

Medida Cautelar Autonoma Procedencia Requisitos Desviacion De Poder Desigualdad De Trato

JURISPRUDENCIA

Medida CAUTELAR AUTÓNOMA. Procedencia. Requisitos.

Desviación de poder. Desigualdad de trato La medida cautelar autónoma en principio no procede frente a la alegación de vicios de desviación de poder y/o desigualdad de trato, por la necesidad de su comprobación mediante la actividad probatoria pertinente. Santa Fe, 17 de diciembre de 2015. VISTOS: Estos autos caratulados "ACUÑA DEL PINO, Nidia contra PROVINCIA DE SANTA FE sobre MEDIDA CAUTELAR AUTÓNOMA" (Expte. C.C.A.1 n° 303, año 2015), venidos para resolver; y, CONSIDERANDO: I.1. La señora Nidia Acuña del Pino interpone medida cautelar autónoma contra la Provincia de Santa Fe tendente a obtener la suspensión del trámite del concurso que se lleva adelante por ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Provincia de Santa Fe, para cubrir la vacante del cargo de Director General de Despacho, Nivel 9, agrupamiento administrativo, decreto 2695/83; convocado mediante resolución 165 del 30.4.2015 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; en virtud de afectar derechos laborales de orbe constitucional y supra constitucional, con correlato en la Constitución provincial, ley 8525, decreto 1729/09; adolecer de vicios de ilegitimidad, como así también en razón de provocar perjuicios graves o de reparación difícil e imposible, con repercusión en lo patrimonial, moral, y en su carrera administrativa; hasta tanto se resuelvan los recursos administrativos interpuestos. En relación al "peligro en la demora", refiere al perjuicio que se le ocasiona de seguir adelante con el procedimiento concursal; que el despacho favorable de la medida cautelar no afecta el interés público; y que la Administración tiene la posibilidad de designar subrogantes por vía del artículo 61 ss. y cc. del decreto 2695/83 para cubrir el cargo concursado. Al relatar los antecedentes de la causa, expresa que participó en carácter de aspirante al concurso convocado por resolución 165 del 30.4.2015; que se establecía como requisito excluyente registrar título hábil de abogado; que desde la sanción de la ley 10.018 por la cual se creó la estructura orgánica de la Secretaría de Estado de Trabajo, no se registraron antecedentes que exijan como requisito excluyente el título de abogado y que las misiones y funciones del cargo de Director General de Despacho "exceden largamente de las incumbencias profesionales del título de abogado", por lo cual -entiende- resultó infundado y carente de suficiente motivación el citado recaudo legal. Que la exigencia de dicho requisito lesionaba de modo directo su legítimo derecho a la carrera administrativa, igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos y el principio de idoneidad. Que interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio; que posteriormente mediante resolución 213 del 1.6.2015 se rectificó el Anexo I de la resolución 165, disponiendo entre otras cuestiones, como requisito "título secundario excluyente, preferentemente abogado y preferentemente especializado en Derecho Administrativo, con amplios conocimientos sobre el manejo de actuaciones administrativas, plazos y marco regulatorio (excluyente)". En relación a la primera etapa concursal (valoración de antecedentes), refiere a la "clara intención" por parte del jurado de selección de postergarla en el orden de méritos, lo cual desde ya habilita a suspender el proceso concursal, por la patente falta de objetividad y transparencia que debe imperar en todo concurso. Alega que el jurado se negó de modo sistemático a calificar el título de "Magister en Administración Pública" expedido por la F.C.E. de la UNL, procediendo a calificar en esta oportunidad sólo el título secundario, asignándosele sólo 3 puntos en el marco del decreto 1729/09. Advierte que ello le generó un grave desgaste emocional; que se vislumbra una clara intencionalidad de postergarla; que se generó un menoscabo en su dignidad de persona y en su condición de trabajadora; que por ello interpuso reclamación administrativa solicitando la revisión del puntaje obtenido. Que ante la notoria irregularidad en el sistema de puntuación de los antecedentes, no le quedó alternativa al Jurado que rectificar y proceder el 31.7.2015 mediante acta a homologar el título de "Maestría en Administración Pública". Considera que hubo un manifiesto exceso en las facultades discrecionales del jurado, el cual, sin mediar motivación y fundabilidad procedió a calificarla con un total de 8 puntos; que por ello solicitó que se expidan de modo fundado las conclusiones por las cuales se le otorgó tal valoración de puntaje; así como las razones por las cuales no se homologó su condición de "Docente Universitaria e Investigadora Científica"; obteniendo respuestas evasivas. Destaca el tiempo transcurrido y al exceso de los plazos previstos en el decreto 10.204/58 en concordancia con el decreto 1729/09; y que al día de la fecha se desconocen los motivos por los cuales se le asignó el mentado puntaje en esta etapa y la falta de ponderación de los restantes antecedentes. Advierte acerca de "desprolijidades" respecto a la etapa de evaluación técnica, la cual comenzó el 3.8.2015; y dice que el 6.8.2015 se publicó en la página web los resultados con la calificación "admitido" y/o "desestimado" pero sin acompañar los porcentajes, en clara contravención a lo dispuesto por el decreto 1729/09. Señala que interpuso el 26.8.2015 formal recurso de revocatoria con apelación en subsidio; que teniendo presente la falta de sustento y motivación de la decisión del jurado por la cual se la desestimó del concurso a través de la asignación de un porcentaje equivalente al 39%; que recurrió la

decisión obteniendo nuevamente como respuesta evasivas y locuciones generales. Que solicitó se informe el puntaje total y la discriminación por ítem y componentes de acuerdo a lo detallado por decreto 1729/09 y su fundamentación académica, pedagógica respectiva, requiriendo además el cotejo de su examen con los otros exámenes de los restantes postulantes atento al carácter análogo de las preguntas y consignas. Que el 19 de agosto el jurado se expidió mediante acta n° V de modo circunstancial e infundado informando "livianamente" que se ratificaba lo actuado en oportunidad de la toma del examen como asimismo de su corrección y puntaje, pero omitiendo todo lo requerido; que esta situación le genera un grave menoscabo en los derechos e intereses al desconocer los motivos por los cuales se le ordenó desestimarla de la etapa técnica del proceso, atento a la respuesta infundada e inmotivada obtenida por parte del jurado. Reitera que la Administración, en un claro abuso de facultades discrecionales y privativas, le ha postergado su derecho a la carrera administrativa, igualdad de oportunidades e idoneidad para el ingreso y ascenso en la estructura orgánica funcional de la jurisdicción ministerial. Sostiene que se configura una clara intencionalidad en "digitar" el nombramiento de una persona distinta en el cargo de referencia; que el proceso concursal convocado por resolución 156 se encuentra teñido de suspicacias en clara contravención a los principios de transparencia, legalidad, objetividad, buena fe que debe imperar en todo procedimiento de selección; e invoca la configuración de un supuesto de desviación de poder. Advierte que demostró ante la Administración y de acuerdo a los antecedentes académicos, laborales y profesionales, un alto grado de idoneidad para el ejercicio del cargo aspirado; que registra más de 26 años de antigüedad en la carrera administrativa; y que siempre se desempeñó con total dedicación y contracción al trabajo, sin registrar sanciones ni sumarios administrativos. Agrega que mediante resolución 308/12 se ordenó asignarle funciones en reemplazo de la Directora General de Despacho ante eventuales ausencias, lo cual no hace más que acreditar que registra antecedentes de desempeño del cargo concursado; y que, por otra parte, revistió el carácter de Secretaria de la Dirección General de Despacho. Menciona sus antecedentes académicos; destaca que se configuró un patente y manifiesto vicio de ilegitimidad en todas las etapas del concurso, en virtud de la falta de motivación de las decisiones. Señala que, con cita jurisprudencia de la Corte nacional ("Schnaiderman", Fallos 331:735), aunque se considere que la potestad ejercida es discrecional, aun así el acto administrativo consecuente debe igualmente reunir los elementos esenciales que hacen a su validez; en lo que ahora interesa, los elementos causa y forma (comprensivo de los procedimientos previos y la motivación). Asimismo, aduce que el acta n° V por la cual se ratifica su desestimación en el concurso no sólo adolece de graves vicios de ilegitimidad por falta de motivación, sino que ello implica en el plano fáctico, una grave violación de igualdad ante la ley y de oportunidades en el acceso a los cargos, con claro perjuicio al derecho a la carrera administrativa; y cita doctrina y jurisprudencia al respecto. Solicita, en suma, se haga lugar al pedido cautelar, con costas. 2. Corrida la vista pertinente (f. 66), la demandada la contesta con expreso pedido de rechazo e imposición de costas (fs. 78/86 vto.). Luego de describir los antecedentes de la causa; y de señalar los requisitos que impone la ley 11.330 para el despacho de una medida cautelar contra la Administración; afirma que la reclamante no acreditó ni peligro en la demora ni daño inminente. Al efecto, advierte que la recurrente se limita a enunciar cuáles son los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la admisibilidad de las cautelares, pero sin determinar concretamente la producción y configuración de dichos requisitos al caso de autos. Que efectúa una consideración general de un probable e hipotético perjuicio, que eventualmente afectaría en forma directa y actual su carrera administrativa, perjudicándola en lo económico, personal y profesional, pero que de ninguna manera alcanza a constituir el estándar requerido por la ley para habilitar este proceso. Que las manifestaciones efectuadas en relación a que el trámite del concurso siguiera adelante no constituye peligro en la demora ni daño inminente, puesto que no son más que las lógicas consecuencias jurídicas del sistema de selección vigente al que se sometió voluntariamente y en el cual se encuentra legítimamente participando. Sostiene que, asimismo, tampoco puede ser atendida la pretensión interpuesta por lo menos dentro del examen preliminar y con los limitados alcances indagatorios que impone una cautelar, por no encontrarnos en presencia de un actuar administrativo que pueda ser calificado de manifiesta u ostensible ilegitimidad. Aduce que las irregularidades denunciadas resultan improcedentes y carecen de sustento jurídico; que la Administración llamó a concurso para cubrir el cargo mencionado, y que se desarrollaron con total normalidad los pasos establecidos por la norma reglamentaria, la que resulta legítima y ajustada a derecho y que ha sido aceptada por la recurrente al participar activamente del concurso. Alega que recibió la debida respuesta por parte del Jurado cuando solicitó que se informe el puntaje total y la discriminación por ítem y componentes de acuerdo a lo detallado por decreto 1729/09; que fue convocada por parte del jurado para analizar su examen, que luego de recibir las explicaciones pertinentes y analizándose pregunta por pregunta suscribió junto a los miembros del jurado el acta n° V (19.8.2015), en la cual se ratificó lo actuado en oportunidad de la toma del examen como asimismo su corrección y puntaje, en presencia de la actora, la que -reitera- firmó el acta junto al jurado. Por lo tanto, aclara que la recurrente no puede manifestar desconocer los motivos por los cuales se ordenó desestimarla de la etapa técnica del proceso concursal; que recibió respuesta a sus planteos en sede administrativa; que la presente medida cautelar no es más que la demostración de una mera disconformidad con lo resuelto; que resultan inaceptables sus consideraciones efectuadas respecto a que la decisión de desafectarla sería infundada y

carente de toda motivación; y que no ha existido de ningún modo un exceso de las facultades discrecionales y privativas del jurado de selección. Que no es cierto que no recibió resolución administrativa alguna del recurso de revocatoria con apelación en subsidio interpuesto; que a los fines de considerar el recurso, nuevamente se reunió el jurado, dándole respuesta a sus planteos en el acta n° VI, y se decidió rechazar todo lo manifestado. Aduce que, en cuanto al pedido de explicaciones del puntaje asignado a las respuestas, como asimismo del criterio evaluativo, dicho planteo fue atendido el 19.8.2015, donde la recurrente, junto al jurado, pudo recibir fundadamente las respuestas, lo que quedó demostrado con la suscripción de conformidad del acta n° V. En cuanto al pedido de comparación con los exámenes de los otros participantes, expresa que fue rechazado por ser manifiesta y evidentemente improcedente de acuerdo a la normativa reglamentaria. Asimismo, observa que el proceso concursal no ha concluido, motivo por el cual no se ha confeccionado un orden de mérito final y por tal motivo la vía recursiva establecida por el artículo 108 del decreto 1729/09 no se encuentra abierta. Agrega que las causales invocadas no se encuentran contempladas por la legislación; que la normativa "no hace ninguna mención a los criterios de evaluación o a la inoperancia o impericia o ineptitud del jurado, como lo manifiesta agraviantemente la recurrente, ya que en ese aspecto, el jurado se encuentra conformado por agentes y funcionarios en un todo de acuerdo a lo establecido en el art. 94 del decreto 1729/09 ". Que no quedan dudas que la Administración ha obrado legítimamente, dando respuesta a cada una de las instancias del concurso, garantizando la transparencia del mismo y atendiendo cada uno de los planteos efectuados por la recurrente desde el mismo inicio del concurso. Expresa que los precedentes jurisprudenciales de la Corte nacional invocados por la actora en absoluto se asemejan al presente caso; que no se evidencia vulneración al principio de igualdad de trato y que no ha existido irrazonabilidad de la decisión impugnada. Plantea la cuestión constitucional local y federal y solicita que, en síntesis, se disponga el rechazo de la medida solicitada, con costas. II. En primer lugar, corresponde analizar la admisibilidad del planteo, efectuado autónomamente. Como es sabido, la admisibilidad de este tipo de pedidos exige la concurrencia de alguna circunstancia de la que pueda extraerse la posibilidad de que se produzca un perjuicio especial, ya en el peticionario, ya en otros intereses en juego; o -en todo caso- la concurrencia de una ilegitimidad tan manifiesta que por sí sola pudiese justificar la anticipada intervención del Tribunal ("Sejas", A. T. 3, pág. 439; "Ottinger", A. T. 4, pág. 279; "Caminos", A. T. 5, pág. 213; "Zalazar", A. T. 5, pág. 70; "Masin", A. y S. T. 1, pág. 32; "Giustozzi", A. y S. T. 10, pág. 35; "Cabral", A. y S. T. 18, pág. 106; "Vivas", A. y S. T. 19, pág. 346; "Firmani", A. y S. T. 20, pág. 224; "Ortiz", A. y S. T. 20, pág. 274; "Franco", A. y S. T. 22, pág. 242; "Boasso", A. y S. T. 22, pág. 387; "Rouzie", A. y S. T. 23, pág. 182; "Leiva", A. y S. T. 24, pág. 100; "Dere", A. y S. T. 24, pág. 278; "Villarreal", A. y S. T. 25, pág. 228; "Simoncini", A. y S. T. 25, pág. 275; "Espósito", A. y S. T. 25, pág. 374; "Thomas", A. y S. T. 26, pág. 270; "Zeballos", A. y S. T. 28, pág. 270; "Parodi", A. y S. T. 29, pág. 411; "Preti", A. y S. T. 30, pág. 408; "Leyva", A. y S. T. 32, pág. 189; "Di Napoli", A. y S. T. 32, pág. 292; "Golosetti", A. y S. T. 32, pág. 457; "TECSA", A. y S. T. 33, pág. 84; "Núñez", A. y S. T. 33, pág. 348; "Vicente", A. y S. T. 33, pág. 433; "Medina", A. y S. T. 34, pág. 228; "La Tostadense", A. y S. T. 34, pág. 297; "Hulpt", A. y S. T. 34, pág. 314; "Spretz", A. y S. T. 34, pág. 443; "Cosme", A. y S. T. 35, pág. 82; "Manias", A. y S. T. 38, pág. 492; "Luciano", A. y S. T. 40, pág. 243; "Ronchetti", A. y S. T. 43, pág. 492; "Mai", A. y S. T. 44, pág. 73; "Esser", A. y S. T. 44, pág. 319; etc.). A la luz de esos estrictos criterios -a los que in extenso corresponde remitir-, puede concluirse que no concurren en el caso circunstancias ni se advierten excepcionales razones que autoricen la intervención anticipada de este Tribunal. 2. Liminarmente se observa que la recurrente, que presentó este pedido cautelar el 23.9.2015 (f. 65 vto.), no se ha agravado de lo expresado por el jurado de concurso en el acta VI (celebrada el 9.9.2015; fs. 75/77) por la cual se rechazó el recurso de revocatoria con apelación en subsidio interpuesto contra -puede entenderse- el acta V; lo que tampoco hizo cuando la demandada la introdujo al contestar la vista corrida, a pesar de que, en las actuales circunstancias, su agravio resultarla también de ese acto administrativo expreso. 3. Mas, aun prescindiendo de esa circunstancia, no puede marginarse que lo debatido en autos supone una actividad de conocimiento en principio extraña al ámbito cautelar. En ese sentido, insistentemente se ha señalado que las cuestiones que se resuelven en la interpretación de hechos y la valoración de diversos elementos probatorios y normativos, exorbitan el limitado ámbito de conocimiento de estas cautelares (C.S.J.P.: "Marcelli", A. y S. T. 115, pág. 497; "Soria", A. y S. T. 139, pág. 271; "Ivalsa", A. y S. T. 160, pág. 318; "Barrionuevo", A. y S. T. 163, pág. 145; etc.; de esta Cámara: "Pérez", A. T. 1, pág. 210; "Guaita", A. T. 1, pág. 178; "Grande", A. T. 2, pág. 87; "Giordano", A. T. 2, pág. 437; "Veniselo", A. T. 3, pág. 197; "Cáceres", A. T. 3, pág. 260; etc.); y, asimismo -de especial interés para la causa-, que "Andruszczyszyn", A. y S. T. 15, pág. 412; "Callegaris", A. y S. T. 18, pág. 151; "Asociación", A. y S. T. 28, pág. 389; "Kaufmann", A. y S. T. 31, pág. 354; "Droguería Kellerhoff", A. y S. T. 31, pág. 425; "Paraná Medio", A. y S. T. 32, pág. 100; "Embotelladora del Atlántico", A. y S. T. 32, pág. 130; A. y S. T. 33, pág. 299; "Anconetani", A. y S. T. 39, pág. 422; "Ictícola Coronda", A. y S. T. 40, pág. 185; "Sastre", A. y S. T. 40, pág. 250; "Daguerre", A. y S. T. 42, pág. 337; "Gutiérrez", A. y S. T. 43, pág. 485; "Gorosito", A. y S. T. 46, pág. 83; entre muchos otros. En el sub iudice no se advierten razones que autoricen a apartarse de esos consolidados criterios. Por el contrario, el planteo supone establecer si prima facie concurre un caso de falta de motivación, como así también

de desigualdad de trato y de desviación de poder. Pues bien, en el caso, nada de ello puede extraerse en esta etapa cautelar. Efectivamente, en un examen liminar propio de esta instancia, se observa que el planteo referido a la ausencia de motivación marginaría lo expresado en la ya mencionada acta VI (fs. 75/77); como así también los óbices que -especialmente en esta instancia- se presentan en torno a las posibilidades del Tribunal de analizar el puntaje obtenido por la peticionaria. Sin perjuicio de lo afirmado por la Administración en torno a que "la vía recursiva [...] no está abierta", y que -por tanto- en la etapa oportuna la actora podría obtener mayores precisiones en torno a por qué fue calificada de ese modo, se observa prima facie que el rechazo de su postulación mediante las actas V y VI estaría sustentado en algo más que la mera y genérica invocación de una potestad discrecional, lo que permite distinguir al presente caso del considerado y resuelto en los invocados autos "Piersimoni" (A. y S. T. 29, pág. 122). En lo demás, y como reiteradamente lo ha recordado este Tribunal (por todos, "Villarreal", citado; "Naón", A. y S. T. 28, pág. 64, "Daguerre", citado), se señala que el vicio de desigualdad de trato resulta en principio extraño al ámbito cautelar, ya que su configuración normalmente "exige una especial labor interpretativa de las circunstancias objetivas y subjetivas que se comprueben en la causa" (C.S.J.P.: criterio de "Club Atlético Huracán", A. y S. T. 148 pág. 143; "Ventura", A. y S. T. 157, pág. 30; etc.; de esta Cámara: "Pinget", A. T. 3, pág. 45; "Ercole", A. T. 7, pág. 434; "Alarcón", A. y S. T. 4, pág. 490; "Giustozzi", citado; etc.); en especial, si se atiende a que la eventual identidad postulada no vincula automáticamente al Tribunal, "el que debe pronunciarse conforme a derecho respecto de la pretensión ejercida" (C.S.J.P.: "Perrone", A. y S. T. 142, pág. 51; entre otros; de esta Cámara: por todos, "Aimar", S. T. 3, pág. 134). Y a igual conclusión corresponde arribar en torno al vicio de desviación de poder, en punto al cual se ha considerado que "exige un mayor esfuerzo probatorio, pues no es común que surja del propio acto impugnado, sino de éste en su confrontación con otros elementos de prueba..." (C.S.J.P.: "Solís", A. y S. T. 137, pág. 167; "Carrasco", A. y S. T. 139, pág. 183; etc.); razón por la cual, tanto la Corte local ("Mendoza", A. y S. T. 136, pág. 431; "Basso", A. y S. T. 137, pág. 349; "Federación de Básquetbol de la Provincia de Santa Fe", A. y S. T. 138, pág. 33; "Baigorria", A. y S. T. 139, pág. 481; "D'Angelis", A. y S. T. 140, pág. 493; "Avendaño", A. y S. T. 141, pág. 188; "Sud Rosario", A. y S. T. 149, pág. 51; "Jullier", A. y S. T. 158, pág. 399; etc.), como esta Cámara ("Ramos", A. T. 4, pág. 52; "Cuellar", A. T. 5, pág. 403; "Martínez", A. y S. T. 12, pág. 36; "Oviedo", A. y S. T. 20, pág. 470; "Biancucci", A. y S. T. 27, pág. 76; "Naón", citado; "Medina", citado; etc.), han rechazado pedidos cautelares fundados en el mencionado vicio. Corresponde, pues, rechazar el pedido autónomo de tutela cautelar; con costas. Por lo tanto, la Cámara de lo Contencioso Administrativo N° 1 -integrada- RESUELVE: Rechazar, con costas, el pedido autónomo de tutela cautelar. Regístrese y hágase saber. Fdo. LISA. PALACIOS. VARGAS (art. 26, ley 10.160). Di Mari (Sec.)

Nota: (*) Sumarios elaborados por Juris online.

006167E