



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

A C U E R D O

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, de conformidad con lo establecido en el art. 4 del Acuerdo n° 3971, procede al dictado de la sentencia definitiva en la causa A. 73.919, "Zarlenga, Marcelo Esteban c/ Provincia de Buenos Aires s/ Pretensión anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", con arreglo al siguiente orden de votación (Ac. 2078): doctores **Soria, Genoud, Torres, Borinsky, Violini, Carral, Maidana.**

A N T E C E D E N T E S

La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en la ciudad La Plata rechazó el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y confirmó el fallo de primera instancia que desestimó la pretensión anulatoria interpuesta (v. fs. 210/225 vta.).

Disconforme con ese pronunciamiento, la parte actora dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 230/243 vta.), el que fue concedido a fs. 245/246.

Dictada la providencia de autos para resolver (v. fs. 262), agregada la memoria de la parte demandada (v. fs. 277/287) y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

C U E S T I Ó N

¿Es fundado el recurso extraordinario de



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

inaplicabilidad de ley?

V O T A C I Ó N

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

I. El actor inició demanda contencioso administrativa contra el Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires con el objeto de obtener la declaración de nulidad de la decisión de este, protocolizada en el acta n° 624, por la que se disponía la terna para la cobertura del cargo de juez de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Mar del Plata, excluyéndolo.

II. El juzgado interviniente no hizo lugar a la demanda, desestimándola y distribuyendo las costas en el orden causado.

III. La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en la ciudad de La Plata rechazó el recurso de apelación interpuesto por la actora y de este modo confirmó el fallo de primera instancia. En consecuencia, no hizo lugar a la pretensión anulatoria interpuesta por el accionante.

Para así resolver desarrolló los siguientes fundamentos.

III.1. Comenzó por señalar que a su criterio la traba de la *litis* estableció sus límites en el análisis de la validez del proceso de elaboración de la voluntad del Consejo de la Magistratura manifestada en el acta n°



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

624.

Afirmó que la parte actora dejó firme el decreto 1.929/11 del Poder Ejecutivo provincial por el que se designó a un postulante dentro de la terna en su momento confeccionada. Consideró que cualquier planteo que implique cuestionar la legalidad del citado decreto, resulta ajeno a la presente causa.

Entendió que no existe "caso" o "causa" para abordar el tratamiento, consideración y análisis de la legalidad del decreto 1.929/11, sin que a su respecto se haya alegado y probado en juicio su impugnación y posterior invalidez.

Agregó que el proceso de designación de magistrados tiene etapas independientes y diferenciables constitucionalmente y sorteada cada una de ellas, existe preclusión de la anterior. Además, entendió que, aun cuando se tratara de un acto complejo en el que la nulidad del acta del Consejo operara la nulidad del posterior decreto de designación, el actor en su demanda no pretendió ni planteó la nulidad del decreto 1.929/11.

III.2. Abordó luego la motivación del acta n° 624 del Consejo de la Magistratura afirmando que su actuación se ha desarrollado conforme el marco normativo aplicable, no evidenciando un apartamiento del bloque de legalidad que demarca y delimita su actuación en el proceso de selección de postulantes al cargo judicial. Tampoco encontró presente arbitrariedad en la decisión o



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

vicios en el procedimiento de selección.

En tal sentido manifestó que: "Es así pues, entonces que el Acta n° 624 expresamente explicita el temperamento tenido en cuenta por los miembros del Consejo de la Magistratura para confeccionar la terna del 3-X-2011, fundado su decisión en la ponderación comparativa de los antecedentes y méritos que constan en los legajos personales de todos los postulantes..." (fs. 222).

Por tales fundamentos de la mayoría rechazó el recurso de apelación interpuesto por el actor confirmando la sentencia apelada.

IV. Contra tal pronunciamiento se alza la parte actora mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que alega la violación de disposiciones constitucionales, de la ley de procedimientos administrativos y de la doctrina legal de esta Suprema Corte. También denuncia absurdo.

IV.1. Al desarrollar el primero de los agravios afirma que la sentencia de Cámara violó e inaplicó normas y principios en materia de motivación de los actos administrativos.

Entiende que la decisión atacada desconoce los arts. 1 de las constituciones nacional y provincial (principio republicano de gobierno), 18 y 15 de las constituciones nacional y provincial (derecho a la defensa y a conocer los fundamentos de las decisiones



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

judiciales), 2 de la Constitución provincial y 108 del decreto ley 7.647/70, normativa que exige a las autoridades públicas la debida motivación de sus decisiones.

Afirma que tal exigencia legal no se encuentra cumplida en el acta n° 624 del Consejo por lo que no procede sostener la legalidad de tal decisión de conformación de la terna, al no expresarse en dicho acto cuál es la evaluación y cómo se compone, privando a los postulantes del derecho a conocer cuáles son las causas y cómo se valoraron.

IV.2. En segundo lugar, sostiene que la Cámara se apartó de la doctrina legal de esta Corte en materia de motivación de los actos administrativos (causas B. 62.241, "Zarlenga", sent. de 27-XII-2002; B. 64.685, "Rodríguez", sent. de 22-VIII-2012 y Q. 72.700, "Marcó", sent. de 6-VIII-2013), al sostener en su sentencia que el acta por la que se confeccionó la terna se encontraba correctamente motivada.

Dicha doctrina legal -apunta- consiste en establecer la necesidad de que el Consejo de la Magistratura de la Provincia motive adecuadamente sus decisiones.

Entiende que la Cámara desconoció tal doctrina no obstante que quedara suficientemente acreditado en autos la identidad de la presente acción con las resueltas por la Suprema Corte de Justicia provincial.



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

Así el texto y contenido del acta n° 624 es completamente idéntico -en cuanto a su motivación- al acta del Consejo de la Magistratura respecto de la que la Suprema Corte dispuso su nulidad por falta de motivación en la causa "Zarlenga" (causa B. 62.241, sent. de 7-XII-2002).

Agrega que, además de desconocer esta doctrina legal, la Cámara confundió el alcance que le corresponde atribuir a tal decisión con una posterior intervención del tribunal -en fecha 29 de diciembre de 2009- en la que resolvió, en el marco de la misma causa, una incidencia en la etapa de cumplimiento de aquella sentencia donde se valoró una nueva decisión del Consejo de la Magistratura que cumplía con la debida motivación.

Al respecto sostuvo que "...el acta convalidada por la resolución del 29-XII-2009 de la Suprema Corte es distinta, ya que incorpora elementos de motivación que no se verifican ni en el acta 168 (anulada por este vicio en la sentencia del 7-XII-2002), ni en Acta Número 624 impugnada en esta causa" (fs. 137 vta.).

IV.3. Como tercer agravio plantea la existencia de absurdo de la sentencia al restringir el objeto de la demanda expuesto por la actora, pues sostiene que entre sus pretensiones procesales no se incluyó la de nulidad del decreto del Poder Ejecutivo de designación de otro de los concursantes ni tampoco de la prestación de acuerdo que realizara el Senado provincial. El absurdo se funda en el desconocimiento de las constancias de la causa que



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

acreditan que la acción se encaminó a impugnar la decisión del Consejo de la Magistratura, así como también contra todo acto o procedimiento que se hubiera desarrollado como su consecuencia en cualquiera de los tres poderes de la Provincia de Buenos Aires.

Detalla el recurrente las oportunidades procesales en que indicó expresamente que los alcances de su acción se extendían a los posteriores actos dictados o a dictarse como consecuencia de la decisión del Consejo de la Magistratura de conformación de terna y advierte que, en momento de ampliar su demanda, incluyó expresamente dentro del objeto de la contienda, además del acta de dicho órgano, "...todo acto o procedimiento que se hubiera desarrollado como su consecuencia en cualquiera de los tres poderes de la Provincia de Buenos Aires".

Amplía relatando que al momento de interponer la demanda no había sido notificado de la emisión del decreto de designación del concursante elegido por el Poder Ejecutivo para cubrir el cargo en cuestión. Afirma que tampoco fue en su momento publicado por lo que se vio obligado a interponer la demanda sin hacer una impugnación concreta al decreto 1.929/11.

Puntualiza que en el incidente cautelar su parte solicitó "...la suspensión inmediata de los efectos del acto en crisis [...] que se suspenda el curso del procedimiento de designación en el estado en que se



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

encuentre, tanto a nivel del Poder Ejecutivo, como eventualmente del Poder Legislativo", peticionando que se comunique a los titulares de los poderes ejecutivo y legislativo.

IV.4. A continuación plantea el agravio enderezado a denunciar el absurdo en que incurrió la sentencia al sostener que la nulidad de un acto administrativo no se extiende a los actos que son consecuentes.

Sostiene que la doctrina y la jurisprudencia aceptan pacíficamente que un acto viciado de nulidad absoluta no puede hacer nacer o declarar derechos subjetivos, ni producir efecto jurídico alguno.

Así -continúa- la Suprema Corte ha establecido que la invalidez de una actuación estatal conlleva la de actos aplicativos posteriores, en cuanto han sido consecuencia directa y derivación de esta, todo ello con fundamento normativo en los arts. 103, 108 y 114 del decreto ley 7.647/70 y 1.050 del Código Civil y en la causa B. 62.241, "Zarlenga".

IV.5. Por último, afirma que la sentencia infringió la doctrina legal de la Suprema Corte establecida en el precedente "Decastelli" (causa A. 70.444, sent. de 1-IV-2015), referida a la interrelación de los distintos actos que conforman el complejo de decisiones emanadas de diferentes poderes públicos y que han de concurrir en la designación de magistrados.



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

La correcta aplicación de tal doctrina lleva en el caso a declarar la nulidad de ese complejo de decisiones, pues tales intervenciones de hallan vinculadas funcionalmente.

V. El recurso prospera con el alcance que a continuación se establece.

Conforme surge de la reseña que antecede, para fundar su decisión la Cámara de Apelación juzgó, de un lado, que el decreto de designación 1.929/11 no podía ser objeto de decisión judicial porque, al interpretar que como el actor no lo había cuestionado revisar su validez excedería los límites de la pretensión esgrimida y, del otro, que el acta n° 624/11 emitida por el Consejo de la Magistratura se encuentra debidamente motivada.

En el recurso extraordinario se rebaten ambos argumentos (art. 289 inc. 1, CPCC).

V.1. En cuanto al primer aspecto de la decisión bajo examen, es necesario recordar que el a quo estimó que en autos "...el recurrente sólo procura la invalidez de los actos emanados por el Consejo de la Magistratura, empero -concluyó- nada dice respecto al decreto en cuestión [refiriéndose al decreto 1929/11] que hubo consentido" (fs. 219).

V.1.a. Para la Cámara "...lo que se propugna es analizar la validez del proceso de elaboración de la voluntad administrativa del Consejo de la Magistratura, y en su caso el acto final por ella discernido, esto es el



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

acta n° 624" (fs. cit.), pero -subraya- se ha "...dejado firme y consentido el decreto n° 1929/11".

Sabido es que la apreciación del contenido de los escritos de las partes en general, de las piezas que conforman el expediente, así como los límites del ámbito controversial y los tópicos que integran la relación procesal, son cuestiones en principio deferidas a los jueces de grado y exentas de censura en casación, salvo supuesto de absurdo (causas Ac. 39.175, sent. de 27-XII-1988; Ac. 45.556, sent. de 11-VIII-1992, "Acuerdos y Sentencias", 1992-III-16; Ac. 52.452, sent. de 28-II-1995; Ac. 78.251, sent. de 19-II-2002; A. 72.355, sent. de 8-XI-2017; entre muchas otras). Esta situación de excepción se configura cuando, entre otros supuestos, el tribunal incurre en un error grave y ostensible en la conceptualización, juicio o raciocinio aplicado a la valoración de las pruebas o los hechos, que implica una tergiversación de las reglas de la sana crítica (conf. causas C. 88.669, "Saladino", sent. de 11-VI-2008; C. 89.083, "Ayala", sent. de 12-XI-2008; C. 101.294, "R., A. V. y o.", sent. de 15-IV-2009; e.o.).

El recurrente denuncia que la lectura que la sentencia impugnada hace de los escritos constitutivos de la *litis* es fruto de una reflexión viciada de absurdo, que desvirtúa el alcance de la pretensión esgrimida "...al restringir el objeto de la demanda expuesto por la actora" (capítulo VII del recurso, fs. 238).



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

Concretamente, entiende que "...del repaso de la demanda y de la actuación de esta parte en la causa surge expresamente una pretensión anulatoria, no sólo dirigida contra el Acta 624 del Consejo de la Magistratura por el que se elaboró la terna, sino también de los demás actos consecuentes que, apoyándose en la misma, tiendan hacia el avance y conclusión del procedimiento de selección, entre los que se incluye, sin lugar a ambigüedades, el decreto mediante el que fue designado otro de los concursantes [y] el acuerdo del Senado" (fs. 238).

V.1.b. Asiste razón al impugnante.

En el escrito de demanda se dijo en modo expreso que el reclamo perseguía la declaración de ilegitimidad de la aludida decisión del Consejo "...así como de todo acto o procedimiento que se hubiera desarrollado como su consecuencia en cualquiera de los tres poderes de la Provincia de Buenos Aires..." en lo que sin duda -concluye- "...queda incluido el Decreto que al finalizar el mismo emite el Poder Ejecutivo, el acuerdo del Senado de la Provincia, y el juramento que el designado presta ante la Cámara Departamental" (fs. 238 y vta.). Varios pasajes más lo corroboran. Así, a fs. 16, al solicitar el otorgamiento de la medida cautelar el actor solicitó la suspensión del "...curso del procedimiento de designación en el estado en que se encuentre, tanto a nivel del Poder Ejecutivo, como eventualmente del Poder Legislativo"; mientras que en el



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

punto quinto del "petitorio" (fs. 18 vta.) expresamente reclamó que "...se declare la nulidad del acto atacado, como así también todos los actos que fueron -y sean en el futuro- consecuencia de él".

Recuerda que semejante pedido "...se volvió a plantear expresamente en el escrito de esta parte del 22-II-2012 cuando, recibido el expediente administrativo del Consejo de la Magistratura, se contestó el traslado dispuesto el 14-II-2012 en los términos del art. 32 del Código Contencioso Administrativo, oportunidad en que el ordenamiento procesal acuerda al actor la posibilidad de ampliar o transformar la demanda" (fs. 238 vta.). En tal ocasión, y al amparo de la norma procesal citada, consignó que "...deberá entenderse que por la presente demanda se persigue la anulación de la decisión del 3 de octubre de 2011 del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires, plasmada en el Acta Número seiscientos veinticuatro, así como de todo acto o procedimiento que se hubiera desarrollado como su consecuencia en cualquiera de los tres poderes de la Provincia de Buenos Aires" (fs. 35).

Por fin, pone de resalto que al tomar conocimiento acerca de la existencia del decreto en cuestión "...tanto en la oportunidad de contestar la expresión de agravios del contrainterésado contra la medida cautelar dispuesta, y también al alegar", refiere, se insistió en que la demanda "...no sólo se dirigió



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

contra un acto intermedio en el proceso de selección, sino que su objeto son todos los actos desarrollados a consecuencia, incluyéndose el decreto indicado, que es un acto emitido a consecuencia del acta referida, y que es evidentemente alcanzado por la pretensión anulatoria incoada" (fs. 238 vta.).

Las expresiones de fs. 78/79 vta. y 158 vta./159 vta. ratifican tales señalamientos. Acaso el desdén o la inadvertencia puedan explicar la desconsideración de estos elementos de juicio.

Por ello, cabe concluir que la decisión de la Cámara de Apelación incurre en el vicio de absurdo.

V.2. Despejado lo anterior, es pertinente ingresar al segundo agravio expuesto en el recurso, que está referido a la validez de la resolución instrumentada en el acta n° 624 del Consejo de la Magistratura, a cuyo respecto se alega la violación de la doctrina legal sentada en la causa B. 62.241, "Zarlenga", sentencia de 27-XII-2002 (v. fs. 236/238).

También en este punto acierta el recurrente (art. 289 inc. 1, CPCC).

V.2.a. Apartándose de lo resuelto por el señor juez de origen, la Cámara de Apelación estimó que el acto en cuestión no tenía defectos en su motivación.

En el recurso se plantea que el acta objetada en la presente controversia, como aquella que en su hora fue anulada por esta Corte en la causa "Zarlenga" (sent.



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

de 27-XII-2002), tienen una redacción sustancialmente idéntica (v. fs. 236 vta., en especial la nota 1 al pie de página). "De tal modo -se explica- es absolutamente nítida la aplicabilidad a la presente causa de la doctrina legal [...] [y] ello hace más que claro que el vicio de falta de motivación endilgado es absolutamente manifiesto, y surge de la sola lectura del acto impugnado, más aún cuando se lo compara con otro de idéntico contenido que el Superior Tribunal provincial consideró también que ostentaba este vicio de manera clara y notoria" (fs. 236 vta.), lo que -a su turno- "...deja en evidencia la violación de esta doctrinal legal en que incurre la sentencia recurrida" (fs. cit.).

V.2.b. En el citado precedente B. 62.241, "Zarlenga" (sent. de 27-XII-2002), el Tribunal decidió, por mayoría, que el acto administrativo instrumentado en el acta cuestionada debía anularse por ausencia de motivación.

Para arribar a dicha conclusión el voto mayoritario precisó que, si bien se habían observado los requisitos formales exigibles en el procedimiento de elaboración de la voluntad del órgano, no se plasmaba el contenido de la deliberación, lo que a la postre condujo a su descalificación.

Por mi parte, al adherir al núcleo argumental que conformó la mayoría en aquel precedente, formulé unas consideraciones adicionales que reafirmaban el criterio



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

según el cual una terna inmotivada viola el ordenamiento jurídico.

En definitiva, en aquella sentencia se hizo lugar a la demanda y se dejó sin efecto la aprobación de la terna para el cargo de Agente Fiscal del Departamento Judicial de Mar del Plata, decidida en la reunión del Consejo de la Magistratura, formalizada mediante el acta n° 168/00, así como el decreto 2.829/01, por el que se designó a otro aspirante -competidor del allí accionante- a ocupar el mencionado cargo. Además, se condenó al Consejo de la Magistratura a que decida sobre la terna correspondiente al citado cargo del Ministerio Público, observando el requisito de publicidad y adecuada motivación, dentro de los sesenta días de notificada la misma.

V.2.c. Años más tarde, esta Corte debió intervenir en esa misma causa a raíz de una nueva incidencia suscitada a partir de la denuncia del actor acerca de un pretendido incumplimiento de la sentencia de fondo.

V.2.c.i. En esa ocasión se expidió por mayoría -por auto de fecha 11 de marzo de 2009- disponiendo correr traslado de dicha presentación al Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires, sin abrir juicio acerca del vicio denunciado.

El voto del doctor de Lázzari consideró innecesaria la sustanciación, porque a su criterio el



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

análisis debía ceñirse a la existencia de "motivación" del acto conforme lo ordenado por el Tribunal, extremo a que a tenor del texto del nuevo acto dictado por el Consejo luego de la sentencia de mérito, consideró satisfecho. Sobre ese particular el aludido señor Ministro adujo que "...una vez firme ese pronunciamiento, y dentro del plazo otorgado, el Consejo de la Magistratura celebró, el día 18 de abril de 2005, la sesión en la que se trató la conformación de la nueva terna para dicho cargo. En esa oportunidad, según el acta respectiva [...], fue puesta a consideración y análisis aquella sentencia y luego de un 'largo e intenso intercambio de ideas', se comenzó por fijar las pautas que se utilizarían para formar la terna con sujeción a los recaudos dispuestos. Así, entre quienes sostenían que debían actualizarse los antecedentes de los concursantes y quienes consideraban que debían evaluarse solo los presentados al momento de la inscripción, se decidió -mediante votación- que, con la finalidad de respetar el principio de igualdad, se atendería exclusivamente a la documentación ya obrante en el Consejo". Luego advirtió: "Siempre a estar a lo que figura en el acta respectiva, los consejeros abordaron el estudio de los datos, referencias y antecedentes de los postulantes, eligiendo por votación a tres de ellos para configurar la terna, considerando 'su solvencia moral, idoneidad, respeto por las instituciones democráticas y derechos humanos, sólida



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

formación jurídica, adecuado criterio lógico, espíritu crítico y sentido común', a lo que agregaron una circunstancia considerada 'de especial relevancia: verificadas las constancias documentadas de los postulantes se advirtió que los ternados exhiben -en las constancias en su oportunidad presentadas- antecedentes en la función judicial, en el ámbito del Ministerio Público. En este específico caso y en el contexto del Departamento Judicial de que se trata (caracterizado por un alto índice de litigiosidad y que requiere de funcionarios con experiencia en el desenvolvimiento de dicha área), tal circunstancia apareció como un elemento decisivo para la formación de la terna' (ver, en particular fs. 283 vta.)".

En relación con el pasaje transcrito, dijo que podía ser leído como un compendio de las argumentaciones vertidas por el Consejo al motivar, fundar o justificar la decisión de proponer a ciertos postulantes, entre los cuales no se encontraba el doctor Zarlenga. A lo que destacó que el acta daba cuenta de "...una razón particular y de clara prudencia práctica: los aspirantes ternados ya formaban parte del Poder Judicial en el área del Ministerio Público, descontándose en ellos la experiencia necesaria para desempeñarse en un departamento judicial de alto índice de litigiosidad, lo que fue especialmente considerado. Tales razones, así exhibidas, muestran acabadamente cuál fue el proceso



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

inferencial (el derrotero lógico) seguido para dar adecuada motivación a la decisión; y ello es suficiente, a su vez, para tener por cumplido con lo dispuesto por esta Corte en la citada sentencia del 27 de diciembre de 2002".

V.2.c.ii. Siempre en la causa B. 62.241, sobrevino el dictado de la providencia de fecha 29 de diciembre de 2009 (acuerdo del que no participé y que cita en apoyo de su decisión la sentencia del Tribunal de Alzada que se impugna en el *sub lite*). Se decidió allí si el acta de fecha 18 de abril de 2005 (por la cual se decidió la elaboración de la nueva terna en cumplimiento de la manda de esta Suprema Corte), se encontraba fundada.

La votación fue abierta por el doctor de Lazzari, quien -en lo medular- dejó en claro que en esta nueva intervención solo se trataba de analizar "...si nuestra sentencia, en tanto ordenó que la decisión fuera objeto de una 'adecuada motivación', ha sido cumplida [...] Desde ya que -acotó-, por las mismas razones resumidas antes, al Poder Judicial le es natural e inherente el llevar a cabo esta [...] forma de contralor, reforzado esto por el hecho de que, en la coyuntura, lo que habrá de comprobarse se reduce a si el nuevo proceso de selección fue llevado a cabo con acatamiento de lo ordenado en su propia sentencia". Tal era, pues -y esto es de suma importancia-, el marco de la competencia



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

abierta al conocimiento de esta Suprema Corte. En tan preciso y acotado contexto, el Tribunal examinó la letra del nuevo acto impugnado y concluyó que había sido adecuadamente motivado "...tal como fuera ordenado en la sentencia" (refiriéndose a lo dispuesto por esta Suprema Corte en la sent. de 27-XII-2002).

V.2.d. La pormenorizada reseña anterior era indispensable para evidenciar el error en que ha incurrido la Cámara.

V.2.d.i. Bien conocido es que la doctrina legal a la que aluden los arts. 278 y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y que hace viable el recurso de inaplicabilidad de ley consiste en la producida por esta Corte mediante la interpretación de las normas legales que han regido la relación sustancial debatida en la controversia (conf. doctr. causas C. 79.549, sent. de 22-XII-2008; C. 87.846, sent. de 11-XI-2009; C. 85.774, sent. de 5-V-2010; C. 101.681, sent. de 2-VII-2010; C. 101.779, sent. de 22-XII-2010; C. 112.679, resol. de 10-XI-2010; C. 88.114, sent. de 24-VIII-2011; C. 107.387, sent. de 12-IX-2012; entre muchas otras).

V.2.d.ii. La sentencia dictada con fecha 27 de diciembre de 2002 sentó un criterio inequívoco, según el cual la motivación de las ternas vinculantes emanadas del Consejo de la Magistratura es obligatoria; deber jurídico que no se abastece de cualquier manera y cuya observancia



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

se encuentra sujeta a control judicial.

A su turno, las providencias del Tribunal dictadas luego en ese litigio (de fechas 11 de marzo de 2009 y 29 de diciembre de 2009) tuvieron por objeto comprobar si la demandada había cumplido el mandato ordenado por esta Suprema Corte; pero -va de suyo- de modo alguno importaron una reconsideración o nueva interpretación de la cuestión porque ella ya había sido objeto de debate y logrado una resolución que adquirió la inmutabilidad de la cosa juzgada.

Luego de tales providencias, en los casos P. 100.862, "S. R., J." (sent. de 10-VII-2013) y A. 72.700, "Marcó" (sent. de 6-VIII-2013), relativos a decisiones de órganos colegiados (en el primero, el Jurado de Enjuiciamiento, y, en el segundo, la Junta Electoral), esta Corte refrendó nuevamente la doctrina acuñada en la sentencia de mérito de la causa "Zarlenga". El uso de fórmulas genéricas, de enunciados de ocasión, *passerpartout*, fue descartado como fuente de justificación válida de los actos resolutorios.

V.2.e. Sin embargo, en autos, frente a un acto de aprobación de ternas sustancialmente idéntico al que concitó la sentencia de 27 de diciembre de 2002, tan vacuo e inmotivado como el anulado por ésta (el contenido de ambos documentos -se insiste- exhibe un absoluto grado de similitud), la Cámara en el fallo ahora recurrido sostiene una posición que ignora dicho precedente de esta



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

Suprema Corte, distorsionando su contenido y finalidad. No advierte que lo tratado por esta Corte en la providencia de 29 de diciembre de 2009 tuvo en miras un acto administrativo del Consejo diferente y posterior al descalificado en la sentencia de mérito de la causa B. 62.241, que explicitó nuevos y específicos motivos para dar sostén a la terna. Así entonces, la Cámara ha inobservado la doctrina legal aplicable al caso, lo que revela la procedencia del motivo de casación que expone el recurrente de autos (art. 289 inc. 1, CPCC).

V.3. El deber de fundar un acto tan relevante como el de aprobación de la terna por el Consejo de la Magistratura, es ineludible. Claramente lo es por de pronto cuando se trata de un concurso en el que participa un número razonable de cointerésados, cuyos méritos y condiciones de idoneidad pueden por tantos valorarse en detalle, y además cuando pueden emplearse indicadores objetivos de ponderación.

Aunque se supone que esta afirmación no ofrece mayor espacio para la duda, dado lo actuado en ese expediente, es pertinente volver sobre el asunto. Para ello habré de reiterar y ampliar algunos de los conceptos desplegados en mi voto en la causa B. 62.241.

V.3.a. Según el texto constitucional (art. 175) el procedimiento de selección de magistrados debe desenvolverse observando precisos recaudos concernientes al órgano competente (quien selecciona y eleva las ternas



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

es el Consejo de la Magistratura), a la publicidad de la actuación, y, por fin, al modo de selección, que ha de practicarse ineludiblemente bajo aquel procedimiento y de acuerdo con criterios objetivos y predeterminados de evaluación, según reza la norma antes citada.

Antes de la última modificación constitucional del año 1994 -y dejando de lado el antecedente de la Constitución del Estado de Buenos Aires del año 1854, en la que se disponía una modalidad diferente, según la cual los miembros del Tribunal Superior de Justicia debían ser nombrados por el Gobernador a propuesta en terna del Senado y los de juzgados inferiores a propuesta en terna de aquel Tribunal- el ordenamiento provincial establecía que la propuesta o nominación era resorte exclusivo del Poder Ejecutivo, en una secuencia que se complementaba con la conformidad senatorial y la ulterior designación (arts. 76 y 184, Const. prov. del año 1873; 77 y 187, Const. prov. del año 1889; 69 y 165, Const. prov. del año 1934; 71, 108 inc. 15 y 136, Const. prov. del año 1949).

Con la reforma incorporada al concluir el siglo pasado el centro de gravedad del sistema ha pasado del campo de la definición de puro cuño político al de la valoración técnico-funcional, por la incorporación de representaciones o factores de índole profesional asociados al quehacer cotidiano del servicio de justicia (cfr. causa B. 70.744, "Decastelli", sent. de 8-IV-2015).

El régimen instituido se vertebra a partir de



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

la exigibilidad de procedimientos públicos de selección de postulantes a magistrados judiciales y de la creación del Consejo de la Magistratura como autoridad encargada de tramitarlos. Se ha tenido en vista el propósito de modificar prácticas que denotaban un ejercicio libérrimo del arbitrio del sector político, para reemplazarlas por otras, fundadas en la acreditación objetiva de méritos e idoneidades, actuaciones transparentes, y en la incidencia de variables estrictamente profesionales en materia de designaciones, todo ello en busca de una mejora de la jurisdicción.

Ahora bien, para equilibrar el sistema es indispensable que el Consejo de la Magistratura cumpla su cometido (la preselección de candidatos y su inclusión en la terna vinculante) con transparencia republicana, dando razón de sus actos y en términos incuestionablemente técnicos. Su obrar debe ser garantía de una correcta ponderación de los méritos y las condiciones de idoneidad demostrados por los postulantes en los procedimientos de selección. La Constitución le confía esa delicada labor, al mismo tiempo que impone una evaluación objetiva, respeto a la igualdad de trato entre los concursantes y adecuada publicidad. Por consiguiente, el denominado dictamen del Consejo de la Magistratura no puede estar exento de motivación.

En primer lugar, porque la fundamentación de ese acto es consecuencia lógica de la función del citado



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

órgano, así como de su contenido y consecuencias jurídicas.

En cuanto al aspecto funcional, esta autoridad despliega una actividad materialmente administrativa (arg. art. 166, párr. final, Const. prov.). Se trata de una labor que lleva consigo la exigencia de motivación, carga también establecida en otras esferas del quehacer estatal como presupuesto de la actuación válida del poder público (arts. 168 y 171, Const. prov.).

Por lo que concierne al contenido esencial del acto, no hay duda de que la confección y aprobación de la terna es -o al menos, debe ser- el reflejo o resultado de la apuntada evaluación a cargo del Consejo, que a la vez define su posición sobre el concurso. Al tiempo que se nutre de un análisis imparcial y objetivo de los méritos acreditados por los postulantes, finaliza aquella evaluación, por lo que sus motivos determinantes deben salir a la luz.

Por último, la mentada justificación es requerida dadas las consecuencias emergentes de dicho acto (generador de efectos jurídicos en forma directa), desde que a partir de su emisión la situación subjetiva de los participantes se trastoca. Entre quienes aprobaron los exámenes de oposición, a unos se los selecciona incluyéndolos en las ternas; los restantes son excluidos.

Los factores aludidos (la función desplegada, el contenido de la determinación adoptada y los efectos



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

jurídicos que ella provoca) permiten concluir que la aprobación de la terna constituye un acto administrativo del Consejo (carácter que, al margen de la solución arribada, surge implícitamente de lo decidido por esta Corte en la causa B. 59.168, "Riusech", sent. de 16-II-1999). Ello vaya dicho, más allá de su *nomen iuris* ("dictamen") que denotaría la existencia de una medida preparatoria (art. 87, dec. ley 7.647/70), si no fuera porque, en rigor, aquella medida tiene los efectos típicos de un acto administrativo (arg. art. 86, dec. ley cit.).

V.3.b. La condición del acto señalado hace aplicable, sin margen para la controversia, la regla que impone la expresión de los motivos determinantes y fundamentos jurídicos del pronunciamiento del órgano colegiado. Esta obligación, como modo de reconstrucción del *iter* lógico seguido por la autoridad para justificar el acto administrativo de alcance particular que afecta situaciones subjetivas, a más de comportar una exigencia inherente a la racionalidad de su decisión, así como a la legalidad de su actuar (art. 108, dec. ley 7.647/70) y ser, también derivación del principio republicano de gobierno (arts. 1, Const. nac. y 1, Const. prov.), es postulada prácticamente con alcance universal por el moderno derecho público (Scarciglia, Roberto; "La motivazione dell Atto Amministrativo", Milano, 1999, pág. 53 y sigs. Fernando Pablo, Marcos M.; "La motivación del



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

acto administrativo", Madrid, 1993, pág. 36 y sigs. De Laubadére, A., Venezia, J. C. y Gaudemet, I.; "Traité de Droit Administratif", 14ta. Edición, París, 1996, Tomo I, pág. 677 y sigs. Chapus, René; "Droit Administratif General", 9na. Edición, París, 1995, Tomo 1, pág. 1.000 y sigs.; Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Asunto 222/86, sent. de 15-X-1987; Asunto I-334/94, sent. de 14-V-1998; id. Asunto T-182/96; Consejo de Estado de Italia, sec. IV, de 4-IX-1996, n. 1.009, en *Foro Administrativo* 1996, pág. 2.593).

V.3.c. La justificación de la resolución aprobatoria de las ternas no experimenta mella alguna centrada en la amplitud de las atribuciones que le confiere la Constitución (art. 175) ni en el tenor de su ley reguladora, n° 11.868, con sus reformas. Ciertamente es que el recaudo señalado ha de adaptarse, en cuanto a la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo (CSJN Fallos: 324:1860). Pero en la especie se trata de una evaluación, concepto que supone lógicamente explicitar el proceso intelectual y valorativo llevado a cabo, así como el contenido de lo decidido o propuesto.

Exigir que las ternas se expresen en un acto fundado, con respeto a las bases del concurso, no importa esmerilar las competencias del Consejo de la Magistratura sino encuadrarlas en su objeto constitucional. En todo caso, su cumplimiento permite constatar que esas



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

competencias efectivamente se han ejercido, lo que conlleva verificar la presencia (y pertinencia) de la justificación de la decisión valorativa. Ello, más allá de reconocer el margen de apreciación con que cuenta aquel órgano en ciertos aspectos intrínsecamente ponderativos de la evaluación (las bases de los puntajes consignadas en los informes preevaluativos, el contenido de las pruebas o los cursos, etc.).

De lo que se trata, en suma, es de la posibilidad de establecer si el Consejo de la Magistratura ha fundado racionalmente su evaluación y, antes que ello incluso, si esta se ha llevado a cabo, si ha existido como tal, para lo cual no basta con sumar los votos y después limitarse a escribir cualquier fórmula de compromiso.

Deben exponerse en concreto los motivos inspiradores de la decisión adoptada a la luz de un examen riguroso de los antecedentes, las pruebas escritas, las entrevistas y los demás elementos de juicio determinantes de los méritos acreditados por cada concursante, de acuerdo con los criterios objetivos predeterminados de evaluación establecidos o que deben regir un procedimiento de selección de cargos críticos vitalicios de la índole de una magistratura judicial.

Aun cuando sobre cierta parcela de aquel margen de apreciación el escrutinio de los jueces pudiera ser más trabajoso, parece claro que constatar si se han dado



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

o no razones que fundamenten la decisión del concurso, si se ha explicitado el proceso analítico que derivó en la terna o si, por el contrario, esta tarea se ha omitido o se la describe apelándose a una fórmula hueca, es un cometido realizable sin mayor problema por la judicatura, que cae en el espacio normal del control judicial de los actos administrativos.

V.3.d. El reconocimiento de una esfera de actuación propia del Consejo ha de ser considerado en su precisa dimensión. Esta idea repele tanto la eventual anulación judicial de una terna fundada por un mero parecer distinto de los jueces, como, por otro lado, la irreflexiva convalidación de cualquier acto de selección, aun de aquel que no expone las concretas razones que lo impulsaron o que desvirtúa el concurso. Ergo, cuando los argumentos que debieran sustentarla no están dados o los criterios valorativos en que aquellos descansan se apartan de las bases del procedimiento, lo actuado por el órgano seleccionador devendrá irregular y el control jurisdiccional se potenciará.

Como las formas esenciales (*v.gr.*, la publicidad, las mayorías debidas), la competencia, el fin público y el contenido ajustado al ordenamiento (art. 103, dec. ley 7.647), la motivación es un requisito esencial del acto administrativo (art. 108, dec. ley cit.) de cuyo cumplimiento depende su juridicidad.

V.3.e. La peculiar estructura orgánica de la



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

autoridad emisora del acto no enerva el cumplimiento del requisito de motivación (cfr. causa B. 61.665, "Savarro", sent. de 5-III-2008). Es posible que, dada su conformación, en el supuesto de los órganos colegiados se presente con mayor asiduidad que en otros supuestos la fundamentación *per relationem* (conf. Scarciglia; cit., págs. 284/5). Pero fuera de ello, ese tipo de estructura administrativa nada distinto posee que afecte la obligatoriedad de dar razón de sus decisiones. Su composición pluripersonal, su forma de deliberación y la formación de voluntad por votación y mayorías, inciden en la manera de expresar los actos, mas no conducen, como obligada consecuencia, a la dispensa del cumplimiento de los elementos de validez de su obrar. Sobre todo, cuando, como acontece en autos, de tal observancia puede seguirse la existencia o inexistencia de una evaluación objetiva de los antecedentes y calidades comprobadas por los postulantes.

V.3.e.i. Se ha sostenido en referencia a los recaudos de expresión de la voluntad administrativa de los cuerpos colegiados que el contenido mínimo y necesario del acta (de la sesión del órgano colegiado en que se adopta la decisión administrativa) comprende la motivación de los actos colegiales y no es diferente de la de los actos emanados de órganos unipersonales (cfr. Carbonell Porras, E.; "Los órganos colegiados", Madrid, 1999, pág. 228 y sigs.). Se dijo también que "...[esta]



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

conclusión es aplicable a los procedimientos selectivos de personal [...] La motivación de la propuesta [...] se exige con independencia de la naturaleza colegiada o unipersonal del órgano, pues en la hipótesis de que el componente fuera unipersonal motivaría de la misma forma. Por eso los problemas del control de la decisión administrativa no derivan de la naturaleza colegiada del órgano" (ob. y págs. cits.; en igual sentido, postulando la plena exigencia de motivación de las propuestas de órganos colegiados para la designación de magistrados se ha expedido también Bacigalupo Saggese, M.; "En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos colegiados", en R.E.D.A., Madrid, 2000, n° 107, pág. 407 y sigs.).

V.3.e.ii. Por cuanto concierne a esta clase de órganos, la postura expuesta en los precedentes de la Corte federal registrados en Fallos: 327:4943 y 329:4577, no altera en modo alguno la pertinencia del desarrollo anterior. En algún modo, en ellos la exigencia de fundar las decisiones, bien que adecuada las peculiaridades que adquiere tratándose de órganos colegiados, se ha mantenido en esencia. Pero, además, como se ha visto, la justificación del obrar del Consejo de la Magistratura tiene específica raigambre constitucional (art. 175, cit.) y, de otra parte, luego de tales fallos el Alto Tribunal confirmó decisiones que descalificaron actos emanados de esa clase de órganos, en concursos



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

universitarios, precisamente por carecer de motivación adecuada (*in re* W.79.XLIII "Wolovich, Daniel Gregorio c/ Universidad Nacional de Córdoba -recurso judicial- art. 32 ley 24.521", sent. de 9-II-2010). En este fallo se mantuvo, en efecto, que el acto de evaluación debe exponer los factores o variables que se tomaron en cuenta para discernir sobre los antecedentes y méritos de los postulantes. Extremos que no se cumplen -como sostuvo en ese asunto la Cámara, en posición confirmada por la Corte- cuando el jurado no efectúa un examen o valuación de los antecedentes, ni del desempeño de los aspirantes durante las etapas evaluadoras. Por ello, se concluyó que los actos administrativos impugnados fueron ilegítimos pues se basaban en un dictamen del jurado que carecía de motivación, circunstancia que lo descalifica como el acto de evaluación y juicio previsto normativamente como antecedente de la designación de profesores universitarios.

V.3.e.iii. Podrá pensarse de ciertos órganos colegiados que la regularidad de sus decisiones surge, en modo principal, del acatamiento de los recaudos inherentes a la convocatoria regular y a la expresión de las mayorías debidas en cada caso. Tal, verbigracia, lo que sucede con las legislaturas o los concejos deliberantes locales. Pero, en tales supuestos concurren una serie de factores que en modo alguno se dan en la hipótesis del Consejo de la Magistratura, a saber: i] la



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

legitimación popular del poder que ejercen, en mérito al mandato representativo que invisten sus miembros: ii] el carácter normativo de la generalidad de sus actos; iii] la remisión que suelen establecer a los mensajes o fundamentos que acompañan los proyectos; iv] la existencia de un debate o deliberación, tanto en las comisiones como en el pleno o el recinto de sus deliberaciones y v] la función legislativa que ejercen. Además, por lo común, los debates son públicos y obran en las versiones taquigráficas o grabaciones, publicándose luego en los diarios de sesiones o en los portales de internet.

V.3.e.iv. Nada de esto ha ocurrido en el caso que nos ocupa, debido a una práctica negativa consolidada en la opacidad. Práctica -por cierto- anterior a la ley 15.058, que ha modificado el sistema y en la reforma que introdujo, entre otros preceptos, al art. 28 de la ley 11.868 establece que, al cabo de las evaluaciones pertinentes, se procederá a emitir un orden de mérito de los postulantes, lo cual presupone la justificación de lo actuado.

V.3.f. En la especie, el órgano de selección interviniente, al que la Constitución ha confiado tan delicada misión técnica e institucional, solo indica el número de sesión, los nombres de los postulantes y los que efectivamente fueron seleccionados para incluirse en las ternas, junto con la mención de la suficiencia de



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

la mayoría de votos lograda, así como de los pasos procedimentales dados. A esa relación de pasos burocráticos y formales reduce todo el análisis resolutorio del concurso.

El acta n° 624 de fecha 3 de octubre de 2011, respecto del concurso n° 1.679 para juez de Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Mar del Plata, expresa en lo pertinente lo siguiente: "...habiendo ponderado, cada uno de los miembros del Consejo, los antecedentes y méritos que constan en los legajos personales de todos los postulantes, habiendo analizado los resultados de las pruebas de oposición y complementarias ordenadas; las respuestas recibidas de los informes solicitados a los Consultivos Departamentales, Instituto de Previsión Social, Colegio de Abogados de la Provincia, Registro de la Propiedad, Policía Bonaerense, Secretaría General y Subsecretaría de Personal de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia, Dirección General de Sanidad y Subsecretaría de Control Disciplinario de la Suprema Corte de Justicia, Registro de Deudores Alimentarios Morosos, consultada la señora Procuradora General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, habiéndose oportunamente entrevistado a los postulantes que mantuvieran la calidad de tales en el concurso de referencia y considerado su solvencia moral, idoneidad, respeto por las instituciones democráticas y



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

los derechos humanos, sólida formación jurídica, adecuado criterio lógico, espíritu crítico y sentido común, los señores Consejeros presentes proceden a emitir su voto. Por Secretaría se efectúa el recuento de votos y se informa que han alcanzado una mayoría superior a dos tercios los siguientes postulantes" y luego sigue el nombre de los ternados.

Las falencias sobresalen. Así, en el acta en cuestión: i] no se expresa, ni se intenta develar, el contenido puntual de la deliberación; ii] nada se explica acerca de la valoración que pudo haberse hecho -si es que efectivamente la hubo- de los antecedentes acreditados por quienes concursaron; iii] no se da cuenta del cotejo de los puntajes que cada uno de ellos obtuvo en el examen escrito, si los preferidos fueron los mejores calificados o recibieron los puntajes más bajos; iv] tampoco se expone si fueron apreciadas, y cómo, las entrevistas practicadas y v] en suma, no se brinda la menor indicación de los elementos de juicio que en ese concurso llevaron a escoger a los tres postulantes seleccionados y no a cualquiera de los restantes.

Ello vaya dicho con respecto a la (completa ausencia de) precisión sobre el alcance de la evaluación de los aspirantes al cargo. Pero *tampoco consta en el acta quiénes conformaron la mayoría calificada requerida, y si se expidieron por las mismas razones o mediante fundamentos concordantes.* Menos aún se reflejan las



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

razones dadas por las voces disidentes (solo se menciona que los consejeros Abruza, Aiello, Carabio, Gorostegui y Tropiano pidieron dejar constancia que habían propuesto al doctor Zarlenga para integrar la terna).

La insuficiencia explicativa del acta es tan diáfana como censurable.

Una definición normal en todo concurso de antecedentes y oposición, cuanto menos, obliga a exponer o dar a conocer el detalle explicativo de la ponderación efectuada en relación con los ítems arriba referidos (que en el caso fueron omitidos). De lo contrario, sería imposible determinar si la terna se corresponde con un análisis circunstanciado de los méritos y condiciones de idoneidad de los concursantes o si ha sido fruto del azar, el capricho, la irreflexión o de cualquier otro propósito.

Ciertas disposiciones del régimen normativo vigente al tiempo del concurso avalan la argumentación aquí desarrollada.

Por un lado, al tiempo en que se sustanció la tramitación bajo examen, la ley 11.688, en su art. 28, establecía que el Consejo "...evaluará los antecedentes, pruebas e informes y entrevistará personalmente a cada uno de los postulantes y se expedirá dentro del plazo de treinta (30) días corridos de dicha entrevista, considerando la solvencia moral, la idoneidad y el respeto por las instituciones democráticas y los derechos



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

humanos".

Por otro, el propio reglamento aprobado por el Consejo de la Magistratura (texto según Resol. CM 1614 de 30 de mayo de 2011), aplicable al tiempo de la terna observada en autos, imponía esa misma carga. Entre otras normas, el art. 23, a semejanza de la anterior norma legal, determinaba que el Consejo "...analizará las pruebas de oposición, antecedentes e informes" y realizará una entrevista a los postulantes "...en la que evaluará especialmente la solvencia moral, la idoneidad para el desempeño del cargo, el respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos".

V.3.g. No hay norma positiva válida que confiera al Consejo la potestad de aprobar las ternas sin dar razón de la ponderación que le ha llevado a escoger a determinados aspirantes y no a otros. La ausencia de habilitación normativa de esa índole inhibe extender al supuesto bajo examen la dispensa de puntual motivación sostenida para otros (CSJN Fallos: 311:1206, arg. a contrario) tanto más cuando, como surge de la interpretación aquí propiciada del art. 175 de la Constitución, el detalle de la valoración de los méritos de los aspirantes a magistrados -no ya la mera narración del trámite del concurso- es el único reaseguro del cumplimiento sustancial de la evaluación objetiva que aquella norma constitucional impone (así como de su contraste con las pautas que fueron predeterminadas en



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

las bases del procedimiento) y, por ende, el modo más serio para aventar dudas sobre la existencia de un obrar arbitrario.

Como se ha expuesto, la propia naturaleza de la actuación involucrada, esto es, el tratarse de un cotejo de méritos comprobados en el concurso, conlleva de suyo la exposición del razonamiento justificador. A diferencia de ciertos actos administrativos (v.gr., las certificaciones) frente a los cuales este deber adquiere mayor flexibilidad, en el sentido de no observar un cierto trayecto discursivo, otro tipo de determinaciones, como las declaraciones de voluntad o los dictámenes técnicos, la demandan al grado de constituir requisitos primordiales de su propia existencia jurídica.

De la regla contenida en el art. 28 de la ley reglamentaria del Consejo, por entonces vigente, encabezada con el acápite "dictamen" se deduce que la terna vinculante ha de ser el producto de la ponderación de los antecedentes, pruebas e informes y las entrevistas personales a cada uno de los postulantes. Ello concuerda con el tercer párrafo del art. 19 del mismo texto legal.

Es preciso, además, que el cuerpo considere la solvencia moral, idoneidad y el respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos observado por los postulantes (art. 175, Const. cit.). Se está ante una labor valorativa, predispuesta en las bases del concurso. Ella tiene que expresarse en modo



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

inteligible. De no ser así ¿cómo podría garantizarse que la confección de una terna no ha sido animada por razones de discriminación política, racial, religiosa, etcétera?

V.3.h. No se me escapa que el art. 29 de la ley arriba citada, en su párrafo final, prescribía en aquel tiempo que de la propuesta del Consejo "...no se admitirá recurso alguno", pero esta referencia, lejos de obstaculizar el razonamiento interpretativo que sostengo, lo hace aún más viable. Pues si esa limitación fuese constitucionalmente válida -conclusión difícilmente predicable si no se la circunscribe a la esfera administrativa- la imposición al Consejo de la motivación en su dictamen aparecería como obligada y prudente respuesta a la pretendida irrevisibilidad de tal determinación. Y, si, por el contrario, a tono con las garantías propias de un Estado de Derecho, se la reputara contraria a la garantía de la tutela judicial efectiva y el pleno acceso a la jurisdicción (art. 15, Const. prov.) fundar en ella la inexigibilidad de la motivación, carecería de sentido.

En resumidas cuentas, la admisión del hecho que la decisión de conformar una terna sea el fruto del ejercicio de una atribución privativa del Consejo de la Magistratura en modo alguno conduce a avalar que, en el supuesto de producirse un uso antijurídico de dicha potestad, la actuación que la expresa no pueda invalidarse o esté exenta de control por los jueces, si



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

es requerido por el afectado.

V.3.i. Vale recordar que, en relación con los nombramientos de magistrados o cargos equivalentes (en concursos de oposición, como incluso respecto de aquellos por el sistema de libre designación), autorizada jurisprudencia comparada ha consolidado una línea de pensamiento sustancialmente idéntica a la consagrada como doctrina legal en el precedente de esa Corte de la causa B. 62.241.

Así, el Tribunal Supremo de España, en la sentencia de 3 de diciembre de 2012 (rec. 339/2012), expuso la evolución habida en materia de control de nombramientos de magistraturas jurisdiccionales. En su Fundamento Jurídico 4º recuerda que a partir de las sentencias de 29 de mayo de 2006 (rec. 309/2004) y 27 de noviembre de 2007 (rec. 407/2006) se sostiene una posición afirmada en el respeto de exigencias inexcusables que cabe imponer a la autoridad para demostrar que en el ejercicio de la potestad de selección y nombramiento se han respetado los mandatos constitucionales, lo que supone asegurar, como se dice en el fallo citado en primer término: "...que el acto de nombramiento no fue mero voluntarismo y cumplió debidamente con el imperativo constitucional de interdicción de la arbitrariedad [...] que respetó, en relación a todos los aspirantes, el derecho fundamental de todos ellos a acceder en condiciones de igualdad a las



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

funciones y cargos públicos [...] y que el criterio material que finalmente decidió el nombramiento se ajustó a las pautas que encarnan los principios de mérito y capacidad..." (sent. cit.).

De estos principios básicos se derivan, por un lado, la obligación, a la vista de la singularidad de la plaza, de identificar claramente la clase de méritos que han sido considerados prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento y, por otro, la necesidad de precisar las concretas circunstancias consideradas en la persona nombrada para individualizar en ella el superior nivel de mérito y capacidad que le haga más acreedora para el nombramiento (sent. de 3-XII-2012, cit.; en similar sentido: sent. de 5-II-2010, rec. 72/2005, FJ 4° y sent. de 4-II-2011, rec. 588/2009, FJ 3°); lo que implica que deben señalarse los motivos por los que se prefiere a unos candidatos sobre otros (cfr. sent. de 12-IV-2011, rec. 261/2009, FJ 5°).

En otro pronunciamiento más reciente, destacó que en esta materia el margen de apreciación que tiene la autoridad en el ejercicio de su potestad de designación de magistrados, cuando se trata de provisión de vacantes mediante concursos, ha de reconducirse a una simple, objetivada y predeterminada constatación de méritos (cfr. sent. de 10-V-2016 -029/2016- rec. 189/2015) añadiendo que, en todo caso, aquellos actos deben ser adecuadamente motivados.



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

Según la jurisprudencia del prestigioso tribunal, si se advierte que las razones dadas por la autoridad para nominar a un magistrado "...resultan vanas, superfluas o incluso arbitrarias" debe declararse la invalidez del acto respectivo (cfr. sent. de 4-II-2011, rec. 588/2009, FJ 4°).

VI. El tránsito a la composición positiva del pleito (art. 289 inc. 2, CPCC) nos coloca frente a los agravios que llevó el actor apelante ante el Tribunal de Alzada, respecto de lo resuelto por el juzgado de origen.

VI.1. La decisión recaída en la instancia inicial del proceso estructuró su decisión del siguiente modo:

VI.1.a. Luego de describir el objeto de la pretensión incoada, el juzgador precisó que "...el *thema decidendum* radica en dilucidar la legitimidad del acta n° 624 del 3-X-2011, mediante el cual el Consejo de la Magistratura de esta provincia conformó la terna para el cargo de juez de Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Mar del Plata (vacante n° 2924, concurso n° 1679 con prueba escrita del 10-V-2011)" (fs. 170/172 vta.), advirtiéndole luego que en esta materia rige tanto la revisión judicial de las ternas aprobadas por el Consejo como el deber de justificación del acto administrativo respectivo, a propósito de lo cual trajo a colación la interpretación que sobre el punto emana de diversos precedentes de esta Suprema Corte (v.gr., causas



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

B. 62.241, "Zarlenga", sent. de 27-XII-2002; Q. 72.700, "Marcó", resol. de 6-VIII-2013; e.o.; v. fs. 173 y vta.).

Repasó entonces la letra de aquel instrumento y sostuvo que la motivación del acto era inválida pues "...surge con prístina claridad que sólo se expresa el dato objetivo de que la decisión se toma luego de valorar antecedentes y razones [...] más no [...] la expresión de esos antecedentes y razones a los efectos de permitir el conocimiento por parte tanto de los postulantes como de la judicatura en sede de control o, en general, por la opinión pública. *Id est*, aun cuando indique que se hizo una previa valoración de los citados elementos, no resulta suficiente toda vez que ellos continúan sin hacerse manifiestos" (fs. 174).

Puso énfasis en señalar que la motivación exigida "...no se puede tener por cumplimentada con la mera manifestación de que la terna se conformó 'habiendo ponderado, cada uno de los miembros del Consejo, los antecedentes y méritos que constan en los legajos personales de todos los postulantes, habiendo analizado los resultados de las pruebas de oposición y complementarias ordenadas'; ello así -explicó- por cuanto se prescinde, como se adelantara, de mencionar cuáles son esos elementos de juicio preponderantes para elegir a determinados postulantes y no a otros. Esa constancia -dijo- aparece así como un 'enunciado de ocasión', para utilizar la terminología de la Suprema Corte local en un



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

caso de configuración similar, *mutatis mutandi*, al presente (causa P. 100.862 'S.R.', sent. 10-VII-2013; donde disvaloró, justamente, una decisión del Jury de Enjuiciamiento de Magistrados que se sustentó en fórmulas similares a las que empleadas)" (fs. 174 vta.).

Por ende, consideró que el acto aprobatorio de la terna "...padece del vicio que se le imputa, esto es, ausencia de motivación" (fs. cit.).

VI.1.b. Sin embargo, a fs. 175 expresó que "...la demanda habrá de desestimarse; ello así por cuanto, a pesar del defecto comprobado, existen buenas razones de peso que llevan a que no se pueda hacer lugar a lo pretendido".

En abono de tal afirmación tuvo presente la circunstancia que dado su nombramiento mediante el decreto 1.929/11 el doctor Mendoza se desempeñaba en el cargo cuya cobertura estuvo precedida por la terna de marras y que ello "...genera una tensión entre, por un lado, la exigencia de motivación de las decisiones estatales conforme lo desarrollado arriba y, del otro lado, la seguridad jurídica inmanente a la estabilidad de los actos públicos más aun cuando, como en el caso, el desconocimiento de esta implicaría la vulneración de las garantías relativas a la inamovilidad de los jueces e independencia del Poder Judicial pues sobre todo magistrado pendería, cual espada de Damocles, la posibilidad de que se anulen los actos preliminares de su



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

designación -como se pretende en el caso- y como consecuencia, se anule ésta misma" (fs. cit.).

Advirtió que en esa encrucijada la exigencia de motivación de los actos administrativos debía ceder ante "...los valores inmanentes (inamovilidad, independencia, eficacia de la administración de justicia, etc.) a la designación de un magistrado y el orden público subyacente al funcionamiento del Poder Judicial" (íd.). Coronó su discurso consignando que "...la permanencia y continuidad de un magistrado posee una mayor incidencia e impacto sobre la seguridad jurídica que la ausencia de un elemento en el acto administrativo..." (fs. cit.).

Por fin, expresó que "...si bien lo dicho no quita reproche al acto cuestionado, resulta suficiente para rechazar la pretensión interpuesta" (íd.).

VI.2. Frente a lo así fallado, el actor interpuso recurso de apelación (fs. 183/186 vta.). Allí manifestó que su agravio se centraba contra el tramo de la decisión en el que, no obstante constatar el vicio denunciado, "...en contradicción abierta con esta conclusión [...] se rechazó la demanda" (fs. 184).

En su desarrollo argumental manifestó que "...un acto con un vicio que la ley por su gravedad sanciona con la nulidad absoluta no puede de ninguna manera hacer nacer o declarar derechos subjetivos, ni puede producir efecto jurídico alguno, salvo la necesidad de su retiro con carácter retroactivo sin que el



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

transcurso del tiempo, la voluntad o la opinión de personas u órganos puedan válidamente amparar su subsistencia" (fs. 184 y vta.).

Luego advirtió acerca de la imposibilidad de invocar principios de carácter netamente institucional vinculados a la seguridad jurídica para evitar la anulación de un acto viciado (pto. III-b. de su expresión de agravios, fs. 184 vta./186). En ese derrotero, aludió a lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Sosa" (CSJN Fallos: 332:2425), y trajo a colación también el pronunciamiento de la misma Corte registrado en Fallos: 322:1616, a más de recordar que en la causa B. 62.241 (sent. de 27-XII-2002), se "...resolvió dejar sin efecto la aprobación de la terna decidida por el Consejo de la Magistratura, así como el decreto por el que se había designado a otro aspirante para ocupar el cargo" (fs. 185 vta.).

Por último, se detuvo en la "...inexistencia de afectación a los derechos del concursante designado en el cargo" (pto. III de la pieza en tratamiento, fs. 186), toda vez que -advirtió- el interesado ha tomado debida intervención en autos, agregando que un acto administrativo no llega a consolidar un estatus inmutable por haber sido controvertido, lo que -afirma- es lo que aconteció en la especie.

VI.3. Corresponde abordar los agravios del recurrente y resolver la controversia con arreglo al



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

derecho aplicable (art. 289 inc. 2, CPCC).

VI.3.a. Por lo que concierne al cuestionamiento efectuado al criterio sostenido en primera instancia de no anular, por motivos de seguridad jurídica, los actos derivados de la terna carente de fundamentación, vale aclarar que, más allá de la analogía que exhibe el presente proceso con relación a su homónimo y ya recordado que se registra bajo la letra B. 62.241, invocado al efecto en el recurso, existe un elemento fáctico que los separa, digno de resaltar.

En el caso, a diferencia de lo que ocurría al fallarse la causa B. 62.241, y al margen de otras disparidades que podrían señalarse, el decreto 1.929/11, de designación del doctor Javier Gustavo Mendoza en el cargo de juez de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial de Mar del Plata, agotó sus efectos. El mencionado profesional renunció a su magistratura y esta dimisión fue aceptada por decreto 48/19 (B.O. de 6-II-2019). De tal suerte, la ilegitimidad denunciada en la demanda en modo alguno puede conducir a la cesación en ese cargo judicial, consecuencia que procuró evitar el fallo de primera instancia (lo que no obsta el abordaje de otro tipo de efectos derivados de aquella invalidez, v. *infra* 4, 5 y 6).

VI.3.b. Constituye un principio recibido que las sentencias de esta Corte deben ponderar las



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

circunstancias existentes al momento en que se las dicta, aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (art. 163 inc. 6, CPCC; doctr. CSJN Fallos: 320:1653; 323:2256; 326:223; 330:1291; 341:122 y 1356; 342:1246; 343:1019, y causa FCB 6364/2020/CS1 "Sociedad Rural de Río Cuarto y otros c/ Provincia de San Luis - Poder Ejecutivo s/ amparo ley 16.986", sent. de 20-V-2021, e.o.; v. doctr. causa A. 57.277, "Díaz de Garrigoud", sent. de 25 XII-2015).

El cambio producido a raíz del decreto 48/19, antes mencionado, convierte inoficioso un pronunciamiento sobre el agravio articulado por el impugnante relativo al alcance de la retroacción de los efectos que, respecto del coadyuvante, tendría la declaración de ilegitimidad de la terna. De todos modos, ello no conduce a desoír los reclamos del apelante en su totalidad, como se explicará más adelante (v. *infra* 4).

También el actor ha renunciado al cargo que tenía en la justicia provincial. Su dimisión ha sido aceptada por la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata por acta 1090/21, con efectos a partir del día 1 de octubre de 2021. Mas esta circunstancia no influye definitivamente sobre la virtualidad del proceso.

VI.3.c. Desde otro andarivel, dada la invocación que hace el impugnante de lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

registrado en Fallos: 332:2425, vale resaltar aquí que en ese caso el reclamante -otrora señor Procurador General de la Provincia de Santa Cruz- había cesado en sus funciones como motivo de una norma que había suprimido el cargo en cuestión, y precisamente era esa norma el objeto de la impugnación. En los presentes autos, en cambio, quien acciona solo ocupa la posición de un sujeto que aspira a integrar la terna y tiene derecho a una decisión fundada en tal sentido, de cuya inobservancia se agravia; tal es -en definitiva- la situación subjetiva, totalmente diferente a la del caso anterior, en la que anida el interés desde donde proyecta su pretensión impugnativa.

VI.3.d. Tampoco el asunto en debate aquí se asimila al abordado en el precedente "Fayt" (CSJN Fallos: 322:1616), dado que allí el actor, a la sazón Juez de la Corte Suprema de Justicia en funciones, reclamó el derecho a la inamovilidad en el cargo frente a una norma sobreviniente que limitaba en el tiempo su ejercicio. Unas circunstancias bien diferentes a las que caracterizan el actual litigio.

VI.4. Aclarado lo que antecede, se ingresará a delinear la solución de esta peculiar contienda.

VI.4.a. El fallo de primera instancia ha valorado que la decisión del Consejo de la Magistratura instrumentada en el acta n° 624 del año 2011 está viciada en su motivación y en ese aspecto, lo allí declarado es coincidente con la doctrina legal de este Tribunal, como



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

se acaba de explicar. Pese a ello, se ha visto que el pronunciamiento no anuló el procedimiento de designación, ni el decreto de nombramiento del aquí coadyuvante, alegando en esencia que razones de seguridad jurídica protegían la inamovilidad de un magistrado en el ejercicio de su cargo desde hacía varios años. De ello se queja el recurrente.

VI.4.b. Por lo dicho *supra* IV.3., ese punto ha perdido actualidad a partir de la aceptación de la renuncia presentada por el doctor Mendoza. El decreto de nombramiento 1.929/11 cumplió los efectos derivados de su dictado y de la toma de posesión del cargo.

Se ha puesto de relieve que la declaración de ilegitimidad pretendida en autos era condición indispensable para lograr la retroacción de las cosas al estado anterior al dictado del acta n° 624/11 del Consejo de la Magistratura (arg. por analogía arts. 1.056, Cód. Civil -ley 340- y 391, Cód. Civ. y Com.). Ello hubiera requerido expedirse sobre la invalidación de los actos ulteriores a la terna descalificada.

VI.4.c. Ahora bien, el cese del doctor Mendoza, con efectos a partir del día 1 de diciembre de 2018, torna estéril cualquier pronunciamiento respecto de la continuidad o revocación de su desempeño en el cargo que ocupaba en función del concurso cuestionado en autos. Esta circunstancia, sin embargo, no suprime la efectividad de la tutela del interés que asiste al actor



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

frente al obrar de la demandada.

VI.4.d. En rigor, la vacancia y disponibilidad del cargo señalado comportan un factor sobreviniente (art. 163, CPCC) que, sumado al vencimiento del plazo previsto en el art. 23 del Reglamento del Consejo vigente al tiempo de la sustanciación del procedimiento -texto según Resol. CM 1614 cit.- y al del art. 6 de la ley 15.058, enerva la posibilidad de satisfacer en plenitud el objeto principal pretendido. Es ya inviable reconocerle al actor el derecho a mantener y hacer valer en relación con el cargo que ha concursado, la condición de aprobado en el examen y la entrevista, con los puntajes en su hora obtenidos.

VI.5. Así las cosas, la propuesta decisoria ha de considerar otro aspecto derivado de la ilegitimidad que afecta al acto principalmente cuestionado: la lesión al interés del actor según se aprecia en este largo expediente.

VI.5.a. En tal sentido, más allá de objetar las razones que expusiera la decisión de origen, en cuanto pasaba por alto la existencia de un vicio de legalidad comprobado, la imposibilidad actual de invalidar el concurso y sus actos consecuentes, basada en que todos ellos han agotado sus efectos, tampoco puede desbaratar la evidencia de la invalidez de lo actuado por la demandada. La solución a adoptar requería en su hora, y en este momento también, de una mirada integradora, para



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

resguardar en el mayor grado posible los principios e intereses implicados.

VI.5.b. El acto administrativo inmotivado presenta un desarreglo objetivo con el ordenamiento jurídico. Esa disconformidad provoca un acto ilícito (Cariota Ferrara, Luigi; *El negocio jurídico*, Madrid, 1956, pág. 17).

Tanto en el derecho público como en el derecho privado, en resguardo del ordenamiento concurren diversas formas de reacción (preventivas, represivas, reparadoras, etc.) frente a las transgresiones a la juridicidad vigente. Una de ellas es la anulación (en tanto privación de los efectos propios de esas formas de obrar; v. Morello, Augusto M.; *Ineficacia y frustración del contrato*, 2da. Edición, Platense, La Plata, 2006, pág. 90, en especial nota 181). Hace tiempo se ha explicado que el resultado frente a la inobservancia de las normas asume formas variadas (Orgaz, Alfredo; *La ilicitud*, Córdoba, 1992, pág. 21 y sigs. En el mismo sentido, Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Wolf, Martin; *Tratado de derecho civil*, Tomo I, vol. segundo, Barcelona, 1935, pág. 421) aun cuando la sanción más frecuente y más diferenciada que acompaña al acto ilícito es la de obligar a su autor al resarcimiento del daño causado (Orgaz, Alfredo; ob. cit., pág. 21). En el terreno de la invalidez, y en el de la inoponibilidad, la cancelación de la virtualidad perseguida por el acto viene a menudo



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

acompañada de una consecuencia restitutiva (v.gr., arts. 1.050 y 1.052, Cód. Civil -ley 340- y 290, Cód. Civ. y Com.) y, en ciertos casos, dadas determinadas condiciones, otra de carácter indemnizatorio (arts. 1.056, Cód. Civil -ley 340- y 391, Cód. Civ. y Com.).

VI.5.c. En un antiguo precedente de la justicia nacional -oficiando a la sazón como tribunal contencioso administrativo de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires- (CNCiv., Sala A, "Confitería El Zoológico S.R.L. c/ Municipalidad de la Capital", 21-X-1976, LL, 1977-D-116) se manejaron prudentemente las ideas que acabo de señalar. El actor, oferente hábil en el concurso abierto por la comuna demandada para el otorgamiento de un permiso de ocupación, uso y explotación del local destinado a confitería, restaurante y bar ubicado en el Jardín Zoológico de Buenos Aires -los restantes proponentes habían sido descalificados en fases anteriores del trámite- pretendió exitosamente la declaración de ilegitimidad del decreto municipal que, a su turno, había anulado el procedimiento de selección. El Tribunal acogió favorablemente la pretensión, advirtiendo que el acto administrativo carecía de adecuada motivación. Y ordenó la indemnización de los daños sufridos por el demandante que, en la especie, al encontrar encuadrable el caso en la órbita de la responsabilidad precontractual, se ciñeron tan solo al daño al interés negativo.



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

VI.5.d. Quiere significarse con todo esto que cuando la reposición al estado anterior -aneja a la declaración de ilegitimidad del acto- se encontrare obturada de manera total o parcial, o no fuere plenamente realizable, en lugar de la retroacción de sus efectos, puede disponerse una medida o un conjunto de medidas, de análoga funcionalidad o bien de índole compensatoria. Aquella declaración cumplirá pues la función de título de un resarcimiento sustitutivo; un sucedáneo de la vuelta al estado de cosas preexistente que debería en principio provocar la anulación. Se compensará, así, el gravamen generado a un interés subjetivo (arg. arts. 1.056, 1.066, 1.068, 505 inc. 3, 1.204 y concs., Cód. Civ. -ley 340- y 391, 1.717 y sigs., 730, 731, 1.083, sigs. y concs., Cód. Civ. y Com.).

VI.5.e. En las particularísimas circunstancias examinadas en este proceso, el saldo que arrojaba el fallo de primera instancia sacrificaba el interés del reclamante y no derivaba de la ilegitimidad del obrar cuestionado ninguna consecuencia.

El actual art. 1.740 del Código Civil y Comercial de la Nación, aunque no sea directamente aplicable a esta especie (arts. 3, Cód. Civ. -ley 340- y 7, Cód. Civ. y Com.), recoge un principio general que, de manera fragmentaria, podía extraerse en el anterior Código del art. 1.083. En tal sentido, luego de sentar la regla de la reparación plena (consistente en la



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

"...restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie"), establece que cuando el reintegro específico "...sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo [...] se debe fijar en dinero". La invalidez del acto, en tales supuestos, debe conducir al reconocimiento indemnizatorio del afectado.

El hecho de que actualmente sea estéril anular el obrar de la demandada con un alcance plenamente restitutorio, no determina que el interés jurídico del actor quede insatisfecho a todo efecto.

VI.5.f. En tal sentido, ante la inviabilidad de reponer las cosas al estado anterior a la actuación inválida, esta sentencia, fundada en la excepcionalidad del caso, es título suficiente para resarcir el interés afectado por el obrar del Consejo de la Magistratura. Una reparación que, dada la índole del asunto, debe resolverse en esta causa, en tanto carecería de justificación razonable derivarla a un nuevo proceso, cuando el estado de las actuaciones exhibe nítidos todos los elementos indispensables para atender las consecuencias de aquella conducta de la demandada. Ello encuentra cobijo en la tutela judicial efectiva concretizada, que garantiza el ordenamiento supralegal (arts. 18, Const. nac. y 15, Const. prov.; arg. arts. 20, ley 12.008; 166 inc. 3 segunda parte y 272 segunda parte, CPCC).



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

VI.6. Cuadra así establecer el alcance de la reparación (art. 165, CPCC, aplicable en virtud de lo dispuesto en el art. 77 inc. 1, ley 12.008 -texto según ley 13.101-).

VI.6.a. Como tantas veces se ha puesto de resalto, el actor fue excluido del procedimiento de selección por una decisión carente de motivación válida. Al igual que los restantes no ternados, no pudo avanzar a la posterior fase procedimental a la que pretendía acceder. Ante supuestos de esta índole podrían tener lugar dos tipos de resarcimientos: la pérdida de chance y el daño moral.

Veamos qué ocurre con el primero.

En una prognosis de lo que pudiera haber ocurrido de no haberse producido el obrar ilegítimo de la accionada, entran a jugar múltiples variables, propias del proceso de selección. Me refiero a las fases de evaluación de los antecedentes, el puntaje de la prueba escrita, la entrevista oral, la terna, la elección dentro de ella, el acuerdo senatorial, el posterior nombramiento y la toma de posesión del cargo, según la secuencia examinada en la causa B. 70.744 ("Decastelli", cit.). Esas variables repercuten sobre el grado de probabilidad objetiva, de cada cual, de ser ternado y, luego, de acceder al cargo concursado. Esto es de importancia porque para que nazca el derecho a la indemnización por pérdida de la chance es preciso que exista certidumbre en



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

cuanto a la frustración de una oportunidad de acaecimiento razonable, objetivamente factible (y al daño derivado de ello), distante de lo meramente eventual, hipotético o conjetural (conf. causas Ac. 75.375, sent. de 31-X-2001; Ac. 78.851, sent. de 20-IV-2005; C. 89.068, sent. de 18-VII-2007; B. 65.517, "Vega", sent. de 10-XII-2008 y C. 115.713, sent. de 3-IX-2014, arg. doct. 1739, Cód. Civ. y Com.).

La infundada aprobación de la terna en el concurso afectó el derecho al debido proceso adjetivo de actor y también sus expectativas de ser incluido en esa selección y de acceder al cargo concursado. Pero sería inexacto decir que en el caso esas expectativas contienen una probabilidad diferencial, mayor a las de los demás participantes en el procedimiento, con examen aprobado y en condiciones de aspirar también a ser incluidos en esa lista corta. En el expediente no constan elementos incuestionables que cualificaran semejante probabilidad con una verosimilitud de acaecimiento tal que tornara razonable resarcir al reclamante por la cancelación de esa oportunidad. Sería pues más que huidizo entonces predicar la procedencia de una reparación por la pérdida de la chance (arts. 901 y sigs. y 1.067, sigs. y concs., Cód. Civ.; arts. 1748, 1738 y concs., Cód. Civ. y Com.).

VI.6.b. Otra solución corresponde en materia de daño moral, para cuya valoración debe tenerse en cuenta la índole del hecho generador de la responsabilidad, la



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

entidad de la afectación causada, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, ni con su prueba o existencia, pues no se trata de un accesorio a este (CSJN Fallos: 321:1117; 323:3614; 325:1156; 326:820 y 847; e.o.).

Este rubro, sabido es, resarce el detrimento o lesión en los sentimientos, en las íntimas afecciones de una persona. La Suprema Corte, por mayoría, viene interpretando sostenidamente que esta clase de padecimientos ha de tenerse por demostrada por el solo hecho de la acción antijurídica -daño *in re ipsa*- y es al responsable del hecho lesivo a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluye la posibilidad de un daño moral (causa B. 62.547, "Gomez", sent. de 15-VII-2015; entre muchos otros); criterio análogo al establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (v. CSJN causa M.1.XXXVII originario "Molina, Alejandro Agustín c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", sent. de 20-XII-2011, cons. 20). A partir del precedente "Karanicolas" (causa B. 62.043, sent. de 31-X-2016), me he plegado a ese criterio mayoritario.

A propósito de su procedencia, corresponde tener presente ciertos rasgos propios de la causa.

El primero atañe a la ilegitimidad del obrar enjuiciado, que desde un comienzo fue expuesta por el actor. El vicio del acto impugnado es grave y manifiesto.



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

Se constata con la mera lectura del acta del Consejo. Se insiste: fue advertido tempranamente por el doctor Zarlenga. No obstante, el tiempo que insumió el proceso, por causa de lo que pareciera ser una inexplicable resistencia a aceptar las *cargas de la juridicidad*, se interpuso al reconocimiento de un derecho elemental (a una decisión fundada). En los hechos, esta circunstancia devino en un factor de objetiva frustración.

Por otra parte, no se está ante la primera oportunidad en que el actor ha debido padecer *las kafkianas desventuras de concursar ante una autoridad que no ha justificado sus decisiones*. Sería sobreabundante hacer un exhaustivo repaso de las vicisitudes de la tantas veces mencionada causa B. 62.241, para comprender el cuadro de situación. Basta con tener presente lo acontecido.

De allí que, aunque la chance objetiva de prevalecer en el concurso no fuese para el reclamante algo seguro, la aflicción sufrida por el hecho de haber sido nuevamente postergado o excluido sin fundamento, es muy clara. La contravención a esta garantía inherente al debido proceso en sede administrativa, se verifica a simple vista.

Por consiguiente, el rubro es procedente en este litigio. Corresponde determinarlo prudencialmente en la suma de ochocientos mil pesos (\$800.000; arts. 1.078 y concs., Cód. Civ.; 63, sigs. y concs. y 71, ley 12.008 y



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

501 y concs., CPCC), condenándose a su pago a la Provincia demandada.

VII. En cuanto a las costas de la primera instancia, se encuentran bajo el ámbito de aplicación temporal de la ley 13.101, debiéndose observar en este tramo lo dispuesto en el art. 51, según la redacción impuesta por aquella norma (conf. doct. causa A. 70.603, "Rolón", sent. de 28-XI-2015). Toda vez que la cuestión objeto de debate había sido resuelta con anterioridad con carácter de doctrina legal por este Tribunal (causa B. 62.241, "Zarlenga", sent. de 27-XII-2002) y el acto cuestionado adolecía de un vicio manifiesto, debe estimarse temeraria la conducta de la autoridad demandada, asumida en la presente controversia (conf. art. 51 inc. 2 apdo. "b", ley 12.008 -texto reformado por ley 13.101-; doct. causas B. 48.459, "Schiavinsky", sent. de 29-IX-1981, Ac. y Sent., 1981-III-106 y B. 48.847, "Beltrán", sent. de 8-II-1983, Ac. y Sent., 1983-I-58).

Las costas del Tribunal de Alzada y de esta instancia extraordinaria se imponen a la demandada en su carácter de vencida (arts. 51, ley 12.008 -texto según ley 14.437-; 60 inc. 1, ley 12.008 -texto según ley 13.201-; 68, 289 *in fine* y arg. art. 274, CPCC).

VIII. En consecuencia, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en tratamiento y revocar la decisión recurrida,



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

declarar la ilegitimidad de lo actuado por el Consejo de la Magistratura a través del acta n° 624/11 y condenar a la accionada al actor a pagar una indemnización por daño moral que se fija en la suma de ochocientos mil pesos (\$800.000). Con costas a la demandada (art. 289, CPCC).

El depósito previo deberá restituirse al recurrente, conforme lo dispone el art. 293 del Código Procesal Civil y Comercial.

Voto por la **afirmativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

I. De acuerdo a las circunstancias de la causa que han sido relevadas en la sentencia dictada por la Cámara actuante, la línea decisoria transitó frente a la ausencia de cuestionamiento -real, efectivo y suficiente- del decreto 1.929/11, el cual fue declarado firme y consentido. Tal circunstancia motivó el rechazo de la pretensión articulada.

II. En su impugnación el actor, al igual que en la oportunidad de deducir la apelación, manifestó que el objeto de la presente controversia radicaba en obtener la nulidad de la decisión del Consejo de la Magistratura del día 20 de octubre de 2011 -acta n° 624- y de todos los actos que se pudieran dictar en consecuencia. Aclara que el decreto mencionado es uno de aquellos que integran su pretensión.

III. En tales circunstancias resulta evidente



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

la insuficiencia de la impugnación traída a esta instancia.

Conforme ha declarado esta Corte, para que el escrito por el que se interpone y funda el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley cumpla la misión que le asigna el art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial, los argumentos que en él se formulen deben referirse, directa y concretamente a los conceptos que estructuran el pronunciamiento. Esa función no es cumplida con la mera invocación o pretendida subsunción de los hechos y elementos de la causa a determinados preceptos legales, si en esa operación se sustrae, precisamente, en todo o en parte, la réplica adecuada a las motivaciones esenciales que el fallo impugnado contiene (conf. causas L. 110.832, "Campos", sent. de 29-V-2013; L. 116.173, "Glinchuk", sent. de 25-VI-2014; L. 114.587, "Gimenez", sent. de 15-VII-2015 y L. 118.224, "Carabajal", sent. de 13-IV-2016; entre muchas otras).

En la especie, el diseño de la crítica no solo replica un argumento llevado ante el Tribunal de Alzada -y rechazado- sino que se afirma en la entidad que el agraviado atribuye a una frase genérica (los actos sucedáneos) en lugar de demostrar una articulación eficiente que permita abordar el examen de legalidad del decreto 1.929/11 antes mencionado.

IV. Para más, el actor en la oportunidad que fija el art. 32 del Código Contencioso Administrativo



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

tomó conocimiento de todo lo actuado en el expediente 5900-320/11, sin hacer siquiera mención a la existencia del acto dictado por el Poder Ejecutivo, como tampoco enderezó su pretensión al cuestionamiento de aquel.

Por lo expuesto, voto por la **negativa**.

Respecto de las costas, dadas las particularidades del caso, corresponde eximir de su pago a la recurrente vencida. Debido a ello, deberán imponerse en el orden causado (art. 68 segunda parte, CPCC).

El depósito previo queda perdido para el recurrente (art.294, CPCC).

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Torres dijo:

I. Comparto la solución propuesta por mi estimado colega doctor Genoud, aunque me permito agregar los siguientes fundamentos que seguidamente expongo:

I.1. Es requisito de ineludible cumplimiento para el recurrente en la instancia extraordinaria la réplica concreta, directa y eficaz de los fundamentos estructurales del fallo, puesto que la insuficiencia impugnatoria en este aspecto deja incólume la decisión que se controvierte y esa deficiencia se presenta, entre otros factores, como consecuencia de la falta de cuestionamiento idóneo de los conceptos o argumentos sobre los que, al margen de su acierto o error, se asienta la sentencia del tribunal (doctr. causas A. 73.392, "B., A. V.", sent. de 26-III-2014; A. 72.611,



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

"E., R. V.", sent. de 22-X-2014; A. 73.304, "Córdoba", sent. de 1-IV-2015; A. 71.412, "Valenti", sent. de 16-XII-2015; e.o.).

De ahí que el desarrollo expositivo debe ser autosuficiente, esto es, demostrar los errores jurídicos que a juicio del recurrente padece el fallo que se impugna (doctr. causas A. 70.225, "Tejerina", sent. de 1-VI-2011; A. 70.986, "Transportadores Unidos S.A.", sent. de 28-XII-2016; A. 73.960, "González", resol. de 21-II-2018; A. 75.081, "Tricinello", resol. de 21-VIII-2019, cits.; e.o.).

Tal déficit exhibe el recurso interpuesto por el actor cuando sostiene que la sentencia incurre en una clara violación e inaplicación de normas y principios en materia de motivación de los actos administrativos en cuanto entiende que la decisión no aplica los arts. 1, 2 y 15 de la Constitución provincial; 1 y 18 de la Constitución nacional y 108 del decreto ley 7.647.

En efecto, el recurrente expone una línea argumental genérica basado en la referencia a las normas citadas, pero omite desarrollar de qué manera los fundamentos expuestos por la Cámara con relación a la subsunción de la plataforma fáctica en el art. 28 de la ley 11.868, ha sido errónea o trasgrede la normativa aplicable, incumpléndose así con la carga técnica establecida por el art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial.



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

Sentado lo que antecede, es dable observar que la técnica mediante la cual el recurrente expone el agravio concreto sobre la decisión de la Cámara de confirmar la validez del acta n° 624 -cuya motivación se encuentra regulada en el art. 28 de la ley 11.868- exhibe no solo insuficiencia e ineficacia en la argumentación, sino que refleja la mera discrepancia con lo resuelto, sellando la suerte adversa de la impugnación.

Por otra parte, es doctrina consolidada de esta Corte que es insuficiente la impugnación que se desentiende de los fundamentos del fallo y deja incólume los fundamentos centrales -el *holding*- que dan sustento bastante a la decisión, lo que impone el rechazo del recurso (doctr. causas A. 74.831, sent. de 8-V-2019 y A. 74.114, sent. de 20-XI-2019).

I.2. En cuanto al agravio vinculado a que la sentencia impugnada vulnera la doctrina legal de la Corte en materia de motivación de actos de la Administración emergente de las causas B. 62.241, "Zarlenga", sentencia de 27-XII-2012; B. 64.685, "Rodríguez", sentencia de 22-VII-2012 y Q. 72.700, "Marcó", sentencia de 6-VIII-2013; debe señalarse que la función revisora de esta Suprema Corte se limita a la verificación del fallo en crisis con la doctrina que se reputa infringida, destacando que la violación de esta última se configura cuando el Tribunal ha determinado la interpretación de las normas legales que rigen la relación sustancial



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

debatida en una determinada controversia y la sentencia impugnada la transgrede, precisamente, en un caso similar (conf. doctr. causas L. 81.392, sent. de 2-V-2002; L. 80.238, sent. de 12-V-2004; L. 85.792, sent. de 12-X-2005; e.o.), extremos estos que no se advierten configurados en el *sub examine* y por tanto debe ser rechazado el agravio.

I.3. Tampoco ha de prosperar el vicio de absurdo denunciado por el recurrente, por el que aduce que el Tribunal de Alzada yerra al indicar que no se dedujo en la demanda la nulidad del decreto de designación de otro concursante ni se impugnó el correspondiente acuerdo del Senado.

El agravio esbozado sobre esta parcela de la sentencia impugnada, por estar vinculado con la interpretación de los escritos postulatorios, deben ser acompañados de una adecuada demostración del absurdo -no siendo suficiente su mera denuncia-, el cual ha sido definido como un error grave y ostensible que se comete en la conceptualización, juicio o raciocinio al analizar, interpretar o valorar las pruebas o los hechos susceptibles de llegar a serlo, con tergiversación de las reglas de la sana crítica en violación de las normas procesales aplicables (doctr. causas A. 71.560, "Aguirre", sent. de 28-XII-2016 y A. 73.073, "Araya", sent. de 28-XI-2018).

I.4. Con relación al agravio por el cual el



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

recurrente alega la violación e inaplicación de la doctrina legal sentada en la causa A. 70.444, "Decastelli", sentencia de 1-IV-2015, debe advertirse que este Tribunal tiene dicho que solo será suficiente un remedio extraordinario como el intentado cuando se individualice concretamente la doctrina que se dice violada y se señalen los aspectos fácticos que rodearon al caso donde se sentó el criterio que se pretende aplicar, debiéndose indicar en la respectiva denuncia la cita de la norma legal que, emanada de dicha doctrina, resulte conculcada por el tribunal de apelación (conf. causa Ac. 84.617, sent. de 5-V-2004 y sus citas; e.o.), requisitos que no cumple la recurrente en su exposición de agravios al limitarse a señalar sus propias valoraciones sobre la supuesta similitud entre ambos casos.

Para más, este Tribunal ha expresado que resulta inapropiada la cita de doctrina legal cuando difieren las circunstancias de la causa con las del precedente invocado (conf. causas Ac. 76.888, sent. de 19-II-2002; Ac. 84.617, sent. de 5-V-2004 y A. 68.808, sent. de 20-VI-2007) y que no puede alegarse la violación de aquella doctrina elaborada sobre la base de hechos distintos a los verificados en el caso en que se invoca (causas Ac. 67.537, sent. de 21-X-1997; Ac. 86.830, sent. de 24-III-2004 y Ac. 94.644, sent. de 12-VII-2006), como entiendo que ocurre en la especie.



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919

II. Por todo lo expuesto, se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto (arts. 289 *in fine* y 279, CPCC).

Voto por la **negativa**.

Respecto de las costas, dadas las particularidades del caso, adhiero al doctor Genoud en cuanto a la no aplicación de costas a la vencida.

Los señores Jueces doctores **Borinsky** y **Violini**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votaron también por la **afirmativa**.

Los señores Jueces doctores **Carral** y **Maidana**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud y los agregados hechos por el señor Juez doctor Torres, votaron también por la **negativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, por mayoría, se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto (arts. 289 *in fine* y 279, CPCC). Respecto a las costas, atento la naturaleza de la cuestión debatida y la forma en que se resuelve la causa, exímese de su pago a la vencida. Debido a ello, se imponen por su orden (art. 68, segunda parte, CPCC).

El depósito previo queda perdido para el recurrente (art. 294, CPCC).



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A-73919

Regístrese y notifíquese de oficio y por medios electrónicos (conf. resol. Presidencia 10/20, art. 1 acápite 3 "c", resol. SCBA 921/21) y devuélvase por la vía que corresponda.

Suscripto por el Actuario interviniente, en la ciudad de La Plata, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital (Ac. SCBA 3971/20).

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 09/03/2022 13:42:07 - TORRES Sergio Gabriel - JUEZ

Funcionario Firmante: 10/03/2022 01:55:47 - SORIA Daniel Fernando - JUEZ

Funcionario Firmante: 10/03/2022 08:30:49 - GENOUD Luis Esteban - JUEZ

Funcionario Firmante: 21/03/2022 14:19:36 - VIOLINI Víctor Horacio - JUEZ

Funcionario Firmante: 22/03/2022 07:54:45 - CARRAL Daniel Alfredo

Funcionario Firmante: 22/03/2022 13:00:56 - BORINSKY Ricardo - JUEZ

Funcionario Firmante: 23/03/2022 22:09:00 - MAIDANA Ricardo Ramón - JUEZ

Funcionario Firmante: 25/03/2022 07:26:15 - MARTIARENA Juan Jose - SECRETARIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

A - 73919 - ZARLENGA MARCELO ESTEBAN C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OT. S/ PRETENSION ANULATORIA. --RECURSO EXTRAORDINARIO DE INAPL. DE LEY--



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A-73919



247800290003677538

SECRETARIA DE DEMANDAS ORIGINARIAS - SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS

Registrado en REGISTRO DE SENTENCIAS DE SUPREMA CORTE el 25/03/2022 07:27:17 hs. bajo el número RS-21-2022 por DO\jmartiarena.