



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

1

Autos: “**A. R. L. y Otra c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa y de Inconstitucionalidad**” (Expte. N° 18.910 -A- 2002).-----

Nro. de Sentencia: 001

----- En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut a los 6 días del mes de Febrero del año dos mil seis, reunido en Acuerdo el Superior Tribunal de Justicia con la Presidencia de su titular, Dr. Daniel Luis CANEO, y asistencia de los Sres. Ministros Dres. José Luis PASUTTI y Fernando S. L. ROYER para dictar sentencia en los autos caratulados: “**A., R. L. y Otra c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa y de Inconstitucionalidad**” (Expte. N° 18.910 -A- 2002) y atento lo dispuesto por la Acordada N° 3204/00, correspondió el siguiente orden para la emisión de los respectivos votos: Dres. ROYER, PASUTTI y CANEO.-----

----- Acto seguido se resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es procedente la demanda” y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar”.-----

----- A la primera cuestión el Dr. ROYER dijo:-----

----- I.- Se plantea nuevamente en este pleito, la inconstitucionalidad de la Ley N° 4864, que reformó el art. 46 de la N° 2793, aplicada a clasificación y ascensos del personal docente sujeto al Dto. Ley N° 1.820, que mereciera el fallo dado en Sentencia Definitiva N° 2/SCA/05.- Esta preceptiva dispuso “por esta única vez”, la cobertura ///de cargos vacantes por la titularización de personal que había

///

aprobado concursos anteriores de antecedentes y oposición - los N° 1/99 y 2/99- que no obtuvo en esa oportunidad asignación de cargos, y que cuenta con un concepto no inferior a muy bueno, a quienes estas vacantes le serían ofrecidas.- Para la elección, la Ley estatuyó tener en cuenta el puntaje obtenido al momento de aquellos concursos, quedando sin efecto el asignado según Decreto N° 140/99 una vez otorgada la titularidad, sujetando “la presente Ley” al Dto. N° 1.364/00.-----

----- II.- En esta causa, deducen la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad de la referida Ley, las Sras. R. L. A. y E. A. P..-----

----- La primero nombrada –cuya demanda obra a fs. 20/26 y vta.- se encuentra desempeñando el cargo, como titular, de Directora de la Escuela N° *** de ***, de Primera Categoría, de Educación Especial (según surge de los antecedentes de su legajo -fs.175, hoja de concepto- y de la documental acompañada por la demandada en copia certificada - Decreto N° 969/99 y su Anexo I, hoja 2, renglón 3, agregado a fs. 132/133 de autos), con derecho a ascender –dice- al de **Supervisora Técnica Escolar de Educación Especial**, a lo cual obsta la Ley N° 4864, pese a que posee –sostiene- el puntaje más alto de la Provincia para acceder al mismo.- La demanda es confusa en orden a cuál región le interesaría concursar de no aplicarse esa norma, refiriéndose a dos de ellas (I y II), por lo que este ///Cuerpo, en atención a la cautela oportunamente solicitada, resguardó dos cargos –uno en cada una de esas regiones- por SI N° 85/SCA/02 (fs. 28/32).-----

----- A su vez la Sra. P., más clara en su demanda, en causa que se acumulara y obra a fs. 49/56 y vta., refiere que se encuentra

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

3

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

desempeñando como *interina* el cargo de **Supervisora Escolar de Nivel Inicial en la Región *** de la ciudad de ***** –lo que se corrobora teniendo a la vista su legajo (fs.2/3).- Este es el puesto al que ahora aspira ascender como titular, derecho afectado -asevera- por la forma de cobertura admitida por la Ley que impugna.-----

----- Ambas sostienen que el mecanismo previsto por esta Ley N° 4.864, les impide concursar por las vacantes de esos cargos existentes, coartando -respectivamente- su carrera, pese a tener – argumentan- mayor puntaje que otras docentes que resultarán beneficiadas con esa norma.-----

----- Por tal motivo demandan a la Provincia del Chubut por la inconstitucionalidad que sostienen de la citada Ley con base en los arts. 14 y 16 de la Constitución Nacional, 67 de la Carta Magna Provincial, resultando de aplicación -dicen- los arts. 9, 10, 18 inc. 4, 5, 6, 19, 54 y 117 inc. 6 de esta última, y normas contenidas en la Ley Federal de Educación.-----

///--- Afirman que la norma avasalla el derecho a la estabilidad, las reglas para la admisión en los empleos, el progreso en la carrera, contrariando la exigencia de idoneidad que a más de las normas constitucionales, protegen los Estatutos del Docente - Dtos. Leyes N° 2.152 y 1.820.-----

----- Las actoras señalan las circunstancias particulares dadas respecto de los cargos que les interesan y que habrían de cubrirse por aplicación de la Ley en cuestión, conforme su vinculación con el Concurso

///

Nº1/99.- La Sra. A. -no muy clara, como adelanté- nos relata que al convocarse a dicho concurso de ascenso, se ofreció -según Dto. Nº 234 - Anexo II - de fecha 15/03/99- un cargo de **Supervisor Técnico Escolar de Educación Especial en la Región I** - vacante por traslado definitivo (cita Resolución XIII- 65/01).-----

----- Por su parte, la Sra. P. refiere que al convocarse al mismo concurso de ascenso *no se ofreció ningún cargo de Supervisor Técnico Escolar de Nivel Inicial en la ciudad de **** conforme el mismo Decreto Nº 234/99, Anexo I (*así lo dice aunque es el Anexo II el que correspondió a los cargos de Supervisores*).-----

----- Advierten las actoras que el mencionado Dto. Nº 234/99, se especificó taxativamente que no se consideraría la figura del “excedente capacitado”, esto es, a aquellos docentes que calificaran pero que por falta de vacantes no fueran titularizados.- Excedente ///capacitado que justamente es que se titulariza ahora por aplicación de la Ley cuestionada.-----

----- En oportunidad de aquellos concursos –refieren ambas accionantes- “todos los ciudadanos conocían de antemano que habría más postulantes que cargos vacantes”, y por ende, que los de menor puntaje no titularizarían hasta nuevo concurso.- No expone A. la razón por la que no se inscribiera en esa oportunidad, en tanto P. dirá que en el Concurso Nº 1/99, además de no aplicarse la figura del excedente capacitado, se había previsto que no se permitiría solicitar “rebaja de categoría”, lo que explica como optar por un cargo de menor rango, y por interpretar que ésas fueron las dos premisas del concurso, por tal razón optó por no inscribirse en el mismo.-----

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

5

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

----- Sostienen que frente a vacantes posteriores, debe convocarse a un nuevo concurso, porque éstas son las reglas que se ajustan a los derechos y garantías constitucionales y a la normativa aplicable en la materia.-----

----- Argumentan que la norma atacada pone en cabeza de un grupo de docentes que participaron de un concurso para otros cargos, un derecho, en forma absolutamente irregular y extraño a los puestos que hoy se titularizan.- Insisten en que los cargos **deben concursarse y no cubrirlos con “lo que sobra de otro concurso”**.- Afirman que la Ley ///exige que el cargo debe cubrirse de ese modo, que no realiza distingos entre muchas o pocas vacantes, y que no prevé el sistema de concurso como forma de acceder sólo a la titularidad de algunos cargos, sino que lo impone como regla que en el caso se estaría violando.-----

----- Cada accionante describe su situación al tiempo de desarrollarse el Concurso N° 1/99.- Así la Sra. A. refiere que en el área que la afecta directamente, el cargo fue cubierto por una docente que luego, por un traslado y por aplicación de la Resolución N° 65/01 –advierte- vacó nuevamente.- Agrega que tanto esa vacante como la de la Sra. M. L. G. (cuya situación ya fue resuelta por SD N° 2/SCA/05) que serían ofrecidas de acuerdo a la norma en crisis “en las regiones I y II” son posteriores a dicho Concurso N° 1/99, por lo que, de acuerdo a los principios y normas antes mencionados los mismos deben cubrirse mediante un nuevo concurso.- Hace notar que dos de las docentes que aprobaron aquél y no accedieron a ningún cargo, y tienen menos

///

puntaje que el propio -razón por la que no se les ofrecieron ninguno de los dos interinatos que refirió supra, advierte- resultarían beneficiadas con esta Ley, con esta “maniobra” -aduce.- De esta forma se le impide concursar por las vacantes, a pesar de tener el puntaje más alto de la Provincia para tales cargos.-----

----- La Sra. P., por su parte, relata que a la fecha del Concurso N° 01/99 ocupaba el cargo, como interina, de Supervisora de Nivel Inicial en la ciudad de ***, y contando con un elevado puntaje y ///ocupando tal interinato, no tuvo para ella “ningún atractivo” dicho concurso, porque no se incluía ningún cargo de Supervisora de Nivel Inicial en esa ciudad.- -No resultaba razonable -expresa- que participara en el mismo, si no ofrecía cargos a los que ella pudiera acceder.-----

----- Afirman que la Ley N° 4864, deja de lado el requisito de *idoneidad* y se produce una *violación flagrante del derecho de igualdad ante la ley*, ambos garantizados constitucionalmente.- Agregan que también se evidencia la inconstitucionalidad denunciada a la luz del art. 14 CN reglamentado por la Ley Federal de Educación N° 24.195, que en su art. 1° regula, en todo el territorio argentino, el derecho de *enseñar y aprender*, y que en su Título VIII-“De los Derechos y Deberes de los miembros de la comunidad educativa”, Capítulo III-“De los Docentes”, art. 46 inc. b), establece el derecho de ingresar al sistema mediante un régimen de concurso que garantice la idoneidad profesional y a ascender en la carrera a partir de propios méritos y su actualización profesional.- La Ley impugnada -afirman- nada de esto respeta, creando un privilegio inadmisibles en nuestro sistema jurídico.-----

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

7

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

----- Concatenan estas normas aludidas con la prescripción del art. 67 de la Constitución Provincial, respecto -en general- de la provisión de los empleos públicos, precepto que a su vez coordinan con los arts. 14 ///bis de la Constitución Nacional, en cuanto a la estabilidad de los empleados públicos, y 16, también relativo a los requisitos de idoneidad para acceder a los empleos.- Traen el art. 10 de la Carta Provincial, y aducen que efectuando una correcta hermenéutica del texto constitucional, de ninguna manera -a juicio de ambas actoras- pueden cubrirse los empleos de acuerdo a la forma establecida por la Ley N° 4.864, al margen -insisten- del régimen de concurso de oposición y antecedentes que garantiza la idoneidad para el cargo.-----

----- Procuran interpretar el citado art. 67, exponiendo que el mismo trae en sí una excepción para el caso en que no haya previsto un sistema distinto de nombramiento por la Constitución o en leyes especiales, para seguir sosteniendo que para los docentes existe una *ley especial* compatible con aquel art. 67: la N° 2.152, que establece la forma de nombramiento para acceder a cargos jerárquicos en el régimen del personal docente de Nivel Medio, cual es el Concurso de Oposición y Antecedentes.-----

----- Exponen que la mencionada Ley N° 2.152 define en el capítulo XIV, art. 54, como único mecanismo de ascenso el procedimiento del concurso, lo que se repite reiterada y sistemáticamente en todos los capítulos pertinentes de esa Ley y de su norma reglamentaria.- Remiten “al sólo efecto ejemplificativo” a los Capítulos V, X, XI, XII y concordantes de la Ley referida.-----

///

///--- Así es que argumentan que no sólo la Constitución Provincial establece el sistema de concursos, sino también la ley especial: el propio Estatuto Docente de Nivel Medio, existiendo un verdadero derecho de acceder a cargos jerárquicos por ese medio, que ha sido postergado por la Administración -acusar- no sólo *sine die*, sino con la sanción de la Ley 4.864 y con la puesta en marcha de su mecanismo.--

----- En otro sentido, afirman que la norma impugnada es una Ley particular, que legisla atendiendo a una situación concreta, lo que implica la imposición de privilegios inadmisibles en nuestro sistema legal; y que como tal, no puede derogar dichos cuerpos normativos, menos en forma expresa al instituto del concurso, pues ello implica una lisa y llana anulación de lo prescripto por aquel art. 67, resultando de aplicación entonces, los arts. 9, 10, 18 incisos 4, 5, 6 y 19, de la Constitución Provincial.-----

----- Concluyen afirmando que es manifiesta la ilegalidad del proceder del Ejecutivo Provincial materializado en la promulgación de la Ley que atacan y que su inconstitucionalidad es notoria, por lo que resulta necesario el control de constitucionalidad previsto en el art. 179 de la Constitución Provincial, al efecto de eliminar el estado de incertidumbre y brindar -a las accionantes- una noción “clave y definitiva” de la medida de sus derechos y obligaciones, despejando la duda sobre la constitucionalidad o no de la norma.-----

///--- Finalmente, admitiendo -punto d) en ambas demandas- que la norma que ataca no deja sin efecto al concurso, sino que le resta virtualidad para este caso, violentando sus derechos constitucionales en

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

la forma que exponen, efectúan una síntesis de las razones que justifican el acuse de inconstitucionalidad:-----

----- porque se intenta con dicha norma, titularizar cargos vacantes - personal jerárquico en cargos de ascenso- sin provisión de Concurso de Oposición y Antecedentes que garantice la idoneidad para el cargo, “mandato” que está expresamente normado en el art. 16 de la CN y 117 de la Carta Provincial; -----

----- porque el intento de titularizar cargos docentes con el remanente de concursos “anteriores y distintos” -que nada tienen que ver con los cargos a titularizar, entienden, y que en algunos casos “ni siquiera existían” al momento de producirse el concurso que produjo el mentado excedente capacitado- no resulta compatible con la aplicación de los arts. 9, 10, 18 -inc. 4, 5, 6 y 19- de la Carta Provincial.- Los derechos y garantías constitucionales no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio y en su consecuencia, toda Ley, Decreto u Ordenanza que imponga al ejercicio de los derechos reconocidos constitucionalmente, otras restricciones que las que la Constitución permite, o prive de las garantías que ella asegura, son “nulos”, y que la Ley atacada hace decir a la normativa lo que no establece, violando el precepto constitucional;-----

///--- porque el Estatuto Docente es una Ley especial que no ha sido derogada en tanto establece como procedimiento para la asignación de cargos la figura del concurso, resguardando “*la igualdad entre los iguales*” y receptando como filosofía básica el orden de mérito;-----

///

----- porque esta estructura normativa define como único mecanismo de ascenso el procedimiento del concurso, que se repite en forma reiterada y sistemática en todos los capítulos pertinentes de la ley señalada, así como en su norma reglamentaria.-----

----- porque la misma estructura normativa que señala -remite al Dto. Ley N° 1.820 y la restante aplicable- son *normas de carácter general* que conservan su vigencia por cuanto no han sido derogadas expresamente por norma alguna;-----

----- porque la aplicación de la norma impugnada -dice- genera una inequidad y arbitrariedad manifiesta que repugna los principios constitucionales señalados;-----

----- porque -así lo dice- se vulneran expresas disposiciones de la Constitución Provincial, como el art. 10 que establece al nulidad de las leyes que impongan restricciones a los derechos y garantías que ella asegura;-----

///--- y por último, porque no respeta el art. 9 de esta Carta Provincial, ya que la Ley N° 4.864 altera derechos y garantías constitucionales.---

----- III.- Las actoras solicitaron como medida cautelar previa hasta el dictado de la sentencia, la suspensión de la ejecución de la Ley cuestionada, las que fueron otorgadas por SI N° 85/SCA/02 y SI N° 86/SCA/02 (a fs. 28/32 vta. y 96/100 vta. refoliado).-----

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

11

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

----- IV.- Previo a contestar la demanda, a fs. 128 y vta., la demandada Provincia del Chubut solicitó la intervención de las docentes L. L. y G. P. de conformidad con el art. 94 CPCC, manifestando que las nombradas podrían haber accedido por aplicación de la Ley N° 4864 a los cargos que fueron alcanzados por la cautela dispuesta en la presente litis, y por ende serían alcanzadas por la ulterior sentencia a dictarse adjuntando documental (fs. 120/127 vta.).- En especial alude a la Nota 170/03-punto 2), relacionado con la situación de la Sra. A., en la que consta que aquellas nombradas eran las docentes en condiciones de titularizar por la Ley 4.864 (fs.121).- El Cuerpo admitió la intervención por SI N° 70/SCA/03, a fs. 146/150, mas efectuada la citación -conforme constancias de fs. 189 y vta. y 196 y vta. - no se presentaron a este juicio.-----

----- V.- En su responde -fs. 134/142 vta.- la accionada, plantea en primer término que la cuestión resulta abstracta respecto de la actora ///P. (Capítulo II).- Sostiene que la pretensión de esta última se limita a solicitar que el cargo que ocupa como interina –*Supervisor Técnico Escolar de Nivel Inicial de la Región ****- no sea cubierto mediante el “mecanismo concursal” -así lo denomina- establecido en la Ley N° 4.864.- Recuerda, que con tal alcance solicitó y le fue concedida tutela preventiva, requiriéndosele al Ministerio de Cultura y Educación que se abstuviera de aplicar esa norma “*respecto de los cargos a los que pudiera potencialmente acceder... (Supervisores de Nivel Inicial de la Región ***)...*” –según se había pedido en la demanda a fs.92 vta. refoliado.-----

///

----- Afirma la accionada –primero- que así circunscripta la acción, ha caído en abstracto desde el día 27 de Noviembre de 2.002, antes de la notificación de la medida a aquel organismo, atento que el Oficio que la notificó ingresó a las 13:14 horas.- Argumenta luego, que conforme la Nota N° 170/03 (del área de Clasificación Docente - a fs. 121 de autos) **la única postulante a cubrir un cargo de Supervisor Técnico Escolar de Nivel Inicial y en condiciones de titularizar por aplicación de la Ley 4.864 fue la docente R. C. A., y, según consta en el Acta 01/2002 de elección de cargos** (a fs. 123 y vta.) **esta docente titularizó en tal cargo pero en la Región IV (Trelew), perfeccionándose la designación a través de la Resolución XIII- N° 450/02** (a fs. 124/125).-----

///--- Finalmente relaciona esos argumentos: el Acta 01/2002 fue labrada el 27 de Noviembre de 2.002 a las 9:15 horas; por lo tanto, habiendo elegido aquel cargo en la Región IV, no existe fundamento para continuar el curso de la acción.-----

----- Con citas de jurisprudencia de este Cuerpo, la accionada concluye que la cuestión devino abstracta por sustracción de materia, y solicita que así se declare.-----

----- En el acápite III contesta la demanda por ambas actoras, subsidiariamente respecto de P..-----

----- Expresamente niega la inconstitucionalidad de la Ley N° 4864.- Niega también que el art. 46 de la Ley N° 2.793, conforme la modificación introducida por aquella deje de lado el requisito de idoneidad consagrado constitucionalmente; que viole, menos

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

13

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

flagrantemente, la igualdad ante la ley; que no se respete el art. 46 inc b) de la Ley N° 24.195 y que haya creado un privilegio inadmisibles en nuestro sistema jurídico; que esté en contradicción con el art. 67 de la Constitución Provincial y que sea correcta la hermenéutica de las actoras respecto de este precepto; que no puedan cubrirse los empleos públicos y el de docentes por la forma que establece la Ley N° 4864 y que la aplicación de la misma implique apartamiento del régimen de concursos de oposición y antecedentes: que confronte con la legislación vigente que reglamenta el derecho a la estabilidad y las condiciones de admisión en los empleos y progreso en la carrera; ni ///que su sanción y la puesta en marcha del mecanismo de esa norma implique el aniquilamiento de derecho alguno, ni que importe la imposición de privilegios inadmisibles en nuestro sistema legal.-----

----- Niega asimismo que el Decreto N° 234/99 especifique taxativamente que no se consideraría la figura del “excedente capacitado”; y que con la norma cuestionada se intente titularizar cargos vacantes sin previo concurso de oposición y antecedentes que garanticen idoneidad.- Niega especialmente que se apliquen al caso los arts. 9, 10, 18 incisos 4, 5, 6 y 19 de la Constitución Provincial, que la Ley o su Decreto de promulgación tengan consigo ilegalidad alguna, menos manifiesta y notoria, y que no pueda ser sostenida frente al orden jurídico en un Estado de Derecho; que exista incertidumbre alguna para la actora, ni que deba brindársele noción alguna respecto de la medida de sus derechos y obligaciones.- Niega, en suma, procedencia alguna de condena a la Provincia del Chubut.---

///

----- En particular, respecto de cada accionante, niega que la Sra. A. tenga el puntaje más alto de la Provincia; sostiene que el mismo, como Directora de Escuela Especial, se encuentra ubicado en cuarto lugar, detrás de las docentes D. B. (54,04); Á. C. (53,94); y M. G. (52,98).-----

///--- En cuanto a la Sra. P., niega que el llamado a Concurso N° 1/99 tuviera las características que ella manifiesta: que no se consideraría la figura del “excedente capacitado” y que no se permitiría solicitar “rebaja de categoría”; que tal concurso no ofreciera cargos a los que aquélla pudiera acceder, ni cargos de Supervisora para titularizar.- Niega además que la ley atacada cambie las reglas de juego en forma retroactiva, que por aplicación de la misma, otras docentes obtengan prebenda extra, ilegal e ilegítima; que implique maniobra alguna; y que por sólo hecho de haber concursado obtengan las docentes alcanzadas con la Ley N° 4.864 el derecho a titularizar.-----

----- En el Capítulo IV- “Realidad del caso” se expone en general, fundando el rechazo de la demanda.- En principio advierte como un error de las actoras, que sustenten sus pretensiones en la Ley N° 2.152, pues ésta contiene el Estatuto que regula actividad docente de Nivel Medio -actual Polimodal- y Superior, en tanto, las normas a las que se encuentran sujetas, son los Dtos. Leyes N° 1.820 y N° 2.793 que contienen el Estatuto específico de la actividad docente para el nivel primario, actual EGB (Enseñanza General Básica).-----

----- Luego procura exponer los argumentos en defensa de la constitucionalidad que sostiene: -----

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

15

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

----- Acude primero a un justificativo temporal: **el insumo de tiempo** y plazos de ejecución que requiere sortear las distintas etapas ///preparatorias y ejecutorias del concurso de antecedentes y oposición remite a lo actuado en el Expte. Administrativo N° 109/MCyE/99 que acompaña por los que tramitaron los Concursos 1 y 2/99, cuyos postulantes que no obtuvieron cargo son los que autoriza a titularizar la Ley N° 4864.- Y sintetiza: el llamado al concurso se efectuó el 20 de Enero de 1.999, finalizando la designación de los que ganaron los cargos de Supervisores el 6 de Diciembre del mismo año, y aunque no es un plazo excesivo si se observa el cronograma aprobado por Resolución N° 38/99 MCyE –que ofrece como documental A.3 agregada a la causa “G...”- y da cuenta de sus distintas etapas, lleva un procedimiento específico y complejo que se resume en convocatoria, designación/elección de jurados, instancias de capacitación docentes, licencias al jurado y a los docentes, puesta a disposición de los aspirantes del material oficial de estudio, designación de tutores, preparación de proyectos, instancias escritas y orales, impugnaciones... todo lo que a su vez genera **costos de implementación**.-----

----- Se explaya sobre estos **costos económicos de implementación**, relacionándolos con la erogación que implica atender **los gastos de personal que debe cubrir a los docentes a los cuales se les otorga licencia, que habrán de ser jurados o concursantes**, y de la provisión de **material bibliográfico a los postulantes**, que debe estar a cargo del Estado Provincial, según está específicamente contemplado en la ///legislación a la cual remite (art.

///

20 del Dto. N° 340/87, reglamentario de la Ley N° 2.793, conforme la modificación introducida por Dto. N° 140/99, Anexo I).-----

----- Así, teniendo en cuenta el **estado de emergencia** atravesado por el Estado Provincial, del que el ámbito educativo no es ajeno - sostiene remitiendo a las leyes N° 4.962, 4.894 y 4.859- se consideró que de los mencionados Concursos N° 1 y 2 del año 1.999 habían resultado docentes que demostraron su idoneidad, a través de las distintas etapas, para las jerarquías que concursaron y que no habían obtenido cargos por falta de vacantes.- De este modo -argumenta- la Ley N° 4.864 buscó optimizar los recursos existentes ofreciéndoles las nuevas vacantes a los agentes que cuentan ya con la capacitación necesaria para ocuparlas, sin que ello signifique -aduce- violentar principios constitucionales.-----

----- Refiere que la decisión de ese proyecto de Ley surgió como consecuencia de la cantidad de vacantes y la existencia de un número suficiente de docentes que participaron en tales concursos para su cobertura; que éstos habían demostrado ya estar aptos para tales cargos, **no justificándose poner en movimiento todo el procedimiento concursal, en razón de “los costos, tiempos y la reducida cantidad de cargos vacantes”**.- Invita a constatar que de los 57 postulantes para los distintos cargos de Supervisor sólo resultaron aprobados 30, lo que demuestra -a su juicio- la exigencia de las distintas etapas.-----

///--- En el punto IV-1 “**Circunstancias específicas de la co-actora R. L. A.**”, refiere que específicamente en el Concurso de Antecedentes y Oposición, para el cargo de Supervisor Técnico Escolar

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

17

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

de Educación Especial -cargo al que aquella aspira- en aquella oportunidad resultaron aprobadas tres personas, quedando sin acceder a los cargos dos de ellas -las terceras citadas- Sras. P. y L., las que por poseer un concepto no inferior a muy bueno quedaron al amparo de la Ley N° 4.864.-----

----- Recuerda que en el año 1.999, simultáneamente con el desarrollo del Concurso 1/99 se producía la “titularización masiva”, en cargos jerárquicos del personal docente que se desempeñaba como interino a la fecha de promulgación en escuelas de educación especial –entre otras- transferidas del orden nacional –que reuniera los recaudos establecidos en su art. 2, “sin concurso de antecedente y oposición” - advierte- dispuesta por la Ley N° 4.021; y que gracias a ésta, la actora A. fue titularizada en el cargo de Director de a Escuela N° *** –remite al Anexo I, hoja 2, renglón 3 del Decreto 969/99 (adjunta a fs. 131/133 copias certificadas de la publicación de esa Ley y de este último Decreto).-----

----- Argumenta que cuando tramitó el Concurso N° 1/99, la actora no era aún Directora Titular, pues no se había dictado el Decreto N°969 de “titularización masiva” del 27/08/99.- Y advierte que en ese ///momento se produjo una situación por demás singular: mientras unos –docentes- concursaban para ascender, otros aguardaban “un acto” para ascender sin concursar, y la Sra. A. se encontraba en este segundo grupo.- Acusa que ella “no se agravió” entonces por su ascenso sin concurso, “ni se preguntó si su situación era

///

inconstitucional” y que no le molestó “la inconstitucionalidad por acceder a un cargo sin concurso”.-----

----- Así –sostiene- la conducta de A. no ha sido la misma ante similares circunstancias -frente a las Leyes N°4.021 y N°4.864- a pesar de que producen efectos similares en sus beneficiarios, pues en aquella oportunidad, ante la sanción de una ley especial que utilizó el mecanismo distinto del concurso de antecedentes y oposición para evaluar la idoneidad de los docentes a titularizar, no formuló **ningún cuestionamiento, renuncia, ni reserva alguna, que la consintió expresamente y se benefició con su aplicación.**- Pero ahora –critica- se alza planteando la inconstitucionalidad de otra norma especial que “no deja de lado” el mecanismo del concurso de antecedentes y oposición, sino que impulsa la titularización de docentes que ya han demostrado –en otro concurso- su idoneidad.- Alega hoy que se le impide concursar, cuando antes **ella aceptó sin reserva de ninguna naturaleza titularizar sin concurso en el cargo de Directora de la Escuela N° ***.**-----

----- En definitiva, opone al progreso de la acción intentada por la Sra. A. **la doctrina de los actos propios** con estos argumentos.- ///Cita jurisprudencia de este Cuerpo.- Estima que la “conducta anterior relevante” es haber aceptado la titularización por aplicación de la Ley N° 4.021 mediante un mecanismo distinto del concurso de antecedentes y oposición, que según sus términos es atentatorio del art. 67 CP.- Su “conducta contradictoria” es alzarse contra la Ley N° 4.864 fundándose en que, al no utilizarse tal mecanismo, se violaría la misma norma constitucional.-----

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

19

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

----- En el acápite **IV-2 “Circunstancias específicas de la co-actora E. A. P.”**, sostiene que resultan confusas sus afirmaciones relativas a que no se ofrecían cargos a los que ella pudiera acceder, por un lado, y por otro, que diga que los ofrecidos no le resultaban atractivos.- Así critica los párrafos de la demanda en la que aquella recuerda que no se concursaba ningún cargo de Supervisora de Nivel Inicial de la ciudad de ***... y que ocupando interinamente un cargo de Supervisora, ningún atractivo tenía para ella el Concurso 1/99.- Para luego concluir –comenta la demandada- en que contando con tal interinato y elevado puntaje, no le resultaba atrayente ni era fácticamente razonable que participara en un concurso que no ofrecía cargos a los que pudiera acceder.-----

----- La accionada entiende que sí se ofrecían varios cargos de **Supervisor Técnico Escolar de Nivel Inicial** a los que podía acceder si aprobaba el concurso en cuestión.- Aduce que lo único que impidió su ///participación fue su “actitud claramente especulativa”, que la ve expresada en su demanda.- Y estima que ahora que puede llegar a su fin la situación que revistaba al “decidir retirarse del concurso” recurre a esta vía jurisdiccional para que se reconozcan supuestos derechos emanados de tal especulación; que ahora dice que “sí concursaría”, pero cuando tuvo la oportunidad de hacerlo, en el Concurso N° 1/99, no lo hizo.- Al mismo tiempo sostiene que “no está mal” que ella especule con las distintas posibilidades de ascenso en su carrera, pero lo que no puede permitirse es que cuando no se concretan las especulaciones, por haberse colocado en una situación diferente, pretenda la inconstitucionalidad de una norma.-----

///

----- Trae la Exposición de Motivos de la norma impugnada, en cuanto se destaca la diferencia entre las instituciones que cuentan con profesionales que aprobaron las instancias del concurso de ascenso jerárquico y las que están ocupadas por personal transitorio “que por decisión personal no se presentaron al concurso de ascenso...” significando éste -se advierte- un perfeccionamiento en la nueva estructura del Sistema educativo por la implementación de la Ley Federal de Educación.-----

----- Luego, en el Capítulo V- **“Algunas consideraciones sobre la Ley 4.864 y la idoneidad”** la Provincia del Chubut cuestiona la posición de las actoras en cuanto interpretan abandono del requisito de *idoneidad* por parte de la norma impugnada, lo cual dice le resulta incomprensible.- Sostiene que las razones que impulsaron su sanción ///son justamente las opuestas; que se tuvo en miras no desaprovechar al personal más capacitado que ya había demostrado “acabadamente su idoneidad” en un concurso de antecedentes y oposición “sumamente exigente”, al aprobar sus tres instancias, haciendo referencia a los Concursos 1/99 y 2/99.-----

----- Remite a lo que surge del **mensaje de elevación** -del Señor Gobernador- que acompañó el proyecto de Ley, manifestando que en el mismo se advierte con “meridiana claridad” el **fin perseguido**, el cual -insiste- fue **“cubrir los cargos jerárquicos vacantes con el personal más idóneo con el que se cuenta, es decir, con aquellos que ya en un concurso de antecedentes y oposición han acreditado debidamente estar capacitados y cumplir sobradamente con el requisito de idoneidad exigido por el**

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

21

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

67° de la Constitución Provincial, para cada una de las jerarquías en las que se postularon”.- Considera que el argumento de la supuesta contradicción entre este precepto constitucional y el art. 46 inc. b) reformado por esta Ley que denuncian las actoras, se derrumba a poco de andar, por cuanto “*los beneficiarios de la Ley cuestionada*”, los docentes que aprobaron los Concursos de Antecedentes y Oposición N° 1/99 y 2/99, garantizaron su idoneidad para el cargo, y el ascenso en su carrera lo es, por los méritos y actualización profesional debidamente acreditados en todas las instancias de tales concursos, máxime al haberse fijado como requisito ///que poseyeran un concepto no inferior a muy bueno -remite al art. 46 inc. a).-----

----- Vuelve a digregar sobre el término *idoneidad*, desde su semántica y su significado en la Constitución Provincial.- Afirma que en esta Carta, cuando se habla de idoneidad, se establece que un método de selección puede ser el concurso, que engloba dos modalidades: antecedentes y oposición, no enervando la posibilidad de otra u otras formas que el mismo Estado utilice.- Ejemplifica tomando el caso de los *docentes interinos*, como las actoras –aduce (*pese a que sólo es interina P.; A. es titular en otro cargo distinto al que le interesa y resulta afectado por la norma impugnada*)- con cuya designación se violentaría la letra del art. 67°, pues serían “inidóneos” y su permanencia en los cargos sería “ilegítima”, en tanto que al ingresar lo hacen sólo por concurso de antecedentes.- Ello, si se interpreta que la idoneidad sólo se prueba con un concurso de antecedentes y oposición.-----

///

----- Expone que el propio Estatuto prevé la cobertura de determinados cargos por “concurso de antecedentes”: Supervisor Técnico General, art. 26 de Ley N° 2793; Supervisor Coordinador de Nivel Inicial, art. 27; Supervisor -Secretario de Supervisión Técnica General, art. 28; Supervisión Técnico Seccional, art. 29; y Supervisor Coordinador de Internados, de Escuelas de Adolescentes y Adultos, de Escuelas de Educación Especial y de Materias Especiales, art. 30.- Razona que de seguirse el criterio de la actora, el Estatuto estaría “plagado de inconstitucionalidades”, y el Dto. Ley N° 1.820 y Ley N° ///2.793 en las que se sustentan, estarían vulnerando también dicho art. 67°; y concluye que “en ese orden de ideas, las Sras. A. y P. –(en realidad sólo P.)- en la actualidad estarían ocupando cargos interinamente, de manera “ilegítima”... en tanto –dice- los ocupan conforme el mecanismo dispuesto por el Estatuto, mediante concurso de antecedentes, sin oposición.-----

----- En el acápite VI-“**Ley especial-Principio de igualdad**”, reitera que no se deja de lado en la norma impugnada el sistema de concurso de antecedentes y oposición; pero propone hacer un ejercicio mental, imaginando que no establece tal sistema, concluyendo en que igualmente nos encontraríamos en el marco del art. 67° de la Constitución Provincial, por cuanto la Ley N° 4.864 es una modificación a la Ley especial, al Estatuto, totalmente compatible con el artículo citado, que está prevista en el texto constitucional como un “supuesto de excepción al principio general”.-----

----- Señala además, que no se genera ninguno de los efectos que las actoras vislumbran en la Ley que ataca: privilegios inadmisibles en nuestro sistema legal, inequidad y arbitrariedad manifiesta que repugna



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

23

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

los principios constitucionales; que la realidad es que el Estado, mediante esa herramienta legal, lleva adelante “la decisión” -remite nuevamente al Mensaje de Elevación- de no desaprovechar la capacitación y perfeccionamiento obtenido por este grupo de ///docentes que ya en un concurso de antecedentes y oposición han demostrado acabadamente que reúne los requisitos de idoneidad constitucionalmente requeridos para el desempeño de los cargos.- Y manifiesta no entender de cómo esta circunstancia puede catalogarse de “privilegio inadmisibles”, o que se estime que genere inequidad, cuando - itera- “lo único que hace es permitir ascender de cargo a los que ya han aprobado, en un concurso de antecedentes y oposición.... demostrando ser idóneos para los mismos”.-----

----- Culmina afirmando que **el fin buscado es privilegiar la capacitación y el perfeccionamiento profesional**, lo que estima no es irrazonable.- Aduna doctrina y jurisprudencia relativa al principio de igualdad.-----

----- Finalmente recuerda que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado *ultima ratio* del orden jurídico, proponiendo que se rechace la demanda en todas sus partes, con imposición de costas a las actoras.-----

----- VI.- A fs. 143 se ordenó correr traslado del planteo de abstracción formulado respecto de la actora P., que se hace efectivo a fs. 199 vta., y se contesta extemporáneamente.-----

///

----- VII.-La prueba ofrecida se limita a la documental: la acompañada con la demanda, el responde y la citación de terceros, la traída por ///Informativa producida a fs. 163/186 vta., y la agregada a la causa “G...” (Expte. 18.754-G-2.002) tramitado ante este Superior Tribunal, toda la cual se tiene a la vista.-----

----- VIII.- A fs. 202 se declara la cuestión de puro derecho, sin que se presente dúplica.-----

----- IX.- A fs. 211 se llaman autos para sentencia y a fs. 212 se practica el sorteo de la causa.-----

----- X.- ANÁLISIS.-----

----- 1.- Sostienen las docentes A. y P., que la Ley N° 4864 lesiona la protección que a su relación jurídica con el Estado Provincial le confieren la Constitución Nacional y Provincial.- A pesar –afirman- de su antigüedad, del puntaje que han obtenido en su carrera, no pueden optar a ascender a alguno de los puestos jerárquicos vacantes que les interesan, porque esta norma dispone beneficiar con tal posibilidad, a otras docentes que participaron de un concurso anterior en 1999, y no obtuvieron el cargo que se concursaba en esa oportunidad.- Creando para ellas un privilegio, la Ley admite su titularización, y con ello –aducen - se violentan a su respecto, los arts. 14, 14 bis, y 16 de la Constitución Nacional, 67 ///conc. 117 inc.6, 18 inc.4 y 19 de la Provincial, en situación comprendida en los arts. 9 y 10 de la misma Carta.-----

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

25

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

----- Más aún, afirman que estos cargos a que aspiran – Supervisora Técnica Escolar de Educación Especial la Sra. A. (aún cuando –reitero – no es clara la demanda respecto de la Región) y Supervisora de Nivel Inicial en *** la Sra. P., vacaron con posterioridad al Concurso N° 1/99.-

----- 2.- La Provincia accionada –si bien contesta la demanda para ambas actoras- lo hace en un orden subsidiario respecto de la Sra. P., aduciendo primero que su pretensión ha devenido abstracta, por lo que he de avocarme al examen de esta cuestión propuesta en tanto, de ser así, cualquier pronunciamiento de fondo devendría inoficioso.-----

----- La abstracción es fundada –sintetizando los argumentos traídos- en que cuando la cautela que el Tribunal otorga a favor de P. ordenando suspender la ejecución de la Ley N° 4864 (SI N° 86/SCA/02, a fs. 96/100 vta., refoliado) se notifica al Ministerio de Educación, la única docente beneficiaria de aquélla que por haber aprobado el Concurso N° 1/99 se encontraba en condiciones de “elegir cargo” de Supervisor de Nivel Inicial, ya lo había hecho, optando por uno distinto (ubicado en otra Región) de aquél que la actora ocupa interinamente al momento de demandar y le interesa concursar (ubicado en la Región ***).-----

///--- 2.1.- De los antecedentes aportados a la causa, resulta que por el Dto. N° 140/99 (copia a fs. 44/64 del Expte. 109/99-MCE) se llamó al Concurso de Ascensos Jerárquicos de Antecedentes y Oposición N° 1/99 para Supervisores Técnicos Escolares y N° 2/99 para Directores y Vicedirectores de los Establecimientos Educativos dependientes del Ministerio de Cultura y Educación del Nivel de Educación General Básica en todas sus modalidades y del Nivel Inicial. Todos los cargos

///

vacantes se incluyeron en el Anexo II de tal Decreto.- Más tarde, éste fue modificado por el N° 234/99 (fs. 73/86 del Expte. 109/99-MCE) que fue publicado en la forma sintetizada en B.O. del 26/03/99 (en copia de su publicación a fs. 61/72 refoliado), separándose los cargos de Supervisores en un nuevo Anexo II, mencionándose otras vacantes de Supervisor Técnico Escolar de Nivel Inicial (más de las que refería el Anexo II del Dto. N° 140) en distintas Regiones: un cargo en la Región I, uno en la Región II, dos en la Región IV, uno en la Región V y dos en la Región VI.- Ninguno en la Región *** como bien lo indica la actora P. (conf. fs. 85/86 de ese Expte. Adm.- Anexo II Decreto 234/99).- Ergo, al tiempo de desarrollarse el Concurso N° 1/99 de Supervisores al que alude la Ley N° 4.864 que se impugna, no se cubrían vacantes en la Región ***.-----

----- Luego, conforme el Proyecto de la que luego fuera esta Ley, al momento de su remisión, sólo se propiciaba cubrir, por medio del mecanismo que se proponía, dos vacantes de Supervisor en la ///modalidad Nivel Inicial: en la Región *** (la interinamente ocupada por P.) y IV.- La accionada hace referencia –y lo corroboro teniéndolo a la vista - que en el Proyecto de Ley N° 39/02 contenido en la Nota 29/02 del Poder Ejecutivo –documental aportada en la causa “G...”, se ofrecían esos dos cargos, pero sólo aparece –en el listado final- **un** “docente capacitado” conforme el Concurso de Ascenso del año 1.999, el que podía “elegir” entre ellos.-----

----- Ya iniciada la demanda, al aplicar la Provincia del Chubut la Ley N° 4.864, en el acto de elección de cargos para Supervisores Técnicos Escolares de Nivel Inicial del día 27 de Noviembre de 2.002, a las 9:15 horas (Acta 01/ 02, a fs. 123 y vta.), se presenta –efectivamente- una

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

27

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

docente: la Sra. R. C. A., que eligió de entre los dos vacantes un cargo de Supervisor Técnico Escolar de Nivel Inicial, el que se ubicaba en la Región IV (Trelew - vacante por jubilación de A., G., Resol. XIII-N° 539/00).- Acto que se dijo realizado de acuerdo a lo normado por la Ley 4.864, el Decreto N° 1.333 y *Resolución N° 262/02 del Concurso de Ascenso de Jerarquías N° 1/99*.-----

----- Conforme lo informado por el Ministerio de Educación - Departamento de Clasificación Docente- el 22 de Septiembre de 2.003 por Nota 170/03 (a fs. 121 de autos) aquella docente - A. - era la única postulante a cubrir un cargo de Supervisor en esa modalidad “en condiciones de titularizar por aplicación de la Ley 4.864”.- Esto es, de estar al contenido del Proyecto de esta última ///norma, la nombrada era la única “capacitada” por el Concurso N° 1/99, que aparece en la lista al final del mismo, contenido en la Nota N° 29/02 a la que alude la demandada en el responde.-----

----- Así es que en ese acto –es verdad- el cargo pretendido por la Sra. P., “zafó” de la Ley N° 4864 lo que –es obvio- no hubiera ocurrido de “elegirlo” la docente A..- Y así fue, no por el alcance de la precautoria en beneficio de P., sino porque las circunstancias fácticas sobrevinientes a la interposición de la demanda lo determinaron: el Oficio por el que se ordenó al Ministerio de Cultura y Educación cumplir con la cautela a favor de la Sra. P. ingresó, conforme el cargo, a las 13:14 horas del día 27 de Noviembre de 2.002 (fs. 102 y vta. refoliado) -como destaca la demandada- es decir, después de efectuada la “elección” de cargos que permitía la Ley N° 4864.-----

///

----- No obstante ello, la Sra. Ministro de Educación en los considerandos de la Resolución N° 450/02 (copia certificada a fs. 124/126) dirá que *en cumplimiento de la manda de este Superior Tribunal de Justicia* se retiró del Acto de Elección de Cargos del 27 de Noviembre de 2.002 -entre otros- el cargo de **Supervisor Técnico Escolar de Nivel Inicial de la Región *** de *****, lo que es confirmado en el Anexo I del resolutorio, lo cual –se ve- no se condice ///con la realidad y fue fácticamente imposible: el Oficio conteniendo la manda ingresó más tarde.-----

----- De todo lo expuesto debe deducirse, que si el cargo que ocupa interinamente la Sra. P. –según adujo en la demanda y se constata en su legajo- y que quiere concursar, a lo cual obstaba la Ley N° 4684, aún aplicada ésta quedó vacante, la cuestión se tornó abstracta.- Ello –se hace evidente- no significa que su demanda fuese impertinente, pues al momento de interponerla, la norma cuya constitucionalidad vino a cuestionar, permitía que el mismo fuera “elegido” por una docente de aquélla beneficiaria.-----

----- 2.2.- Legislación, doctrina y jurisprudencia indican, que aún cuando la causa puede presentarse inicialmente como concreta, es factible que con posterioridad se torne abstracta como consecuencia de las condiciones constitutivas del objeto de la decisión que se persigue.- El art. 163 CPCC, admite que el juzgador haga mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aún cuando no constituyeran hechos nuevos (SD N° 30/SRE/97).- Así lo explica COLOMBO: “debe distinguirse la cuestión *inicialmente* abstracta de la

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

29

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

que siendo concreta en su origen pierde ese carácter mientras el proceso se sustancia.- La desaparición de los requisitos jurisdiccionales importa también la del poder de juzgar (CS Fallos: 248:51).- El control de la justicia sobre las actividades legislativas y ejecutiva requiere la existencia de un “caso” o “controversia”... (Fallos: ///245:552)” (Cód. Proc. Civ. y Com. Nación Anot. y Com. T° I, pág.17).-----

----- En la SD N° 3/SCA/02 recordaba “La Corte Suprema de Justicia de la Nación, viene desde antiguo elaborando reglas, de tal suerte que el principio general es el que indica, que para que sea posible la emisión de un pronunciamiento, debe existir “causa” y además un “gravamen” – agravio, perjuicio, ofensa, ultraje- que produce en el derecho la cuestión en debate.- Ese gravamen, debe ser concreto, efectivo y *actual*.- Concreto, por suficientemente determinado y precisado, efectivo, por cierto y no aparente o supuesto, y ***actual por vigente al momento de resolver***.- (La cuestión abstracta o la ausencia de gravamen actual – Carlos SALVADORES DE ARZUAGA y Mario A. FORNACIARI -LL 13/9/00).-----

----- En Fallos 193:524 el Alto Tribunal expresaba “...donde no hay discusión real entre el actor o el demandado, ya porque el juicio es ficticio desde su comienzo, o porque a raíz de acontecimientos subsiguientes se ha extinguido la controversia o ha cesado de existir la causa de la acción; o donde las cuestiones a decidir no son concretas o los sucesos ocurridos han tornado imposible acordar una reparación efectiva, la causa se ha tornado abstracta”, y en otros numerosos y sucesivos decisorios insiste en que “Las sentencias de la Corte Suprema

///

deben atender a las circunstancias existentes al momento de ///la decisión...” (Fallos 298:33; 301:947; 302:721; 311: 870 y 1810); y que “es inoficiosa la intervención de la Corte si falta el gravamen derivado de la aplicación de las normas cuya constitucionalidad se cuestiona” (Fallos 300: 587; 273:61; 277:276; 279:322, entre otros).-

----- A esta Jurisprudencia ha adherido sin hesitaciones este Superior Tribunal, que ha expresado y fundado : “ es pacífica y uniforme la jurisprudencia de los tribunales en el sentido de que no procede dictar fallo sobre asuntos que les son sometidos, cuando las circunstancias sobrevinientes tornan inoficiosa su intervención” y “.... no corresponde expedirse –al Tribunal- cuando el agravio que la fundamenta –a la pretensión- no subsiste en oportunidad del pronunciamiento” (SD N° 31/SRE/99, 14/SRE/00, SI N° 8/94, 104/SCA/95 y otras).-----

----- En consecuencia, le asiste razón a la demandada en cuanto sostiene que la cuestión deviene abstracta, atentas las circunstancias sobrevinientes .- Y propongo al acuerdo que así se declare.-----

----- 3.- La docente A. en tanto, plantea la inconstitucionalidad de la Ley N° 4684 por sostener que ésta le impide concursar al cargo de **Supervisor Técnico Escolar de Educación Especial**.- Afirma que no puede ascender porque esta norma dispone beneficiar con tal posibilidad, a otras docentes que participaron de un concurso anterior en 1999, y no obtuvieron el puesto que se concursaba en esa ///oportunidad, creando un privilegio con violencia de derechos constitucionales.-----

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

31

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

----- 3.1.- Refiere a una vacante en la Región I , que se habría ofrecido a concurso por el Dto. N° 234/99, se habría cubierto, y luego vacó nuevamente por traslado (cita Resolución XIII – 65/01).- Pero, examinados los antecedentes ocurre, que el Dto. N° 234/99 – Anexo II- menciona un solo puesto de este nivel, vacante por creación de la Resolución XIII – 165/98, ubicado en la Región II (***).- Ello hace confusa su demanda con respecto a la ubicación del cargo al que aspira, máxime si se considera que pese a mencionar en la demanda la Región I, actualmente se desempeña en la Región II como Directora titular de la Escuela N° *** de ***.-----

----- De cualquier modo, los dos cargos de *Supervisora Técnica Escolar de Educación Especial* – fuere en la Región I o II, a cualquiera de los cuales puede optar la actora- a cubrir con el sistema de la Ley N° 4.864 son de creación posterior al Concurso N° 1/99.- Ello, a más de que la accionada no lo ha controvertido, fue motivo de conclusión de este Cuerpo al analizar el caso de la Sra. M. G. en SD N° 2/SCA/05 - única accionante en aquella causa que también aspiraba a un cargo del mismo nivel.- El de la Región I, vacó según Resolución XIII-199/01, cuya copia fue acompañada en aquélla y en ésta causa (a ///fs. 6/7 vta.).- El de la Región II, fue cubierto por el Concurso N° 1/99 por Dto. N° 1589/99, y vacó después.-----

----- 3.2.- La cuestión constitucional expuesta, fue antes objeto de pronunciamiento de este Tribunal –según lo adelanté- en la SD N° 2/SCA/05.- En oportunidad de pronunciarme en ese fallo, relataba que en Enero de 1999 las autoridades educativas propiciaron la realización

///

de Concursos de Antecedentes y Oposición –luego N° 1 y 2/99- para cubrir vacantes de puestos directivos; que para sentar sus bases fue modificada la reglamentación en el propio llamado – Dto. N° 140/99- y otros sucesivos, quedando establecido, entre otras reglas, que no podía concursarse por más de un cargo –a cuyo efecto debió reformarse el reglamento general que sí autorizaba a hacerlo (art. 2 – Anexo I del Dto. Citado, que modifica el art. 22 del Dto. N° 304/87 – inciso c)) - y que a quienes aprobaran el concurso pero no obtuvieran cargos, se les otorgaría puntaje (art. 3° del mismo Dto.- reglamentando el art. 46 de Ley N° 3826 sustituyendo el Anexo I del Dto. N° 1523/93).-----

----- Coincidió con la opinión que daba el Dr. CANEO en el mismo fallo, en que fue difícil desentrañar el status jurídico vigente ante esta técnica de reforma de las normas básicas, no debidamente publicadas en textos ordenados, mas puede afirmarse que no se establecieron pautas ni condiciones para formalizar aquella opción, ni otras consecuencias para la misma que no fuera la que implícitamente contiene: imposibilidad de acceder a cargos superiores que se ///concursaban.- Y, dada la modificación estatuida, el excedente capacitado –tal entendido el docente que aprobó y no obtuvo cargo- sólo podía obtener el beneficio acordado de puntaje, esto es, ningún derecho derivado a optar a sucesivas vacantes.-----

----- A fines de 1999 y comienzos de 2000, se formalizaron las designaciones de quienes resultaron ganadores.-----

----- En febrero de 2002, el Poder Ejecutivo Provincial, somete a la Honorable Legislatura el Proyecto de Ley –que luego dio lugar a la N° 4864 atacada- cuyo mensaje de elevación fue ofrecido por la Provincia

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

33

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

como prueba (agregada a la causa “G...”).- En él se afirma que **los concursos...han demostrado que no siempre el esfuerzo personal y profesional docente por un lado y lo administrativo y económico del Estado por el otro han arrojado los resultados deseados**, que radica **en la mayor cobertura de cargos vacantes a personal titular...**- Como ejemplo, expone que **a un año y medio de un concurso de antecedentes y oposición subsisten vacantes de cargos jerárquicos sin cubrir.**- Funda la necesidad de remitir el Proyecto en el **“reconocimiento de la capacitación del docente que había ganado el concurso de oposición y acredita por sí, los extremos legales requeridos en la Ley N° 2793 para cargos jerárquicos”**; expresa que con la reforma que propiciaba a esta última norma -más precisamente a su art. 46- **“se capitaliza el conocimiento, el cual, si no se aplica en la práctica efectiva se pierde o ///se desactualiza”**.- Expuso que se detectaba “la diferencia” entre las instituciones educativas que contaban con profesionales que habían aprobado las instancias del concurso de ascenso jerárquico, de las que actualmente estaban ocupadas por “personal transitorio, que por decisión personal, no se presentaron al Concurso de Ascenso”, agregando que éste -el concurso realizado- significó **“un perfeccionamiento en la nueva estructura del Sistema Educativo por la implementación de la Ley Federal de Educación”**.-----

----- Dio como motivos –en aquel Mensaje de Elevación- para ofrecer las vacantes de cargos jerárquicos existentes al **30 de junio de 2001** al personal que aprobó el Concurso de Ascenso del año 1.999, por un

///

lado, el **“mejorar la capacidad de gestión de las instituciones educativas y por ende el mejoramiento de la calidad de la educación”**; y por otro, el **“derecho que tiene el docente de ser titularizado en un cargo jerárquico a través de un Concurso de antecedentes y oposición”**, porque **todos los docentes que se verían beneficiados ya habían pasado las tres instancias de un concurso**, que enunció como presentación de proyecto, evaluación escrita y evaluación oral, más la suma de sus antecedentes docentes.- Se añadió que **“la cantidad de vacantes existentes... en todas sus modalidades, es directamente proporcional a la cantidad de docentes capacitados mediante el concurso jerárquico N° 1/99, que no fueron titularizados”** la solución era la que se proyectaba: **“Los docentes a que hacemos referencia no justifican la organización de un nuevo concurso de ascenso jerárquico”**.- Se elaboró un cuadro comparando esas dos cantidades: **“docentes capacitados”** y **“vacantes”**.-

///--- Claramente entonces, sólo podrían acceder a esas vacantes los **“docentes capacitados”** en los Concursos 1 y 2/99.-----

----- No ofreció el Estado el proyecto mismo, que según surge de la sesión en que la Ley se aprobara (CD de Sesiones) fue modificado.- Obtuve el proyecto –que solicité de la Honorable Legislatura- mas me abstendré de comentarlo en tanto no fue prueba de autos ni figura en la compilación referida.- Sólo destacaré que, salvo en uno de los incisos en que remite al Dto. N° 140/99, el mismo luce como norma general para los casos en que **“el número de vacantes no justificara la realización de un nuevo concurso”** y de haber sido así sancionado se estaría quizás debatiendo su aplicación retroactiva...mas fue aprobado -en Junio de

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

35

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

2002- como norma de excepción, “por esta única vez”, con expresa remisión a los Concursos 1 y 2/99.-----

----- Luego, el Dto. N° 1333 – publicado en el Boletín Oficial del 31 de Octubre de 2002- llamaría a un concurso cerrado de antecedentes entre quienes aprobaron aquellas pruebas para cubrir las vacantes existentes al 30 de Mayo de ese año.- Vacantes que no existían a la fecha del llamado aquél, o al menos no eran solamente las que existían, sino que se produjeron o crearon con posterioridad – tal el caso de las que interesan a la actora.-----

///--- 3.3.- El Estado Provincial defiende la constitucionalidad de la Ley.- Asevera haber respetado la exigencia de idoneidad que le manda el art. 67 de la Constitución de la Provincia, argumentando que ante el estado de emergencia económica, la escasa cantidad de vacantes y la existencia de un número suficiente de docentes que aprobaron los Concursos N° 1 y 2/99, se propició su cobertura por ellos, que ya habían demostrado idoneidad para esos cargos.- Así, en pro de la calidad de la educación.- Remite a la finalidad que el mensaje de elevación expone, insistiendo en que no se había abandonado el requisito de *idoneidad* al impulsarla, sino que se había buscado “no desaprovechar” al personal más capacitado y que “ya había demostrado acabadamente su idoneidad” en un Concurso de Antecedentes y Oposición “sumamente exigente”, al aprobar sus tres instancias, haciendo referencia a los Concursos N° 1/99 y 2/99.- Trae además razones de tiempo, critica la conducta de la actora en cuanto –dice- “prefirió no concursar en 1999”, y le opone el “propio acto”, porque fue titularizada sin concurso en el

///

cargo que hoy ostenta ¿cómo entonces puede atacar esta Ley porque no le asegura el sistema si antes se benefició de la misma forma que ahora las docentes comprendidas en ella”-----

----- 3.4.- En SD N° 2/SCA/05, reiteré los conceptos dados en 2/SCA/00, en la que tuve oportunidad de explayarme sobre la trascendencia de estos derechos que hoy sustentan la inconstitucionalidad denunciada.- Citando a FIORINI distinguí los conceptos *derecho al empleo* y *derecho del empleo*.- El primero, como ///pretensión del habitante, del administrado, a ser designado por la Administración Pública para desempeñar una función o empleo públicos –inexistente; el segundo, como el que comprende el conjunto de prerrogativas integrantes del *status* de los funcionarios o empleados públicos, de aquellas personas que han ya ingresado al ejercicio de un cargo público.-----

----- Señalé que “el devenir histórico respecto de la relación jurídica que los vincula al Estado, la promiscuidad de los términos utilizados para nominarlos, la institución de la jerarquía, las distintas tesis sobre la naturaleza de esa relación, hacen de ambos conceptos mencionados, una cuestión mucho más compleja, que la que surge aparente de la redacción simple del art. 16 de la Constitución Nacional, cuando estipula que todos los habitantes son iguales ante la ley y “*admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad*”, y que completa la Constitución Provincial en el art. 67 cuando prescribe “*los empleos públicos para los que no se establece otra forma de elección o nombramiento en esta Constitución o en leyes especiales, son provistos por concurso de oposición y antecedentes que garantizan la idoneidad*”

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

37

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

*para el cargo...” (Título II - Políticas del Estado - Capítulo I -
Administración Pública)”.-----*

----- Ser “*admisible*” en los empleos –aclaré- no significa tener un
derecho subjetivo a ser designado: sólo significa que la Administración
///Pública, si lo considera pertinente, puede nombrar a una
determinada persona para que desempeñe un cargo público, dando
lugar a la relación jurídica de “función” o de “empleo” público. Pero
ningún habitante tiene un derecho subjetivo al empleo, y el citado
artículo 16, en la parte transcripta, no constituye un texto que hayan de
invocar los habitantes o administrados, sino *un precepto al que debe
atenerse la Administración cuando hace designaciones o
nombramientos de funcionarios o empleados públicos, quedando
proscriptas las discriminaciones.*- Respetando ese criterio
constitucional, y el que surja de los textos reglamentarios (que entonces
integran el “bloque de legalidad), la Administración Pública, al designar
a sus agentes, obrará dentro de la juricidad (M. MARIENHOFF -
Tratado de Der. Adm. T III-B, pág. 114 y sigtes.)-----

----- En cuanto a la *idoneidad*, traía también la opinión de
MARIENHOFF (en la obra y páginas citadas)- indicando que trasunta
la noción de aptitud, en el caso, la necesaria para desempeñar empleos
públicos, cuyo concepto es tripartito (técnico, moral y económico) y se
escinde en diversos aspectos que pueden constituir otros tantos
recaudos que la legislaciones suelen exigir.-----

///

----- Dados estos conceptos generales, destacaba que las relaciones jurídicas entre el Estado y sus agentes, están -a mi juicio- lejos de ser discrecionales.- Muy por el contrario –estimé- pertenecen en la clásica clasificación de potestades estatales a las regladas, más allá de las teorías que indican -con precisión inobjetable- que aún en el marco ///reglado existe cierta discrecionalidad.- Ponía como ejemplo de ello, las propias de “apreciación de la idoneidad”, por el examen de la concurrencia de requisitos, que constituyen la llamada “discrecionalidad técnica” en la elección de temas y valoración.-----

----- Establecí que este carácter reglado está dado por la presencia de los Estatutos, que norman la relación, y determinan -en consonancia con la Constitución - las condiciones de ingreso, para dar paso después a los derechos y obligaciones emergentes de la vinculación iniciada con la designación o el nombramiento: la *permanencia*, garantizada por la *estabilidad* -también de consagración constitucional- caso en que la *idoneidad* se convierte en *profesionalidad* y se traduce en el derecho a la *carrera administrativa*.-----

----- Señalé también con FIORINI (no sin prevenir que otros autores opinan distinto) que “al incorporarse al art. 14 bis de la Constitución Nacional el derecho a la estabilidad, se introdujo un seguro de idoneidad, a reglamentarse -siempre- por el legislador, nunca por el patrón administrador (Derecho Administrativo - Tomo I - pág. 789 a 791-)”.- Y dejé asentado que así ocurre en la Provincia, en que a los Estatutos de la Función Pública Provincial, se les reconoce sustancia legislativa.- Recordé que concretamente lo mandaba art. 68 de la Constitución de 1957 - en párrafo lamentablemente eliminado en el actual art. 67- aunque lo estimaba comprendido en el general art. 135

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

39

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

///inc. 27 en concordancia con el art. 24 inc. 9.- Inclusive –añadiré ahora- en el mismo art. 67 cuando al referir a las formas de nombramiento remite a las establecidas “por esta Constitución o leyes especiales”.-----

----- Continuaba en ese decisorio diciendo que este conjunto de normas positivas que contienen los Estatutos distinguen estos principios institucionales -algunos expresos y otros implícitos- que rigen para todos los agentes.- El Estado patrón o empresario –lo dice FIORINI- no puede renegar de lo que proviene de su juridicidad, de la naturaleza de su actividad y de la causa por la que su poder se instituye.- Y entre ellos, la reglamentación del derecho a la carrera administrativa en sus distintos y sucesivos tramos y cargos, en base -al igual que el ingreso- a la idoneidad, que se formaliza en los regímenes de concursos de antecedentes y oposición, tiene singular trascendencia.- Y llama la atención el autor sobre la rigurosidad y seriedad con que estos procesos se han respetado en el ámbito docente...(Ob.cit. Pág. 796) criticando abiertamente el abandono o incumplimiento satisfactorio de estos justos principios por circunstancias de carácter político, dejando sin efecto estas razonables pautas para cargos de mayor responsabilidad, mediante eufemismos como “reorganización” o “comisiones” que burlan la garantía de la estabilidad y atentan contra la eficacia y la moralidad administrativas (pág. 797).-----

///--- Afirmaba también que “deben respetarse los procedimientos y requisitos normativamente establecidos en materia de ascensos en la Administración Pública, pues lo contrario menoscaba irrazonablemente

///

el derecho a la carrera de los agentes...a fin de dar cumplimiento al art. 16 de la Constitución Nacional” (CN Fed. Cont. Adm., sala III, mayo 8-990, LL1990-D-74).- Que el agente -como corolario al "derecho a la carrera"- tiene el indiscutible derecho a ser correctamente "encasillado" (ubicado) dentro del escalafón y si así no se hiciere puede ocurrir a la justicia para que ésta ponga en orden las cosas (MARIENHOFF (ob.cit. T1III-B, pág. 301), pues no hay derecho que carezca de acción para obtener su respeto.-----

----- Añadí que “es evidente que nuestra Constitución sustenta principios, derechos fundamentales, estructura y atribuciones de los poderes públicos, y sobre este amplio estadio normativo se realiza todo el ordenamiento del Estado. La Constitución, por ser la misma juricidad, no es una simple norma sino un contenido pleno de derechos que no es material distinto. Por eso se la identifica como fuente originaria o primaria.- Esta fuente, en el ámbito de la Administración pública, lleva ínsita su esencia ejecutoria, pues representa la voluntad del Estado... Toda norma estatal, es decir, de derecho público, contiene su operatividad y deberá hacerla dentro de un orden que no proviene de la voluntad de los individuos sino del Estado. Este es un principio lógico jurídico, pues no puede concebirse ///que una norma particular cree o cauce una norma general. La subordinación implica realización de lo general hacia lo particular... Toda norma general se realiza en forma ordenada, pero subordinada, a través de una organización que es también creación normativa, hasta el acto concreto particular e individualizado... Lo individual, lo particular, la variedad, no puede jamás crear y establecer un consecuente general... No se trata de la dependencia subordinada de órganos como fuentes creadoras, sino la exigencia lógica de la subordinación de la norma particular o

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

41

Autos: "A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad"
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

individualizada respecto a una norma previa y general.- Este es principio apodíctico de las ciencias jurídicas (FIORINI - Ob. Cit. Tomo I - pág. 51/56/57/58)".-----

----- Consentí en que "la organización del aparato administrativo es de competencia del poder administrador, incluida la selección y promoción de sus agentes y no puede desconocerse su facultad de sujetarse, al efecto, a su propio criterio de eficacia, quedando libre de censura judicial -no de control- lo que disponga en tal sentido; naturalmente, siempre que ello no contradiga el principio de legitimidad, ni la razonabilidad".-----

----- Conceptos éstos en los que me reitero nuevamente.-----

----- 3.5.- Del mismo modo habré de reiterarme –como lo hice en SD N° 2/SCA/05, en la conveniencia de acudir al criterio de razonabilidad para indagar sobre la constitucionalidad de las leyes, ya que "se ha dicho, que cuando se violenta la razonabilidad no se transgrede el ///debido proceso en sentido adjetivo o formal, como imposición de una forma o procedimiento que deben seguir los actos constitucionales de cada órgano del Estado para ser "formalmente" válidos, sino que se trastorna una cuestión sustancial o de fondo: el ajuste de toda norma y de todo acto con el sentido de justicia que la constitución alberga.- Lo razonable es de difícil conceptualización jurídica -sostiene BIDART CAMPOS, en "La interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional", pág.92-, aunque tal vez de más fácil captación racional.- Lo razonable puede ser lo proporcionado e idóneo

///

para alcanzar un fin propuesto: adecuación medida de los medios al fin; diketológicamente lo razonable es lo justo, lo valioso por su ajuste al valor justicia y a otros valores del plexo axiológico... La razonabilidad impone, entonces, un cierto límite que, si se traspasa, nos hace caer en la zona opuesta de lo irrazonable o de lo arbitrario.- Y lo razonable o arbitrario es inconstitucional, de donde lo razonable es lo ajustado a la Constitución, o al derecho natural constitucional, o a la justicia plasmada en la Constitución”.-----

----- “Para saber si hay razonabilidad o no en la relación proporcionada de un medio elegido a un fin propuesto - sigue BIDART CAMPOS, ob. cit. pág. 94- hay que agregar un nuevo elemento, y es éste: no basta consentir que tal medio es razonablemente adecuado a tal fin; hace falta verificar la índole y ///magnitud de la limitación que por ese medio debe soportar un derecho personal; si al mismo fin se puede llegar buscando otro medio apto que irroque una limitación menor o menos gravosa que la que proyecta sobre un derecho personal el medio escogido, debe decirse que no hay razonabilidad suficiente en ese medio.- A la inversa, es inconstitucional por irrazonable la elección de un medio que, aún cuando está proporcionalmente encaminado a un fin, infiere a los derechos personales que afecta, una limitación más gravosa o intensa que otra más benigna o menos severa que surgiría de optarse o haberse optado por otro medio igualmente conducente al mismo fin pretendido” (mi voto – SD N° 2/SCA/00).-----

----- Criterio de razonabilidad al que también acudí en la SD N° 6/SCA/04, en la que mencionaba que “La Suprema Corte de Buenos Aires en aplicación de la máxima define la razonabilidad como “un principio general del derecho –creación doctrinaria y jurisprudencial

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

43

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

con fundamento en los preceptos de los arts. 28 y 33 de la CN...su control implica verificar –además de los requisitos ineludibles de fin público, medio adecuado y no iniquidad manifiesta- la presencia de “circunstancias justificantes”... (“Pignataro...” 14/9/99, “Arrambide...” 21/6/00, “Giménez...” 21/6/00, Menéndez...” 12/9/01 – El Dial W110E1).- Y también mencioné que la Suprema Corte de Justicia de Mendoza dice: “Los derechos constitucionales no son absolutos sino relativos.- Las leyes pueden limitar su ejercicio...La constitucionalidad o no del ejercicio de los derechos pasa por el control judicial de razonabilidad de las limitaciones, es decir que las disposiciones legales ///no alteren el espíritu de su reconocimiento.- Para merituar la razonabilidad, debe analizarse el presupuesto de vigencia, aún limitada y esa limitación debe conformarse a los objetivos propuestos por esa disposición legal” (“Díaz Peralta...” 15/3/01 – EL Dial MZ 3622)”.....

----- Así para inferir, que atender al fin es trascendente, y para individualizar los objetivos perseguidos por el legislador al sancionar la norma, es recomendable imponer a quien defiende la ley, la carga de indicar cuál es aquél (fin o conjunto complejo de fines) a cuya luz debe enjuiciarse su constitucionalidad.-----

----- 3.6.- Expuestos así por un lado la consideración constitucional de los derechos comprometidos en la Ley cuya validez se ataca, y por otro, el camino para desentrañarla, recorrido el mismo la conclusión no es favorable a la norma.-----

///

----- 3.6.1.- Por una parte, los propósitos que movieron a su sanción, considerados en conjunto los que se manifiestan al promoverla por el Ejecutivo, y los añadidos en la contestación por la Provincia, no son satisfactorios para sortear el análisis de razonabilidad.- Los primeros, inducen a un favor sectorial; de acuerdo a ellos el precepto tiene por fin beneficiar a determinados docentes, aquéllos que ganaron un concurso anterior y no obtuvieron cargos, sin considerar ///mínimamente los derechos de movilidad en la carrera de otros en condiciones y con interés de acceder a estas vacantes –posteriores a esos concursos- a los que, **con desigualdad**, se olvida.-----

----- Frente a estas reglas de juego, la actora decidió su participación.- Y –volveré luego sobre ello- desde que los únicos cargos que podía concursar eran el de Director o Vicedirector, y ya ocupaba interinamente el primero al cual la Ley N° 4021 le facilitaba el ascenso, optó por no hacerlo.-----

----- La Corte Suprema de Justicia Nacional, ha acuñado una fórmula quasi sacramental para conceptuar la igualdad, afirmando que *consiste en consagrar un trato legal e igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, por lo que tal garantía no impide que se contemplen en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal de clase o indebida persecución* (CS Fallos 288:224, 286:97, 299:181, 301:381, 302:705, 304:390, LL 1981-A-317, 1988-A-5, 1989-B-183, 1991-B-499, 1991-C-158, 1992-C-147 y muchos otros).- Consecuentemente ha fallado que *no viola el art. 16 CN el hecho de que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere*

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

45

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

*diferentes en tanto la discriminación no se arbitraria ni importe ilegítima persecución de personas o grupos de personas (Fallos 286:187, 288:275, 301:1185).- Pero con relación a esta salvedad señaló que **“la validez constitucional de estas catalogaciones está subordinada a que emanen de causas objetivas o razones sustanciales, ///a efectos de que resulte excluida toda disparidad o asimilación injustas, a las que conducirían criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, ...”** (Fallos 181:203, 182:355, 199:268, 238:60, 246:70, 350, 247:414, 249:546, 254:204, 263:545, 264:185, 286:166, 187, 288:224, 275, 324, 289:197, 294:1199, 295:138, 455, 563, 585, 298:286, 299:146, 181, 300:1049, 1087, 301:1185, 302:192, 457, 306:195, 1560).-----*

----- El Tribunal Supremo de España trayendo la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y con referencia a la selección del personal estatal expresa *“la igualdad sólo es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido”*(Sentencias 3-VIII-83, 20-II-84, 28-II-84 citadas por CASTILLO BLANCO – en Acceso a la Función Pública Local – Ed. Comares - pág. 82).-----

----- 3.6.2.- Si atiendo al propósito que en la demanda se expone - ausente de explicación en la elevación- de tiempo y costos, estos últimos con relación a la emergencia económica, ninguno de ambos es eficiente por sí para sacrificar derechos constitucionales.- Frente a tales

///

justificantes, el medio es desproporcionado, ya que ni el tiempo, ni el costo, pueden avalar seriamente esta medida adoptada.- Para ///admitirlos eficaces, el Estado debió al menos explicar, sino acreditar, la urgencia en cubrir con titulares esas “escasas” vacantes, la razón que en orden al objetivo de educación general no satisface el sistema de interinatos, el porqué no se podía esperar a un nuevo concurso.- Ni aún el costo ha quedado manifiesto, aunque insisto, tampoco determinaba la proporcionalidad del medio.-----

----- 3.7.- Asimismo, las defensas que ensaya la demandada y finca en la situación subjetiva de la Sra. A., tampoco pueden prosperar.-----

----- 3.7.1.- La exclusión que con desigualdad expone la Ley atacada se aplica –se dijo en SD N° 2/SCA/05- a distintas hipótesis que podían darse con tal mecanismo: los docentes que no se presentaron en aquellos concursos, sea por decisión voluntaria, o porque no se ofrecieron cargos en regiones de su interés, o porque optaron por concursar un cargo inferior, o que se encontraron recién después de realizados aquéllos en condiciones de concursar.- Y este último fue el caso de A., que en oportunidad de inscribirse para el Concurso N° 1/99 se consideró que no cumplía los requisitos para el cargo de Supervisor Escolar en la modalidad Educación Especial.- Quedó excluida de la posibilidad de hacerlo ahora, no para vacantes que en esa oportunidad quedaron desiertas, que no hubo ninguna, sino para las que se produjeron o se crearon con posterioridad.-----

----- El motivo que fundó la elevación del Proyecto cuando dice que aún “subsisten” vacantes de cargos jerárquicos sin cubrir es ///inexistente; en éste caso, ambas vacantes en el cargo de Supervisor

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

47

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

de Educación Especial fueron posteriores, según se estableciera ya en la causa resuelta por SD N° 2/SCA/05.-----

----- Desde ya, A. no podía concursar para un cargo no llamado –tal el de la Región I.– Y para el de la Región II, que fue cubierto en aquel concurso y luego vacó, no pudo concursar entonces...aunque lo intentó.- Aún cuando la actora nada dice en su demanda – y sobre el particular la accionada guarda silencio- su legajo da cuenta de que se inscribió en el Concurso N° 1/99 para un cargo de “Supervisor” -Técnico Escolar- en la modalidad de Educación Especial Nivel Primario (fs. 143), y no pudo participar **no por propia voluntad sino por no cumplir con los requisitos para tal cargo**, según se le dijo al rechazar el Recurso de Reconsideración que oportunamente planteara (fs.164).- Se le señaló que sí los reunía para concursar en la categoría de *Director* de Escuelas de Primera, Segunda y Tercera categoría y para el cargo de *Vicedirector* de Escuelas de Educación Especial de Insuficientes Mentales.-----

----- Así es que respecto de esta docente tampoco es veraz lo que se dijo en el mensaje de elevación del proyecto de Ley sobre la abstención por “decisión personal” de no participar en tal concurso (**para ese cargo al menos**) sino porque sus circunstancias personales fueron diferentes.-----

///--- Nótese que en ese momento la Sra. A. manifestó (en su nota del 31 de Marzo de 1.999, a fs.141 de su legajo) que se desempeñaba como “Directora titular de la Escuela de Educación Especial N° *** de ***” - cargo que ahora ocupa- y que cumplía con otros requisitos, “**no**

///

obstante la existencia de una situación no resuelta (Ley 4.021-Titularización)”.- ¿Cómo iba a concursar por un cargo de Vicedirectora”-----

----- 3.7.2.- Ahora bien, es cierto que la Sra. A. accede al cargo que hoy ostenta como titular, por efecto de una Ley –la citada N° 4021- que hizo excepción del sistema concursal.- Por ese motivo, la Provincia le opone el *propio acto* tomando como “conducta anterior relevante” que aceptara esa titularización, prevista de una manera que vulnera el art. 67 CP.- Interpreta que su “conducta contradictoria” se manifiesta al alzarse contra otra norma especial, la Ley N° 4.864, fundándose en que, al no utilizarse tal mecanismo, se violaría la misma norma constitucional.-----

----- Analizadas las constancias de autos y lo referido por la Provincia del Chubut, surge que a través de la aplicación de la Ley N° 4.021, en el año 1.999, y simultáneamente con el desarrollo del Concurso 1/99, se produjo una ***“titularización masiva”*** en cargos jerárquicos del personal docente que se desempeñaba como interino a la fecha de promulgación en Escuelas de Educación Especial transferidas del orden nacional, que reuniera los recaudos establecidos en su art. 2, ///“sin concurso de antecedentes y oposición”.- La accionada, con criterio cuestionable, señala que en ese momento “se produjo una situación por demás singular: mientras unos docentes concursaban para ascender, otros aguardaban un acto para ascender sin concursar... como la docente A.- Destaca, que cuando tramitó el Concurso N° 1/99, la actora no era aún Directora Titular, pues no se había dictado el Decreto N° 969 de “titularización masiva” del 27/08/99, por el cual y por efecto de la Ley 4.021 fue titularizada en el cargo de Director de a Escuela N° ***

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

49

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

(acompaña y remite al Anexo I, hoja 2, renglón 3 del Decreto 969 del 27/08/99, a fs. 131/133 de autos, copias certificadas de la publicación de esa Ley y de este último Decreto).- Fundando la aplicación que pretende de la doctrina de los actos propios, le endilga a la Sra. A. que “no se agravió” entonces por su ascenso sin concurso...que no se preguntó si su situación era inconstitucional... que no le molestó “la inconstitucionalidad por acceder a un cargo sin concurso”... aceptó sin reserva de ninguna naturaleza titularizar sin concurso en el cargo de Directora de la Escuela N° ***... que no formuló **ningún cuestionamiento, renuncia, ni reserva alguna, que la consintió expresamente y se benefició con su aplicación.**- Todo lo cual califica como “especulación”.-----

----- La inconsistencia de esta defensa es ostensible.- Por una parte, se achaca a la actora haberse sometido a una Ley que la Provincia misma propició, dictó y aplicó como legítima; aceptar la situación en la que ///la colocó el legislador al sancionar la norma, que –debe decirse-regularizaba una situación muy diferente, de antigua data, relacionada con el traspaso de las Escuelas Nacionales a la órbita provincial.- Por otra se pretende como “conducta debida” el alzamiento de la actora contra una Ley que la beneficiaba...¿de cómo y por qué medio podría haberse alzado contra una norma distante de causarle agravio ninguno –necesario fundamento de cualquier opugnación”.- Y a más, se ignora que la conducta “contradictoria” se manifiesta ante dos normas distintas, aplicadas a diferentes situaciones: las dadas por la Ley N° 4.021, que no la agravia, y la N° 4.864, que la perjudica.--

///

----- Este Superior Tribunal de Justicia ha aplicado esta doctrina en varios casos, sea por considerar vedado a la Administración *venire contra factum* en perjuicio de los particulares, sea porque a los administrados también ello les está impedido en perjuicio de la Administración.- Mas por sobre todo precedente –se dijo en SI N° 45/SCA/02- lo cierto es que no puede automatizarse, y las circunstancias particulares de la causa son las determinantes para decidirlo.- Expone LÓPEZ MESA que su aplicación debe efectuarse con cautela...la veda de la contradicción en el obrar resulta valiosa mientras se la aplique en forma criteriosa y no como muletilla o cartabón... debe desecharse una consideración rígida, severamente objetivista de los actos propios, y antes de aplicar la institución *se debe ejercitar un contralor serio de la presencia en cada caso, de los presupuestos para su empleo* (La Doctrina de los actos propios en la jurisprudencia – Depalma 1997 – pág. 188).-----

///--- A. en una primera oportunidad acató un régimen jurídico que le fue impuesto, titularizándola en el cargo de Director.- Y así como es torpe aducir que podría haber planteado objeción alguna frente al mismo, también lo es pretender –como lo plantea la accionada- que podría haber previsto las eventuales consecuencias de “otro” régimen jurídico que podría perjudicarla.- Si en el “*venire contra factum*”, como se ha dicho, “el efecto se produce de un modo objetivo en el cual no se tiene en cuenta tanto la voluntad del acto como la confianza que ese acto suscita en el tercero..” (Conf. SCBA Acuerdos del 8/9/87, 27/9/88, 17/8/93) ¿acaso la sujeción de la actora a una norma que la beneficiaba debió crear en el Estado la confianza de que igualmente se someterá a una que la agraviaba”.- La posición es insostenible.-----

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

51

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

----- La conducta precedente debe crear en los demás una figuración que de acuerdo con los usos y costumbres de la vida social haga presumir un comportamiento posterior, el que es mutable, contingente conforme a las circunstancias de tiempo y lugar; y ambos, excluirse (CAMPAGNUCCI DE CASO – La doctrina de los propios actos y la declaración tácita de voluntad – LL 1985-A-1000).- Así como debe configurarse dentro de una misma relación o situación jurídica.- *“Sólo es posible tomar como vinculante una conducta que objetivamente pueda suscitar en el adversario la confianza de que sea índice o ///definición de una actitud frente a esta situación jurídica”* (CS – “Actuar Agrupación Consultores Técnicos...” del 18/6/02 – ED 31/12/02).-----

----- El “factum propio” es en el caso ineficiente para obliterar el derecho subjetivo que la norma atacada vulnera.- Este argumento ensayado por la accionada para repeler la pretensión de la docente A., merece ser rechazado de plano.-----

----- Por todos los motivos –expuestos, me pronuncia por declarar la inconstitucionalidad de la Ley N° 4864, según lo requiere la actora R. L. A.-----

----- A idéntica cuestión dijo el Dr. PASUTTI:-----

----- I.- R. L. A. y E. A. P. –docentes que revistan en el régimen del Dto. Ley N° 1820, impetran Acción Declarativa de Inconstitucionalidad de la Ley N° 4864, que posibilita la titularización en cargos vacantes con

///

carácter excepcional -“por esta única vez”- a postulantes que participaron en concursos del año 1999.-----

----- Aduciendo violencia a los arts. 67 de la Constitución Provincial 14 y 16 de la Nacional, que induce a la aplicación de los N° 9, 10, 18 inc. 4, 5, 6 y 19 de la primera, las actoras aseguran que la norma cuestionada les impide acceder a cargos a los que se encuentran en condiciones de optar, por el sistema que el Estatuto garantiza de ///concurso de antecedentes y oposición, agrediendo la norma de este modo su derecho a la carrera docente.-----

----- La Provincia del Chubut sostiene la constitucionalidad de la Ley con diversos argumentos; generales, en orden a los justificantes de su implementación, y opone defensas atinentes a ambas actoras, y a cada una de ellas en particular.-----

----- Así, a la pretensión de E. P. – si bien responde – lo hace subsidiariamente, en tanto interpreta que aquella resulta abstracta.- Respecto de R. A., a más de los argumentos que con generalidad fundan a su juicio la constitucionalidad que defienden, en razón de que antes se benefició con una titularización masiva sin concurso en el cargo que hoy ocupa, acusa una conducta “contradictoria”, por lo que estimando de aplicación la doctrina de los actos propios pretende repeler la acción.----

----- II.- La Sra. E. P., desempeña como interina el cargo de Supervisor Técnico Escolar de Nivel Inicial de la Región *** (***) en el que quiere titularizar por la vía concursal, impidiéndolo la Ley atacada al incluirlo en el “ofrecimiento” a quienes aprobaron el Concurso 1/99.- Debería decirse “a quien”, pues la Provincia acredita, que sólo una docente – la

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

53

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

Sra. R. C. A.- se encuentra en condiciones de comprenderse en la Ley N° 4864 (Nota de Elevación ///al Poder Ejecutivo del Proyecto de Ley – N° 29/02- incorporada en autos “G.....”, y Nota N° 170/03 del Departamento de Clasificación Docente a fs. 121).- El cargo en cuestión –según lo señala la actora- no había sido llamado a cubrir por el Concurso N° 1/99, esto es, la vacante fue posterior al mismo (Anexo II – Dto. N° 234/89).-----

----- Aún cuando este Tribunal otorgó como cautela la inejecución de la Ley N° 4684 respecto de ese cargo – SI N° 86/SCA/02 – fs. 96/100 vta.), ésta se notifica al Ministerio de Educación el 27 de Noviembre de 2002 a las 13,14 hs. (fs. 102), pero el mismo día, horas antes, la beneficiaria A., ya había “elegido” entre los dos cargos de Supervisor de Nivel Inicial que se le ofrecieron en virtud de la Ley (éste en Región *** y uno en Región IV), y optó por el IV.-----

----- Quedó en consecuencia libre el cargo al que E. P. quería acceder impidiéndolo –en tanto se incluía en el “ofrecimiento”- la Ley que impugnaba.-----

----- Más allá del error en que incurre la Resolución N° 450/02 del Ministerio de Educación (fs. 124/126) al decir que por cumplir la manda de este Tribunal se retiró el cargo del acto de elección, que no es verdad, lo cierto es que el mismo está disponible desde el 23 de Septiembre de 2002 para ser concursado.- Entonces, es cierto que la cuestión por esta actora propuesta devine abstracta.-----

///

///--- En SD N° 3/SCA/02 citaba a BIDART CAMPOS en su obra “El derecho constitucional del poder” (T° II, pág. 240/241), que enseña que todo pronunciamiento judicial recae en una causa judicial, y la forma de resolverla es la Sentencia; en consecuencia, se detrae al juez la consulta, la declaración teórica o general y las cuestiones abstractas, porque todo ello importa un pronunciamiento sin causa judicial, o al margen de la misma.- Y define a la cuestión abstracta diciendo que es aquélla en que ha desaparecido el interés presente y actual que da razón a la Sentencia, o cuando no ha existido ni siquiera inicialmente.- En suma, cada vez que la materia propia del juzgamiento judicial no existe o ha dejado de existir.-----

----- La jurisprudencia es concorde, y, a más de la Corte -a cuyos pronunciamientos remite el voto que precede- coinciden los Tribunales inferiores: “La existencia o inexistencia de interés en la actividad jurisdiccional, puede y debe ser examinada por los jueces aunque no se haya suscitado cuestión al respecto, porque en el supuesto de inexistencia, la admisión de pretensión importaría una declaración abstracta y los jueces no hacen declaraciones abstractas” (C.N. Civ. LL 1990-B-143, conc. ED 161-81, 170-574, CN Com. ED 119- 97 y 108, CN Fral. Cont. Adm. ED 107-831).-----

///--- Por los motivos dados, la pretensión de E. P. devino abstracta por circunstancias sobrevinientes al inicio del pleito.- Así lo voto.-----

----- III.- Atendiendo la pretensión de R. A., me avoco a la cuestión constitucional planteada, con idénticos argumentos a los que desarrollé en la SD N° 2/SCA/05.-----

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

55

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

----- 1.- En ella, apliqué el criterio de razonabilidad para desentrañarla, como también lo había hecho en SD N° 6/SCA/04, reconociendo que es el seguido por la jurisprudencia nacional e internacional, en tanto se ofrece como el más certero, porque “la garantía innominada de la “no arbitrariedad” que fluye del art. 33 de la Constitución Nacional y comprende todo el ordenamiento jurídico, conforma una protección constitucional indiscutible que se traduce para los justiciables en una exigencia de razonabilidad “latu sensu” (Desafíos del Control de Constitucionalidad – Víctor BAZÁN – Ed. Ciudad Argentina – pág. 53)”.-----

----- Siguiendo a LINARES QUINTANA en esos fallos citaba que “lo razonable significa conforme a la razón, justo, moderado, prudente, lo que puede ser resumido: con arreglo a lo que dicte el sentido común.- La razón a su vez, en el lenguaje ordinario, se confunde muchas veces con la facultad de discernir lo verdadero de lo falso; pero en un sentido estricto y filosófico de la palabra, razón es la facultad de comprender, la facultad que percibe las relaciones necesarias, o más ///bien la facultad de lo necesario.- Y el sentido común representa el nivel medio de la razón humana, lo que a su vez difiere del buen sentido que es el don innato de juzgar bien, de discernir lo verdadero de lo falso en los casos particulares, que nos lleva a ver lo justo y conducirnos en consecuencia.- La regla de razonabilidad se funda, primordial y específicamente en el art. 28 de la Constitución Nacional, y fluye del espíritu de la Ley Suprema.- *La Ley que altera o suprime el derecho que pretende reglamentar, incurre en irrazonabilidad o arbitrariedad en cuanto imponga limitaciones a éste que no sean proporcionadas a*

///

las circunstancias que las motivan y a los fines que con la norma se pretende alcanzar.- La razonabilidad tiene por finalidad y razón de ser, preservar el valor supremo de la justicia que hace a la esencia del derecho (Tratado de Interpretación Constitucional – Abeledo Perrot 1998 – pág. 557/559)...”.

----- Bajo esta égida también me pronunciaré en este caso.-----

----- 2.- Asimismo, lo haré de conformidad con el criterio que sustentó mi voto en la SD N° 2/SCA/00, en los que distinguí el derecho *al cargo, al ascenso, a aspirar al desarrollo de la carrera* del derecho *a la carrera en sí misma*, admitiendo como discrecional la potestad de la Administración para organizar sus plantas de personal y cubrir o no las vacantes, reorganizar las plazas existentes, mutar los organigramas de servicio, desconcentrar funciones, en tanto es una ///cuestión de mérito, propia de su competencia, de su zona de reserva, para concluir en que, en definitiva, así como no existe un derecho subjetivo al ingreso, tampoco se lo admite para el ascenso, considerándose un mero “interés legítimo”.

----- No obstante, estimé –y lo hago ahora- que debía reconocerse una tutela efectiva a acordar por aplicación del derecho a la carrera, que comienza cuando el Estado, resuelta con discrecionalidad la atribución de cubrir una vacante, pone en funcionamiento el mecanismo de cobertura.- Allí -sostuve- acaba su discrecionalidad, y debe acomodarse a los Estatutos que lo autolimitan, a las reglas, a los sistemas preestablecidos, y el interés legítimo del agente está protegido.- Aduné esta posición con BOX REIG, quien expresa: “trabado por una relación especial de sujeción con la Administración, en una original relación de

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

57

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

servicios, el funcionario es titular de un interés genérico en el buen funcionamiento de la organización...pero si pretendía ejercer acciones, debía acreditar un interés directo, un beneficio del que lo privó el demandado.- Debía esperar -dice el autor- la aplicación concreta de alguna formulación reglamentaria, y entonces la fuerza de los hechos convertía en estéril los esfuerzos revisores..hasta que jurisprudencia más avanzada admitió para el funcionario legitimación activa por el interés legítimo, para “que los poderes públicos actúen de acuerdo al ordenamiento”... esto es, a los Estatutos (Régimen Jurídico de la Organización Municipal – Madrid – pág. 173).-----

///--- Esa protección –dije y lo reitero- si el sistema de selección no es automático por antigüedad -y más allá del respeto de ésta si así fuera- sino por examen u oposición, y aún reconociendo la discrecionalidad administrativa en el juzgamiento de méritos e idoneidad, se daría frente a la violación de los límites de tales facultades, por arbitrariedad, desviación de poder, por no ser debidamente considerado para ocupar la vacante, si fue postulante.- Y cité en fundamento el voto del Dr. HUTCHINSON en fallo publicado en ED 121-279: *está libre de censura judicial, pero no de control, lo que los poderes públicos dispongan en ejercicio de facultades discrecionales respecto de la promoción y selección de sus agentes, naturalmente que ello no contradiga el principio de legalidad y razonabilidad, exigencias éstas que constituyen un principio general ineludible en el ejercicio de las potestades públicas.- Tal principio reclama...la existencia de circunstancias justificantes, fin público adecuado, y ausencia de iniquidad manifiesta...*(CN Fral. Con. Adm. Sala IV - 3/7/86 –

///

“Puerta...”).- BOX REIG -añadí- coincide: la selección debe estar inspirada por el principio de igualdad desde la redacción de las bases regulatorias y en todo el iter selectivo; las Bases son la ley del concurso y de la oposición; frente a la “tradicional impunidad del arbitrio de los seleccionadores” la jurisprudencia moderna abre la revisión judicial al albedrío técnico desde la mejor línea discursiva sobre la tutela judicial efectiva garantizada por la Constitución (Ob. cit. Pág. 196/197) -art. 18 CP- inc. 9, en el orden local.-----

///--- 3.- A estas consideraciones habré de agregar, que la tutela en particular del derecho a la carrera en la función pública, no es sino un aspecto del genérico a la estabilidad del empleado público que consagra el art. 14 bis de la Constitución Nacional, 24 inc. 2 de la Provincial, en tanto comprende a más del derecho de permanencia en el cargo, *el de movilidad, ascenso o promoción en los distintos grados categorías superiores del escalafón según la regulación básica dada por los Estatutos*, que en orden a lo prescripto por el art. 16 de la primera, 18 inc. 4 conc. 24 inc.9 y 67 de la segunda, debe respetar, en el continente de idoneidad que se impone, el principio de igualdad.-----

----- Igualdad que, en la valoración axiológica que manda la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -que cita el Dr. Royer en su voto- remite -en el análisis de razonabilidad- a la revisión de criterios de selección y de ponderación del órgano emisor (LINARES –ob.cit. pág. 114/118), sin incurrir en “igualitarismo”, pues como dice Susana CAYUSO, toda norma de algún modo afecta la igualdad sea desde los sujetos o grupos cuyos derechos serán considerados de modo diverso al de otros, o desde las consecuencias, efectos o requisitos para acceder o gozar de determinada posición.- Así,

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

59

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

la revisión del criterio de selección apunta a la creación misma de la categoría y supone la comparación de las variables esenciales o relevantes consideradas para la diferenciación; la revisión de criterio de ponderación se dirige a verificar el grado de relación que existe entre la categoría creada, y los medios y fines que se pretenden satisfacer.- Ambas permitirán discernir si la diferenciación es ///arbitraria, o justificada. (El principio de igualdad en el sistema constitucional argentino – LL 2000-F-1380).-----

----- “Todo depende -dirá la Corte- de que concurren “objetivas razones” de diferenciación que no merezcan la tacha de arbitrariedad” (LL 1991-D-518), defenestrando “los indebidos privilegios que muchas veces se conceden con la simple aunque injusta intención de beneficiar sin fundamento a algunos, lo que no implica necesariamente hostigar a otros...”(del Dictamen del Fiscal de la CNac. Civ y Com – LL 1981-B-72).-----

----- 4.- Los hechos de la causa dan cuenta de que por Dto. N° 140/99, el Poder Ejecutivo de la Provincia llamó a concurso de antecedentes y oposición para cubrir cargos vacantes de las jerarquías de Supervisor Técnico Escolar, Director y Vice Director en el área del Ministerio de Cultura y Educación.- Para ello, modificó la reglamentación de la Ley N° 2793 dada por Dto. N° 304/87, y en la redacción modificada del art. 22 inciso c) previó que los aspirantes al concurso de ascenso podrán inscribirse “en una sola jerarquía y/o categoría”; también estipuló, reglamentando la Ley N° 3826, que el concurso sería considerado curso

///

de perfeccionamiento para personal que aprobara el concurso y no obtuviese cargos con valor de un (1) punto.-----

///--- A dos años y medio de aquellos concursos, la Ley N° 4864, y su sucedáneo Dto. N° 1333/03, implementan otro mecanismo para los mismos concursos modificando retroactivamente sus bases, otorgando a los docentes que aprobaron pero no obtuvieron cargo en la jerarquía superior, el derecho a titularizar cargos cuya vacancia es posterior.-----

----- La actora, que no participó en el Concurso N° 1/99, resulta privada por efecto de esta norma de concursar por el cargo al que aspira fuere éste el vacante en la Región II, en la que ejerce como Directora titular de la Escuela N° ***, o en la Región I, ya que como lo indica el Dr. Royer no es clara en su demanda respecto de la Región.- A los concursantes que aprobaron en 1999- terceras citadas que no comparecieron a juicio- pero no ganaron el cargo del nivel ofrecido, la Ley N° 4864 les confiere mejor derecho.- Pese a que en aquél no se incluía el cargo de la Región I que vacó con posterioridad, al que sí se llamaba en la Región II fue cubierto y vacó después (Anexo II, Dto. 234/99, Dto. 1589/99, Resolución XIII 199/01)).-----

----- Este fin de favorabilidad para un sector de docentes -los que aprobaron un concurso anterior y no obtuvieron puestos para ascenso- a contrario de las reglas estatutarias vigentes al momento de su realización, y de las bases que el Estado fijó en su momento para aquéllos, viene manifiesto desde la elevación del proyecto por el Ejecutivo al Legislativo (claramente se dice “la reforma se funda en el reconocimiento de la capacitación del docente que hubiera ganado el concurso ... de esta forma se capitaliza el conocimiento...”; y más

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

61

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

///adelante se corrobora: “los motivos para ofrecer las vacantes está directamente relacionado con...por otro lado el derecho que tiene el docente de ser titularizado en un cargo...” sin que logre exponer un interés público suficiente.- La “diferencia” que se crea “por esta única vez” no halla asidero en los justificantes que se esbozaron en esa oportunidad, ni en los que la Provincia trae al juicio para oponerse a la pretensión de la actora-----

----- La cuestión involucrada parece ser -desde el punto de vista que expone en el pleito el Estado- evitar un nuevo concurso.- Porque estas personas a las que se beneficia demostraron idoneidad, porque el número de vacantes es escaso, porque hay emergencia y hay que evitar costos, porque tampoco hay que perder tiempo.- Por tales motivos hay que olvidar -además- las reglas de aquellos concursos a los que se remite, sobre cuyas bases concursaron estas personas sabiendo que si no ganaban no obtendrían cargos, y que indujo al resto del personal docente en condiciones de participar, -a elegir.- Elegir el cargo por imperio de esas reglas, y en lo general, elegir concursar -o no- para ascender a las vacantes en ese momento existentes.-----

----- Qué decir de quienes **no pudieron participar** entre los que se encuentra R. A.- Y no pudo en la Región I, porque el cargo no estaba vacante, y en la Región II porque aún no reunía los ///requisitos para este cargo (legajo – fs. 164) informándole la Provincia que sí podía concursar para Directora de Escuelas de 1°, 2° y 3° categoría y Vicedirectora de Escuelas de Educación Especial (esto, pese a que ya ocupaba un cargo de Directora que luego titulariza por Ley N° 4021).----

///

----- Acepto que no es dudoso que los docentes beneficiados demostraron idoneidad en un concurso anterior; pero en un concurso llamado para las vacantes existentes en ese momento -dos años antes.- Y si no obtenían cargo...lograban calificación.- Mas éste es un hecho, no una justificación; ésta debe aplicarse al porqué se interfiere en el régimen estatutario que asegura la carrera administrativa y la igualdad de oportunidades por concurso de oposición y antecedentes para cubrir los puestos que vacaron a posteriori.-----

----- La innecesariedad y desproporción de la Ley atacada, en orden a los ensayados propósitos de interés general, el preponente lo ha establecido -y concuerdo- se hace evidente cuando el Estado no ha podido exponer de porqué se acude a esta excepción -por evitar un nuevo concurso- si hay regulado un sistema de interinatos que asegura la prestación del servicio de educación.- Porqué debe acudirse a la afectación de los derechos estatuarios del personal docente y la igualdad de oportunidades -es decir, a favorecer a un sector en detrimento de otro- para mejorar, por esta única vez, la gestión y calidad educativas.- No se ha explicado a la jurisdicción de cómo se propende a este efecto por una “única vez”, o se obtiene semejante ///resultado.- Porqué el sistema de interinatos -que puede mantenerse hasta que el número de vacantes sea “suficiente” (¿cuál sería”) la coarta; porqué no se mantienen interinos -mientras dura la emergencia- para evitar costos.- Y porqué es inútil para aventar el tiempo que insume el concurso.-----

----- Estos argumentos -tiempo, costo, mejora de calidad educativa y de gestión- son como expresa el Dr. Iturraspe su voto in re “González...”

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

63

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

(CSSta.Fe - LL 1990-E- 520) “la fachada formal y puramente verbal de la normativa jurídica que no encuentra relación con la realidad.”-----

----- Creo que la medida excepcional propiciada no fue disponible para el Estado Provincial.- Acotado su arbitrio por normas constitucionales, debió sujetarse a la legalidad y si alguna excepción fuera posible, debió fundarla debidamente en el interés general, evitando clasificaciones que pueden calificarse de “sospechosas” si se sigue la elaboración de la Corte Estadounidense en orden a presuntas violaciones a la Enmienda XIV de igual protección a la Ley (Vide CARNOTA – Discriminaciones reales y discriminaciones presuntas – LL 2000-C-733), y acreditarlas.-----

----- La revisión del criterio de selección -de elección entre variables- así como el de ponderación -relación con los fines- indica que la //elegida no fue, en orden a los motivos esgrimidos, una medida saludable al respeto de los derechos constitucionales involucrados.- Habida cuenta de que la discriminación conduce a dar a unos los que se niega a otros en situaciones que son idénticas -identidad que debe examinarse en el marco de legalidad dada por los Estatutos que rigen la relación jurídica de los sectores comprendidos- la actora fue discriminada.- Y esta disparidad de trato excede lo opinable -hasta tal punto que los propios legisladores la expusieron en la sesión- y se muestra arbitraria.-----

----- 5.- No se presenta asimismo atinada la oposición que ensaya la demandada a la pretensión actora de la teoría de los actos propios, construida sobre una base primordialmente ética, útil para descalificar

///

ciertos actos que contradicen otros anteriores en tanto una solución opuesta importaría restar trascendencia a conductas jurídicamente relevantes y plenamente eficaces (Doctrina de Fallos 323:3025 considerando 15 y sus citas).- Los fundamentos que esgrime el Estado son impertinentes en orden a su aplicación.-----

----- Se aduce, que R. A. aceptó una vez ser ascendida sin concurso porque una Ley así lo autorizó (la N° 4021) y entonces no puede ahora acusar de inconstitucionalidad esta otra porque le impide concursar.----

----- El argumento presenta un galimatías que la Provincia no dilucida.- En efecto, la Ley N° 4021 permitió que la actora titularizara ///sin concurso en el cargo de Directora de la Escuela N° *** de *** que hoy ocupa.- Esta Ley –de Octubre de 1994- previó la designación como titulares - sin concurso – de docentes de nivel primario y Educación Especial de Escuelas transferidas de la Nación (Ley N° 2049), que venían desempeñando cargos jerárquicos como interinos (art. 1) y suplentes (art. 4) bajo ciertas condiciones (art. 2), situación que se cristalizó varios años después.-----

----- Por cierto, la norma benefició a la actora, que por este motivo no participó en el Concurso N° 2/99 para cargos de Director...menos de Vicedirector como oportunamente le informó la Provincia (ver punto III.4 –tercer párrafo del Análisis que vengo efectuando).- A guisa de qué agravio estima la Provincia que debió controvertir la Ley” ¿es razonable exigirle que alzara una bandera de pura legalidad y opugnara por inconstitucionalidad la Ley en contra de sus intereses” No parece razonable.- A más, ¿cuál era la vía apta”.- En verdad –ya lo sugiere el prevotante- ninguna acción se le hubiera admitido.-----

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

65

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

----- Pero por sobre todo ¿qué confianza legítima le creó al Estado” A su vez, ¿es lícito –y moral- que aquél reclame del administrado el alzamiento frente a su propia conducta de dictar una norma presumida legítima, aún cuando sólo sea para espetarle y repeler la constitucionalidad de otra distinta”.- No se trata aquí del “voluntario sometimiento” que impide cuestionar con ulterioridad la norma a la ///que el sujeto se sometió...se trata de **otra** preceptiva.- Si como expone CASSAGNE las **situaciones jurídicas subjetivas están calificadas por una norma objetiva** (Cuestiones de Derecho Administrativo -Depalma 1987- pág.255/256), ésta es la que determina la relación jurídica dentro de la cual se desenvuelve la situación subjetiva de cada comprendido y/o afectado.- Así, la creada por Ley N°4021, fue otra y distinta de la originada por Ley N° 4864.-

----- La doctrina y jurisprudencia destacan, que entre los recaudos que deben darse para que pueda ser aplicada la teoría de los actos propios – que son varios- es preciso, primero, *que una persona haya observado determinado comportamiento dentro de una misma situación jurídica* (“conducta anterior” o “primera conducta”) que a su vez debe haber generado en la otra parte **una expectativa seria de comportamiento futuro** dando nacimiento a un “**derecho aparente**”, a la que debe oponerse una “conducta posterior contradictoria” con aquélla (Vide VIVES Luis María – La doctrina de los actos propios – LL 1987-B-946, Despacho de mayoría de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Mar del Plata, GARCÍA DE ENTERRÍA, “La doctrina de la Lesividad”, Rev. de Administración

///

Pública”, N° 20, p. 69; CNCom. Sala A – ED 114-197, Cám. Civ. Y Com. Rosario – Zeus 40, p. J-150 – STCH 12/SRE/02, mi voto).- A más, salvo el caso de error o violencia, se ha dicho que la inadmisibilidad del “venire contra factum” es totalmente irrelevante la disposición subjetiva del autor de la conducta contradictoria; no interesa que pueda o no imputársele dolo o culpa en su proceder – como parece estimarlo la Provincia ///cuando critica de “especulativo” el proceder de la actora- porque lo decisivo es la **desarmonía objetiva** con el standard de conducta (DIEZ-PICASO-PONCE DE LEÓN – La Doctrina de los Actos Propios – Ed. Bosch- pág. 163 y 211).-----

----- Desde que se trata en el caso de distintas situaciones subjetivas determinada por normas disímiles, y no puede hablarse seriamente en orden a un standard de conducta de contradicción ninguna en el caso, en tanto la sujeción a Ley que la beneficia es la conducta esperada, como lo es el alzamiento por las vías procesales aptas contra la Ley que perjudica o agravia, de tal suerte que está ausente la expectativa de determinado comportamiento futuro en la que el Estado pueda razonablemente haber confiado, sus argumentos no son audibles y la doctrina es inaplicable a la Sra. R. A. .- Así lo voto.-----

----- Concluiré entonces, en que la Ley N° 4864 alteró sin justificación objetiva eficiente los derechos de la actora nombrada, y no puede sortear el examen de razonabilidad, por lo que corresponde declarar su inconstitucionalidad.- Así queda propuesto al Acuerdo.-----

----- A la misma cuestión el Dr. CANEO dijo:-----

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

67

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

----- 1.- Tal como lo exponen mis colegas, la constitucionalidad de esta Ley N° 4864, ahora cuestionada por las actoras A. y P., ///ocupó al Tribunal en fallo registrado como SD N° 2/SCA/05 (G., M.....”).-----

----- Como en aquel caso, las docentes vienen a sostener que la Ley N° 4864 coarta su carrera docente, pues en lugar de acudir al sistema regulado de calificación y ascensos dado por la Ley N° 2793, esto es, concurso de antecedentes y oposición, modifica ésta “por única vez”, y otorgando derechos resultantes de un concurso anterior a otras personas que participaron en él, se la excluye de la posibilidad de acceder al puesto vacante al que cada una quiere promocionar, denunciando violencia a los arts. 14 y 16 de la Constitución Nacional y 67 de la Carta Provincial, coordinados con los arts. 4, 6, 18 incisos 4, 5 y 6 y 19 de esta última, determinando ello –sostienen- la aplicación del art. 10.-----

----- A más de afirmar la constitucionalidad de la Ley con argumentos similares a los planteados en aquella causa ya resuelta, la Provincia demandada trae defensas en particular aplicadas a cada actora: para la Sra. P., dice que la cuestión devino abstracta; para la Sra. A., solicita la aplicación de la doctrina de los actos propios.-----

----- 2.- La abstracción expuesta respecto de la pretensión deducida por P. debe prosperar, tal como lo resuelven los preponentes.- Las circunstancias de hecho, documentadas en autos y detalladas por los Dres. Royer y Pasutti, indican con claridad que circunstancias sobrevivientes sustrajeron la materia del pleito.- Es así, porque

///

///después de iniciada la acción, resuelta la cautela, al momento de ser ésta –que se otorga- notificada, el cargo al que aspira la actora - Supervisora de Nivel Inicial en la Región ***- quedó “libre” por elección de otro de los ofrecidos, que efectúa horas antes la única beneficiaria de “opción” según Ley N° 4864.-----

----- En el marco de la norma se encontraron dos cargos de éste nivel: el que pretendía P. y el de la Región IV, que fue el elegido, lo cual indica que al momento de demandar, efectivamente la Ley impedía el acceso por nuevo concurso al de la Región ***, y por ende, su “liberación” posterior, al margen de la voluntad actora, si bien convierte en abstracta la cuestión, y determinó la inutilidad de la tutela otorgada, no enerva su razón para litigar, circunstancia que ha de tener influencia al momento de decidir costas.-----

----- Es criterio asentado del Cuerpo de que “no procede dictar fallo sobre asuntos que le son sometidos cuando las circunstancias sobrevivientes tornan inoficiosa su intervención “ y “...no corresponde expedirse cuando el agravio que fundamenta la pretensión no subsiste en oportunidad del pronunciamiento” (SD N° 8/94, 104/SCA/95, 31/SRE/99, 14/SER/00, 3/SCA/02 SI N° 42 y 49/SCA/02).-----

----- Coincidiré por ello, en declarar abstracta la pretensión de la Sra. P..-----

///--- 3.- La Sra. A., es Directora titular de la Escuela N° *** de la Región II – ***- cargo al que ascendió por titularización directa por efecto de la Ley N° 4021.- Aspira al cargo de Supervisora de Educación Especial, en las Regiones I o II.- Ambos cargos comprendidos en la Ley

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

69

Autos: "A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad"
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

N° 4864, modificatoria del art. 46 de la N° 2.793 que regula sobre clasificación y ascensos del personal docente sujeto al Dto. Ley N° 1820, ya antes otras veces modificado, que en su origen estatúa, que por única vez, hasta tanto se implementen las Juntas Zonales, se aplicaría el sistema previsto por el Dto. Ley citado.-

----- Tal disposición transitoria de 1987, fue antes sustituida por Ley N° 3826, reforma que en verdad no importa una regulación transitoria sino general, para considerar el concurso como "curso de perfeccionamiento" para el personal que lo aprobara, otorgando puntaje si no obtenía cargos.- Nuevamente, la Ley N° 4864 viene a sustituir la norma, por un enunciado que en apariencia es general, pero en definitiva resulta en previsión transitoria según se deriva del "por única vez" al que aquel enunciado remite.- Refiere la posibilidad de que exista un número de vacantes a cubrir que no justifique la realización de un concurso de ascensos, caso para el cual, si existiese un número suficiente de docentes que hubieren aprobado el último realizado indica un procedimiento... para después establecer que "por esta única vez" se cubrirán los cargos **a través de la titularización del personal docente que hubiere aprobado los concursos de antecedentes y oposición N° 1/99 y 2/99, y que no tuvo asignación de cargos, y que ///cuenta con un concepto no inferior a muy bueno** a quienes **"le serán ofrecidas las vacantes existentes a los fines de titularización"**.-----

----- 3.1.- Examiné la constitucionalidad de esta Ley, en la citada SD N° 2/SCA/05, pronunciamiento en que me reitero.- Allí expuse seguir,

///

como lo había hecho en mi voto en la SD N° 6/SCA/04- la máxima de razonabilidad propuesta por LINARES, como el método mas seguro – aunque admití, teñido de humanidad- para la hermenéutica constitucional.- Recurrí entonces a la técnica que propone Juan CIANCIARDO (El conflictivismo en los derechos fundamentales - Pamplona – Eunsa – 2000 – El subprincipio de necesidad y el control constitucional de razonabilidad – ED 16/11/99). quien considera que la misma está integrada por los subprincipios de adecuación (aptitud para obtener el fin), necesidad (la menor restricción posible de derechos fundamentales) y razonabilidad en estricto sentido (relación aptitud/restricción, esto es proporción coste/beneficio), completado a su vez con el análisis de contenido esencial, que indica que el equilibrio proporcional se mide por la no alteración del derecho involucrado.- Aspecto este último al que refiere el art. 21 de nuestra Carta Magna Provincial, que debe concordarse con lo que establecen otros preceptos de igual rango que invoca la accionante para fundar su posición, tales los arts. 9 y 10 de la misma Constitución y determina que la reglamentación de los derechos constitucionales no puede ésta alterar su esencia.-----

///--- Finalidad, eficiencia, proyección, intensidad, son los extremos que las distintas concepciones que postulan métodos propician para ahondar el examen de constitucionalidad.-----

----- 3.2.- Califiqué entonces la Ley atacada como norma **de excepción**, dada bajo un postulado aparente de generalidad; señalé que esta técnica del “por única vez” para titularización en cargos docentes, no era la primera vez que se acudía: desde la sanción misma de la Ley N° 2793 por vía de este art. 46 que se sustituye, la Ley N°

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

71

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

3826, acudiendo a la sustitución del art. 48 y refiriendo a concursos de los años 1987 y 1988.-----

----- 3.3.- Transcribiendo la preceptiva concluí en que, según su texto, no requería esfuerzo de discernimiento deducir, que los docentes que no se presentaron en aquellos concursos N° 1y 2/99, sea por decisión voluntaria, o porque no se ofrecieron cargos en regiones de su interés, o porque optaron por concursar un cargo inferior, o que se encontraron recién después de realizados aquéllos en condiciones de concursar ... quedaron excluidos de la posibilidad de hacerlo ahora.- Fuere para vacantes que en esa oportunidad quedaron desiertas, fuere para otras que se produjeron o se crearon con posterioridad.- Tal su proyección.---

----- 3.4.- Expuse que la demandada –conciente de la importancia de la finalidad de la Ley como extremo conducente para desentrañar su ///racionalidad- trajo al pleito el Mensaje de Elevación a la Honorable Legislatura del Proyecto para su sanción fechada el 26 de Diciembre de 2002.- Lo hizo, insistiendo en que no se había abandonado del requisito de *idoneidad* al impulsarla, sino que se había buscado “no desaprovechar” al personal más capacitado y que “ya había demostrado acabadamente su idoneidad” en un Concurso de Antecedentes y Oposición “sumamente exigente”, al aprobar sus tres instancias, haciendo referencia a los Concursos N° 1/99 y 2/99.-----

----- Destaqué los términos del mensaje –que no repetiré en tanto lo hace el voto del Dr. Royer- estimando que el propósito de exclusión antes resultaba de tales términos explícito.-----

///

----- 3.5.- Ante esta realidad, traté primero, un elemento de hecho que justificó la norma, y motivaba la oclusión que la Provincia oponía al derecho de acción en la causa ejercida: porque se encontraba en aquella oportunidad de llamado a los Concursos N° 1 y 2/99 en condiciones de postularse al cargo al que hoy aspira.. y no lo hizo.- Oposición similar a la que se formula respecto de A., que pretende acceder al mismo cargo en las mismas Regiones- pues al momento de esos concursos, no se presentó porque “especulaba” –dice la demandada- con la titularización de Ley N° 4021 que al final obtuvo (por lo que además opondrá el “acto propio”).-----

///--- 3.5.1.- Así es –dije- en la Región II y no en la I según surge del Dto. N° 140/99, Anexo II – pág. 11, confirmado por el posterior N° 234/99 – Anexo II- a más que de acuerdo a las constancias arrojadas, *el cargo en la Región I –que ocupa interinamente- es de creación posterior (Resolución XIII-199/01).*- Igualmente la vacante de la Región II también es posterior, pues el cargo fue cubierto por ese concurso por Dto. N° 1589/99, y vacó después–según dice la actora y la Provincia no niega.-----

----- Ya estas circunstancias fácticas documentadas –dije- desestabilizan la estrategia de la accionada y además dan cuenta de que aquella afirmación que presidió la elevación del Proyecto **...a un año y medio de un concurso subsisten vacantes de cargos jerárquicos sin cubrir...** no fue veraz para el caso.- ¿Cómo concursar para un cargo inexistente...” o para el que se reconocía que había postulantes en mejores condiciones...o porque se prefirió – y debió optar por- concursar otro”.- O, añadido, específicamente para la Sra. A.,

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

73

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

porque no se le permitió concursar a **este** cargo (acreditado ello en la documental que indican los prevotantes).- Más allá de lo cual insistiré en que en el marco de la relación que de empleo que vincula a la actora con la Provincia, regida por Estatutos, y mas allá de la polémica sobre su naturaleza (contractual o estatutaria) **el ascenso es un derecho...**no una obligación, y aún en el limitado marco de autonomía de la voluntad que aquel vínculo permite –sobre lo que mas adelante he de volver- no encuentro justificado que el hecho de no concursar para cargos en 1999, importe impedimento para aspirar ///acceder a otro superior, más si es creado con posterioridad.- Mas allá también de la no consideración –al que alude la actora- del “excedente capacitado”, cuyo status realmente no veo muy claro, menos aún estables, como que no sea la previsión del art. 44 de la Ley N° 2793, o en el marco de la Ley N° 3030 –ya derogada- para interinatos y suplencias, o de la Ley N° 3826 cuando reforma los arts. 46 y 48 de la primera, o de la reglamentación de este último dada por Dto. N° 1523/93, reformada en particular para estos concursos N° –1 y 2/99- por el Dto. N° 140/99, art. 3, que expresó –claramente- **que para quienes no obtuvieran cargos del concurso, el mismo se consideraría como “curso de perfeccionamiento” otorgando un (1) punto como antecedente de concurso aprobado.**- En otros términos...no obtendría derecho a cargos...-----

----- Completaba esta idea expresando, que aún en el marco de la ley civil, los alcances y el sustento de la autonomía de la voluntad como poder para gobernarse a sí mismo en la esfera jurídica, y su relación con el concepto de libertad, no han sido desarrollados con holgura.- Se

///

acepta no obstante, que es el núcleo generador de las relaciones jurídicas, un principio general del derecho que implica el reconocimiento de la persona como ser de fines, inderogable porque no puede distorsionarse la naturaleza del ser humano, de tal suerte que su supresión llevaría a su aniquilación y lo convertiría en instrumento; pero tampoco absoluto, porque ello conduciría al ///imperio del arbitrio personal.- Los límites – que deben respetar el equilibrio- los impone – a más de la moral- el orden jurídico.- Este acota, restringe y limita, pero tales normas deben interpretarse en la forma que resulte más conforme a aquel principio general, y de manera restrictiva.- (DE CASTRO y BRAVO - El negocio jurídico – Ed. Civitas – Madrid – 1985 –pág. 6, 377, 378, 379).-----

----- Reconocí también que en la relación jurídica de empleo público, esa autonomía es restringida.- El interés público, el bien de la comunidad, es la finalidad última del quehacer del Estado, y en él se justifican las cláusulas exorbitantes del contrato administrativo, o la adhesión o sujeción estatutarias.- Mas aniquilar el escaso margen de arbitrio y libertad que ese orden normativo acuerda, máxime cuando la acotación es exigida, no satisface aquel principio de autonomía.- Menos –en el caso bajo análisis- si se considera que de los cargos a concursar en 1999, la actora – Directora interina en ese entonces- sólo podría haber optado, como lo señala claramente el informe que oportunamente ante su inquietud le cursaran las autoridades educativas, por ese mismo cargo, o de la misma jerarquía, y –pese a lo que la Provincia opina al respecto y califica de especulación- ya había sido beneficiada con la Ley N° 4021 y sólo debía esperar el acto administrativo que la ubicaba en aquel puesto.-----

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

75

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

----- La Sra. A. –desde ya- **pudo** inscribirse para concursar el cargo de Director – **no de Supervisor**- en aquellos concursos pero decidió esperar la designación que al amparo de citada Ley le correspondía.-
///No podía saber, ni imaginar, que decisiones ulteriores de política educativa en ese momento inexistentes, o desconocidas, le coartarían un ascenso futuro.- Más aún, según lo señalé en el fallo a vengo refiriendo, pudo, libremente también pues el orden establecido no la limitaba, elegir no concursar en ese momento en particular, por cualquier razón que fuere propia de su ámbito de libertad.- Si la libertad es el potencial poder de decisión, de elección, de opción, y la voluntad el instrumento para realizarla, y la Ley no impide esa realización, ninguna consecuencia que a ese momento no estuviera prevista por el ordenamiento, o que la constriña, puede oponérsele con consistencia, ni –como se verá- el acto propio.- Tal el esplendor del art. 19, 2º párrafo de la Constitución Nacional.-----

----- 3.6.- Ahora bien –expresaba en aquel voto- las tachas que sostiene la actora provocan la inconstitucionalidad denunciada y le agravan se relacionan con los derechos que estatuyen los arts. 14, 14 bis y 16 de la Carta Nacional invocados y en concordancia directa, según expone, el 67 de la Provincial.- El tercero, garantiza la igualdad en la admisión en los empleos sin otra condición que la idoneidad; el art. 67 CP impone idéntica regla para la admisión en los empleos públicos, estipulando que si no estuviera previsto un sistema de elección distinto –que la garantice, así debe entenderse- éstos se proveerán por concurso de oposición y antecedentes (José Raúl ///HEREDIA – La Reforma en la Provincia del Chubut – Ed. CEIP 1995 – pág. 230).-----

///

----- 3.6.1.- Ha de establecerse entonces –seguía- que, como regla, no es el concurso de oposición y antecedentes una imposición constitucional, como en algún acápite de su demanda lo argumenta la actora.- La Ley puede establecer otros, tal la previsión constitucional, pues históricamente –como lo enseña ENTRENA CUESTA- los sistemas seguidos –y admitidos- para seleccionar las personas que ocupan cargos públicos han sido variados, paralelos con las características de tales cargos y las políticas imperantes en cada momento.- Desde el arrendamiento y la herencia, hasta el sorteo, la cooptación, la elección, el nombramiento.- Consultado el derecho comparado, los primeros han sido hoy abandonados; el sorteo, la elección, están limitados a determinadas clases de funcionarios (jurados, políticos), adoptándose, para la selección del funcionario profesional –el funcionario público en sentido estricto- el de nombramiento por la autoridad competente (Curso de Derecho Administrativo – 12º Edición- TECNOS- Madrid).--

----- Este nombramiento, puede efectuarse de forma libre o reglada en el sentido de que al otorgarlo quien lo efectúa pueda elegir libremente a quien considere oportuno, o se encuentre sometido a los cánones que le marca el derecho positivo.- La primera de las modalidades, es aceptada para los cargos políticos, en tanto que para los funcionarios profesionales, el acceso a los cargos se efectúa como regla por sistemas ///de concursos, que se ha entendido que son los que mejor garantizan los principios de igualdad y mérito y capacidad, que no otra cosa es la “idoneidad”.-----

----- En tal contexto, el art. 67 de la Constitución Provincial está indicando claramente, que esta potestad de proveer a la cobertura de los

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

77

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

empleos públicos, es para el Estado reglada o vinculada, predeterminada por el ordenamiento legal, con el escaso margen de arbitrio que la garantía de idoneidad que debe asegurarse autoriza.- Aseguramiento que es un mandato imperioso y no le está permitido desoir.- Idoneidad que *“debe ser probada de conformidad con las normas legales...legalidad que pone límites a las facultades discrecionales de la Administración”* (M.M. DIEZ – Tratado de Derecho Administrativo – Tomo III –Ed. Omeba– pág. 370).-----

----- Así es que los Estatutos del Personal Docente de la Provincia, en el margen dado por la Constitución – y según los cargos- han regulado su provisión por sistemas de concursos de antecedentes, y de antecedentes y oposición.-----

----- 3.6.2.- A más –añadí- debe dejarse asentado, que el derecho de la función pública, de carácter público y administrativo- como bien lo señala PALOMAR OLMEDA- tiene una finalidad dual: por un lado, definir y establecer los derechos y deberes de los vinculados ///–funcionarios y empleados públicos- y sus condiciones de trabajo; por la otra, asegurar el funcionamiento de los servicios públicos.- Y esta última es la razón misma de la exigencia de idoneidad.- La existencia de esta “burocracia profesionalizada” y estable –dice el autor- sólo se entiende si correlativamente existen servicios públicos que requieren de aquélla para su funcionamiento.- El servicio público requiere indefectiblemente de un soporte de recursos humanos para su realización y para ello, se establece una estructura de personas (Derecho de la Función Pública – DYKINSON – Madrid - 3º Ed.).- Un soporte

///

idóneo para cumplir el fin de interés general.- Y ello justifica la técnica de la predeterminación unilateral de las condiciones de trabajo, la exorbitancia del régimen, que ha encaminado las tesis “estatutarias” para calificar la relación, o aún estimándola contractual, ante la limitada autonomía de voluntad –a que antes me he referido- conduce a encuadrarla como “de adhesión”.-----

----- Manuel María DIEZ lo explica así: la idea de función pública implica una actividad referida a los órganos del Estado, que se integran por dos elementos, objetivo y subjetivo.- Este último es el constituido por el personal al servicio de la administración.- (Ob. Cit. Tomo III - pág.332).-----

----- Ante tal dualidad no es de extrañar la presencia, en algún momento, de oposición de intereses.- Máxime cuando el interés subjetivo halla clara protección constitucional en el art. 14 bis de la ///Carta Nacional, y 24 inc. 9 de la Provincial: la estabilidad, la carrera administrativa.-----

----- 3.7.- La pugna parece manifiesta en el caso ya resuelto y en éste bajo análisis, pues al requerimiento jurisdiccional de la actora que se apoya en su derecho a la carrera docente –amén del voluntarismo antes tratado- el Estado Provincial pretende oponer el fin social de bien común o interés general involucrado en el servicio público de educación, por evitar los tiempos y costos que le genera la implementación de un Concurso de Antecedentes y Oposición para cubrir –entre otros más- el cargo al que aspira la Sra. A. acceder.--

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

79

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

----- 3.7.1.- Pero –insisto ahora- no lo veo así.- Si la finalidad de la Ley es la que se manifiesta en su elevación –glosada por el Dr. Royer en mayor medida importó, no una modalidad propuesta –luego sancionada por el Legislador- en beneficio del servicio educativo, sino más bien a favor de un grupo de docentes, que habiendo aprobado un concurso años antes, no obtuvieron cargo por falta de vacantes...y entonces se les confiere la posibilidad de ocupar las que se produjeron con posterioridad en el mismo nivel.-----

----- Si el principio de igualdad exige que los gobiernos hagan las clasificaciones legales con idéntica consideración y respeto por los gobernados, tratándoles como iguales ante la ley, este derecho debe ///impedir que se dejen fuera personas que debieran estar alcanzadas por ella, o incluyan otras que no tendrían porqué estarlo sin una justificación atendible (GRONDONA – Exámenes de constitucionalidad – Rev. LL 17/6/04).-----

----- Fácil es advertir, que el interés general está ausente en la finalidad enunciada y se expone una obvia discriminación “por esta única vez...”.- El Poder Ejecutivo expuso a la Legislatura cuántos cargos debían cubrirse, y cuántos docentes constituyeron el “excedente capacitado” de los concursos 1 y 2/99, mas no ilustró cuántos otros docentes, que no concursaron en 1999, y que en un nuevo concurso podrían demostrar mérito y capacidad, y a los que se les coarta *la posibilidad de demostrarlo* , al menos, “por esta única vez” quedaron en el camino.- Y la demandada ha venido a consentir esta finalidad perseguida por la norma, conforme lo que expuso en el responde.-----

///

----- 3.7.2. Sólo dos razones de interés general –insistiré en este pronunciamiento- encuentro involucradas en el mensaje de elevación, prueba de la Provincia.- Una atisbada a su inicio -aunque no muy claramente- cuando se dice que *no siempre el esfuerzo personal y profesional docente van de la mano con lo administrativo y económico del Estado*; otra, explícita cuando se expone que de este modo, titularizando los docentes que aprobaron un concurso de antecedentes y oposición anterior con un concepto no inferior a muy ///bueno, *se mejora la capacidad de gestión de las instituciones educativas y la calidad de la educación.*-----

----- Esta última aspiración, pudo ser legítima para fundar una norma general que –hacia lo futuro- modificara las reglas concursales de tal suerte que ante cada llamado, los docentes supieran de antemano que aún siendo excedentes, podrían ocupar cargos, y que no habría nuevos llamados hasta agotarlo.-----

----- Porque no hay, es verdad, un derecho subjetivo a la función pública.- El Estado puede regular libremente las condiciones de acceso respetando el impuesto de idoneidad; y puede modificarlas, claro, pues la idoneidad no es un concepto absoluto y uniforme, sino relativo, sea con la índole de los cargos y funciones a llenar (DIEZ –ob. Cit.- Tomo III – pág. 369 y 371), sea con las necesidades educativas que pueden modificarse por innumerables circunstancias que valorará el Legislador.-----

----- Enseña ENTRENA CUESTA: “El funcionario que ingresa a la Administración se coloca en una situación jurídica objetiva, definida



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

81

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

legal y reglamentariamente, y por ello modificable por uno u otro instrumento jurídico, de acuerdo al principio de legalidad, sin que pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los tiempos...”.- Pero “El régimen establecido con carácter general en el ///Estatuto de funcionarios no podrá ser alterado en perjuicio o ventaja de alguno o algunos de ellos...” (Ob.cit. pág. 276).-----

----- Pero así, por una única vez, aplicado retroactivamente en beneficio de un grupo determinado de personas, no se presenta coherente como razón para –ante la oposición o pugna de intereses- justificar su prevalencia frente a los derechos constitucionales subjetivos protegidos.- En cuánto mejora de capacidad de gestión o de calidad de la educación el acudir al excedente capacitado en lugar de proveer a un nuevo concurso “por esta única vez” para el cargo al que la actora aspira, desde ya, no ha sido acreditado.- Amén de lo cual la afirmación así dada conduce a discernir que el régimen de interinatos – aplicado a la cobertura de cargos hasta su concurso- está conspirando contra la eficiencia educativa.- Y tengo presente, porque así lo expone el Expte. N° 109/99, que el 3 de Junio de 1993 se proyectó derogar la Ley N° 3030 que disponía la ocupación de cargos vacantes en interinatos por el excedente capacitado de concursos, dejando asentado una serie de fundamentos negativos que afectaron la comunidad educativa y “la formación integral del niño, en definitiva, la esencia del accionar docente” (fs. 27/32).- A la postre la norma fue abolida por Ley N° 3826.-----

///

----- Es sobreabundante agregar por otra parte, que con la reforma impugnada se logre “proteger” el derecho que tiene “el docente” a ser titularizado en un cargo jerárquico a través de un concurso de antecedentes y oposición.- Se protege a algunos docentes, los que ///participaron en los Concursos N° 1 y 2/99, sin conciliar sus derechos con los que no lo hicieron porque estaban seguros según las reglas dadas, que ni a los desiertos, ni a los posteriores, les estaría impedido optar en otro concurso.-----

----- Porque el principio de legalidad enunciado “encierra” al Estado cuando ha llamado a un concurso, y sentado sus bases, operando una autolimitación (DIEZ – Ob.cit. pág. 366).- En SD N° 2/SCA/00, se citaba –en el mismo sentido- a SERRANO GUIRADO –traído a su vez por Alberto PALOMAR OLMEDA (ob. cit. pág. 319)- para explicar las consecuencias jurídicas de la convocatoria a concursos, tales: 1º) la convocatoria es la ley del concurso o de la oposición... a la que quedan sometidos los concursantes, como la propia administración.- 2º) La convocatoria supone un equilibrio entre las prerrogativas administrativas y las garantías de los administrados... supone la autolimitación de las facultades de la Administración y su plasmación concreta en un texto en el que se fijan, de antemano, las condiciones de participación en el proceso selectivo y las características de la plaza a obtener mediante aquél. Si estas circunstancias no se plasmaran previamente en una convocatoria, es claro que la Administración actuaría con pleno arbitrio, de forma que podría llegar a hacer ilusorias las garantías del administrado que pretende obtener un puesto en la administración.- El equilibrio se asegura con la vinculación de la propia Administración a la ///convocatoria realizada, de forma que no puede desconocérsela ni enervar los derechos que derivan de la misma ni,

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

83

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

incluso, modificarla sin respetar éstos.- 3º) La materia selectiva no es puramente discrecional...no es discrecional la selección de cada uno de los procedimientos que deben someterse a unas reglas previamente fijadas.- 4º) Debe aplicarse la regla de inmutabilidad de la convocatoria, que no es sino efecto de la doctrina de los actos propios, según la cual a nadie le es lícito volver sobre sus actos.-----

----- Desde que el sistema se considera como “garantía subjetiva contra la arbitrariedad”, entonces habrá atenuamiento a sus reglas.- Y claramente lo reconoce la Diputada M. en la sesión en que la Ley fue aprobada *“los docentes que participaron en los concursos N° 1 y 2/99 sabían perfectamente que no iban a ser excedentes capacitados si no podían acceder a un cargo”... “...esta gente hizo un gran esfuerzo al presentarse al concurso, pero sabían a lo que se debían atener...”* aunque por los motivos que enuncia, consiente en admitirlo por esta vez (del Diario de Sesiones HL – CD Base de datos de documentación legislativa – ALCHEMI).-----

----- Y la norma se sancionó en contra de aquellas reglas concursales, creando –en verdad- el privilegio “inadmisibile” alegado por la actora.-

----- 3.7.3.- El desequilibrio esbozado entre sistema, administración y economía, es desarrollado en el responde cuando la Provincia alega a favor de la Ley el insumo de tiempo y plazos de ejecución que ///requiere sortear las distintas etapas preparatorias y ejecutorias del concurso de antecedentes y oposición, ofreciendo probarlo con los

///

antecedentes de los Concursos 1/99 y 2/99, que constan en el Expte. Administrativo N° 109/MC y E/99.-----

----- Es cierto que el Concurso involucra un procedimiento complejo – como afirma la accionada- por las etapas y acciones que deben cumplirse.- En la Reglamentación de la Ley N° 2793, Dto.304/87, se establecen los pasos a seguir desde la convocatoria, inscripción de aspirantes, remisión a las escuelas de los listados de éstos para efectuar reclamos... con sus plazos... conformación del Jurado, con la presentación de las nóminas, posibilidad de impugnarlos, con sus respectivos términos hasta su designación.- Entrega del temario de examen, previa elaboración por el Jurado, a los postulantes... Hasta la prueba de oposición que constará –conforme su art. 25- de tres instancias: escrita, oral y práctica... cuyo resultado definitivo habrá de notificarse a los concursantes... hasta que pueda llegar a cubrirse definitivamente el cargo vacante.-----

----- Mas éste es, por una parte, el sistema instaurado **con generalidad** por el Legislador para cubrir los cargos por ascenso atendiendo al imperativo de idoneidad, y por la otra, el estipulado para acceder los docentes a los distintos grados y niveles de la carrera, y debe ser acatado.- Menuda seguridad jurídica la que podría resultar de ///subordinar los derechos constitucionales al tiempo que se pueda insumir en respetarlos.-----

----- Más allá, la apreciación del factor tiempo es harto relativa.- El Expte. citado da cuenta que en Enero de 1999 la Dirección General de EGB lo propone, propiciando modificaciones en los reglamentos, y el 16 de Febrero se emite el Dto. N° 140/99 (fs.44 y sgtes.), que ordenó la

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

85

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

convocatoria.- Había errores, y el Dto. debió modificarse (vide dictamen legal de fs. 72 y sus antecedentes) y esa modificación opera por Dto. N° 234 del 15 de Marzo (fs. 73/86).- Luego, deciden incorporarse otras modificaciones ...que recién ven la luz en Junio por Dto. N° 226 (fs. 98/99).- A Agosto, el jurado había sido seleccionado, y entregados los sobres que contenían el temario de las pruebas.- Pero... una nueva reforma se propicia hacia Septiembre, y se formaliza en noviembre por Dto. N° 1351... A la postre, y en lo que a los cargos de Supervisores Técnicos Escolares refiere, el 6 de Diciembre son cubiertos por Dto. N° 1589 (fs. 126/128) cuyos considerandos dejan constancia que el 19 de Octubre anterior se había efectuado la elección de cargos y que al día siguiente se había tomado posesión.----

----- De la glosa se infiere, que en verdad si se tardó 8 meses, o hubo demoras, no fue porque resultarían sólo de la aplicación del sistema.- Mas bien, las autoridades educativas no lograban decidir definitivamente las reglas, y se insumió gran parte del tiempo en propiciar reformas.-----

///--- Demás está decir –por sobre todo- que la temporalidad no puede ser sustento de la necesidad de esta reforma, porque todo un régimen de interinatos y suplencias asegura la prestación del servicio educativo.-

----- 3.7.4. - En cuanto a los *costos económicos de implementación de un nuevo concurso* que la accionada relaciona con el estado de emergencia atravesado por el Estado Provincial, en particular la emergencia educativa en las Leyes N° 4962, 4894 y 4859, ninguna

///

demostración se trajo al pleito, para establecer al menos de cómo influyeron para mover al dictado de esta norma excepcional.-----

----- Puede suponerse, que el concurso genere costos.- Desde la erogación que implica cubrir con suplentes los cargos de los docentes a los cuales se les otorga licencia, sea como jurados o concursantes, eventualmente los traslados de los primeros, la provisión de material bibliográfico a los postulantes, que debe estar a cargo del Estado Provincial conforme lo refiere la accionada remitiendo a lo establecido en el art. 20 del Decreto N° 340/87, reglamentario de la Ley 2.793 (conf. modif.. introducida por Dto. N° 140/99, Anexo I).- Mas no se ha ocupado la Provincia siquiera de ilustrar a cuanto ascienden tales costos, escudándose sólo en las Leyes que cita, sin establecer tampoco relación particularizada.- Porque ha de decirse que estas normas citadas en ningún momento previeron suspender o limitar el régimen ///concursal para la cobertura de cargos vacantes en el área.- A todo evento, insistiré, el sistema de interinatos aseguraba –sin costos adicionales- el servicio educativo.-----

----- La emergencia económica provincial –o “el reducido número de vacantes” que se alega (90 según se aprecia en el mensaje de elevación) pudo justificar que la autoridad se abstuviese de llamar a concurso, manteniendo interinos.- O quizás, que eliminara la oposición y limitara la competencia antecedentes... Pero no veo de cómo –y la Provincia no me lo aclara- **por razones de emergencia se titulariza**, esto es, se otorga a determinado personal derecho al ascenso a vacantes posteriores, de concursos anteriores, excepcionando el régimen general.-----

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

87

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

----- Tales argumentos resultan falaces.-----

----- 4.- No me cabe sino concluir, en que la Ley N° 4864, ha afectado –
efectivamente- y sin razonabilidad, derechos constitucionalmente
protegidos para la función pública subjetiva del docente provincial.-----

----- Pese a la afirmación de la Provincia de haberse sujetado al art. 67
de la Constitución Provincial, porque la Ley atacada no abandonó la
exigencia de cubrir empleos exigiendo idoneidad, sino que estimó que la
misma se había demostrado en un concurso de oposición y
antecedentes anterior, la norma fue violentada por transgresión al
///principio de legalidad ínsito en ella –antes explicado en perjuicio del
derecho subjetivo público emergente de la relación de empleo a la
carrera administrativa.-----

----- En fallo anterior a mi integración al Cuerpo – SD N° 2/SCA/00-
este Superior Tribunal fijó doctrina sobre los alcances del derecho a la
carrera.- Adherí a sus conclusiones en éste que glosó.- Allí se expresó,
que pese a que la jurisprudencia ha declarado -en casos concretos- que
el derecho a la carrera administrativa alude a una expectativa de
progreso a las clases, grupos o categorías superiores, resguardado por el
régimen de ascensos, pero no alcanza a ser derecho adquirido
justificante de acciones (vg. LL 1990-C-521) y éste aparece recién
cuando se nombra otra persona u otro postulante, al finalizar el proceso
(SCB A y S 1988 - II -629), o bien la que considera que la facultad de
otorgar ascensos a los agentes públicos y ubicarlos en los respectivos
escalafones no es justiciable (SCBA -17/10/90 “Rapisarda...”, 12/10/93 “

///

Fiorenza...”, 29/12/97 “Bajcura...”, 23/6/99 “Sierra Ahumada...”), aún en estos casos –vg. el último citado- se aclara “salvo irrazonabilidad, arbitrariedad, o lesión de derechos consagrados en la Constitución...”, lo que –se dijo y comparto- implica la justa medida de las cosas.-----

----- Muchos otros –se añadía- califican el derecho a la carrera, como fundamental del agente público (CN Fed Cont. Adm. Sala I - 3/7/86 - ///ED 125-279, 13/9/90 - LL 1991-C-255, SC Mendoza LL 1991-C-450) que implica el derecho a la igualdad de oportunidades para la cobertura de cada uno de los niveles y jerarquías previstos sobre la base de escalafones y antecedentes (SCBA - LL 1987-D-73, A y S 1987-II-421, 1988- I- 761, III-339, 1989-I-8).-----

----- Se trajo la opinión de Daysy L. BARÓ, quien sostiene que el derecho a la carrera administrativa es multifacético y tiene relación con otros reconocidos al agente público: en especial la estabilidad con el que en algunos aspectos se superpone, máxime si se considera que este último, no supone la simple *subsistencia* de la relación, sino el derecho a *conservar* el nivel escalafonario alcanzado, y a *la igualdad de oportunidades para optar a cubrir cada uno de los niveles superiores y jerarquías previstas en los escalafones*.- Agrega la autora, que la posibilidad que es admitida de que la Administración pueda, en alguna circunstancia, variar estructuras y producir modificaciones o sustituciones en el ordenamiento y escalafonamiento de los agentes, no comprende la de que pueda cercenar indebidamente sus derechos, ya que los “niveles escalafonarios alcanzados” no se traducen sólo en una mayor o menor retribución, sino también en una *mejor o peor colocación dentro de la situación competitiva* que deriva de la institución de la carrera administrativa.- Así también -sigue- la carrera

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

89

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

presupone como derivación necesaria de las condiciones en que se desenvuelve *la igualdad o equivalencia de oportunidades*, por lo que debe ajustarse a determinadas pautas que valoren la idoneidad, pues no puede prescindirse de los requerimientos de especialización y adecuada ///selección de personal.- Es cierto, admite, que no existe un “derecho subjetivo al ascenso” aún existiendo vacantes, *pero sí un derecho a que, en el caso de que la Administración provea a su cobertura, se cumplan los procedimientos de selección que estuvieran establecidos, y la decisión se ajuste al principio de igualdad de oportunidades en la carrera* (La relación de empleo público - Pág. 32/33).-----

----- La norma ha transgredido -en particular para la actora- los arts. 14 bis -por la vinculación entre derecho a la carrera y a la estabilidad - y 16 de la Constitución Nacional, 67, 24 inc. 9 de la Constitución Provincial.- Así se ha dicho “la estabilidad pierde su cabal sentido cuando se la desvincula de los demás aspectos de la relación jurídica y en particular de la carrera administrativa que implica el derecho de igualdad de oportunidades para la cobertura de cada uno de los niveles y jerarquías previstos sobre la base de calificaciones y antecedentes” (SCBA – “Capeika...”, 3/3/87 AyS 1987-I-358, “Chilik...” 6/9/88 AyS 1988-III-339, “Boades...”, 16/7/91 AyS 1991-II-528, “Cap...”, 5/9/95 AyS 1995-III-508).- “La estabilidad está implementada no sólo como un derecho al ingresar a la Administración Pública, sino que también se extiende a la carrera administrativa.- La gradualidad de los ascensos y la legalidad en las promociones según el Estatuto es el elemento a tener en cuenta para proteger el derecho a la carrera...” (SCJ Mza en “Díaz...”, 16/9/92 - EIDial MZ2AEF, conc. “Ridi...”, 1/7/94 – EIDial MZ2DAF).---

///

///--- Finalmente, con especial referencia a la vulneración del derecho a la titularidad en el cargo docente que provisionalmente se desempeña la Corte Bonaerense agrega: “cualquiera sea la solución que se propicie en torno a la necesidad de un concurso para cubrir el cargo que se ejerce provisionalmente...lo cierto es que ella constituye una obligación genérica de la Administración que no es debida sólo a la accionante (doc. Cusa B. “Rey” – Sent. del 15/8/89 y sus citas – AyS 1989-II-34 – Alessi, Renato – Instituciones de Derecho Administrativo – II- pág. 445 – Ed. Bosch – Barcelona, 1970)” (“Pascual...” 22/7/98).-----

----- 5.- El acto propio en que la Provincia sostiene incurrió la Sra. A., porque ahora ataca esta Ley N° 4864 que le impide concursar cuando antes se sometió sin reservas a la Ley N° 4021, en mérito a la cual ascendió sin concurso, no ha sido una defensa cuidadosamente meditada.-----

----- Si –como recuerda el Dr. Royer- el interés es la medida de las acciones, y solamente pueden atacarse los actos agraviantes, inexistente en la regulación local la “acción popular” o “de pura inconstitucionalidad”, no veo de cómo podía la actora alzarse contra la Ley N° 4021.- ¿Quizás no aceptando el cargo” ¿el cargo que venía ocupando como interina, debió desdeñarlo y someterse al Concurso N° 2/99 para obtenerlo”.- Pues así lo cree el Estado.- Creo que está exigiendo un “arreglo” que excede la condición humana...obrar contra ///sus propios intereses a favor de la pura legalidad, que es el propio Estado quien la debe cuidar.. y observar.-----

----- Es sabido que la doctrina de los actos propios reposa en la confianza.- Con ello se exterioriza “la promesa de futura coherencia”.-

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

91

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

Cuado las personas que integran un grupo social tienen conciencia de un arquetipo de conducta, su acatamiento produce un estado de dependencia hasta tal punto de permitir un cierto grado de previsibilidad en futuro obrar.- *El comportamiento coherente deriva de la fundada confianza que origina en la otra parte, **atendiendo al obrar regular de los sujetos en un medio social determinado*** (DIEZ PICASO – La Doctrina de los actos propios Bosch. Pág. 142).- Y son las reglas de la experiencia las que dicen qué justifica en los demás una legítima expectativa de comportamiento regular (BETTI), Emilio – Teoría General de las Obligaciones, Tomo I, pág. 72 y sigs.) El “venire...” es una necesidad de confiar en el tráfico jurídico, no una prohibición de la mala fe o la mentira –dice CONIL PAZ – y agrego, de la lícita especulación (LL 1995-C-348).-----

----- Si la Provincia intenta convencer de que la actitud normal dentro de los usos y costumbres del agente público –del administrado en general- es la de defenestrar las Leyes que favorecen sus intereses, no lo ha logrado.- Lo contrario es lo que puede ser parámetro de “conducta precedente”.- Tolerar de buen grado la norma que beneficia ///y cuestionar la que perjudica, ésa es la conducta social normal, amén de lícita, pues en ambos casos está amparada por el Derecho.- Amén de lo cual, se trata de situaciones jurídicas diferentes.-----

----- No ha distinguido la Provincia del Chubut que se trata de dos regímenes distintos, aunque se trate de la misma relación jurídica, y en tal sentido MAIRAL enseña, que no resulta aplicable dicha doctrina cuando las conductas contradictorias del particular han tenido

///

lugar, aun frente a la misma persona jurídica, pero en el marco de diferentes situaciones jurídicas.- (“La doctrina de los actos propios y la Administración Pública, pág. 183/184”).-----

----- No hay en el caso “acto propio” que pueda conducir al rechazo de la pretensión.-----

----- Y por todos estos motivos dados – y aceptando –como lo dijera en la SD N° 2/SCA/05 la grave responsabilidad que importa- votaré por declarar la inconstitucionalidad de la Ley N° 4864, con referencia a la situación de la demandante.-----

----- También me reiteraré en la prevención que allí formulé: que las sucesivas y numerosas modificaciones impuestas al régimen mismo, sea por vía legislativa o de las reglamentaciones –sin la publicidad de textos ordenados que exige el art. 145 de la Constitución Provincial, frente a la inexcusable desconocimiento del derecho que postula el art. 20 CC- conspira contra el acabado conocimiento de su situación ///jurídica por el personal comprendido, y no precisamente facilita la tarea jurisdiccional.-----

----- A la segunda cuestión, el Dr. ROYER dijo:-----

----- Atento lo que voté en la primera propongo al acuerdo: 1) DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD de la Ley N° 4.864 intentada por la Sra. R. L. A., con costas a la demandada, incluida las de la medida cautelar a ésta otorgada (art. 68 CPCC)- 2) DECLARAR ABSTRACTA la pretensión declarativa de Inconstitucionalidad de la Ley 4.864 interpuesta por la actora E. A. P.- 3) Las costas deben imponerse

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

93

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

a la Provincia del Chubut, pues la abstracción deriva de circunstancias de hecho sobrevinientes ajenas a su voluntad e imputables al Estado, en tanto derivadas de la aplicación de la Ley tachada de inconstitucional, que efectivamente impedía el momento de demandar el concurso del cargo al que la docente aspiraba, incluidas las de la medida cautelar dispuesta a su favor en autos (art. 68 2° párrafo CPCC.- 4) Regular los honorarios del Dr. C. A. en la suma de PESOS CUATRO MIL (\$.4000) atenta la naturaleza declarativa de las acciones, ausente el contenido económico, considerando que las dos piezas de demanda analizadas se dan en términos prácticamente idénticos y no medió súplica; y al Dr. A. en el 30% de lo regulado a su patrocinante (arts. 6 inc. b) a f), 8, 39 y 47 del Dto. Ley ///2.200 – T. O. Dto. N° 138/99) con más el IVA si correspondiere.-No corresponde regulación a los representantes procesales de la Provincia del Chubut de conformidad con el art. 20 de la Ley 5.117. - 5) Desde que la presente constituye la segunda declaración de inconstitucionalidad continua, según el art. 175 de la Constitución Provincial, propicio que una vez firme, se ordene la publicación del dispositivo en el Boletín Oficial de la Provincia y en forma completa en el sitio WEB del Poder Judicial.-----

----- A la misma cuestión dijo el Dr. PASUTTI:-----

----- Coincido -según mi voto dado a la primera- a la solución dada por el Dr. ROYER.- Incluso respecto de las costas, por la acción de A. P., porque en casos como el presente, mediando una extinción del proceso por sustracción de materia, el régimen de las mismas debe apartarse del general, y quedar librado a la prudente ponderación del órgano

///

jurisdiccional.- A los fines de arribar a una solución ajustada a derecho, el juzgador debe analizar en cada caso particular: si la pérdida de materia justiciable obedeció a motivos extraños a la voluntad de las partes o no, o bien en qué medida esa conducta contribuyó a tal resultado, y en tal sentido la docente P. se vio obligada a litigar y a obtener la cautela que solicitara .---

----- A la misma cuestión el DR. CANEO manifestó:-----

///--- Comparto el voto dado por los Dres. ROYER y PASUTTI.- También en cuanto a costas porque –según lo expuse en mi voto a la primera cuestión- la Ley N° 4864 efectivamente obliteró la posibilidad reclamada por la actora de acceder al cargo pretendido, y la cuestión se transforma en abstracta después del acto de aplicación de aquélla con respecto a ese cargo.-----

----- Con lo que se dio por finalizado el acto, quedando acordado dictar la siguiente:-----

----- **S E N T E N C I A:** -----

----- 1º) **DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD** de la Ley N° 4864 intentada por la Sra. R. L. A., con costas a la demandada, incluida las de la medida cautelar a ésta otorgada (art. 68 CPCC).-----

----- 2º) **DECLARAR ABSTRACTA** la pretensión declarativa de Inconstitucionalidad de la Ley N° 4864 interpuesta por la actora E. A. P., con costas a la demandada, incluida las de la medida cautelar dispuesta a su favor en autos (art. 68 2º párrafo CPCC).-----

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

95

Autos: “A. R. L. y Otra c/
Provincia del Chubut s/
Demanda Contencioso
Administrativa y de
Inconstitucionalidad”
(Expte. N° 18.910 -A-
2002).-----

///--- 3º) **REGULAR** los honorarios del Dr. C. A. en la suma de PESOS CUATRO MIL (\$.4000) atenta la naturaleza declarativa de las acciones, ausente el contenido económico, considerando que las dos demandas analizadas se dan en términos prácticamente idénticos y no medió súplica; y al Dr. A. en el 30% de lo regulado a su patrocinante (arts. 6 inc. b) a f), 8, 39 y 47 del Dto. Ley 2.200 – T. O. Dto. N° 138/99) con más el IVA si correspondiere.-----

----- 4º) Firme la presente, se ordenará la publicación del dispositivo en el Boletín Oficial de la Provincia con indicación de que podrían consultarse sus fundamentos en el sitio WEB del Poder Judicial.- A tal fin oportunamente oficiese y comuníquese a la Secretaría de

----- 5º) **REGÍSTRESE** y notifíquese.-----

Fdo. Dres. CANEO, PASUTTI y ROYER.-

Recibida y registrada por Secretaría el 7/02/06 bajo el nro. 1.-

///