

## ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL SOBRE LA MOTIVACIÓN DEL ACTO QUE RESUELVE UN CONCURSO DOCENTE EN UNIVERSIDADES NACIONALES

SUMARIO: I) El caso en comentario: hechos, antecedentes y trámite; II) Los concursos docentes en la Universidad Nacional de La Plata; III) La motivación del acto de designación: posiciones en tensión y una propuesta; IV) Conclusiones.

### I) EL CASO EN COMENTARIO: HECHOS, ANTECEDENTES Y TRÁMITE

Un pronunciamiento de mediados del año pasado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puesto fin a un pleito que puso de relieve sendos aspectos relativos al control judicial sobre los concursos docentes en universidades nacionales. A lo largo de su extensa tramitación, la cuestión motivó debate sobre diversos puntos interesantes relativos a los concursos docentes en esas Casas de Altos Estudios, el agotamiento de la vía universitaria, y a los alcances de su control judicial; el tema mayor para nosotros, en esta ocasión, es el alcance del control judicial sobre la motivación de las designaciones (o su omisión) de docentes ordinarios en las universidades.

Conviene, para clarificar los puntos en tensión, realizar una apretada síntesis del trámite que siguió esta causa.

- 1) La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata convoca a concurso para cubrir el cargo de Profesor Titular de la Cátedra I de Derecho Procesal I, en el que se inscriben tres aspirantes.
- 2) La Comisión Asesora interviniente emite dos dictámenes: en el de la mayoría, conformada por profesores, el Dr. Granillo Fernández encabezaba el orden de mérito; y en el de minoría, firmado por la representación estudiantil, ocupaba el segundo lugar.
- 3) Luego de tramitar los dictámenes por diversas comisiones, el plenario del Honorable Consejo Académico concede dos votos a favor del dictamen de mayoría y cinco para el dictamen de minoría; de manera que, no habiendo alcanzado ninguno de los candidatos la mayoría especial requerida<sup>1</sup>, se dejó sin efecto el

---

<sup>1</sup> La Universidad Nacional de La Plata reformó su Estatuto en el año 2008, modificando entre otros aspectos el número de miembros y conformación de los Consejos Directivos de las Facultades (que a partir de esa reforma abandonan la tradicional denominación de Honorable Consejo Académico, para adoptar la indicada de Consejo Directivo) y el artículo 22 del Estatuto de 1996. Ese artículo disponía la mayoría de 2/3 de

concurso.

- 4) El Dr. Granillo Fernández presenta una acción de amparo que tramita por ante el Juzgado Federal N° 2 de La Plata denunciando que había sido calificado como primero en el orden de mérito y la Universidad había omitido designarlo en razón de una discriminación fundada en su filiación política, discriminación que denunció también ante el INADI, dando lugar a que fuera parte en la causa.
- 5) El juez de primera instancia hace lugar a la acción de amparo y declara la nulidad de todo lo actuado por la Universidad con posterioridad a la emisión del dictamen de la Comisión Asesora. Sentencia que, apelada por la Universidad, es confirmada el 8 de junio de 2004 por la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata con un profuso voto del Dr. Vallefín que mereció la adhesión de los Dres. Pacilio y Nogueira.
- 6) Con motivo del recurso extraordinario interpuesto por la Universidad, el 10 de abril de 2007, por remisión al dictamen de la Procuración, la Corte declara la inidoneidad del amparo como vía para ventilar este asunto y revoca la sentencia de Cámara, con la disidencia del Ministro Zaffaroni.
- 7) Así las cosas, el Dr. Granillo Fernández retoma la vía administrativa por el camino del recurso jerárquico ante el Honorable Consejo Superior de la Universidad Nacional de La Plata contra la resolución del Consejo Académico de la Facultad que había dejado sin efecto el concurso. El Consejo Superior rechaza el recurso jerárquico cerrando la vía administrativa.
- 8) Contra esta Disposición fue incoado el "recurso directo" del artículo 32 de la Ley de Educación Superior por ante la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. La Cámara, luego de analizar cuestiones procesales que no hacen al objeto de este trabajo, se remite al voto del Dr. Vallefín emitido en oportunidad de pronunciarse sobre la acción de amparo, haciendo lugar al recurso en sentencia del 17/06/2010.
- 9) La Universidad promueve recurso extraordinario que suscita el pronunciamiento de la Corte Suprema de fecha 02/07/2013 que, por remisión al dictamen de la Procuración, revoca la sentencia de Cámara y confirma la actuación de la Universidad, nuevamente con la disidencia del Ministro Zaffaroni.

---

miembros presentes para la designación de docentes por concurso. Con la reforma de 2008 esa norma se encuentra en el artículo 26 y exige ahora la mayoría del total de miembros. Se pueden cotejar ambos textos en siguiente vínculo: [http://www.unlp.edu.ar/el\\_estatuto](http://www.unlp.edu.ar/el_estatuto)

Como hemos adelantado, el tema que nos convoca es el alcance del control judicial sobre la fundamentación en las designaciones de docentes universitarios. En todo el iter procesal que ha transitado la causa solo existen dos piezas jurídicas que desarrollan la cuestión en estudio y son: el voto del Dr. Vallefin en la sentencia de cámara sobre el amparo por un lado; y el dictamen de la Procuración en el recurso extraordinario contra la sentencia dictada en el marco del recurso directo del artículo 32 LES.

Nos abstendremos deliberadamente de realizar un abordaje teórico del concurso como procedimiento de selección, de su raigambre constitucional y de sus antecedentes históricos. Pretenderemos disculpar esta negligencia en la existencia de numerosos y excelentes trabajos al respecto a los que poco podríamos aportar en esta instancia, remitiendo sin ir más lejos al citado voto del Dr. Vallefin que trata acabadamente la cuestión<sup>2</sup>. De igual modo, y por razones de extensión, daremos por conocidos los eminentes trabajos que se han dedicado a la motivación del acto administrativo en nuestro derecho<sup>3</sup>. En cambio nos parece imprescindible, aunque pueda resultar tedioso para los conocedores de la materia, un breve repaso sobre el sistema de concursos docentes en la Universidad Nacional de La Plata; repaso que consideramos adecuado en razón de resultar una reglamentación propia de esta Casa dictada en ejercicio de su autonomía.

---

2 Recomendamos, más allá de las voces clásicas recogidas por el voto mencionado, el prolijo trabajo "La naturaleza jurídica del concurso docente" de Buteler, Alfonso, LL, 2009-F, 406 que comenta el fallo "Boeris, Mónica Alejandra s/rec. Art. 32 ley 24.521" allí publicado. Lo referimos por su abordaje conceptual; sin perjuicio de aclarar desde ya que por ciertas divergencias estatutarias, sus conclusiones en cuanto a la naturaleza jurídica no nos parecen prima facie aplicables a la Universidad Nacional de La Plata.

3 Remitimos, por su claridad y minuciosa enunciación de diferentes aspectos vinculados a la fundamentación, así como por la magnitud cualitativa y cuantitativa de la doctrina y jurisprudencia allí citadas al trabajo de Barraza, Javier Indalecio, "La motivación del acto administrativo - características que debe reunir y la importancia de la misma", LL 1998-C, 985.

En particular, profundizando sobre los bemoles de la motivación en los actos emanados de órganos colegiados se puede consultar: Sesin, Domingo J., "Motivación y control de los actos administrativos de los tribunales académicos y técnicos" en "Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo", Universidad Austral, Ediciones RAP, Bs. As., 2009, p. 761-775; Coviello, Pedro J. J., "La motivación de las decisiones de los órganos colegiados", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, N° 471, p. 41; Ambrosino, Silvana, "La motivación del acto administrativo en un órgano colegiado", LL, 2007-F, p. 94; entre muchos otros.

## LOS CONCURSOS DOCENTES EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA

La Ordenanza 1794 del Consejo Superior de la Universidad Nacional de La Plata reglamenta el procedimiento de concursos para la provisión de cargos docentes en las cátedras de la mencionada Casa de Altos Estudios, con las incidencias de los artículos 22, 23, 25, 26, 43, 56 inc. 15 y 80 incs. 10, 20 y 28 del Estatuto Universitario<sup>5</sup>.

Podemos identificar, a los fines de una mejor comprensión del procedimiento, cuatro etapas fundamentales en los concursos:

### 1º) Llamado e inscripción.

Dentro de los sesenta días de producida la vacante de un cargo docente el Consejo Directivo de la Facultad deberá dictar el acto por el cual llama a concurso para cubrir ese cargo. En esta etapa los principios de igualdad y concurrencia se manifiestan con su máxima intensidad, propendiendo a garantizar la mayor cantidad de inscripciones posibles y que las realizadas lo sean de manera idónea para continuar exitosamente el procedimiento. Por ello, el acto de llamado debe especificar las características y condiciones del cargo a concursar, fecha de inicio y vencimiento del plazo de inscripción, requisitos y forma de la inscripción y la integración de la Comisión Asesora que deberá entender en el mismo. Debe darse amplia publicidad al llamado para garantizar el principio de concurrencia y así lo reglamenta la Ordenanza distribuyendo entre el Decano de la Facultad y la Presidencia de la Universidad la difusión local e internacional, por carteleras y periódicos, en la universidad que llama así como en otras universidades.

La Comisión Asesora estará integrada por tres profesores, ex profesores y/o profesionales del más alto nivel en la materia, un graduado o auxiliar docente y un estudiante con plena validez de voto<sup>6</sup>.

Vencido el plazo de inscripción se labrará un acta con la nómina de inscriptos y no será válida presentación de ninguna naturaleza. A esa fecha se deberán reunir todos los requisitos exigidos, no resultando relevantes los méritos obtenidos con posterioridad; elemental aplicación del principio de igualdad que puede generar alguna tensión con el principio de formalismo atenuado a favor del particular y el de verdad material objetiva. La

---

4 Ver texto actualizado en: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/25651>

5 Los artículos corresponden a la numeración vigente a partir de 2008 (ver nota 1).

6 El artículo 26 del Estatuto Universitario formula expresamente la aclaración en estos términos: "en igualdad de condiciones respecto a la validez del voto". Esta aclaración se hizo necesaria en razón de los repetidos planteos judiciales que se sufrieron intentando impugnar la idoneidad de un estudiante por su condición de tal para evaluar a un docente. Quiso la fortuna que para la UNLP no resulte aplicable la deplorable doctrina emanada del fallo Mocchiutti (Fallos 320:2238).

única excepción a esta regla está constituida por la especial preparación que pretenda hacerse valer para subsanar la carencia del título profesional requerido. En este supuesto, la especial preparación deberá solicitarse (junto con todos los antecedentes que pretendan hacerse valer) en el momento de la inscripción y deberá haber sido concedida por los dos tercios del Consejo Directivo antes de emitirse el dictamen de la Comisión Asesora; caso contrario se excluirá al aspirante del orden de mérito por no reunir los requisitos de admisión.

La inscripción contendrá una "parte pública" con la documentación respaldatoria de todos los títulos y antecedentes que pretendan hacerse valer y una "parte reservada" que se acompañará en sobre cerrado que así permanecerá hasta la oportunidad de las entrevistas personales. En ese sobre cerrado se detallará la "metodología propuesta para la enseñanza" y "el plan de actividades docentes, de investigación y de extensión". La norma es sabia en garantizar que esas piezas originales de creación y planificación docente permanezcan ocultas a los ojos de otros competidores hasta tanto todos hayan presentado las propias, impidiendo plagios y otras conductas reñidas con el desideratum de un docente universitario.

#### 2º) Publicidad, vistas y reclamaciones personales:

Cerrada la etapa de la inscripción, dominada como dijimos por los principios de igualdad y concurrencia, se abre para el universo ya definido de aspirantes una etapa de "depuración" si se permite la expresión de los participantes en el procedimiento, destinada a garantizar la transparencia y debido proceso. Esta etapa tendrá como objetivo poner de manifiesto cualquier objeción que pudiera pesar sobre los aspirantes o sobre los miembros de la Comisión Asesora y resolver su mérito antes de que ésta pueda acometer su tarea de evaluación de aquellos.

Con ese fin, durante cinco días luego de cerrada la inscripción se publican la lista de inscriptos y los miembros de la Comisión Asesora, remitiendo también ambos documentos a los centros de graduados y estudiantes respectivos. Durante ese mismo periodo se "abre" el expediente pudiendo los aspirantes tomar vista de la documentación presentada por sus contrincantes (excepción hecha, desde luego, respecto del contenido de la parte reservada que continúa en el sobre cerrado).

Finalizado el plazo de publicación se abre un plazo de tres días para formular las reclamaciones que podrán ser de dos tipos:

#### A\_ Impugnaciones a los postulantes:

Se presentan en un escrito que produzca y/u ofrezca las pruebas de que intente valerse y se dirigen a denunciar la inhabilidad de alguno de los postulantes por no reunir los requisitos o la inidoneidad de alguno de los títulos o antecedentes que haya invocado en su

inscripción. Evacuado un traslado por tres días al impugnado el incidente queda en estado de ser resuelto por el Consejo Directivo como cuestión previa a cualquier otro trámite si la impugnación tiene carácter no académico. Si tuviera tal carácter, será resuelta por la Comisión al momento de emitir dictamen.

#### B\_ Recusación contra los miembros de la Comisión Asesora:

También dentro de los tres días de vencido el plazo de publicidad se podrá recusar a los miembros de la Comisión Asesora por las causales clásicas con el aditamento de dos específicas de la vida universitaria. Son: "Carecer el miembro de la Comisión Asesora de versación reconocida en el área del conocimiento científico y técnico motivo del concurso" y "Transgresiones a la Ética Universitaria por parte del miembro de la Comisión Asesora debidamente probadas ante el Consejo Directivo". Cabe aclarar, respecto de la primera de las causales transcriptas que es solo de aplicación para el caso de los miembros docentes de la Comisión no pudiendo constituirse en óbice para la plena participación estudiantil en la misma<sup>7</sup>.

Del escrito, en el que deberá ofrecerse o producirse toda la prueba, se correrá traslado por cinco días al recusado para que efectúe su descargo, producido el cual el Consejo Directivo resolverá.

Resueltas en definitiva todas las recusaciones y las impugnaciones de naturaleza no académica, los dos universos de participantes (aspirantes y jurados) quedan indiscutiblemente habilitados para seguir adelante con el procedimiento y entonces se produce el cierre del expediente y su pase a consideración de la Comisión que comienza la evaluación de antecedentes, entrevistas, clase de oposición y análisis de las propuestas contenidas en los sobres cerrados.

#### 3º) Dictamen de la Comisión Asesora

La labor de la Comisión Asesora, luego de analizar los títulos, publicaciones y antecedentes, evaluar las propuestas pedagógicas, de extensión e investigación, presenciar las clases de oposición y tomar las entrevistas personales, concluye con uno o más dictámenes que, previo resolver las impugnaciones de naturaleza académica, hacen mérito de todas estas circunstancias para cada uno de los aspirantes condensando el resultado en un orden de mérito; es decir una tabla donde se ordena a los aspirantes según su mayor o menor idoneidad para el cargo concursado. El dictamen, como lo tiene dicho reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia, es un acto preparatorio insusceptible, por ello, de recurso alguno en el ámbito universitario y, mucho menos, en sede judicial.

---

<sup>7</sup> Ver nota 6.

El dictamen puede ser único o pueden presentarse dictámenes de minoría, como surge del artículo 29 de la Ordenanza 179 debiendo todos ellos ser debidamente fundados en los distintos elementos de juicio tenidos en cuenta para arribar al orden de mérito propuesto.

El o los dictámenes de la Comisión Asesora se elevan al Consejo Directivo para que proceda a la designación del o los profesores que correspondan. Sin embargo, antes de someter la cuestión a votación, se dispone generalmente la intervención de las Comisiones de Enseñanza y de Interpretación y Reglamento, como mínimo. Recién luego de que las comisiones intervinientes produzcan sus despachos se lleva la cuestión al pleno del Consejo para resolver.

#### 4º) Resolución del Consejo Directivo y confirmación del Consejo Superior

La norma le permite al Consejo Directivo de la Facultad de que se trate cuatro opciones posibles una vez elevado el dictamen, aclarando que lo hará en decisión *que será debidamente fundada*:

A\_ Solicitar a la Comisión Asesora ampliación o aclaración: Esto no es una oportunidad para revisar y corregir la actuación previa de la Comisión, sino simplemente para ampliar o aclarar fundamentos oscuros sobre un dictamen que ya fue emitido.

B\_ Proceder a la designación por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros.

Desde luego, la designación implicará la aprobación del orden de mérito que obre en alguno de los dictámenes que se hayan emitido. En esta decisión, por ser discrecional, la norma se ocupa de acotar esa discrecionalidad prohibiendo expresamente al Consejo Directivo alterar el orden de prelación de los dictámenes habidos, debiendo limitarse a escoger uno y designar en consecuencia. Además, como garantía del debido proceso impone el deber de "explicitar claramente los motivos" para el caso de apartarse del dictamen mayoritario y tomar uno de minoría.

C\_ Dejar sin efecto el concurso.

Para el caso que ninguno de los dictámenes producidos alcance la mayoría especial requerida para designar o cuando defectos graves de tramitación así lo aconsejen.

D\_ Declarar desierto el concurso con invocación de causa.

Conviene aclarar que la declaración de desierto de un concurso implica que nadie se inscribió o que ninguno de los inscriptos tiene la mínima idoneidad requerida para ser designados. Se comprende sin esfuerzo la gravedad de una declaración de ese tenor para la carrera de un docente universitario; gravedad que justifica el aditamento "con invocación de causa" en el inciso pertinente.

La resolución que adopte el Consejo es recurrible por recurso jerárquico ante el Consejo Superior dentro de los 5 días de notificada; pero, aun cuando no fuera recurrida, la designación no producirá la plenitud de sus efectos jurídicos hasta tanto sea confirmada por el Consejo Superior con la mayoría simple de sus miembros presentes.

### III) LA MOTIVACIÓN DEL ACTO DE DESIGNACIÓN: POSICIONES EN TENSION Y UNA PROPUESTA

De la lectura de las piezas jurisdiccionales que han ido jalonando el extenso trámite del caso en comentario podemos, desde la óptica de la fundamentación de los actos de designación, destilar un contrapunto entre la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata del 8 de junio de 2004 por un lado y el dictamen de la Procuración General de la Nación del 8 de septiembre de 2011.

La sentencia de la Cámara parte, lógicamente, del principio republicano de fundamentación de los actos de los gobernantes y se apoya normativamente en la previsión del segundo párrafo del artículo 27 de la Ordenanza 179 para hacer hincapié en la estricta carga que pesa sobre los órganos administrativos de extremar la expresión de sus fundamentos cuando se van a apartar de los dictámenes de órganos técnicos de asesoramiento. Aclara que la estructura colegiada del órgano no invalida la exigencia de fundamentación de las decisiones y desarrolla un enjundioso estudio de las actas taquigráficas de las sesiones del Consejo Directivo y de las comisiones que actuaron, analizando las afirmaciones vertidas por cada consejero a la hora de justificar el sentido de su voto. Estudia detalladamente los hechos tenidos por relevantes por cada uno de los consejeros. Al cabo de este extenso análisis concluye que las razones expresadas por los cinco consejeros que votaron por el dictamen de minoría no brindan una suficiente explicación, utilizando "pautas cuantitativas silenciando toda ponderación respecto de la calidad científica de los trabajos" y recalca "acuden a pautas de excesiva latitud –como el compromiso universitario- sin expresar los motivos que permiten reconocer a un candidato lo que se le desconoce a otro". Termina diciendo: "traducen solo su impresión respecto de las mejores condiciones de un candidato".

La Procuración, a su tiempo, entendió que la Cámara "bajo la pretensión de ponderar la seriedad de las razones expresadas por los miembros del Consejo Académico... cuestionó los criterios empleados, realizó una valoración propia de los antecedentes de los postulantes y descalificó las opiniones vertidas por los miembros del órgano universitario con competencia para elegir al docente que considera más idóneo, aspectos que pueden ser debatidos en el seno de la universidad pero que se encuentran vedados a la revisión judicial".

El Consejo Directivo de una Facultad es un órgano que, cuando designa docentes, está desplegando una función que tradicionalmente ha sido tenida por administrativa<sup>8</sup>. Sin embargo, a poco de andar por la senda de la aplicación del requisito de la fundamentación, comienzan a aparecer problemas de creciente complejidad. El primer problema que se presenta es la forma que adquiere la fundamentación en atención a su naturaleza colegiada. El tradicional esquema de vistos y considerandos apropiado para la actuación de órganos unipersonales no se verifica, en general, en las decisiones de los órganos colegiados. La jurisprudencia<sup>9</sup> ha remarcado que en el caso de órganos colegiados, donde las decisiones se toman por el voto mayoritario de sus miembros, la forma que adopta la fundamentación es el debate previo a la votación transcrito en las actas taquigráficas de las sesiones.

Con gran agudeza y rapidez de reflejos, algunos doctrinarios<sup>10</sup> alarmados ante los eventuales abusos que tal interpretación podría causar, se apresuraron a poner de manifiesto que el requisito de la fundamentación se podrá tener por cumplido por remisión a las actas taquigráficas siempre y cuando las mismas se refieran de manera clara, concreta y específica al punto en cuestión. La sentencia de la Cámara se inscribe claramente en esta línea al reivindicar para la judicatura el examen de la "seriedad" de las razones y argumentos dados por cada uno de los consejeros que concurrieron a formar la voluntad mayoritaria del cuerpo.

Entendemos que este es el punto que la Corte encontró más allá del límite de la competencia revisora de los jueces. Lamentablemente, el dictamen es parco y se limita a dos frases clásicas en los fallos de la Corte Suprema sobre esta materia<sup>11</sup> Estimamos que la

---

8 Ya desde el lejano precedente "Dana Montaña" (Fallos 235:337) se tiene a los procedimientos de las Universidades como parte de la zona de reserva de la administración. Téngase presente, sin embargo, que en la época en que se acuñaron por la Corte estos criterios, que hasta el día de hoy son parte de sus fallos, el concepto de autonomía universitaria no había adquirido el desarrollo que hoy presenta en nuestro derecho y se consideraba a las Universidades Nacionales como dependencias del Poder Ejecutivo Nacional (Ver, para un enjundioso estudio de la evolución de las leyes universitarias en este período, el acabado trabajo de De Estrada, Juan Ramón "Las universidades nacionales y el recurso de alzada", LL 1986-E, 1018).

9 CSJN, "Dr. Caiella interpone rec. directo art. 32 ley 24.521 c/ resolución del H. Cons. Sup. de la U.N.L.P" D. 550. XXXVI. REX, de fecha 16/11/2004. También "Gonzalez Lima, Guillermo Enrique c/ Universidad Nacional de La Plata", G. 3255. XXXVIII. REX de fecha 31/10/2006.

10 Ver Coviello Pedro J.J., obra citada en nota 3. También: Thea, Federico Gastón "La fundamentación de decisiones de órganos colegiados: Retroceso en el control judicial de los concursos docentes?" en La Ley, Suplemento Administrativo (Junio 2007) P. 63.

11 "La designación de profesores universitarios así como los procedimientos arbitrados para la selección del cuerpo docente no admiten, en principio, revisión judicial por tratarse de cuestiones propias de las autoridades que tienen a su cargo el gobierno de la universidad, salvo aquellos casos en que los actos administrativos impugnados sean manifiestamente arbitrarios" (Fallos 314:1234; 317:40; 320:2298; 326:2374, entre muchos otros). Esta es la fórmula tradicional de limitación de la revisión bajo la válvula de la "manifiesta arbitrariedad" que tiene acuñada la Corte desde antiguo.

sentencia de la Cámara Federal ha desarrollado un esfuerzo argumental profundo y sincero, inspirada en la lucha contra las inmunidades del poder<sup>12</sup> y si bien coincidimos con el fallo que la revoca en que ha traspasado un límite en la intensidad del control que está llamada a realizar; la complejidad del asunto y la profusa argumentación ameritaban, al menos, un desarrollo más completo de las razones por las cuales se consideró traspasado ese límite.

Esas razones, en nuestro criterio, reposan en la tensión que genera la Universidad dentro del concierto de nuestras instituciones administrativas<sup>13</sup>. La dificultad radica, a nuestro entender, en un problema "genético" del órgano Consejo Directivo. Se trata, en lo sustancial, de las dificultades que presenta la inoculación de un sistema parlamentario estamental dentro del concierto general del derecho administrativo local, estructurado desde antaño para regular una Administración Pública de marcado corte presidencialista. Sería prudente producir una clasificación de los cuerpos colegiados según que el origen de su integración provenga de una legitimidad electoral directa o que carezcan de ella. Entendemos que no es menor la cuestión porque el origen de la legitimidad en virtud de la cual un sujeto ejerce una cuota de poder público, determina la forma en que la responsabilidad política condicionará sus acciones. Graficando la cuestión: Un vocal de la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos, ocupa ese cargo en razón de haber sido designado discrecionalmente por el Poder Ejecutivo Nacional rindiendo su responsabilidad política hacia el Poder Ejecutivo que lo designó y que puede removerlo. Goza de una *legitimidad derivada*, podríamos decir, ya que no fue votado por el pueblo para ejercer esa función sino que el gobierno le encomienda esa misión. En estos casos, la equiparación de ese vocal con cualquier otro funcionario público en cuanto al deber de fundamentación, nos parece a todas luces incuestionable; toda vez que *su voluntad* expresada en su voto deriva de la voluntad del Poder Ejecutivo, al que representa, tal como lo hacen todos los funcionarios públicos de la administración central.

Bajo la misma línea argumental, se puede aplicar este criterio a los miembros de un tribunal judicial, cuyos votos deben resultar una prolija y detallada "aplicación razonada del derecho vigente a los hechos comprobados de la causa". Eso así, no solo porque están ejerciendo un enorme poder público sin una legitimidad democrática directa; sino porque se trata, justamente, de cuerpos e integrantes de los mismos especializados en el derecho y la argumentación.

---

<sup>12</sup> Vaya un sentido homenaje al gran maestro que recientemente nos ha dejado.

<sup>13</sup> Se repasan algunas de ellas en Gusman, Alfredo Silverio "Control Administrativo, Judicial y Legislativo sobre las Universidades Públicas"; en "Jornadas sobre Control de la Administración Pública - Administrativo, Legislativo, Judicial" Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral los días 15, 16 y 17 de mayo de 2002. Ediciones RAP

Ahora bien, los casos descriptos no parecen compadecerse con la naturaleza de los Consejos Directivos; cuerpos colegiados integrados por representantes de los estamentos que componen el demos universitario, elegidos de manera directa y democrática por sus representados, con representación de mayorías y minorías dentro de cada claustro. Es la clásica estructura de un cuerpo de deliberación orientado a manifestar del modo más acabado posible la *volonté générale*. Nuestra tradición presidencialista nos lleva a asociar inmediatamente ese tipo de cuerpos con la función legislativa, separándolos del quehacer administrativo. El problema radica en que la naturaleza parlamentaria del gobierno universitario pone no pocas decisiones de naturaleza prima facie administrativa (como sería una designación) en manos de estos cuerpos deliberativos de representación política.

Nos preguntamos entonces: ¿Es la designación de un docente ordinario una cuestión exclusivamente administrativa? Si tomáramos al docente como un "empleado" de la Universidad en tanto ejerce la función estatal de impartir educación superior la respuesta afirmativa pareciera imponerse. Sin embargo, el ordenamiento hace una distinción; debiendo tenerse presente que la Universidad también ha dispuesto el procedimiento del concurso para la selección de su personal no docente, a través de la Ordenanza 26214 que reglamenta de ese modo la facultad de designar que tienen los Decanos de Facultad o el Presidente de la Universidad, según los casos. Es notable la diferencia que surge de la comparación de los artículos 26 de la Ordenanza 179 y 12 de la Ordenanza 262. Está claro que en el segundo caso el órgano unipersonal (Decano o Presidente), munido de una legitimidad meramente derivada atento su modo de elección, tiene un margen de actuación enormemente disminuido frente al dictamen del Jurado, si lo comparamos con las posibilidades que al Consejo Directivo concede el ordenamiento. La diferencia de poderes y de procedimiento no es antojadiza y contribuye, a nuestro juicio, a responder por lo menos preliminarmente la pregunta que nos formuláramos, en sentido negativo. Evidentemente la mera función administrativa no alcanza para explicar por completo el hondo significado institucional comprometido en la designación por concurso de un docente universitario; hay una componente política insoslayable que el ordenamiento ha querido receptor, sometiendo la labor de la comisión asesora (de naturaleza técnica y desprovista de cualquier legitimidad democrática) a dos posteriores instancias de análisis político. Sería una suerte de "plácet" político que los candidatos deben superar, una vez comprobada su pericia técnica a través de la tarea de la comisión asesora. Y esto nos lleva a pensar, aunque sea preliminarmente, que la idoneidad a la que se refiere el artículo 16 de la Constitución Nacional; cuando ilumina a un docente de una universidad nacional, no se limita a su pericia técnica y/o pedagógica (aspecto que resulta central en la labor de la Comisión Asesora) sino que se integra con el consenso político suficiente por parte de los representantes de la ciudadanía universitaria. La pericia técnica por si misma mal podría

---

14 Se puede consultar el texto actualizado de la Ordenanza de Ingreso y Ascenso del Personal No Docente en el siguiente vínculo: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/25620>

llenar de contenido el concepto constitucional de idoneidad en las Universidades Nacionales, respetuosas del espíritu de la Reforma.

Los consejeros directivos, y superiores en su oportunidad, deberán desde luego dar las explicaciones que sean del caso y estarán sometidos a la responsabilidad política por sus votos; pero esa responsabilidad se medirá dentro del marco de las especiales características que le son propias y no con la misma vara con que puede medirse la labor de un funcionario de la administración jerárquica tradicional. Repárese en que no solo quienes votan nominalmente, por sí o por no, sobre una moción están determinando el resultado de ese debate y consecuentemente "la voluntad del órgano"; también quienes no dieron quorum determinaron un resultado y por esa acción no han dado explicación alguna; quienes dieron quorum y se abstienen de votar, para lo cual basta con no levantar la mano, toda vez que alteran la cantidad necesaria de personas para alcanzar ciertas mayorías especiales, no asumen mayor compromiso ni pagan mayores costos políticos pero condicionan gravemente la posibilidad de que una determinada moción prospere. No ingresemos en situaciones más complejas, como por ejemplo los acuerdos transaccionales entre fuerzas políticas en donde los unos votan algunas medidas con las que no están de acuerdo como concesión para que los otros voten otras medidas que consideran más importantes; o la fundamentación del voto por la invocación de la "disciplina partidaria", entre tantas otras posibilidades que ofrece el diálogo y la constante búsqueda de consensos institucionales dentro del respeto a los disensos que es la democracia contemporánea.

Como puede advertirse, la naturaleza de la función política, institucional y también administrativa que cumplen los consejeros directivos en razón del modo en que son elegidos, condiciona fuertemente la posibilidad de producir un voto con la claridad argumental que se podría pedir a un juez de un tribunal. Así las cosas y por estas razones, creemos que la designación del docente universitario por concurso que lleva a cabo el Consejo Directivo, más que a un acto de un órgano administrativo colegiado se asemeja al acuerdo que el Senado presta para la designación de ciertos funcionarios prominentes del sistema constitucional. Una vez superados los requisitos de admisibilidad, una vez comprobada la pericia técnica para el cargo de que se trata, el candidato debe sobrepasar una prueba política para acceder a su alta función: debe reunir el consenso político suficiente entre los representantes del pueblo<sup>15</sup>. Nos hacemos cargo de la tensión que esta

<sup>15</sup> Debemos señalar en este punto que algunos notorios administrativistas han enunciado que el requisito de la motivación debe aplicarse aún al voto de los senadores que prestan acuerdo (Comadira, Julio R., "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 – Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral los días 15, 16 y 17 de mayo de 2002"; Ediciones RAP, citado por Coviello Pedro J. J., op. cit. en nota 3). Creemos que, no obstante la incuestionable autoridad que han sabido ganarse, ninguno de los trabajos en que afirman tal criterio se detiene a considerar los problemas que hemos planteado. Además, la verdad sea dicha, no hemos encontrado ningún antecedente que dé recepción jurisprudencial al criterio esbozado.

equiparación puede generar dentro del esquema clásico del derecho administrativo, desde que podría ser malinterpretada esta postura como la pretensión de dar patente de corso al "si porque si o al no porque no", repugnantes al espíritu republicano, sumiendo a los particulares en un total desamparo frente a los poderes públicos. Quede claro desde ahora: así como nos esforzamos por no sacrificar la democracia en el altar de la república, no creemos que democracia pueda ser la tiranía de los más. Encontrar el equilibrio entre estas dos fuerzas en tensión ha resultado desde siempre el desafío más rico y complejo del sistema jurídico y es donde la brillantez de nuestros jueces debe iluminar, con mesura y compromiso, un sendero por el cual transitar.

La doctrina más autorizada, en un bienintencionado intento por extender al máximo las garantías del debido procedimiento en la administración, ha sostenido tácitamente la validez de esa *propiedad distributiva de la motivación*. Es decir, ha tomado el deber de fundar los actos administrativos que pesa sobre el funcionario individual y lo ha trasladado sin más al ámbito de los cuerpos administrativos colegiados. Al zanjar la Corte la cuestión, indicando que la motivación se expresa en el debate, se ha pretendido sin más, multiplicar la carga de motivación del órgano (Consejo) por cada uno de los miembros (Consejeros) y distribuirla entre los que concurren de manera directa a formar la voluntad mayoritaria del cuerpo. O, como en el especial caso que nos ocupa, entre los que no concurren a formar la mayoría especial requerida.

Entendemos que esta distribución de la carga del órgano entre personas individuales que no son órganos administrativos, si bien goza de la aquiescencia de doctrinarios de fuste, no ha sido suficientemente explicada ni desarrollada por ninguno de ellos. Tampoco han sido tenidas en cuenta las dificultades prácticas que ese entendimiento plantea en la realidad del quehacer de los órganos de naturaleza parlamentaria, que hemos apuntado más arriba<sup>16</sup>.

De la aplicación de esa pretendida propiedad distributiva surgiría que es correcto tratar de igual modo (exigir iguales requisitos) a la resolución del Consejo, que es un acto administrativo emanado de autoridad competente, que a los votos individuales de cada uno de los miembros del consejo, que no son individualmente considerados más que opiniones desprovistas de efecto jurídico alguno, emitidas por personas (no parece adecuado usar la palabra funcionarios) que individualmente consideradas carecen de cualquier poder

---

<sup>16</sup> Sean tal vez estas objeciones las que han llevado a un autor que nadie puede tildar de fiscalista, como Agustín Gordillo, a sostener que el deber de motivación pesa sobre el cuerpo colegiado (órgano administrativo) y debe verificarse en el texto del acto que emite y no sobre el voto individual de los miembros del órgano, más allá que "nadie puede privar a cada miembro de dejar constancia escrita en el libro de actas de su voto y los fundamentos, o del porqué de su abstención en su caso" (Tratado de Derecho Administrativo, 10ª Edición, Bs. As., 2011, Fundación de Derecho Administrativo, Tº III, p X-17). Entendemos que esta posición es más consecuente con la teoría del acto administrativo; aunque inaplicable desde que la Corte sentó la postura contraria en el fallo "Caiella".

público. ¿Puede entonces la justicia, aplicar silenciosamente esa pretendida propiedad distributiva, multiplicando mágicamente el deber de fundamentación, y entrar al análisis de la seriedad o suficiencia de los argumentos brindados individualmente en un debate entre representantes políticos? Nos parece el exceso que la Corte ha querido corregir, aunque no haya dedicado al tema, paradójicamente, una suficiente motivación.

Las normas en juego arrojan pautas que parecen apuntalar esta propuesta. Además del citado contraste entre las Ordenanzas 179 y 262, hemos expresado antes de ahora nuestra interpretación sobre la confusa fórmula del artículo 32 de la Ley de Educación Superior en razón del principio de autonomía universitaria, sosteniendo que justamente pretende “recordar a los jueces que se encuentran controlando una entidad cuya autonomía está garantizada por la Constitución Nacional y que en ese control no deben exceder los límites del análisis de juridicidad de la decisión, sin pretender suplantar al órgano de gobierno universitario”<sup>17</sup>.

También, la fórmula tradicional utilizada por la Corte Suprema para excepcionar el principio por el cual las decisiones de los órganos universitarios en los procedimientos de selección de su cuerpo docente no son revisables en sede judicial, hace referencia a la arbitrariedad o ilegalidad manifiestas. Esta “calificación” de la arbitrariedad entendemos que va en el mismo sentido que lo expuesto sobre el artículo 32 LES; es decir, se trata de una precaución excepcional que deben tener los jueces antes de ingresar en territorios que la Constitución ha conferido a la prudencia de los representantes del demos universitario. Entonces, a la luz de estas pautas, será tarea no sencilla pero ciertamente necesaria evaluar cuándo de la lectura de las versiones taquigráficas surja una sinrazón acuciante; un absurdo intolerable o una discriminación palmaria y allí entonces actuar. Ahora bien, de allí a aplicar el requisito de la motivación con el rigor propio de una sentencia a votos individuales que no son actos administrativos de representantes políticos que no son, a su vez, funcionarios hay un extenso camino que la Corte sabiamente a nuestro criterio ha señalado como impropio del prudente self restraint judicial.

---

<sup>17</sup> ED Administrativo, T° 2011, p. 367.

#### IV) CONCLUSIONES

La Universidad Nacional como fenómeno jurídico insiste en producir incómodas perplejidades al observador. Es que su naturaleza no se encuentra por completo esclarecida en nuestro derecho ni termina de encajar con facilidad en ninguno de los moldes clásicos de que disponemos. Lo que sí podemos afirmar es que ninguna explicación de su naturaleza jurídica podrá ser plenamente satisfactoria si no tiene en cuenta su especialísima naturaleza política al mismo tiempo; aspecto este que, para completar la confusión, tampoco se encuentra resuelto en doctrina. Asumiendo preliminarmente las limitaciones que esos dos problemas irresueltos plantean, hemos intentado encontrar soluciones que permitan compatibilizar ciertos principios fundantes e irrenunciables como la motivación de los actos con las reales posibilidades que la práctica administrativa y política de la universidad nacional pone de manifiesto.

En ese marco, entendemos que corresponde distinguir el concepto de idoneidad del de pericia técnica. La idoneidad del artículo 16 de la Constitución Nacional incluye pero excede el concepto de pericia en atención al contexto en el cual ambos conceptos se actualizan a la hora de tratar un concurso docente. Un legendario adagio reza que donde la ley no distingue no se debe distinguir de donde se puede extraer que donde la ley sí distingue mal se puede no hacerlo. Hay dos órganos clave interviniendo en la designación de un docente: la comisión asesora y el consejo directivo. Nadie duda, por su conformación, que el primero de ellos despeja la cuestión de la pericia técnica para la docencia, la investigación y la extensión. Si con ello alcanzara para llenar de contenido el concepto constitucional de idoneidad en cuanto se refiere a un docente universitario la norma establecería una obligación directa de designar al ganador en cabeza del órgano ejecutivo (tal como hace la ordenanza 262 para el personal no docente). Si el ordenamiento le exige a otro órgano, el consejo directivo, que considere, delibere y decida luego de superada aquella instancia es porque hay algo que falta. Nuevamente en atención a la conformación y naturaleza del órgano, entendemos que ese algo es un plácet político que los representantes de la comunidad académica deben prestar para completar el concepto de idoneidad.

Por lo anterior es que nos resulta importante clarificar una cuestión en ocasión de la frecuente comparación con el proceso de selección de magistrados (tendencia que hemos observado en varios de los autores que tratan el tema). En el esquema que proponemos la actuación de la comisión asesora es comparable a la tarea del Consejo de la Magistratura, mientras que la función del consejo directivo de una facultad más se asemejaría al posterior acuerdo del senado. De allí que nos parezca inaplicable a la cuestión debatida en el caso en comentario, la doctrina emanada del fallo Zarlunga<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> ED Administrativo, T° 2003, p. 22.

No se nos escapa que la posición que defendemos pueda resultar disonante respecto de voces muy autorizadas que se han vertido sobre esta cuestión. Entendemos sin embargo, y con la humildad que impone la soledad, que nuestra postura recepta de modo menos problemático la insoslayable faz política que se verifica en la realidad universitaria. Nos reconforta también la convicción de que el entendimiento propuesto no atenta contra las garantías que subyacen al deber de motivación, que permanece inalterado. Aunque no pasa inadvertido que si se reclama de los magistrados una cierta mesura a la hora de evaluar con qué intensidad van a controlar el cumplimiento de ese deber por parte de los órganos universitarios.