

## Servicio Penitenciario Federal Pase A Disponibilidad Retiro Obligatorio Falta De Motivacion Del Acto Administrativo

### JURISPRUDENCIA

Servicio Penitenciario Federal. Pase a disponibilidad. Retiro

obligatorio. Falta de motivación del acto administrativo

Se confirma el fallo que hizo lugar a la acción de amparo anulando la resolución que dispuso el pase a disponibilidad del actor a los efectos del retiro obligatorio, pues fue dictada sin consideración al legajo del actor, ni a los antecedentes de calificación de este, como tampoco se evidencia la expresión de los hechos que lo justifiquen y que fuera en consonancia con la normativa aplicable al caso afectando principalmente la razonabilidad.

RESISTENCIA, 9 de mayo de 2019.- VISTOS: Estos autos caratulados: "Misurda, Juan Carlos contra Servicio Penitenciario Federal sobre amparo Ley 16.986", EXPTE. N° FRE 54000376/2011/CA1, provenientes del Juzgado Federal de Presidencia Roque Sáenz Peña y, CONSIDERANDO: I. El "a-quo" a fs. 72/ 83 vta. hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por el Sr. Juan Carlos Misurda, decretando la nulidad de la Disposición 2019/11, que en su parte pertinente expresa "... Declárase en disponibilidad, a los efectos del retiro obligatorio, conforme con lo establecido en el artículo 101 inc. a) ... Juan Carlos Misurda, dado que para el caso concreto, el mismo deviene arbitrario e irrazonable. ... ordenando al Servicio Penitenciario Federal, de forma inmediata el restablecimiento de la situación en que se encontraba el agente, con anterioridad al dictado del acto administrativo que aquí se impugna. ...". Impuso las costas a la demandada vencida -art. 14 de la ley 16.986 y reguló honorarios a los profesionales intervinientes. II. El sentenciante examina en primer lugar la aptitud de la vía del amparo para plantear el presente caso, señalando que a tenor de lo normado por el art. art. 43 CN la misma procede no obstante la existencia de otros procedimientos, si su tránsito puede ocasionar un daño grave e irreparable. Esto es así por cuanto la reforma del art. 43, no obstante seguir la línea de la ley 16.986 amplió la operatividad del instituto, configurando un mecanismo que excede los bordes de un simple recurso. Sostiene que el planteo del amparista se reduce al hecho de obtener el reconocimiento de derechos constitucionales y subjetivos, que en forma actual e inminente se encuentran vulnerados por un acto administrativo arbitrario e injustificado. Efectúa consideraciones. Cita doctrina y jurisprudencia. Luego señala que la cuestión controvertida se vincula con la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario N° 20.416 y ley de Retiros 13.018. Cita los arts. 1, 37, 55, 100, 101 de la primera ley y arts. 75 y 76 del Reglamento 54/76. Indica que el amparista es agente del Servicio Penitenciario Federal, Clase 1969, con 42 años a la fecha de su presentación (41 cuando pasó a disponibilidad), con 20 años de antigüedad, cumpliendo funciones en el cargo de ayudante Mayor (último de los grados del personal subalterno y con calificaciones sobresalientes y con puntaje 100). Con esas características la Dirección del Servicio Penitenciario resolvió declararlo en disponibilidad a los efectos del retiro obligatorio, de acuerdo a la lista propuesta por la Junta de Calificaciones del personal Subalterno. De las constancias agregadas y pruebas producidas en autos, concluye en que resulta inoportuno e ilegítimo el pase a disponibilidad del retiro obligatorio del Ayudante Mayor Juan Carlos Misurda, como consecuencia del dictado de una resolución manifiestamente arbitraria e irrazonable correspondiendo declarar su nulidad. Asimismo ordena la restitución al cargo donde prestaba servicios y a la U 11 Colonia Penal Sáenz Peña, garantizándole el derecho a trabajar que por la Resolución que aquí se impugna, se encuentra afectado. Impuso las costas a la demandada vencida (art. 14 inc. la Ley 16.986 y 68 CPCCN). III. Disconforme la demandada interpuso recurso de apelación a fs. 87/91 vta. Corrido el pertinente traslado fue contestados por la contraria a fs. 93/94. Radicada la causa ante esta Cámara, se llamó Autos para resolver a fs. 97. La recurrente solicita se revoque la sentencia con expresa imposición de costas. Subsidiariamente para el caso de que se confirme la misma solicita se revoque el punto III de la parte resolutive, imponiendo las costas en el orden causado. Expresa que el "a-quo", luego de transcribir genéricos conceptos jurisprudenciales sobre la amplitud del amparo, concluye en que es la vía procesal para tratar el caso de autos, rechazando el planteo de su parte respecto de la improcedencia o inadmisibilidad del amparo, lo cual constituye una arbitrariedad manifiesta que vulnera derechos constitucionales como el debido proceso y de defensa. Destaca que el sentenciante no sopesa la cuestión que debería gozar de un ámbito probatorio más amplio que el que puede brindar el sumarísimo o procesos de amparo. Asevera que el actor tuvo buenas calificaciones durante sus años de trabajo, pero hay muchos otros agentes con mejores calificaciones, aptitudes físicas y psíquicas y formación técnica educacional. Se vislumbra no sólo el error de dilucidar esta cuestión litigiosa en el amparo, sino también la injusticia en que incurre al hacer lugar a la demanda de autos. Efectúa consideraciones. Indica contradicciones e indicios en contra de la legalidad y razonabilidad de la sentencia recurrida, que impiden tildar el acto jurisdiccional como válido: Que la medida cautelar dictada en autos Misurda Expt N° FRE 54000377/2011 no se encuentra firme como erróneamente lo señala el a-quo. El actor no tenía 41 años al momento de ser pasado a disponibilidad sino 42 y a sólo días de cumplir 43. El fallo en crisis es una copia textual de la sentencia definitiva recaída en autos Fernández, Florencio Ricardo, Exp. N°

54000092/2011. Asimismo señala que la doctrina fijada en los fallos de la Corte in re MADORRAN, de fecha 2007 no debe ser tenida en cuenta para resolver el presente amparo, porque en el fallo citado se discutía una situación de despido sin causa, con el solo requisito de una indemnización sustitutiva, que atenta contra la garantía de estabilidad del empleado público -art. 14 bis - no guardando similitud con el tema decidendum de autos. Aduce que surge de la documental y normativa que el actor pasó a retiro obligatorio, lo cual implica la situación de revista de pasividad (equivalente a jubilado) continuando percibiendo sus haberes, de manera que no puede sostenerse que ha sido despedido. Considera que la cuestión a dilucidar no es la legalidad del acto cuestionado sino la supuesta arbitrariedad. Indica que el Juez "a-quo" sólo tuvo en cuenta las calificaciones del actor y dejó de lado las cualidades que los demás subalternos puedan poseer: nivel de instrucción, mayor compromiso con la institución que el actor. Resolvió una parte de la cuestión que fue sopesada por la Junta de Calificaciones del Personal Subalterno al momento de confeccionar la nómina respectiva. Por ello la resolución 2019/2011 de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal no es arbitraria, viciada ni nula. Señala que la razonabilidad del mecanismo de eliminación contemplado en el art. 101 inc a) de la Ley 20.416 y su reglamentación Decreto 54/76 se encuentra garantizada por la observancia de un procedimiento dirigido a adoptar la decisión de producir vacantes anuales necesarias en los distintos grados y escalafones a los efectos de posibilitar los ascensos del personal, dentro de parámetros de discrecionalidad compatibilizando el derecho de los agentes a progresar en su carrera con las exigencias propias del servicio. Advierte que el art. 55 del Decreto 54/76 sólo fija un mínimo de vacantes dejando librado a la discrecionalidad de los organismos competentes la decisión de incluir una cantidad mayor de agentes a los efectos del retiro. Destaca que no surge que la Junta Superior de Calificaciones omitió tener en cuenta el legajo personal del causante, tampoco que no se haya evaluado a la totalidad de los agentes en condiciones de ser eliminados. Aduce que en virtud de lo normado por el Código Civil derogado y Código Civil y Comercial, los expedientes gozan del carácter de instrumentos públicos y las resoluciones que en su consecuencia se dicten tienen presunción de legitimidad en los términos del art. 12 de la Ley 19549, razones que deben tenerse en cuenta al momento del análisis de los mismos. Agrega que el retiro obligatorio está previsto en la Ley Orgánica del SPF y en el decreto de Calificaciones, ascensos y eliminación, y el actor como el resto del personal penitenciario lo conoce y acepta desde su ingreso a la institución. Por tanto anualmente se encuentra preparado a afrontar dicho trance por ser una eventualidad de la carrera, que es asumida desde el ingreso a la repartición. Sostiene que hacer lugar a la acción de amparo implicaría desconocer la facultad de la administración de elegir al personal que considera más idóneo para prestar servicios en la institución, judicializando la selección. Afirma que no hay fundamentos para calificar de arbitraria a la disposición N° 2019/2011. Fue dictada conforme a la ley, con un procedimiento previo que permitió contar con el asesoramiento de funcionarios y organismos institucionales conformados por oficiales superiores y de otro rango, que emitieron una opinión valorativa a fin de producir el dictado de una resolución imparcial, racional y apegada al derecho y a la justicia. Para el hipotético e improbable caso de entenderse que la propuesta elaborada por la Junta de Calificaciones es arbitraria, debe tenerse en cuenta que la misma fue puesta a consideración del Director Nacional del S.P.F., quien, si bien generalmente sigue la propuesta, se aparta de ella cuando razones de oportunidad, mérito y conveniencia lo ameritan. En el caso todas las autoridades coincidieron que el actor debía ser puesto en disponibilidad a los fines del retiro obligatorio y no se ha acreditado la arbitrariedad de la disposición atacada, limitándose la imputación de arbitrariedad al accionar de la Junta de Calificaciones, que dictó un acto anterior y diferente al aquí cuestionado, que no reviste carácter vinculante para el dictado del que se pretende tachar de arbitrariedad. Insiste en que los antecedentes de hecho y de derecho sustentan la legitimidad, razonabilidad y legalidad del acto impugnado. La Junta de Calificaciones no se apartó del procedimiento aplicable al caso, ni existe norma que avale la postura de que sea necesario explicitar todas las razones de servicio que han llevado a adoptar la decisión de producir el traslado de un agente al régimen de pasividad (jubilación). Por último cuestiona la imposición de costas a su parte, ya que los motivos que encuentra para sentenciar constituirían, al menos, una cuestión dudosa. IV. Expuestos de la manera que antecede los agravios de la recurrente, corresponde abocarnos al análisis de las constancias de autos en función de aquéllos. En tal tarea adelantamos que corresponde desestimar la apelación deducida por la accionada. a) En primer lugar cabe puntualizar que -contrariamente a lo sustentado por la demandada- la acción de amparo se muestra como la vía más apta para restaurar los derechos y garantías constitucionales que se denuncian como lesionadas. Sobre el tema cabe citar a Augusto Morello quien sostiene -con Palacio y Rivas- que "... el amparo es un mecanismo de máxima eficacia tuteladora, a ejercer de manera directa y principal cuando las circunstancias del caso así lo aconsejan, para nada la tésis del art. 43 de la Constitución Nacional requiere enredarse con las famosas "otras vías" -que notoriamente no las hay- a ser exploradas en misión comparativa. Se presume que si el actor optó por valerse del derecho, acción, vía o procedimiento de amparo, es porque no disponía de otro remedio mejor (más idóneo, útil y eficaz). El amparo no es un engranaje excepcional, extraordinario, un personaje raro y mal visto por los justiciables; todo lo contrario, la Constitución (tanto la Nacional como la bonaerense) quieren que sea utilizado con generosidad porque ninguna otra herramienta procesal puede otorgar la protección reclamada y debida. Y el amparo sí, la debe y puede satisfacer. Mientras no

estemos en claro acerca del peculiar rango jerárquico de que está dotado el instituto (por ser él la máxima garantía que el sistema constitucional ofrece a los ciudadanos) cometemos un pecado de origen que luego se amplía en las derivaciones asfixiantes de las leyes que "lo reglamentan" (art. 28, Constitución Nacional), en el sentido de que lo restringen de manera irrazonable derivando en una mutación de su esencia constitucional. La mayoría de las situaciones que han dado históricamente lugar a la promoción de acciones de amparo encierran cuestiones contencioso-administrativas. Es la relación administrado-administrador la que ha suscitado frente a los excesos estatales la necesidad de solicitar ante los tribunales la protección constitucional procesal que significa promover el amparo, nacido y consagrado con el afán de brindarle al ciudadano común una herramienta de protección frente a eventuales avasallamientos de derechos y libertades constitucionales por parte del Estado, sin perder de vista que, como bien lo recuerda Dalla Vía "...hace a la esencia del estado de Derecho, la idea de que debe existir una clara demarcación entre la Sociedad y el Estado, de modo tal que la libertad es el principio en materia de derechos individuales, en tanto que la limitación es el principio en el ejercicio de las potestades estatales". Reza el art. 43 de la Ley Máxima que la acción de amparo puede ser interpuesta "contra todo acto u omisión de autoridades públicas..." Aunque parezca infantil mi pregunta qué significa "todo". "Cosa íntegra, o que consta de la suma y conjunto de sus partes integrantes, sin que falte ninguna". De manera tal que no es posible, constitucionalmente hablando claro está, excluir ningún acto u omisión de autoridad pública de la acción de amparo. "Por qué". Por expreso mandato constitucional. (Conf. Morello, Augusto, "Las garantías del proceso justo y el amparo, en relación a la efectividad de la tutela judicial", La Ley, LX - Nº 46, 5/3/96). (Esta Cámara fallo Expte. Nº 21000519/2008/CA1). En las condiciones señaladas y en punto a lo alegado por la apelante que la cuestión en análisis debería gozar de un ámbito probatorio más amplio que el que puede brindar el proceso sumarísimo, cabe señalar que tal aserto no va acompañado de la indicación de qué pruebas se ha visto impedido de producir y como éstas harían variar la suerte del litigio, lo que torna inatendible dicho agravio. Ello máxime si se repara que al contestar el informe del art. 8 de la Ley 16986, que era la oportunidad para hacerlo, la demandada no suministró los datos de los que ella tenía en su poder respecto de los demás integrantes del servicio que conforme lo alegara presentaban mejores aptitudes que el actor. Tal omisión se debe a la propia conducta discrecional del recurrente, lo que le impide invocar lesión alguna deviniente de la misma. Couture habla de que la carga de la prueba es un "imperativo del propio interés de aquél que se halla gravado con la misma", es una situación de riesgo. Se va perfilando así la concepción actual, elaborada principalmente por Rosenberg en la doctrina alemana, por Micheli en la italiana, y Devis Echandía en la latinoamericana, que apunta a considerar la carga como una facultad de obrar en beneficio propio, sin coacción ni ilicitud, como una conveniencia práctica, no como un deber jurídico; como un imperativo del propio interés. Con la doctrina mayoritaria se puede entonces definir la carga como un poder o facultad de ejecutar libremente un acto previsto en una norma jurídica en beneficio propio, sin coacción, pero cuya inexecución acarrea la pérdida del beneficio. Se pone de relieve así no sólo la faz negativa que implica esta institución en la relación acto-beneficio, sino también los aspectos positivos en tanto supone una facultad de hacer reconocida legalmente. La carga de la prueba es entonces la facultad que se adjudica a las partes de probar, en su propio interés, los hechos que fundamentan su pretensión. No se puede obligar a alguien a probar, pero si no lo hace el hecho no será considerado por el sentenciante. (Conf., Ricardo Lorenzetti, "Teoría General de Distribución de la carga probatoria?", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 13, Ed. Rubinzal Cullzoni, 1997, pág. 73). b) Que sentado lo anterior, y en cuanto al fondo del asunto, surge de las constancias de autos, en especial el Legajo Personal (fs. 48/679), que el actor se desempeñó como agente del Servicio Penitenciario Federal, Clase 1969, desde el 2 de marzo de 1990, cumpliendo diferentes funciones, desde soldado de guardia hasta llegar al grado de ayudante Mayor (último de los grados del personal subalterno), contando con 42 años de edad en esa oportunidad. A fs. 4/13 obra la Resolución 2019/2011, dictada por el Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal, en fecha 13 de octubre de 2011, por la cual se declaró al actor en disponibilidad a efectos del retiro obligatorio, conforme con lo establecido en el art. 101 inc. a) en concordancia con el art. 57 inc. b) de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario texto ley 20.416, a partir del 1ro. de diciembre de 2011 y hasta el 31 de mayo de 2012 inclusive. Cabe señalar que tal resolución expresa: "... a los fines de la determinación de los agentes que deben pasar a retiro obligatorio, se convocó a la Junta de Calificación del Personal Subalterno, conforme a lo establecido en el art. 76 inc. c) de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario Federal Nº 17.236 (según texto Ley 20.416), en concordancia con lo normado en el art. 101 inc. a) del mismo texto legal y lo establecido en los artículos 29, 29 bis, 32, 55 y 56 del Reglamento de Calificaciones, Ascensos y Eliminaciones del Personal del Servicio Penitenciario Federal (Decreto 54/76). Que la mencionada Junta elevó la nómina del Personal Subalterno propuesto para ser declarado en disponibilidad a los efectos del retiro obligatorio. Que esta instancia autorizó por Resolución 1842 DN, de fecha 28 de septiembre de 2011 (Expte. Nº S04:56.999/2011), a la Junta de Calificación del Personal Subalterno a desarrollar su accionar sin sujeción estricta a lo estipulado por el art. 55 del Reglamento de Calificaciones, Ascenso y Eliminaciones -Decreto 54/76 (fs.4). Es decir, conforme las constancias de la causa, en particular la prueba aportada, se puede concluir en que el procedimiento seguido ante el fuero castrense, en lo formal, habría coincidido con la normativa vigente. Sin perjuicio de lo expuesto, lo que aquí se trata de dilucidar es la

razonabilidad o irrazonabilidad y la legitimidad o ilegitimidad del acto administrativo en sí mismo, que dispuso el pase a disponibilidad y por ende el retiro del actor del Servicio Penitenciario Federal, y la motivación y/o su conformidad con los antecedentes del mismo, toda vez que el derecho de defensa se integra con la necesidad de que la decisión a que arribe sea motivada y razonada. Para ello cabe partir de la base que el acto administrativo se presume legítimo por su sola calidad de tal, por constituir el ejercicio legítimo de la actividad administrativa y toda invocación de nulidad contra ellos debe necesariamente ser alegada y probada en juicio (sin perjuicio de la posibilidad de atacar el acto también ante la propia administración). Así, el acto administrativo goza de esa presunción, y adquiere dicho carácter si ha sido dictado conforme al ordenamiento jurídico, y además si respeta el principio de razonabilidad que se funda en el precepto contenido en el art. 28 de la Constitución Nacional, que estatuye que: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los artículos anteriores no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio". Esta prescripción constitucional, que también fundamenta la prohibición de arbitrariedad, si bien aparece circunscripta a normas que dicta el legislativo, se ha juzgado extensiva a todos los actos de los órganos Ejecutivo y Judicial. Desde la doctrina se ha señalado que la alteración de la Constitución implica, en principio, una irracionalidad de esencia, por cuanto el acto administrativo contradice o no guarda proporción con el texto a los fines que persiguen los principios y garantías constitucionales, lo mismo acontece cuando el acto administrativo exhibe una desproporción entre las medidas que involucra y la finalidad que persigue. En definitiva, la proporcionalidad integra el concepto de razonabilidad. La ausencia de proporción hace que el acto carezca de razón suficiente convirtiéndose en un acto afectado de irrazonabilidad. (Conf. Juan Carlos Cassagne, La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial, LL 10/08/2008). Ahora bien, como es sabido, la motivación -en cuanto expresión de las razones y fines que llevan a la Administración a emitir el acto administrativo- debe consignar los antecedentes de hecho y derecho, lo cual constituye un requisito esencial para la validez del acto administrativo en la medida en que se traduce su justificación racional al plano exterior. La administración se encuentra obligada, a proporcionar las razones por las cuales optó por una decisión entre dos o más posibles. En base a lo dicho debemos concluir que los actos administrativos que la actora cuestionara oportunamente carecen de los elementos esenciales que hacen a su validez, destacando que fueron dictados sin consideración al legajo del actor, ni a los antecedentes de calificación del mismo, como tampoco se evidencia la expresión de los hechos que lo justifiquen y que fuera en consonancia con la normativa aplicable al caso, afectando principalmente la razonabilidad. A fs. 51/52 del Legajo, cabe advertir que desde el año 1991 hasta el año 2011 las calificaciones del actor fueron sobresaliente, destacándose en el concepto que -pese a su poca antigüedad se desempeñó en forma excelente y muy colaborador (año 1991). Agente sumamente capaz, responsable y excelente compañero (1995). Suboficial que tiene un conocimiento perfecto de la función encargada. Ejemplo de voluntad y responsabilidad (1997). Suboficial que posee excepcionales condiciones para progresar en la institución. Gran camarada (1998). Suboficial que se destaca sobre los demás por su seriedad, responsabilidad y voluntad en la función (año 2000). Con mucho interés en la labor, de gran conocimiento del oficio (año 2003). Agente que cumple correctamente con sus funciones (2005). Agente con muy buena capacidad laboral y operativa (2008). Suboficial Superior muy respetuoso y colaborador (2009). Suboficial Superior con buen desempeño en su trabajo (2010). A fs. 60 surge que el actor también fue felicitado por su férrea vocación de servicio, espíritu y sentido de colaboración (14/09/2001). Ahora bien, en el año 2011 fue calificado con sobresaliente, aunque se expresa también que demostró -escaso compromiso institucional- y, en el año 2012 fue calificado con excelente, indicándose que -por el grado que ostenta debe asumir mayor responsabilidad por la función que desempeña-. En cuanto a las licencias coincidimos con el "¿a-quo?" en que la cantidad de días de licencia que habría usufructuado no fueron agotados en algunos periodos. En ese contexto, cabe señalar que la calificación del actor hasta el año 2011 fue sobresaliente, no advirtiéndose en el legajo la fecha por la cual se cambió la misma por excelente, ni tampoco hay constancias de que el actor tuviera la oportunidad de ejercer su derecho de defensa en relación a tal situación. En punto a las últimas calificaciones cabe señalar un aspecto que -como mínimo- puede tildarse de llamativa. En efecto, la Junta de Calificación del Personal Subalterno, se reunió en el mes de septiembre del año 2011, cuando -obviamente- no había concluido el lapso por el cual Misurda tuviera una calificación que en parte cambiaba el concepto que mereciera desde su ingreso a la Fuerza, lo que sumado a la inexistencia de explicación alguna de los motivos de ese cambio -motivos que tampoco se esgrimen en esta causa- permite inferir que se trata de justificar la decisión de pasarlo primero a disponibilidad y luego a retiro, lo que no logra a tenor de las circunstancias que surgen del presente. Es de remarcar nuevamente que en la resolución 2019/2011 de fecha 13 de octubre 2011 que pasó al actor a disponibilidad no consta ninguna consideración sobre tales hechos, ni destacan las mejores cualidades de otros agentes, es más, se señala expresamente que la Junta de Calificación del Personal Subalterno va a desarrollar su accionar sin sujeción estricta a lo estipulado por el art. 55 del Reglamento de Calificaciones, Ascenso y Eliminaciones -Decreto 54/76- (fs. 4). Es cierto que la evaluación de la aptitud para ascender, conservar el grado o pasar a retiro del personal constituye el ejercicio de una actividad discrecional de los órganos administrativos que intervienen en este procedimiento, pero de manera alguna puede constituir un

justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco tal procedimiento puede omitir los recaudos que exige la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario y su decreto reglamentario ya que, precisamente, la legitimidad constituida por la legalidad y la razonabilidad con que se ejercen tales facultades, constituye el principio que otorga la validez a los actos de los órganos del Estado, y que permite a los jueces, ante los planteos concretos de la parte interesada verificar el cumplimiento de dichas exigencias (Doctrina de Fallos 331:735 y sus citas). En tal sentido nuestro Máximo Tribunal ha efectuado la siguiente distinción: en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos -reemplazando así el criterio del órgano estatal al predeterminar qué es lo más conveniente para el interés público y reducir su actividad a la constatación del presupuesto fáctico definido por la norma en forma completa y la aplicación de la solución que la ley agotadoramente ha establecido (poderes reglados o de aplicación legal automática)-, mientras que en otras ocasiones el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir (facultades o potestades de ejercicio discrecional)? (CSJN, 23/06/1992, ?Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos?, Fallos: 315:1361, LL, 1992-E, 101) En tales condiciones, la revisión de un acto administrativo emitido en uso de facultades discrecionales -como lo es el cuestionado en autos- únicamente podría operarse en sede judicial, cuando se haya obrado en forma arbitraria o irrazonable. (CSJN, Fallos: 305:102, 318:554). (Conf. Esta Cámara Expte. N° 11000900/2004). En consecuencia, entendemos que el Servicio Penitenciario se ha extralimitado del margen discrecional que la medida puede eventualmente justificar, toda vez que ha actuado arbitraria e ilegítimamente al pasar a disponibilidad y dar de baja al Ayudante Mayor Juan Carlos Misurda, por lo que procede ratificar la decisión de la instancia anterior.

Ello en tanto que el control judicial de la apreciación de las Juntas de Calificaciones de dicha institución -respecto de las aptitudes adecuadas para determinada situación de revista dentro de la institución- se encuadran al ejercicio del control de razonabilidad y de legitimidad del acto. Al margen que el estado militar presupone el sometimiento a las normas de fondo de forma que estructuran la institución castrense, ubicándola en una situación especial dentro de la administración pública de la que difiere por su composición y normas que la gobiernan, y que dicho estado implica una sujeción al régimen de ascensos y retiros por el cual se confiere a los órganos específicos la capacidad de apreciar en cada caso la concreta aptitud con suficiente autonomía funcional derivada en última instancia del principio de separación de poderes (Fallos: 302:1584, LL 1982-B, pág. 471), y ello no implica quedar excepto del control judicial de su razonabilidad y legitimidad. Por último, también debo compartir lo aseverado por la sentenciante de la instancia anterior en punto a que no puede la Administración elegir un método de selección y luego no cumplir con la técnica por ella misma elegida. En tales condiciones si el actor tenía 41 o 42 años a la fecha en que se decidiera pasarlo a disponibilidad carece de relevancia alguna. Por otra parte este Tribunal en resolución de fecha 27/03/2018 admitió la medida cautelar que, a la fecha se encuentra firme. En cuanto al agravio vertido respecto de las costas, tampoco puede prosperar, toda vez que procede imponerlas a la vencida (art. 14 ley 16.986). En conclusión, y en virtud de los fundamentos expuestos, se rechaza el recurso deducido en autos, confirmando la sentencia en crisis en cuanto fuera materia de agravios. V. Las costas de Alzada también se imponen a la accionada vencida (art. 14 ley 16.986). Los honorarios se regulan partiendo de un Salario Mínimo Vital y Móvil vigente a la fecha en virtud de la naturaleza del proceso, en función del art. 14 de la ley 21.389. No correspondiendo fijar honorarios a los apoderados de la demandada conforme lo dispuesto por el art. 2 de la normativa citada. Por ello, esta Cámara Federal de Apelaciones RESUELVE: I. RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 87/91 y, en consecuencia, CONFIRMAR la sentencia de fs. 72/83 en todas sus partes. II. IMPONER las costas de Alzada a la accionada vencida a cuyo fin regúlense los honorarios del Dr. Daniel E. Juárez en las cantidades de PESOS TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA (\$3750) como patrocinante y PESOS MIL TRESCIENTOS DOCE CON 50 CENTAVOS (\$ 1312,50) como apoderado. Con más I.V.A. si correspondiere. III. COMUNICAR a la Dirección de Comunicación Y Gobierno Abierto dependiente de la Secretaria de Desarrollo Institucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conforme acordada N° 33/18 de ese Tribunal. IV. Regístrese, notifíquese y devuélvase.- Firmado por: MARIA DELFINA DENOGENS JUEZA DE CÁMARA Firmado por: ROCÍO ALCALA JUEZ DE CÁMARA Firmado por: SONIA G. VOIQUEVICH SECRETARIA- NOTA: De haberse dictado el Acuerdo que antecede por las Sras. Jueces de Cámara que constituyen la mayoría absoluta del Tribunal (Conf. Art. 26 Decreto 1.285 y art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional). Secretaria Civil N° 2, 9 de mayo de 2.019.

041969E