
La actividad discrecional de la Administración y la motivación del acto en el caso del empleo público en Tierra del Fuego

The Administration's discretionary activity and the motivation of his acts, in the Tierra del Fuego's public employment case

A atividade discricionária da Administração e a motivação do ato no caso de emprego público na Terra do Fogo

L'activité discrétionnaire de l'administration et la motivation de ses acts dans le cas d'emploi public dans la province de Tierra del Fuego

Zarina Eladia Ross | Universidad Austral

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 410-431

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e190>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5313-1651>

Recibido: 25/03/2018

Recibido con modificaciones: 02/07/2018

Aprobado: 20/07/2018

Resumen: En el presente trabajo realizo una recopilación de antecedentes jurisprudenciales, tanto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como así también del Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego vinculados al ejercicio de la actividad discrecional de la Administración Pública y la exigencia del elemento motivación del acto administrativo, concretamente en lo que hace a la cancelación de la designación de agentes públicos en periodo de prueba y a la cancelación de agentes públicos en ejercicio de funciones jerárquicas designados en forma directa (sin concurso previo). Así comienzo dando conceptos de actividad discrecional y motivación, para luego analizar concretamente los antecedentes jurisprudenciales federales y locales.

Palabras claves: empleo público - discrecionalidad administrativa - motivación les y locales

Abstract: In this dissertation, I bring a compilation of the jurisprudencial precedents of the Supreme Court of the Nation and the High Court of Justice of Tierra del Fuego, related to the discretionary activity of the Public Administration and the exigency of the motivation of Administrative Acts, specifically in relation with the annulment of public agents' designation during their trial period, as well as that of public agents with hierarchical functions which were directly designated (with no previous contest). I begin by providing the concepts of "discretionary activity" and "motivation of the act", to then get to the analysis of the local and federal preced.

Key words: Public employment - Discretionary activity of the administration - motivationents

Resumo: No presente trabalho faço uma compilação de antecedentes jurisprudenciais, tanto do Supremo Tribunal de Justiça da Nação, como do Superior Tribunal de Justiça da Terra do Fogo, vinculados ao exercício da atividade discricionária da Administração Pública e à exigência do elemento motivação do ato administrativo, especificamente no que se refere ao cancelamento da designação de agentes públicos durante o período de experiência e ao corte de agentes públicos no exercício de funções hierárquicas designadas diretamente (sem concurso prévio). Por isso, começo dando conceitos de atividade e motivação discricionárias, para então analisar especificamente os antecedentes jurisprudenciais federais e locais.

Palavras-chave: emprego publico - discricionariedade - administrativa - motivação

Résumé: Dans cette travail, je fais une compilation de la jurisprudence du Haute Court de la Nation et Haute Tribunal de Justice de la Province de Tierra del Fuego, par rapport à l'activité discrétionnaire de l'Etat et l'obligation de motiver ses décisions administratives, en particulier sur l'annulation des désignations des agents publics dans période d'essai ou désignés de manière directe (sans concours). Je commence par donner le concept d'activité discrétionnaire, et motivation des actes, pour après analyser la jurisprudence fédéral et local.

Mot-clés: emploi public - pouvoir discrétionnaire de l'administration - motivation des actes

1. Introducción

El presente trabajo surge como la lógica consecuencia de uno anterior donde con una colega hubimos de realizar un análisis de la jurisprudencia de Tierra del Fuego con relación al dictamen jurídico previo. Así y en el afán de seguir investigando sobre los criterios esgrimidos por el Superior Tribunal de Tierra del Fuego en diferentes materias vinculadas al derecho administrativo, es que en esta oportunidad me animo a abordar el desarrollo del elemento motivación del acto administrativo, y cómo éste fue empezando a tomar mayor relevancia cuando hablamos de aquéllos emitidos en ejercicio de facultades discrecionales. Concretamente abordaré el tema desde los fallos vinculados al empleo público.

2. Discrecionalidad. Concepto

A los fines de efectuar un correcto abordaje sobre el concepto de discrecionalidad, considero necesario remitirme al trabajo realizado por el Dr. Domingo Juan Sesin¹. Así, dicho autor expresa que la evolución de la discrecionalidad se divide en tres etapas que caracterizaron la vinculación gradual de la Administración a la juridicidad; en la primera de ellas existía una vinculación negativa a la ley, es decir que la Administración podía hacer todo aquello que la ley no prohibía; la segunda de ellas estaba definida por la vinculación positiva de la Administración a la ley, es decir que los organismos públicos nada podían hacer si no tenían sustento normativo, necesitaba de una norma expresa; la tercer etapa se caracteriza por la vinculación positiva de la Administración al orden jurídico, hoy la fuente de la discrecionalidad, dice el autor, no es la falta o ausencia de la ley, tampoco únicamente la norma previa, sino la unidad del orden jurídico conformada por la Constitución, la ley, los reglamentos y los principios generales del derecho, estén o no

¹ Sesin, Domingo Juan. "Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos Mecanismos de Control Judicial". 2da. Ed. Buenos Aires: Depalma. 2004 pág. 59/65.

en la Constitución. Creo, en lo personal, que especial atención habrá que poner también a aquellos tratados en materia de derechos humanos a los que la Constitución Nacional les reconoce jerarquía constitucional.²

El mismo autor entonces define a la discrecionalidad como una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa, con el objeto de que a través de una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete, creativamente, el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas.³

Por su parte la Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que: *“... se configura la discrecionalidad cuando un norma jurídica confiera a la Administración Pública, en tanto gestora directa e inmediata del bien común, potestad para determinar con libertad el supuesto de hecho o antecedente normativo y/o para elegir, también libremente, tanto la posibilidad de actuar, o no como de fijar, en su caso, el contenido de su accionar (consecuente), todo dentro de límites que imponen los principios generales del derecho...”*⁴

Es decir que, toda vez que la Administración es quien debe velar por la satisfacción del interés general, en determinadas ocasiones el ordenamiento jurídico le otorga la facultad de elegir entre soluciones igualmente válidas para la concreción del mismo.

3. Motivación. Concepto

Por su parte, debemos considerar a la motivación dentro del elemento forma del acto administrativo, como la exteriorización

² CN artículo 75 inciso 22)

³ Comadira, Julio Rodolfo; Scola, Héctor Jorge; Comadira Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador). “Curso de Derecho Administrativo” T. 1. 1ra. Reimpresión. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013. Pág. 103.

⁴ Comadira, Julio Rodolfo. “La Actividad Discrecional de la Administración Pública. Justa medida de Control Judicial”. Buenos Aires. ED, 29/03/00 pág. 3 y 4.

de la causa y de la finalidad (artículo 7, inciso e) de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo y artículo 99 inciso e) de la Ley Provincial N° 141 de Tierra del Fuego).

La motivación del acto administrativo es obligatoria, ya sea que ésta surja del texto del acto administrativo (motivación contextual) o bien de sus antecedentes (motivación in aliunde), pero debe estar presente siempre previo a la emisión del acto, no siendo aceptable su integración posterior.⁵ La motivación adquiere especial relevancia en los casos en que la Administración ejerce su potestad discrecional.

4. La potestad discrecional de la Administración y la motivación del acto administrativo en el caso del empleo público en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El ejercicio de la potestad discrecional por parte de la Administración ha sido de especial tratamiento en el caso de actos administrativos vinculados al empleo público.

La Constitución Nacional establece que todos los habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad.⁶ En el caso del empleo público, establecer esa idoneidad es una facultad discrecional de la Administración, pues en definitiva es la encargada de garantizar el interés general de la ciudadanía, lo que no quita que para concretizar dicha facultad se utilicen mecanismos reglados, como ser los concursos públicos.

El concurso es un mecanismo mediante el cual se procura determinar a través del examen de antecedentes, pruebas de oposición y entrevistas personales, el mérito de los postulantes

⁵ Comadira, Julio Rodolfo; Scola, Héctor Jorge; Comadira Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador). "Curso de Derecho Administrativo" T. 1. 1ra. Reimpresión. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013. Pág. 404.

⁶ CN Artículo 16

o candidatos a un determinado puesto.⁷ Este tipo de mecanismo permite conocer, tanto a la Administración, como a los postulantes y a la comunidad en general que quien finalmente es designado para ocupar dicho cargo, es el más idóneo.

Vemos entonces que en el proceso de selección de un agente público, hay momentos discrecionales y otros reglados, pues establecer el perfil del agente que se requiere para ejercer una determinada función es el ejercicio de una facultad discrecional, sin embargo, el procedimiento por el cual se seleccionará a aquel se enmarca en lo que denominamos facultad reglada, por ello se dice que no existen actos administrativos puramente discrecionales o reglados.

Entiendo necesario realizar dicha aclaración pues en la actualidad, la relación de empleo público ha sido definida como una relación contractual⁸, y el contrato de empleo público es un contrato administrativo, siendo de aplicación al mismo los requisitos del artículo 7 de la LNPA y los requisitos del artículo 99 de la Ley Provincial N° 141. De esa forma, tanto el acto de designación en planta permanente o el acto de designación para ejercer un determinado cargo jerárquico, como el acto de cancelación de dichas designaciones, deberán reunir los requisitos que exigen las normas antes mencionadas.

En el presente trabajo, sólo haré referencia a los casos en que la Administración hubo de cancelar la designación de agentes estatales, ya sea en planta permanente o bien en el ejercicio de un cargo jerárquico.

⁷ García Pullés, Fernando. "Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional: Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional aprobado por la ley 25.164 y reglamentación, comentarios y anotados con remisión a los convenios colectivos de trabajo generales vigentes" 2° ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

⁸ CSJN Fallos 323: 1566, "Guida". Dictámenes 93:109; 106: 295; 197: 127; 142: 317 y 197:127. STJTD "Sandez, Luis Gerardo c/ IPAUSS s/ Contencioso Administrativo s/ Cuestión de Competencia", expediente N° 2301/10 sentencia de abril del 2010.

Un caso emblemático sobre la temática, donde la Corte Suprema hubo de expedirse fue la causa “Girardini de Brovelli”⁹ de fecha 01 de octubre de 1985.

La misma llegó a la decisión de la Corte en virtud del pronunciamiento de la Corte de Justicia de la Provincia de Santa Fe, que había rechazado la demanda contencioso administrativa de nulidad de los actos que dispusieron su baja por “razones de servicio” en los términos de la ley local 7859, motivo por el cual la actora dedujo el recurso extraordinario cuya denegación originó la queja. Del considerando 5° del fallo surge que: “(...) *por lo demás, las referencias de la actora acerca de que el acto de segregación del cargo obedeció a motivaciones de otra índole que las enunciadas en el decreto respectivo, no permiten tampoco una solución diversa, ya que no procede requerir de la autoridad administrativa explicación sobre las razones de servicio que son de su exclusiva incumbencia, en tanto no se desconozca la debida indemnización al agente prescindido (Fallos, t. 302, p. 1096 -Rep. LA LEY, t. XLII, A-I, p. 1001, sum. 70).*”

Nótese que aquí la Corte entendió que no correspondía requerir a la autoridad administrativa explicación sobre las razones de servicio que son de su exclusiva incumbencia. Se reconoce entonces una amplia discrecionalidad a la Administración, donde siquiera ésta se ve obligada a motivar los actos que emite, pudiendo alegar entonces, a los fines de dar de baja a un agente administrativo, simples razones de servicio sin necesidad de explicar concretamente cuáles serían aquellas.

Resulta interesante de dicho pronunciamiento la disidencia de los Dres. Belluscio y Bacqué, quienes dejan vislumbrar una posición más vinculada al ordenamiento jurídico entendido tal como lo expusieramos previamente, al señalar: “3°) *Que, en efecto, aun cuando la sola circunstancia de haber sido nombrada por concurso no pusiera a la recurrente al margen de las leyes de prescindibilidad -cuya validez constitucional*

⁹ CSJN Fallos 307:1858

no fue impugnada en la demanda-, debe entenderse que por provenir su nombramiento de un concurso hecho por la propia administración, en él había mediado una valoración de los antecedentes personales y un criterio selectivo de la idoneidad de los participantes, la mera invocación de razones de servicio y el pago de la indemnización fijada por la ley no dan cabal satisfacción al principio de razonabilidad que debe presidir el ejercicio de las atribuciones que emanan de la ley respectiva.”

Tuvieron que pasar algunos años para que el criterio antes mencionado fuera modificado por nuestro cimero tribunal y considero que la reforma constitucional de 1994 con la incorporación de diferentes tratados internacionales en materia de derechos humanos¹⁰ fue en gran parte el motivo del mismo.

Recordemos que la motivación está vinculada con la explicación en el texto del acto administrativo de la causa, es decir de los antecedentes de hecho y derecho que le sirven de causa. A su vez, ello está directamente vinculado al principio republicano de publicidad de los actos públicos, con el derecho de acceso a la información pública y en casos concretos al ejercicio del derecho de defensa, pero sobre ello me explayaré más adelante.

Entonces, resulta de gran importancia el criterio plasmado en la causa “Schneiderman Ernesto Horacio c/Estado Nacional-Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación (Recurso de Hecho)”¹¹ sentencia del 8 de abril de 2008, donde la Corte se remitió al dictamen de la Procuradora.

En el caso el actor había demandado al Estado Nacional en tanto se había cancelado su designación como agente del Estado por no contar con estabilidad en el cargo pues se encontraba en periodo de prueba. En el dictamen la Procuradora, se dedicó a verificar si el acto de cancelación de la designación del actor debía cumplir con los requisitos que la ley 19.549 establece para que el acto administrativo sea legítimo. Así, sobre

¹⁰ CN Artículo 75 inciso 22.

¹¹ CSJN Fallos: 331:735

el acto de cancelación, dijo: “(...) se limitó a dar cuenta en sus considerandos de que el actor no se encontraba alcanzado por el derecho a la estabilidad y que dicha medida se dictaba en uso de las facultades conferidas por el art. 25 del CCT.” Concluye entonces que: “(...) no puede sostenerse válidamente que el ejercicio de las facultades discrecionales, por parte del órgano administrativo, para cancelar la designación de un agente durante el período de prueba (según le autoriza el art. 25 del CCT) 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.”

Para llegar a dicha conclusión se remitió al antecedente de la Corte “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos”¹² donde se reconoció el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración, en los elementos reglados de la decisión (competencia, forma, causa y finalidad) y en el examen de su razonabilidad.

En el análisis que realizó sobre los elementos del acto, expresó que el mismo ostentaba un vicio en su causa y su motivación, concretamente respecto de éste último sostuvo: “(...) Desde esa perspectiva no se podía revocar el nombramiento de un agente, menos aún de un empleado designado por concurso, sin expresar las razones que lo justifican. Tal omisión torna ilegítimo el acto, sin que quepa dispensar dicha ausencia por haberse ejercido potestades discrecionales, las que -por el contrario imponen una observancia más estricta de la debida motivación.” Y agrega: “(...) 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 dictado de todo acto administrativo, exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad -constituida por la

¹² CSJN Fallos: 315:1361 sentencia de fecha 23/06/1992

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 (...)”.

Al siguiente año, la Corte ratificó su postura en la causa “Micheli, Julieta E. v. Estado Nacional- Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos” sentencia de fecha 15 de diciembre de 2009, donde se dejó sin efecto la designación de una agente que estando en periodo de prueba quedó embarazada.

Continuando con el presente análisis, considero que especial atención merece el pronunciamiento de la Corte en la causa “Silva Tamayo, Gustavo Eduardo c/ EN –Sindicatura General de la Nación – resol. 58/03- 459/03 s/ empleo público”¹³. En aquella el actor, previamente designado en un cargo jerárquico transitoriamente, sin que mediara concurso previo, había sido desplazado de aquel y reemplazado por otra persona. La designación transitoria había sido sujeta a que se llevaran a cabo los concursos correspondientes, o bien que por fundadas razones se debiera dejar sin efecto la designación. La Administración había invocado razones operativas y la necesidad de continuar con la reasignación de funcionarios en distintas áreas del organismo demandado.

La Corte entendió que no alcanzaba para “(...) poner fin anticipadamente a una designación, con alegar genéricamente razones operativas, de reorganización o reasignación de funcionarios, ni es correcto lo afirmado por el a quo en el sentido de que la motivación de aquella medida no requería que se evaluara de modo expreso y exhaustivo la idoneidad personal y profesional del interesado, puesto que, por el contrario, habría que especificar cuál sería el motivo concreto por el que no es posible mantener transitoriamente al agente hasta tanto se cumpla la condición a la que se sujetó el nombramiento. Dicha

¹³ CSJN Fallos 334:1909

exigencia no podría ser obviada, aun cuando — como ocurre en el caso— se invocase el ejercicio de atribuciones discrecionales, pues como lo ha sostenido el Tribunal, dicho ejercicio no exime al órgano administrativo de verificar los recaudos que para todo acto administrativo exige la ley 19.549; obliga a una observancia más estricta de la debida motivación (Fallos: 324:1860 y los allí citados), y no puede llevar a confundir la discrecionalidad en el actuar de la Administración con la irrazonabilidad de su proceder (ver sentencia en la causa “Schneiderman”, registrada en Fallos: 331:735).”

En dicho pronunciamiento, la Corte hizo hincapié en las especiales condiciones de idoneidad que la Administración había invocado al momento de designar al actor en el cargo en cuestión, entendiéndose entonces que para poder dejar sin efecto dicha designación, debía explicar las razones por las cuales esas especiales condiciones ya no se encontraban presentes.

Así, de los antecedentes mencionados surge con claridad la doctrina de la Corte Suprema en materia de actos discrecionales, estableciendo en primer lugar que cuando la Administración dicta actos en ejercicio de facultades discrecionales, ello no la exime del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 7 de la LNPA, y en segundo lugar que en el caso concreto de la motivación, ésta debe estar presente con mayor recaudo, pues es el elemento que permite conocer la causa del acto administrativo, es decir, los antecedentes de hecho y derecho que le dan razón de ser, y de esa forma se evita la posible existencia de desvío de poder, directamente vinculado con la finalidad del acto administrativo.

Como expuse más arriba la motivación del acto, a mi modo de ver es uno de los elementos más importantes del acto administrativo.

Tiene dicho la Dra. Gelli que la república clásica se define como un sistema político de división y control del poder. Las otras notas que la caracterizan son la publicidad de los actos de gobierno, la responsabilidad de los funcionarios, la

periodicidad de los cargos electivos y la igualdad de todos ante la ley.¹⁴

Entiendo entonces que si los actos administrativos deben ser dados a conocer a la comunidad, más aún deben estar motivados, porque como dije, la motivación es la expresión de la causa, de los antecedentes de hecho y derecho que llevaron a la Administración a tomar la decisión que en dicho acto se plasma.

Teniendo en miras ello, a mi modo de ver, está directamente vinculada al acceso a la información y considero que en determinados casos es de suma importancia a los efectos de ejercer el derecho de defensa, ambos derechos de jerarquía constitucional y reconocimiento convencional.

Con relación al derecho a acceder a información pública la Corte Suprema se ha expedido de forma detallada en la causa “Giustiniani”¹⁵, donde remitiéndose a un antecedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo: “(...) *De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo control del Estado, tiene de manera clara las dos dimensiones, el individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea (...). En una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones, pues el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que*

¹⁴ Constitución comentada. Tomo I Autor: Gelli, María Angélica Editorial: La Ley Primera Parte Capítulo Primero - Declaraciones, Derechos y Garantías Artículo 1º 5. Sistema republicano 5.3. Publicidad de los actos de gobierno.

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2008/30070207/v1/document/65A2028F-36A3-7E52-CF15-DB3C9E541B6D/anchor/ACFC7C77-8ED4-5B1A-F9E6-30B2C5136CEE>

¹⁵ CSJN “Giustiniani, Rubén Héctor c/ YPF SA- s/amparo por mora” Fallos 338:1258

las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación de la gestión pública a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso”.

Lo expuesto nos lleva a concluir que más allá de contar el acto administrativo con una causa, el mismo debe necesariamente tener una motivación, se trata de un derecho de los ciudadanos conocer las razones por los cuales la Administración toma una decisión, pues ello hace a la esencia misma del sistema democrático y republicano.

Por otro lado, afirmé que la motivación estaría vinculada al ejercicio del derecho de defensa, pues considero que en el caso de actos administrativos que afectan derechos subjetivos, como los casos que se analizaron, la defensa se puede realizar con mayores y mejores argumentos si se conocen los fundamentos por los cuales la Administración decide afectar esos derechos. La falta de motivación del acto administrativo podría afectar la tutela administrativa efectiva, reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas Astorga Bracht¹⁶, Losicer¹⁷, y Bonder Aaron¹⁸.

No puedo perder de vista que tanto en el caso del derecho al acceso a la información pública como el ejercicio del derecho de defensa, nos estamos refiriendo a derechos fundamentales, por ello cuando un acto administrativo no cuente con motivación, podría calificarse dicho acto como inconstitucional e incluso inconvencional, más aún en los casos analizados pues no olvidemos que concretamente hacen referencia al derecho a trabajar que tienen los habitantes de la nación.

¹⁶ CSJN “Astorga Bracht”, Fallos, 327:4185, sentencia de fecha 14 de octubre de 2004.

¹⁷ CSJN “Losicer”, Fallos, 335:1126, sentencia de fecha 26 de junio de 2012.

¹⁸ CSJN “Bonder, Aaron”, sentencia de fecha 19 de noviembre de 2013.

5. La motivación de los actos administrativos en ejercicio de facultades discrecionales en la jurisprudencia del Superior Tribunal de Tierra del Fuego previo a la causa Schnaiderman

La evolución sobre el tema en el ámbito local no fue muy diferente al camino realizado por la Corte Suprema.

En un primer momento, el Superior Tribunal local tuvo la oportunidad de expedirse en una serie de fallos vinculados a la cancelación de designación en planta permanente de agentes públicos de los Municipios de Ushuaia y Río Grande, que no habían cumplido el año requerido por el artículo 10 de la Ley Nacional N° 22.140 para adquirir la estabilidad, cabe destacar que esas cancelaciones se llevaron a cabo en virtud de una declaración de emergencia.

El criterio fue sentado en la causa “ORTIZ, Graciela c/Municipalidad de Ushuaia s/contencioso administrativo”¹⁹ y luego reiterado en diferentes pronunciamientos.²⁰

Los votos de los jueces del Superior estuvieron de acuerdo en que la norma contenida en el artículo 10 de la Ley Nacional N° 22.140 autorizaba a la Administración Municipal a cancelar la designación de aquellos agentes que no hubiesen cumplido el año para adquirir la estabilidad. Así el Juez González Godoy dijo: *“(...) La previsión del art.10 de la ley 22.140 -de aplicación estricta al caso- exime de la concurrencia de cualquier otro presupuesto para dar legitimidad al decreto municipal que cancela la designación del agente que no ha cumplido el año desde su*

¹⁹ STJTDF “Ortiz, Graciela c/Municipalidad de Ushuaia s/contencioso administrativo” expte. Nro° 335/99 STJ-SR. 07/04/2000. T° VI, F° 171/177

²⁰ STJTDF “Antifil, Marta c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 333/99 STJ-SR. 07/04/2000. T° VI, F° 178/183; “Abrigo, Marcelo Esteban c/ Municipalidad de la Ciudad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 332/99 STJSR. 13/04/2000. T° VI, F° 251/257; “Folgado, Silvia c/ Municipalidadde Ushuaia s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 334/99 STJ-SR. 13/04/2000. T° VI, F° 227/232; “Guerrero, Héctor Hugo c/Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 347/99 STJ-SR. 13/04/2000. T° VI, F° 245/250

nombramiento en planta permanente. De allí que el agravio sea infundado.” Y el Juez Hutchinson sostuvo: *“La parte recurrente olvida un argumento decisivo de los sentenciadores y es que al agente le fue cancelada su designación por no haber cumplido el año que requiere el art. 10 de la ley 22.140. Si ello es así, cupo prescindir del caudal argumentativo empleado por la parte demandante toda vez que, no se encuentra controvertido, no había cumplido un año desde su designación. De tal manera, si se acreditó o no la existencia de emergencia, o si fue calificado, o si posee calificación profesional alguna, debe ceder frente al fundamento del a quo.”* Por su parte el Juez Carranza concluyó: *“(…) según doctrina de la Corte Suprema Nacional, hay que tener presente que cuando en el artículo 10 de la ley 22140 y su reglamentación (dec. 1797/80) se exige el cumplimiento de un determinado período para que se adquiriera la estabilidad y se produzca la incorporación definitiva del empleado a los cuadros de la administración, se tiene en cuenta que es necesario el transcurso del tiempo para que la administración pueda evaluar las condiciones de idoneidad del ingresante con el fin de que no se vea obligada a tolerar entre su personal a aquellos que no demuestren aptitud para las tareas (CS, octubre 9 de 1990 “Ballvé, Horacio J. c. Estado nacional A. N. A.”, LA LEY, 1991B, 400; ED, 141334). En esa línea de pensamiento, no puede calificarse de arbitraria o irrazonable la cancelación de la designación de la actora dentro del período de prueba, por constituir una facultad propia de la autoridad administrativa, consentida expresamente por las normas aplicables al caso.”*

El análisis realizado, se centró sobre la facultad que el artículo 10 de la Ley 22.140 le reconoce a la Administración de cancelar la designación de un agente que aún se encuentra en periodo de prueba, es decir que no ha adquirido la estabilidad, más en ningún momento hace referencia a la necesidad de motivar el acto administrativo.

Un punto aparte, merece la jurisprudencia dictada por el Superior Tribunal en materia de baja de designaciones realizadas en forma directa (sin concurso) en cargos jerárquicos, criterio

que fue expuesto en la causa “Cremades”²¹ y reiterado luego en dos pronunciamientos donde los hechos eran similares.²²

En el caso, un agente de la Dirección de Rentas Provincial había sido designado en forma directa en un cargo jerárquico y luego dicho cargo jerárquico fue suprimido de la organización administrativa, motivo por el cual su designación había quedado sin efecto. Así el Sr. Juez Andino dijo: *“Concluyo con lo expuesto, en que el actor debía conocer la precariedad de su situación en el ejercicio de las funciones directivas para las que fue designado en el año 1994. Y así lo dispone expresamente el Anexo II del decreto PEP 1.762/92, que habla de un régimen de transición, que prevé distintas opciones para designar el personal correspondiente y que, dentro de esas opciones, establece la alternativa de designar al agente en forma directa, por no más de dos años (el subrayado me pertenece). Ello así, y si ulteriormente se suprime la función, ninguna responsabilidad cabe a la administración que, -cabe insistir-, desde su designación dejó en claro que era transitoria. Es cierto que un empleado público desplazado de un cargo -que por decisión administrativa se suprime-, debiera ser compensado cuando tiene derecho a seguir ejerciéndolo. Pero, en el caso de autos sólo cubrió (el actor) una función que conllevaba cierta remuneración, mayor a la de su anterior revista, pero no accedió al cargo respectivo.”*

Por su parte el Juez Salomon sostuvo: *“En síntesis: si el demandante fue designado en forma directa para el cumplimiento de una función directiva, asignándole una remuneración acorde a esa función -que cesaría con ella-, y si la función fue suprimida con posterioridad -razón por la cual no se llamó a concurso para cubrir el cargo-, no puede accederse*

²¹ STJTDF “Cremades, Jorge Miguel c/ Dirección Provincial de Rentas s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 435/01 STJ-SR.- 10/10/01. Tº VII, Fº 533/539.

²² STJTDF “Ceravolo, Daniel c/ Dirección Provincial de Rentas s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 395/00 STJ-SR. 06/01/02. Tº VIII, Fº 5/11. “Escobar, Luis Andrés c/ Gobierno Provincial s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 469/01 STJ-SR. 10/04/02 Tº VIII, Fº 244/250

a la demanda que, obviando el sistema jurídico directamente aplicable, entendió que debía compensarse al actor cuando nada justifica esa conclusión.”

Lo característico de estos casos, es que si bien se había dado de baja a los agentes en cargos jerárquicos a los que accedieron en forma directa, dichos cargos habían sido suprimidos de la estructura orgánica de la dependencia administrativa. Entiendo entonces que, la motivación del acto vendría dada precisamente por la reestructuración del área, y si un determinado cargo es suprimido de la estructura, el acto que debe contar con mayor motivación es precisamente el que aprueba la nueva estructura y no precisamente el que deja sin efecto la designación.

Lo anecdótico en realidad creo que es, que el criterio expuesto por el Superior Tribunal fue ratificado en otros pronunciamientos cuyos hechos no necesariamente eran similares a los mencionados previamente,²³ pues en los posteriores no se hace referencia a que la designación en el cargo jerárquico se haya dejado sin efecto en virtud de una modificación de la estructura orgánica, que podría en todo caso ser la motivación del acto administrativo de baja. En ninguno de los casos se hace referencia a la necesidad de motivar el acto administrativo de baja en el cargo jerárquico, sino que el análisis se hace sobre la facultad revocatoria de la Administración de actos administrativos ilegítimos en su propia sede, ya sea por la precariedad del derecho reconocido o por el conocimiento del vicio por parte del administrado, más nada se dice con relación a los elementos que el acto administrativo de afectación debería reunir.

Así, y durante un tiempo, cuando la Administración era demanda en casos como los mencionado, no se analizaba el cumplimiento por parte de ésta de los elementos que se exigen para que el acto administrativo sea legítimo.

²³ A modo de ejemplo se puede citar el precedente: STJTFD “Krupp, Víctor Hugo y otros c/ Municipalidad de Río Grande s/ Contencioso”, expte. Nro. 721/04 STJ-SR. 07/10/2004 Registro T X F° 631/640.

6. Fallos del Superior Tribunal de Justicia de TDF en materia de baja de designación en planta permanente. Recepción de Schnaiderman

Luego, en el ámbito local el cambio jurisprudencial fue realizado al poco tiempo por la Cámara de Apelaciones Sala Civil, Comercial y Laboral en la causa “Mateazzi”²⁴, donde al agente se le había cancelado la designación antes de cumplirse el año para obtener la estabilidad, y la Cámara sostuvo que el acto administrativo contaba con la suficiente motivación, razón por el cual no hizo lugar a la demanda, el fallo se remite al criterio expuesto por la Corte Suprema en la causa “Schnaiderman”. El pronunciamiento fue luego confirmado por el Superior Tribunal Provincial.²⁵

No obstante, el precedente que considero refleja con mayor fidelidad el criterio plasmado en “Schnaiderman” es el que surge de fallo ““Ruvioli””,²⁶ pues el caso no es solo similar sino que en aquella oportunidad se hizo referencia a la motivación del acto administrativo como así también a los requisitos que establece la reglamentación.

En el caso, la designación de un agente del Instituto Provincial de la Vivienda, había sido dejada sin efecto en virtud de no contar con el año de antigüedad que el artículo 10 de la Ley 22.140 exige para adquirir la estabilidad. En la instancia de apelación la Cámara, había hecho lugar a la demanda citando el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema en la causa “Schnaiderman”, el fallo es ratificado por el Superior, remitiendo también a la jurisprudencia federal, concluyendo: *“Agrego, a la luz de lo expresado, que ni siquiera de la literalidad del art. 10 de la 22140 y de su reglamentación en el decreto 1797/80 se*

²⁴ Cámara de Apelaciones Sala Civil, Comercial y Laboral de TDF “Matteazzi, Héctor Gustavo c/ PODER EJECUTIVO PROVINCIAL s/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO” expte. Nro. 4814/08. 09/09/2008. Registro n° 121, Tomo n° V, Fs. 841/848

²⁵ STJTDF “Matteazzi, Héctor Gustavo c/ Poder Ejecutivo Provincial s/Contencioso Administrativo s/ Recurso de Queja”, Expediente N° 1.193/09. 30/06/2009. T XV- F° 324/330.

²⁶ STJTDF “Ruvioli, Fernanda María de Lujan c/ I.P.V. s/ Contencioso Administrativo”-expte. n° 1915/14-STJ-SR. 23/09/2014. T XX- F°. 1056/1059

desprende la autorización para cancelar sin expresar razón de naturaleza alguna. Antes bien, y especialmente a la luz de la jurisprudencia del Alto Tribunal Federal, debe entenderse lo contrario. Véase que el texto legal establece que la estabilidad se alcanza a los doce (12) meses de servicio efectivo y siempre que se hayan satisfecho las condiciones de la reglamentación. Solo en el caso de no darse estas premisas se cancelará la designación. Y la reglamentación, por su lado, exige que se haya cumplido el plazo prescripto, la certificación respecto del estado de salud del agente y la respectiva calificación, la que debe efectuarse a los cuatro (4) y ocho (8) meses del servicio efectivo.”

Considero que es éste el pronunciamiento que vino a modificar la doctrina del Superior, pues en primer lugar, el caso es similar a los antecedentes planteados en “Schnaiderman” y además porque no sólo se hace referencia al elemento motivación como esencial del acto administrativo, cuya ausencia puede significar la nulidad absoluta del mismo, sino que también refiere al procedimiento previo que debe llevar a cabo la Administración para poder cancelar la designación en planta permanente de aquel agente que aún no cumplió el plazo para adquirir la estabilidad.

De esta forma, el Superior pone mayor énfasis en el elemento motivación cuando la Administración ejerce facultades discrecionales en materia de cancelación de designaciones de agentes en planta permanente en periodo de prueba, estableciendo una serie de requisitos que el acto debe reunir para poder ser legítimo.

7. Conclusión

Hasta aquí hube de exponer la forma en que tanto la Corte Suprema Justicia de la Nación como el Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, fueron dando tratamiento al elemento motivación en el caso de los actos administrativos mediante los cuales la Administración decide dejar sin efecto la designación de un agente público, ya sea en planta permanente o bien en

el ejercicio de un cargo jerárquico al que se accedió en forma directa (sin concurso). Es decir en ejercicio de facultades discrecionales.

Hube de exponer la particular relevancia que se le dio al elemento en cuestión, exigiendo a la Administración explicar los motivos por los cuales decide lo que decide.

Entiendo de suma importancia que dicho elemento sea exigido sobre todo en casos vinculados al derecho al trabajo pues como tiene dicho la Corte "... el 'hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo- más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental' (Campodónico de Beviacqua c/Ministerio de Salud y Acción Social', Fallos: 323:3229, consid. 15 y su cita)"²⁷

Por ello considero que si bien aún en Tierra del Fuego no se ha planteado un caso similar a la causa "Silva Tamayo" ya mencionada, en caso de darse el mismo, el Superior Tribunal Fuegoño si desea ser coherente con el camino que ha elegido transitar, deberá verificar si el acto de cancelación de designación en un cargo jerárquico al que se accedió en forma directa, reúne en su totalidad con los elementos del acto administrativo, más precisamente si cumple con la motivación, pues de ella surgirán las razones por las cuales la Administración tomó dicha decisión.

Bibliografía

Comadira, Julio Rodolfo; Scola, Héctor Jorge; Comadira Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador). (2013) "Curso de Derecho Administrativo" T. 1. 1ra. Reimpresión. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Comadira, Julio Rodolfo. (2000) "La Actividad Discrecional de la Administración Pública. Justa medida de Control Judicial". Buenos Aires. ED.

²⁷ CSJN: "Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA", del 21-9-2004, Fallos: 327:3753

García Pullés, Fernando. (2010) “Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional: Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional aprobado por la ley 25.164 y reglamentación, comentados y anotados con remisión a los convenios colectivos de trabajo generales vigentes” 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Gelli, María Angélica Constitución comentada. Tomo I. (2008) Editorial: La Ley <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2008/30070207/v1>

Sesin, Domingo Juan. (2004) “Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos Mecanismos de Control Judicial”. 2da. Ed. Buenos Aires: Depalma.

Jurisprudencia

CSJN: Fallos 307:1858

CSJN Fallos: 315:1361 sentencia de fecha 23/06/1992

CSJN: Fallos 323: 1566, “Guida”.

CSJN: “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA”, Fallos: 327:3753, sentencia de de 21 de septiembre de 2004

CSJN, “Astorga Bracht”, Fallos 327:4185, sentencia de fecha 14 de octubre de 2004.

CSJN Fallos: 331:735

CSJN Fallos 334:1909

CSJN, “Losicer”, Fallos, 335:1126, sentencia de fecha 26 de junio de 2012.

CSJN, “Bonder, Aaron”, sentencia de fecha 19 de noviembre de 2013.

CSJN “Giustiniani, Rubén Héctor c/ YPF SA- s/amparo por mora” Fallos 338:1258

STJTDF “Ortiz, Graciela c/Municipalidad de Ushuaia s/contencioso administrativo” expte. Nro° 335/99 STJ-SR. 07/04/2000. T° VI, F° 171/177

STJTDF “Antifil, Marta c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 333/99 STJ-SR. 07/04/2000. T° VI, F° 178/183

STFTDF “Abrigo, Marcelo Esteban c/ Municipalidad de la Ciudad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 332/99 STJSR. 13/04/2000. T° VI, F° 251/257

- STJTDF “Folgado, Silvia c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 334/99 STJ-SR. 13/04/2000. T° VI, F° 227/232
- STJTDF “Guerrero, Héctor Hugo c/Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 347/99 STJ-SR. 13/04/2000. T° VI, F° 245/250
- STJTDF “Cremades, Jorge Miguel c/ Dirección Provincial de Rentas s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 435/01 STJ-SR.-10/10/01. T° VII, F° 533/539.
- STJTDF “Ceravolo, Daniel c/ Dirección Provincial de Rentas s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 395/00 STJ-SR. 06/01/02. T° VIII, F° 5/11.
- STJTDF “Escobar, Luis Andrés c/ Gobierno Provincial s/ Contencioso Administrativo”, expte. Nro. 469/01 STJ-SR. 10/04/02 T° VIII, F° 244/250
- STJTDF “Krupp, Víctor Hugo y otros c/ Municipalidad de Río Grande s/ Contencioso”, expte. Nro. 721/04 STJ-SR. 07/10/2004 Registro T X F° 631/640.
- Cámara de Apelaciones Sala Civil, Comercial y Laboral TDF “Matteazzi, Héctor Gustavo c/ PODER EJECUTIVO PROVINCIAL s/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO” expte. Nro. 4814/08. 09/09/2008. Registro n° 121, Tomo n° V, Fs. 841/848
- STJTDF “Matteazzi, Héctor Gustavo c/ Poder Ejecutivo Provincial s/ Contencioso Administrativo s/ Recurso de Queja”, Expediente N° 1.193/09. 30/06/2009. T XV- F° 324/330.
- STJTDF “Sandez, Luis Gerardo c/ IPAUSS s/ Contencioso Administrativo s/ Cuestión de Competencia”, expediente N° 2301/10 sentencia de abril del 2010.
- STJTDF “Ruvioli, Fernanda María de Lujan c/ I.P.V. s/ Contencioso Administrativo”-expte. n° 1915/14-STJ-SR. 23/09/2014. T XX-F°. 1056/1059

Dictámenes PTN

Dictámenes 93:109; 106: 295; 197: 127; 142: 317 y 197:127.