



Ministerio Público de la Nación

O.EXPTE. N°: CAF 40235/2013

AUTOS: "IGNOLFI GASTON GABRIEL C/EN-M JUSTICIA-SPF S/
AMPARO LEY 16.986"

JUZGADO N° 11

SECRETARIA N° 21

Señora Juez:

Se corre vista a este Ministerio Público, a fin de emitir dictamen en los términos del art. 39 de la ley 24.946.

I-El actor, agente del Servicio Penitenciario Federal, inicia la presente acción de amparo –a través de su letrada apoderada- a fin de que se declare la nulidad de la resolución N° 229/13 de la Subsecretaría de Gestión Penitenciaria, mediante la cual se lo declara en disponibilidad a los efectos del retiro obligatorio, "...por resultar la misma ilegal, arbitraria y violatoria de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional" (Cfr. punto II de la demanda), y en consecuencia, se ordene su reincorporación a dicha fuerza de seguridad en el grado que revistaba al momento de dictarse el acto impugnado.

Relata que en el marco del Expte. Administrativo 46971/13, la Junta Superior de Calificaciones y Eliminaciones se reunió para el tratamiento, análisis y debate de los antecedentes del personal superior, a fin de proponer a aquellos agentes que debían pasar a retiro obligatorio conforme lo establecido en el art. 101 inc. A) de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario Federal N° 20.416.

Al respecto, señala que de su foja de calificación y legajo personal, se desprende que todas sus calificaciones fueron sobresalientes desde su ingreso, destacando asimismo la inexistencia



Ministerio Público de la Nación

de sanciones. Pone de relieve también el concepto personal dado por su superior, y los sucesivos asensos logrados en su carrera hasta alcanzar el grado de Alcaide Mayor.

No obstante ello, advierte que la Junta de Calificaciones determinó en su dictamen que el actor demostraba “escasa seriedad y compromiso” en el ejercicio de sus funciones, y que no “ha evidenciado progreso o incoativa”, por lo que propició de manera unánime su pase a disponibilidad a los efectos del retiro obligatorio.

Sostiene el actor que el dictamen y acto administrativo antes referidos evidencian ilegalidad y arbitrariedad manifiesta, señalando que las consideraciones vertidas resultan meramente genérica y prescindan de hechos concretos que den fundamento a la decisión impugnadas (Cfr. fs. 3 vta./4). Destaca a su vez que los motivos expresados por la Junta de Calificaciones no guardan coherencia con sus calificaciones y concepto de su superior, siendo la valoración por ella realizada “imprecisa” y “contradictoria”.

Alega que como consecuencia de la ilegalidad y arbitrariedad planteadas, se ven afectados sus derechos a trabajar, a la estabilidad del empleo público, y al honor.

Por ello, promueve la presente acción con el objeto de que se declare la nulidad del acto impugnado.

Solicita asimismo el dictado de una medida cautelar, a fin de que se suspenda la ejecución de la resolución de marras, siendo ésta rechazada a fs. 170/vta.

II.- Del auto de fs. 173, se desprende que V.S. acordó otorgar a la pretensión el trámite propio de la acción de amparo.



Ministerio Público de la Nación

III- Previo a todo, cabe señalar que se han cumplido en autos las etapas procesales que contempla la ley 16.986.

En efecto, incoada la acción, se requirió a la accionada la presentación del informe previsto en el art. 8º de la ley 16.986, el que obra a fs. 179 y ss.

No resta, por otra parte, la producción de prueba que hubiere sido previamente ordenada por V.S.

IV- El proceso se ha dirigido contra un acto de autoridad pública, por lo que encuadra en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional.

V.- En cuanto a la viabilidad de la acción, cabe destacar que conforme ha sido reafirmado por el representante de este Ministerio Público Fiscal ante la Corte *in re* "Gianola, Raúl A. y otros v. Estado Nacional y otros", G. 1400. XL (dictamen compartido por el máximo tribunal en su sentencia del 15.5.07, cfr. Fallos, 330:2255), "...la acción de amparo constituye un remedio de excepción y es inadmisibile cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, así como cuando la determinación de la eventual invalidez del acto requiere amplitud de debate y de prueba. Dichos extremos, cuya demostración es decisiva para su procedencia, V.E. los ha calificado de imprescindibles (doctrina de Fallos: 319:2955 -con sus citas-; 321:1252 y 323:1825, entre otros)...Por eso, la existencia de una vía legal adecuada para la protección de los derechos que se dicen lesionados excluye, en principio, la admisibilidad del amparo, pues este medio no altera el juego de las instituciones vigentes (Fallos: 303:419 y 422), regla que ha sustentado la Corte cuando las circunstancias comprobadas en la causa evidencian que no aparece



Ministerio Público de la Nación

nítida una lesión cierta o ineludible causada con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, o el asunto versa sobre una materia opinable que exige una mayor amplitud de debate o de prueba para la determinación de la eventual invalidez del acto (doctrina de Fallos: 303:422)...En este mismo orden de ideas, el Tribunal ha señalado, al delimitar la acción prevista en la ley 16.986, que si bien ella no es excluyente de las cuestiones que requieren trámites probatorios, descarta a aquellas que son complejas o de difícil acreditación y que, por lo tanto, exigen un aporte mayor de elementos de juicio que no pueden producirse en el breve trámite previsto en la reglamentación legal (Fallos: 307:178)...La doctrina sobre el alcance y el carácter de esta vía excepcional no ha sido alterada por la reforma constitucional de 1994, al incluirla en el art. 43, pues cuando éste dispone que 'toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo', mantiene el criterio de excluir dicha vía en los casos que por sus circunstancias requieran mayor debate y prueba y, por tanto, sin que se configure la 'arbitrariedad o ilegalidad manifiesta' en la afectación de los derechos y garantías constitucionales, requisitos cuya demostración, como se dijo, es imprescindible para la procedencia de esa acción (Fallos: 306:788; 319:2955 y 323:1825, entre otros)".

VI.-En oportunidad de producir su informe, la demandada opone la caducidad de la acción instaurada, alegando que la demanda fue presentada luego de vencido el plazo previsto en el art. 2 inc. e) de la ley de amparo.

Sin perjuicio de ello, replica los fundamentos de la acción, invocando que el acto administrativo cuestionado ha sido dictado en



Ministerio Público de la Nación

ejercicio de las facultades que el ordenamiento jurídico reconoce al Poder Ejecutivo, hallando sustento en las disposiciones normativas específicas que son de aplicación en la materia, en particular, el art. 101 de la ley 20.416 y 57 del decreto n° 54/76. Sostiene por ello que la resolución en crisis no se encuentra viciada, ya que reúne todos los elementos esenciales del acto administrativo, lo que descarta su nulidad (fs. 187 vta.)

Asimismo, afirma que “...el sistema de política de seguridad constituye una prerrogativa del Poder Ejecutivo Nacional, que éste puede ejercer con un razonable margen de discrecionalidad” (fs. 187 vta.), y que “La razonabilidad del mecanismo de eliminaciones contemplado en el artículo 101 inc. a) de la ley 20.416 y su reglamentación se encuentra garantizado por la estricta observancia de un procedimiento específico dirigido a adoptar la decisión de producir las vacantes anuales necesarias en los distintos grados y escalafones a los efectos de posibilitar los consiguientes ascensos del personal; ello dentro de razonables par[á]metros de discrecionalidad técnica en procura de compatibilizar el derecho de los agentes a progresar en su carrera con las exigencias propias del servicio” (cfr. fs. 189, penúltimo párrafo).

Advierte además que “...la institución penitenciaria ha sido organizada bajo una estructura jerárquica de neto corte piramidal, acorde con la naturaleza de la misión que la ley le ha encomendado...” (fs. 189, último párrafo), y que en el caso el acto ha sido dictado en el ejercicio de una prerrogativa del Poder Ejecutivo Nacional, inherente a su zona de reserva administrativa”, que salvo



Ministerio Público de la Nación

hipótesis de arbitrariedad y/o desviación de poder, no es susceptible de revisión judicial.

VII- Reseñados brevemente los argumentos de las partes, cabe señalar en primer término que no existen en la causa elementos suficientes que permiten tener por comprobada la extemporaneidad de la acción impetrada, máxime considerando que el término que separa la fecha de emisión del acto impugnado y la que surge del cargo judicial de fs. 8 vta., es inferior al plazo de caducidad previsto en el art. 2 inc. e) de la ley 16.986. Lo que permite descartar de plano el planteo de inadmisibilidad formal de la acción introducido por la accionada en oportunidad de evacuar su informe.

VIII.-Superado tal escollo, corresponde adentrarse al análisis de la cuestión de fondo. En atención a los argumentos expuestos, cabe señalar primeramente, que del contenido normado en los artículos 76 inc. a) y 101 de la ley 20.416, y 32 y 55 del decreto 54/76, se colige que tales disposiciones atribuyen una facultad discrecional en cabeza de la Administración accionada, toda vez que se advierte un margen de apreciación normativamente consagrado a su favor, en el caso, para determinar qué agentes deben pasar a retiro obligatorio para generar las vacantes necesarias en los respectivos grados y escalafones.

En cuanto a ello, se ha señalado que la discrecionalidad constituye una modalidad de ejercicio de la función administrativa, que el orden jurídico reconoce a quien la desempeña, facultando una apreciación subjetiva del interés público comprometido, para que éste “complete, creativamente, el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas”. En



Ministerio Público de la Nación

tales condiciones, la “juridización” de la discrecionalidad, que ha permitido superar la concepción de aquella como una vinculación negativa de la Administración con la ley, ha derivado como consecuencia lógica en su control judicial, que consiste precisamente en analizar la adecuación de la conducta administrativa al orden jurídico (Cfr. Julio Rodolfo COMADIRA, “La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial”, E.D. 186, ps. 600/617, acápite 3).

En este mismo sentido, la jurisprudencia del Máximo Tribunal ha señalado que mientras en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos, en otras ocasiones, el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que complete el cuadro legal. Asimismo, ha estimado superada la antigua identificación entre discrecionalidad y falta de norma, admitiendo a que la estimación subjetiva o discrecional por parte de la administración sólo puede resultar de una autorización legal, lo que a su vez ha conducido a abandonar la idea del acto administrativo reglado o discrecional en bloque, y el consecuente reconocimiento de la existencia de elementos reglados en todo acto, y la fiscalización de aquellos considerados discrecionales mediante el examen de tales elementos. En función de ello, y aceptado que no existen actos enteramente reglados o discrecionales, sino únicamente actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y viceversa, se ha concluido que el control judicial de los actos denominados “discrecionales” o de pura administración encuentra su ámbito en los elementos reglados de la



Ministerio Público de la Nación

decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad. Ello ha permitido sostener, entre otras derivaciones, que admitido el control sobre los elementos reglados del acto discrecional, puede acreditarse un vicio de causa cuando los extremos invocados para su dictado no se hallan debidamente constatados (Cfr. CSJN, “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos s/ Amparo”, 23/06/1992)

El Tribunal Federal Cintero ha manifestado también, que no puede sostener válidamente que las facultades discrecionales de la administración la eximan del cumplimiento de los recaudos que para todo acto administrativo exige la ley 19.549, como así también del sello de razonabilidad que debe acompañar a toda decisión de las autoridades públicas. De esta manera, tratándose de un acto administrativo dictado en ejercicio de facultades de esta naturaleza, ello no obsta a que se verifique si, dentro de las opciones posibles abiertas a la potestad discrecional de la administración, su ejercicio devino en un acto arbitrario (Cfr. caso “MOLINAS, Fallos: 314:1091). De esta manera, se ha reiterado que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración, recae por un lado sobre los elementos reglados de la decisión-entre los que se hallan la competencia, la forma, la causa y la finalidad-, a lo que se ha añadido el examen de su razonabilidad (Cfr. CSJN, “Solá Roberto y otros c/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo s/ empleo público”, 25/11/1997).

Se ha concluido así que “...la circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en



Ministerio Público de la Nación

manera alguna pudo constituir un justificativo de su conducta arbitraria como tampoco de la omisión de los recaudos que para el dictado de todo acto administrativo exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad-constituida por la legalidad y la razonabilidad- con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias, sin que ello implique violación al principio de división de poderes que consagra la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 307:639)".

De lo antedicho se deriva que, contrariamente a lo argumentado por la accionada, es susceptible de control judicial de legitimidad la resolución en crisis, en tanto que acto emanado del ejercicio de una facultad discrecional, examen que ha de concentrarse tanto en los elementos reglados, como así también en lo relativo a la razonabilidad de la decisión.

IX.-Sentado ello, corresponde puntualizar que, conforme surge de las constancias obrantes en el expediente administrativo N° 46971/13, remitido en copia certificada por la accionada, la resolución atacada invoca, por un lado, las facultades atribuidas en el art. 101 inc. a) y 57 inc. b) de la ley 20.416, así como la nómina del Personal Superior propuesto para ser declarado en disponibilidad a los efectos del retiro obligatorio, elevada por la Junta Superior de Calificaciones convocada a tal fin (cfr. fos. 142/144)

Asimismo, del acta obrante a fo. 69, se desprende que dicha junta consideró, a los efectos de analizar la continuidad y/o eventual pase a disponibilidad del personal, el padrón general



Ministerio Público de la Nación

aportado por la dirección general del Cuerpo Penitenciario, el legajo personal de cada oficial superior o jefe, su trayectoria institucional, ascensos, sanciones, hechos relevantes en la carrera, más el conocimiento personal de los integrantes de la Junta sobre cada funcionario cuando así fuere y existiere.

Seguidamente, del acta de fo. 70 surge que la evaluación realizada con relación al agente Ignolfi, determinó que éste "...ha demostrado escasa seriedad y compromiso institucional para el ejercicio de sus funciones. No ha evidenciado progreso e iniciativa que deben resaltarse en el desarrollo de obligaciones en el ámbito intramuros, no demostrando legitimidad en la conducción ante el personal a su mando, motivo por el cual se propicia se manera unánime su pase a disponibilidad a los efectos del retiro obligatorio". Tales conclusiones son recogidas por la Subsecretaria de Gestión Penitenciaria, sirviendo de sustento a la decisión impugnada (cfr. fos. 142/144).

Empero, del examen del legajo y fojas de calificación remitidas en copia certificada por la accionada (fs. 203), se advierte que el aquí actor ha merecido durante todos los años en que se ha desempeñado, calificaciones sobresalientes y elevado concepto por parte de sus superiores. Entre otras referencias, se destaca al actor como oficial de admirables condiciones de desempeño laboral (1999), amplios conocimientos profesionales, capaz y responsable (2000, 2002, 2004), con buena predisposición y compromiso con el servicio (2006), gran colaborador (2007), "jefe que debe obtener grandes logros si se lo impone" (2009), de muy buen desempeño en sus funciones (2012), entre otras. En particular, se lo conceptúa como "Oficial Jefe



Ministerio Público de la Nación

con excelente desempeño en sus funciones” en la evaluación correspondiente al año 2013, periodo para el cual se dispuso su pase a disponibilidad a través de la resolución cuestionada en autos. Asimismo, surge del legajo que durante todos los años en que se desempeñó ante la fuerza de seguridad accionada, obtuvo sin excepción la calificación “sobresaliente”, al tiempo que no registró sanciones.

A propósito de lo expuesto, cabe señalar que los antecedentes y hechos que sirven de sustento a la decisión del órgano, comprenden el elemento “causa” del acto administrativo (art. 7.b) LNPA), al que la jurisprudencia ha sindicado como elemento reglado del acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales, y como tal, propio de la órbita de control del Poder Judicial.

De esta manera, en la misma línea seguida por la jurisprudencia citada ut supra, se ha señalada que “Aún la hipótesis más amplia de discrecionalidad normativa debe ser construida, necesariamente, sobre la base de hechos, conductas o acontecimientos verificables objetivamente y susceptibles, por consiguiente, de pleno control judicial” (Cfr. Comadira, op. cit., ap. 6.2), lo que ha llevado a concluir que “...todo lo atinente a la efectiva existencia de los hechos o situaciones de hecho invocados para emitir el acto caen o pueden caer bajo el poder de revisión de los jueces...”(Cfr. CNACF, Sala I, “Jugos del Sur, S.A. c/ EN (Ministerio de Obras y Servicios Públicos s/ juicio de conocimiento”, 5/3/98, voto del Juez Coviello). De esta manera, si los hechos invocados como sustento de la decisión no están debidamente acreditados, aún



Ministerio Público de la Nación

tratándose del ejercicio de una facultad discrecional, el acto se encuentra viciado en su elemento causa, lo que determina su nulidad absoluta.

Establecido lo anterior, no puede soslayarse en el subexamine que los extremos invocados en el dictamen de la Junta de Calificaciones (relativos a una escasa seriedad y compromiso del actor en el ejercicio de sus funciones), que como motivación *in aliunde* integran la resolución 229/13, aparecen en manifiesta contradicción con los antecedentes obrantes en el legajo del actor y foja de calificación, elementos que, según lo asentado en el acta de fo.69 del expediente administrativo remitido, fueron oportunamente considerados por sus miembros y sirvieron de sustento para las recomendaciones formuladas, posteriormente recogidas en el acto en crisis. A ello cabe añadir la ausencia de otros elementos que permitan tener por constatados tales extremos, no habiéndose invocado tampoco un hecho concreto que permita atribuir al actor una “escasa seriedad y compromiso” en su función, con suficiente entidad para enervar los antecedentes registrados en el legajo del actor, en punto a sus condiciones y aptitudes profesionales; todo lo cual me conduce a descalificar el acto en crisis por vicio grave en la causa (Cfr. *mutatis mutandi*, caso “Solá”, Fallos: 320:2509, consid. 13).

X-Sin perjuicio de lo expuesto en el acápite anterior, debe señalarse que, si bien los antecedentes registrados en el legajo y foja de calificación del actor, no resultan óbice para que la Junta de Calificaciones considere otros criterios de evaluación, como ser el conocimiento personal de los integrantes sobre cada agente (cfr. fo. 69 expte 46971/13), en atención al carácter preponderantemente



Ministerio Público de la Nación

discrecional de la facultad ejercida, es imperioso que éstos sean debidamente desarrollados en la motivación del acto dictado en su consecuencia, y sea que ésta integre su propio texto o resulte del contexto de las actuaciones. Ello así, toda vez que la motivación cobra particular importancia y exigencia cuando el acto es dictado en el marco de facultades discrecionales, "...pues éstas deben hallar en aquella el cauce formal convincentemente demostrativo de la razonabilidad de su ejercicio" (Cfr. Comadira, op. cit. apartado 6.1).

La necesidad de motivación adecuada en el ejercicio de facultades discrecionales ha sido sostenida con énfasis por la Sra. Procuradora General ante la Corte en su actual integración, al sostener la representante del Ministerio Público Fiscal (en dictamen al que adhiriera el Alto Tribunal) que "...no puede sostenerse válidamente que el ejercicio de las facultades discrecionales, por parte del órgano administrativo...lo eximan de verificar los recaudos que para todo acto administrativo exige la ley 19.549, como así también respetar el sello de razonabilidad que debe acompañar a toda decisión de las autoridades públicas...El Tribunal ha reconocido que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en los elementos reglados de la decisión -entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, a la forma, a la causa y a la finalidad del acto (Fallos: 315:1361)- y por otro, en el examen de su razonabilidad...En suma, la circunstancia de que la entidad administrativa obrare en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que, para el



Ministerio Público de la Nación

dictado de todo acto administrativo, exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad -constituida por la legalidad y la razonabilidad- con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias (doctrina de Fallos: 307:639 y 320:2509)". En consecuencia, se concluyó que el ejercicio de potestades discrecionales impone una observancia más estricta de la debida motivación" (Dictamen de la Procuradora General, Dra. Laura Mercedes Monti *in re* "Schnaiderman, Ernesto Horacio c/ Estado Nacional – Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación", sent. del 8/4/08, Fallos: 331:735).

En función del criterio expuesto, y siendo que la motivación constituye un elemento demostrativo de la razonabilidad del acto, cuyo adecuado desarrollo resulta imprescindible en el marco del ejercicio de potestades discrecionales, a efectos de evitar que la Administración recaiga en decisiones arbitrarias, entiendo que la demandada omite invocar fundamentos sólidos que tornen razonable el pase a disponibilidad del actor, máxime en atención a los destacados antecedentes, calificaciones y ausencia de sanciones que éste registra en su legajo y fojas de evaluación.

Lo expuesto precedentemente me conduce a concluir que el acto en crisis exhibe graves y manifiestos vicios en sus elementos causa y motivación, lo que determina su nulidad absoluta.

Por ello, pienso que V.S. debe hacer lugar a la presente acción. Así lo dictamino.

Solicito me notifique el resultado el proceso.



Ministerio Público de la Nación

FISCALIA FEDERAL, 15 de julio de 2014.- (7)