

/////////neral Roca, 7 de abril de 2014.-

-----

-----Y VISTOS:Para dictar sentencia en estos autos caratulados:"GUGLIARA ROBERTO ADAMO y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE ALLEN S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO" (Expte.Nº ICT-24357-11).-

-----

-----Previa discusión de la temática del fallo a dictar con la presencia personal de los jueces votantes, de lo que da fe la Actuaría, corresponde votar en primer término a la Dra. Paula Inés Bisogni quien dijo:

-----

-----RESULTANDO:

1.- A fs.61/67 comparecen los sres. Roberto Adamo Gugliara, Héctor Fabián Arriegada, Mario Alejandro Chrobak, Juan Mariano Marileo, Juan Carlos Rubén Parra, Servando Palavecino, Claudio Alejandro Hernández, Laura Marzialetti, Haydeé Raquel Balda, Julio Loncopan, Rosa Cuyul, José Cisterna, Julio Lescano, Rubén Rojas, Elisa Arriagada, Ramón Matus, Susana Araneda, Rosa Barrera, Viviana Aguilar, Elvira Bersabe Sánchez, Iris Alcazar, Graciela Blanco, Roberto Carlos Mendoza Quintana, Guido Fuentealba, Marcelo Javier Sánchez, Daniel Ubaldo Aenlle, Laura Mariel Bilbao, Claudia Verónica Coppari, Mario Eduardo Crespo, Néstor Javier Amado, Eduardo Luis Martínez, Juan Daniel Montivero, Jorge Horacio Ramos y Pedro Antonio Salas Soto, por apoderado, a plantear formal demanda contencioso administrativa contra la Municipalidad de Allen, persiguiendo la impugnación y rechazo de la Resolución municipal 1599/10 del Poder Ejecutivo Municipal, que se deje sin efecto la misma y se restablezca a los actores derechos legítimamente obtenidos, reintegrándoselos a la planta permanente de dicho Municipio.-

Relatan que son contratados desde hace muchos años de la Municipalidad de Allen, y en tal carácter han venido realizando reclamos para la normalización de su situación laboral e ingreso a planta permanente.

Con tal motivo el Municipio acordó con el gremio su pase a planta permanente, en acuerdo que fuera celebrado y homologado ante la Delegación de Trabajo de Allen, y ratificado por Resolución municipal 708/09.-

En virtud de ello, el Poder Ejecutivo Municipal dictó la Res.755/10 por la que se dispuso el Llamado a Concurso, con el fin de resolver la situación de inestabilidad de los contratados.

Dicho concurso se llevó a cabo por la Junta de Calificación y Disciplina en fecha 29-9-10, resultando aprobados según informe de dicha junta 35 agentes, con total regularidad y sin oposición alguna de parte legitimada.-

Es así que el Poder Ejecutivo Municipal dictó la Res.1402/10 de fecha 13-10-10, por la que aprobó el concurso realizado, resolviendo la incorporación a Planta Permanente de los agentes incluidos en su listado, en la categoría mínima de cada agrupamiento, por considerar se encontraban cumplidas todas las exigencias previstas en el estatuto y escalafón municipal. Asimismo, en virtud del pase a planta permanente operado, por Res.1425/10, se dejaron sin efecto los contratos por los que habían estado vinculados a la Administración hasta entonces.

En consecuencia, los actores percibieron los haberes correspondientes a los meses de septiembre, octubre y noviembre 2010, que fueron liquidados de conformidad a su pase a planta permanente.

Luego de ello, se encuentran sorpresivamente con la Res 1599/10, dictada el 18-11-10 que retrotrae la situación de los agentes que rindieron examen el 29-9-10 al estado anterior a la Res. 1402/10, dejando sin efecto el pase a planta permanente, y disponiendo la continuidad de sus funciones en carácter de contratados.

Ante la situación planteada se requirió dictamen de la Secretaría de Trabajo, favorable a la validez del concurso desarrollado, más allá de la normativa local que invoque que el concurso debió ser abierto, ya que lo que aquí se está realizando es la regularización laboral de quienes venían prestando el servicio en condiciones de contratados.

Se expide asimismo por nota el Tribunal de Cuentas, sin impugnar la legitimidad de los concursos realizados.

Ante lo ocurrido, los actores realizaron reclamo administrativo ante el Intendente Municipal con fecha 2-12-10, requiriendo pronto despacho en fecha 2-3-11 y 11-3-11.-

El mismo fue rechazado por resolución municipal 328/11 de fecha 29-3-11, en base a observaciones del tribunal de contralor y falta de aprobación por parte del Concejo Deliberante del proyecto de ordenanza remitido con la excepción solicitada, en relación al concurso en cuestión. Con fecha 15-4-11 el Concejo rechazó por nota 187/11 dicho proyecto, “en virtud de los antecedentes existentes”.

Agotada con ello la vía administrativa, recurren a la instancia judicial a fin de obtener la

regularización de su situación laboral obtenida a través del concurso, y pase a planta permanente que fuera indebidamente derogado por la Res.1599/10 atacada.

Fundan su reclamo en la protección al trabajo que emana del art. 14 bis CN, en razón de haber aprobado los actores el concurso respectivo que habilitó su ingreso a la planta permanente con la estabilidad correspondiente cfr. art.51 de la Constitución Provincial.

Invocan asimismo, afectación del art. 18 CN por violación del derecho de defensa, al no haber sido notificados de oposición o impugnación alguna; art.16 de igualdad ante la ley, ya que históricamente los ingresos a planta permanente fueron realizados en iguales condiciones cfr. Res. 933/06, 1113/07 y Ord 74/87; art.17 de propiedad, y arts.49 y 51 de la Constitución provincial.

Ofrece prueba, funda en derecho, y solicita se haga lugar a la demanda planteada, con costas.

2.- Corrido el traslado pertinente, comparece a fs.114/115 la Municipalidad de Allen, por apoderados, a contestar demanda.

Detalla cronológicamente los hechos acontecidos y resoluciones adoptadas en relación al concurso materia de reclamo por parte de los actores, que culminara en la Res.Municipal 1599/10 por la que se dejó sin efecto las Res 755/10, 1144/10, 1263/10 y 1402/10.-

Refiere que el conflicto institucional suscitado se manifiesta a partir de la Ordenanza 112/10 que suspendió el proceso de llamado a concurso, un día antes de la fecha de examen, por inobservancia de lo preceptuado por el Estatuto Municipal para el ingreso a planta, y la incidencia de la decisión en el presupuesto municipal.

Dicha ordenanza fue vetada por Res 1379, quedando con ello claro que no se trató de un mecanismo para cubrir una vacante sino la de regularizar la situación existente de personal contratado, señalando la incidencia negativa en el presupuesto municipal, considerando ello una indebida intromisión del PLM en las facultades del Poder Ejecutivo.

La decisión del PEM fue también objeto de observación del Órgano de Contralor, quien consideró que la relación de empleo de los contratados no es irregular y se encuentra contemplada en el estatuto y que los concursos debían realizarse con carácter abierto (res.029/10, 032/10).

En febrero 2011 se envió al Poder legislativo proyecto de ordenanza para la incorporación de dicho personal, el que fue rechazado por nota 1871/11 de fecha 15-4-11, “en virtud de los antecedentes existentes, la naturaleza y formas en que se

llevó a cabo el llamado a concurso”.-

Con ello se demuestra que el Poder Ejecutivo procuró regularizar la situación de los hoy actores, y que la decisión de mantener la vigencia de la Res.1402/10 no puede quedar al arbitrio del mismo, atento el cuestionamiento de los otros órganos de poder, Legislativo y de Contralor.

Ofrece prueba, funda en derecho y solicita se rechace la demanda, con costas.

3.- A fs.127 obra acta que da cuenta de la realización de audiencia de conciliación, con resultado negativo. A fs.129/130 se abre la causa a prueba.

A fs.157/247 se agrega expediente administrativo tramitado ante la Delegación de Trabajo de Allen. A fs.256 se denuncia el fallecimiento de la actora Haydée Balda, cuyos herederos comparecen a fs.264.- A fs. 257 obra agregada contestación de absolución de posiciones por parte del Intendente Municipal, a tenor del pliego de fs.265/268.- A fs.288 obra Acta de audiencia de vista de causa, en la que la demandada acompañó instrumental requerida –legajos y recibos de los actores- y prestó declaración el testigo Quiñehual, recibándose alegatos de las partes, con lo que quedan estos autos en estado de recibir la presente sentencia.

CONSIDERANDO:

I.- De lo expuesto por las partes en los respectivos escritos de constitución y documentación acompañada, tengo por acreditado que:

1.- Que por Res.755/10 de fecha 15-6-10 el Poder Ejecutivo Municipal de la localidad de Allen dispuso llamar a concurso interno para el ingreso a planta permanente de los agentes contratados que cuenten con una antigüedad igual o mayor de tres años (fs.165/166).

2.- Que dicho concurso fue llevado a cabo por la Junta de Calificación y Disciplina, en el que participaron los actores y resultaron aprobados en la evaluación llevada a cabo, como surge de la Res.010/2010 del 27-8-10 de dicha Junta (fs.33/34 y 41/42)

3.- Que por Res.1402/10 del 13-10-10 el Poder Ejecutivo Municipal aprobó dicho concurso y dispuso la incorporación a planta permanente de los agentes aprobados en el mismo (fs.202/203).-

4.- Que al liquidarse los haberes de los actores correspondientes al mes de octubre 2010 éstos se liquidaron en cumplimiento de su incorporación a planta permanente. Ello se acredita de las copias de los recibos agregados en autos, en relación a los actores Gugliara, Aguilar, Ramos y Blanco. Se deja constancia que en los demás casos no se acompañaron los recibos del mes de octubre 2010.-

5.- Que por Res.1599/10 del 18-11-10 se dejó sin efecto el concurso realizado, derogando las res.755/10,1144/10,1263/10 y 1402/10.- Asimismo se dispuso celebrar nuevamente contrato de trabajo por tiempo determinado con los agentes involucrados en las mismas condiciones que revestían al 13/10/10.- (fs.204/205).-

6.- Que el Tribunal de Cuentas Municipal había formulado observaciones al proceso del concurso referido por res.029/10 del 25-10-10 y res.032/10 del 12-11-10 y nota 326/10, del 26-11-10, requiriendo que se reformule la incorporación de personal a planta permanente tomando como base la normativa vigente y la necesidad real del municipio (fs.31 y 86/89).-

7.- Que con fecha 28-9-10 el Concejo Deliberante sancionó la Ord.112/10 disponiendo la suspensión del llamado a concurso, que fue inicialmente vetada por el Ejecutivo y ante la insistencia del órgano legislativo, finalmente promulgada. Que por Res. 47/10 el órgano legislativo dispuso la creación de una comisión investigadora en relación al llamado a concurso.

8.- Que en febrero 2011 el Poder Ejecutivo municipal remitió proyecto de ordenanza al Concejo Deliberante a fin de que se lo autorice a llamar a concurso interno por excepción al Estatuto y Escalafón, lo que fue rechazado por dicho cuerpo (fs.74/77).-

II.- El tema a resolver consiste entonces en establecer la validez o invalidez de la revocación efectuada por el Poder Ejecutivo Municipal del concurso cerrado y consecuente pase a planta permanente de los actores.

Tal como enseña la doctrina administrativista, los actos administrativos en caso de resultar afectados por vicios que afecten su legitimidad resultan susceptibles de ser revocados por parte del mismo órgano administrativo.-

El acto puede ser revocado siempre que no haya adquirido firmeza y generado derechos subjetivos. A partir de allí se considera que adquiere estabilidad y no puede ser revocado por la propia administración, quien deberá recurrir a la autoridad judicial para lograr que se declare su nulidad (acción de lesividad).-

“Todas las actuaciones estatales se presumen legítimas (así por ejemplo: las leyes se presumen constitucionales y los actos administrativos se presumen legales). Sin embargo, esta presunción, conforme lo autoriza el propio derecho positivo, puede ser desvirtuada por los particulares y también por la Administración, con respecto a los actos dictados por ella. Es para reglar esta última cuestión que la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires establece un sistema de revocación administrativa y anulación judicial de los actos administrativos.

“De esta manera y según dicho régimen, la Administración debe revocar o sustituir de oficio los actos administrativos afectados de nulidad absoluta. En caso de que dichos actos estuvieren firmes, consentidos, hubieran generado derechos subjetivos, y el interesado no haya tenido conocimiento del vicio, sólo se los podrá eliminar del mundo jurídico en sede judicial por medio de una acción de lesividad o nulidad (cfr. art. 17, LPA local)”. Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario. Causa Nro.: 1440-0. Autos: GONZALEZ ANGEL RICARDO c/ GCBA (SUBSECRETARIA DE INSPECCION GENERAL DE HABILITACIONES Y PERMISOS) Sala II. Del voto de Dr. Horacio G. Corti con adhesión de Dr. Carlos F. Balbín y Dr. Esteban Centanaro. 30-06-2004. Sentencia Nro. 55.

Por su parte, la SCBA ha dicho que: “el acto administrativo irregular que autoriza la referida potestad anulatoria es aquel que carece de alguno de los requisitos externos de validez o que luce manifiestamente errores graves que superan lo meramente opinable, o que siendo reglado por su forma, por su objeto o por su oportunidad, no se ajusta a la norma general que debió aplicarse (doctr. causas B. 50.987, sent. del 17X1990, antes citada; B. 51.609, sent. del 28V1991, también citada; B. 50.089, sent. del 8VI1993, igualmente mencionada) siempre que por ellos se reconozcan derechos subjetivos perfectos (conf. causas B. 47.881, sent. del 13VIII1980, “Acuerdos y Sentencias”, 1980II635; B. 47.882, sent. del 10VI1980, “Acuerdos y Sentencias”, 1980II159; B. 49.833, sent. del 7VII1987, “Acuerdos y Sentencias”, 1987III67).- “Por lo tanto, si no se advierte en el caso que haya mediado en los decretos una irregularidad que surja patente por la mera confrontación de éstos con el texto legal aplicado no se justifica su anulación de oficio por parte de la Administración (B. 54.487, “Coronel”, sent. 18V1999).

A partir del referido caso “Carman de Canton” la CSJN estableció el concepto de cosa juzgada administrativa, entendiendo por tal la estabilidad o inmutabilidad del acto administrativo que se produce siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) que se trate de un acto administrativo (unilateral e individual), b) que de él hayan nacido derechos subjetivos, c) que esté notificado al interesado, c) que sea regular, -aunque con posterioridad la ley admitió la estabilidad del acto nulo- y e) que no haya una ley que autorice la revocación.

En el ámbito provincial la ley 2938 establece en los arts.19 y 20 la distinción entre actos nulos y anulables –según la entidad o magnitud del vicio-, y la facultad, incluso deber de la Administración de revocarlo por razones de ilegitimidad. “No obstante, si el acto

estuviera firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad”.

III.- En el caso de autos, el concurso llevado a cabo por Res.755/10 y aprobado por Res.1402/10 habría generado derechos subjetivos para los actores –al disponer su incorporación a planta permanente-, que tuvieron comienzo de ejecución, a partir de la notificación a los interesados y liquidarse sus haberes del mes de octubre 2010 conforme a ello.

Ello indicaría que la revocación decidida en el mes de noviembre 2010 por el Poder Ejecutivo municipal habría sido ejercida en forma extemporánea a tenor de las disposiciones citadas supra, aunque ello no sucede así en la especie por existir una norma expresa contenida en la Constitución provincial, en relación a la designación de los agentes públicos.

El art.53 de la Constitución Provincial prevé que “Los agentes públicos designados en violación a las disposiciones de esta Constitución pueden ser removidos en cualquier tiempo sin derecho a reclamo alguno”.

La categoricidad y contundencia de la manda constitucional no deja lugar a dudas acerca de la viabilidad de dejar sin efecto una designación en la que no se hayan respetado las disposiciones constitucionales, y se encuentren por tanto afectadas de vicios que determinen su nulidad, “en cualquier tiempo”.

De ello se colige que el Poder Ejecutivo Municipal se encontraba habilitado para dejar sin efecto el acto por los vicios observados por el órgano de contralor municipal y Concejo Deliberante, ya que en virtud de la norma señalada, y en relación a tales motivos, éste no adquirió estabilidad ni alcanzó carácter de cosa juzgada administrativa.-

Ello en tanto efectivamente existió una afectación sustancial a las disposiciones constitucionales en materia de ingreso a la Administración, en el proceso concursal llevado a cabo, que determina su nulidad.

Resulta también de aplicación el art. 107 de la Carta Orgánica de la Municipalidad de Allen que establece que “los actos, contratos o resoluciones emanados de autoridad, funcionario o empleado municipal que no se ajusten a las prescripciones establecidas en la Constitución provincial y a la propia Carta Orgánica serán absolutamente nulos”.

La nulidad del acto administrativo puede surgir de vicio que afecte la expresión de la voluntad del órgano, o recaer en alguno de los elementos esenciales del mismo

(competencia y contenido: causa, objeto, forma y finalidad), mas el apto para dar lugar a la remoción en los términos del art.53 CP no es cualquier vicio, sino cuando éste se refiere concreta y específicamente a la transgresión a las disposiciones constitucionales en materia de ingreso al empleo público.

La nulidad será manifiesta en tanto la ilegitimidad surge de su sola lectura, confrontado con los antecedentes que le sirven de base, sin que sea necesario realizar una investigación de hecho para desentrañar el vicio imputado al acto.

IV.- Establecido ello, se advierte que en los Considerandos de la Res.1599/10 se invoca como motivo y causa de la revocación dispuesta las observaciones efectuadas por el Tribunal de Cuentas en la res.032/2010 al procedimiento del concurso.

Del cotejo de dicha resolución (fs.86/89) surge que se observa allí el incumplimiento de lo dispuesto por el art. 51 de la Constitución provincial y del Estatuto y Escalafón Municipal Ord. 068/94, señalando las objeciones puestas de manifiesto asimismo por el Concejo Deliberante en cuanto al concurso dispuesto para los contratados, y expuesto en la res.029/10 a la que se remite.

Del cotejo de la referida res.029/10, (fs.92/95) surge que se observa la realización de concurso de ingreso por su carácter cerrado, en tanto del mismo sólo pueden participar los contratados cuando conforme a lo dispuesto por el art.51 de la Constitución provincial y Estatuto municipal éstos deben ser abiertos, sin que la doctrina del fallo del STJRN “Betancur” imponga una modificación en tal sentido.

Corresponde en consecuencia analizar si el proceso concursal llevado a cabo por el ejecutivo municipal se ajustó o no a las disposiciones legales y constitucionales en la materia.

El Estatuto y escalafón del Agente Municipal de Allen contiene al respecto las siguientes disposiciones: en su art.8 establece que “sólo podrán efectuarse nombramientos para ingresos que correspondan a la mínima categoría de cada tramo y de cada agrupamiento del escalafón, previo concurso de antecedentes, oposición y/o examen según corresponda. Podrá efectuarse concursos externos para ingresos a cargos técnicos de las categorías de cada agrupamiento que lo requiera, cuando existiendo vacantes para el cargo técnico, el cual no haya podido cubrirse mediante concurso interno de promoción”.-

El art.10 establece que “A partir de la vigencia de este Estatuto, el ingreso del personal a la Administración pública de la Municipalidad de Allen, se regirá de la siguiente manera: El ingreso del personal del Poder Ejecutivo Municipal se efectuará por

concurso, en todos los casos, las designaciones las efectuará el Intendente Municipal y tendrán carácter provisorio y revocable durante los primeros seis meses, al vencimiento de cuyo término se conceptúan definitivas, quedando sus titulares amparados por todas las garantías y derechos establecidos en el presente Estatuto...” De igual modo se realizarán los ingresos al poder legislativo municipal o tribunal de cuentas, en designaciones a efectuarse por éstos, previo concurso.-

A su vez, en el cap.XIX se regulan los Concursos para Ingreso (arts.141 a 166), estableciendo que: Art.141: “El ingreso a la administración municipal y la cobertura de vacante se efectuará mediante el sistema de concurso”.

Art.142: “Los concursos podrán ser internos, externos. De oposición y/o antecedentes. En todos los casos podrá mediar examen”.

Luego se detallan las autoridades convocantes e intervención de la Junta de Calificación y Disciplina, quien designa a los miembros del Jurado y lleva a cabo las tareas comprendidas en el concurso (publicidad, examen, orden de mérito etc.).-

En lo que aquí interesa, el Estatuto Municipal establece que el ingreso a la administración será por concurso, el que deberá ser de carácter abierto (externo) por lógica, ya que como se ingresa en la categoría inferior de cada agrupamiento, a diferencia de la cobertura de vacantes en cargos superiores, no hay personal con expectativa de ascenso; y ello es, además la interpretación que se impone de la normativa municipal en su conjunto constitucionalmente válida, en tanto se corresponde con las disposiciones de rango superior.

Es que la norma del art. 51 de la Constitución provincial, que exige el ingreso por concursos resulta el medio de garantizar la idoneidad y la eficiencia como condiciones para ello, y la realización del principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos previsto en el art 16 de la Constitución nacional, enlazado con aquel.

En virtud de dicha norma, “todos los habitantes de la Nación Argentina son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”.-

A más de ello, la igualdad en el acceso a los cargos públicos ha sido expresamente regulada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que integra el bloque de constitucionalidad cr. Art. 75 inc.22 CN, y resulta por tanto plenamente operativo, el cual, en su art.25 dispone que “Todos los ciudadanos gozarán, sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: ...c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.-

Del mismo modo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de rango

constitucional, en su art.21 inc.1 dispone: “Toda persona tiene el derecho de acceso en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

Es por ello, que los concursos de ingreso a la administración municipal no pueden ser sino abiertos, en tanto su restricción al otorgársele carácter cerrado, del que sólo podían participar quienes se desempeñen como contratados, implicaría desconocer la posibilidad genérica de cualquier otro ciudadano de acceder a ello en violación de expresas disposiciones constitucionales.

Adviértase que los contratos son efectuados por designación a simple propuesta y en forma discrecional por la autoridad competente, lo que no garantiza en modo alguno la igualdad de oportunidades; mientras que el acceso a los cargos superiores es realizado por concursos cerrados.- Esto último encontraría fundamento en la protección de la carrera administrativa y la promoción interna, pero al menos el ingreso a los cargos inferiores de planta permanente requiere ser realizado por medio de concursos abiertos, única manera de garantizar la igualdad de acceso y oportunidades, y permitir evaluar la idoneidad de los postulantes en condiciones de transparencia y regularidad, cumpliendo con ello con la manda constitucional.

Nótese que tal interpretación emana no sólo de las observaciones emitidas por el Tribunal de Cuentas y el Concejo deliberante de la Municipalidad de Allen, sino incluso del propio Poder Ejecutivo Municipal, en cuanto a posteriori del fallido concurso de marras, solicitó al Concejo Deliberante que aprobara el mecanismo de concurso cerrado por excepción, asumiendo con ello expresamente la regularidad de su realización con carácter abierto (fs.77)

García Pulles, en su obra “Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional” –Ed Abeledo Perrot, pag.95 y ss.- considera que : “El acceso a los cargos públicos sobre la base del solo recaudo de la idoneidad constituye, posiblemente, una de las expresiones de la “igualdad jurídica” que caracteriza a los regímenes republicanos y democráticos, en el marco del constitucionalismo moderno.”

“El ingreso al empleo público no es sino especie de aquel género, es pues un derecho de raigambre constitucional, reconocido por el art. 16 CN”,...debiendo entenderse que las leyes que lo regulan resultan reglamentarias de aquel precepto constitucional, en particular en cuanto determinación expresa de los alcances del condicionamiento del acceso por idoneidad de sus postulantes.

“No obstante ello, debe advertirse que, en materia de empleo público, la premisa de la idoneidad no parece materia de concreción tan sencilla ... En virtud de ello, será

necesario advertir que la igualdad en el acceso al empleo público bajo la sola condición de la idoneidad –como ocurre con la estabilidad prevista en el art.14 bis de la ley Suprema- no consiste tan sólo en el derecho del ciudadano, pues su recepción en el texto constitucional responde igualmente a la protección del interés público involucrado en la necesidad de favorecer la máxima concurrencia en la selección de los agentes públicos, que redunde en el nombramiento de los más idóneos. Se advierte también aquí, pues, un claro contacto de la garantía individual con la protección del interés general, que podría hallar puja con los deseos de los funcionarios de turno para privilegiar a sus favoritos. De allí que deba afirmarse que, cuanto más objetivos y transparentes sean los procedimientos de selección y designación adoptados mejor se consultará el derecho de los ciudadanos a la igualdad y mayor resultará el beneficio para el interés público comprometido en la obtención de agentes más idóneos para el servicio administrativo”.

Es por ello que la Res.755/10 en cuanto dispone el llamado a concurso del cual sólo podían participar los agentes contratados con más de 3 años de antigüedad, no se ajusta a las disposiciones del Estatuto Municipal, ni cumple con lo previsto por el art. 51 de la CP, art.16 CN y art.25 PIDCP, resultando del mismo modo viciada la Res. 1402 que dispusiera el nombramiento de los actores en base a dicho concurso, de modo absoluto y manifiesto.

Este Tribunal se ha expedido en anteriores pronunciamientos enfáticamente en cuanto a la necesidad de realizar concursos de ingreso abiertos, rodeados de todas las garantías legales, entre ellas debida previsión presupuestaria de los cargos a cubrir, que tampoco se verifica en el caso- en autos “Pilotti Carlos Alberto y otros c/Municipalidad de Río Colorado y Villalba Juan Alfonso s/acción de amparo colectivo, Expte 2CT 24914-11. Tal como allí se dijera: “Imponer la contratación previa como requisito para el acceso a una parte de los cargos con los que se pretende ampliar la grilla de la planta permanente, importa ni más ni menos que el establecimiento de una condición adicional extraña al espíritu del estatuto cuyo dictado es del resorte de facultades del Concejo deliberante, configurando de por sí el defecto competencial que torna al acto contrario al orden jurídico preestablecido, además de lesivo de una puntual garantía constitucional (vg la igualdad de oportunidades para el acceso a los cargos públicos)”.-

Asimismo, en autos "LOPEZ ALICIA SUSANA c/ MUNICIPALIDAD DE CHOELE CHOEL s/ RECLAMO" (Expte.Nº 2CT-19280-07, Sentencia Definitiva del 13/2/2009), donde sostuvimos que la contratación dispuesta para la cobertura de un cargo propio del

escalafón municipal y para cubrir necesidades permanentes del servicio, sin ningún motivo que lo justificara especialmente, bloquea el ingreso a terceros en idénticas o mejores condiciones de idoneidad y eficiencia con aspiraciones de ingreso o ascenso.

Por ello, "...sin duda alguna el nombramiento en planta permanente de personal de la administración pública municipal requiere un acto de designación expreso, y es inadmisibles constitucional y reglamentariamente el ingreso automático por el mero transcurso del tiempo...", ya que sólo la designación de personal en planta política o para realizar tareas ajenas a las comunes y para las habituales de la administración aunque a título eventual (cuando ello no pudiere sortearse por los mecanismos habituales o hasta que se esté en condiciones de implementar el concurso pertinente) puede realizarse mediante contrato, mientras que el concurso público y abierto es la vía de ingreso al plantel administrativo permanente, exigencia con la que se adquiere la estabilidad, ésta a su vez garantía especialísima y por encima de la que goza cualquier otro trabajador.

Sin perjuicio además de señalar que "...una cosa es el reconocimiento de una exigencia para el ingreso y el goce de una forma de estabilidad especial nacida como herramienta para impedir que los gobiernos de turno produjeran cesantías masivas, invocando excusas pueriles para nombrar a sus adherentes o clientela política, y otra muy diferente es que desde los poderes del Estado se instaure y tolere el abuso o el fraude...".

Ergo, así como en aquel supuesto se descalificó la práctica consistente en cubrir las necesidades de recursos humanos para funciones permanentes de la administración con personal contratado en condiciones no justificadas, por importar ello el soslayo a la aplicación del régimen de estabilidad y la vulneración de sus derechos ínsitos; idéntico reproche merece lo que aquí advertimos como la contracara de la misma moneda, al hallarnos frente a un ejemplo demostrativo de cómo los contratos son una herramienta útil para manipular el acceso a los cargos públicos, en flagrante violación a otros aspectos igualmente trascendentes de las mismas garantías y derechos".

En este aspecto también se ha dicho que "Las distintas normas que rigen la relación de empleo público requieren mecanismos transparentes de selección, entre ellas el art.43 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Así, los actores en su carácter de funcionarios públicos no pueden alegar válidamente el desconocimiento de esa normativa (art.20 CC.). Consecuentemente, deben tenerse por conocidas tanto la exigencia del concurso –establecida por una norma constitucional vigente- como su inobservancia previa al dictado del Dec 1326/GCBA/00... y consiguientemente el

conocimiento del vicio, sin que quepa exigir en el ámbito de los actos irregulares que ese conocimiento sea doloso es decir con mala fe...La lesión al derecho de igualdad no puede fundarse en la comparación con situaciones basadas en la violación de la legalidad. Por ello, debe desestimarse la circunstancia que mencionan los amparistas en apoyo de su reclamo, relativa a que en otros casos similares la administración no procedió a revocar el acto administrativo por razones de ilegitimidad.” (Cámara en lo contencioso administrativo y tributario, causa expte 1970-0, autos LBAYRU JULIA ELENA c/GCBA Sala II, del voto de la Dra. Nélide Daniele, Dr.Eduardo Russo, del 3-09-02, sentencia n°2593).-

Tiene dicho la Procuración del Tesoro de la Nación que “la estabilidad del acto administrativo cede ante errores manifiestos de hecho o de derecho que van más allá de lo opinable, caso en el cual no pueden hacerse valer derechos adquiridos, ni cosa juzgada, ni la estabilidad de los actos administrativos firmes y consentidos, toda vez que la juridicidad debe prevalecer por sobre la seguridad precaria de los actos administrativos que presentan vicios graves y patentes, manifiestos e indiscutibles, y que, por ello, ofenden el interés colectivo primario” (Dictámenes 233:329).-

“Las designaciones irregulares no confieren el derecho a permanecer en el empleo y pueden ser dejadas de lado por la sola comprobación del vicio, sin que el mero transcurso del tiempo pueda servir para subsanarlas” (SCBA causa B 51854, “Boades Graciela Josefa c/Municipalidad de Tigre s/DCA”, sent.16-7-91; AyS 1991-II-528).-

Finalmente, no puede dejar de efectuarse algunas consideraciones en relación a la situación que atraviesan los contratados, a la luz de la jurisprudencia “Ramos” de la CSJN y “Betancur” del STJRN. En éste último fallo se tuvo particularmente en cuenta la situación de inestabilidad e incertidumbre que atraviesan las personas que pese a los sucesivos contratos mantenidos con la Administración, a lo largo de varios años, no gozan de estabilidad al no integrar la planta permanente y se encuentran sujetos a la posibilidad de perder su trabajo y fuente de ingresos, en caso de no renovársele el contrato.

La Corte ha considerado que en estas condiciones la ruptura del vínculo genera un derecho indemnizatorio por haber existido un uso desviado de la facultad de celebrar contratos transitorios o por tiempo determinado –largamente excedidos en su plazo o por la renovación indefinida de los mismos-, que generaron en el agente una expectativa de permanencia a ser reparada por medio de dicha indemnización. Mas la Corte expresamente se ocupó de señalar que dicha expectativa no permite convertir la

naturaleza de su contrato transitorio, ni otorgarle estabilidad, en tanto el acceso a la misma no se produce por el paso del tiempo, y sólo se adquiere mediante el respectivo nombramiento en el cargo correspondiente, previo concurso, contando con la correspondiente asignación presupuestaria.

La doctrina emanada de dichos fallos sólo reconoce un derecho indemnizatorio y no un derecho a la estabilidad, ni puede invocarse en base a ello que asista a los contratados el supuesto derecho a ingresar a planta permanente por medio de concursos cerrados, lo que carece de toda base legal. Si bien el STJRN en “Betancur”, en apreciaciones que comparto, señala la necesidad de regularizar tales situaciones, en modo alguno puede inferirse que con ello se pretenda soslayar o dejar de lado el derecho de igualdad en el acceso a los cargos públicos reconocido en los arts. 51 CP, art.16 CN y PIDCP, citado precedentemente, que quedaría de lo contrario convertida en letra muerta.-

Es claro que la regularización de tales situaciones no podría efectuarse sino mediante concursos realizados en debida forma, de carácter abierto, con la debida transparencia, seriedad y obligatoriedad. No se puede combatir los efectos perniciosos de una irregularidad, dada por el uso abusivo y desviado de las contrataciones y designaciones directas, con otra irregularidad. Es claro que no debería haber contratados, más que para situaciones excepcionales y debidamente justificadas. Se trata de una práctica que debe ser desterrada en pos del derecho a la igualdad y a fin de procurar que la Administración cuente con los servicios de los funcionarios más idóneos y capacitados, y encontrarse en juego el necesario sometimiento de la administración a la ley.-

En virtud de todo ello se impone el rechazo de la demanda planteada, por resultar válida la Res.1599/10 que dispusiera dejar sin efecto el concurso y designaciones efectuados por Res.755 y 1402/10 y retrotrajo la situación de los agentes involucrados a la situación de contrato con la que contaban hasta entonces.-

Ello así ya que, de acuerdo a los argumentos desarrollados supra, ninguno de los fundamentos invocados en demanda resultan idóneos para invalidar dicha resolución. No existe derecho adquirido de los actores, en atención al vicio de legalidad que afectó dicho concurso, por lo que la revocación ha sido válidamente ejercida con base en los arts. 51 y 53 CP, sin que por el carácter unilateral del acto de revocación en cuestión se imponga un previo traslado (no se trata de una impugnación, sino una decisión propia del órgano administrativo), y como se expresa en cita precedente, no se afecta el derecho de igualdad en base a antecedentes afectados por vicio similar, resultando en definitiva la revocación dispuesta ajustada a derecho, con base en el principio

constitucional de igualdad e idoneidad para el acceso a los cargos públicos .

Tal Mi voto.-

El Dr. Nelson Walter Peña dijo: Que adhiero al voto precedente por los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

El Dr. Diego Jorge Brogginí dijo: Que aunque compartiendo las conclusiones a que arriba la colega que se expide en primer término respecto del ámbito fáctico dentro del cual transcurre el conflicto de autos, disiento con los fundamentos que inspiran la solución de fondo que propone. Por una puntual razón, cual es que no considero que el art.53 de la Constitución de la Provincia de Río Negro, no obstante su posición en la cúspide del ordenamiento público local, surta efecto derogatorio o de algún otro modo margine la obligatoriedad de la intervención judicial que resulta de la última parte del art.21 de la ley 2938.

Pues al establecer el Constituyente de forma tan categórica que "...los agentes públicos designados en violación a las disposiciones de esta Constitución pueden ser removidos en cualquier tiempo sin derecho a reclamo alguno...", lo que claramente procuró fue reafirmar, entre otras cosas, la decisión de dar rango constitucional al medio que escogió en pos de la operatividad del recaudo de acreditación de idoneidad y eficiencia para el acceso al cargo público, esto es, a través de los concursos de oposición y antecedentes.

Los que como acertadamente y por las razones que señala sostiene la Dra. Paula Bisogni, en cuanto se trata del ingreso a la administración no pueden ser sino abiertos, plasmándose así una solución positiva que, sin hesitar, surte efecto como criterio rector impuesto frente a las situaciones del tenor que se procura aventar, con dos aditamentos también expresos, uno el de la imprescriptibilidad (vgr. en cualquier tiempo) y el otro el de la irrevisabilidad (vgr. sin derecho a reclamo alguno).

Empero sucede que el mismo Constituyente no se expidió, cosa que bien podría haber hecho, respecto de los mecanismos a seguir para el ejercicio de este aspecto de la potestad anulatoria, puesto que la norma nada dice sobre el procedimiento que habrá de preceder a la remoción del agente irregularmente designado y el sujeto investido para convalidar la decisión.

Con lo que a partir de la regla hermenéutica básica que postula que las normas deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (cfr. CSJN, en Fallos 304:794, entre muchos otros), soy

de opinión que si la designación lo fue a través de un acto que, malgrado los vicios determinantes de su carácter irregular, estuviera firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, la remoción no puede prescindir de la promoción en sede judicial de la acción de lesividad, concebida precisamente y conforme reza el citado art.21 de la ley 2938, para impedir su subsistencia y la de los efectos aun pendiente.

Situación esta que a todas luces advierto en el supuesto del caso, donde los actores fueron incorporados a la Planta Permanente Municipal a través de una resolución del titular del Poder Ejecutivo Comunal que, como bien sostienen, adquirió la condición de firme y consentida desde el momento en que no fue impugnada por ningún sujeto legitimado en los plazos legales, además de haber comenzado su ejecución a través de los sueldos abonados bajo la mentada condición escalafonaria, trasuntando todo ello la adquisición de un derecho incorporado al patrimonio, que obviamente ameritará ser desbaratado llegado el caso de concluirse la irregularidad de su origen, mas nunca ex officio por la misma autoridad que lo concedió.

Atendiendo a que entra allí en juego el respeto hacia los derechos adquiridos en la faz plasmada a través del principio fundamental del debido proceso, a título de límite de las denominadas facultades exorbitantes del poder público, con la consecuencia de que un conflicto entre un derecho concreto del individuo y el interés de la administración, incluso cuando como éste conlleva -tal aquí se avizora- un interés fundado en razones de legitimidad, no puede sino ser resuelto por el Poder Judicial, como órgano que en el Sistema de Gobierno Republicano se halla naturalmente dotado de la función jurisdiccional.

Desde que la acción de lesividad viene a ser la vía expresamente contemplada con el fin de evitar que la administración se arrogue la verificación unilateral de la legitimidad de un acto que ella misma ha dictado y cuyos efectos se han incorporado ya al patrimonio del administrado. Con un claro fundamento constitucional, que es precisamente el que impone su conciliación con el precepto de igual rango del art.53 de la CPRN y que, conforme explica Alberto Bianchi (cfr. "¿Tiene fundamento constitucional la acción de lesividad?", en ED 132, pág.808 y ss), se apoya "...en un trípode constituido en primer lugar por el respeto al debido proceso, en segundo lugar por el respeto al derecho de propiedad y en tercer lugar por el principio de división de poderes. De estos tres el primero constituye el eje central de la cuestión...".

En buscar de evitar "...que la Administración se arrogue la verificación unilateral de la

legitimidad de un acto que ella misma ha dictado y cuyos efectos se han incorporados ya al patrimonio del administrado..", por lo que "...cuando en sede administrativa ha concluido una tramitación y la misma ha dado como resultado la concesión de una prestación que genera derechos subjetivos, y los mismos se están cumpliendo, toda revocación que por razones de ilegitimidad se intente, debe acudir al Poder Judicial en la medida que la misma puede afectar el patrimonio del administrado...". De ahí que "...la razón fundamental, la raíz constitucional de la acción de lesividad, está en el art.18 de la Constitución. El administrado ha logrado obtener luego de una tramitación en la que ha sido parte ... una prestación de la administración. Resulta lógico entonces que si esa prestación debe ser eliminada por errores cometidos por aquélla a los cuales es ajeno el administrado, se le den a aquél todas las posibilidades de defender con amplitud de prueba y debate la validez del acto cuestionado ... ante un órgano imparcial, pues de lo contrario, está siendo juez y parte de la situación...".

Puesto que incluso en la revocación por razones de legitimidad, por más presente que esté el fin público y la legalidad del obrar administrativo (como en toda gestión estatal), "...la cuestión no es tan simple, pues está en discusión, primero si la administración emitió un acto conforme a derecho y segundo si tal acto pudo producir efectos respecto del administrado. Esto constituye un juicio de valor, un procedimiento de naturaleza jurisdiccional que la administración ... no puede realizar sin audiencia del interesado. De lo contrario se vería seriamente resentido el principio de defensa tutelado por el art.18 de la Constitución. Por otra parte decidir la revocación de un acto administrativo que ha producido efectos sobre el patrimonio de un individuo produce consecuencias sobre su derecho de propiedad tutelado por el art.17 de aquélla. Ello obliga por ende a la intervención de un órgano judicial que actúe como tal, es decir a través de un mecanismo en el que ambas partes discutan en un pie de igualdad y frente a un tercero imparcial, con amplitud de prueba y debate, la legitimidad del acto cuestionado...".

Argumentos todos estos que desde mi punto de vista avalan la discrepancia con la distinguida colega, cuando considera al Poder Ejecutivo Municipal habilitado para dejar sin efecto el acto de designación por los vicios observados por el órgano de contralor municipal y el Concejo Deliberante, ya que en virtud del art.53 de la CPRN éste no adquirió estabilidad ni carácter de cosa juzgada administrativa.

Amén de considerar necesario señalar que por más evidente que resulte el defecto del acto a la luz de sus antecedentes y en su confronte con la doctrina consolidada en los precedentes de este Tribunal, ni aún así me avengo a avalar el soslayo, o reputar de

superfluo, un procedimiento legalmente establecido, específico para la situación planteada y concebido para la operatividad de derechos de tan alta magnitud como los precedentemente reseñados.

Más aun cuando los fundamentos que recoge el Considerando de la Resolución N° 1599/10 demuestran lo pueril del temperamento adoptado, desde el momento en que expresamente se sostiene que la decisión revocatoria tuvo en miras y procuró evitar las consecuencias del anuncio por parte del Tribunal de Cuentas en cuanto al "...inicio de las acciones de inconstitucionalidad, legitimidad y nulidad sobre las Resoluciones y Ordenanzas dictadas para obtener certezas de las situaciones jurídicas generadas...". Cuando en rigor, el Jefe Comunal -en su carácter de representante legal del Municipio-, lo que debió haber hecho fue recoger tal observación, por cierto atinada, promoviendo él mismo la acción con tal objeto, la que lejos de irrogarle una facultad, constituye "...un verdadero deber de cumplimiento inexcusable que incumbe a la autoridad administrativa..." (cfr. Julio Rodolfo Comadira, "Procedimientos Administrativos - Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada", Editorial La Ley, 2002, pág.342).

Por lo que en las condiciones expuestas, considero que la demanda debe ser acogida al fin pretendido, que es el de dejar sin efecto la resolución cuya impugnación dio lugar a este procedimiento contencioso-administrativo, sin perjuicio de las acciones que a resultas de ello pudieran ulteriormente promoverse.

TAL MI VOTO.

-----

-----Por todo lo expuesto, LA CAMARA DEL TRABAJO DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL SALA I CON ASIEN TO EN ESTA CIUDAD, POR MAYORÍA;

-----

-----RESUELVE:1) Rechazar la demanda instaurada por los actores Roberto Adamo Gugliara, Héctor Fabián Arriegada, Mario Alejandro Chrobak, Juan Mariano Marileo, Juan Carlos Rubén Parra, Servando Palavecino, Claudio Alejandro Hernández, Laura Marzialetti, Haydeé Raquel Balda, Julio Loncopan, Rosa Cuyul, José Cisterna, Julio Lescano, Rubén Rojas, Elisa Arriagada, Ramón Matus, Susana Araneda, Rosa Barrera, Viviana Aguilar, Elvira Bersabe Sánchez, Iris Alcazar, Graciela Blanco, Roberto Carlos

Mendoza Quintana, Guido Fuentealba, Marcelo Javier Sánchez, Daniel Ubaldo Aenlle, Laura Mariel Bilbao, Claudia Verónica Coppari, Mario Eduardo Crespo, Néstor Javier Amado, Eduardo Luis Martínez, Juan Daniel Montivero, Jorge Horacio Ramos y Pedro Antonio Salas Soto, contra la demandada Municipalidad de Allen, de conformidad a los considerandos precedentes. Con costas a cargo de la parte actora, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del letrado de la parte actora Dr.Hernán Felipe Otero en la suma de \$ 7660 (20 jus) y los de la parte demandada en 25 jus, correspondiendo a los Dres.Rodolfo Vesciglio y Graciela Rosales por la primer etapa la suma de \$4787,50 y a las Dras.Norma Coronel y liliana Isidori en la suma de \$4787,50 por la segunda etapa (Arts. 6,7,8,10 y cc Ley de Aranceles).-

-----

-----2) Los honorarios de los profesionales se han regulado teniéndose en cuenta la importancia de los trabajos realizados y calidad y extensión de los mismos.-

-----

-----3) Regístrese, notifíquese, cúmplase con Ley 869.-

Dr. Nelson Walter Peña  
Vocal de Trámite Sala I

Dra. Paula I. Bisogni Dr. Diego Broggin  
Vocal de Sala I Vocal de Sala I Sub.

Ante mi: Dra. Zulema Viguera  
Secretaria