

Provincia de Tierra del Fuego, Antártida

e Islas del Atlántico Sur

República Argentina

Poder Ejecutivo

USHUAIA, 23 AGO. 2007

VISTO el Decreto Provincial N° 88/07; y

CONSIDERANDO:

Que mediante el mismo se creó el Cuerpo de Supervisión para la E.G.B. 3, Polimodal, T.T.P., T.A.P., y C.E.N.S., conformado por los cargos de Supervisor General de E.G.B. 3, Polimodal, T.T.P., T.A.P., y C.E.N.S., dos (2) Supervisores Escolares de E.G.B. 3, Polimodal, T.T.P., T.A.P.; y C.E.N.S. y dos (2) Secretarios Técnicos de Supervisión de E.G.B. 3, Polimodal, T.T.P., T.A.P., y C.E.N.S.

Que por Anexo I del mismo se establecieron los requisitos que deberán cumplimentar los aspirantes a la ocupación de dichas funciones.

Que del análisis pormenorizado y exhaustivo de los mismos se observa un excesivo rigorismo no acorde con los precedentes legislativos existentes a nivel nacional y provincial, Ley Nacional N° 14.473, Leyes Provinciales N° 630 y N° 631 y Decreto Provincial N° 3846/04, en desmedro de los docentes de la provincia.

Que ello deviene en la necesidad de derogar el Decreto Provincial aludido en el epígrafe frente a la manifiesta nulidad de que adolece el mismo.

Que como consecuencia de esta abolición, se deberán revocar y dejarse sin efecto todos los actos dictados con posterioridad y a consecuencia del citado acto administrativo.

Que deberá comunicarse al Ministerio de Educación de lo dispuesto en el presente y por su intermedio notificar a los interesados involucrados en los actos de nombramientos que accedieran oportunamente a los cargos creados por la norma provincial, ordenándole la revocación de la Resolución M° E.D. N° 239/07 y las disposiciones ulteriores a ella que tengan relación con el objeto sub exámine.

Que la Secretaría Legal y Técnica ha tomado la intervención que le compete emitiendo Dictamen S. L. y T. N° 2982/07, aconsejando derogar el Decreto Provincial N° 88/07, el cual se da por integralmente reproducido.

Que el suscripto se encuentra facultado para el dictado del presente acto administrativo en virtud de lo dispuesto por el artículo 135° de la Constitución Provincial:

Por ello:

**EL GOBERNADOR DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR
DECRETA:**

ARTÍCULO 1°.- Derogar en todas sus partes el Decreto Provincial N° 88/07 como así también todos los actos administrativos dictados como consecuencia de éste por las consideraciones vertidas en los considerandos que preceden y el Dictamen S. L. y T. N° 2982/07.

ARTÍCULO 2°.- Notificar al Ministerio de Educación de lo dispuesto con copia autenticada del presente y del Dictamen S. L. y T. N° 2982/07.

ARTÍCULO 3°.- Comunicar, dar al Boletín Oficial de la Provincia y archivar.

DECRETO N°

2232/07]

Es copia fiel del Original

HUGO OMAR COCCARO
GOBERNADOR

GILBERTO LAS CASAS
Subdirector General
Dirección General de Despacho - S. L. Y. T.

Ing. Omar DELUCA
Ministro de Obras
y Servicios Públicos

"Las Islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur, y los Hielos Continentales, son y serán Argentinas"

(Ver si esto completo) B.9C



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

CDE. EXPTE. 4020-SG/07, Cuerpos I y II y
Agregado por cuerda 5002-EM/07.

USHUAIA, 14 AGO 2007

SR. GOBERNADOR.

Interviene esta Secretaría Legal y Técnica en las actuaciones del
corresponde, caratuladas **"SECRETARIA GENERAL S/RECURSO DE
RECONSIDERACION Y JERARQUICO EN SUBSIDIO INTERPUESTO POR EL
SEÑOR JULIO JAVIER FOURASTIE"** a fines de emitir dictamen jurídico de
rigor.

GENESIS DE LA CAUSA.

En autos tramita la presentación del docente nombrado en el epígrafe,
solicitando la revisión de los términos del Decreto Provincial N° 88/07, atento
considerar que los requisitos allí plasmados, contravienen la carrera de los
docentes fueguinos.

Al respecto destaco que esta Secretaría Legal y Técnica, ha intervenido a
la sazón de la emisión del Dictamen S.L. y T. N° 719/07 -de fecha 26/03/07-
(fs. 8/11) aconsejando suspender los efectos de la norma objeto de agravio.

Oportuno es indicar que por expediente número 5002-EM/07 caratulado
**"MINISTERIO DE EDUCACION Y CULTURA S/RECLAMO ADMINISTRATIVO
CONTRA LA RESOLUCION M.E.D. N° 239/08 INTERPUESTO POR EL
DOCENTE JULIO JAVIER FOURASTIE"** tramita la presentación del citado
docente en relación a la mencionada resolución, la cual -si bien abordaré su
estudio más adelante- instruye a la Junta de Clasificación y Disciplina de nivel
medio, a que proceda a merituar aquellos educadores que reúnan los requisitos
fijados en el anexo I del cuestionado decreto provincial, indicando el
procedimiento para ello. Considerando lo dicho, en el presente dictamen se
tratará también la problemática de dicha resolución.

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

LUIS RETAMAR
Jefe de Departamento
Gestión Administrativa



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

En atención a observarse identidad de objetos (ambas causas tienen como objetivo final el estudio del mentado decreto), sujeto y causa, procederé al análisis del presente haciendo expresa mención, en el capítulo pertinente, a la resolución refutada en las actuaciones últimamente aludidas.

Finalmente cabe resaltar que en el expediente administrativo citado en primer término también obran antecedentes vinculados al cuestionamiento efectuado por el docente Fourastie respecto de las designaciones en los cargos creados por decreto provincial N° 88/07 merced al cual se impugna indirectamente dicho acto administrativo (véase nota N.I.M.ED N° 10905/07 punto 2 de fs. 129/130 actos administrativos de nombramientos de los agentes que accedieron a los cargos creados por Decreto Provincial N° 88/07 anexados con la letra B, fs. 252/259). Respecto de los actos administrativos consignados también se emitirá opinión fundamentalmente vinculada a la competencia como elemento esencial de ellos en cumplimiento de lo previsto en el art. 99 inc. a) de la Ley 141.

MANIFESTACIONES VERTIDAS POR LA SRA. MINISTRO DE EDUCACION.

En orden al seguimiento consustanciado por el procedimiento ventilado en el expediente F.E. N° 22/07, la titular de la cartera nombrada, por N.I.M.ED. (U.M.) N° 7426/07 (fs. 65/71) emitida como consecuencia de la Nota F.E. N° 287/07 dirigida al Sr. Gobernador, procede a analizar los cuestionamientos efectuados por el docente FOURASTIE.

Antes de continuar, es dable aclarar que el suscripto en forma reiterada y frente a la urgencia que el caso amerita, ha requerido de las autoridades del Ministerio de Educación que adopte determinadas medidas y/o indicando pasos a seguir respecto de la problemática aparejada con el dictado del Decreto Provincial N° 88/04 todas ellas omitidas por dicha autoridad. Véase por ejemplo del expediente N° 4020-SG/07: Nota N° 108/07 Letra S.L. y T. (fs. 25), Nota S.L. y T. N° 262/07 (fs. 60/62), Nota N° 405/07 Letra S.L. y T. (131/132) y del expediente N° 5002-EM/07: Nota S.L. y T. N° 208/07 (29/30).

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

LUIS FETAMAR
Jefe de Departamento
Gestión Administrativa



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

Efectuada la salvedad anterior paso seguidamente a citar determinadas consideraciones efectuadas por la Sra. Ministro en la nota N.I.M.ED. (U.M.) N° 7426/07 (fs. 65/71).

Así considera necesario clasificar —dentro de los límites impuestos por los agravios planteados contra el Decreto Provincial 88/07- distintos vocablos, entre los que se encuentran v.g. docente, carácter de título, etc.

No merece mayor análisis lo allí dicho ya que dicha conceptualización se basó en las nociones introducidas, en el mundo fáctico, por la Ley Nacional 14473, la cual no se encuentra en discusión. Todo lo contrario, ella es el marco que servirá de estudio, conforme desarrollare en los siguientes acápites, para dar fundamento los graves errores cometidos en la confección de las normas objeto de agravio (entiéndase Decreto Pcial. 88/07 y Resolución M.ED N° 239/07).

Expresa la Sra. Ministro que "(...) se hizo necesario crear en el ámbito de la Provincia la estructura hoy cuestionada por el Sr. Fourastie, arbitrando los mecanismos para la cobertura de los nuevos cargos de manera interina hasta tanto se definan las condiciones definitivas, teniendo para ello, los antecedentes normativos obrantes en la legislación provincial y nacional".

En primer lugar destaco que no surge de la normativa bajo análisis (salvo de los dichos de la Sra. Ministro) que los mentados cargos sean de carácter interino. Por lo que si esa era la intención ello debería haberse plasmado en el Decreto Provincial N° 88/07.

Por otra parte no puedo obviar que la propia funcionaria es la que nos dice que, para la creación de este cuestionado decreto, se ha valido de los precedentes legales que hacen a la disciplina. Maravillosa coincidencia, ya que es justamente a lo que aspira el reclamante y el suscripto en cumpliendo con su obligación de asesorar al Sr. Gobernador en respeto y resguardo del interés público.

Y sigue diciendo, "En relación con el criterio empleado, también es notable observar que, del resultado de la calificación de los antecedentes, efectuado por

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
LUIS BETAMAR
Jefe de Departamento
Gestión Administrativa



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

la Junta de Clasificación y Disciplina pertinente, quienes resultaron mejor meritados para la función, fueron precisamente aquellos docentes que poseen título/s con carácter DOCENTE quedando en segundo orden los de carácter HABILITANTE y finalmente los de carácter SUPLETORIO. Tal como lo establece la reglamentación de los artículos 13 y 14 de la Ley Nacional 14473 ..."

A la luz de lo expresado por la Sra. Ministro adelanto opinión en cuanto a que si ese fue el espíritu de la norma el mismo no se encuentra plasmado conforme se verá en los acápites siguientes.

No le asiste razón a la autoridad ministerial al manifestar que no existe la analogía invocada por el reclamante. Nada más lejos de la realidad normativa. No sólo hay afinidad entre las normas, sino que el Estatuto del Docente no puede ser dejado de lado, primero porque es una ley nacional que por su jerarquía hay que respetar y segundo porque regula lo específicamente relacionado con los docentes que prestan servicios en el nivel EGB3 y Polimodal.

En cuanto a los párrafos destinados a la Resolución M. ED N° 239/07 nótese, por un lado, que dicho acto es consecuencia del dictado del Decreto Provincial 88/07, por ende, deberá ser dejada sin efecto como todo aquello que tenga origen en esa misma normativa provincial. Por el otro lado, quisiera poner de resalto que -y citando el art. 2 de esa resolución- el ofrecimiento de los cargos creados por el decreto atacado, se le hará a los docentes que ostenten posiciones jerárquicas directivas, de forma interina, durante el ciclo 2006 sin determinar claramente cual es el tiempo en que se debieron "ocupar" dichas funciones, es decir, un día, un mes, un año. Aquí encuentro una clara paradoja con el requisito de la antigüedad en la docencia exigido por el Decreto Provincial 88/07.

Relacionado a la polémica entablada en torno al Decreto Provincial 3846/04 (memoro que fue el creador de la Junta de Clasificación y Disciplina *ad hoc* EGB3, Polimodal y CENS) la Sra. Ministro de Educación concluye diciendo que los dictámenes emitidos por ese órgano colegiado, son eficaces atento que el mismo se encuentra en pleno estudio del proceso de titularización.

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

ROBERTO AMAR
Jefe de Departamento
Gestión Administrativa



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

Hago un pequeño alto para aclarar que el cuestionamiento, antes citado, obedeció a la confusión reinante con motivo del texto del art. 1 de dicho acto, el cual reza lo siguiente: "Constituir un organismo ad hoc, denominado Junta de Clasificación y Disciplina ad hoc de EGB3 y Polimodal la que funcionará hasta el 31 de diciembre del año 2005 y hasta tanto se conforme el nuevo cuerpo colegiado."

A simple vista se puede observar que la falencia existente por parte de la cartera educativa al no haber dado cabal cumplimiento a la última parte de la norma transcripta, brindando como única explicación el desarrollo de las titularizaciones de los docentes resulta confusa. Esta circunstancia, desde ya recomiendo, deberá ser subsanada a la brevedad atento que la misma produce un desatino legal cuyo vacío no hace más que ir en desmedro de la comunidad educativa.

CONSIDERACIONES ACERCA DEL DECRETO 88/07

De la simple lectura del Decreto Provincial 88/07 se desprende que hay una **desmedida e irrazonable exigencia en los requisitos** propugnados en el Anexo 1 del mismo, en perjuicio de los docentes pertenecientes al nivel EGB3 y Polimodal de nuestra provincia, sus aspiraciones en la carrera administrativa y, sobre todo, su justo derecho constitucional de igualdad.

A tal fin trazaré a continuación un paralelismo entre la norma provincial citada y la legislación nacional y local que regula la materia, del cual surgirá inequívocamente la irrazonabilidad y desproporción entre los parámetros y/o requisitos exigidos entre las legislaciones que han precedido a la nombrada, para concluir en la procedencia de declarar la nulidad de este confuso e infortunado decreto provincial.

a.) Decreto Provincial 88/07

a. 1.- ANTIGÜEDAD

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

LUIS FERRARI
Jefe de Departamento
Gestión Administrativa



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

Exige para la cobertura de cargos de Supervisor General, Escolar y Secretarios Técnicos, una antigüedad de ejercicio en la docencia de quince (15) años en la provincia y diez (10) años como docente titular, también en el territorio provincial.

a. 2.- CARGO

Revistar en el cargo de director (agregando vicedirector, y/o regentes para Supervisor Escolar y Secretarios Técnicos).

a. 3.- TITULO

No se exige.

a. 4.- SANCIONES

No trata el tema.

a. 5.- JUBILACION.

No trata el tema.

a. 6.- CONCEPTO.

No se exige.

a. 7.- SITUACION EN QUE REVISTA.

No se exige

b.) Decreto Provincial 3846/04 - constitución de la Junta de Clasificación y Disciplina EGB3 y Polimodal "ad hoc".

Es el organismo designado para intervenir en el concurso a fines de nombrar los destinatarios de los cargos citados (**lo cual implica -a todas luces- una superioridad**).

b. 1.- ANTIGÜEDAD

Exige para integrar dicho organismo que sus miembros posean diez (10) años de ejercicio en la docencia en carácter titular o interino, de los cuales cinco (5) deberán ser de desempeño en la provincia.....

LUIZ REZAMAR
Jefe del Departamento
Gestión Administrativa

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

b. 2.- CARGO

No se especifica.

b. 3.- TITULO

Se exige título docente.

b. 4.- SANCIONES

No podrán integrar este organismo aquellos docentes que se encuentren sumariados a la fecha de postulación o que hubieran sido pasibles de sanciones disciplinarias, de suspensión y/o sanciones de mayor gravedad en los últimos tres (3) años.

b. 5.- JUBILACION:

Los postulantes no se deberán encontrar al momento de la inscripción, en condiciones que le permitan acogerse a los beneficios jubilatorios en el transcurso de la gestión.

b. 6.- CONCEPTO

No se exige:

b. 7.- SITUACION EN QUE REVISTE

No se exige

c.) Ley Provincial 631. Régimen para el docente de nivel EGB 1,2 Especial y Adultos.

Traigo a consideración la presente normativa, atento que la misma se aplica a otra rama de la enseñanza fueguina y como tal, por analogía, por el principio de igualdad entre los semejantes (en este caso los docentes) y por similitud de tareas, es útil no perderla de vista.

A ese fin haré un breve resumen de los capítulos II, III y XVII, en lo que a la problemática respecta.

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
Jefe de Departamento
Gestión Administrativa



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

Capítulo II, Título 2) destinado al escalafón, se establecen los siguientes requisitos para el cargo de Secretario Técnico de Supervisión.

c. 1.- ANTIGÜEDAD.

c. 2.- CARGO (serán tratados en el mismo acápite por ser ese el método utilizado por la legislación, de la cual, me encuentro exponiendo).

Dos (2) años de antigüedad mínima en el cargo de Director titular de primera. En caso de no haber aspirantes en esas condiciones, podrá concursar el Director titular de segunda con una antigüedad mínima de dieciséis (16) años de servicios docentes prestados.

Puntos c. 3.-, c. 4.-, c. 5.-, c. 6.- y c. 7.-

No se tratan

Capítulo III, Título 2) destinados a los ascensos, se establecen los siguientes requisitos para Supervisor General y Escolar:

1.- ANTIGÜEDAD. y 2.- CARGO

Supervisor General: dos (2) años de ejercicio efectivo como mínimo en el cargo de Supervisor Escolar titular, participando todos los miembros del cuerpo de Supervisión Escolar.

Supervisor Escolar: dos (2) años como mínimo en el cargo titular de Secretario Técnico de Supervisión. En caso de no haber aspirantes que reúnan dichas condiciones, podrá ser el Director titular de primera con no menos de cuatro (4) años en ejercicio efectivo del cargo.

3.- TITULO

En el concurso participarán todos aquellos que posean título docente, habilitante y supletorio, adjudicándose los cargos vacantes en todas las modalidades y niveles por orden de mérito entre los aspirantes que posean título docente en primera instancia, si restaren vacantes por cubrir, se adjudicarán por orden de mérito entre los aspirantes que posean título habilitante, y si aún restaren vacantes se adjudicarán por orden de mérito entre los que posean título supletorio. En todos los casos se peticiona cinco (5) años de ejercicio efectivo del cargo en la provincia.

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
Jefe del Departamento
Sección Administrativa



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

Puntos 4.-, 5.- y 6.-

No se especifican.

7.- SITUACION EN QUE REVISTA

Activa

Capítulo XVII, Título 1) con relación a la constitución de la Junta de Clasificación y Disciplina de nivel, se exigen como requisitos:

1.- ANTIGÜEDAD

Siete (7) años de ejercicio en la docencia, de los cuales tres (3) de ellos con carácter titular en la provincia.

2.- CARGO

No se especifica

3.- TITULO

Poseer el título docente que corresponda

4.- SANCIONES

No hallarse sumariado a la fecha de la postulación, y no haberse hecho pasible de sanciones disciplinarias contempladas en el art.33.

5.- JUBILACION

No encontrarse al momento de la elección en condiciones que permitan durante el ejercicio, acogerse al beneficio de la jubilación.

6.- CONCEPTO

No se expresa.

7.- SITUACION EN QUE REVISTA

Activa

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

d.) Ley Nacional 14473. Estatuto del Docente.

SECRETARÍA
Jefe de Departamento
Gestión Administrativa



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

Párrafo aparte merece el estudio de la ley nacional título de este capítulo, y no es para menos, ya que en el ámbito de nuestra provincia, **es la normativa que ampara a los docentes de nivel EGB3 y Polimodal.**

Ocioso resulta señalar que el decreto provincial hoy objeto de agravio, justamente crea los cargos de supervisores y secretario técnico, destinados a regir los destinos del nivel *supra* indicado.

Específicamente en el Título 1) capítulo XII, donde se trata la temática de los ascensos, se establecen como requisitos para poder aspirar a intervenir en los concursos de títulos, antecedentes y oposición:

d. 1.- ANTIGÜEDAD

No especifica.

d. 2.- CARGO

De acuerdo a la vacante que se aspira (art. 116 de la reglamentación) ya que recordemos que esta ley no sólo ampara a los docentes de media, sino también de técnica, o artística.

d. 3.- TITULO

Según se trate de enseñanza media (título docente), técnica, o artística (donde los títulos son habilitantes o supletorios).

d. 4.- SANCIONES

No especifica.

d. 5.- JUBILACION

No se cita.

d. 6.- CONCEPTO

Igual o superior a "Muy Bueno" en los últimos tres (3) años.

d. 7.- SITUACION EN QUE REVISTE

Activa.

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

LUIS BETAMAR
Jefe de Departamento
Gestión Administrativa



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

Y en relación a la constitución de la Junta de Clasificación y Disciplina se establece en el capítulo V del Título 1):

1.- ANTIGÜEDAD

Diez (10) años en la docencia, de los cuales cinco (5) deben ser como titulares en la enseñanza.

2.- CARGO

No se especifica.

3.- TITULO

Docente en las condiciones del artículo 13.

Puntos 4.-, 5.-, 6.- y 7.-

No se especifican

Es importante destacar que en el art. 9 se expresa que los docentes que integren este organismo no podrán presentarse a concurso ni inscribirse para desempeñarse en interinatos y suplencias mientras estén en ejercicio de sus funciones. Por lo que haciendo analogía con el decreto bajo análisis tendría que haberse expresado en el mismo que los que ocupen dichos cargo no podrán ejercer la docencia.

Sin ánimo de pecar de reiterativo, el excesivo rigorismo que detectamos en el Decreto Provincial 88/07, lo encontramos muy visiblemente plasmado en el ítem antigüedad -entre otros-, fundamentalmente teniendo en miras la Ley Provincial 630 (de mayo del año 2004) que efectivizó la **titularización del personal docente que reviste como interino en los cargos de los niveles EGB3, Polimodal y CENS.**

Así, insistiendo con lo mencionado supra, se exige una antigüedad superior a quince (15) años de docencia en el territorio fueguino, de los cuales diez (10) deberán ser con carácter titular.

Mayor irrazonabilidad e incongruencia es imposible transcribir.

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

11



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

Por un lado una ley provincial del año 2004 comienza a titularizar a los educadores en ese año y por el otro un decreto posterior (tres años después) exige diez (10) años de titularidad docente (¿?).

Evidentemente no cabe dudas que la reducción de años de titularidad, se convertiría en la única solución plausible que el suscripto halla en este sentido, ya que los eventuales postulantes a los cargos creados por la norma citada en el presente párrafo, se ven afectados e impedidos de acceder a lo que por derecho les corresponde (léase, ascenso en su carrera).

Conforme a ello, si se equipara al cuerpo de supervisión para la EGB 3, Polimodal, T.T.P., T.A.P. y C.E.N.S. en cuanto al pago de la **remuneración** a percibir y, si se comparan los requisitos a los fines de **ocupar cargos** en los distintos niveles, se observa que al tratar el tema de ascensos en EGB1 y 2 se exige para todos los tipos de títulos poseer cinco (5) años de ejercicio efectivo del cargo en la provincia, cuando el Decreto Provincial N° 88/07 destinado a cargos de supervisión para EGB3, Polimodal y CENS, requiere diez (10) años de ejercicio en el cargo como titular en la provincia y quince (15) en la Provincia.

A su vez el Decreto Provincial N° 3846/04 (para los miembros de la Junta de Clasificación y Disciplina EGB3 y Polimodal) estatuye ser docente titular o interino del nivel, con diez (10) años de antigüedad en la docencia, de los cuales cinco (5) años deberán ser de desempeño en la provincia.

ANÁLISIS FACTICO-JURIDICO.

Hé sentido comparativamente las normas que hacen a la temática sub examine, y con estas consideraciones, procederé a analizar las bases legales que nos conducirán en el camino hacia la búsqueda de los vicios que componen el acto administrativo cuestionado (Decreto Provincial 88/07), teniendo en consideración que el mismo ha sido dictado **con el fin de escoger el personal docente competente para supervisar al resto de los educadores.**

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
Jefe de Departamento
Gestión Administrativa



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

En primer lugar es oportuno recordar que nos encontramos dentro de las **esferas discrecionales** en que actúa el Sr. Gobernador -como jefe máximo de ella-, ya que si puede nombrar o dejar sin efecto un nombramiento de cualquier agente -que son prerrogativas extremas- mucho más podrá ejercer las facultades intermedias como lo son, v.g., los ascensos.

No cabe dudas que la emisión del acto administrativo objeto de estudio, se enmarca en las órbitas propias de la Administración Pública, de aquella labor de quien selecciona conociendo cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción teniendo en consideración el interés público (vg. el agente más idóneo para ocupar un determinado cargo), **pero toda actividad que pretenda presentarse como administrativa sin estar legitimada por un orden normativo previo que determine la conducta debida, no podrá ser considerada como función estatal (sólo del orden jurídico puede derivar ella).**

Este pequeño comentario, se realiza a efectos de determinar si realmente el Decreto Provincial 88/07 ha sido **dictado en el marco de las facultades discrecionales administrativas sin por ello perder de vista la razonabilidad e igualdad que imperan en el orden jurídico.**

Si bien existe la atribución por parte del administrador para seleccionar personal, esta debe realizarse de acuerdo al **principio de igualdad** de oportunidades en la carrera, realizando una **valoración comparativa de los méritos de los postulantes en relación a los requerimientos del servicio donde se va a cubrir esa vacante.**

La Constitución Nacional, marcando los pilares rectores sobre los cuales se debe edificar este principio establece en el artículo 16 que: **"...Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad..."** (énfasis agregado).

Y si bien tal derecho puede ser objeto de una razonable reglamentación, las normas que al respecto se dicten no pueden alterar su sustancia.

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

LUIS REYMAR
Jefe de Departamento
Gestión Administrativa



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

Este precepto valioso, tiene su asidero en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, que pregonaba que la ley debe ser la misma para todos, y en ese sentido siendo todos los ciudadanos iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin más distinciones que las derivadas de sus virtudes y sus talentos.

La doctrina reiterada de la Corte Suprema, ha sostenido que la ley debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias (no cabe dudas que nuestra temática se enmarca indiscutiblemente en este lineamiento).

Este principio constitucional que consagra a los pares, tiene especial aplicación en materia de selección, autorizaciones, permisos, **concursos**, eximiciones impositivas, etc.

Y siguiendo con lo establecido por nuestra Carta Magna, el artículo 28, propugna el **principio de la razonabilidad** de las leyes, expresando que: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio."

De lo dispuesto allí, se sigue una amplia garantía institucional derivada de la división de poderes, que implica controles entre todos ellos y fronteras para el ejercicio de las atribuciones de cada uno de los órganos de poder.

El más Alto Tribunal ha señalado que no tiene atribuciones para analizar la conveniencia, oportunidad o eficacia de las normas (parámetros propios en los que se asienta la discrecionalidad administrativa) por ser atribución propia de los poderes políticos. Pero sí ha analizado la proporcionalidad de los medios utilizados por la norma en relación a los fines perseguidos por la ley, indicando que "...el análisis de la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse esos u otros procedimientos, son ajenos a la jurisdicción y competencia de la Corte (...) a la que solo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos (...) es decir que sólo debe examinar si son o no proporcionales a los fines que el legislador se propuso conseguir...." (INCHAUSPE HNOS. C/JUNTA NACIONAL DE CARNES fallos 199:483, 1994, énfasis agregado).

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

LUIS RAMAR

Jefe de Departamento
Gestión Administrativa



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

Con esta enseñanza, la Corte adopta **la proporcionalidad como medida de la razonabilidad que implica congruencia, equilibrio, y adecuada relación de medio a fin.**

La falta de armonía entre los medios que el acto adopta y los fines que persigue la ley, que dio al administrador las facultades que éste ejerce en el caso, tornan al acto nulo, lo vicia en exceso entre lo que el acto decide y los hechos que lo motivan.

Donde no hay proporcionalidad no hay razonabilidad, las medidas utilizadas por el administrador deben ser proporcionales a los fines que persigue el legislador.

Al respecto tiene dicho la Procuración del Tesoro de la Nación, en dictamen T° 246 P° 581 que: *"...las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a la finalidad que resulte de las normas respectivas que otorgan las facultades pertinentes al órgano de que se trata, evidencia una aplicación del principio de razonabilidad...de los actos estatales..."*

La motivación es presupuesto esencial del acto. Es un elemento que puede ser definido como **la exteriorización en el acto de la existencia de la causa y la finalidad.**

En palabras del Dr. COMADIRA: *"La motivación del acto administrativo adquiere especial relevancia en el caso de los actos dictados en ejercicio de facultades preponderantemente discrecionales, pues en éstos la Administración debe explicar, más que en cualquier otros, por qué (causa) y para qué (fin) lo emite, explicitando, además, su razonabilidad, esto es, la adecuada proporcionalidad que debe mediar entre el qué del acto (objeto) y su fin (para qué)." (Julio Rodolfo COMADIRA, "EL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS" pág. 44, Ed. La Ley, Año 2003)*

En tal sentido, desde el punto de vista del administrado, la exigencia de la motivación resulta trascendental a los fines de proteger los derechos individuales, ya que de su cumplimiento depende que el administrado pueda

ES COPIA FIEL DEL ORIGEN
Jefe de Gabinete
Gestión Administrativa



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto.

Los actos discrecionales no se hayan eximidos del recaudo de la **motivación**, la ausencia de la misma puede llegar a convertirse en **arbitrariedad**, en particular en este tipo de actos en los cuales únicamente se puede optar libremente la **oportunidad o conveniencia** del dictado del mismo dentro de ciertos límites.

"El fin al cual debe propender todo acto administrativo, en tanto acto estatal, es el bien común, considerado no como una simple suma de intereses individuales coincidentes, sino como conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a asociaciones e individuos el logro más pleno y más fácil de su propia perfección." (Julio Rodolfo COMADIRA, "EL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS" pág. 47, Ed. La Ley, Año 2003)

Toda letra legal tiene un espíritu legal. "**Si la letra no tiene espíritu no es letra legal, porque no confiesa su finalidad, no es idónea para desentrañar el camino ordenado o indicado a la sociedad destinatario de su aplicación.**" (Roberto DROMI - DERECHO ADMINISTRATIVO - Ed. Ciudad Argentina pág. 34/35). La vehemencia es propia.

En la norma sub exámine, no hay margen de error en manifestar que finalidad es "elegir" entre varios postulantes, **el más idóneo para ejercer el cargo, el más capaz, el que pueda cumplir acabadamente con las misiones y funciones para el que fuera encomendado, máxime teniendo consideración que son tareas de supervisión dirigidas a los que tienen alto honor de educar a nuestros hijos que son el futuro de nuestra sociedad.**

El administrador tiene su competencia circunscripta a lo que las normas determinan, y en materia de encasillamientos o escalafonamiento, el ejecutivo provincial tiene competencia circunscripta a la toma de medidas coherentes que eviten caer en la arbitrariedad, irrazonabilidad y, además, ajustadas probanzas o elementos válidos de juicios.

ES COPIA FIEL DEL ORIGEN

LU
Jefe de
Gestión



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

Esto no es ni más ni menos que decir que **los poderes administrativos** no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad, **son poderes funcionales otorgados por el ordenamiento en vista de un fin específico, ad ministrare** "servir a" el orden público.

La finalidad que persigue el acto debe juzgarse con sentido dinámico y adecuarse a los fines sociales y no sólo económicos que presiden constantemente los grandes cambios en el Estado contemporáneo.

En las sociedades modernas como la nuestra, y a modo de adecuación de la vorágine cotidiana, se ha hecho indiscutible para el Estado Provincial, la creación de los cargos dados por Decreto Provincial 88/07, velando siempre por el interés general -del que no puede separarse- pero el fin que sostiene esa norma provincial, es un elemento reglado.

Y poseyendo ese carácter, es evidente que el respeto de la finalidad contemplada por la norma jurídica que habilita el ejercicio de una facultad se constituye en un límite severo para el que ejerce dicha potestad, en especial en el importante rol del aseguramiento del cumplimiento de los fines del Estado mismo como entidad jurídico-política.

La finalidad es también enunciada por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos como un elemento esencial del acto, al preceptuar que éste debe cumplir con la que surja de las normas que otorgan facultades pertinentes al órgano emisor sin que pueda perseguir encubiertamente otros fines.

El fin al cual debe propender todo acto administrativo, reitero, es el bien común, considerado no como una simple suma de intereses individuales coincidentes sino como conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a asociaciones e individuos, el logro más pleno y más fácil de su propia perfección.

La ley exige que las medidas que el acto involucre -su objeto- sean proporcionalmente adecuadas a su finalidad, consagrando la garantía de la razonabilidad cuyo sustento genérico deviene para todos los actos estatales del artículo 28 de nuestra Carta Magna el cual, reitero, reza lo siguiente: "Los



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

Así Hutchinson, al referirse al Principio de Razonabilidad o Justicia, señala: "Este principio se funda en los arts. 28 y 99 inc. 2° de la Constitución Nacional, al disponer que los derechos no pueden ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio, y que el Poder Ejecutivo tiene el deber de no modificar el espíritu o la esencia de la letra de las leyes con excepciones reglamentarias. En el orden de la realidad administrativa se reconoce -art. 7°, inc. f- que las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a su finalidad. Donde no hay proporcionalidad, tampoco hay razonabilidad (CNA ContAdm Fed, Sala III, 20/9/84, "Salemo de Valiño", ED, 115-674)." (PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR - TOMÁS HUTCHINSON pág. 18/19).

Siguiendo este orden de ideas, los autores uniformemente han señalado que con la nueva formulación del principio de legalidad, la actividad administrativa no solo se limita a ejecutar la ley sino que tiene un poder normativo propio en virtud de la actividad reglamentaria reconocida por la Constitución.

Hoy la fuente de la discrecionalidad no es la falta o ausencia de la ley, tampoco únicamente la norma previa, sino **LA UNIDAD DEL ORDEN JURIDICO conformada por la Constitución, la ley, los reglamentos y los principios generales del derecho** que pasan a formar parte del sector reglado o vinculado al integrar el orden jurídico y poder ser aplicados en forma directa. El ejercicio de la facultad discrecional al insertarse en el bloque de juridicidad debe necesariamente respetar los límites impuestos operativamente por ellos.

El acto administrativo es arreglado a derecho cuando tiene fundamento de legalidad y, al propio tiempo, fundamento de razonabilidad. (DICTAMEN PROCURACION DEL TESORO DE LA NACION 218:160, 229:159).

Dichos principios tienen una doble función, ya que por un lado sirven de guía inspiradora a las normas legales y reglamentarias y además, constituyen preceptos operativos capaces de regular directamente una actividad determinada, formando un límite exterior -al decir de Clavero Arévalo- que no

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

puede ser violado por el contenido de la discrecionalidad porque, de otra forma, invadiría el ámbito de lo reglado.

En síntesis y retomando lo vertido en el introito, no queda más que agregar, para concluir en que no podemos dejar de lado la técnica **del control por el precedente administrativo como medio idóneo para tutelar los principios generales del derecho conocidos como igualdad, buena fe y seguridad.**

La violación de un precedente constituye una infracción al ordenamiento jurídico (no perdamos de vista la normativa nacional y provincial citada *ut supra* relacionadas con la materia). Ello impone que en el ejercicio de facultades discrecionales, los órganos administrativos satisfagan el imperativo de una motivación suficiente y adecuada de sus decisiones, máxime si el órgano ejecutivo se aparta de criterios uniformemente reiterados.

Pero, **¿qué se entiende por precedente administrativo?** es aquella actuación cumplida con anterioridad que por su fuerza vinculante -en nuestro caso con base en la Constitución Nacional, Ley Nacional 14473, y Leyes Provinciales 630 y 631- obliga al órgano competente a mantener la uniformidad y coherencia para los casos similares posteriores.

Para que el antecedente administrativo tenga fuerza vinculante debe reunir dos requisitos (los que se observan en la actuación administrativa estudiada): el primero de ellos se relaciona con la identidad del sujeto administrativo, que significa que la actuación administrativa que sirva como precedente y la situación fáctica posterior en la cual se invoca el criterio anterior, pertenezcan a la misma administración; y el segundo está dado por la similitud de circunstancias objetivas y subjetivas entre la situación anterior y la posterior.

Por lo que, en consonancia con los principios de razonabilidad e igualdad, **el Decreto Provincial 88/07 debió haberse dictado con la finalidad de lograr convocar o hacer participar a la mayor cantidad de postulantes a fin de cubrir los cargos de Supervisión General, Supervisor Escolar, y**



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

Secretario Técnico que implican tanta dedicación y responsabilidad, garantizando con ello los principios constitucionales supra mencionados.

El hecho de limitar, por medio de requisitos irrazonables (como ser el de antigüedad), el acceso a cargos jerárquicos del cuerpo docente implica **reducir la cantidad de inscriptos vulnerando de esta manera parámetros generales del derecho (razonabilidad, igualdad) y precedentes administrativos (basados en Ley Nacional N° 14473, Leyes Provinciales N° 630 y 631 y Decreto Provincial N° 3846/04).**

ACERCA DE LA RESOLUCION PROVINCIAL N° 239/07 Y LAS DESIGNACIONES EFECTUADAS.

Si se comprueba el incumplimiento del procedimiento normativamente establecido, debe ordenarse el inmediato restablecimiento del derecho conculcado, pues lo contrario menoscabaría ilógicamente el derecho del actor a ser considerado y a no ser indebidamente excluido en la selección que debe efectuarse para un eventual ascenso en su carrera, violando de esta forma flagrantemente los principios universales de buena fe y confianza legítima de los ciudadanos hacia el Estado.

Supra he emitido opinión en referencia al acto de este título y he dado mis lineamientos al respecto, expresando solamente en este acápite que aconsejo -nuevamente- la revocación de al Resolución M.ED. N° 239/07 por ser un acto devenido en un decreto provincial cuya nulidad resulta insalvable.

"La revocación en sede administrativa de los actos nulos de nulidad absoluta tiene suficiente justificación en la necesidad de restablecer, sin dilaciones, la juridicidad comprometida por ese tipo de actos que, por esa razón, carecen de la estabilidad propia de los actos regulares y no pueden válidamente generar derechos subjetivos frente al orden público y a la necesidad de vigencia de la legalidad" (DICTAMENTES PROCURACION DEL TESORO DE LA NACION 233:240; 235:326; 249:547; 260:336).

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

20



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

En este orden de ideas analizaremos la competencia del funcionario cuya intervención es inexcusable para las designaciones de agentes públicos.

Sin lugar a dudas hablamos del Sr. Gobernador como jefe máximo del Poder Ejecutivo Provincial.

Así el art. 135 de la Constitución Provincial establece atribuciones y deberes del titular de la Administración Pública fueguina y, puntualmente, en el inciso quinto, prescribe, y cito: "(...) *Nombrar y remover a todos los funcionarios y empleados de la administración pública provincial para los cuales no se haya establecido otra forma de nombramiento o remoción.*"

La claridad de la norma no merece mayor análisis.

Aprovecho este momento para, antes de proyectar mis conclusiones finales, abocarme a los actos por los cuales se han nombrado a los integrantes de los cargos creados por Decreto Provincial N° 88/07, v.g. Disposición N° 2/07 Ss. Ed. Rubricada por la Sra. Liliana Rodríguez, Subsecretaria de Educación.

El artículo 1 de ese precepto que dice: "DESIGNAR el cargo de Supervisor General para el Nivel de Supervisor General para el Nivel E.G.B. 3 Y Polimodal al docente Luis Adan FELIPPA -D.N.I. N° 7.693.069 Director Interino del Colegio Provincial HASPEN de la ciudad de Río Grande, a partir del 19 de marzo de 2007, por los considerandos expuestos."

Designar es sinónimo de Nombrar. Nombrar, itero, es facultad exclusiva y excluyente del Sr. Gobernador. Esto me lleva a señalar que también los actos administrativos que otorgaron las investiduras de los cargos surgidos de la norma cuestionada, deberán ser revocados.

El tema no es menor.

Homogéneamente la doctrina ha sostenido que en la práctica se torna dificultoso que el titular del ejecutivo nombre a todos los funcionarios y por ello se ha tornado en costumbre que delegue en los titulares de cada dependencia (ministros, secretarios, etc.) dicha facultad reservándose para sí tales



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

atribuciones sólo para las categorías superiores del escalafón administrativo y - por supuesto- los empleados políticos no escalafonados.

"La atribución que tiene el Poder Ejecutivo de nombrar y remover empleados públicos comprende la de otorgarles ascensos en el lapso de la prestación de servicios y ubicarlos en el escalafón, al menos en tanto no importe una cesantía encubierta" (CS Marzo 21 1966 ED 16-818).

Ocioso sería aclarar que la delegación que efectúa -de considerarlo pertinente- el Sr. Gobernador hacia otros funcionarios, debe **expresamente ser indicada en un acto administrativo dictado al efecto**. Cuestión que no se verifica en el decreto provincial N° 88/07.

Sumado a ello es mi obligación citar lo expresado por la Sra. Ministro de Educación a fs. 129/130 por N.I.M.ED. (U.M.)N° 10905/07, adjuntando los actos de ofrecimiento y nombramiento de los docentes postulantes a fs. 252/259.

Como ya dijera arriba, la Disposición Ss. Ed. N° 2/07 designa al docente Felippa como Supervisor General, ocupando así, el cargo máximo en esta nueva pirámide funcional creada por el Decreto Provincial 88/07.

El resto de las disposiciones Ss. Ed. que llevan los números 03/07, 06/07, 13/07, y 14/07 son actos de ofrecimiento a las funciones de Supervisor Escolar y Secretario Técnico, los cuales -como se observa al pie de los mismos- han sido en su mayoría aceptados por los docentes.

Pero nuevamente me encuentro frente a actos administrativos que adolecen de un grave vicio en la competencia (inc. a art. 99 de la ley 141).

Si bien no hay óbice legal en que los actos de ofrecimiento de cargos puedan ser efectuados por un funcionario idóneo para ello, redoblo mis esfuerzos en repetir que la **única autoridad competente para los nombramientos, es el Sr. Gobernador**.

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

Por ende, los actos referenciados son, indiscutiblemente nulos en consonancia con lo establecido por el inciso a del art. 99 de la ley 141.

CUESTIONES FINALES. RESUMEN JURIDICO.

Como se sabe, la administración tiene como función principal la realización del interés público, sólo que para lograrlo utiliza el mismo silogismo lógico jurídico de adecuación del caso particular a la norma (ROYO VILANOVA, ELEMENTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, apéndice a la 24ª d., Valladolid, 195, p. 85 y ss.).

En tal sentido debo apuntar que resulta primordial para la realización del interés público del denominado principio de "juridicidad" que sujeta la actividad administrativa no sólo a la norma jurídica objetiva (Constitución, leyes, reglamentos) sino también a los principios generales del derecho.

En efecto, el control a través de los principios generales del derecho, resultan de permanente aplicación en nuestra realidad administrativa. Forma parte de ella el denominado "BLOQUE DE LEGALIDAD" cuyos elementos constitutivos son: constituciones, leyes, reglamentos, jurisprudencia, precedentes administrativos, etc. (CASSAGNE, Juan C. ACTAS DEL CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Montevideo, 1981, p 181).

Ya me he referido a estos temas en los capítulos anteriores, me abocaré en esta oportunidad a desarrollar, brevemente, las nociones conceptuales vinculadas al control de los actos administrativos desde el punto de vista de los principios generales del derecho ya que la actividad administrativa también se encuentra subordinada a ellos.

Concatenado a ello, remarco el concepto de actividad discrecional de la administración pública. En tal sentido se afirma que *"...se configura la discrecionalidad cuando una norma jurídica confiere a la Administración Pública, en tanto gestora directa e inmediata del bien común, potestad para determinar con libertad el supuesto de hecho o antecedente normativo y/o para elegir, también libremente, tanto la posibilidad de actuar, o no como de fijar, en su caso, el contenido de su accionar (consecuente), todo dentro de límites que imponen los*



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

principios generales del derecho.." (COMADIRA, Julio, LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA. JUSTA MEDIDA DE CONTROL JUDICIAL, ED, 29/03/00, p 3 y 4, también del mismo autor ver DERECHO ADMINISTRATIVO, p. 493 y ss.).

De dicho concepto podemos extraer que, apreciación de la oportunidad y conveniencia, actuación libre con sujeción al orden jurídico, remisión legal y no solo margen de libertad, valoración del interés público, elección entre uno y otro curso de acción, facultades administrativas propias y exclusivas, arbitrio creador contingente, predeterminación genérica de la conducta administrativa, son, entre otras, las principales características del concepto de discrecionalidad de la doctrina más relevante de la literatura administrativista argentina.

El ejercicio de la facultad discrecional, al insertarse en el bloque de la juridicidad, debe necesariamente respetar los límites impuestos operativamente por los principios generales del derecho.

En la actualidad tienen una doble función, sirven de guía inspiradora a las normas legales y reglamentarias y además, constituyen preceptos operativos capaces de regular directamente una actividad determinada, componiendo un límite exterior que no puede ser violado por el contenido de la discrecionalidad.

I.) Control por el principio de igualdad.

Indudablemente es uno de los más importantes en la praxis administrativa discrecional.

Tiene especial aplicación, como dije anteriormente, en materia de selección de contratistas, autorizaciones, permisos, "**concursos**", eximiciones impositivas, etc.

Circunscribiéndome al ámbito de la Administración Pública, existen particularidades importantes de destacar. En momentos en que ella actúa con capacidad de derecho público investida de potestad, la igualdad opera con los administrados entre sí.

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

Al existir un proceso de selección -como el que nos ocupa- este precepto debe tener vigencia tanto al momento de establecer las pautas de la convocatoria como en el desarrollo ulterior.

La transparencia a través de la enunciación de los fines, métodos, parámetros de valoración, constituye el primer y fundamental paso hacia la imparcialidad. (SATTA, F. IMPARZIALITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, ENCICLOPEDIA GIURIDICA, Roma, 1989. P. 6).

Determinadas las pautas valorativas, se debe observar si la administración ha hecho bien su labor utilizando imparcialidad en los criterios preestablecidos, atento que la existencia de tratamientos diferenciados es válida únicamente cuando tengan justificación conforme a pautas razonables de consenso mayoritario.

Aquí haré un alto para ratificar que no se halla esa imparcialidad en la sanción del Decreto Provincial 88/07, ya que los precedentes legislativos que se vinculan con la materia de autos, han sido abruptamente dejados de lado, utilizando pautas novedosas que van en desmedro de la comunidad educativa toda, sin acreditarse una válida y legal excusa.

La comisión de los derechos humanos expresó que la igualdad es violada si la desigualdad es desprovista de una justificación objetiva y razonable cuya fundamentación se valora teniendo en cuenta la finalidad y las consecuencias de la decisión analizada, proporcionalidad entre medios y fines.

Quebrantar este lineamiento constitucional se traduce en la identidad de supuestos resueltos en forma diferenciada (**creación de cargos docentes con requisitos dispares a los ya existentes para educadores de otro nivel** -ver comparación entre el Decreto Provincial 88/07 y Ley Provincial 631); identidad del órgano administrativo emisor (**no cabe duda alguna, Ministerio de Educación**); y ausencia de motivación objetiva y razonable o elemento externo importante que justifique un criterio distinto (**no existió por parte de la cartera gubernativa citada, una explicación seria y racional acerca del apartamiento de los preceptos ya normados para los docentes de nivel EGB1 y 2).**

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

II.) Control por el principio de razonabilidad, congruencia y proporcionalidad.

Expresa Saíenz Moreno que ni siquiera la invocación de la satisfacción del interés público puede legitimar actuaciones ilógicas, arbitrarias y abusivas. (SAINZ MORENO, CONCEPTOS JURIDICOS, p. 350).

En materia de discrecionalidad administrativa relacionada merece destacarse el fallo "Lanin" de la Corte Suprema, que afirmó "*...la circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede aquí constituir un justificativo de su conducta arbitraria; puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia.*" (FALLOS 298:223, ED 73-717).

La razonabilidad exige que la actividad estatal se cumpla dentro de un cierto orden, de una cierta justicia, por ello es causal de irrazonabilidad del acto administrativo, la falta de proporcionalidad entre los medios que el acto adopta y los fines perseguidos.

III.) Control por el precedente legislativo.

Es muy útil para evitar la arbitrariedad.

La violación de un antecedente vinculante (recordemos en este caso la Ley Nacional 14473, y las leyes provinciales 630 y 631) constituye una infracción al ordenamiento jurídico siempre que el mismo reúna la doble calidad de poseer identidad del sujeto administrativo y similitud de circunstancias (ambos aspectos se dan en la problemática *sub examine*), y las normas que regulan el procedimiento administrativo establecen la obligación de la administración de motivar el acto que se aparta del precedente, **circunstancia que no se dio en este caso.**

IV.) Control por el principio de interdicción de la arbitrariedad.

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

La necesidad de una motivación suficiente y razonable como la imprescindible justificación objetiva de la decisión administrativa comportan dos requisitos insoslayables para afianzar la discrecionalidad dentro de la juridicidad.

En el derecho argentino el ejercicio arbitrario del poder público es susceptible de contralor mediante los límites constitucionales de poder de policía (arts. 14, 19, 28 y 33 Constitución Nacional) y la razonabilidad en sus diversas dimensiones.

Lo arbitrario se vincula con lo absurdo, insensato, lo antisistémico que es ni más ni menos que lo contrario al buen sentido común.

V.) Control por el procedimiento, forma y motivación.

Ya he tratado oportunamente estos conceptos, simplemente diré que (y recordaré) que la motivación permite develar si la administración ha usado su libertad de apreciación en forma correcta.

Esto significa que, necesariamente, las decisiones administrativas deben soportar una explicación objetiva, una respuesta satisfactoria y razonable susceptible de resistir comparaciones, ponderando antecedentes de derecho y de hecho, y fundando el apartamiento al precedente lícito dando razones de la elección de una alternativa frente a otra.

En la generalidad de los casos, el fin perseguido se encuentra bien determinado, en el tema hoy cuestionado, ese fin es la **elección del más idóneo**. Libremente se puede establecer una pauta o bien una combinación de ellas. La discrecionalidad implica entonces, una valoración cuantitativa y cualitativa de los intereses que pueden ser comparados y apreciados.

En síntesis, debe quedar en claro que la reducción de la discrecionalidad se produce, entre otras razones, por la imposición de pautas procedimentales, motivación y formalidades regladas de acatamiento ineludible. Aún cuando la norma reconozca un margen de libertad, el control de su ejercicio se produce

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

también mediante la fiscalización de los procedimientos, formas y motivación tal como se ha expresado a lo largo de este dictamen.

COLOFON.

De lo hasta aquí expuesto, este Servicio Jurídico Permanente aconseja la derogación del Decreto Provincial N° 88/07 -acompañando proyecto de acto a tal fin- por las nulidades descriptas en los capítulos que forman parte del presente.

Añado que deberán revocarse y dejarse sin efectos todos los actos administrativos que han sido dictados a consecuencia de aquél (Resolución MED N° 239/07 y actos administrativos de designación que obran a fs. 252/259)

Asimismo y bajo este parámetro, recomiendo la sanción de un nuevo decreto provincial que contemple la creación de los cargos oportunamente fundados por la norma atacada, conteniendo los requisitos que fueron objeto de estudio en el presente dictamen, entre ellos: la antigüedad que deben poseer los aspirantes teniendo en consideración las previsiones de la Ley Provincial N° 630; los antecedentes legislativos que, de manera similar o análoga, se han ocupado de esta temática, siendo la Ley Nacional 14473 y la Ley Provincial N° 631 legislaciones que no pueden dejarse de observar; deberá también contemplarse la materia relacionada con las sanciones que pudieren llegar a ostentar (o se encuentren en proceso de investigación) los educadores; y por último no perdiendo de vista el desarrollo de pensiones o jubilaciones, es decir que el postulante no se halle en período próximo a situaciones de pasividad.

Para el supuesto de compartirse el criterio expuesto en el presente se acompaña proyecto de acto administrativo que sería del caso dictar.

DICTAMEN S.L. y T. N° 2982 /07:-

Dr. Miguel BONGHITANO
Secretario Legal y Técnico

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL