

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 10 de marzo de 2016.

No. 43

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "GONZÁLEZ, MARCELA con ESTADO. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Acción de nulidad" (Ficha No. 472/2013);

Y CONSIDERANDO:

I. Que la presente acción de nulidad se dirigió contra el acto denegatorio ficto operado el 19.10.2012 ante la petición calificada presentada por la actora con fecha 22.5.2012, mediante la cual solicitó que se le reconociera la antigüedad adquirida por obra de sus antecedentes laborales en la función pública previamente a ingresar a la Administración Tributaria (A.A. fs. 10/12 vta.).

II. Dicho acto **tiene apoyatura legal en la Ley 17.556, más específicamente en su artículo 32**. Por el mentado dispositivo legal, los sujetos vinculados con el Estado no adquieren la calidad de funcionario público ni los beneficios que ello conlleva.

Entiende el Tribunal que dicho artículo es inconstitucional, pues, enerva a los sujetos que se encuentran en una relación jurídica de subordinación o dependencia con una entidad estatal, del marco de protección o régimen jurídico aplicable a los funcionarios públicos, según emerge del contexto constitucional.

III. Y en tanto, la inaplicabilidad de una ley con visos de inconstitucionalidad solo corresponde mediante la declaración de

inconstitucionalidad de la ley por parte de la Suprema Corte de Justicia (Constitución de la República artículo 257) y siempre con alcance al caso concreto (artículo 259 de la Carta) a juicio de los integrantes de este Colegiado, se estima pertinente, antes de dictar resolución definitiva (Constitución de la República artículo 258), plantear de oficio ante la Suprema Corte de Justicia, la declaración de inconstitucionalidad de la disposición referida por los fundamentos que se explicitarán.

IV. De las actuaciones administrativas aportadas al proceso, surge que la actora presentó ante la Dirección General Impositiva, una petición calificada a efectos de que se le reconociera la antigüedad adquirida por obra de sus antecedentes laborales en la función pública previamente a ingresar a la Administración Tributaria (A.A. fs. 10/12 vta.).

Según se aprecia de los antecedentes, con fecha 13.9.2006, el Ministerio de Economía y Finanzas, reconoció que la vinculación inicial con el Estado de la promotora se produjo el 3.6.2005 (CONSIDERANDO I y III de la resolución de fs. 3/4 y 14/15 A.A.). Asimismo, se señaló que al 19.12.2005, determinadas personas, entre ellas la actora, se encontraban desempeñando tareas propias de un funcionario público, en régimen de dependencia y con carácter permanente (CONSIDERANDO IV de la resolución citada).

En función de ello, el Ministerio de Economía y Finanzas, en ejercicio de atribuciones delegadas, atento a lo dispuesto en el art. 7 de la Ley 17.930 y Decretos Reglamentarios, creó en la unidad ejecutora 003 del Inciso 06 Ministerio de Economía y Finanzas, las funciones contratadas de Esc. A, Grado 4, Asesor X Profesional; **designándose** a la actora, entre

otras personas, en las funciones contratadas (vide: numerales 1° y 2° de la parte dispositiva de la resolución precitada, fs. 4 y 15 A.A.).

De acuerdo con lo que surge del informe de Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas de fecha 24.11.2006, la Cra. Marcela GONZÁLEZ había solicitado se le aceptara la renuncia al cargo para el cual fue designada por resolución del Ministerio de fecha 13.9.2006. Sin perjuicio de ello, la asesora informante entendió que la designación del funcionario requería de su aceptación, extremo que no se había verificado según informara la Auditoría Interna de la Nación (en donde cumplía funciones). Razón por la cual, al no haber quedado perfecto el acto de designación, no correspondía aceptar la renuncia de funciones contratadas que nunca habían sido aceptadas por la actora (ver informe luciente a fs. 16 A.A.).

De las actuaciones aportadas en cumplimiento de la medida para mejor estudio solicitada por el suscrito (fs. 51 del ppal., fs. 40 Legajo de Documentación en 68 fs.) se advierte que la reclamante presentó una nota de renuncia con fecha 8.11.2006.

Por resolución de fecha 31.1.2007, el Poder Ejecutivo autorizó a la Dirección General Impositiva a contratar en régimen de “contrato de trabajo a término”, por el término de 1 año, desde el 1.3.2007 con una carga horaria de 40 horas semanales de labor, entre otros, a la actora (fs. 7/9 A.A.). **Dicho vínculo se suscribió en el marco de lo dispuesto en el capítulo IV de la Ley 17.556, la Ley 17.706 y Decretos Reglamentarios** (A.A. fs. 26/27).

V. Entiende la Sede que el artículo 32 de la Ley N° 17.556 al *innovar sobre las definiciones supra-legales*, desprotege la

situación jurídica de la reclamante. En la emergencia, el reconocimiento funcional de su antigüedad, no es otra cosa que fruto del principio de primacía de la realidad y protector que alcanza a todo trabajador independientemente de quién sea su empleador o patrono.

1. A juicio del Tribunal, la Ley N° 17.556 con su artículo 32, contraviene frontalmente los artículos 53, 54, 55, 56, 57, 58 y 59 de la Constitución de la República.

a) Concepto constitucional de funcionario público.

En lo inicial, debe de verse que la doctrina de Derecho Público, en función de las disposiciones constitucionales aplicables, ha ensayado definiciones sobre la categoría de individuos que desarrollan función pública y no han ingresado a la Administración a través de un acto de designación, sino por medio de **otro procedimiento legal.**

En tal sentido, SAYAGUÉS LASO señalaba con acierto que es funcionario público todo individuo que ejerce funciones públicas en una entidad estatal, incorporado mediante designación u otro procedimiento legal. (SAYAGUÉS LASO, Enrique: “Tratado de Derecho Administrativo” -puesta al día por Daniel Hugo MARTINS-, FCU, 8ª Edición, Montevideo, 2002, pág. 255).

En idéntica orientación conceptual, VÁZQUEZ señala que las definiciones doctrinarias (de autores clásicos como SAYAGUÉS, MARTINS, PRAT, SILVA CENCIO) coinciden en sus elementos sustanciales y en su amplitud. Tal amplitud se justifica sobradamente, en cuanto las personas que se incorporan a una entidad estatal quedan investidas con un régimen que presenta muchas características comunes, sin perjuicio de las particularidades de las diversas categorías funcionales.

A la luz de la doctrina, el Derecho Positivo y la jurisprudencia, parece claro que la noción de funcionario público aceptada en nuestro Derecho es amplísima, ingresando en ella, todos aquellos individuos que ejercen función pública, incorporados por procedimiento legal, sea en el Estado Persona Pública Mayor, en los Gobiernos Departamentales, en los Entes Autónomos o en los Servicios Descentralizados, sean o no de carrera, retribuidos y honorarios, presupuestados o contratados, civiles, policiales, militares, diplomáticos, etc. (Cfe. VÁZQUEZ, Cristina: “*Trabajo de los funcionarios públicos: relación funcional y Derecho General del Trabajo*” en Revista de Derecho Público, Año 6, No. 10, FCU, Montevideo, febrero 1997, pág. 89).

Sin perjuicio de ello, como enseña CAJARVILLE la consideración del trabajo en la Constitución se va conformando por la sucesiva agregación de elementos a la forma en que el trabajo se cumple, se presta. El art. 53 comienza por considerar el trabajo en sí mismo, prescindiendo de todo otro factor, el trabajo por sí; y entonces, ahí aparece ese principio tan propio del Derecho Laboral que es el *principio protector*, y aparece también el *deber* de trabajar. Luego, de los arts. 54 a 57 aparece el primer elemento agregado: el cumplimiento del trabajo en régimen de subordinación, sin más calificación de esta subordinación; todo el trabajo en régimen de subordinación está alcanzado por esos artículos y por esa serie de derechos de quienes lo cumplen que allí se reconocen.

Luego, de los arts. 58 a 63 se agrega un elemento más, y es el trabajo subordinado sí, pero subordinado a una entidad estatal. Es aquí donde aparece la palabra “funcionario”, que hasta ahora no había sido utilizada; esta palabra que, además de aparecer sólo en referencia a quienes trabajan

en relación de subordinación a una entidad estatal, se utiliza siempre -o casi siempre, porque a veces se utiliza también la palabra “empleado”-para referirse a quienes trabajan en ese régimen de subordinación.

De ese **contexto acumulativo surge cuál es el concepto constitucional de funcionario: funcionario son todos quienes cumplen con su deber de aplicar sus energías intelectuales y corporales en una relación de trabajo o servicio con una entidad estatal.** (CAJARVILLE PELUFFO: “*Concepto constitucional de funcionario público y diversidad de regímenes constitucionales*” en AA.VV.: “Pasado y presente del derecho administrativo uruguayo: en homenaje al Profesor Enrique Sayagués Laso en el centenario de su nacimiento”, coordinador: Carlos E. DELPIAZZO, FCU, Montevideo, 2012, pág. 14; destacado no está en el original).

En la especialidad del caso, la actora ingresó a la Administración mediante un procedimiento legal (a través de un llamado público y abierto para ser seleccionada a efectos de su contratación), pero por una calificación *ope legis* se le desprovee de un conjunto de derechos, deberes y garantías de orden estatutario.

En la emergencia, durante el período anterior a su vinculación con la Dirección General Impositiva, y mientras desempeñó tareas para la Contaduría General de la Nación primero y para la Auditoría Interna de la Nación después, **aplicó sus energías corporales e intelectuales en una relación de subordinación jurídica en un órgano del Estado.**

La realidad funcional marcó sencillamente eso. Y ello, resulta tan evidente que, por un lado, ni siquiera fue contradicho debidamente por la demandada -quien se limitó a citar el art. 32 de la Ley 17.556- y, por otro, en la resolución dictada por el Poder Ejecutivo con fecha 13.9.2006 se

reconoce una situación existencial previa, una realidad burocrática, que motivó la designación en funciones públicas contratadas al amparo del art. 7 de la Ley 17.930.

Debe tenerse presente que el concepto de funcionario público no se caracteriza por la índole de la designación o forma de ingresar a la Administración Pública, sino, ante todo, por la realización o cumplimiento de funciones esenciales y específicas propias de la Administración Pública, o por la contribución a que tales funciones sean realizadas (Cfe. MARIENHOFF, Miguel: Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III B, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 20).

Si bien es cierto que esa función pública desempeñada se origina en un contrato que normalmente tiene una duración acotada en el tiempo, es importante recordar también que la calidad de funcionario público no depende de la duración de los servicios prestados, sino de la *índole* de la actividad ejercida por la persona respectiva (Cfe. MARIENHOFF, Miguel: Tratado...” cit., pág. 23).

b) *El legislador debe atenerse al concepto amplio de funcionario público emergente de los textos constitucionales: imposibilidad de restringir la definición y, en consecuencia, el régimen aplicable.*

El art. 32 de la Ley 17.556 (Calidad de contratado) textualmente dispone:

“El contratado no adquiere la calidad de funcionario público, ni los beneficios que tal calidad conlleva. Su contrato será a término, revocable por parte del organismo contratante cuando lo estime conveniente y renovable, siempre que subsistan las necesidades del

servicio que lo motivaron y el rendimiento haya sido satisfactorio a criterio de la autoridad correspondiente.

Si se produjeran sucesivas renovaciones del contrato a término, ello no implicará en ningún caso que se adquieran derechos a permanencia e inamovilidad del contratado.”

A juicio de los miembros de este Tribunal, mediante este dispositivo, el legislador pretende sustraer del régimen jurídico general de protección constitucional -que resulta aplicable a los funcionarios públicos en general- a aquéllos sujetos que se vinculen contractualmente con órganos del Estado a través de la nominación del ligamiento bajo la égida del Derecho del Trabajo.

Sucedo que, tal actividad no le compete al legislador ordinario, en tanto no puede arrogarse la facultad de calificar el vínculo entre una persona y el Estado, con la consecuencia de que esa calificación determine el régimen jurídico aplicable.

La definición de funcionario público que emerge del contexto constitucional en nuestro ordenamiento, no resulta posible que por vía infra-constitucional sea bastardeada, limitada en su alcance o bien reducida a una mínima expresión.

Como bien apunta CAJARVILLE PELUFFO la función de garantía que no es sólo para los funcionarios públicos, sino para todos los habitantes del territorio del Estado que significa la consagración constitucional de determinadas soluciones y principios, resultaría totalmente desdibujada si quedara a criterio del legislador, o peor aún, al arbitrio del legislador, establecer a qué trabajadores del Estado se aplica ese régimen y a cuáles no se aplica. (CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “*Concepto de*

funcionario público en la Constitución uruguaya y su desnaturalización legal” en Revista de Doctrina & Jurisprudencia, Año 2, Número 5, CADE, febrero 2010, pág. 63).

Posteriormente, este mismo autor con precisión ha consignado que por más potestad de interpretación que tenga el Poder Legislativo, la ley no puede apartarse de un concepto que está en la Constitución; entonces, cualquier ley que se aparta expresa o implícitamente de ese concepto de funcionario que está en la Constitución, es inconstitucional.

Esa inconstitucionalidad es flagrante, grosera, en el art. 32 de la Ley N° 17.556, que establece que los contratados por el régimen de contrato a término no adquieren la calidad de funcionarios públicos.

La paradoja de estas exclusiones de determinados trabajadores del concepto constitucional de funcionario público, es que con ello se los excluye de las normas constitucionales que hacen de los funcionarios públicos verdaderos “servidores públicos”; ahora que con tanto énfasis se proclama que los funcionarios públicos tienen que ser servidores públicos, se excluye por esta vía a determinados trabajadores para el Estado de aquellas normas constitucionales que existen precisamente para hacer de los funcionarios “servidores públicos”. Se los excluye del art. 58, que establece que los funcionarios están al servicio de la Nación, y del art. 59 que dispone que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario. (CAJARVILLE PELUFFO: “*Concepto constitucional de funcionario público y diversidad de regímenes constitucionales*” en AA.VV.: “Pasado y presente del derecho administrativo uruguayo: en homenaje al Profesor Enrique Sayagués Laso en el centenario de su

nacimiento”, coordinador: Carlos E. DELPIAZZO, FCU, Montevideo, 2012, págs. 17/18).

Ante la calificación formal emergente del art. 32 de la Ley 17.556, puede bien suceder -y de hecho estima la Sede que sucede- que la misma se aparte de la expresión normativa del constituyente.

En tal sentido, como destaca RISSO FERRAND no siempre que nos encontramos con un funcionario contratado, la calificación formal coincide con la realidad, sino que con mucha frecuencia encontramos lo que algunos han denominado pseudo contrataciones, o contrataciones basta redadas. RISSO FERRAND, Martín: “*Responsabilidad laboral del Estado. Vías procesales*” en Revista de Derecho Laboral, No. 191, FCU, Montevideo, julio-setiembre 1998, pág. 789).

c) Proyección de orden funcional por la inconstitucionalidad del art. 32 de la Ley 17.556.

En relación a las consecuencias de orden funcional que la consagración de un régimen para trabajadores subordinados a una entidad estatal que se rijan por el derecho laboral “a secas”, a juicio de la Corporación son por demás graves.

En ese análisis, no puede obviarse que, en relación al régimen precitado y consagrado en los arts. 29 y ss. de la Ley 17.556 y, en particular, de lo dispuesto en el art. 32 de dicha Ley, el Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, en dictamen de fecha 3/12/2002, concluyó que:

“a) quienes ingresen a la Administración en los próximos años lo harán en condiciones que permitirán su sustitución por las autoridades de turno;

b) el desempeño de la función pública lo será por quienes, ajustándose al concepto constitucional de funcionarios públicos, no serán considerados tales en función de una definición legislativa que se aparta del tal concepto;

c) de aplicarse rígidamente la norma legal que no considera funcionarios públicos a quienes desempeñan función pública mediante contratos a término, la consecuencia absurda sería que los mismos no estarían al servicio de la Nación sino de una fracción política (al revés de lo mandado por el art. 58 de la Carta), y que no existirían para la función sino para cualquier otro fin que les imponga el contratante (con apartamiento del art. 59 de la Carta); y “en fin, la solución legal se aparta manifiestamente de la concepción constitucional sobre la función pública” (extracto citado por CORREA FREITAS, Rubén: “Estudios de Derecho Público”, Editorial Grupo Magro, Montevideo, 2013, págs. 201/202, reiterado sin variantes en “La influencia del Derecho Laboral en la Función Pública” en AA.VV.: “Derecho Laboral en la Función Pública”, coordinador: Rubén CORREA FREITAS, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2014, pág. 24).

Quiere decir que, por la vía de la nominación legal contractual, se consagró una facultad en favor de los órganos del Estado en los que la disposición tiene operatividad, para que en la predeterminación del haz obligacional pueda no incidir el interés público. Las directrices consagradas en la Carta a efectos de evitar el proselitismo político y pregonar la servicialidad de los funcionarios públicos, se ven seriamente comprometidas por el ejercicio de la función legislativa en claro

apartamiento de los fines superiores previstos en el superior programa político que la Nación se ha dado: la Constitución de la República.

VI. En otro orden cabe consignar que si bien la actora no planteó la acción de inconstitucionalidad de la norma referida ante la Suprema Corte de Justicia, la promoción de la solicitud puede realizarse de oficio en aplicación del artículo 258, numeral 2, de la Constitución de la República.

Por lo expuesto, y lo dispuesto en la normativa citada y en los artículos 509, 511.2, 514, 516, 518 y concordantes del CGP, por unanimidad, el Tribunal,

RESUELVE :

Promuévase de oficio la solicitud de inconstitucionalidad del artículo 32 de la Ley N° 17.556.

Suspéndanse estos procedimientos, y remítanse las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia.

Notifíquese en forma personal a las partes y al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo.

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

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).