

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 14 de junio de 2016.

No. 324

VISTOS :

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “RODRÍGUEZ GALUSSO, PABLO con PODER EJECUTIVO. Acción de nulidad” (Ficha No. 193/2014).

RESULTANDO :

I. En este proceso, el actor Pablo Rodríguez Galusso, dedujo pretensión anulatoria contra el Decreto del Poder Ejecutivo No. 204/2013 de 17.7.2013 que aprobó el Proyecto de Reformulación de la Estructura Organizativa de la Unidad Ejecutora 007, Dirección Nacional de Aduanas, del Inciso 05. Ministerio de Economía y Finanzas (AA fs. 74/95).

II. Como fundamento de su pretensión alegó que es funcionario presupuestado de la Dirección Nacional de Aduanas (en adelante: D.N.A.), Escalafón A, Grado 15, Jefe de Departamento, Arquitecto. Agregó que por resolución de la Dirección Nacional -Orden del día No. 5398 del 28.5.98- viene desempeñándose como Encargado del Departamento de Infraestructura Técnica y cuenta con evaluaciones de desempeño anuales muy positivas.

El acto impugnado aprueba una reestructura que vulnera sus derechos adquiridos y, en particular, su derecho a la carrera administrativa. Aduce que el acto adolece de ausencia de motivos -en cuanto no expresa los fundamentos de la decisión- y falta de razonabilidad -crea una estructura para cargos presupuestados y otra para funciones en régimen de

dedicación exclusiva- y además incurre en contradicción al regular la dedicación exclusiva (entre los arts. 4 y 21).

Explicando más concretamente el agravio que le infringe el acto, señala que la reestructura crea un Departamento III de Recursos Físicos, con cometidos que estaban asignados al Departamento de Infraestructura Técnica, del que es Encargado. El Decreto dispone que las funciones creadas -incluyendo al Departamento III- son "en régimen de dedicación exclusiva", lo que no podría haber hecho sin habilitación legal y condiciona el desempeño de esas funciones a la aprobación por el Director Nacional de Aduanas de un "acuerdo de gestión" y les fija una duración de quince meses.

Sostiene, en definitiva, que la creación del Departamento III lesiona su interés directo, personal y legítimo; que sin ley no puede exigirse dedicación exclusiva y que la reestructura viene a crear una estructura paralela que lesiona su derecho a la carrera administrativa, porque el Director Nacional puede asignar funciones tanto a un funcionario de carrera, como a un pasante, o un funcionario contratado (como ha ocurrido). Señala que se encuentra tramitando ante este Tribunal, la impugnación de otro acto por el que se asignó a la Arq. Laspro para cumplir las del Departamento de Recursos Físicos (Ficha 744/2014).

III. Conferido traslado, la Administración demandada defendió la validez del acto, sin objetar la legitimación activa del demandante -aunque más adelante señala que no concreta el derecho o interés vulnerado- pero observa que, si bien la demanda se dirige contra el Decreto No. 204/2013 de 17.7.2013, los agravios esgrimidos solamente

atacan los artículos 3 y 4 (y anexo No. 1 - III. 2.9.2.2.) por lo que la pretensión anulatoria queda limitada a tales artículos.

En cuanto a la motivación del acto indicó que la normativa y las asignaciones de funciones que se hicieron se insertan en el marco del "Proceso de Modernización" de la Dirección Nacional de Aduanas, que opera cambio organizacional, y por tanto, su motivación es la conveniencia en la rotación de los funcionarios para obtener la mejora continua en el cumplimiento de las funciones asignadas. "La motivación no es otra que la conveniencia de la rotación de los funcionarios para obtener la mejora continua" (fs. 19).

Sostuvo que el nuevo sistema permite a la Administración cumplir los objetivos y metas propuestos en los "acuerdos de gestión" mejorando el servicio público que se brinda a la comunidad, debiendo el funcionario esmerarse en sus tareas para poder continuar en el ejercicio de las funciones asignadas. Destacó que el Tribunal ha sostenido invariablemente la facultad discrecional de la Administración de reorganizar sus servicios en la forma que considere más beneficiosa para los intereses del organismo (Sent. 290/97).

Argumentó que el Decreto No. 204/2013 debe presumirse legítimo hasta que se demuestre lo contrario, lo que el actor no ha hecho. Afirma que el régimen de dedicación exclusiva establecido en el art. 4 se ajusta en todo al concepto regulado en diversas normas legales. No se advierte que la modalidad de trabajo diseñada, en base a acuerdos de gestión y sobre la base de que "el Director puede seleccionar para ocupar un cargo jerárquico, tanto a un funcionario presupuestado, a uno con contrato de provisorio, a uno con contrato de obra, etc., siempre y cuando el funcionario propuesto

cuenta con la calidad y cualidad técnica requerida para ocupar el cargo en cuestión a juicio del jerarca" (fs. 18) sea ilegítima o lesiva para el accionante.

IV. Consta además que: a) abierto el juicio a prueba, se produjo la certificada a fs. 38, agregándose por cuerda separada los antecedentes administrativos (carpeta de tapas verdes, en 151 fojas) y la documentación agregada por la demandada (carpeta rosada, en 103 fojas); b) la actora alegó de bien probado (fs. 44/47) y también la demandada (fs. 50/53); c) el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, por Dictamen No. 502/15, aconsejó amparar la pretensión anulatoria (fs. 56/58); y d) llamados los autos para sentencia, previo pase a estudio de los Sres. Ministros en forma sucesiva, la misma se acordó en legal forma.

CONSIDERANDO:

I. En el aspecto formal, se ha cumplido adecuadamente con las exigencias que, según la normativa vigente, habilitan a ingresar al examen de la pretensión anulatoria (Constitución arts. 317 y 319 y Ley No. 15.869 de 22.6.87 arts. 4 y 9).

1. El Decreto fue publicado en el Diario Oficial el 29.7.13 y ese mismo día el actor interpuso recurso de revocación (A.A. fs. 4) que fundó posteriormente (AA fs.13/16), lo que según la demandada habrá ocurrido el 25.9.2013.

2. No habiéndose pronunciado la Administración demandada, operó la denegatoria ficta al 27.12.13 (Ley No. 15.869 arts. 5 y 6, en la redacción dada por la Ley No. 17.292 art. 41).

3. La demanda anulatoria fue deducida 31.3.14 (nota de cargo, fs. 8).

II. Como se ha señalado, el objeto de este proceso es resolver sobre la pretensión anulatoria deducida contra el Decreto No. 204/013 dictado el 17.7.2013 por el Poder Ejecutivo que aprobó el Proyecto de Reformulación de la Estructura Organizativa de la Unidad Ejecutora 007 "Dirección Nacional de Aduanas" del Inciso 05, Ministerio de Economía y Finanzas.

Corresponde puntualizar que los agravios del accionante se dirigen contra distintos aspectos de la reestructura aprobada y no se limitan a los arts. 3 y 4 del Decreto encausado, como ha sostenido la accionada.

III. Los argumentos sustentados por las partes litigantes han sido sintetizados en los resultandos II y III *ut supra* y cabe remitirse a lo consignado allí.

Tras un cuidadoso análisis de la normativa vigente y del decreto encausado, el Tribunal, por unanimidad, siguiendo lo aconsejado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, se pronunciará por el amparo de la pretensión anulatoria y, en consecuencia, anulará el acto atacado.

IV. En primer lugar y en cuanto a la legitimación del pretensor, cabe relevar que se trata de un funcionario presupuestado o de carrera y como tal, según la Constitución de la República, tiene derecho a la carrera administrativa y derecho al ascenso (Constitución arts. 60, inc. 2, y 61), lo que lo legitima para accionar en esta causa (Constitución art. 309 inc. 3).

V. En segundo término, el agravio que ataca el acto por falta de motivación resulta de rechazo.

En efecto, si bien la motivación expuesta en el decreto cuya anulación se pretende es, sin dudas, escueta y no exenta de cierta vaguedad, hace expresa referencia al propósito de modernización y planificación estratégica del organismo y a la intención de reorganizar el servicio para esa finalidad. De ese modo, la reestructura que se aprueba da cuenta de una nueva concepción acerca de la misión, visión, cometidos y forma de funcionar. La misma idea surge expuesta en la nota que el Ministro de Economía y Finanzas remitió a la Oficina Nacional del Servicio Civil (AA fs. 55).

VI. El agravio medular, que determina el amparo de la demanda anulatoria, es el que el acto atacado, al aprobar la reestructura de la Dirección Nacional de Aduanas, lesiona el derecho del actor a la carrera administrativa, que incluye el derecho al ascenso.

Como se ha señalado, nuestra Constitución en su art. 60, inc. 2, establece "la carrera administrativa para los funcionarios presupuestados de la Administración Central..." y en el art. 61 complementa señalando que "Para los funcionarios de carrera, el Estatuto del Funcionario... reglamentará el derecho a la permanencia en el cargo, al ascenso....". Comentando estas disposiciones, ha señalado Cassinelli que la reforma de 1952 sustituyó la referencia a "reglas de ascenso" por el "derecho al ascenso"... de modo que "las reglas del ascenso ya no pueden ser cualesquiera, sino que deben reglamentar el derecho al ascenso, será necesario que el estatuto defina la situación jurídica subjetiva de los funcionarios de carrera, dándole una configuración que permita calificarla como derecho subjetivo" "la autoridad competente ...deberá consagrar algunas facultades que puedan hacerse valer contra la administración en

ejercicio del derecho al ascenso". Enfatiza en especial que "la determinación final de quién habrá de ascender en cada caso no podrá quedar librada a una selección puramente discrecional de la autoridad" (CASSINELLI MUÑOZ, Horacio "Derecho al ascenso e interés legítimo en ascender" en Rev. D.J.A, tomo 67, p. 288 y sgtes. y en Derecho Constitucional y Administrativo. Estudios publicados compilados por Carlos Sacchi, La Ley, Montevideo, 2010, ps. 1328-1329).

En nuestros días, el concepto de carrera administrativa *"se define como el régimen que ampara a ciertos funcionarios llamados precisamente de carrera, e implica derecho a la permanencia en el cargo, al ascenso y a un régimen de licencias, traslados y suspensiones acorde con el carácter profesional y estable de dichos funcionarios. De acuerdo con esta definición, que resulta adecuada al texto del artículo 61 de la Constitución, el derecho al ascenso aparece como uno de los componentes del régimen de carrera administrativa, que implica, además, otros aspectos en concordancia con la estabilidad y profesionalidad que caracterizan a dicho régimen"*. El derecho a ascender, implica *"la potestad de competir para probar que se es el más apto y, en tal caso, ser designado en el cargo a proveer"*. (VÁZQUEZ, Cristina; CORREA FREITAS, Ruben. "Manual de la función pública", 2a. ed, Montevideo, FCU, 2011, p. 213).

La carrera administrativa conlleva la idea de una estructura de cargos y un derecho al ascenso que reglamenta el acceso a cargos superiores mediante procedimientos objetivos. El Prof. Sayagués Laso se refirió a ese derecho en estos términos: *"mediante el ascenso es que los funcionarios pueden realmente hacer carrera administrativa, progresando desde los cargos inferiores hasta los de jerarquía más elevada; sin él, quedan*

dependiendo de la buena o mala voluntad de los gobernantes, con los perjuicios consiguientes para la administración, pues aquéllos pierden todo aliciente en ampliar sus conocimientos”. (SAYAGUES LASO, Enrique. “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, 8ª ed. Montevideo, FCU, 2002, p.348).

VII. La Administración se ha defendido señalando que la reestructura no vulnera los derechos del actor como funcionario presupuestado, afirmando la licitud de regular el ejercicio de las funciones más altas (dirección de departamentos, divisiones y áreas) del modo que lo hace la reestructura que se aprueba.

El Tribunal discrepa con esa afirmación. Si bien en los antecedentes se expresa que "no se modifica la actual estructura de cargos" (AA fs. 22) y es posible admitir que no se modifica la situación del actor, que mantendrá su calidad de funcionario de carrera y la retribución de su cargo presupuestal, se le priva del derecho al ascenso desde que las funciones asociadas a la dirección de departamentos, divisiones y áreas se asignarán en adelante sólo en forma transitoria, por decisión del Director Nacional de Aduanas, sujeto a un acuerdo previo de gestión y en régimen de dedicación exclusiva.

Sin desconocer que la Administración tiene amplia competencia para definir objetivos de gestión y reorganizar los servicios de la forma que estime más adecuada para la mejor gestión, esa discrecionalidad encuentra un límite en la exigencia de respetar los derechos constitucionalmente reconocidos a sus funcionarios.

De ese modo, sin referirse expresamente a la asignación de los cargos de nivel superior sino a diversas funciones, el decreto aprueba una

reestructura que incluye una Dirección General, Unidades de Asesoría dependientes de esa Dirección, y distintas Áreas, dentro de las cuales hay un nivel de Divisiones y otro de Departamentos, todos dependiendo directamente de la dirección del área y pasa a describir las funciones asignadas a la Dirección Nacional y a las distintas "Unidades Organizativas". El funcionario que sea encargado de las funciones en cada una de las unidades que componen la estructura organizativa *"le corresponde, en su respectivo ámbito, la dirección y organización de la Unidad bajo su dependencia, coordinando e impulsando el logro de los objetivos fijados..."* (art. 17). La retribución se asigna a quienes desempeñen las funciones (art. 8) y sólo durante su desempeño, siendo la duración prevista de 15 meses, con evaluación al año (art. 3).

La forma de acceder a desempeñar esas funciones es -como admite la accionada- por asignación directa del Director Nacional que puede elegir para cualquier función a cualquier funcionario: *"el Director puede seleccionar para ocupar un cargo jerárquico, tanto a un funcionario presupuestado, a uno con contrato de provisoriato, a uno con contrato de obra, etc. siempre y cuando el funcionario propuesto cuente con la calidad y cualidad técnica requerida para ocupar el cargo en cuestión a juicio del jerarca"* (fs. 18). La encargatura depende de un acuerdo de gestión y es temporaria. No está previsto llamar a concurso para ocupar cargos de dirección de departamentos, divisiones o áreas porque las funciones serán en adelante siempre asignadas temporariamente bajo ese régimen.

Tal diseño colide frontalmente con la normativa constitucional y legal vigente. Como destaca acertadamente el Ministro Dr. Tobía, el decreto establece básicamente un mecanismo definitivo, en el que los

funcionarios desempeñarán funciones precarias y revocables, en perjuicio de la carrera administrativa. El Tribunal se ha expedido con anterioridad sobre impugnaciones similares, particularmente respecto a la reestructura organizativa de la Administración Nacional de Puertos el 2007 y 2008 (Decretos Nos. 545/007, 508/008 y resoluciones que asignaron interinamente posiciones dentro de la nueva estructura) y la reestructura de U.T.E. (Decreto No. 15.301).

El decreto que se enjuicia en este proceso, crea una situación diferente a la planteada en la primera -reestructura de la A.N.P- donde se hacían designaciones de carácter interino hasta la realización de los correspondientes concursos, lo que no está previsto en la segunda reestructura de UTE ni en este caso, porque lo que se busca es perpetuar el sistema de encargatura provisoria de funciones para el funcionamiento de la DNA, desnaturalizando de esta manera dicho instituto que debe ser, en todo caso, de carácter excepcional.

VIII. Algunas consideraciones vertidas en casos precedentes son enteramente revalidables aquí. Particularmente, en el caso resuelto recientemente por sentencia No. 66 de 15.3.16, la actora se agraviaba por entender que la provisión de cargos superiores mediante el mecanismo *irregular* de la encomendación de funciones, lesiona el derecho a la carrera administrativa y al ascenso y el Tribunal le dio la razón señalando que *"... el mecanismo de la encomendación interina consagrado de un modo no excepcional sino permanente e invariable, tal como está prevista en la norma resistida, efectivamente "recorta" la línea de cargos sobre el que se desarrolla la carrera administrativa... Cabe recordar que la encargatura, es un vínculo que por definición tiene un carácter de total*

inestabilidad, otorga solamente el derecho a percibir los haberes correspondientes al cargo del que se encarga al funcionario, pero no supone, desde luego, la ubicación del funcionario encargado en el puesto que desempeña en tal carácter. La figura tiene, como ha reiterado el Tribunal en su consolidada jurisprudencia, las notas de inestabilidad, precariedad y provisoriedad, no genera derecho al cargo sino una mera expectativa (Sentencias Nros. 275/09, 460/09, entre tantísimas otras)".

En suma, el Tribunal hizo suyo el enfoque de la actora, señalando que la norma atacada "*viene a imposibilitar la consagración de la carrera administrativa en tanto no permite acceder a los cargos superiores de la administración en forma efectiva y con la permanencia derivada del correcto desempeño del cargo al que por concurso se accedió*".

Todo lo dicho es trasladable al caso en examen y conduce a anular el acto administrativo impugnado.

XI. También señala el actor que el Decreto incurre en ilegalidad al establecer que las funciones creadas se desempeñarán en régimen de dedicación exclusiva sin contar con ley específica que así lo disponga.

Le asiste razón, aunque al presente no se le hayan asignado funciones en este esquema de trabajo.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley No. 12.803 de 30.11.60 art. 158, "*El régimen de dedicación total estará sujeto a las siguientes condiciones: a) la declaración por ley del carácter del cargo; b) la consagración integral a las funciones del cargo, con exclusión de toda otra actividad remunerada, sea pública o privada; c) el cumplimiento de un horario mínimo de cuarenta horas semanales de labor*". Esta Ley es de

carácter general y está vigente, por lo que es aplicable en todos los casos y no puede ser soslayada por un decreto que es de rango inferior a cualquier norma legal. Aun cuando no existiera esa norma legal persiste la imposibilidad de restringir por vía de decreto el derecho al trabajo que es un derecho de rango constitucional por tanto, sólo pasible de limitación mediante leyes dictadas por razones de interés general.

La demandada sostiene que la posibilidad de imponer ese régimen deriva de la Ley No. 17.930, art. 6 (en la redacción dada por la ley 18.719 art. 7) que dispone: "*Artículo 7º.- Sustituyese el artículo 6º de la Ley No. 17.930, de 19 de diciembre de 2005, por el siguiente:*

"ARTÍCULO 6º.- Facultase al Poder Ejecutivo a aprobar las reestructuras organizativas y de puestos de trabajo, previo dictamen favorable de la Oficina Nacional del Servicio Civil, de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y de la Contaduría General de la Nación, en el ámbito de sus respectivas competencias, sin perjuicio de lo establecido en la Ley No. 18.508, de 26 de junio de 2008.

El Poder Ejecutivo remitirá a consideración de la Asamblea General las reestructuras de puestos de trabajo, debiendo la misma expedirse en un plazo de cuarenta y cinco días, vencido el cual, sin opinión en contrario, se entenderán aprobadas.

En ningún caso la reformulación de las reestructuras administrativas y de puestos de trabajo, así como la transformación, supresión, fusión o creación de unidades ejecutoras, podrán lesionar los derechos de los funcionarios o su carrera administrativa".

Sin embargo, su interpretación no resulta compartible: surge claramente que la Administración no ha cumplido con lo exigido en la

norma en que asienta su Decreto porque, por medio de la asignación de funciones como de dedicación exclusiva sin ley habilitante, está sin dudas vulnerando los derechos de los funcionarios, en especial, su derecho al trabajo.

XII. Por último, dado el alcance general del acto impugnado, y en función de la desigualdad que la anulación con efecto inter-partes podría provocar entre los sujetos alcanzados, el Tribunal ejercerá la facultad conferida por la Constitución de la República, en el art. 311, inciso 2°, amplificando el alcance del pronunciamiento anulatorio, por fuera de los límites connaturales de la cosa juzgada.

La sentencia anulatoria con efectos generales y absolutos cumple “...una finalidad purgativa del ordenamiento de la que puede decirse que es primariamente relevante en interés de la Ley antes que el interés particular de los recurrentes”, objetivo que prima sobre evidentes razones de economía procesal al evitar el planteamiento de multitud de litigios, al tiempo que facilita la unidad de calificación de la ilegalidad declarada (GARCÍA DE ENTERRÍA: Ob. cit., t. I cit., págs. 244-245).” (Sentencia No. 1016/1998; Cfme. Sentencias Nos. 619/2013, 696/2013, 59/2014, entre otras).

En definitiva, por las razones expuestas, lo establecido en el artículo 309 de la Constitución de la República, el Tribunal, por unanimidad,

FALLA:

Ampárase la pretensión anulatoria y, en su mérito, declárase la nulidad del acto administrativo impugnado con efectos generales y absolutos en interés de la regla de Derecho o de la buena administración.

Sin especial condena procesal.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios del abogado de la parte actora en la suma de \$25.000 (pesos uruguayos veinticinco mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

Dr. Echeveste, Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Tobía, Dra. Castro (r.), Dr. Vázquez Cruz.

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).