

VISTO:

El trámite n° **5189/23**, iniciado por la señora <PER_1> , con D.N.I. n° <DNI_1> , quien en su carácter de docente del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reclamó ante la imposibilidad de acceder al traslado de un cargo docente por inasistencia injustificada.

Y CONSIDERANDO QUE:

I.- Hechos

La señora <PER_1> , en su presentación ante esta Defensoría del Pueblo, relató lo siguiente: *"... solicito vuestra intervención, ya que hasta la fecha no he tenido respuesta alguna a mi reclamo. Ya se han realizado varias correcciones en mi sábana médica desde la oficina de Sial pero hasta el momento sin novedades. ..."* (fs. 1/2).

A fs. 3/19, obran correos electrónicos intercambiados con la docente en los que se le brindó asesoramiento respecto de su reclamo.

A fs. 18 informó la reclamante que el número asignado a su presentación fue expediente electrónico EX- 2023- 07087880-GCABA-DGCLEI.

Conforme el tema planteado, esta Defensoría del Pueblo solicitó mediante oficios dirigidos a las Direcciones Generales de Coordinación Legal e Institucional y a la de Personal Docente y No Docente, ambas del Ministerio de Educación del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, brindar información respecto del caso tratado (fs. 20/21 y 24; y 22/23 y 25, respectivamente).

En razón de no contestar al requerimiento, se reiteró la petición de información a la Dirección General de Coordinación Legal e Institucional del Ministerio de Educación del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (fs. 26/27 y 42).

A fs. 28/39 brindó respuesta la Dirección General de Coordinación Legal e Institucional del Ministerio de Educación del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Acompañó a fs. 34/35 copia del Informe n° IF-2023-09146186-GCABA-DGPDYND, que reza:

“... Jueves 2 de Marzo de 2023 (...) DIRECCIÓN DE EDUCACIÓN DE PRIMARIA 1.-

Mediante los presentes tramita la situación de la docente

<PER_1>

*DNI <DNI_1> , con respecto a la devolución de la propuesta de designación en el cargo Maestro Artesanal y Técnica, turnos varios, en la Escuela Primaria N° 25 'República de Turquía' Distrito Escolar N° 10, producto del concurso de traslado 2022.- 2.- Dicha propuesta de designación fue devuelta, entre otras, mediante Expediente Electrónico N° 47884038-GCABA-DGPDYND/22 - IF-2022-47913178-GCABA-DGPDYND '(...) toda vez que usufructuaron licencias sin goce de sueldo, interrumpiendo así la situación activa en el cargo'. 3.- La docente de marras usufructuó licencia por familiar enfermo en los siguientes períodos: *05/09/2022-05/09/2022 *13/09/2022-23/09/2022 *26/09/2022-09/10/2022 *11/10/2022-09/11/2022. 4.- El Estatuto del Docente en su art. 69 inciso e) texto consolidado Ley 6588 y su modificatoria Ley 6544, regula respecto de esta licencia de la siguiente forma: 'e) se concederán hasta treinta (30) días hábiles por año calendario, continuos o discontinuos, con percepción íntegra de haberes, por cuidado de familiar enfermo y un período igual, sin goce de haberes, al solo efecto de la retención del cargo'. 5.- Considerando los días otorgados a la docente según surge de la sábana médica adjunta en orden 11 habría usufructuado un total de 56 días corridos, los cuales comprenden 42 días hábiles, es decir la totalidad de los 30 días hábiles al año con percepción íntegra de haberes por cuidado de familiar enfermo, y el resto de los días correspondientes al período sin goce de haberes que el estatuto otorga al solo efecto de la retención del cargo.- 6.- Por otro lado, la reglamentación del artículo 69 punto 5) establece que 'las licencias especiales -con excepción de los incisos ch) punto 3) y d) punto 5)- y las licencias previstas en los incisos q) -con excepción del punto 3)- y aa) son incompatibles con el desempeño de cualquier tarea pública o privada; comprenderán todas las funciones en que se desempeñe el docente y se concederán simultáneamente en todos los cargos en que reviste...'.- 7.- De acuerdo al punto 4 de la reglamentación del art. 28 del estatuto: '4. para participar en los concursos de ascenso, acumulación de cargos, acrecentamiento de horas y para presentar solicitud de traslado, deberá acreditarse situación activa al 31 de marzo*

del llamado a concurso, la que deberá mantenerse hasta la fecha establecida para la toma de posesión del cargo concursado o del obtenido por el traslado. El cambio de esta situación durante ese lapso, cualquiera fuese su causa o duración, provocará la pérdida de todo derecho del aspirante como tal'. 8.- La situación pasiva es definida en el artículo 4, inciso b) del precitado cuerpo legal en los siguientes términos: 'pasiva: es la que corresponde al personal en uso de licencia o en disponibilidad, en ambos casos sin goce de sueldo; al personal en funciones auxiliares por pérdida de sus condiciones para la docencia activa; al personal en comisión de servicio, que se encuentre cumpliendo tareas no previstas en el punto anterior; al personal suspendido en virtud de sumario administrativo o proceso judicial'. 9.- La situación activa, sin embargo: 'es la situación del personal que se desempeña en las funciones específicas referidas en el artículo 1; del personal en uso de licencia o en disponibilidad, en ambos casos con goce de sueldo; del personal en uso de licencia gremial; del personal en comisión de servicio, siempre que se encuentre cumpliendo tareas directamente vinculadas a la educación; del personal que esté cumpliendo el servicio militar obligatorio o fuera movilizado'. 10.- El estatuto del docente, en su art. 4, indica que 'el personal docente adquiere los derechos y asume los deberes establecidos en este estatuto, desde el momento en que se hace cargo de la función para la que es designado', asimismo el Código Civil y Comercial de la Nación, por su parte, reza en su art. 8°: 'principio de inexcusabilidad. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico'. 11.- En consecuencia, la docente no puede alegar desconocer la normativa vigente, y de acuerdo a lo hasta aquí detallado no ha mantenido situación activa desde 31 de marzo del llamado a concurso, la que deberá mantenerse hasta la fecha establecida para la toma de posesión del cargo concursado o del obtenido por el traslado, por ello, considerando que el cambio de esta situación durante ese lapso, cualquiera fuese su causa o duración, provocará la pérdida de todo derecho del aspirante como tal es que no prosperó favorablemente la propuesta de designación en el cargo elegido por traslado en 2022.- 12.- Así las cosas, se remiten estas actuaciones a los efectos de que esa instancia se sirva notificar a la docente respecto al contenido del presente informe, quien reviste en la Escuela Primaria N° 23 'Belisario Roldán' Distrito Escolar N° 06. Yesica Mustafa. Gerente Operativo. D.G. Personal Docente y No Docente. Ministerio de Educación".

Dicha respuesta fue comunicada a la docente mediante correo electrónico (fs. 40).

Por su parte a fs. 44/88 obra la respuesta de la Dirección General de Personal Docente y No Docente de la Subsecretaría de Carrera Docente del Ministerio de Educación del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que contiene: a fs. 52/53 detalle de licencias de la docente <PER_1> ; a fs. 55/56 el Informe n° IF-2022-47913178-GCABA-DGPDYND que indica en lo referente al caso sub examine lo siguiente: *“... Martes 27 de Diciembre de 2022 (...) Comisión de Registro y Evaluación de Antecedentes Profesionales. Atento a las propuestas de traslado 2022 que constan el Expediente Electrónico N° 46769779-GCABA-DGCDO/22 se informa que se remite en devolución las propuestas del docente que se detallan a continuación, toda vez que usufructuaron licencias sin goce de sueldo, interrumpiendo así la situación activa en el cargo. Teniendo en cuenta lo normado en la reglamentación del artículo 28, inciso 4) del Estatuto del Docente aprobado por Ordenanza N° 40.593 (texto consolidado por Ley N° 6017, BOCBA 5485, que a continuación se transcribe en su parte pertinente: 'Para participar en los concursos de ascenso, acumulación de cargos, acrecentamiento de horas y para presentar solicitud de traslado, deberá acreditarse situación activa al 31 de marzo del llamado a concurso, la que deberá mantenerse hasta la fecha establecida para la toma de posesión del cargo concursado o del obtenido por el traslado. El cambio de esta situación durante ese lapso, cualquiera fuese su causa o duración, provocará la pérdida de todo derecho del aspirante como tal'. En tal sentido, es menester poder de relieve que de las actuaciones administrativas citada en el párrafo 2, se desprende que los agentes involucrados no se encuentran en situación activa. En consecuencia se devuelven las propuestas de traslados de los docentes involucrados, los cuales continúan revistando en sus cargos de origen. <PER_1> DNI22215592 usufructuó licencia artículo 69 a) afecciones comunes sin goce de sueldo (ex artículo 70) desde 13/9/2022 al 23/9/2022 (...) <PER_2> . Gerente Operativo. D.G. Personal Docente y No Docente. Ministerio de Educación”.*

Posteriormente, se le remitió a la docente copia del Informe n° IF-2023-09146186 - GCABA-DGPDYND (fs. 57/58) y del Informe n° IF-2023-09146186 -GCABA-DGPDYND (fs. 60/61), citados precedentemente.

II.- Normativa vigente

La Constitución Nacional establece en su art. 14 bis, que *“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor (...) retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea (...) estabilidad del empleado público (...) El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable...”*; y, en su art. 16, estipula que *“... Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad...”*.

Asimismo, el inc. 22 del art. 75 de la citada Constitución señala que *“... Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes...”*.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), aprobada por la República Argentina mediante la Ley Nacional n° 23.054^[1] -y modificatorias- dispone en su art. 24 que *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”*.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo -aprobado por Ley Nacional n° 23.313^[2] -y modificatorias- establece en su art. 7° que *“Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: (...) c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo (...) sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad...”*.

La Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)^[3], determina en su art. 3° que *“A fin de eliminar o prevenir cualquier discriminación (...) los Estados Partes se comprometen a: a) Derogar todas las disposiciones legislativas y administrativas y abandonar todas las prácticas administrativas que entrañen discriminaciones en la esfera de la enseñanza...”*; y en su art. 5°, que *“... la*

educación debe tender al pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y a reforzar el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y que debe fomentar la comprensión, la tolerancia...”.

El Pacto Federal del Trabajo -Ley Nacional nº 25.212^[4] y modificatorias-, suscripto también por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y posteriormente ratificado por la Legislatura porteña por Ley nº 275^[5] (según texto consolidado por Ley nº 6588^[6]), aborda distintos aspectos de la materia laboral, en consonancia con los principios tuitivos ya referidos.

También la Constitución local, establece que *"La Ciudad protege el trabajo en todas sus formas. Asegura al trabajador los derechos establecidos en la Constitución Nacional y se atiene a los convenios ratificados y considera las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (...) Garantiza un régimen de empleo público que asegura la estabilidad y capacitación de sus agentes, basado en la idoneidad funcional (...) El tratamiento y la interpretación de las leyes laborales debe efectuarse conforme a los principios del derecho del trabajo"* (art. 43).

Por su parte el Estatuto del Docente, conforme Ordenanza nº 40.593^[7] (según texto consolidado por Ley nº 6588) establece en su art. 4º que *"El personal docente adquiere los derechos y asume los deberes establecidos en este Estatuto, desde el momento en que se hace cargo de la función para la que es designado, pudiendo encontrarse en las siguientes condiciones: a) Activa: Es la situación del personal que se desempeña en las funciones específicas referidas en el artículo 1º; del personal en uso de licencia o en disponibilidad, en ambos casos con goce de sueldo; del personal en uso de licencia gremial; del personal en comisión de servicio, siempre que se encuentre cumpliendo tareas directamente vinculadas a la educación (...) b) Pasiva: Es la que corresponde al personal en uso de licencia o en disponibilidad, en ambos casos sin goce de sueldo; al personal en funciones auxiliares por pérdida de sus condiciones para la docencia activa; al personal en comisión de servicio, que se encuentre cumpliendo tareas no previstas en el punto anterior; al personal suspendido en virtud de sumario administrativo o proceso judicial. c) En retiro: Es la que corresponde al personal jubilado"*.

A su vez, en su art. 18, se dispone que *“El acrecentamiento de horas de clase semanales, se hará por concurso de títulos y antecedentes de conformidad con las normas del artículo 16. Podrán participar los docentes titulares del mismo escalafón y Área de Educación en situación activa. La reglamentación establecerá la escala de antigüedad para el acrecentamiento”*; y, en su art. 19, que *“La acumulación de cargos docentes de igual denominación no directivos, se hará por concurso de acuerdo a las disposiciones de este Estatuto. Podrán aspirar los docentes titulares del mismo escalafón, en situación activa”*.

El art. 9º del Decreto nº 209/2022 -reglamentario del citado art. 19 del Estatuto del Docente, indica que *“... a) Podrán aspirar a la acumulación de cargos los/las docentes que hubieran obtenido en el último curso lectivo en el que fueron calificados/as conceptos no inferiores a BUENO, y cuenten con una antigüedad mínima de dos (2) años como titulares en el cargo de esa área o materia en el que hubieran resultado titularizados/as en el último término sin perjuicio de lo establecido en el artículo 73 del Estatuto del Docente (Ordenanza N° 40.593 - texto consolidado Ley N° 6.347) (...) g) No podrán acumular cargos los docentes que, al 31 de marzo del año en el que se realice el concurso, se hallen en condiciones de obtener la jubilación ordinaria o se encuentren en período de permanencia”*.

Con relación a los nombramientos, el referido Estatuto, en su art. 20, establece que *“La designación del personal titular por ingreso, acrecentamiento, acumulación, ascenso, traslado, permuta y readmisión para cubrir todos los cargos vacantes en todas las áreas y escalafones, se efectuará una vez por año, con anterioridad a la iniciación del año escolar del año siguiente al del concurso, para tomar posesión al comienzo del mismo. En el caso de la permuta se podrá autorizar, con carácter excepcional, la toma de posesión en cualquier época del año, menos en los dos últimos meses del período escolar, en el supuesto que existiesen razones graves, debidamente fundadas, que así lo justificasen. La reubicación del personal en disponibilidad se efectuará en cualquier época del año, excepto los dos últimos meses de período escolar...”*.

Posteriormente y mediante el art. 11 de la Ley nº 6544^[8], se modificó el art. 27 del Estatuto del Docente, el cual determina que *“... El personal docente tendrá derecho a los*

cargos de ascenso previstos en el presente Estatuto, siempre que: a) Reviste en situación activa como titular del cargo inmediato anterior en el área de la enseñanza respectiva dentro de la jurisdicción del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, de acuerdo con lo determinado en el Artículo 4° del presente Estatuto (Ordenanza N° 40.593 - Texto consolidado por Ley 6347), con una antigüedad mínima de dos (2) años en este cargo o de tres (3) años en el precedente. En caso de no existir titulares del cargo inmediato anterior que reúnan la antigüedad indicada, o no fueren suficientes para cubrir la totalidad de los cargos convocados, se prescindirá de este requisito. En el supuesto de la inexistencia o insuficiencia de aspirantes titulares del cargo inmediato anterior al que deba cubrirse, serán convocados docentes titulares del cargo precedente al mismo y así sucesivamente en el orden del escalafón respectivo, hasta lograrse la cobertura del cargo convocado, observándose el criterio ya expuesto con relación a la condición de la antigüedad. Las disposiciones de los incisos b) y ch) del presente artículo se aplicarán en relación a lo dispuesto en este inciso. b) Haya obtenido concepto no inferior a «Muy bueno» en los últimos dos años (2) en que haya sido calificado en el cargo en que revista como titular o en cargos jerárquicos superiores a éste. c) Posea los títulos correspondientes conforme lo previsto en el Artículo 13 inciso b) (Ordenanza N° 40.593 - Texto consolidado por Ley 6347) del presente Estatuto. En ausencia de estos títulos, se aplicarán las prescripciones del Artículo 15 del presente Estatuto (Ordenanza N° 40.593 - Texto consolidado por Ley 6347). ch) No registre, en los últimos CINCO (5) años de su actuación docente, ninguna de las sanciones disciplinarias señaladas en los incisos ch), d) y e) del Artículo 36 del presente Estatuto (Ordenanza N° 40.593 - Texto consolidado por Ley 6347). d) Reúna las condiciones que, en la parte especial, se señalan para cada área de la educación. e) No se halle en condiciones de obtener la jubilación ordinaria en su máximo porcentaje. f) No se encuentre en período de permanencia”.

Cabe señalar que el Estatuto del Docente, con relación a las licencias establece en su art. 67, que “*El personal docente titular, interino y suplente gozará de las licencias, justificaciones y franquicias establecidas en este Estatuto, con las modalidades que el mismo determina*”; y su art. 69 dispone que “*... Las licencias especiales, extraordinarias, justificaciones y franquicias serán acordadas o concedidas en los términos y plazos que a continuación se estipulan...*”.

Dado el objeto del reclamo le es aplicable al presente trámite, lo dispuesto por los arts. 1º, 2º y 3º de la Ley de Protección de Datos Personales n° 1845^[9] (según texto consolidado por Ley n° 6588) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

III.- Conclusión

En el análisis del presente trámite corresponde considerar que el Estatuto del Docente establecido por la Ordenanza n° 40.593 (según texto consolidado por Ley n° 6588), en su art. 4º, refiere a las diversas situaciones de revista que puede tener el personal docente y establece tres (3) situaciones: activa, pasiva y de retiro, al tiempo que indica que el mismo adquiere los derechos y asume los deberes estatutarios desde el momento en que se hace cargo de la función para la que es designado. Asimismo, en su reglamentación señala que: “... *I. El personal docente, al hacerse cargo de sus funciones como titular, interino o suplente se encuentra en situación activa. II. No podrán disponerse comisiones de servicio o adscripciones de cargos interinos o suplentes, ni en más de dos cargos titulares...*”.

Del artículo estatutario transcrito surge que la diferencia entre ambas situaciones de revista se establece mediante una casuística en la que se contempla que el/la trabajador/a docente desempeñe la labor docente y que perciba o no su salario.

Respecto del derecho a concursar cargos docentes, el art. 19 estipula que la acumulación de cargos docentes de igual denominación no directivos se hará por concurso de acuerdo a las disposiciones del estatuto y que pueden concursar los/as docentes titulares del mismo escalafón, en situación activa.

El art. 20 establece la modalidad, la época y las condiciones de las designaciones; y de su reglamentación surge que “... *a) Las designaciones deberán realizarse en el año del concurso. b) Producida la designación, la superioridad lo comunicará al interesado por carta certificada con aviso de retorno, o por otro medio que garantice la notificación del mismo. c) Si el docente no pudiera iniciar la tarea en la fecha establecida, podrá solicitar*

*prórroga de su toma de posesión con una anticipación no menor a diez (10) días hábiles de la misma, fundamentando las causas que la motiven y, en su caso, las que hubieren imposibilitado el estricto cumplimiento de la anticipación prescripta, siendo facultad de la superioridad la aprobación de las razones invocadas. Tanto la denegatoria de la prórroga como la de la eximición de la debida antelación para su pedido serán resueltas por la Secretaría de Educación. En caso de ser acordada la prórroga, ésta lo será por una sola vez y no podrá exceder de treinta (30) días hábiles a contar desde la fecha de iniciación del ciclo lectivo. El incumplimiento de la toma de posesión en la fecha correspondiente traerá aparejada la pérdida del cargo para el que el docente fue designado. **ch)** Lo establecido en el punto c) no será de aplicación cuando el docente designado se encuentre en uso de las licencias contempladas en los incisos a), b), c), ch), d), e) y f) y los incisos q), y), z) y aa) del artículo 69 de la Ordenanza N° 40.593 (texto consolidado por Ley N° 6.017), modificado por Ley N° 6.025 y la Ley 360 o, cuando, por las causas previstas estatutariamente, debe hacer uso de la licencia ordinaria del artículo 68 del mismo cuerpo legal, inmediatamente después de la desaparición del motivo que determinó su prórroga o su suspensión. Hasta que cesen las causales indicadas y el docente designado haga efectiva su toma de posesión en el cargo para el que fue designado, continuará, sin cambios en su situación de revista, el docente que se encontrare desempeñando el mismo...”. Es decir que resulta previsto y justificado, el caso en el que el /la trabajador/a docente se encuentre de licencia por enfermedad, con o sin goce de salarios, a los fines de la toma de posesión del cargo.*

Cabe aclarar con o sin goce de salarios porque ello se concluye de lo establecido por el inc. a) del art. 69, en el que su reglamentación no efectúa aclaración o distinción al respecto -*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*^[10]-.

El art. 28 del Estatuto del Docente -modificado por el art. 12 de la Ley n° 6544- no efectúa condicionamiento alguno para la participación de los concursos y se refiere a la actuación de la Comisión de Registro y Evaluación de Antecedentes Profesionales (COREAP); sin embargo su reglamentación resulta merecedora de crítica al establecer una limitación excesiva y contraria al espíritu de la ley, cuando expresa que “... *Para participar en los concursos de ascenso, acumulación de cargos, acrecentamiento de horas y para presentar solicitud de traslado, deberá acreditarse situación activa al 31 de marzo del*



*llamado a concurso, la que deberá mantenerse hasta la fecha establecida para la toma de posesión del cargo concursado o del obtenido por el traslado. El cambio de esta situación durante ese lapso, **cualquiera fuese su causa o duración**, provocará la pérdida de todo derecho del aspirante como tal...*” (lo resaltado es propio). Este cercenamiento de derechos, al no distinguir la causa y duración de cambios en la situación de revista de los/as trabajadores/as docentes, no parece razonable.

Dicha reglamentación excede lo dispuesto por el artículo a reglamentar, y resulta contraria a criterios establecidos por el Estatuto del Docente, como evidencia la reglamentación del art. 20 en su inc. **ch**).

Por último, cabe advertir que el art. 28 refiere exclusivamente a los concursos de ascenso, mientras que esta reglamentación abarca, en exceso reglamentario también, a concursos de ascenso, acumulación de cargas, acrecentamiento de horas y solicitud de traslado; lo que resulta no sólo inadecuado su tratamiento sino, además, incorrecto en el artículo en que se realiza.

La aptitud y actividad reglamentaria tiene limitantes, y ello se evidencia al ser analizadas a la luz de la letra y el espíritu de la norma a reglamentar y del ordenamiento jurídico general; debiera entonces efectuarse una interpretación en atención a la normatividad actual y a la letra y al espíritu de la ley.

En el presente caso se está negando a la señora <PER_1> el cargo obtenido en concurso por haber usufructuado un derecho reconocido estatutariamente.

Al respecto, <PER_3> señaló que “... la Administración, lo mismo que la justicia, es una actividad estatal ‘sublegal’. Incluso en ejercicio de su actividad discrecional, la Administración debe desenvolverse *infra legem*, pues la actividad discrecional debe mantenerse dentro del ámbito demarcado por la ley, cuya ‘finalidad’ debe ser rigurosamente observada (...) ‘Interpretar’ una norma implica establecer el exacto

significado de la misma (...) ¿Cómo se interpretan las leyes administrativas? ¿Existen reglas especiales para ello? Las leyes administrativas, en lo atinente a su interpretación, hállanse sometidas a las reglas aplicables a las leyes en general. La doctrina es unánime al respecto (...) No obstante, algunos tratadistas insisten en que, en materia de interpretación ‘auténtica’ de las leyes administrativas, más que a las palabras del legislador, debe estarse a la ‘intención’ del mismo (...) pero estimo que este temperamento no sólo se impone respecto de la ley administrativa, sino respecto de cualquier ley, ya que sólo la ‘intención’ del legislador revelará el verdadero ‘espíritu’ de la norma, que es lo que en realidad desea indagarse...”^[11]; y <PER_4> , Juan Carlos que “... La reglamentación de una ley no puede prescribir cargas u obligaciones que por su naturaleza sólo puedan ser dispuestas por la ley en sentido formal...”^[12].

La doctrina manifiesta con relación a los actos administrativos y a los reglamentos que “... todos ‘están sometidos a los dos principios fundamentales del régimen jurídico-administrativo: sumisión a la ley y a las normas jerárquicamente superiores y posibilidad de una fiscalización jurisdiccional para hacer efectiva dicha sumisión’ (...) Además de ello existen otros principios comunes a reglamentos y actos administrativos, particularmente en materia de nulidades y vicios del acto, de las reglas que debe seguir y respetar la administración en su emisión, etc., pero ello no obsta a que existen todavía algunas diferencias entre ambos, que a nuestro modo de ver justifican la distinción terminológica...”

.

En el marco del método denominado por la doctrina jurídica como de interpretación auténtica surge claramente que la voluntad del legislador ha sido la de reconocer el derecho a licencia médica de los/as trabajadores/as o por atención de familiar, de aquellos /as docentes que tienen a cargo a sus familiares más cercanos o de aquellos/as que dependen de su atención por ser los/as únicos/as que pueden asistirlos en su enfermedad.

En este orden de ideas, pretender imponer la pérdida de la situación activa por días de licencia médica de los/as trabajadores/as o por atención de hijo/a debidamente justificada pero con descuento salarial por haber excedido el máximo de días resultaría o bien una decisión arbitraria, o un exceso reglamentario violatorio de la letra y el espíritu de la ley.

Las normas jurídicas pueden ser en lo referente a su implementación: programáticas u operativas, en su totalidad o parcialmente. Es operativa aquella que puede ser aplicada directamente ya que sus disposiciones no requieren regulación ni aclaración. Por el contrario las que no establezcan su modo de implementación o necesiten ser completadas o determinadas requerirán de una norma reglamentaria a fin de posibilitar su efectiva aplicación.

El Poder Ejecutivo de esta jurisdicción tiene entre sus facultades la de administrar la Ciudad, planificar la gestión y aplicar las normas; y al expedir instrucciones o reglamentar las leyes, a fin de su efectiva aplicación, deberá proceder con la prudencia necesaria para procurar no alterar su letra o espíritu con excepciones reglamentarias, ni cercenar los derechos que reconoce u otorga, ni negarlos o limitarlos por la omisión o insuficiencia de la reglamentación (arts. 102 y 10 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respectivamente).

Posee facultades que le posibilitan desenvolverse a fin de cumplir sus funciones. Son ellas las facultades regladas y las facultades discrecionales, las que responden a las diversas modalidades del ejercicio de la gestión.

Por las primeras deberá el/la funcionario/a apegarse al dictado normativo sin posibilidad de alterar la manda legal; en mérito a las segundas podrá efectuar elección del camino a seguir, pero claro está, dentro de los límites que fijan los criterios de legalidad; razonabilidad; y proporcionalidad, entre otros.

Conforme la doctrina: *“... Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el particular debe seguir, o sea cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto (...) Las facultades del órgano serán en cambio discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla*

de una u otra manera (...) Dicho de otro modo, la actividad administrativa debe ser eficaz en la realización del interés público, pero esa eficacia o conveniencia u oportunidad es en algunos casos contemplada por el legislador o por los reglamentos y en otros es dejada a la apreciación del órgano que dicta el acto; en ello estriba la diferencia de las facultades regladas y discrecionales de la administración. En un caso es la ley -en sentido lato: Constitución, tratados internacionales que poseen jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia 20 (art. 75, inc. 22, C.n.), tratados internacionales, ley, reglamento- y en otro es el órgano actuante, el que aprecia la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse. En el primer caso, la ley se sustituye al criterio del órgano administrativo y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público; en tales casos el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de derecho; no tiene él libertad de elegir entre más de una decisión: Su actitud sólo puede ser una, aunque esa una sea en realidad inconveniente. En este caso la actividad administrativa está reglada: el orden jurídico dispone que ante tal o cual situación de hecho él debe tomar tal o cual decisión; el administrador no tiene elección posible: su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho (...) En el segundo caso, la ley permite al administrador que sea él quien aprecie la oportunidad o conveniencia del acto a los intereses públicos; ella no predetermina cuál es la situación de hecho ante la que se dictará el acto, o cuál es el acto que se dictará ante una situación de hecho. El órgano administrativo tiene elección, en tal caso, sea de las circunstancias ante las cuales dictará el acto, sea del acto que dictará ante una circunstancia. Se trata principalmente de la correspondencia entre el objeto del acto (...) y las circunstancias de hecho exteriores a él; en un caso se precisan -facultades regladas- cuáles son las circunstancias de hecho que deben dar lugar al acto, mientras que en el otro -facultades discrecionales- no: el acto puede darse libremente ante diversas situaciones de hecho, dentro, claro está, de los límites establecidos por el orden jurídico, a los cuales habremos de referirnos en el curso de este análisis (...) o bien, frente a determinada situación de hecho, puede dictarse más de un acto con objeto diverso; expresado de otra forma, en un caso se determina un solo objeto del acto como posible para una determinada situación de hecho y en el otro puede con cierta amplitud elegirse la situación de hecho ante la que se adoptará esa decisión, o la decisión que se adoptará ante una situación de hecho...”

La crítica que se efectúa resulta de las contradicciones que surgen entre lo dispuesto por la ley en los artículos analizados y su reglamentación; la limitación reglamentaria; y la

aplicación de la misma por parte de los/as funcionarios/as de la Dirección General de Personal Docente y No Docente del Ministerio de Educación del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Al respecto la Jurisprudencia del Alto Tribunal de la Nación se ha expedido del modo siguiente: *“... la esfera de discrecionalidad de los entes administrativos no implica en absoluto que éstos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que aquélla no resulte fiscalizable (...) ni constituye una libertad de apreciación extralegal que obste a la revisión judicial...”*.

“... cuando una disposición reglamentaria desconoce o restringe irrazonablemente derechos que la ley reglamentada otorga, o de cualquier modo subvierte su espíritu y finalidad, ello contraría el principio de jerarquía normativa y configura un exceso en el ejercicio de las atribuciones que la Constitución Nacional concede al Poder Ejecutivo...”.

Se desnaturalizan y se desvirtúan los principios de jerarquía normativa; de legalidad y de razonabilidad cuando no se respeta el mandato legal.

Los/as docentes adquieren los derechos y asumen las obligaciones establecidas en el estatuto de la actividad, desde el momento en que se hacen cargo de la función para la que son designados/as (Ordenanza n° 40.593 -según texto consolidado por Ley n° 6588-arts. 4° y cctes.).

El personal docente, al hacerse cargo de sus funciones, sea en carácter de titular, interino o suplente, se encuentra en situación activa.

A la luz de la Constitución Nacional; Tratados Internacionales y del ordenamiento jurídico laboral corresponde tachar de discriminatoria, y violatoria del principio de igualdad ante la ley, la actitud de la Administración en el caso en análisis.

El derecho de los/as docentes al otorgamiento de licencias médicas por enfermedad o por atención de familiar enfermo que reconoce la norma estatutaria y el ordenamiento jurídico debe ser respetado por la Administración.

Considerar que el descuento salarial de un día por enfermedad de los/as trabajadores/as docentes o por atención de familiar enfermo constituye y ubica en situación pasiva a los/as mismos/as, basando dicha decisión en un reglamento de cuestionable legalidad, resulta una conducta administrativa que merece ser revisada.

Por lo expuesto corresponde recomendar a la Administración, tenga a bien evaluar alternativas de resolución a la situación planteada por la trabajadora docente señora

<PER_1> -con D.N.I. n° <DNI_1> -, conforme los argumentos de hecho y fundamentos de derecho expuestos en la presente Resolución; así como la de analizar la modificación de la reglamentación del citado art. 28 del Estatuto del Docente respecto de la controversia suscitada con relación al mismo, conforme a los considerandos expuestos en la presente Resolución.

La presente se dicta conforme lo dispuesto en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que en su art. 137, en lo pertinente, establece que “... *Es su misión la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en la Constitución Nacional, las leyes y esta Constitución, frente a los actos, hechos u omisiones de la administración o de prestadores de servicios públicos. Tiene iniciativa legislativa y legitimación procesal...*”.

POR TODO ELLO:

LA DEFENSORA DEL PUEBLO

DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

R E S U E L V E :

- 1)** Solicitar a la Directora General de Personal Docente y No Docente del Ministerio de Educación del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, licenciada Bettina Viviana Díaz, tenga a bien evaluar alternativas de resolución a la situación planteada por la señora <PER_1> con D.N.I. n° <DNI_1> , conforme los argumentos de hecho y fundamentos de derecho expuestos en la presente Resolución.
- 2)** Poner la presente Resolución en conocimiento de la Directora General Coordinación Legal e Institucional del Ministerio de Educación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, señora Paula Daniela Colombo, a los fines de analizar la modificación de la reglamentación del citado art. 28 del Estatuto del Docente respecto de la controversia suscitada con relación al mismo, conforme lo expuesto en los considerandos de la presente Resolución.
- 3)** Brindar a la presente Resolución el trámite dispuesto por la Ley n° 1845 (según texto consolidado por Ley n° 6588) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- 4)** Fijar en treinta (30) días el plazo previsto en el art. 36 de la Ley n° 3 (según texto consolidado por Ley n° 6588) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires^[13].
- 5)** Registrar, notificar, reservar en la Coordinación Operativa para su seguimiento y oportunamente archivar.

Código 441

fl/fap/CORT/PDHL

abda/COCF

gv./MAER/COMESA

Notas

1. [^](#) *Ley Nacional nº 23.054, sancionada el día 1º de marzo de 1984, promulgada con fecha 19 de marzo de 1984 y publicada en el Boletín Oficial nº 25.394 del 27 de marzo de 1984.*
2. [^](#) *Ley Nacional nº 23.313, sancionada el día 17 de abril de 1986, promulgada con fecha 6 de mayo de 1986 y publicada en el Boletín Oficial nº 25.928 del 13 de mayo de 1986.*
3. [^](#) *Adoptada el día 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Entrada en vigor: con fecha 22 de mayo de 1962, de conformidad con el art. 14.*
4. [^](#) *Ley Nacional nº 25.212, sancionada el día 24 de noviembre de 1999, promulgada con fecha 23 de diciembre de 1999 y publicada en el Boletín Oficial nº 29.309 del 6 de enero de 2000.*
5. [^](#) *Ley nº 275, sancionada el día 11 de noviembre de 1999 y publicada en el Boletín Oficial nº 855 de fecha 10 de enero de 2000.*
6. [^](#) *Ley nº 6.588, sancionada el día 10 de noviembre de 2022, promulgada con fecha 6 de diciembre de 2022, y publicada en el Boletín Oficial nº 6.517 del 12 de diciembre de 2022.*
7. [^](#) *Ordenanza nº 40.593 sancionada con fecha 30 de mayo de 1985 y publicada en el Boletín Municipal nº 17.590 de fecha 6 de agosto de 1985.*
8. [^](#) *Ley nº 6544, sancionada el día 12 de mayo de 2022, promulgada con fecha 27 de mayo de 2022, y publicada en el Boletín Oficial del 30 de mayo de 2022.*
9. [^](#) *Ley nº 1845, sancionada el día 24 de noviembre de 2005, y publicada en el Boletín Oficial nº 2.494 del 3 de agosto de 2006.*
10. [^](#) *Donde la ley no diferencia, tampoco debemos diferenciar nosotros.*
11. https://msmaldonadoabogados.com/images/Lectura-3-marienhoff-TRATADO_DE_DERECHO_ADMINISTRATIVO_Tomo_I-2.pdf
12. [^](#) *Cassagne, Juan Carlos - Derecho Administrativo T. I , pág. 144.*
13. [^](#) *Ley nº 3, art. 36: "Con motivo de sus investigaciones, el Defensor o Defensora del Pueblo puede formular advertencias, recomendaciones, recordatorios de los deberes de los funcionarios, y propuestas para la adopción de nuevas medidas. Las recomendaciones no son vinculantes, pero si dentro del plazo fijado la autoridad administrativa afectada no*



produce una medida adecuada, o no informa de las razones que estime para no adoptarla, el Defensor o Defensora del Pueblo puede poner en conocimiento del ministro o secretario del área, o de la máxima autoridad de la entidad involucrada, los antecedentes del asunto y las recomendaciones propuestas. Si tampoco así obtiene una justificación adecuada, debe incluir tal asunto en su informe anual o especial a la Legislatura, con mención de los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud”.