

UN ACERCAMIENTO AL PROCEDIMIENTO RECURSIVO EN EL ESTATUTO DEL DOCENTE DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (ORDENANZA N° 40.593)

Nicolás DIANA

“No todo fin es una finalidad. El fin de la melodía no es su finalidad; pero, a pesar de esto, si la melodía no alcanza su fin, no consigue su finalidad. Un símbolo”.

Friedrich NIETZSCHE, “El fin y la finalidad”¹

SUMARIO. I. La educación pública de gestión estatal en números.- II. La organización administrativa del sistema educativo de gestión estatal.- III. El procedimiento administrativo en la Ciudad de Buenos Aires.- IV. El Capítulo XX del ED (ordenanza n° 40.593). 1. Preliminar. 2. Los recursos administrativos en la ordenanza n° 40.593. 2.1. ¿Contra qué actos proceden los recursos del ED? 2.2. Legitimación y formalidades 2.3. Los concursos y los recursos administrativos y judiciales. 3. Los recursos en particular. 3.1. Rectificación de puntaje. 3.2. Recurso de reconsideración o reposición. 3.3. Recurso de apelación. 3.4. Recurso jerárquico. 3.5. Recurso de revisión contra actos sancionatorios dictados en el marco de un sumario administrativo.-V. Normas de la LPACABA aplicables en materia recursiva.- VI. ¿Qué sucede con los recursos no regulados en el ED, pero sí en la LPACABA? 1. Recurso de revisión. 2. Recurso de reconsideración contra decisiones definitivas. 3. Otros remedios procedimentales. 3.1. Rectificación de errores materiales. 3.2. Aclaratoria.- VII. Ideas finales.

El objeto del presente trabajo apunta a analizar los aspectos más importantes del Capítulo XX del Estatuto del docente (ordenanza n° 40.593), en contraposición con la ley de procedimientos administrativos de la Ciudad de Buenos Aires, intentando remarcar sus inconsistencias y ausencias como régimen recursivo especial.

Es decir, poner en duda si su *fin* es realmente una *finalidad* y, de tal modo, determinar si se encuentra *armónicamente* incluido en el sistema jurídico actual local.

¹ En *El viajero y su sombra*, Barcelona, Edicomunicación, 1994, p. 105.

I. LA EDUCACIÓN PÚBLICA DE GESTIÓN ESTATAL EN NÚMEROS

En el año 2004, según datos publicados por la entonces Secretaría de Educación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires – actual Ministerio de Educación –, concurrían a establecimientos oficiales de gestión estatal un total de 705.944 estudiantes ² a las 2680 unidades educativas, repartidos en 25.944 secciones, estando a cargo del proceso de enseñanza 50.385 cargos con más 415.420 horas cátedra de profesores y maestros de materias especiales ³.

Si ponderamos que la población total para la Ciudad de Buenos Aires, según el último censo de 2001 ⁴, es de 2.776.138 habitantes repartidos en 203 km², apreciamos con claridad una relación del 25,43% entre estudiantes y población local.

La importancia del sector educativo se aprecia no sólo desde el punto de vista estadístico sino también desde el aspecto presupuestario, donde cabe tener presente que durante el año 2007, de los \$ 9.394.776.000 del monto total asignado para gastos corrientes y de capital, unos \$ 2.450.397.346 se destinarán al funcionamiento del área, siendo el más alto por encima de salud; totalizando un 26,08 % del presupuesto ⁵.

Todo ello es demostrativo de la relevancia que posee la educación en el ámbito local, tanto en la gestión como en lo político institucional.

En lo atinente a la educación pública –de gestión estatal o privada–, no pasamos por alto que el Constituyente local se encargó de determinar claramente en el Libro Primero del Estatuto Organizativo –Capítulo Tercero– ⁶ los derechos y garantías que hacen a la educación pública, sea de gestión estatal o privada.

2 Preferimos la mención del destinatario más importante del proceso enseñanza-aprendizaje como *estudiante* y no como *alumno*. Esto es así, por el carácter peyorativo de este último vocablo, ya que nos presenta a una persona sin luz que será “iluminada” por el docente. En rigor de verdad, la luz del conocimiento se encuentra en cada persona en particular, el docente sólo es quien colabora para que cada uno la encuentre.

3 Panorama Educativo, GCBA – Secretaría de Educación, informe a abril de 2004, pp. 4-5.

4 Fuente: <http://www.indec.gov.ar>.

5 Cfr. ley 2180, planillas anexas (BOCBA 2594).

6 BOCBA 47. Aclaremos que la alusión a la Ley Fundamental local como “Estatuto Organizativo” no atiende a una cuestión peyorativa ni que desconoce

En el artículo 23 se dispone que la Ciudad reconoce y garantiza un sistema educativo inspirado en los principios de la libertad, la ética y la solidaridad, tendiente a un desarrollo integral de la persona en una sociedad justa y democrática; a lo que se agrega que “[a]segura la igualdad de oportunidades y posibilidades para el acceso, permanencia, reinserción y egreso del sistema educativo. Respeto el derecho individual de los educandos, de los padres o tutores, a la elección de la orientación educativa según sus convicciones y preferencias”.

Para después poner como cláusulas directamente operativas – cfr. artículo 10 EOCABA–⁷ a la promoción de la excelencia aca-

la autonomía local, sino que responde a la plena aplicación de lo establecido en el artículo 129 de la Constitución Nacional, máxime entendiendo que la Ciudad de Buenos Aires no es una provincia más, pero posee una relevancia histórica, política, económica, cultural y social insoslayable que llevó al reconocimiento por parte del Constituyente nacional de un especial estatus jurídico de su gobierno, aún no definido con claridad por la doctrina nacional. Lejos estamos de la discusión en este aspecto, por cuanto las instituciones viven por lo que son y representan, y no por lo que formalmente o bajo un *nomen juris* determinado quiera reconocérseles.

7 Se ha sostenido, pues, que “[e]n lo esencial, el artículo 10 dispone que en esa ciudad autónoma ‘Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Éstos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de la reglamentación y ésta no puede cercenarlos’. Desde una adecuada recepción de la regla de la supremacía constitucional, la norma fundamental de la Ciudad de Buenos Aires hace propias, además, de las que su propio texto consagra, a las normas surgentes de la Constitución Federal y los instrumentos internacionales que –en materia de derechos fundamentales– ratifique nuestra Nación [...] En consecuencia, cabe sostener que la norma fundamental de los ‘porteños’, ha consagrado en forma expresa a los derechos de la educación y la cultura como prerrogativas de los habitantes de la ciudad. Pero además, ha incluido en el Título Segundo de su Libro Primero, ciertas políticas especiales que indican a los Poderes Públicos que gobiernan y administran la ciudad, cuáles serán los diseños esenciales que deberán edificar para que las prerrogativas en cuestión puedan efectivamente desarrollarse en beneficio de sus habitantes. Pero cabe en este punto de nuestro desarrollo, preguntarse ¿cuál es la fuerza jurígena de estas ‘políticas especiales’? O, dicho de otro modo: ¿de qué forma obligan tales enunciados normativos? En realidad, este problema fue también planteado frente al diseño de la Constitución Española de 1978” (JIMÉNEZ, Eduardo Pablo, “Los derechos de la cultura y educación”, en AA.VV., Germán

démica y de políticas sociales que posibiliten la posibilidad de estudiar; el control sobre los lineamientos curriculares para cada uno de los niveles educativos, fijando que la educación tiene un carácter esencialmente nacional e integral culturalmente con especial referencia a la Ciudad.

El artículo 24, a su vez, determina que la Ciudad:

-*asume* la responsabilidad indelegable de asegurar y financiar la educación pública, estatal laica y gratuita en todos los niveles y modalidades, a partir de los cuarenta y cinco días de vida hasta el nivel superior, con carácter obligatorio desde el preescolar hasta completar diez años de escolaridad, o el período mayor que la legislación determine;

-*organiza* un sistema de educación administrado y fiscalizado por el Poder Ejecutivo que, conforme lo determine la ley de educación de la Ciudad, asegure la participación de la comunidad y la democratización en la toma de decisiones;

-*crea y reconoce*, bajo su dependencia, institutos educativos con capacidad de otorgar títulos académicos y habilitantes en todos los niveles;

-*se responsabiliza* por la formación y perfeccionamiento de los docentes para asegurar su idoneidad y garantizar su jerarquización profesional y una retribución acorde con su función social;

-*garantiza* el derecho de las personas con necesidades especiales a educarse y ejercer tareas docentes, promoviendo su integración en todos los niveles y modalidades del sistema;

BIDART CAMPOS – Andrés GIL DOMÍNGUEZ (directores), *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 269).

Por su parte, María Angélica GELLI pone en evidencia que en la Convención Estatuyente local, “[e]n el tratamiento de este tema afloraron viejos prejuicios acerca del alcance de la libertad de enseñar y aprender de particulares y asociaciones, imponiendo la regulación estatal a esa enseñanza (art. 25). Al caracterizar la educación pública de gestión estatal como laica y gratuita se optó por una posición valorativa prescindente de la dimensión religiosa de las personas. La Ciudad Autónoma, pues, no asume obligación de ningún tipo en el punto, aunque no olvida múltiples dimensiones humanas educables” (*Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, 2ª ed. amp. y act., Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 889).

-fomenta la vinculación de la educación con el sistema productivo, capacitando para la inserción y reinserción laboral. Tiende a formar personas con conciencia crítica y capacidad de respuesta ante los cambios científicos, tecnológicos y productivos;

-contempla la perspectiva de género, e

-incorpora programas en materia de derechos humanos y educación sexual.

El artículo 25 establece que las personas privadas y públicas no estatales que prestan servicio educativo se sujetan a las pautas generales establecidas por el Estado, que acredita, evalúa, regula y controla su gestión, de modo indelegable. La Ciudad puede realizar aportes al funcionamiento de establecimientos privados de enseñanza, de acuerdo con los criterios que fije la ley, dando prioridad a las instituciones que reciban a los alumnos de menores recursos; y que “[l]as partidas del presupuesto destinadas a educación no pueden ser orientadas a fines distintos a los que fueron asignadas”.

A todo este conglomerado normativo debemos agregarle que, de conformidad a lo dispuesto en la ley n° 898 ⁸, la educación es obligatoria en este ámbito local hasta la finalización del nivel medio, en todas sus modalidades y orientaciones, desde los cinco años de edad y se extiende como mínimo hasta completar los trece años de escolaridad (art. 1°).

Debiendo el Poder Ejecutivo local adecuar progresivamente, con plazo de vencimiento este año (2007), los servicios educativos necesarios para la extensión de la educación obligatoria, adaptando e incrementando la infraestructura escolar y proveyendo los equipamientos requeridos para garantizar su efectivo cumplimiento (art. 2°).

II. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL SISTEMA EDUCATIVO DE GESTIÓN ESTATAL

Recordamos que la administración pública centralizada local, se encuentra organizada por la ley n° 1295 ⁹, que pone el despa-

8 BOCBA 1542.

9 BOCBA 2404.

cho de los negocios del Estado a cargo de once ministerios: Gobierno, Hacienda, Salud, Educación, Cultura, Derechos Humanos y Sociales, Producción, Gestión Pública y Descentralización, Espacio Público, Planeamiento y Obras Públicas y Medio Ambiente.

Asimismo, según el artículo 18 de dicha norma, le corresponde al Ministerio de Educación asistir al Jefe de Gobierno en todo lo inherente a sus competencias, “de acuerdo con los objetivos que se enuncian a continuación:

a) Diseñar, promover, implementar y evaluar las políticas y programas educativos que conformen un sistema educativo único e integrado a fin de contribuir al desarrollo individual y social de la comunidad.

b) Administrar y fiscalizar el sistema de educación asegurando la educación pública estatal laica y gratuita en todos los niveles y modalidades, a partir de los cuarenta y cinco días de vida, y con carácter obligatorio desde los 5 años hasta el nivel superior.

c) Definir políticas de articulación con el nivel de educación superior universitaria, estatal y privada.

d) Planificar y administrar los recursos del sistema educativo del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

e) Asegurar la formación y jerarquización profesional del personal docente.

f) Ejercer la autoridad de reconocimiento de institutos educativos con capacidad de otorgar títulos académicos y habilitantes en todos los niveles.

g) Supervisar y garantizar el aporte estatal a la educación pública de gestión privada que posibilite a los alumnos, padres y/o tutores la libertad de enseñanza”.

Resulta casi innecesario, frente a lo señalado, resaltar que el sistema educativo de la Ciudad de Buenos Aires es por demás complejo no sólo desde el punto de vista pedagógico ¹⁰, sino también presupuestario y asimismo desde el aspecto laboral.

¹⁰ Integrada por nueve áreas de la educación: inicial, primaria, especial, adultos y adolescentes, media y técnica, superior, servicios profesionales, artística y materias especiales; sumada a la Dirección General de Educación de Gestión Privada que tiene a su cargo la supervisión y coordinación de los establecimientos educativos de gestión privada incorporados y adscriptos a la enseñanza

Por ello, con anterioridad al reconocimiento de la autonomía de la Ciudad ¹¹, el entonces Concejo Deliberante aprobó en una norma distinta al régimen laboral general de la administración municipal ¹² el Estatuto del docente ¹³—en adelante “ED”— pensado inicialmente para las áreas de educación inicial, primaria, curricular de materias especiales, posprimaria y especial.

Es casi una verdad de Perogrullo que el crecimiento del sistema educativo de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires ¹⁴, desde el año 1985 en adelante excedió con creces el modelo estatutario pensado para otra realidad de la enseñanza, ello, favorecido principalmente por las distintas leyes de transferencia de servicios educativos desde jurisdicción nacional a las provincias y a la Ciudad ¹⁵, como también por los procesos migratorios desde y hacia el conurbano bonaerense.

Frente a esta realidad vinculada con el carácter esencialmente dinámico de la educación pública de gestión estatal, el texto original del ED y su reglamentación ¹⁶ se mostraron insuficientes a los pocos años de su sanción y dictado, respectivamente, motivando su continua y permanente modificación, quedando en la actualidad un régimen especial de empleo conformado por una estructura cuya nota característica es el “parche” normativo, como práctica habitual de respuesta del legislador y del Ejecutivo ¹⁷.

oficial. Téngase en cuenta que en los establecimientos educativos de la Ciudad de Buenos Aires acuden niños desde los cuarenta y cinco días hasta adultos, en los distintos niveles (inicial, primario, medio, técnico, superior y adultos, además del área de educación no formal) que se integran en las citadas áreas en un entramado difícil de comprender y aceptar hasta para los propios docentes.

11 Artículo 129 de la Constitución Nacional, reformada en 1994; v. también disposición transitoria séptima y ley n° 24.588.

12 Ordenanza n° 40.401 (BM 17.489).

13 Ordenanza n° 40.593 (BM 17.590); que derogó, a su vez, la ordenanza n° 35.234, anterior Estatuto del Docente Municipal (ADLA 1980-C, 3026; t.o. 1983, ordenanza 38.962, ADLA 1983- B, 1827).

14 La ordenanza n° 36.432, a su vez con anterioridad había aprobado el Estatuto del Docente Municipal para Áreas de Enseñanza Específica (especial; formación artística; formación técnica y para la salud).

15 En especial, la ley n° 24.049 (BO 7-01-92).

16 Texto original aprobado por decreto n° 611/86 (BM 17.744).

17 Baste para ello, tomar las modificaciones de la ordenanza n° 40.593, por las ordenanzas nros.: 35.234, 38.962, 40.600, 40.750, 41.460, 41.941, 42.385,

En este marco, entendemos que se favorece no sólo la inseguridad jurídica permanente por parte de colectivo de trabajadores sino la existencia de un cuerpo homogéneo y compacto de normas que regulan la actividad docente y la organización del sistema educativo público. Inseguridad que se agrava por la ausencia de un texto ordenado y actualizado del ED, que adecue lo allí normado a la realidad institucional de la Ciudad de Buenos Aires ¹⁸.

42.554, 44.874, 44.879, 45.979, 46.010, 46.955, 47.376, 48.454, 49.070, 50.224, 51.087, 52.136, 52.170, 52.188 y 52.191; y por las leyes nros.: 39, 2270, 2185, 2254, 2137, 1908, 668, 1696, 2136, 2141, 1162, 1645, 315, 1462, 855, 475, 301, 420, 803, 1187, 1389 y 1920.

Como también las efectuadas al decreto n° 611/86, por los decretos nros.: 913/00 (determina que las situaciones previstas en el art. 11 se regirán de acuerdo a lo dispuesto en el art. 22 del dec. 611/86); 266/06 (incorpora el inc. e] al art. 6 del anexo I del dec. 611/86); 272/06 (modifica el art. 78 del anexo I del dec. 611/86); 1769/06 (modifica la reglamentación del art. 13 del dec. 611/86); 145/01 (modifica el punto b] del apartado III de la reglamentación del artículo 66 del dto. 611/86); 320/03 (modifica la reglamentación del art. 66 del dec. 611/86); 331/95; 308/02 (modifica el apartado II, acápite D, punto 4); 371/01 (modifica el art. 17); 1908/06 (suprime último párrafo, inc b] y modifica inc. f], art 14, del dec. 611/86; suprime máximo de 23 horas semanales y establece plazo para la acreditación de capacidad psicofísica, respectivamente); 1889/06 (modifica dec. 1889/06 art. 25 del anexo I cargos de ascenso docente); 2299/98; 747/98 (modifica el dec. 611/86 en lo referente a la reglamentación de los siguientes artículos de la ordenanza n° 40.593: 4, 7, 15, 18, 22, 27, 28, 31, 32, 66, 67, 70, 73 y 74); 277/06 (modifica el art. 26 del anexo I del dec. 611/86); 307/02; 1746/98 (sustituye el punto 8 del incs. a] y b], acápite C, del art. 17 del dec. 611/86); 828/93; 1929/04; 1589/02 (incorpora reglamentación del inc. h) art. 3º-Servicios Profesionales- de la ord. n° 40.593); 923/97 (art. 10-ap. VIII, incorpora incisos k] m] n] y modifica los incisos e] f] g] h] i] y j]); 356/ 04 (modifica la reglamentación del art. 20); 1746/98 (incorpora el punto 9 al incs. a] y b], del acápite C de la reglamentación del art. 17).

18 Durante los años 2004 y 2005, tuvimos la posibilidad de participar en el Subproyecto de Normatización de la Secretaría de Educación del GCBA, financiado con el Crédito BID OC-R 1107/99; teniendo como uno de los resultados alcanzados la publicación de un texto ordenado no oficial del Estatuto del Docente. Señalamos entonces en la "Nota Preliminar", entre otras cosas, que "[l]a transferencia de los distintos servicios educativos, el reconocimiento de un nuevo estatus jurídico de nuestra ciudad y la constante y continua modificación de un texto sancionado hacia 1985 influyeron en la ausencia de una publicación oficial que incorporara todas esas circunstancias" (Estatuto del Docente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Secretaría de Educación-GCBA, 2005, p. 6; participaron en dicho proyecto los doctores: Susana PETTRI, directora del proyec-

Esta misma problemática se evidencia en el funcionamiento y organización, en particular, de los establecimientos educativos correspondientes al área de educación media y técnica y superior, los que mantienen reglamentos nacionales ante el vacío local, pero que también se rigen en el último de los casos por normas nacionales (vgr. leyes 24.195 y 24.521).

No obstante ello, la ordenanza n° 40.593 regula principalmente qué se entiende por docente, sus deberes y derechos; las áreas de la educación de gestión estatal; los distintos escalafones según cada una de ellas; la intervención y competencia de las juntas de clasificación, la junta electoral y la junta de disciplina; la carrera (concursos de ingreso y ascenso), la estabilidad, disponibilidad, permutas, traslados, interinatos, suplencias y readmisiones; el régimen disciplinario; un procedimiento recursivo especial; el régimen de licencias y de compatibilidades y el sistema de perfeccionamiento y capacitación permanente.

Es útil tener en cuenta que el artículo 1° del ED, considera docente –a todos los efectos– con sujeción a normas pedagógicas y reglamentarias de dicha norma, “a quien imparte, guía, supervisa, orienta y asiste técnica y profesionalmente a la educación, así como a quien colabora directamente en esas funciones”.

Esto porque para la aplicación de dichas normas estatutarias, por más que se encuentre vinculado laboralmente con el Ministerio de Educación local, el agente tiene que encontrarse abarcado por la definición transcripta. Vemos así que en el ámbito de este departamento de gobierno coexisten al menos dos regímenes laborales distintos: el general, aprobado por la ley n° 471, derogatorio del anterior normado por la ordenanza n° 40.401; y el especial, de la ordenanza n° 40.593.

Asimismo, no nos pasa desapercibido que la ley n° 471¹⁹, a través de sus artículos 5° y 66, dispone que los estatutos particu-

to; Guillermo E. MAYO, coordinador; Nicolás DIANA, subcoordinador del proyecto y coordinador de aspectos normativos; Juan ERBIN, Elizabeth PAZ, Gonzalo KODELIA, Germán ALBERTI, Wanda FRAGALE, Héctor ÁLVAREZ, Hernán LAINO, Gabriel GOLDBERG, Carolina CLAVERO, Marcelo GARCÍA DÍAZ y la lic. Bárbara PANICO, todos ellos como colaboradores).

19 BOCBA 1026.

lares mantendrán su vigencia hasta tanto las partes celebren un convenio colectivo de trabajo, estableciendo que la reglamentación proveerá de un marco regulatorio específico para la negociación colectiva de los trabajadores comprendidos en dichos estatutos.

Lo cierto es que, por lo menos hasta el momento en que se escribe el presente, la negociación colectiva no ha abarcado la reformulación de los aspectos propios de la relación de empleo docente, circunscripto –las más de las veces– a la discusión salarial, relevando ese debate sectorial a la voluntad de los poderes Legislativo y Ejecutivo ²⁰.

III. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

No es el objetivo del presente trabajo comentar el procedimiento administrativo local, sino analizar en particular los recursos regulados en el ED como un régimen especial frente a la ley de procedimientos administrativos aprobada por el decreto de necesidad y urgencia n° 1510/97 ²¹, en adelante LPACABA y también como norma especial de empleo público frente a la ley n° 471.

Ello no es obstáculo para indicar que entendemos al procedimiento administrativo “como la parte del Derecho Administrativo que estudia las reglas y principios *que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa*”.

“En consecuencia, estudia la participación y *defensa* del interesado [...] en todas las etapas de la preparación de la voluntad administrativa, y desde luego, cómo debe ser la tramitación administrativa en todo lo que se refiere a la participación e intervención de dichos interesados” y también “la defensa de los interesados, y como lógica secuencia de ello la impugnación de los

20 Es en la Legislatura y en el Ejecutivo donde se determinan y regulan las condiciones laborales docentes, favorecido quizás por alta diversificación de gremios que tutelan los intereses de estos trabajadores, según las áreas e incumbencias profesionales, según sean “históricos” (municipales) o “transferidos”.

21 BOCBA 310; ratificado luego por resolución legislativa n° 41/98 (BOCBA 454).

actos y procedimientos administrativos por parte de éstos; se ocupa pues de los recursos, reclamaciones y denuncias administrativas: sus condiciones formales de procedencia, el trámite que debe dárseles, los problemas que su tramitación puede originar y cómo y por quién deben ser resueltos; pero no estudia cómo deben ser resueltos los problemas de fondo de dichos recursos, etc., puedan plantear, salvo que estén íntimamente ligados a un problema procedimental”²².

Es de apreciar que el artículo 1° de la LPACABA establece que sus disposiciones se aplicarán a la administración pública centralizada, desconcentrada y descentralizada y a los órganos legislativo y judicial de la Ciudad de Buenos Aires, en ejercicio de función administrativa; también a los entes públicos no estatales en cuanto ejerzan potestades públicas otorgadas por leyes de la Ciudad de Buenos Aires, dejando de lado la bizantina discusión sobre si la función administrativa²³ podía ejecutarse por otros órganos del Estado que no se encontraran dentro de la administración pública (centralizada-descentralizada).

Ahora bien, la LPACABA se encuentra ordenada en cinco títulos:

- I. Principios generales;*
- II. El acto administrativo;*
- III. El procedimiento administrativo;*
- IV. Recursos administrativos, y*
- V. Normas procesales supletorias.*

Dentro del título III, a su vez, se incluyen nueve capítulos: I. Principios generales; II. Expediente; III. Escritos; IV. Personería; V. Vistas; VI. Notificaciones; VII. Prueba; VIII. Alegatos y IX. Contingencias finales.

Como puede observarse en su texto y de los fundamentos detallados al tiempo de ser aprobada por el ejecutivo local, “se trata de un cuerpo sistemático de normas destinadas a regir el cauce

22 GORDILLO, Agustín A., *Procedimiento y recursos administrativos*, 2ª ed., Buenos Aires, Macchi, 1971, pp. 48-49.

23 Aceptando como tal “toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los actos y hechos materiales legislativos y jurisdiccionales.” (GORDILLO, Agustín A., *Introducción al derecho administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, pp. 83-100).

formal de una de las funciones del Estado que se materializa, al decir de la doctrina especializada, en una serie de actos y recaudos de los órganos estatales conducentes, como fin primordial, al dictado de un acto administrativo”.

Fue así que, “[s]obre la base de que el procedimiento administrativo también debe llevar por fin la posibilidad de que la administración revea sus decisiones con la colaboración del particular, evitando con ello, de ser posible, una confrontación en sede judicial, además -claro está- del cumplimiento de sus fines esenciales. Se ha guardado especial cuidado en compatibilizar el procedimiento administrativo en los términos acuñados por la Corte Suprema de Justicia a través de la consagración, como principio cardinal del procedimiento, del ‘debido proceso adjetivo’, emergente dogmático del derecho de defensa en juicio (Art. 18, C.N.)”.

Destacando más adelante que “el sistema que inspira y subyace en el anteproyecto que se propicia reconoce un valioso antecedente, de insoslayable consideración, cual es el que proporciona la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, con sus distintas modificaciones y demás normas reglamentarias, la última de ellas, de modo integral, mediante el texto ordenado por Decreto N° 1883-91, sin perjuicio de las demás normas de procedimiento, con análogo contenido, llamadas a regir en los distintos ámbitos provinciales [...] en cuanto constituye un aporte de incuestionable gravitación en esta normativa”.

Pero en la tarea de elaboración normativa, se indicó que “a fin de atender a la índole de la materia adjetiva implicada, el sistema así delineado ha debido de armonizar, naturalmente, con las normas proyectadas del citado Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires y, de modo subsidiario, en lo que fuere pertinente, con las disposiciones contenidas en la aún subsistente Ley N° 19.987 y la Ordenanza N° 33.264”.

Nótese, pues, que se tomó como un principio rector del proyecto de decreto de necesidad y urgencia aprobado, *constituir un instrumento de gobierno y de control, en donde asegurar el ejercicio del poder y la adopción de las medidas necesarias y conducentes a la pronta y eficaz satisfacción del interés general, por los carriles de la seguridad y la legalidad, como garantía de los derechos de los particulares, por las vías recursivas.*

Ello, es evidente, a la luz del actual estatus constitucional consagrado en la cláusula autonómica del artículo 129 de la Ley Fundamental de la Nación y con expreso sustento constitucional en la cláusula décimo segunda, inciso 2), de las llamadas Cláusulas Transitorias del Estatuto Organizativo de la Ciudad de Buenos Aires.

Entendemos que el tema sujeto a debate no se vincula con la parte general del ordenamiento procedimental local, sino el modo en que la ordenanza n° 40.593 se inserta frente a aquél, con el dato para nada irrelevante de que fue pensada para otra realidad institucional y jurídica y que no es la actual. Es decir que el ED se inserta en una dinámica política y jurídica que no es la ponderada –en principio– por la LPACABA, en especial su Capítulo XX.

Esto, con un detalle por demás relevante, cual es que si bien el Ejecutivo local “tomó” en gran medida lo establecido en el decreto-ley n° 19.549/72 y en el decreto n° 1759/72 (t.o. 1991), junto a distintos criterios jurisprudenciales y doctrinarios que enriquecen y complementan sus términos, el decreto n° 1510/97 no tiene como la primera de sus normas un artículo que haga referencia a *procedimientos especiales*²⁴.

Nada se dijo al tiempo del dictado de la LPACABA sobre lo atinente a otros trámites reglados en ordenanzas o decretos vigentes antes de su vigencia. Aún cuando no aceptemos la idea de que el Capítulo XX del ED conforma un procedimiento especial autónomo, por cuanto regula en rasgos generales similares recursos a los establecidos en la LPACABA, el concejal municipal tuvo en consideración las particularidades de los sistemas de concursos (vgr. *recurso de rectificación de puntaje*), como también la gran desagregación y desconcentración del sistema (vgr. *recurso de apelación*).

24 Nos referimos al artículo 2° del decreto-ley n° 19.549/72, que establece: “*Procedimientos especiales excluidos*. Dentro del plazo de ciento veinte días, computado a partir de la vigencia de las normas procesales a que se refiere el art. 1°, el Poder Ejecutivo determinará cuáles serán los procedimientos especiales actualmente aplicables que continuarán vigentes [...]”. Ver, en tal sentido, GORDILLO, Agustín A./DANIELE, Mabel (directores), *Procedimiento Administrativo. Decreto ley 19.549/72 y normas complementaria-Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentados y concordados*, 2ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2006, p. 67 y ss.

Frente a este aparente vacío, debemos aplicar los principios relacionados a que la norma especial deroga la general, aunque sea anterior, y a que la ley posterior a la ley anterior, es decir: *lex posteriori generalis non derogat priori special – lex specialis derogat generali*. Sin embargo, la mera operatividad de estos principios no colabora por sí sola para el caso particular de quienes *padecen* el periplo de acudir a los recursos normados en el ED en procura de la revisión administrativa, menos todavía cuando el texto estatutario no es autosuficiente y necesita ser, a todas luces, complementado por la norma general.

Recordamos, pues, que “para juzgar entre dos normas jurídicas sobre su generalidad y su especialidad, debemos atender a la materia, primeramente, y posteriormente al tema específico de regulación”²⁵.

La idea de justicia, ínsita en la verdad material, y la concepción del principio de legalidad como continente y contenido de la actividad administrativa²⁶, colaboran en la tarea del hermeneuta y del operador jurídico –dentro y fuera de la Administración– al momento de determinar cómo rige el procedimiento (docente) en el caso particular ante tantas ausencias y silencios.

Se ha expresado al respecto, con mención a distintos dictámenes de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires, que frecuentemente este órgano constitucional ha dictaminado que deben reencauzarse los recursos presentados como del régimen general hacia un régimen particular, como modo de solución al problema que de alguna forma aquí se tratará²⁷.

25 LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *Técnica Legislativa*, México, Mc Graw-Hill, 2002, p. 61.

26 Se ha expresado con agudeza, que “[n]adie discute hoy que la esencia misma del Estado de Derecho supone el pleno sometimiento de éste al ordenamiento jurídico previamente establecido. La recepción del principio de legalidad implica no sólo la obligación de sujetar la conducta estatal a tal ordenamiento sino también la necesidad que toda posible violación al derecho sea susceptible de revisión o impugnación [...] La actividad estatal debe, en consecuencia, en todo Estado de Derecho, estar efectivamente fiscalizada” (REJTMAN FARAH, Mario, “Impugnación judicial de la actividad administrativa”, Bs. As., La Ley, 2000, p. 1).

27 ROTA, Patricia A., “Los recursos administrativos en la Ciudad de Buenos Aires”, en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Derecho Administrativo. Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, Año 18, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, p. 661. Allí se cita, para el caso del ED, el dictamen 17.281 del 19/5/2003.

Pero, lo inconexo, ambiguo y prehistórico del sistema recursivo del ED por cuanto no se integra a la realidad organizacional y funcional del Ministerio de Educación local como tampoco a la LPACABA y, principalmente, al Estatuto Organizativo, no nos permite adoptar esa posición como la correcta en un respeto por las garantías y derechos de los administrados, a la postre docentes.

IV. EL CAPÍTULO XX DEL ED (ORDENANZA N° 40.593)

1. *Preliminar*

Como ya se dijo más arriba, lo central de este trabajo dentro del marco de la exposición que se pretende, transcurre bajo este título, dejando aclarado que las referencias a la LPACABA lo serán al comentar las normas del ED.

Asimismo, no se intenta –de ninguna manera– agotar la crítica, sólo dejar en claro las dudas que nos merece en especial este capítulo del ED.

Lo esencial del comentario que se realiza y su importancia, radica en que a través de la carrera de obstáculos normada en el ED y que se buscará describir en grandes rasgos, el docente agota la instancia administrativa y recién allí puede acudir a la vía judicial²⁸ en defensa de sus derechos cuando dirija su pretensión para que la Administración modifique, revoque o sustituya un acto dictado en cumplimiento de las normas estatutarias.

En lo que respecta a la vía reclamatoria, frente a la ausencia de regulación en el ED, se aplica en forma directa no sólo lo dispuesto en la LPACABA, sino lo normado en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aprobado por ley n° 189²⁹.

28 Para profundizar sobre lo atinente a la habilitación de la instancia en el ámbito local, ver: JUAN LIMA, Fernando, “Las condiciones de admisibilidad de la acción contencioso administrativa en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires”, LexisNexis del 14-8-2002; JA-2002-III, fasc. N° 7; FLAX, Gregorio A., “La razonabilidad de los recaudos extrínsecos de la ‘acción administrativa’ y su incidencia sobre el derecho a la jurisdicción: el caso ‘Ramsay’ y el agotamiento de la vía administrativa”, JA 2003-III-233.

29 Ver en tal sentido, el análisis efectuado en BALBÍN, Carlos F. (director), *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires*.

2. *Los recursos administrativos en la ordenanza n° 40.593*

Tal como se sostuvo más arriba, un exceso de normatización y la ausencia de un control eficaz sobre la existencia, contenido y alcance de las reglas, resulta ser un problema por demás relevante en lo que respecta a esta área de gobierno.

Tomamos como propio el concepto de recurso administrativo entendido como “una actividad de tipo correctivo, de tipo jurisdiccional, que se promueve a instancia de parte interesada contra un acto administrativo, con el objeto de mantener la juridicidad de la actividad de la administración, concurriendo, al mismo tiempo, a garantizar los derechos e intereses de los administrados” – en el caso, docentes–³⁰.

Así, se ha sostenido que “[v]ariados son los criterios esgrimidos para definir el concepto y alcance del recurso administrativo, pero clara es la importancia del rol que cumple dentro de la dinámica del procedimiento: contiene la intención, por parte de quien lo interpone, de obtener un pronunciamiento de la Administración que modifique el criterio expuesto en el dictado de un acto administrativo preexistente de alcance particular o general, según sea el caso, de modo tal de satisfacer la pretensión perseguida por el administrado en cuestión”³¹.

Téngase presente que dictado un acto administrativo, “a través del procedimiento correspondiente, el ordenamiento jurídico reconoce a sus destinatarios [en el caso, el personal docente] la posibilidad de impugnarlo, bien ante la propia Administración de quien el acto procede, bien ante un orden especializado de Tribunales, los integrantes de la jurisdicción contencioso-administrativa. Existe, pues, en principio, una duplicidad de recursos, administrativos y jurisdiccionales, una doble garantía a disposición de los administrados que se ven afectados en su persona o en su patrimonio por los actos administrativos”³².

Comentado y Concordado, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2003, pp. 45 y ss. Esto, es claro, aunque en el ámbito local la regla en materia reclamatoria no es el agotamiento de la vía como en el orden federal.

30 ESCOLA, Héctor Jorge, *Teoría General del Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1973, p. 259.

31 FLAX, Gregorio A., “La razonabilidad de los recaudos extrínsecos...”, cit. ...

32 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 9ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 525.

Es de interés considerar que la fuente más importante de la ordenanza n° 40.593, es el Estatuto del Docente Nacional, aprobado por la ley n° 14.473³³, pero dicha norma no agota la temática en cuestión, menos aun los aspectos pedagógicos de las distintas áreas, aunque podemos destacar que no posee un capítulo especial dedicado a *los recursos administrativos*.

El EOCABA en su Capítulo Tercero al tiempo de reconocer y garantizar un sistema educativo inspirado en los principios de la libertad, la ética y la solidaridad, que tienda al desarrollo integral de la persona en una sociedad justa y democrática, pone en cabeza de la Administración, en forma indelegable, la promoción del más alto nivel de calidad de la enseñanza y asegura políticas sociales complementarias que posibiliten el efectivo ejercicio de aquellos derechos.

En el camino hacia el cumplimiento de tan nobles objetivos deben respetarse distintos estadios básicos en lo que respecta a la organización y al funcionamiento del sistema como una unidad que se autorregula.

El Capítulo XX de la ordenanza 40.593, en su Acápito A), regula lo atinente a los recursos administrativos que se pueden interponer respecto de los actos que se dicten de conformidad a las normas del Estatuto del docente.

Recordamos entonces, que dentro de la carrera docente como derecho del agente sometido a estas normas estatutarias, se incluye también “la protección contra toda arbitrariedad del poder administrador; la estabilidad asegurada constitucionalmente nada será si sus derechos al cargo y a la carrera pueden desaparecer por medidas arbitrarias que impidan el derecho al ascenso, o al cambio de clase o grupo, o irroguen la pérdida total de su estado [...] Los recursos por reclamos, que es el amparo contra la arbitrariedad, disponen a favor del agente distintos remedios que ejerce en defensa de su estado de agente civil y en especial su derecho a la carrera. Estas vías instrumentan el derecho de defensa y podrían denominarse los recursos de protección del estado del agente, y podrá ejercerlas contra: a) Las calificaciones injustas; b) la interposición del recurso dentro de un plazo de cadu-

33 BO 27-9-58.

cidad; c) la presentación del recurso por escrito ante la autoridad contra cuya decisión se recurre; esta formalidad sirve para que pueda elevarse el reclamo y los actuados con la información respectiva; y d) fundamentar el reclamo acompañando la prueba que fuere necesaria”³⁴.

Aclaremos, pues, que debe entenderse por *reclamo administrativo*, “un instrumento para cuestionar el accionar administrativo que no configure actos administrativos”,³⁵ y cuyo contenido se identifique con una pretensión declarativa o constitutiva de derechos para el administrado, pero no dirigida contra un acto administrativo de alcance particular.

2.1. *¿Contra qué actos proceden los recursos del ED?*

El artículo 46 del ED establece que, “[l]os actos administrativos que se dicten por aplicación del presente estatuto, sean de alcance individual o general, podrán someterse a recursos en los casos y alcances que señala este capítulo. En caso de oscuridad, vacío, mala interpretación, controversias, se recurrirá a la ley nacional de procedimientos administrativos, aprobada por ley n° 19.549”³⁶.

Este artículo nos lleva al ámbito material del Capítulo XX, el que no distingue sobre distintos recursos contra actos de alcance particular o general, sino que abarca con idénticos remedios a ambos.

Entendemos que el artículo 91 de la LPACABA es mucho más claro y específico al respecto, al determinar que “[l]os actos administrativos de alcance individual, así como los de alcance gene-

34 FIORINI, Bartolomé A., *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1968, p. 592.

35 Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo (MONTI, Laura –colaboradora–), *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 440; quien agrega que también puede ser entendido como “un medio de impugnación directa de actos de alcance general”.

36 Destacamos, entonces, que en la ordenanza 40.593 se regla únicamente lo atinente a recursos a interponerse contra determinados actos de la Administración, sin aludir a los reclamos que puedan formularse contra ella, rigiendo subsidiariamente la ley de procedimientos administrativos local, aprobada por decreto n° 1510/97 (BOCBA n° 310).

ral, a los que la autoridad hubiere dado o comenzado a dar aplicación podrán ser impugnados por medio de recursos administrativos en los casos y con el alcance que se prevé en el presente título. El acto administrativo de alcance general al que no se le dé aplicación por medio de un acto de alcance particular, será impugnado por vía de reclamo. Los recursos podrán fundarse tanto en razones vinculadas a la legitimidad, como a la oportunidad, mérito o conveniencia del acto impugnado o al interés público”.

La discriminación para la impugnación de reglamentos por vía de recurso o reclamo, según se le haya dado aplicación o no, en realidad ordena mejor el trámite y solucionaría el problema del ED en cuanto a la obligación de atacar un reglamento necesariamente luego de su publicación, aun cuando no se le hubiera dado aplicación, con el consiguiente riesgo de que luego se oponga la extemporaneidad de la vía impetrada como argumento para la desestimación formal del recurso así incoado.

Así también, nos interesa analizar la última parte del artículo 46, en cuanto establece que “[e]n caso de oscuridad, vacío, mala interpretación, controversias, se recurrirá a la ley nacional de procedimientos administrativos, aprobada por ley n° 19.549”. No sólo la casuística es interesante, en especial la *mala interpretación*, sino lo desactualizado de la remisión.

Cabe preguntarse: ¿Cómo puede ser que hoy, año 2007, pasados casi diez años de la vigencia de la LPACABA, el legislador local todavía no ha podido actualizar este artículo, pero sí pudo modificar en reiteradas ocasiones otras normas atinentes a escalafones y concursos?

Sin perjuicio de la ironía, debemos entender como también lo hizo la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires que la referencia al decreto ley n° 19.549/72 lo es a la LPACABA.

Los problemas en cuanto a la técnica legislativa del artículo – nota particular que se observa en todo el ED– al referirse a *mala interpretación, controversias*, ameritan idéntico reproche.

2.2. Legitimación y formalidades

El artículo 47 del ED dispone en tal sentido que “[l]os recursos podrán ser deducidos por los *docentes* que aleguen un derecho subjetivo o un interés legítimo y se interpondrán dentro de los

plazos perentorios e improrrogables que se fijan por ante el superior jerárquico o ante la junta de clasificación respectiva, según corresponda. Los escritos deberán ser fundamentados en forma clara y concisa”.

Apreciamos, entonces, que sólo los *docentes*³⁷—cualquiera fuere su situación de revista— pueden promover el procedimiento recursivo en el marco del ED, circunscribiéndose la legitimación a quienes aleguen un derecho subjetivo o interés legítimo. Entendemos “alegar” como sinónimo de “invocar”, pero no basta la sola referencia al vínculo jurídico en que se funda la pretensión administrativa, sino que debe indicarse en dónde radica la afectación.

La existencia de plazos improrrogables y perentorios se condice con la calificación de la LPACABA en su artículo 22, inciso e), aunque la mención a que “se fijan por ante el superior jerárquico o ante la junta de clasificación” no resulta ser la expresión correcta, debido a que éstos están establecidos en el propio ED o en su reglamentación, no pudiendo ni el Ministerio de Educación ni tampoco las Juntas de Clasificación disponer otros distintos a los normativamente ya fijados.

En su confrontación con el artículo 92 de la LPACABA, observamos que este último dispone que “[l]os recursos administrativos podrán ser deducidos por quienes aleguen un derecho subjetivo o un interés legítimo. Los organismos administrativos subordinados por relación jerárquica no podrán recurrir los actos del superior, los agentes de la Administración podrán hacerlo en defensa de un derecho propio. Los entes autárquicos no podrán recurrir actos administrativos de otros de igual carácter ni de la Administración central, sin perjuicio de procurar al respecto un pronunciamiento del Ministro o Subsecretario en cuya esfera común actúen o del Jefe de Gobierno, según los casos”.

Si bien en el ámbito del Ministerio de Educación no existen entes autárquicos, la norma adquiere importancia mayúscula cuando órganos administrativos pero con formación esencialmente política (electiva) como lo son las Juntas de Clasificación, de Disciplina y Electoral no comparten el criterio sentado por la superioridad, ya que guiados por intereses que en algunos casos no se

37 Titulares, interinos y suplentes.

identifican con el interés general, pueden arribar a una decisión contraria al criterio adoptado por las autoridades gubernamentales.

Hacemos también notar que el ED no aclara demasiado con relación a las formalidades que deben reunir los recursos a incoarse por el personal docente, simplemente señala que deben fundarse clara y concisamente.

El artículo 96 de la LPACABA es más preciso al indicar que “[l]a presentación de los recursos administrativos deberá ajustarse a las formalidades y los recaudos previstos en los artículos 35 y siguientes, en lo que fuere pertinente, indicándose además, de manera concreta, la conducta o acto que el recurrente estimare como legítima para sus derechos o intereses. Podrá ampliarse la fundamentación de los recursos deducidos en término, en cualquier momento antes de la resolución. Advertida alguna deficiencia formal, el recurrente será intimado a subsanarla dentro del término perentorio que se le fije, bajo apercibimiento de desestimarse el recurso”.

Consideramos que esta norma tiene aplicación directa al trámite recursivo docente, por cuanto llena el vacío estatutario al respecto.

2.3. *Los concursos y los recursos administrativos y judiciales*

Los artículos 48 y 49 del ED, aluden a *los recursos interpuestos durante la tramitación de un concurso, los que tienen, en ambos casos, carácter no suspensivo*.

Así el artículo 48 dispone que “[c]uando un docente interponga recurso contra un acto o resolución dictado durante la tramitación de un concurso, dicho recurso no impedirá la prosecución de éste en todo aquello que no afecte, con carácter definitivo, la situación del recurrente. A tal efecto, el recurso se tramitará por separado, acompañado de copias autenticadas de las actuaciones a que se vincula. Si no se perjudica la prosecución del trámite, se podrán disponer los desgloses del caso”.

No obstante establecer que el trámite correrá por cuerda separada del principal, sea a través de copias certificadas o previo desglose, en caso de ser posible, la norma deja un bache importante al indicar que el carácter no suspensivo del recurso no im-

pedirá la continuación del concurso “*en todo aquello que no afecte, con carácter definitivo, la situación del recurrente*”.

En rigor de verdad, este supuesto es casi imposible de verificarse, porque la impugnación de un concurso, cualquiera sea su causa, mediando legitimación del sujeto, siempre lo será contra un acto que por haberlo excluido o mal posicionado dentro del listado que se trate, lo afectará –salvo algunas excepciones– en forma definitiva.

Esto así, porque el quedar excluido de un listado (de ingreso, ascenso, interinatos o suplencias) o el poseer una calificación baja, impedirá la designación del caso, porque se designará a otro postulante con mejor posición que él. Es decir, que el acto aunque sea interlocutorio en estos supuestos poseerá carácter expansivo en la cobertura de la vacante que se trate.

El artículo 49 del ED, a su tiempo, dispone que “[l]os recursos judiciales interpuestos contra un acto o resolución dictado en los concursos, cualquiera fuere su naturaleza, *no interrumpirán la sustanciación administrativa de los concursos mientras no se afecte, con carácter definitivo, la situación del recurrente*. A tal efecto se remitirá a los juzgados copia autenticada de las piezas que éste solicite” (énfasis agregado).

Esta prescripción merece idéntico parecer que el esbozado más arriba, con un aditamento que no puede pasar desapercibido al operador jurídico, ya que esta norma del ED está vedando al Poder Judicial interrumpir la sustanciación administrativa del concurso ³⁸, salvo cuando nuevamente exista afectación definitiva del recurrente.

De ello se colige que la solución es inversa a la pensada por el concejal local, es decir, que *los recursos judiciales tienen carácter suspensivo frente a los concursos* como principio, con excepción de que se pueda guardar la vacante o el cargo concursado por el recurrente, o exista un interés superior comprometido.

Estas dos excepciones deben ser motivo de tratamiento judicial y también administrativo, por cuanto el sistema actual de concursos por áreas y distritos tornaría aun más compleja la problemática. Máxime si ponderamos que la declaración judicial de

38 Otro error del artículo, ya que los concursos docentes sólo se sustancian en el ámbito administrativo, no en el judicial.

nulidad de un concurso docente posee un efecto cascada tornando nulas las designaciones efectuadas y expandiendo el vicio a todos y cada uno de los cargos cubiertos en consecuencia, al afectar un orden de mérito que se ve modificado, y agravado porque el sistema actual no permite la “guarda de la vacante en el cargo”. Sin embargo, conviene a simple modo de solución del conflicto tener presente la modificación realizada por la ley nº 2254³⁹ al artículo 22 de la ordenanza nº 40.593, cuyo texto vigente establece, en lo que aquí interesa, que “El personal docente titular que por razones de modificación de estructuras, cambios de programas o planes de estudio, clausura o fusión de escuelas, secciones de grados, cursos u horas, vea suprimido su cargo u horas cátedra; o que por orden judicial vea afectada su situación de revista por causas ajenas a su conducta, será declarado en disponibilidad con goce de sueldo [...]” (énfasis agregado).

Es decir que podría verse incluido en esta prescripción a aquellos docentes que por ejemplo, sea por vía de una cautelar o de una sentencia de fondo, podrían verse afectados en sus derechos frente a la suspensión o nulidad declaradas judicialmente a través de la disponibilidad. Ello, aunque entendemos que esto siempre sería por una fuerza interpretativa de la norma, la que no establece expresamente una solución a los casos planteados.

No perdemos de vista, en este mismo orden de ideas, que todo docente al tiempo de articular un recurso durante la sustanciación de concurso, debe recordar lo prescripto en el artículo 42 de la ordenanza nº 40.593, en cuanto establece que “A los docentes que no puedan probar imputaciones que formulen públicamente, o en actuaciones administrativas, contra otros docentes y a quienes presenten impugnaciones o reclamaciones de modo malicioso en los concursos a que se hayan presentado, se les aplicarán sanciones, previa sustanciación de sumario”.

Norma pensada con un espíritu *persuasivo o disuasivo*, pero claramente antidemocrático, contrario a la esencia propia del procedimiento administrativo y del carácter público de la actividad estatal, es decir sujeta *siempre* a su revisión –sea por vía administrativa o judicial–.

3. *Los recursos en particular*

El acápite B) del Capítulo XX del ED regula los recursos en particular que pueden interponerse contra los actos emitidos en su aplicación.

3. 1. *Rectificación de puntaje*

El texto vigente del artículo 50 establece que “Se publicará en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires la fecha en que comenzará la exhibición de las listas por orden de mérito y el plazo para la notificación, tanto para concursos como para cubrir interinatos y suplencias. A partir del último día de dicho plazo, el aspirante o el docente disconforme con su puntaje tendrá un término de TRES (3) días hábiles para recurrir directamente ante la junta de clasificación respectiva, la que deberá expedirse en forma definitiva”.

Y su reglamentación agrega que “El plazo para la notificación a que se refiere este artículo será de TRES (3) días hábiles, como mínimo y de acuerdo a lo que se disponga en cada caso”⁴⁰.

La finalidad de este recurso específico para atacar el puntaje asignado por la respectiva Junta de Clasificación según el área de la educación que corresponda al docente de que se trate, es solamente la rectificación de la ponderación que el órgano le haya dado conforme los parámetros asignados estatutariamente.

Es decir que no debe confundirse este recurso con el de reconsideración, por cuanto no se ataca el criterio de ponderación o la pauta aplicada, sino únicamente el valor numérico asignado, pues se hace saber el posible error meramente aritmético o la omisión por parte de la Junta de algún curso o antecedente no considerado.

Cabe tener en cuenta que en la práctica suele interponerse al mismo tiempo el recurso de rectificación de puntaje con el de reconsideración en subsidio. Por lo que un criterio de economía procedimental y eficacia de los trámites nos lleva indefectiblemente a la conclusión de que, siendo el mismo órgano que dictó el acto atacado –es decir la Junta de Clasificación– quien debe resolver ambos recursos, lleva como solución que se concentre tal

⁴⁰ Incorporado por art. 1º del decreto N° 3052/87, BM 18.048, fe de erratas BM 18.054; modificado por art. 6 del decreto N° 1210/91, BM 19.023.

actividad en un único acto, máxime si en la consideración del segundo recurso se incluyen los aspectos que hacen también a la rectificación de puntaje.

De lo contrario, la dilación en los plazos –algo común en todo procedimiento recursivo administrativo– se vería aun más prolongada, en detrimento del docente recurrente.

Otro aspecto a tener en cuenta es qué sucede si el docente, vencidos los tres días establecidos en la norma, interpone un recurso de rectificación.

La respuesta, sin lugar a dudas, es que si se encuentran dentro de los plazos de diez días, debe tomarse dicho recurso como reconsideración, porque siempre la calificación de la vía impetrada es una facultad de la administración y, en tal caso, resulta ser la más favorable para el administrado.

Traemos a colación que la Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho que “La decisión de interponer o no un recurso administrativo está librada al criterio y libertad del interesado; pero el examen de su procedencia en lo formal y en lo sustancial, está encomendado por la ley al órgano competente. La invalidez del acto administrativo, es una cuestión que deberá ser analizada por la autoridad que resuelva en definitiva el recurso. Ello implicará le necesaria constatación de la existencia de los vicios alegados por el recurrente y el modo en que éstos inciden sobre el acto en cuestión”⁴¹.

Sin perjuicio de ello, resaltamos que siguen existiendo casos en los cuales las Juntas de Clasificación aplicando criterios propios de un derecho administrativo autoritario suelen dar por decaído el derecho del docente y por firme el acto atacado, con las consecuencias que ello supone, ya que llegadas las actuaciones al órgano de asesoramiento jurídico del Ministerio de Educación o a la Procuración General, se deben retrotraer las etapas mal y arbitrariamente denegadas, encauzando un trámite que fue mal denegado *ab initio*.

3.2. *Recurso de reconsideración o reposición*

El artículo 51 del ED establece que “El recurso de reconsideración o reposición podrá interponerse contra todo acto

41 PTN, Dictámenes, 231:249.

administrativo dictado con carácter definitivo o que impida totalmente la tramitación del reclamo. Deberá deducirse dentro de los DIEZ (10) días hábiles de notificado el acto y será resuelto por el mismo organismo o autoridad que lo dictó, dentro de igual plazo.”

Disponiendo el artículo siguiente que “El recurso de reconsideración lleva implícito el recurso jerárquico en subsidio. Cuando, expresa o tácitamente, hubiera sido rechazada la reconsideración, las actuaciones deberán ser elevadas de inmediato a pedido de parte”.

Lo interesante de este recurso, especialmente regulado en el ED, es que a diferencia del artículo 103 de la LPACABA, restringe su procedencia únicamente contra “todo acto administrativo dictado con carácter definitivo o que impida totalmente la tramitación del reclamo”; en cambio la ley general lo autoriza también contra “los interlocutorios o de mero trámite que lesionen un derecho subjetivo o un interés legítimo”.

Según se ha expresado, “[a]cto administrativo definitivo es aquel que resuelve directa o indirectamente la cuestión de fondo planteada, importando una decisión que cierra el procedimiento”.

“Acto administrativo equiparable a definitivo es aquel que sin resolver expresamente el fondo de la cuestión debatida, directa o indirectamente impide totalmente la tramitación de la pretensión del administrado.”

“Actos interlocutorios o de mero trámite son los que producen efectos jurídicos directos, pero sobre el trámite, y no sobre el fondo del asunto; se refieren solamente a cuestiones de procedimiento”⁴².

Entendemos que, aun pese a la restricción del ED, el recurso de reconsideración también procede contra actos interlocutorios o de trámite aun cuando no obstan al trámite del recurso o la pretensión porque se encontrarían incluidos en aquellos actos que sin ser definitivos indirectamente afectan a la resolución final del procedimiento.

Todo recurso de reconsideración según el ED –al igual que la LPACABA–, excepto cuando el acto atacado emana del Jefe de

42 GORDILLO, A./DANIELE, M., ob. cit., p. 529; con cita de Dictámenes, *PTN*, 125:205; 210:205; 252:167; 192:24; 224:119.

Gobierno, lleva implícito el recurso jerárquico (v. comentario al artículo 56 del ED, que se realiza más abajo).

Es de ponderar que el plazo para su resolución es de diez días, vencido el cual el docente puede solicitar que se considere tácitamente denegado y que se eleve al superior para el tratamiento del recurso jerárquico implícito.

Un aspecto a tener en cuenta es que el artículo 52 del ED, dispone que cuando “expresa o tácitamente, hubiera sido rechazada la reconsideración, las actuaciones deberán ser elevadas de inmediato a pedido de parte”; el error de la norma pasa por no distinguir dos situaciones fácticas opuestas: la desestimación expresa y el silencio.

Es así que la elevación al superior será de oficio cuando la desestimación haya sido expresa; y a pedido de parte, cuando medie silencio, ya que la Administración siempre tiene la obligación de resolver en forma expresa, siendo –como dijimos– únicamente potestad del administrado considerar tácitamente denegado el recurso vencido el plazo de diez días mencionado ⁴³.

Avala nuestra posición lo dispuesto en el artículo 25 de la LPACABA, en cuanto impone a la administración la impulsión de oficio de todos los trámites, más allá que el interesado impulse el procedimiento; exceptuándose de este principio los trámites en los cuales medie sólo el interés privado del administrado, a menos que, pese a ese carácter, la resolución a dictarse pudiere llegar a afectar de algún modo el interés general.

Agregando también, que “si bien el procedimiento administrativo puede ser iniciado de oficio o a petición de parte, su impulsión le corresponde prácticamente en todos los casos a la administración.”⁴⁴

43 Asimismo, destacamos que los artículos 106 y 107 de la LPACABA, respectivamente rezan que: “Si el recurso de reconsideración no fuere resuelto dentro del plazo fijado, el interesado podrá refutarlo denegado tácitamente sin necesidad de requerir pronto despacho”, y que “El recurso de reconsideración contra actos definitivos o asimilables a ellos, lleva implícito el recurso jerárquico en subsidio. Cuando expresa o tácitamente hubiere sido rechazada la reconsideración, las actuaciones deberán ser elevadas en el término de cinco (5) días de oficio o a petición de parte según hubiere recaído o no resolución denegatoria expresa. Dentro de los cinco (5) días de recibidas por el superior podrá el interesado mejorar o ampliar los fundamentos del recurso”.

44 GORDILLO, A./DANIELE, M., ob. cit., p. 340.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho, en tal sentido, que el administrado es un colaborador de la administración y que dicho carácter surge de los principios del informalismo y la impulsión de oficio⁴⁵; por lo que no puede exigírsele a su vez el deber de impulsar el procedimiento, salvo como se dijo cuando medie únicamente el interés privado del particular en el trámite.

3. 3. *Recurso de apelación*

El artículo 53 del ED establece que “El recurso de apelación procederá contra todo acto administrativo dictado con carácter definitivo o que impidiera totalmente la tramitación del reclamo y podrá deducirse de dos maneras: a) En subsidio: presentándolo en forma conjunta con el de reconsideración. b) En forma directa: omitiendo la reconsideración. En este último caso, también el plazo para su interposición será de DIEZ (10) días hábiles, para ser resuelto por el organismo o autoridad competente, en igual lapso.”

A su vez, el artículo 54 dispone que “El recurso de apelación será resuelto por: a) Los directores de cada área de la educación si la resolución emanó de los superiores jerárquicos de los afectados. b) El Secretario de Educación, si la resolución provino de las juntas de clasificación o electoral o [de] los directores de cada área de la educación”.

Más adelante, el artículo 55 ordena que “El recurso de apelación lleva implícito el recurso jerárquico en subsidio. Cuando expresa o tácitamente hubiera sido rechazada la apelación, las actuaciones deberán ser elevadas de inmediato a la autoridad correspondiente, a pedido de parte”.

Este recurso es propio del ED y no existe uno similar en la LPACABA, pudiendo reconocérselo como *un recurso jerárquico menor*, procedente sólo contra actos emanados de funcionarios inferiores al Ministro de Educación y no contra actos de éste.

Hacemos notar que su plazo de interposición también es de diez días –al igual que el de reconsideración y el jerárquico– y que se puede incoar directamente, omitiendo al primero, o en subsidio con aquél.

⁴⁵ *In re* “Durusse de Fernández, Graciela v. Provincia de Santa Fe”, 24/4/1986, JA 1987-I-589; *Fallos*, 308:633.

Empero, es un error muy común, por parte del docente y también del funcionario público, considerar que el recurso de reconsideración lleva implícito el de apelación cuando, como ya vimos, esto no es así. Sin embargo, existen innumerables casos en los cuales, también en recursos incoados en concursos, las Juntas de Clasificación conceden en subsidio recursos de apelación no incoados, o peor todavía, resuelven un recurso de reconsideración que el docente no interpuso, ya que optó directamente por el jerárquico ⁴⁶.

¿Quién resuelve el recurso de apelación?

Según el tipo de acto: a) los directores de cada área (si el acto atacado emanó de un inferior jerárquico, vgr. director de un establecimiento educativo); b) el Ministro de Educación (si el acto fue dictado por las juntas de clasificación o de disciplina, o por las direcciones de área).

El recurso de apelación lleva implícito también el jerárquico, siendo el plazo para su resolución también de diez días, quedando sujeto a los mismos comentarios y críticas efectuados, en cuanto a su trámite, de los realizados para el recurso de reconsideración.

3. 4. *Recurso jerárquico* ⁴⁷

El artículo 56 del ED dispone que “El recurso jerárquico procederá contra todo acto administrativo definitivo, o que impida la

⁴⁶ En ese sentido, en orden nacional, la Procuración del Tesoro tiene dicho como doctrina uniforme que: “En virtud de que el recurso de reconsideración fue formalmente admitido y rechazado por razones de fondo, se inició la sustanciación del recurso jerárquico implícito. De tal modo la Administración habilitó el procedimiento recursivo y, estando firmes los actos que lo componen, no resulta admisible producir una retroacción que cambie el rumbo (conf. Dict. 232:184; 236:257)”. (Expte. N° 1.028.970/2000. Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos; 15 de octubre de 2001; Dictámenes 239:90).

⁴⁷ Los comentarios que aquí se realizan deben ser sopesados frente al texto de los artículos 108 a 111 de la LPACABA, en cuanto disponen:

“Art. 108-Recurso jerárquico. El recurso jerárquico procederá contra todo acto administrativo definitivo o que impida totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado. No será necesario haber deducido previamente recurso de reconsideración: si se lo hubiere hecho, no será indispensable fundar nuevamente el jerárquico, sin perjuicio de lo expresado en la última parte del artículo anterior”.

“Art. 109-El recurso jerárquico deberá interponerse ante la autoridad que dictó el acto impugnado dentro de los quince (15) días de notificado y ser elevado

tramitación del reclamo o pretensión del docente. No será necesario haber deducido previamente los recursos de reconsideración y apelación. Si se los hubiere interpuesto, no será indispensable fundar nuevamente el jerárquico, pero se podrá mejorar o ampliar los fundamentos”.

El artículo 57 establece que “El recurso jerárquico se interpondrá dentro de los DIEZ (10) días hábiles de notificado y la autoridad que lo dictó lo elevará inmediatamente de oficio a la Jefatura de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, quien resolverá en definitiva”. El artículo siguiente agrega que “El plazo para resolver el recurso jerárquico será de SESENTA (60) días a contar desde la recepción en Jefatura de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”.

A su vez, el artículo 59 manda que “En la tramitación del recurso jerárquico será obligatorio recabar dictamen de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires”.

Al igual que los recursos de reconsideración y de apelación ya mencionados, el plazo para su interposición en forma directa es de diez días contados a partir de su notificación y siempre se encuentra implícito cuando el docente, con anterioridad, hubo impetrado alguno de ellos o ambos; pudiendo, en cualquier momento, mejorar o ampliar sus fundamentos.

El recurso jerárquico debe ser resuelto dentro de los sesenta días contados desde su interposición y, a diferencia del resto de

dentro del término de cinco (5) días y de oficio al Ministerio o funcionario competente del Jefe de Gobierno en cuya jurisdicción actúe el órgano emisor del acto. Los Ministros o Subsecretarios del Jefe de Gobierno resolverán definitivamente el recurso; cuando el acto impugnado emanare de un Ministro o Subsecretario del Jefe de Gobierno, el recurso será resuelto por el órgano ejecutivo, agotándose en ambos casos la instancia administrativa”.

“Art. 110-El plazo para resolver el recurso jerárquico será de treinta (30) días, a contar desde la recepción de las actuaciones por el órgano competente, o en su caso, de la presentación del alegato –o del vencimiento del plazo para hacerlo– si se hubiere recibido prueba. No será necesario pedir pronto despacho para que se produzca la denegatoria por silencio.”

“Art. 111-Cualquiera fuera la autoridad competente para resolver el recurso jerárquico, el mismo tramitará y se sustanciará íntegramente en sede del Ministerio o Secretaría del órgano ejecutivo en cuya jurisdicción actúe el órgano emisor del acto. Previo a la decisión del recurso, se requerirá el dictamen pertinente de la Procuración General”.

los recursos –con excepción del recurso de revisión del ED que luego se mencionará–, la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debe dictaminar en forma obligatoria con carácter previo a que el Jefe de Gobierno se expida ⁴⁸.

Este dictamen es también obligatorio cuando quien resuelva el recurso no sea el Jefe de Gobierno, sino por caso el Ministerio de Hacienda por delegación, vgr. según lo establecido en el decreto municipal n° 5969/90 ⁴⁹, el que pese a ser dictado cuando ni

48 El artículo 134 del Estatuto Organizativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece que “La Procuración General de la Ciudad dictamina sobre la legalidad de los actos administrativos, ejerce la defensa de su patrimonio y su patrocinio letrado. Representa a la Ciudad en todo proceso en que se controvertan sus derechos o intereses. Se integra con el Procurador o Procuradora General y los demás funcionarios que la ley determine. El Procurador General es designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura y removido por el Poder Ejecutivo. El plantel de abogados de la Ciudad se selecciona por riguroso concurso público de oposición y antecedentes. La ley determina su organización y funcionamiento”.

La ley n° 1218 (BOCBA 1850), delimita aún más el marco de actuación del Órgano de la Constitución, en su artículo 1°, disponiendo que “Su competencia abarca la administración pública centralizada, desconcentrada y des-centralizada dentro de la órbita del Poder Ejecutivo, las Sociedades del Estado, y las sociedades en las que la Ciudad tiene participación mayoritaria. Representa en juicio sólo a requerimiento de éstos al Poder Legislativo, al Poder Judicial y a otros órganos de gobierno de la Ciudad. El Poder Legislativo y el Poder Judicial de la Ciudad pueden solicitar a la Procuración General, la producción de otras actividades del ámbito de su competencia”.

49 BM 18961, dictado en función de lo expuesto y con arreglo a lo prescripto por el art. 3° del decreto ley n° 19.549/72, a la ley n° 20.261 y a las atribuciones conferidas por el ar. 31, incisos n) y z) bis de la ley n° 19.987, y que en su articulado establece:

“Artículo 1°- Delégase en el señor Secretario de Hacienda y Finanzas la facultad de resolver los recusos previstos por los artículos 46 y 47 de la Ordenanza N° 33.264 (B.M. N° 15.421) y los reclamos administrativos por los que tramiten gestiones promovidas por el personal permanente o transitorio de esta Comuna, en razón de la relación de empleo”.

“Art. 2°- Autorízase al señor Subsecretario de Recursos Humanos proponer el dictado de actos administrativos que instrumenten decisiones sobre los temas expresados en el artículo 1°, previa autorización de la Subsecretaría de Procuración General”.

“Art. 3°- Déjase establecido que el ejercicio de la delegación prevista en el artículo 1° del presente decreto, agotará la vía administrativa a todos los efectos legales”.

siquiera la Ciudad tenía la autonomía reconocida en el artículo 129 de la Constitución nacional, ni tampoco se había sancionado el Estatuto Organizativo local, hoy año 2007 se sigue aplicando en materia de empleo público ⁵⁰.

3. 5. Recurso de revisión contra actos sancionatorios dictados en el marco de un sumario administrativo

El artículo 40 del ED dispone que “El docente afectado por alguna de las sanciones previstas en el artículo 36, excepto los incisos a) y b), podrá solicitar, dentro del año de aplicación y por una sola vez, la revisión de su caso. La autoridad que lo sancionó dispondrá la reapertura del sumario, siempre que se aporten nuevos elementos de juicio”.

La reglamentación de esta norma establece que “Solicitada la revisión del caso ante la autoridad de aplicación, ésta deberá remitir las actuaciones a la Junta de Disciplina a los fines del artículo 45 incisos c) y ch). Una vez expedido este organismo, las actuaciones serán enviadas a la Secretaría de Educación para su remisión a la Procuración General”.

Hacemos notar que este recurso administrativo extraordinario, no se vincula –sin perjuicio de su denominación– al recurso de revisión regulado en la LPACABA.

Ello así, porque únicamente procede frente a actos disciplinarios aplicados con sustento en el Capítulo XVIII del ED, pero sólo para los supuestos en los cuales se hubiera tramitado previamente un sumario administrativo y que, como consecuencia de dicho procedimiento, se hubieran aplicado las sanciones de suspensión, inhabilitación, cesantía o exoneración.

No obstante lo cual, destacamos que el fundamento del recurso de revisión del ED tiene también como uno de sus fundamentos la existencia o descubrimiento de nuevos elementos de juicio no tenidos en cuenta al tiempo de emitirse el acto que se recurre por esta vía.

Un aspecto a destacar es que cuando nos refiramos a las sanciones de cesantía y exoneración debe tenerse en cuenta que úni-

⁵⁰ Entendemos, si es que ello no surge claro de la exposición, que esta norma ha sido derogada implícitamente con la sanción de la ley de ministerios local ya citada más arriba.

camente pueden ser aplicadas al personal docente por el señor Jefe de Gobierno y no por el Ministro de Educación (cfr. artículo 38 del ED), por lo que la reapertura del sumario deberá ser ordenada por el primero, previa intervención de la Junta de Disciplina y de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

V. NORMAS DE LA LPACABA APLICABLES EN MATERIA RECURSIVA

Enumeraremos aquí algunas de las normas de la LPACABA que se aplican en forma directa al procedimiento recursivo docente, ante el vacío del ED al respecto y por la remisión de su artículo 46.

A saber:

“Artículo 93-Órgano competente. Serán competentes para resolver los recursos administrativos contra actos de alcance individual, los organismos que se indican al regularse en particular cada uno de aquéllos. Si se tratare de actos dictados en cumplimiento de otros de alcance general, será competente el organismo que dictó la norma general sin perjuicio de la presentación del recurso ante la autoridad de aplicación, quien se lo deberá remitir en el término de cinco (5) días.

Artículo 94-Interposición de recursos fuera de plazos. Una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos se perderá el derecho para articularlos, quedando firme el acto. Ello no obstará a que se considere la petición como denuncia de ilegitimidad por el órgano que hubiera debido resolver el recurso, salvo que éste dispusiera lo contrario por motivos de seguridad jurídica o que, por estar excedidas razonables pautas temporales, se entienda que medió abandono voluntario del derecho. La decisión que resuelva la denuncia de ilegitimidad será irrecurrible y no habilitará la instancia judicial.

Artículo 95-Suspensión de plazo para recurrir. Si a los efectos de articular un recurso administrativo, la parte interesada necesitare tomar vista de las actuaciones, quedará suspendido el plazo para recurrir durante el tiempo que se le conceda al efecto. La mera presentación del pedido suspende el curso de los plazos, sin perjuicio de la que cause el otorgamiento de la vista. En igual

forma, se suspenderán los plazos previstos para deducir la demanda.

Artículo 97-Apertura a prueba. El organismo interviniente, de oficio o a petición de parte interesada, podrá disponer la producción de prueba cuando estimare que los elementos reunidos en las actuaciones no son suficientes para resolver el recurso.

Artículo 98-Producida la prueba se dará vista por cinco (5) días a la parte interesada, a los mismos fines y bajo las formas del art. 79. Si no presentare alegato, se dará por decaído este derecho; por lo demás, serán de aplicación, en cuanto fueren compatibles, las disposiciones de los artículos 66 a 80.

Artículo 99-Medidas preparatorias, informes y dictámenes irrecurribles. Las medidas preparatorias de decisiones administrativas, inclusive informes y dictámenes, aunque sean de requerimiento obligatorio y efecto vinculante para la Administración no son recurribles.

Artículo 100-Despacho y decisión de los recursos. Los recursos deberán proveerse y resolverse cualquiera sea la denominación que el interesado les confiera cuando resulte indudable la impugnación del acto administrativo.

Artículo 101-Al resolver un recurso el órgano competente podrá limitarse a desestimarlos, ratificar o confirmar el acto de alcance particular impugnado, si ello correspondiere conforme al artículo 19; o bien aceptarlo, revocando, modificando o sustituyendo el acto, sin perjuicio de los derechos de terceros.

Artículo 102-Derogación de actos de alcance general. Los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados, total o parcialmente, y reemplazados por otros, de oficio o a petición de parte y aun mediante recurso en los casos en que éste fuere procedente. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos por los administrados.

Artículo 112-Salvo norma expresa en contrario los recursos deducidos en el ámbito de los entes autárquicos se regirán por las normas generales que aquí se establecen”.

VI. ¿QUÉ SUCEDE CON LOS RECURSOS NO REGULADOS EN EL ED, PERO SÍ EN LA LPACABA?

La Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha interpretado según se expuso más arriba que los recursos regulados en la LPACABA no se aplican frente a los recursos expresamente legislados en el ED, debiendo reencauzarse los recursos presentados por los docentes invocando el régimen general hacia el régimen particular.

Pero, ¿qué sucede con aquellos recursos no regulados en el ED e invocados por los docentes por vía de la LPACABA?

Aceptamos que en estos casos se aplica también la remisión expresa que el artículo 46 del ED, y con ella, en forma directa la LPACABA por resultar más favorable al docente y por no desconocer la existencia de un régimen especial, ni tampoco desnaturalizarlo.

Nótese que el problema no es el recurso de reconsideración y el jerárquico expresamente normados en el ED ⁵¹, sino otros recursos normalmente invocados por el personal docente y desestimados en forma pacífica con fundamentos en la opinión sostenida al respecto por la Procuración General.

En especial nos referimos a los recursos de: a) revisión, b) reconsideración frente a decisiones definitivas, c) rectificación de errores materiales, y d) aclaratoria.

1. *Recurso de revisión*

El artículo 118 de la LPACABA, establece que “Podrá disponerse en sede administrativa la revisión de un acto definitivo y firme:

a. Cuando después de dictado se recobraren o descubrieren documentos decisivos cuya existencia se ignoraba o no se pudieron presentar como prueba por fuerza mayor o por obra de tercero;

b. Cuando hubiere sido dictado basándose en documentos cuya declaración de falsedad se desconocía o se hubiere declarado después de emanado el acto;

c. Cuando hubiere sido dictado mediando cohecho, prevaricato, violencia o cualquier otra maquinación fraudulenta o grave irregularidad comprobada.

⁵¹ Ello, con la salvedad en cuanto al plazo de quince días establecido para el recurso jerárquico en la LPACABA, más amplio que el de diez días del ED.

El pedido deberá interponerse dentro de los treinta (30) días de recobrase o hallarse los documentos o cesar la fuerza mayor u obra de un tercero; o de comprobarse en legal forma los hechos indicados en los incisos b) y c) y será resuelto dentro del plazo de treinta (30) días”.

Como lo anticipamos más arriba, este recurso no está nominado en el ED, atiende a cuestiones no reguladas allí y permite la reapertura de un procedimiento –no únicamente un sumario-, cuando se verifican los presupuestos mencionados.

No vemos entonces obstáculo formal ni material para su aplicación en la órbita docente.

2. *Recurso de reconsideración contra decisiones definitivas*

El artículo 119 dispone que “Las decisiones definitivas o con fuerza de tales que el órgano ejecutivo, o los Ministros dictaren en recursos administrativos y que agoten las instancias de esos recursos sólo serán susceptibles de la reconsideración prevista en el artículo 103 y de la revisión prevista en el artículo 118 de la presente ley. La presentación de estos recursos suspende el curso de los plazos para interponer la demanda judicial”.

Es habitual que el personal docente invoque este recurso, tampoco normado en el ED, y que su interposición sea desestimada *in limine* so pretexto de la existencia de un régimen recursivo especial.

Esa interpretación restrictiva y ajena a una sistemática del procedimiento y del Derecho Administrativo entendemos que también atenta contra los principios de *celeridad, economía, sencillez y eficacia de los trámites* insertos en el artículo 22 de la LPACABA.

Se ha entendido con precisión que “celeridad no debe identificarse con apresuramiento, economía con mezquindad, sencillez con simplificación, ni eficacia con activismo administrativo inescrupuloso y displicente respecto de la juridicidad [...es que] el procedimiento administrativo no puede erigirse en un obstáculo a la gestión del bien común, porque él es, en esencia, el elemento ordenador y sistematizador de la actividad estatal encaminada a su gestión directa e inmediata”⁵².

52 COMADIRA, J. R. (MONTI, L. –colaboradora–), op. cit., pp. 65-66.

Aceptemos o no la idea de la gestión del bien común como función esencial del Estado Constitucional de Derecho, no podemos soslayar que en cuanto la Administración se encuentra sometida a la ley y a los reglamentos que ella misma dicta, no puede en el caso particular del personal docente interpretar un procedimiento recursivo desconociendo los principios que lo nutren y el sistema jurídico en el que se inserta, discriminando las normas generales en perjuicio de la vigencia de una regulación especial ⁵³.

3. Otros remedios procedimentales

Existen otros “recursos” técnicamente denominamos remedios, no regulados en el ED, que entendemos que también son operativos en el procedimiento recursivo docente, ante el vacío legal.

Esto es así, más allá de su calificación como recursos, debido a que no poseen carácter interruptivo ni tampoco su recepción implica modificación alguna del acto contra el cual se interpone.

3.1. Rectificación de errores materiales

El artículo 120 de la LPACABA dispone que “En cualquier momento podrán rectificarse los errores meramente materiales o de hecho y los aritméticos, siempre que la enmienda no altere lo sustancial del acto o decisión”.

3.2. Aclaratoria

El artículo 121 establece que “Dentro de los cinco (5) días computados desde la notificación del acto definitivo podrá pedirse aclaratoria cuando exista contradicción en su parte dispositiva, entre su motivación y la parte dispositiva o para suplir cualquier omisión sobre alguna o algunas de las peticiones o cuestiones planteadas. La aclaratoria deberá resolverse dentro del plazo de diez (10) días”.

Afirmamos que ambos remedios en nada afectan la existencia de un ordenamiento especial, menos todavía desconocen la finalidad que lo justifican, y colaboran en la mejor gestión del procedimiento.

53 Ello, porque también se puede afirmar que el procedimiento administrativo conforme un instrumento de control de la legitimidad y del acierto de los actos con relación al interés público o bien común como fin del Estado. (cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. II, 7ª ed., Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002, p. 509).

VII. IDEAS FINALES

Se ha intentando someramente, y esperemos haberlo logrado más no sea mínimamente, dar un enfoque general respecto al procedimiento recursivo en el ámbito del personal docente dependiente del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y a su problemática en particular.

Creemos haber expuesto las inconsistencias del régimen especial del Estatuto del docente en contradicción en muchos aspectos con los plazos, principios y presupuestos de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Concluimos que no obstante a la aplicación directa de la LPACABA en sus títulos I (*Principios generales*), II (*El acto administrativo*), III (*El procedimiento administrativo*) y V (*Normas procesales supletorias*) frente al capítulo XX del ED, la aplicación subsidiaria y complementaria de su título IV (*Recursos administrativos*) repercutiría favorablemente a los derechos y garantías del trabajador docente frente a la Administración local.

Asimismo, entendemos que parte de la problemática actual del procedimiento recursivo en el ámbito docente pasa por la ausencia de un texto ordenado y revisado del ED, actividad concreta que corresponde al legislador local más allá de las críticas que se puedan esbozar al respecto.

Por último, pero no por ello menos importante, cabe cuestionarse sobre la necesidad en la actualidad institucional del Ministerio de Educación y del colectivo docente de poseer un régimen recursivo especial y paralelo al régimen general del decreto n° 1510/97, que resulta a todas luces más restrictivo e incompleto, por ende menos beneficioso. Adunando a ello que no obstante tener más de veinte años, fue sancionado para otra realidad educativa, pero esencialmente, para otra Administración, es decir la municipal.

Aclaremos que la existencia de un régimen de empleo público especial no implica detraer a los docentes de las garantías que otros trabajadores locales poseen frente a la conducta expresa de la administración.

Tal como lo ha indicado FIORINI más de cuarenta años atrás ⁵⁴, “[n]uestra administración pública debe aún adquirir una conciencia jurídica que confirme la esencia civil de la función administrativa. No debe olvidarse que la administración pública tiende al bien común en beneficio de todos los administrados. Para poder llegar a esto será necesario que los jefes de la administración pública se compenetren [en] que su labor es siempre realización del bien común, y no de beneficio de una persona, de un grupo o de un partido. Los agentes subordinados de la administración también deberán convencerse de que son esclavos ejecutores de normas jurídicas que reglan el proceso del bien común y no de la voluntad personal [del] superior”.

Si bien la definición normativa no es tarea propia del jurista sino del legislador, pretendemos simplemente que el Estatuto del docente adapte su términos a la realidad que intenta regular. El tema, como se aprecia, no se encuentra cerrado y la conclusión arribada es provisional, parcial y sujeta a discusión y crítica doctrinaria, pero fundamentalmente legislativa.

Sencillez y simpleza, sumados a que lo “esencial [es] que las palabras de las leyes susciten las mismas ideas en todos los hombres” ⁵⁵, son puntos que el Estatuto del docente hoy no contempla en su capítulo de recursos administrativos, en detrimento de los derechos y garantías del docente que supuestamente se busca tutelar de manera.

En síntesis, trayendo de nuevo a NIETZSCHE, citado al comienzo, el *fin* del Capítulo XX del Estatuto del docente local no parece

⁵⁴ FIORINI, Bartolomé, Prólogo a la primera edición de 1964 de su libro *Procedimiento administrativo y recurso jerárquico*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971. Cit. en DIANA, Nicolás, “Breve comentario a la nueva ley de procedimiento administrativo de la Provincia de Santiago del Estero (ley n° 6718)”, *La Ley Noroeste*, año 9, número 6 – julio 2005, p. 917.

⁵⁵ MONTESQUIEU, Charles-L., *Del espíritu de las leyes*, 1ª ed., Buenos Aires, Libertador, 2004, pp. 474-475. Quien agrega al principio de su más conocida obra, que “[l]as leyes en su más amplia significación son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas” (p. 11), y que el hombre, “en cuanto ser físico, está gobernado por leyes invariables como los demás cuerpos. En cuanto ser inteligente, quebranta sin cesar las leyes fijadas por Dios y cambia las que él mismo establece. A pesar de sus limitaciones, tiene que dirigir su conducta; como todas las inteligencias finitas, está sujeto a la ignorancia y al

ser realmente una *finalidad*, por cuanto afirmamos –con mayor o menor certeza– que no se encuentra *armónicamente* incluido en el sistema jurídico actual local. No es más que un símbolo de una realidad (pasada).

error, pudiendo llegar incluso a perder sus débiles conocimientos; como criatura sensible, está sujeto a mil pasiones [...] *nacido para vivir en sociedad, podría olvidarse de los demás, pero los legisladores le hacen volver a la senda de sus deberes por medio de las leyes políticas y civiles*” (p. 13, el énfasis es propio).