



Neuquén, 5 de Febrero del año 2018.

VISTOS:

Los autos caratulados "OHMAN NATALIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ POTESAD REGLAMENTARIA", Expte. 10295/2017, en trámite por ante la Oficina Judicial Procesal Administrativa, Jueza N° 2.RESULTANDO:

I. A fs. 306/336 se presenta Natalia Ohman actuando a través de apoderado e interpone acción Procesal Administrativa contra la Provincia del Neuquén - Consejo de la Magistratura- a los fines de impugnar los siguientes actos administrativos: Acordada N° 062/17 (de fecha 1/8/17), Resolución N° 23/17 (de fecha 13/9/17) y la Resolución N° 25/17 (de fecha 26/9/17), todos emanados del Consejo de la Magistratura de Neuquén, como así también cualquier otro acto que haya sido antecedente o se dicte con posterioridad.

Asimismo, pretende que una vez dispuesta la anulación de dichos actos, se ordene al Consejo de la Magistratura que eleve su pliego a la Honorable Legislatura del Neuquén y que rectifique los agraviantes conceptos vertidos sobre las condiciones éticas de su persona.

Finalmente, solicita el dictado de una medida cautelar para suspender los efectos del art. 2 de la Acordada 62/17 que aquí se impugna, referida al llamado a concurso para cubrir el cargo de juez penal de la I Circunscripción Judicial con asiento de funciones en Neuquén.

Para el caso que el concurso público N° 136 -en trámite- haya sido convocado para cubrir esa misma vacante, solicita que también se disponga su suspensión.

II. A fs. 337 se ordenó el traslado del planteo cautelar a la Provincia del Neuquén y la notificación al Presidente del Consejo de la Magistratura, lo que se efectivizó tal como surge de las cédulas obrantes a fs. 350/355.

Así, se presenta la Provincia del Neuquén, contesta el traslado del planteo cautelar e interpone la excepción de



incompetencia en razón del grado y la materia en los términos del art. 42 inc. b) de la Ley 1305 (fs. 411/422).

Afirma que la presente demanda de impugnación debe ser tramitada y resuelta por el Tribunal Superior de Justicia conforme el art. 18 de la Ley 2533, la que reconoce una acción específica y bajo la causal de manifiesta arbitrariedad contra actos definitivos del Consejo de la Magistratura.

Expresa que dicha norma efectúa una atribución de competencia y que ha entrado en vigencia con posterioridad a la reforma constitucional provincial del año 2006, es decir, cuando ya era explícita la disposición transitoria V que mandaba a implementar los Tribunales Contencioso Administrativos.

Así, le resulta llamativo que la norma no dispuso que la competencia para entender en la impugnación de las designaciones del Consejo de la Magistratura sea asignada a dichos tribunales, sino que se reconoció al Tribunal Superior de Justicia. Afirma que ello no es casual y que no puede imputarse a imprevisión del legislador.

Concluye en que el legislador efectivamente dispuso que estos casos sean de competencia exclusiva del Tribunal Superior de Justicia, con exclusión de cualquier otro.

Afirma que esa decisión legislativa se funda en la naturaleza institucional que ostenta el Consejo de la Magistratura, un órgano constitucional extrapoder con competencias directamente atribuidas por la Constitución. Sostiene que dicho órgano fue creado para desarrollar cometidos especiales como la designación de jueces, defensores y fiscales previo concurso y el control de su desempeño. Considera que dichos cometidos son más bien políticos y que se encauzan mediante procesos constitucionales por más de que algunos aspectos estén vinculados al derecho administrativo.

Sostiene que el fundamento de la decisión legislativa de atribuir la competencia para entender en asuntos como el presente al Tribunal Superior de Justicia radica en el relieve



institucional que la Constitución le asignó al Consejo de la Magistratura y en la naturaleza jurídica de ciertos actos que este produce, los actos institucionales. Cita el precedente local "Gago", el que si bien está referido a las potestades de la legislatura, entiende que puede traspolarse a las potestades del Consejo de la Magistratura.

En ese entendimiento, afirma que la decisión de designar jueces o -como en el caso- la decisión expresa o implícita de no designar, reviste el carácter de acto constitucional de naturaleza institucional similar al acto de prestar o no acuerdo que efectúa la legislatura.

Afirma que todo ello justifica que el examen de los actos definitivos y que causan estado del Consejo de la Magistratura sea efectuado por el máximo nivel de judicatura -TSJ-.

Asevera que ello explica por qué el legislador luego de sancionada la reforma constitucional del año 2006 creó la acción en el art. 18 Ley 2533, cuando podría haber guardado silencio y permitir que se interprete que esos actos definitivos y que causan estado se impugnen en los términos del CPA.

Entiende que el hecho de que procesos del tenor del presente hayan tramitado en los términos de la Ley 1305 obedece a cuestiones de conveniencia y que ello ha sido manifestado por el TSJ. Cita un fallo local en el que se ha dicho que tramita de esa forma porque no existe un marco normativo procesal que lo regule.

Afirma que el presente no se encuentra alcanzado por la materia incluida -conforme arts. 2 y 3 del CPA- sino que la concibe como materia anómala que por analogía o necesidad de darle cause se tramita por dicha Ley.

Agrega que la Ley 2979 -sancionada en fecha 26/11/15- modificó a la Ley 1305 y que no hizo mención a la acción prevista en el artículo 18 de la Ley 2533 omitiendo incluirla entre la materia comprendida y excluida.



Señala que al referirse a "designaciones" la Ley 2533 comprende también su contracara, la no designación, como ocurrió en el presente, ya que la Acordada N° 62/17 aquí impugnada declara parcialmente fracasado el Concurso Público N° 124. Dice que dicha extensión se funda en la técnica hermenéutica que autoriza el art. 2 del CCC. Luego contesta sobre la improcedencia de la cautelar.

III. Corrido el traslado de la excepción de incompetencia, se presenta la parte actora y contesta. Expresa que deja librado al criterio de este órgano jurisdiccional la decisión acerca de la competencia por ser esta de orden público.

No obstante ello e invocando razones de urgencia, requiere que se arbitren los medios necesarios para que se dicte un pronunciamiento haciendo lugar a la medida cautelar solicitada.

Requiere que para el caso en que existieren circunstancias que dilaten el proceso y posterguen la decisión sobre la medida cautelar requerida, se dicte con carácter de interina o precautelar a los fines de evitar que el paso del tiempo agrave el daño hacia su persona.

IV. A fs. 427 y 429 se expidió el Ministerio Público Fiscal quien propicia se haga lugar a la excepción de incompetencia y que se remitan las actuaciones a conocimiento del Tribunal Superior de Justicia.

Señala que el art. 18 de la Ley 2533 prevé la competencia del TSJ para la revisión de los actos de designación y que ello se hace extensivo también a la impugnación de los actos en los que se declara fracasado un concurso y que no se designa al siguiente candidato en el orden de mérito.

Coincide con la caracterización que efectúa el TSJ respecto de este tipo de acción, en cuanto la considera un recurso directo y que sólo tramita bajo la Ley 1305 por no existir un procedimiento especial y ser materia administrativa, aunque no



sea una acción de las previstas en dicho cuerpo legal. Cita precedentes locales.

Así, entiende que el art. 18 de la Ley 2533 prevé un recurso directo que no es la acción procesal administrativa en los términos del art. 1 Ley 1305 (con la reforma de la Ley 2979).

Afirma que debe respetarse la decisión legislativa que ha estipulado un recurso directo especial para el control judicial de la actividad de selección del Consejo de la Magistratura.

Finalmente, estima que -en los términos de lo dispuesto en el art. 196 del CPCyC- este órgano jurisdiccional debe abstenerse de dictar la medida cautelar peticionada.

CONSIDERANDO:

1. Introducción. Cuestiones planteadas

Expuesto ello, corresponde que me pronuncie sobre la competencia material respecto de la demanda interpuesta por la Sra. Natalia Ohman.

En primer lugar, cabe citar el objeto de la acción interpuesta: "...a fin de que se declare la nulidad absoluta e insanable de la Acordada N° 62/17 (...) de la Resolución N° 23/17 (...) de la Resolución N° 25/17..." y que se ordene al Consejo de la Magistratura a que "...eleve mi pliego a la honorable legislatura de Neuquén" y que "...rectifique los agraviantes conceptos vertidos sobre las condiciones éticas de mi persona".

Asimismo, a modo cautelar pretende la suspensión de los efectos del art. 2 de la Acordada 62/17, referido al llamado a concurso para cubrir el cargo de Juez Penal para la I Circunscripción con asiento de funciones en esta Ciudad.

Tal como surge de la copia fiel de la Acordada N° 62/17 (fs. 357/360), el Consejo de la Magistratura resolvió declarar parcialmente fracasado el Concurso Público N° 124 para cubrir dos cargos de Juez Penal para la I Circunscripción. Asimismo, de los Considerandos se extrae que mediante Acordadas N° 22 y



23/17 el pleno procedió a designar a los Dres. Gustavo Jorge Ravizzoli y Leticia María Flavia Lorenzo para dichos cargos pero que la Honorable Legislatura no prestó el acuerdo legislativo para la designación de esta última. Como consecuencia de ello 5 Consejeros coincidieron en declarar parcialmente fracasado el concurso, ordenando se convoque a uno nuevo.

Sostuvieron que no debía proseguirse con el trámite concursal por dos razones: por las facultades que ostenta el pleno conforme art. 43 del Reglamento de Concursos y porque quien seguía en orden de mérito -la aquí accionante- había sido cuestionada al momento de realizarse las entrevistas personales por su proceder alejado de la buena fe.

Las Resoluciones 23/17 y 25/17 rechazan las presentaciones efectuadas por la Sra. Ohman. La primera de ellas rechazó el reclamo tendiente a anular la Acordada 62/17, y mediante la segunda -y ante el requerimiento de tomar vista y poder extraer copias de las actuaciones- se le informó que los expedientes son públicos por lo que tenía acceso a los mismos por lo que también se rechazó este planteo. Ahora bien, conforme el fundamento de la excepción opuesta, corresponde abordar el análisis de la Ley 2533, en particular de su art. 18 en cuanto prevé el recurso contra los actos del consejo.

2. Interpretación extensiva de la facultad de impugnar Surge como imperativo lógico, analizar- antes incluso que la competencia- si existe o procede formalmente el remedio que se intenta, que implica la impugnación judicial de la "no designación" de la postulante por el Consejo de la Magistratura, por haberse determinado el fracaso parcial del concurso en el que participó.

Conforme establece la C.P. en sus arts. 249 y 251 el Consejo de la Magistratura es un órgano extrapoder que cumple diversas funciones entre las que cabe mencionar: "1. Seleccionar mediante la realización de concursos públicos y abiertos de



antecedentes y oposición, según el orden de mérito que elabora, a los candidatos a jueces y funcionarios del ministerio público...".

Por su parte, la Ley 2533 -sancionada en fecha 9/11/06- prevé en su art. 18 in fine "Las designaciones serán recurribles ante el Tribunal Superior de Justicia, en caso de manifiesta arbitrariedad" (énfasis agregado).

Vemos así, que el texto de la norma hace referencia a que las designaciones que realiza el Consejo de la Magistratura serán recurribles, pero no refiere específicamente al supuesto como el presente en el que aquello que se pretende impugnar es la "no designación" por haberse declarado parcialmente desierto el concurso en cuestión.

Ahora bien, entiendo -acordando con lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal- que cabe realizar una interpretación extensiva del texto normativo, y considerar incluido en el texto de la norma el supuesto que aquí se presenta.

Se da la interpretación extensiva, cuando la ley dijo menos de lo que quiso -o pudo-, de manera que corresponde realizar una dilatación lógica de la norma, para ser ella misma, en su letra y espíritu, aplicada a un caso no previsto, pero similar por su inclusión en la materia (Cerdeira Bravo de Mansilla, "Analogía en interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines" www.boe.es). Se trata del acto o norma con el que concluye el procedimiento de selección, solo que en sentido inverso al expresamente mencionado en la norma. En este sentido el TSJ ha dicho: "El legislador ha querido que el procedimiento de selección se llevara a cabo, en su totalidad, en el seno del órgano al que constitucionalmente le atribuyó tal función y, sólo una vez culminado el mismo y exteriorizada la voluntad del órgano en forma definitiva, quedara expedita la vía del control. Sólo en dicho momento, se otorga la posibilidad a los postulantes de



obtener la revisión judicial de todo el proceso, mediante un recurso directo ante este Tribunal Superior de Justicia". (RI 409/12, en autos "TANGORRA EGLER FABIÁN C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", EXPTE. N° 3725/12, el resaltado me pertenece). En el caso se ha llevado a cabo en su totalidad, siendo oportuno el control judicial. Si la norma otorga la facultad de impugnar a aquellos otros participantes del concurso, (que poseen un derecho subjetivo público con carácter concurrente), cuanto más debe permitirse en el caso, en el que la participante que no fue designada, ostenta una situación jurídica con carácter de exclusividad. Por otra parte es la interpretación que se conjuga con el acceso a la justicia, y el control judicial suficiente, lo que es expresamente aceptado por la demandada y ha sido receptado de manera implícita por el Superior Tribunal: "Entre esas "garantías" reviste especial significación la del acceso a la justicia cuando los actos del Estado afecten derechos subjetivos; para el caso, el derecho subjetivo a la regularidad de todo el procedimiento de selección y, más concretamente, el derecho de no ser excluido indebidamente de la designación, lo que comprende tanto la violación de los elementos reglados como la valoración arbitraria que da sustento al componente discrecional de la decisión. En este orden de ideas, las decisiones que adopte el Consejo de la Magistratura en el desarrollo de las funciones constitucionales que le han sido asignadas y que afecten derechos están sujetas al pleno control de la justicia, con arreglo a la extensión y límites que, respecto de ese control derive de la índole reglada o discrecional de las atribuciones ejercidas (cfr. Julio Rodolfo Comadira, "El control judicial de las decisiones del Consejo de la Magistratura (con particular referencia a los procedimientos de selección de magistrados"", en "Jornadas sobre Control de la Administración



Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial" Rev. RAP, mayo 2003, pág. 23/38).

2. Interpretación histórica de la norma Expuesto ello, corresponde ahora revisar si la competencia para intervenir en esta demanda corresponde al máximo Tribunal en función de lo dispuesto por la literalidad de la norma, o bien si debe interpretarse que con la entrada en vigencia del nuevo fuero, es esta instancia la que debe intervenir.

Sabido es que la reforma de la Constitución Provincial - aprobada en fecha 17/2/06 y publicada en fecha 3/3/06- ordenó la creación de los Tribunales Contencioso Administrativos (C.P. Disposiciones complementarias, transitorias y finales, punto V). Por su parte, -tal como la afirma la demandada- la Ley 2533 es de fecha posterior a la reforma constitucional (sancionada en fecha 9/11/06) de modo que el legislador, ya conocía la manda constitucional de creación de los Tribunales Contencioso Administrativo y aun así sostuvo que este tipo de impugnaciones serían de competencia exclusiva del Tribunal Superior de Justicia, sin realizar salvedades o alguna referencia genérica al fuero, por la materia.

Argumenta la excepción en que no es posible presumir el olvido o imprevisión del legislador.

Hasta aquí he de coincidir con el criterio de la excepcionante, que se ve abonado por la consulta y contenido del debate legislativo, del cual se extrae que los legisladores tuvieron en cuenta la creación del fuero administrativo, así como que al momento de fijar el recurso tuvieron en cuenta diversas opciones para recurrir (como primera instancia) y no obstante decidieron fijar la competencia del Superior Tribunal. Por la trascendencia del tema (que podría privar al actor de una instancia judicial ordinaria de revisión), y la importancia instrumental de los debates parlamentarios a fin de discernir la voluntad del legislador, transcribo parcialmente las partes pertinentes del



mismo, de las que surge la voluntad del autor de la norma, que transcribo parcialmente y a la que agrego énfasis (Reuniones 22 y 23 del XXXV período legislativo, disponibles en <https://www.legislaturaneuquen.gob.ar/periodosLegislativos.aspx>).

Al comenzar el debate el miembro informante (Diputado Gutiérrez), hizo referencia a las distintas reformas constitucionales en estos términos: "Aquel proceso de basal importancia para la vida institucional de la Provincia -como dijera- culminó con la sanción y promulgación de la Constitución Provincial en fecha 17 de febrero de 2006. La entrada en vigencia de la nueva Carta Magna, producida el día 24 de marzo del corriente año, nos impone como diputados la obligación de dictar las normas reglamentarias de los distintos institutos creados por los convencionales constituyentes. Es decir, que a partir de aquella fecha se abre un nuevo proceso de superior importancia que el anterior, cual es el de reglamentar los nuevos institutos, derechos y garantías recientemente previstos en nuestra Carta Magna provincial. Entre los institutos más importantes creados por los señores constituyentes del 2006 debemos destacar, entre otros, el defensor del Pueblo; la posibilidad de creación de los juzgados contencioso-administrativos; el derecho de iniciativa popular; la consulta popular vinculante o no; el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva y el hábeas data, entre otros. ¿Qué nos convoca hoy? Hoy nos convoca uno de esos institutos: el Consejo de la Magistratura. (...) "Por su parte el Diputado Moraña, criticó la redacción del art. 18 del proyecto de ley en estos términos: "El artículo 18 dice: "Las Acordadas y Resoluciones dictadas por el Consejo de la Magistratura serán aprobadas por simple mayoría. En caso de empate, el presidente tendrá doble voto. ..."; si estuviera en pleno no habría situación de empate ni de doble voto, lo que sería bastante saludable a mi criterio. Y termina diciendo:



"... Las designaciones serán irrecurribles, salvo casos de manifiesta arbitrariedad.". Primero, no se dice ante dónde van a ser recurribles, ahí va a empezar una gran discusión, si son recurribles ante el juez de Primera Instancia, ante el Tribunal Superior de Justicia, ante la Cámara, ante el Cuerpo legislativo, no se dice adónde se recurren las Resoluciones de este órgano extrapoder. Debería estar expresamente indicado pero además hay otra cosa que me llama poderosamente la atención: la designación va a ser el acto más importante que haga este Consejo de la Magistratura, sin lugar a dudas y ésa es irrecurrible, salvo caso de manifiesta arbitrariedad que todavía tampoco sé quién va a decir si hay o no manifiesta arbitrariedad, grave problema ;pero bueno! (...) Me parece contradictorio el tema y además -vuelvo a insistir- sería prudente que se indique cuál es el organismo que va a tener que entender comoalzada a este tribunal, cuestión que tampoco está dicho en la norma." Como consecuencia de esta observación, en la Reunión N° 23 se votó la inclusión del artículo con la redacción que luego fuera sancionada: "Sr. GSCHWIND (MPN).- Acá proponemos un cambio, también conforme a todas las observaciones y planteos, en el último párrafo: "... Las designaciones serán recurribles ante el Tribunal Superior de Justicia, en caso de manifiesta arbitrariedad.", y agregó luego: "No solamente se cambia irrecurrible por recurrible, se le agrega también "recurrible ante el Tribunal Superior de Justicia". Luego el presidente puso el texto a consideración de los diputados y se aprobó el texto actual.

Es decir que si bien no se discutió expresamente quién conocería en los recursos, sí fue considerado expresamente la creación del fuero, y la opción de otros órganos revisores, incluso algunos de ellos no jurisdiccionales. Esto puede completarse con el criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia, que tiene dicho: "...el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador la



inconsecuencia o la falta de previsión no se suponen, y por ello, se reconoce como principio que las leyes deben interpretarse siempre evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto" (CSJN Fallos 304:1820).

Hasta aquí coincido en la apreciación de la excepcionante. No así con lo sostenido en relación al contenido de la Ley 2979. Dice la Fiscalía que la Ley 2979 de creación del fuero procesal administrativo de fecha 29/1/16, no hizo referencia a la acción prevista en el art. 18 de la Ley 2533, omitiendo incluirla entre la materia comprendida y excluída.

Sin embargo, este argumento es de escaso valor, en tanto la Ley no hizo referencia a ninguna de las leyes que contiene referencias expresas del Tribunal Superior, y respecto de las cuales podrían plantearse dudas, lo cual llevaría a prácticamente vaciar la competencia del fuero.

3. Determinado el alcance del texto que quiso dar el legislador, debe revisarse si se condice con las facultades constitucionales del Superior Tribunal.

El texto constitucional dice que el Tribunal Superior de Justicia ejerce jurisdicción como Tribunal de última instancia, en los supuestos del art. 242, en estos términos: "El Tribunal Superior de Justicia ejercerá jurisdicción: "b. En los demás casos y recursos establecidos por las leyes respectivas."

Si bien este caso, no se trata de una revisión de actos jurisdiccionales, puede considerarse como un "recurso", de los mencionados en el artículo de la norma constitucional.

4. La interpretación propuesta, se ve reforzada en cuanto se advierten razones institucionales que puedan indicar la intervención necesaria del más alto Tribunal Provincial, y dar fundamento a la decisión legislativa.



5. Los argumentos expuestos me llevan a declarar mi incompetencia para intervenir en la presente demanda, en razón de la competencia específica otorgada por la Ley 2533 al Superior Tribunal de Justicia.

Corresponde advertir que al momento de contestar el traslado de la excepción de incompetencia, la parte actora manifestó "esta parte no tiene consideraciones que realizar" (fs. 425).

En virtud de la conformidad prestada, y a fin de evitar mayores dilaciones -siendo que se encuentra pendiente la resolución cautelar y atento a lo dispuesto por el art. 196 del CPCyC- considero pertinente elevar el presente expediente sin más trámite.

6. En cuanto a las costas, teniendo en cuenta lo novedoso del tema y la falta de oposición, corresponde fijarlas en el orden causado (art. 69 CPCyC).

Por todo lo expuesto, RESUELVO:

1. DECLARAR la INCOMPETENCIA de este fuero para entender en la causa y en consecuencia, inhibirme de entender en la misma.

2. ELEVAR -sin más trámite- las actuaciones a la Secretaría de Demandas Originarias, del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén.

3. Imponer las costas en el orden causado (Art. 69 CPCyC).

4. Regístrese. Notifíquese electrónicamente.

Dra. María Cecilia GOMEZ - Jueza