

**///CUERDO:**

En la ciudad de Paraná, Capital de la provincia de Entre Ríos, a los cinco días del mes de diciembre de dos mil diecinueve, reunidos los Señores Vocales, miembros de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Nº 1, a saber: MARCELO BARIDÓN, HUGO RUBÉN GONZALEZ ELIAS y GISELA N. SCHUMACHER, asistidos por el Secretario Autorizante, fueron traídas para resolver las actuaciones caratuladas: **"MUNICIPALIDAD DE PARANA C/ SCHMIT FERNANDO MIGUEL S/ ACCION DE LESIVIDAD"**.

Practicado el sorteo de ley, resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: **BARIDON - SCHUMACHER - GONZALEZ ELIAS**.

Examinadas las actuaciones el Tribunal se planteó la siguiente cuestión para resolver: ¿Corresponde hacer lugar a la demanda promovida por la actora? ¿Cómo deben imponerse las costas?.

**A LA CUESTIÓN PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL BARIDÓN y LA SEÑORA VOCAL SCHUMACHER DIJERON:**

**1.** La Municipalidad de la ciudad de Paraná, por medio de sus representantes **Walter O. Rolandelli, Francisco A. Avero y Guido R. Zufiaurre**, dedujeron acción de lesividad contra Fernando Miguel Schmit y pretendieron que el Tribunal anule el artículo 3 del decreto Nº 12/14 y la totalidad de los decretos 584/14, 590/15 y 591/15, todos de la Presidencia de su Honorable Concejo Deliberante, en adelante HCD, por entenderlos lesivos a los intereses públicos.

Ponderaron admisible la acción ya que la señora presidenta del HCD paranaense hizo lo propio y los declaró lesivos en sede administrativa por decreto 216/16, cumpliendo así con el requisito previsto en el artículo 17 inciso e) del ritual.

Historiaron los antecedentes de Schmit, quien ingreso -dijeron- al funcionariado político para desarrollar el "servicio de coordinación jurídico, contable, legislativo" del HCD.

Repasaron los contenidos de los actos administrativos cuyas declaraciones de lesividad demandaron.

Especificaron que el decreto 12/14 suprimió el servicio de coordinación jurídico, contable, legislativo del HCD; designó interinamente a Schmit en el cargo de Prosecretario del HCD y fijó la composición de su salario con rubros propios del personal de planta estable; lo que la titular del parlamento local consideró un aumento especial de su retribución.

Dijeron que el decreto 584/14 aprobó un manual de misiones y

funciones de la Prosecretaría del HCD manteniendo a Schmit en el cargo de prosecretario de dicho cuerpo deliberativo; mientras que el N° 590/14 ordenó corregir la información consignada en su recibo de haberes; y por último el decreto 591/14 aclaró que la designación del hoy demandado mediante su par N° 12/14, fue en la planta de personal permanente del HCD.

Fundaron en derecho las razones por las cuales promovieron las declaraciones de lesividad. Ponderaron que el cargo de Prosecretario del HCD de la ciudad de Paraná es un puesto de naturaleza política y no pertenece a la planta estable de personal. El titular del HCD que designó a Schmit como prosecretario carecía de facultades al efecto, en tanto por acta acuerdo aprobada por Ordenanza 9183 se dispuso que el ingreso a la administración municipal será por concurso público y se limitó las facultades de las autoridades del HCD y del Poder Ejecutivo de la Municipalidad de Paraná para designar personal de modo transitorio con el objeto de cubrir vacantes producidas por fallecimientos, renunciaciones o jubilaciones en lugares de importancia relevante.

Entendieron también aplicable a la lesividad que promovieron lo prescripto en el artículo 2 de la Ordenanza N° 4220 y en el artículo 190 de la ley 10.027; cuyos textos transcribieron. Asimismo también introdujeron la interpretación que el HCD de Paraná efectuó del carácter político del cargo de prosecretario previsto en el artículo 24 de su reglamento.

Tacharon finalmente de absurda la designación de Schmit. Detallaron la prueba, reservaron cuestión federal suficiente para apelar a la Corte Suprema vía extraordinaria en la hipótesis en que la jurisdicción ordinaria no acceda a lo que solicitaron y peticionaron por la declaración de lesividad de los actos que promovieron.

**2.** Presidencia declaró admisible el proceso y la Municipalidad de Paraná amplió demanda informando la sustanciación de una acción de amparo que dirigió Schmit por la suspensión preventiva de su designación que tramitó por carátula "*SCHMIT FERNANDO MIGUEL C/ MUNICIPALIDAD DE PARANÁ S/AMPARO*" Expte. N° 440 que finalizó con su rechazo. Además la comuna optó por el proceso sumario y ratificó la prueba ofrecida en su oportunidad agregando la sentencia antes indicada.

**3.** Se presentó a estar a derecho Schmit con el patrocinio letrado de **German Coronel**. Dedujo reposición contra las decisiones que imprimieron al proceso trámite sumario y solicitó en su lugar el ordinario, a lo que el Tribunal accedió por interlocutorio hoy firme.

**4.** Schmit, patrocinado por Coronel, contestó demanda. Cumplió

con la carga que le impone el ritual y negó todas y cada una de las aseveraciones allí efectuadas.

Historió los antecedentes del cargo de prosecretario del HCD de Paraná. Indicó que ya figuró en la Ordenanza Nº 6975 de fecha 6/05/87 como también en el decreto de Presidencia aprobatorio del organigrama del HCD Nº 696/91 del 26/09/91. El primer prosecretario del cuerpo y único antes que él, fue designado por decreto HCD 01/90 del 2/01/90, quien se jubiló -dijo- como empleado de la planta permanente municipal y desde su nombramiento hasta su retiro se mantuvo en la función sin ninguna validación por las autoridades.

Defendió su designación como prosecretario, la que entendió fue efectuada por el Presidente del Cuerpo en ejercicio de la competencia asignada por el artículo 96 inciso h) de la ley 10.027 en la planta de personal estable de la municipalidad de Paraná por Decreto Nº 12/14 en el lugar que dejó vacante su predecesor.

Entendió que el decreto 584/14 lo confirmó en el cargo y en la función de prosecretario, pese a lo cual el Departamento Ejecutivo Municipal como liquidador de haberes de la totalidad de los agentes, le siguió abonando el sueldo como subsecretario, motivando así el decreto aclaratorio Nº 591/15 indicativo de su condición -dijo- de empleado de planta permanente.

Detalló las licencias que le fueron concedidas atento a su situación de revista, su participación en los actos oficiales de jura de nuevas autoridades comunales y su presencia en las sesiones extraordinarias en las que se trataron diversos proyectos de ordenanzas.

Señaló que la relación se mantuvo estable hasta que el bloque "Cambiemos" del parlamento local promovió la elección del prosecretario del cuerpo, previa interpretación del reglamento respectivo que concluyó en que dicho cargo integra la planta de personal político, no estable. Fue así que se notificó del decreto 216/16 de Presidencia del HCD que declaró lesiva su designación.

Denunció que al poco tiempo de su desvinculación, la presidencia del HCD designó -por decreto 235/16- nuevo prosecretario en los términos establecidos por el artículo 24 del reglamento del cuerpo y hasta tanto ésta así lo determine o se produzca la vacante; lo que entendió contradictorio con las consideraciones tenidas en cuenta para separarlo del mismo cargo y función.

Cuestionó la exigencia del concurso previo a la designación en la planta de personal estable del HCD con cuatro decretos de su presidencia -295/16, 370/16, 382/16 y 409/16- que nombraron personal luego de su desvinculación sin

cumplir con tal requisito y sin existir en tres de los casos vacantes; de lo que concluyó que la promoción de la lesividad fue arbitraria y respondió a intereses políticos.

Detalló la prueba documental que acompañó y el resto de la que ofreció. Reservó caso federal suficiente para recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el caso en que la jurisdicción ordinaria rechace su pretensión y peticionó por el acogimiento de la demanda, la declaración de inconstitucionalidad del Decreto 7/16 del HCD, su reincorporación al cargo de prosecretario del HCD de la ciudad de Paraná, el pago de salarios caídos, reconocimiento de antigüedad, aportes y contribuciones a la seguridad social, intereses y costas.

**5.** Corrido el traslado que ordena el artículo 56 del rito, contestó la Municipalidad y acompañó diversos decretos.

**6.** Se abrió la causa a prueba. Luego de negar la incorporación de un "hecho nuevo", consistente en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por el que declaró inadmisibile el recurso de hecho que promovió el demandado contra el rechazo de su recurso extraordinario que dedujo contra la sentencia de la otrora Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos en autos *"SCHMIT FERNANDO MIGUEL C/ MUNICIPALIDAD DE PARANÁ S/AMPARO"*; el Tribunal ordenó y produjo la que sigue:

a) copia de los decretos N° 13/17; 352/18 e informe de la Dirección General de Recursos Humanos de la Municipalidad de Paraná de fojas 252 a fojas 258;

b) Nota N° 102 de fecha 29/10/18 en respuesta a los despachos N° 436 y N° 437 de fojas 260 a fojas 269, formándose legajos que corren apiolados por cada respuesta conforme constancia de Presidencia a fojas 270.

**7.** Clausurado el período alegó la Municipalidad por medio de sus representantes a los que se sumó **María Lidia Taleb**. Valoraron la prueba producida como indicativa del carácter político de la designación transitoria en cuestión y respecto de los nombramientos en planta permanente luego de su desvinculación interpretaron que se trataron de cuatro casos de regularización de situaciones de revistas. Subrayaron que Schmit laboró y percibió haberes correspondientes a una categoría fuera del escalafón y en consecuencia de naturaleza política no estable. Hizo lo propio el demandado, quien en extenso memorial formuló apreciaciones sobre las secuencias cronológicas que originaron los decretos declarados lesivos. Reiteró sus apreciaciones sobre los actos administrativos que le otorgaron licencias ordinarias y sobre su participación funcional en el traspaso de gestiones municipales. Insistió en que la actora no probó la lesividad que endilgó a su nombramiento. Detalló la prueba

que a su juicio acreditó que la figura de prosecretario es de naturaleza estable: ordenanza 6975, gestión de su predecesor en el cargo sin solución de continuidad hasta su jubilación, aplicación a su caso de las ordenanzas 6283 -licencias- y 6883 -bonificación- previstas para empleados de planta. Repitió sus interpretaciones del artículo 24 del Reglamento del HCD de Paraná y del proyecto de un concejal sobre la modificación a dicha norma en el tratamiento del cargo de prosecretario. Ponderó, nuevamente, las designaciones efectuadas en el HCD luego de su desvinculación. Entendió excepcionado su llamamiento del concurso previo. Impugnó las respuestas actorales a los despachos 436 y 437. Concluyó en que la municipalidad actora no probó la lesividad que invocó mientras que él acreditó más de un año de servicios y gozaba de estabilidad.

**8.** Opinó el Ministerio Público Fiscal por intermedio de su Fiscal Coordinadora Suplente **Aranzazú Barranteguy**. Detalló las postulaciones de las partes en contienda y auspició acoger la demanda ya que entendió, atento los reglamentos que puntualizó, que los cargos de secretario y prosecretario del HCD comparten la misma naturaleza jurídica y aquel es político.

**9.** Estimamos conveniente despejar de los cuatro actos administrativos cuyas lesividades persigue la Municipalidad de Paraná, el núcleo de la controversia, cual es, si la designación de Schmit lesionó o no los intereses públicos locales; más allá que se exprese o no, como más adelante veremos, en la totalidad de los actos cuestionados.

**10.** La Constitución Provincial en primer lugar, las leyes provinciales y la legislación local son las que diseñan la conformación de las distintas plantas de personal que integran las estructuras administrativas y de gobierno de las diversas organizaciones estatales, y particularmente de la ciudad.

Así es que la correspondencia entre cargo presupuestado y función encomendada, según estructura orgánica y de planta de personal a la que pertenecen, no depende de la voluntad inmotivada y ocasional de la autoridad de nombramiento, ni de la composición salarial y/o el régimen de licencias del también ocasional numerario que cubre cargo y función, ni menos aún de las vicisitudes históricas del vínculo que unió al Estado con quién lo cubrió antes; sino de la ley y de lo que ésta permite.

Habrá que estudiar y desmenuzar el bloque de legalidad administrativa que rige la conformación de la planta de personal en el HCD de la ciudad de Paraná, para luego precisar que cargo y función integra cada elenco - estable o inestable, o como se ha denominado en el pleito, político-; y en particular el

de prosecretario, cuya existencia, cargo presupuestario y función no han sido puestos en duda.

**11.** El Tribunal tuvo ocasión de analizar el complejo diseño de la composición de la planta de personal con revista en el Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de Paraná en el fallo "*GONZÁLEZ JORGE ALBERTO Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE PARANÁ S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*" del 13/09/19.

Consultado el Tomo VII del Digesto Jurídico Municipal titulado "Honorable Concejo Deliberante" y disponible en <https://digesto.parana.gob.ar/index.php/tomos/tomo-vii>; no hay norma publicada que modifique aquellas conclusiones para su Departamento Deliberativo; de ahí que la revista del personal del HCD, según la estabilidad o inestabilidad del vínculo que une al funcionario (término utilizado en sentido amplio, comprensivo de agente) puede clasificarse en:

a) funcionarios públicos políticos previstos en el artículo 2 incisos a), b) y c) de la Ordenanza 4220 (B.O. 18/05/87), cuyos vínculos jurídicos con el estado municipal perduran por el período en que fueron electos o hasta que finalizan sus nombramientos y/o designaciones por la razón que fuese, originariamente transitorias y sin derecho a la estabilidad constitucional;

b) planta permanente de empleados integrada por aquellos que desempeñan un trabajo en la comuna y perciben una remuneración determinada en el presupuesto de gastos y en ordenanzas especiales; conforme el artículo 1 de la Ordenanza 4220 y gozan de estabilidad prevista en el artículo 42 de la Constitución Provincial;

c) planta transitoria de empleados compuesta por quienes no integran a la planta permanente y cuya existencia fue prevista en el Capítulo V de la Ordenanza 8726 (B.O. 26/12/07). Dentro de esta última:

c.1) personal de gabinete: afectado al asesoramiento y colaboración de las autoridades superiores del municipio (artículo 28 primera parte Ordenanza 8726);

c.2) personal temporario: afectado a la realización o ejecución de servicios, explotaciones, obras o tareas prestadas por el municipio que fueren necesarias para complementar el ejercicio de las acciones y competencias asignadas a cada jurisdicción (artículo 28 segunda parte Ordenanza 8726);

c.3) personal que revista con reconocimiento de servicios, conforme el artículo 1 de la Ordenanza 6690 (disponible en <http://www.parana.gob.ar/digesto/>);

c.4) personal contratado directamente según el artículo 2 de la Ordenanza 7798 (B.O. 26/08/96);

c.5) personal contratado para enseñanza en los talleres y pagado mediante horas cátedra, conforme Decreto 345/09 modificado por Decreto 458/13 (disponible en <http://www.parana.gob.ar/digesto/>);

c.6) personal contratado por contratos de asesoría, de obra o servicios según Ordenanza 9183 (B.O. 10/01/14);

c.7) personal vinculado por intermedio de pasantías educativas según Decreto 228/12 (disponible en <http://www.parana.gob.ar/digesto/>).

Desde la perspectiva escalafonaria, al primero de los grupos en los que se clasificó a la revista municipal en general -el funcionariado político paranaense-, a su vez se lo puede subdividir en otros dos subgrupos, fuera y dentro del escalafón; mientras que a los numerarios municipales locales con prestación efectiva en la planta de personal permanente del municipio, el segundo de los grupos antes apuntados, únicamente dentro del mismo.

Fuera de dicho escalafón y en lo que respecta al Órgano Deliberativo del Gobierno Municipal se encuentran aquellos funcionarios con cargos de Vicepresidente Municipal, Concejales, Secretarios de Bloques y Secretario del HCD (artículos 234 y 235 de la Constitución Provincial; artículo 2 inciso b de la Ordenanza 4220 y artículo 95 inciso k) de la ley 10.027 según t.u.o por Decreto 4706/12 B.O. 6/2/13).

También fuera de tal estructura se encuentran aquellos funcionarios con revista en uno y otro órgano en que se divide el gobierno local -artículo 233 de la Constitución Entrerriana- que *"... sin ser agentes de la administración municipal sean designados en cargos de director, subdirector, jefe de departamento, subjefe de departamento, jefe de sección o similar sin ajustarse a las disposiciones de esta ordenanza, no tendrán derecho a la carrera ni a la estabilidad, pudiendo dejarse sin efecto su designación por resolución del Departamento Ejecutivo o Concejo Deliberante, según corresponde, sin necesidad de ningún recaudo."* (artículo 2 inciso c de la Ordenanza 4220).

Dentro del escalafón se ubican aquellos empleados de la planta estable de la Municipalidad de Paraná con revista en uno y otro órgano en que se divide el gobierno local -artículo 233 de la Constitución Entrerriana- que hayan sido promovidos a los cargos de directores, subdirectores, jefes de departamentos, subjefes de departamentos, jefes de sección y/o "similar" ajustándose a la Ordenanza 4220 (interpretación en sentido contrario a lo dispuesto por el artículo 2 inciso c de la

Ordenanza 4220). Tales cargos se emplazan en el escalafón general en las categorías N° 24 y al menos en las categorías 23 inicial, 21 inicial, 16 inicial, 16 inicial y 16 inicial, respectivamente.

La cobertura de puestos integrantes del funcionariado -director, subdirector, jefe de departamento, subjefe de departamento, jefe de sección o similar- por personal con revista en la planta permanente de la Municipalidad de Paraná es posible ya que los mismos integran simultáneamente el entramado político y el último tramo de la trayectoria administrativa municipal denominado "Agrupamiento de Personal Jerárquico" en los que pueden ser promocionados en sus carreras los agentes (artículos 13 y 2 inciso c) de las Ordenanzas N° 7215 (B.O. 29/01/91) y N° 4220, respectivamente). Esta particularidad en la revista comunal local fue analizada en detalle en el fallo *"ISAAC PEDRO MIGUEL C/MUNICIPALIDAD DE PARANÁ S/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO"* del 21/09/18.

Como vimos, la autoridad de nombramiento puede emplazar en tales lugares a personas extrañas a la planta de personal permanente municipal o bien convocar a concurso y promover al triunfador, personal de la planta estable, al cargo jerárquico. En el primer caso los nombramientos finalizaran cuando sean dejados sin efecto, sin derecho a la estabilidad constitucional; mientras que en el segundo la designación resultante del concurso consolida el nivel jerárquico alcanzado en el derecho a la estabilidad en el empleo.

**12.** Para determinar la ubicación del cargo de prosecretario del HCD de Paraná en una u otra planta, política o estable, según tal como fue propuesto el debate por las partes en contienda, habrá que someterse a lo que diga la ley específica al respecto.

Descartamos e insistimos en que la previsión de un cargo en un organigrama indique pertenencia a alguna de las plantas de personal que integran la revista municipal, en la medida en que se tratan de diseños de armazones administrativas y de gobierno que comprenden, o aspiran a hacerlo, todas las funciones, estables o inestables. Ver al respecto el decreto 696/91 acompañado por la demandada a fojas 165 y 166 que prevé el cargo de Presidente del HCD, entre otros, de naturaleza jurídica política.

Las normas generales que diseñan las estructuraciones del gobierno y de la administración locales no mencionan al cargo de prosecretario del HCD. No aparece ni en la Constitución Entrerriana; ni en el Reglamento General de Municipios Ley N° 10.027; como tampoco en las Ordenanzas 4220 y 7215 que definen que funcionarios integran las plantas de personal que componen la revista municipal y

categoriza a la que resulta estable, respectivamente. Lo previó sin mayores precisiones el Decreto 696/91 en el organigrama del HCD de Paraná, copia acompañada por la demandada a fojas 166 y 165; mientras que el artículo 24 del Reglamento del HCD, particularmente a fojas 54 de la copia que adjuntó la actora, estableció los casos en que estará encabezando la Secretaría del HCD y cuales son sus funciones.

Ninguno de los preceptos que lo mencionan lo ubicó en una u otra planta.

En la medida en que la demandada afirmó que el cargo de prosecretario del HCD de Paraná se sitúa en su estructura de personal permanente, la clave está, a nuestro juicio, en estudiar como se compone la misma para luego proyectarle los efectos que irradia la distinción entre funcionariado político, de gobierno o de gabinete por un lado y personal de la planta estable por otro que efectuó la Ordenanza 4220 y así concluir en cual se ubica el cargo en cuestión.

Adelantamos que la situación de Schmit se subsume en el inciso c) del artículo 3 de la Ordenanza 4220, ya transcripto, por el cual excepcionó del amplio concepto que la norma diseñó para definir quien es empleado de la planta estable de la Municipalidad de Paraná a aquellos que sin ser agentes de la administración municipal han sido designados en el "Agrupamiento de Personal Jerárquico" del escalafón general municipal -cargos de director, subdirector, jefe de departamento, subjefe de departamento, jefe de sección o "similar"- sin haberse ajustado a las disposiciones de la ordenanza; en consecuencia tales designaciones *"...no tendrán derecho a la carrera ni a la estabilidad, pudiendo dejarse sin efecto su designación por resolución del Departamento Ejecutivo o Concejo Deliberante, según corresponde, sin necesidad de ningún recaudo"*.

Veamos.

**13.** El personal de la planta permanente de la municipalidad de Paraná se encuentra escalafonado por Ordenanza 7215, que es de aplicación universal a todo el personal de estable del municipio, a excepción del contemplado en el artículo 2º, incisos a), b) y c) de la ordenanza N° 4220; conforme lo establece su artículo 1º.

Para ubicar el cargo de prosecretario del HCD en el escalafón municipal, de ser posible, habrá que efectuar algunas precisiones.

Su inexistencia en el escalafonamiento municipal obliga a asimilarlo a uno existente. Resulta "asimilable" o "similar" a aquellos que integran la Agrupación de Personal Jerárquico, artículo 13 de la Ordenanza 7215, en la medida en que la caracterización que del grado efectuó dicho artículo coinciden con las tareas del

manual de misiones y funciones aprobado por decreto 584/14, obrante a fojas 8 y 9.

Los eslabones integrantes del agrupamiento jerárquico -artículo 13 Ordenanza 7215-, comprenden a los agentes que ejerzan funciones de conducción, supervisión, asesoramientos o auditorías sobre las labores encomendadas al personal bajo su mando; mientras que el Prosecretario del HCD de Paraná tiene según el manual apuntado, funciones de coordinación -lo que supone conducción-, asesoramiento, subrogación legal de la figura de Secretario del HCD y supervisión, entre las más destacadas, sobre el trabajo del personal el HCD.

Contribuye a una identificación del puesto de prosecretario con la jerarquía escalafonaria jerárquica que propiciamos, el salario correspondiente al de subsecretario del Departamento Ejecutivo con que se dispuso retribuir sus tareas y complementarlas con el adicional por responsabilidad funcional destinado a pagar "por mayor responsabilidad" (artículo 3 del Decreto Nº 12/14). La remuneración de funciones con cargos altamente escalafonados significa jerarquía y no a la inversa.

**14.** Para definir si las menciones de personas ajenas a la planta permanente del personal municipal en un cargo correspondiente al agrupamiento jerárquico o asimilable integran o no el elenco estable, la Ordenanza 4220 en su artículo 2 inciso c) utiliza el método de selección por defecto: si la designación se efectuó con ajuste a sus disposiciones la integran; de lo contrario no.

En el caso de Schmit y en lo que aquí interesa, habida cuenta que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus argumentaciones sino tan sólo pronunciarse acerca de aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones y resulten decisivas para la solución de la controversia; la administración local declaró lesiva a los intereses públicos su designación y la denunció en consecuencia, básicamente por haber sido efectuada contrariando lo dispuesto por el inciso c) del artículo 2 de la Ordenanza 4220. Ver considerandos del decreto 216/16 de fojas 15 a fojas 20, puntualmente a fojas 18.

Entendemos asiste razón a la Municipalidad de Paraná. La designación de Schmit, ajeno hasta entonces a la planta de personal estable de la municipalidad, en un cargo asimilable al personal jerarquizado se hizo sin ajuste a las disposiciones de la ordenanza 4220 que regula su ingreso, particularmente sin concurso previo.

No hay debate sobre el ingreso a la planta de personal municipal del hoy demandado como Coordinador del Servicio de Coordinación Jurídico Contable Legislativo de la Secretaría del HCD de Paraná, dispuesta por decreto de presidencia del HCD Nº 24/12 de fecha 23/01/12, cuyo artículo 5 lo encuadró en el inciso a) del

artículo 2 de la Ordenanza 4220, es decir en el funcionariado político sin estabilidad. Ver Ficha Personal de Registro de Antecedentes a fojas 24 y contestación de demanda de lesividad a fojas 179 vuelta y 180.

En consecuencia y pese a las características que le atribuyó el decreto 591/15 a su designación, Schmit carece de los derechos a la estabilidad y a la carrera, pudiendo dejarse sin efecto por la autoridad que lo nombró por otra resolución sin necesidad de ningún otro recaudo. Destacamos a todo evento que la constitucionalidad del inciso c) del artículo 2 de la Ordenanza 4220 no mereció reparos por el demandado.

La decisión municipal desvinculatoria de la relación que existió entre Schmit y el HCD de Paraná fue el decreto de su presidencia Nº 216 del 30/06/16, cuyo artículo 2 suspendió los efectos de, entre otros, el tándem de actos de designación -decretos de presidencia HCD 12/14 y 591/15-; para luego y acto seguido nombrar en los términos establecidos por el artículo 24 del Reglamento Interno del HCD a un empleado del cuerpo por decreto 235 de fecha 21/07/16 hasta tanto así lo decida la Presidencia o se produzca la vacante en el cargo.

**15.** El interés público comprometido en la especie consiste en mantener vigente el principio de legalidad que rige los actos del estado por mandato constitucional -artículo 65- y dispone en consecuencia, el sometimiento de toda su actividad a la ley.

Todos sabemos que el Estado Democrático se relaciona positivamente con la ley, a diferencia de lo que ocurre con los particulares, quienes pueden hacer todo aquello que la ley no manda. Por el contrario, la administración no puede hacer más que aquello que la ley le autoriza o prescribe.

*"Es precisamente el sentido en que debe ser entendida la vinculación de la Administración a la Ley, justificando así el hecho de que no pueda actuar sin una atribución previa de potestades."* (Juan Luis Villar Palasí y Jose Luis Villar Ezcurra en *"Principios de Derecho Administrativo"*, Madrid 1987, T. II, p.10).

La vinculación positiva del Estado con la ley es un postulado de la democracia moderna, insoslayable al analizar la actividad jurídica pública en lo concreto y dirimir, como en el caso, la violación o no al interés público.

El mero interés en la legalidad integra el interés público por definición constitucional. El artículo 65 otorgó a todo habitante de la Provincia, con el sólo objetivo aludido, acción directa para demandar ante el Superior Tribunal de Justicia la inconstitucionalidad de una norma general contraria a la Constitución.

La categoría individual de los actos administrativos declarados

lesivos, no obsta ni evapora el interés público, simplemente circunscribe la acción a los organismos estatales competentes previa declaración de lesividad ante su sede, como ocurrió en el caso.

En definitiva, la designación de Schmit del modo en que se efectuó, es decir de un ciudadano ajeno al elenco estable de la Municipalidad de Paraná, en un cargo jerarquizado y retribuido con una categoría y salario fuera de escalafón y sin la sustanciación de un concurso o examen previo, importó su nombramiento en un puesto de naturaleza política y en consecuencia no permanente; por lo que la ubicación de tal designación en la planta estable de la administración violenta la ley y en consecuencia lesiona el interés público.

**16.** Esta primera aproximación a la naturaleza de la función de prosecretario del HCD de Paraná ya fue efectuada por el Tribunal. En ocasión de tratar el expediente *"MIGONI HECTOR C/MUNICIPALIDAD DE PARANÁ S/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO"* Causa Nº 3187/S del 1/03/16, ubicó al cargo de prosecretario del HCD en la planta de personal político al decir: *"... el objeto del Decreto 377/03 claramente se dirige a declarar el reconocimiento al prosecretario de "los adicionales correspondientes al Personal de Planta Permanente, excluyéndose de la misma el Adicional establecido por el Régimen de Reconocimiento de Reintegro por Gastos de Función", expresión de la cual surge con prístina claridad que el Prosecretario no es categorizado por la norma como un empleado público del escalafón general;..."*.

Cabe destacar que el fallo se encuentra firme; habiendo el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos en sentencias del 29/11/17 y del 28/11/18 declarado inadmisibile el recurso de inaplicabilidad de ley deducido contra la sentencia de ésta Cámara y rechazado el recurso extraordinario federal interpuesto contra dicha inadmisibilidad.

**17.** Pero entendemos que la complejidad del distribuidor municipal de estabilidad e inestabilidad en su planta de cargos presupuestados permite otra ubicación para el prosecretario del HCD.

La administración del HCD de Paraná bien pudo -interpretando en otro de los sentidos que admite la redacción del inciso c) del artículo 2 de la Ordenanza 4220- haber considerado al lugar de prosecretario como integrante de su elenco estable de personal, pero ajustándose a las disposiciones de la citada ordenanza, es decir convocando a concurso de oposición y antecedentes y/o examen, en ambos casos públicos, y designar al triunfador sin perjuicio de tratarse de una persona ajena o no a su planta permanente, sin lesionar los intereses públicos.

En esta hipótesis, que la administración municipal también

contempló en su denuncia de lesividad en tanto consideró lesiva la designación de Schmit sin concurso, su situación empeora.

El Tribunal, en reiteradas ocasiones se pronunció por el mecanismo concursal como método de selección de postulantes, requisito constitucional y legal para el ingreso a la administración pública y particularmente a las corporaciones municipales; como así también calificó de transitorias a aquellas designaciones efectuadas en ausencia de concurso.

**18.** La Constitución de Entre Ríos garantiza una vasta admisibilidad en el empleo público sin más requisito que la idoneidad, previendo al concurso como dispositivo de selección de la aptitud del aspirante al cargo postulado. El derecho público entrerriano lo instauró, por oposición y antecedentes, para el ingreso a la administración provincial por ley 2945 (B.O. 09/01/1933), aún antes de incluirlo en la Constitución mediante la reforma del año 1933 y mantenerlo en la del año 2008 hasta nuestros días para todos los cargos de la planta estable de la administración provincial y municipal.

A su vez, las normas estatutarias legales regulatorias de los vínculos laborales con que el Estado Provincia o Municipal se relaciona con sus dependientes, presentan diversas articulaciones -concursos propiamente dichos, exámenes, cursos, reclutamientos, etc.- para cumplir con los cometidos constitucionales.

Dicho diseño, aparece en principio y en la medida en que no contengan condiciones segregativas basadas en datos irrelevantes o censurables por el sistema para la elección a efectuar, como razonable.

La Ordenanza 4220 lo previó en su artículo 5 en las modalidades de examen o concurso propiamente dicho. El artículo 8 especificó que: *"cuando se trate de personal del Honorable Concejo Deliberante, éste reglamentará los exámenes y concursos y los cuestionarios para las pruebas de competencia serán confeccionados por el secretario y el Tribunal Administrativo"*; tribunal creado por la misma norma y regulado en sus artículos 79 a 83 y el cual integró el propio Schmit a tenor de lo consignado en su legajo personal a fojas 24, por designación efectuada por Decreto 1682/12 de fecha 7/11/12.

De haber sido considerado el cargo de prosecretario integrante de la planta estable de empleados municipales, dada su calidad de subrogante legal del secretario del HCD, inviste delicadas competencias administrativas cuando suple a éste último, tales como la convocatoria a los concejales a las sesiones, aprobar sus temarios, computar el resultado de las votaciones, confeccionar las actas, llevar el

registro de las ordenanzas, oficiar de secretario de la Junta Electoral Municipal (incisos 2, 4, 6, 11, 14, 18 del Reglamento del HCD obrante a fojas 52 y 53), entre las más trascendentes; cuyos cumplimientos exigen la selección de una persona idónea, siendo el concurso el mecanismo eficaz y eficiente para lograrlo.

En tal sentido, dijo el Tribunal que: *"El método constitucional y estatutario previsto para la selección de los mas adecuados perfiles profesionales para mejorar el funcionamiento de la administración pública en los niveles jerárquicos es el concurso ... La ausencia de convocatoria del concurso público conforme la Constitución y el Estatuto para la cobertura de un cargo creado hace más de ocho años conspira contra la eficiencia de los servicios estatales y no admite mayores dilaciones, máxime no habiendo motivo aparente que impida la regularización."*; en *"MILDENBERGER MIGUEL ANGEL ALBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE PARANÁ S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO"* Expte. N° 033 de fecha 15/11/18.

Schmit fue designado interinamente -artículo 2 del decreto de Presidencia de la HCD 12/14 a fojas 7-, sin concurso previo de selección de antecedentes y oposición o al menos un examen, como lo establece la Ordenanza 4220. Los términos utilizados por la administración al dictar sus actos no son superfluos sino que, por el contrario, han sido empleados con algún propósito. De ahí que un nombramiento interino efectuado en el marco del estatuto del empleado municipal estable de Paraná como alegó la demandada; supone lógicamente el posterior sometimiento a un concurso o examen. Luego del paso exitoso por dicha instancia debidamente finalizada, el otrora postulante y hoy concursante, puede exigir a la administración su ingreso a la planta de personal permanente, siempre y cuando, claró está, se verifiquen el resto de los requisitos legales, presupuestarios, etc.

La transitoriedad en las designaciones funcionales y su impacto en el derecho constitucional a la estabilidad, conceptos aplicable por similitud al interinato, fueron analizadas por el Tribunal llegando a las siguientes conclusiones:

*"La designación de un agente en una función sin haber transitado el procedimiento formal exigido por el Estatuto del concurso determina su naturaleza precaria y por ende sujeto a la vicisitudes que surgieran de las decisiones discrecionales que llevan a asignar la función en dicha forma como asimismo dejarla sin efecto para designar otro o dejar vacante el mismo hasta que nuevamente se decidiera asignarle esa función ... No se incorpora el derecho a la estabilidad en el cargo si no se ingresa por el sistema de concurso tal y como lo establece la Constitución provincial reglamentada por el estatuto y escalafón municipal"* *"AZAR, JOSE DANIEL C/ MUNICIPALIDAD DE GUALEGUAY S/ CONTENCIOSO*

*ADMINISTRATIVO*", Expte. N° 140, del 27/08/18.

Por último el acto administrativo aclaratorio N° 591/15, obrante a fojas 13 y 14, no hizo mérito alguno para justificar él o los motivos que con suficiente entidad, hayan aconsejado al Presidente del HCD de Paraná apartarse del concurso previo al ingreso a la administración local y explicar por que razones aquella designación interina, sin solución de continuidad ni motivo alguno, mutó a estable.

En autos quedó acreditado que la designación de Schmit en planta permanente lo fue en realidad en un cargo inestable, lo que importó una lesión al interés público entendido como el respeto a la legalidad a la que se debe someter el estado su actividad.

Pero además, de haber considerado la función de prosecretario del HCD como integrante del elenco definitivo de personal como pretendió Schmit; los nombramientos del mismo sin concurso previo, como ocurrió en su caso o sin justificar debidamente el apartamiento de tal procedimiento, máxime cuando se efectúan en cargos jerarquizados; también lesionan el interés público consistente en garantizar a la comunidad la selección dentro de los candidatos idóneos al más apto para cumplir la tarea mediante un dispositivo, sea concursal o examinador, que lo permita elegir a la administración a la persona más apta, sin proscripciones ni discriminaciones aberrantes prohibidas por el artículo 36 de la Constitución Provincial.

**19.** Schmit invocó y acreditó que el HCD de Paraná que lo desvinculó, posteriormente efectuó numerosas designaciones con carácter estable sin cumplir el requisito concursal. De la prueba remitida por el órgano deliberativo local, surge que por decretos de presidencia que se detallan, fueron realizadas investiduras en planta permanente en las condiciones apuntadas: 198/14 del 5/05/14; 465/15 del 26/08/15; 295/16 del 2/09/16; 370/16 del 2/11/16; 382/16 del 9/11/16; 409/16 del 21/11/16. El resto de los actos administrativos acompañados e incorporados al legajo de documental formado en respuesta al oficio 436 que corre apiolado, son aprobaciones de contratos de locaciones, con la excepción del decreto 585/15 del 21/10/15 por el cual el presidente del HCD de Paraná dispuso el cambio de situación de revista de personal contratado a la de "contratados con estabilidad" de cuatro agentes que a posterioridad fueron designados sin concurso en planta permanente por los decretos previamente apuntados.

Recurrió para deslegitimar la decisión administrativa que consideró lesivos los instrumentos que a él lo designaron, la teoría del acto propio, a la que relacionó con los decretos antes detallados por los cuales y a posterioridad de su desvinculación, las autoridades del HCD de Paraná designaron personal sin el

concurso que en su caso la declaración de lesividad le reprochó ausente.

Para que la teoría del acto propio pueda ser aplicable la doctrina exige identidad subjetiva en la relación en donde se analiza la hipotética contradicción; lo que no ocurre en el caso. El demandado denunció la comparación de lo ocurrido en *su* relación con el HCD con lo acontecido en *otras* relaciones que involucraron a *otras* personas con el HCD. No hay identidad subjetiva ni tampoco unidad relacional.

Tampoco prospera la teoría del precedente. El otrora Fiscal de Coordinación por ante el fuero, Alejandro Joel Cánepa, explicó los requisitos del precedente administrativo de inexcusable presencia para que obligue a la administración, en dictamen que el Tribunal hizo suyo: " ... 1) *que exista identidad subjetiva: para poder considerar vinculante al precedente administrativo, es necesario que tanto la actuación constitutiva de precedente como aquélla con respecto a la cual dicho precedente se alega procedan de la misma Administración pública;* 2) *que haya también una identidad objetiva: cuando se afirma que, para poder aplicar la doctrina del precedente, debe existir una identidad objetiva entre dos actuaciones de la Administración, se quiere decir que los elementos objetivos (objeto, causa y forma) de ambas actuaciones han de ser similares, haciendo falta que el objeto de ambas actuaciones administrativas, es decir, la declaración de voluntad, de conocimiento, y también su contenido, sean parecidos. También es estrictamente exigible que exista similitud entre las circunstancias que dieron lugar a ambas actuaciones; si las circunstancias o presupuestos de hecho son similares, y en el segundo caso la Administración actúa de un modo diferente, es que no está cumpliendo los fines que el ordenamiento señala a la potestad utilizada;* 3) *que no existan razones de interés público para apartarse del precedente: pero aquí nos hallamos ante una situación excepcional, contraria a los principios generales del Derecho (igualdad, seguridad jurídica y buena fe) y que, en consecuencia, no debe ser interpretada extensivamente. Por ello, cuando la Administración se aparta de estos principios, tiene la carga de probar que existe un interés público que así lo justifica. En otras palabras, el interés público contrario a los principios generales del Derecho no se presume; y* 4) *que el precedente no sea ilegal: **una ilegalidad no justifica una cadena de ilegalidades, ni el ordenamiento puede amparar que se perpetúen situaciones antijurídicas. El fundamento del carácter vinculante del precedente es la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica-, en ningún caso, la igualdad y la seguridad antijurídicas. Se trata, en definitiva, de supuestos de colisión de dos principios generales del Derecho: el de igualdad y el de legalidad. Es***

**obvio que, al no ser compatibles, debe prevalecer el segundo** (ver: Viale, Claudio Martín, "El precedente administrativo", Nota al fallo "Vigilante" del TSJ, LLC 2001-406,2001; Cassagne, Juan Carlos "Derecho Administrativo", Tomo I, 5ta. ed., Abeledo Perrot, Bs. As., 1996, pág. 171; Luis María Díez-Picazo, "La doctrina del precedente administrativo", Revista de Administración Pública Nº 98, 1982)." (FRANCHESSI MIRTA GRACIELA C/ ESTADO PROVINCIAL S/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO" del 31/03/17; el destacado no es del original).

En el mejor de los casos, todos los precedentes invocados por Schmit son ilegales ya que en ninguno, como también ocurrió en el suyo, se cumplió con el requisito de selección concursal o examinatoria previa.

En la respuesta a los oficios 436 y 437 obrante de fojas 260 a fojas 269; la titular y el secretario del HCD de Paraná informan al Tribunal que "...a partir de la regularización de los empleados .... no se han verificado más pases a planta permanente en la presente gestión hasta la fecha. En rigor, cada vacante que se ha ido produciendo, ya sea por fallecimiento o por jubilación ha contribuido a la paulatina reducción de la planta permanente, dado que no se han efectuado nuevas designaciones en planta. Además, como se adelantó mas arriba, en la actualidad no hay contratados bajo la modalidad de servicios dentro del Concejo Deliberante." (fojas 266).

A tenor de la aseveración oficial, los precedentes invocados por el demandado no parecen reflejar una práctica del HCD de Paraná como lo sugirió en su contestación de la demanda de lesividad, o al menos desde hace unos años a esta parte; lo que se suma al ya señalado carácter ilegal de las decisiones a comparar, motivos suficientes para rechazar la defensa intentada.

**20.** Retomando el comienzo de este análisis, el núcleo controversial consistió en indagar si la designación del demandado Fernando Schmit en el cargo de prosecretario del HCD considerándolo incluido en la planta permanente del estado municipal lesionó o no los intereses públicos; a lo que concluimos afirmativamente.

La lesión al interés público que denunció la Municipalidad de Paraná primero en el acto 216/16 y luego en su demanda de lesividad no necesariamente se vio reflejada en la totalidad de los actos administrativos cuyas lesividades ante su sede declaró y ante esta demandó.

Declarar lesivo en esta sede indiscriminadamente a la totalidad de los actos denunciados no solo no corresponde sino que además puede acarrear consecuencias impensadas e indeseadas, dadas las funciones actuariales que los

reglamentos asignaron al prosecretario; por lo que los efectos de la lesividad serán destinados a aquellos actos que de modo directo hayan afectado el interés público mediante la designación ilegal.

Desde esta perspectiva el artículo 3 del decreto N° 12/14; y la totalidad de los decretos N° 584/14 y N° 590/15 no lucen lesivos. No advertimos como una designación transitoria o la aprobación del manual de funciones puedan lesionar el interés público de modo directo. Tampoco una retribución fuera de escalafón pero dentro de la grilla salarial municipal lo afecta, al menos de una manera directa. Estimamos, en principio, que podría tratarse de una asignación salarial desigualitaria en relación al resto del personal que cumple tareas asimilables que indirectamente lesiona el ideal democrático de igualdad salarial, cuya integración al decálogo temático que compone el interés público, al menos en este estadio de su desarrollo, se encuentra en dudas.

Por el contrario, el decreto 591/15 en cuanto manifestó, vía aclaratoria, que el cargo en el que Schmit fue designado sin concurso y en violación a lo dispuesto por el inciso c) del artículo 2 de la Ordenanza 4220 pertenece a la planta permanente concentra la lesividad denunciada.

En consecuencia proponemos hacer lugar parcialmente a la demanda y declarar lesivo a los intereses públicos municipales por las razones apuntadas el decreto de la presidencia del HCD de Paraná N° 591/15 e imponer las costas al demandado, por así establecerlo el principio general de la derrota. Honorarios oportunamente.

**21.** Por último entendemos inoficioso el tratamiento de la [in]constitucionalidad del decreto 7/16 del HCD pretendido por el demandado, atento a las conclusiones arribadas en el presente.

### **A LA MISMA CUESTIÓN PROPUESTA, EL SEÑOR**

**VOCAL GONZALEZ ELIAS** expresa que en razón de existir coincidencia en los votos precedentes hace uso de la potestad de abstención que le otorga el art. 47 de la LOPJ 6902.-

Con lo que no siendo para más, se dio por finalizado el acto quedando acordada la siguiente sentencia:

**Marcelo Baridón  
Presidente**

**Hugo Rubén Gonzalez Elias  
Vocal de Cámara  
*-abstención-***

**Gisela N. Schumacher  
Vocal de Cámara**

**SENTENCIA:**

**PARANÁ, 5 de diciembre de 2019.**

**VISTO:**

Por los fundamentos del Acuerdo que antecede y lo dictaminado oportunamente por el Ministerio Público Fiscal;

**SE RESUELVE:**

**I.-** Hacer lugar a la acción de lesividad promovida por la **Municipalidad de Paraná** y, en consecuencia, anular el Decreto del Honorable Concejo Deliberante N° 591/15 de fecha 22/10/2015 por resultar lesivo a los intereses públicos.

**II.-** Imponer las costas del presente al demandado vencido **Fernando Miguel Schmit** (art. 65, aplicable por remisión dispuesta por el art. 88 CPA).

**III.** Diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

Registrar, notificar, conforme arts. 1 y 4 del Acuerdo General N° 15/18 del Superior Tribunal de Justicia -Sistema de Notificaciones Electrónicas (SNE)- y, en estado, archivar.

**Marcelo Baridón  
Presidente**

**Hugo Rubén Gonzalez Elias**  
**Vocal de Cámara**  
*-abstención-*

**Gisela N. Schumacher**  
**Vocal de Cámara**

**ANTE MI:**

***Pablo F. Cattaneo***  
***Secretario***

**Se registró. CONSTE.**

***Pablo F. Cattaneo***  
***Secretario***