L. 72.894, "Francano", sent. del 25-IV-2001; L. 74.813, "Prego", sent. del 21-V-2002; L. 85.676, "Rocha", sent. del 30-VII-2006; L-82.813, sent. del 7-V-2008).

IV. Por las razones expuestas, el recurso merece ser desestimado (arts. 289, último párrafo, C.P.C.C.; 60.1 C.C.A., ley 12.008 -texto según ley 13.101-).

Voto por la **negativa**.

Con costas al recurrente vencido (arts. 68 y 289, C.P.C.C.; 60.1, C.C.A., ley 12.008 -texto según ley 13.101-; conf. doctrina mayoritaria en causa B. 68.914, "Larrauri", sent. del 22-XII-2008).

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

I. Disiento con la solución propiciada por mi colega preopinante, en tanto considero que el recurso en tratamiento debe prosperar.

II. En reiteradas oportunidades este Tribunal ha expresado que la finalidad del instituto cautelar no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, motivo por el cual la procedencia de toda

medida precautoria no exige de los jueces un examen de certeza sobre el derecho pretendido, sino verificar la verosimilitud del derecho y la existencia de 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 (conf. art. 230 del C.P.C.C. y doct. causas I. 1947, "Bruno de Monterrubianesi", res. del 5-X-2005; I. 68.807, "Madueño", res. del 10-X-2007; entre otras).

En cuanto al recaudo del peligro en la demora, definido como "el peligro de que, mientras el órgano jurisdiccional realiza su tarea, la situación de hecho se altere de un modo tal que, a la postre, resulte ineficaz o tardío su mandato, expuesto a llegar cuando el daño sea irremediable" (conf. Morello, Passi Lanza, Sosa y Berizonce, "Códigos Procesales Comentados y Anotados", Ed. Platense, 1971, t. III, p. 60), se ha dicho que el mismo debe ser juzgado de acuerdo a un juicio objetivo o derivar de hechos que pueden ser apreciados incluso por terceros (Fallos 314:711; 317:978; 319:1325; 321:695, 2278; 323:337, 1849; 326:1999, 3658).

III. Tales premisas han sido soslayadas por el **a quo**, quien decidió dejar sin efecto el remedio cautelar concedido sin evaluar la delicada situación de salud del recurrente y desplazó, de ese modo, las normas aplicadas

por la jueza que previno -las que fueron denunciadas asimismo a fs. 187 vta./200 del escrito en análisis- las que tienden a garantizar la debida tutela e igualdad de oportunidades a quienes padecen una afección como la que presenta el accionante.

A ello cabe agregar que dado el tiempo que previsiblemente insumiría arribar a la sentencia definitiva, cabía presumir que la privación de su ingreso alimentario y la ausencia de una cobertura médica podrían ocasionarle al nombrado un gravamen de muy difícil reparación ulterior.

IV. Las razones expuestas resultan suficientes para hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto y revocar, en consecuencia, la sentencia recurrida, manteniendo la de primera instancia en cuanto hizo lugar a la medida cautelar requerida.

Voto por la **afirmativa**.

Costas a la vencida (arts. 68 y 289 del Código Procesal Civil y Comercial).

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázzari dijo:

I. En lo que interesa a los fines de la decisión del recurso interpuesto, los antecedentes del caso son los siguientes:

1. El señor V. A. F. dedujo acción contencioso

administrativa contra la Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Justicia -Servicio Penitenciario Bonaerense-, en adelante S.P.B.) solicitando la declaración de nulidad de la resolución ministerial 430/2007 por la cual se dispuso la baja del accionante de la Escuela de Cadetes en la cual éste cursaba la carrera para Oficial del Escalafón General. Asimismo, peticionó el otorgamiento de una medida cautelar consistente en la suspensión de los efectos del citado acto segregativo (v. escrito de demanda a fs. 47/66; especialmente su punto VII).

Relata que se desempeñó como cadete en el S.P.B. y que, debido a problemas en su salud (diagnóstico sobreviniente de epilepsia e hipotiroidismo), luego de las pertinentes evaluaciones por la Junta Médica de la Sección Sanidad, pese a que la misma consideró que podría trabajar dentro de la institución en el Escalafón Administrativo, mediante resolución 430/2007 se dispuso su baja como alumno de primer año del Instituto Superior de Formación y Capacitación del Servicio Penitenciario por carecer de aptitud psicofísica para ingresar al Escalafón General, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 4 y 9 del decreto ley 9578/1980 y 5, 6, 133 y 134 del decreto 342/1981.

Sostiene que la resolución segregativa resulta ilegítima por desconocer los propios dictámenes médicos previos, presentando en tal marco los vicios de falta de

causa y ausencia de adecuada motivación; así como por vulnerar derechos constitucionales tales como el derecho a trabajar y a la no discriminación en razón de una enfermedad.

Argumenta que el S.P.B. lo ha estigmatizado socialmente, discriminándolo de manera positiva al no permitirle cursar sus estudios e ingresar a trabajar oficialmente por padecer una enfermedad discapacitante, pero que en modo alguno lo inhibe de cumplir sus obligaciones en el marco del Escalafón Administrativo de la entidad demandada.

Funda la procedencia de la medida cautelar requerida, al haber acreditado la verosimilitud en el derecho (conf. lo dispuesto por el art. 11 de la Const. pcial. y la ley 25.404 -de Adopción de Medidas de Protección para las Personas que padecen Epilepsia-), peligro en la demora y no afectación grave del interés público y contracautela suficiente.

2. La jueza de primera instancia interviniente hizo lugar a la medida cautelar peticionada ordenando al Ministerio de Justicia -S.P.B.- que suspenda los efectos de la resolución 430/07 y su convalidatoria 814/09 e incorpore al señor F. al Escalafón Administrativo del citado Servicio hasta tanto se dicte sentencia en el **sub judice** (v. res. del 15-XII-2009, obrante a fs. 69/73).

Disconforme con tal pronunciamiento, la accionada dedujo recurso de apelación solicitando la revocación de la medida cautelar decretada (fs. 86/89), el que fue acogido por la alzada en su sentencia del 27-IV-2010 (v. fs. 111/112).

3. Las motivaciones esenciales del fallo de la Cámara impugnado, son las siguientes:

a. De las actuaciones no surge el cumplimiento del requisito de verosimilitud del derecho que la norma procesal aplicable (art. 22 y cc. del C.C.A.) exige para la procedencia de una medida cautelar como la solicitada por la actora en autos.

Así afirma que la tutela requerida: "... prima facie, no supera el examen favorable de los recaudos que hacen a su admisión (art. 22, inc. 1º y 25, C.C.A.). Ello, en tanto se observa en esta causa que la conducta de la Administración demandada ofrece un grado de controversia de insusceptible tratamiento en etapa cautelar y que queda expuesta en una materia que transcurre por el carácter provisional que establece el art. 9 del Dec.-ley 9.578/0, el mérito relativo a la acreditación de la exigencia del art. 3 inc. 'b' del mismo cuerpo legal y las derivaciones de ingreso que procura el actor".

b. Agrega que la cuestión controvertida, por tales razones, precisa ser sometida a un "mayor debate y

prueba que el propio de esta etapa procesal aún para el juicio de apariencia necesaria para sostener la viabilidad del buen desempeño laboral con la patología que padece el actor y acreditada por la demandada".

c. Finalmente destaca que no habiendo sido abastecido el requisito de verosimilitud del derecho no procede el ingreso al estudio de las restantes exigencias procesales, pues la traba de diligencias cautelares requiere la concurrencia de todos sus presupuestos de admisibilidad, sin que la falta de uno pueda ser suplida enteramente por el otro.

4. En la presentación obrante a fs. 116/121 la parte actora interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley contra la sentencia de Cámara, afirmando entre los fundamentos de sus agravios que:

a. El fallo de Cámara recurrido aplicó incorrectamente el art. 9 del decreto ley 9578/1980 ya que, luego de la intervención de la Junta Médica Superior del S.P.B. a través de su dictamen, se determinó la patología del señor F. , avalando científicamente el grado de aptitud psicofísica e idoneidad para ingresar a laborar al Servicio Penitenciario dentro del "Escalafón Administrativo". Tal circunstancia, según afirma, hace evidente la inaplicabilidad del citado artículo (referido a los cadetes aspirantes al "Escalafón General") al presente caso, donde

la propia resolución cautelar otorgada en primera instancia, circunscribe la incorporación del agente F. precisamente al Escalafón Administrativo.

b. Por otra parte sostiene el recurrente que la decisión judicial atacada viola la doctrina legal de esta Suprema Corte desarrollada en el precedente B. 62.599, "Rusiani", sent. del 5-IV-2006, sobre la necesidad de protección de las personas discapacitadas, a través de la inserción y mantenimiento de su vida activa en el seno de la sociedad.

En tal sentido, afirma que la Epilepsia es una patología protegida específicamente por la ley nacional 25.404 y asimismo por la ley provincial 10.592 la que, concordantemente con los arts. 36 inc. 5 y 52 de la Constitución provincial, obligan al Estado local a propender a la incorporación de personas con discapacidad a los puestos de trabajo, con el fin de facilitar su subsistencia e igualdad de oportunidades en la comunidad.

II.1. Efectuado el detalle de los antecedentes de la presente causa, cabe precisar que cuando se persigue la anulación de una decisión administrativa, la verificación de la apariencia del derecho invocado (art. 22 de la ley 12.008, conf. texto ley 13.101), está ligada, en principio, con la nitidez y gravedad de los vicios que presenta el acto cuestionado a tenor de la pretensión impugnativa

articulada. En esa línea de razonamiento este Tribunal ha resuelto con reiteración ("Acuerdos y Sentencias", 1987-IV, pág. 315; 1988-IV, pág. 332; 1989-I, pág. 664; 1992-III, pág. 373, entre muchas) que las medidas suspensivas de los efectos de actos administrativos, habida cuenta de la presunción de validez que éstos poseen, sólo tienen acogida cuando quien acciona los impugna sobre bases **prima facie** verosímiles (conf. doct. causas B. 64.853, "Transporte del Oeste S.A.", res. del 11-XII-2002; B. 62.471, "Oreópulus", res. del 26-II-2003; B. 61.322, "Perojo", res. del 3-IX-2003; doct. C.S.J.N., Fallos 322:2272; 324:2859; 324:2213).

Con todo, ha de tenerse en cuenta que el despacho favorable de medidas precautorias no exige de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo de su verosimilitud (C.S.J.N., Fallos 306:2060; 313:521; 318:2375; esta Suprema Corte causas B. 63.590, "Saisi", sent. del 5-III-2003; B. 65.158, "Burgues", res. del 30-IV-2003, entre otras), pues la modalidad y sentido del aludido recaudo del **fumus** -que cabe sopesar en cada contienda- adquiere matices diferenciales según el tipo y objeto de la pretensión que se hubiera deducido.

2. El recurrente, denuncia que al evaluar la presencia del requisito de verosimilitud del derecho, la Cámara interviniente aplicó incorrectamente el art. 9 del

decreto ley 9578/1980.

2.1. Sostiene el actor que el citado art. 9 -que debe interpretarse en consonancia con los requisitos generales para acceder al Servicio Penitenciario, enumerados en el art. 3 del decreto ley 9578/1980- no obsta en el caso particular para acceder a una medida cautelar como la otorgada en primera instancia.

Ello es así -según aduce el recurrente- después de la intervención de la Junta Médica Superior del Servicio Penitenciario Bonaerense, organismo que resulta avalado científica y jurídicamente por su propia especialidad (conf. arts. 3 inc. "b" del decreto ley 9578/1980 y 133, 135 y 154 del decreto reglamentario 342/81). Destacó que en el dictamen de la referida Junta se determinó la existencia de una patología como la Epilepsia-Hipotiroidismo, opinando que el señor V. A. F. posee aptitud psicofísica (más allá de su patología específica) como para ingresar al Escalafón Administrativo del S.P.B. Considera que con estas opiniones queda sin sustento el argumento dado por la alzada en el punto 5. del fallo de fs. 111/112.

2.2. El referido art. 9, en su actual formulación establece que: "Los Cadetes, aspirantes a Oficiales del Servicio Penitenciario, serán designados con carácter provisional por el tiempo de duración de los cursos de la Escuela Penitenciaria y durante el mencionado período

tendrán los derechos y obligaciones que en forma especial establezca la Reglamentación y estarán sujetos al régimen disciplinario que determine el reglamento interno del Instituto. A partir de la finalización de los cursos, regirán para aquéllos las normas específicas a efectos de su confirmación".

De su lado, el art. 3 de la misma norma puntualiza que son requisitos para la admisibilidad en el Servicio Penitenciario: "... b) Acreditar buena salud y aptitud física y psíquica para el cargo".

En función de ello, estimo que resulta acertado el embate del recurrente, de acuerdo a las constancias del caso, puesto que tal como lo afirma la resolución de la jueza de primera instancia que concedió la medida cautelar a fs. 69/73, la Junta Médica Superior ha dictaminado respecto del accionante, en fecha 18-V-2004 que "tras su evaluación, de acuerdo a la patología que presenta se considera que podría desempeñarse dentro de la Institución en el Escalafón Administrativo, ya que algunas tareas del Escalafón General podrían ser perjudiciales para su salud" (v. copia del acta obrante a fs. 16 del **sub lite**).

De allí cabe concluir que, claramente, el organismo técnico encargado de evaluar el requisito de la "aptitud psico-física para el cargo" (conf. art. 3 inc. "b" del decreto ley 9578/1980) lejos de declarar la falta de

aptitud, recomendó positivamente su inclusión en un Escalafón con menos exigencias físicas, con el ostensible propósito de proteger el estado de salud del agente F. , y no como una causal de baja.

En otras palabras, la verosimilitud del derecho emerge de la consideración de los propios actos provenientes de la misma autoridad demandada, en particular sus servicios de sanidad, que han consignado la razonable aptitud del demandante para ser adscripto al Escalafón Administrativo.

2.3. En esta materia, la concesión de medidas precautorias como la requerida en el **sub examine** está subordinada a la demostración de: **i)** la apariencia o verosimilitud del derecho invocado (art. 22 inc. 1.a., ley 12.008, texto conf. ley 13.101); **ii)** el peligro en la demora por el cual el cumplimiento de la sentencia se pudiera convertir en ineficaz o imposible (art. 22 inc. 1.b. de la ley citada), circunstancia que debe lucir particular intensidad ante pretensiones como la aquí analizada (art. 22 inc. 3, ley citada) y **iii)** la no afectación del interés público involucrado (art. 22 inc. 1.c., ley citada).

En la especie, se encuentra **prima facie** acreditado, en el marco de provisionalidad propio de los despachos cautelares, el cumplimiento de los recaudos exigidos para el otorgamiento de la tutela precautoria requerida.

En efecto: Se registra una situación de hecho que no ha sido valorada por la alzada, llegando de ese modo a pronunciar una sentencia interlocutoria que interpreta erróneamente los requerimientos legales para conceder una medida cautelar.

Tal como la jueza **a quo** ponderó a fs. 69/73, cabe reconocer -al derecho invocado por el accionante- verosimilitud suficiente para el despacho favorable de la medida cautelar, en base a los dictámenes e informes y al plexo normativo por ella indicado (arts. 133, decreto 342/1981; 1, 2 y 7 de la ley 25.404 y 11 de la Constitución nacional).

Por otra parte, a la luz de las constancias de la causa, que evidencian la discapacidad que padece el accionante y su particular situación frente a la Provincia de Buenos Aires, es razonable suponer que el apartamiento del ingreso al S.P.B. ocasionaría ora una exclusión ilegítima de un ámbito laboral de inserción, ora alteraciones en el proceso de tratamiento y superación de su enfermedad, con el peligro de producir un daño irreparable en su salud.

Por último, no se observa que el dictado y aplicación de la medida cautelar, en los términos que fue ordenada por la jueza de grado, pudiese causar algún perjuicio al interés público (C.S.J.N., Fallos 331:2135).

3. Consecuentemente, si lo que llevo dicho es compartido, corresponde declarar procedente el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto, revocar la sentencia impugnada y mantener lo decidido por la jueza de primera instancia a fs. 69/73, en lo que fuera materia de debate (art. 289, C.P.C.C.).

Voto por la **afirmativa**.

Con costas a la demandada por resultar vencida (arts. 60.1, ley 12.008, t.o. ley 13.101; 68, primer párrafo y 289 **in fine** del C.P.C.C., doctrina de la mayoría en causa A. 68.914, "Larrauri", sent. del 22-XII-2008).

Los señores jueces doctores **Genoud, Kogan y Soria**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Hitters, votaron también por la **negativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, por mayoría, se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la actora a fs. 116/121.

Costas al recurrente vencido (arts. 68 y 289 C.P.C.C.; 60.1, C.C.A., ley 12.008 -texto según ley 13.101-; conf. doctrina mayoritaria en causa B. 68.914, "Larrauri", sent. del 22-XII-2008).

Regístrese y notifíquese.

HECTOR NEGRI

DANIEL FERNANDO SORIA

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

JUAN JOSE MARTIARENA

Secretario