

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 27 de julio de 2017.

No. 525

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "MELO GARCÍA, CLAUDIA GRACIELA con ESTADO. MINISTERIO DEL INTERIOR. Acción de nulidad" (Ficha No. 589/2015).

RESULTANDO:

I) Que con fecha 30/9/2015, a fs. 13, compareció la accionante, entablado demanda de nulidad contra la Resolución N° 005/14 dictada por el Director del Instituto Nacional de Rehabilitación del Ministerio del Interior con fecha 10 de enero de 2014, por la cual se dispuso clausurar la investigación administrativa en trámite y disponer la instrucción de sumario administrativo a una serie de funcionarios, entre ellos, la accionante Of. Ppal Claudia MELO, convalidada por la Resolución del Ministerio del Interior de fecha 18 de agosto de 2014, y contra la Resolución N° 570/14 dictada por el Director del Instituto Nacional de Rehabilitación con fecha 16 de diciembre de 2014, por la cual se designa a la Agente de 1ª (PA) Dra. Paula ROSSOTTI como instructora de la causa.

Relató la sucesión de hechos que desembocó en el dictado del acto impugnado, señalando que en enero de 2012 la Agente de 2da. Noemí MACHADO puso en su conocimiento hechos relacionados con el festejo de las fiestas tradicionales en ocasión de despedir el año por parte del personal del COMCAR. La actora, que entre diciembre de 2011 y marzo de

2012 prestó servicios en la guardia externa del COMCAR, no estuvo presente en tales festejos, ni a cargo de personal ni procedimiento alguno.

La Agente de 2da. Noemí MACHADO le manifestó que la noche del 31 de diciembre de 2011 hubo abuso de ingesta de bebida alcohólica y actividad sexual grupal en el personal del COMCAR durante el servicio; relevó sentirse avergonzada por no recordar cabalmente los hechos debido al abuso en el consumo de bebidas alcohólicas, dijo que los funcionarios masculinos ingresaron en su habitación cuando ya se encontraba dormida en su cama de alojamiento femenino, y expresó su rotunda negativa a hablar con alguien más del asunto por el temor a represalias funcionales.

Expresó la accionante que, ante esta situación, se entendió prioritario la salvaguarda del honor de la funcionaria involucrada, así como infundir confianza en ella, quien no estaba dispuesta a hablar, siendo para el caso imprescindible que se ratificara en sus dichos. La denuncia verbal se realizó luego de un acuerdo con ella, ante el Sr. Jefe de la Guardia Externa.

En esa oportunidad, éste manifestó verbalmente que son hechos “normales” en esas circunstancias de festejos. Días después, ante la insistencia de la denunciante, la expulsa del servicio, cuando ésta le expresa su desacuerdo con esas prácticas y con el trato a las mujeres trabajadoras del COMCAR por parte del personal masculino.

Indicó que el 13 de marzo de 2012 la compareciente logró por fin que un Jefe del INR tomara con seriedad su denuncia, y la formalizó por escrito en la sede de la Coordinación Ejecutiva del INR, lejos del COMCAR. Se dispuso entonces una investigación administrativa, sin conocerse entonces sus resultancias.

Señaló que un año después, en oportunidad de los festejos de navidad, se repitieron hechos relacionados con abuso en la ingesta alcohólica y violencia durante el servicio en el COMCAR, cuando ya la accionante no prestaba servicios en esa unidad. Tales hechos tomaron estado público, y en ese momento se hacía referencia a lo que ocurrió un año antes, interviene la prensa, el sindicato policial, derivando en una interpelación al Sr. Ministro del Interior, todo lo cual es absolutamente ajena a la actora, quien en esos momentos prestaba servicios en comisión como defensora penal en la Defensoría Penal del Ministerio del Interior.

Apuntó que, pese a la ajenidad de la accionante con los hechos, la medida que tomó la Administración con fecha 26 de diciembre de 2012, dos días después de los hechos de resonancia pública, fue ampliar la instrucción de la investigación administrativa iniciada ocho meses antes y por hechos similares ocurridos un año atrás, denunciados por la actora en su momento. Y en enero de 2014, un año después de disponer la ampliación y dos años después de iniciada la investigación, se dispone incoar un sumario a los funcionarios presuntamente partícipes en los hechos ocurridos el 31 de diciembre de 2011, conjuntamente con la denunciante de los mismos, por denunciarlos, de lo que tampoco la actora toma conocimiento, hasta que es notificada un año después de resolver sumariarla, en enero de 2015, cuando es notificada del inicio de la instrucción sumarial en la Resolución N° 570/14, único acto notificado. Con respecto a la Resolución N° 5/15, nunca se tuvo acceso a ella.

Se agravió por cuanto se dispuso la instrucción de sumario a su respecto sin mérito para ello. El acto aparece inicialmente como palmaria e irrefutablemente en abierta contradicción con la regla de Derecho, ya que

no surge de la resolución impugnada ni de su antecedente inmediato, conocido informalmente, incriminación concreta de determinada falta o irregularidad imputable a la sumariada. La Resolución N° 5/14 no se conoce, pero resulta lesivo su efecto por ser el antecedente de la única resolución notificada, la 570/14, que no expresa fundamento.

Indicó que en el presente caso, luego de tres años de investigación administrativa, la Administración dispuso se incoe sumario a los eventuales partícipes de los hechos denunciados por la posible comisión de los mismos, y encontró mérito para ello porque la denuncia fue respecto de hechos irregulares que debían denunciarse; al mismo tiempo resulta de esa misma investigación administrativa que la actora es la denunciante de esos hechos. En una misma resolución la Administración somete a sumario administrativo a los posibles involucrados en hechos irregulares que ameritaban ser denunciados y a la denunciante de esos mismos hechos por denunciarlos, lo que es un absurdo evidente, un razonamiento notoriamente ilógico, ya que emerge de la propia Resolución Ministerial que las presuntas irregularidades habrían existido, lo cual justificaría la denuncia formulada por la demandante y, por ende, la injustificable medida adoptada contra ella, ya que no se vislumbra una actuación incorrecta de parte de la sumariada; por el contrario, ésta cumplió con su deber funcional.

Afirmó que el fin del acto impugnado es sancionar a la actora por denunciar hechos que hasta entonces eran “normales” para la Administración, hechos que se repitieron un año después y cobraron estado público, en este caso sin ninguna intervención de la accionante, quien es totalmente ajena a hechos y denuncias posteriores del mismo tenor, quedando en evidencia, por el propio peso de los hechos, la desidia inerte

de la Administración, la falta de control en la ingesta alcohólica del personal del COMCAR; sancionar por dejar en evidencia estos hechos es el desviado fin de la recurrida, cuando los hechos quedaron en evidencia posteriormente y sin ninguna participación de la sumariada.

Dijo que la separación en el cargo con retención de haberes se dispone contra quien no se ha probado fehacientemente que haya incurrido en una falta disciplinaria grave. Esta medida no debiera ser, como en este caso, una medida sancionatoria, sino una medida cautelar, pero como medida preventiva es inútil e innecesaria. La denunciante de los hechos, desde el año 2012 hasta la separación del cargo, prestó servicios como abogada en la Defensoría Penal del Ministerio del Interior, apartada del Instituto que hoy conduce el sumario (INR), y sin ningún contacto con los hechos, eventuales partícipes o prueba, no obstante tres años después de la denuncia es separada del cargo.

Sostuvo que la resolución impugnada le provocó daños y perjuicios materiales y morales, en cuanto decretó un sumario sin falta administrativa que lo justifique, suspensión en sus funciones, retención de medios sueldos y posterior reintegro a tareas administrativas. Lo más agravante en este caso es la imposibilidad de solicitar la cesantía en forma útil, lo que trunca su desarrollo profesional en forma indefinida, ya que puede suponer años de sujeción funcional no querida, debido a que el sumario no se tramita y los plazos no se cumplen.

Adujo que al estar imposibilitada de presentar la renuncia en forma útil, encuentra de esta forma claramente limitada su libertad individual, agravada esta limitación por el trámite secreto y el incumplimiento de los

plazos reglamentarios en el sumario que se le incoa, lo que se presenta como una situación indefinida y sin tiempo.

Agregó que se la somete a una pesquisa secreta y sin plazo, pues peticionó el acceso a las actuaciones el 6 de febrero de 2015, lo que le fue fictamente denegado. Es tan secreta esta instrucción, que a la fecha de presentación de esta acción no se conoce siquiera quien la instruye, pues la instructora designada en la Resolución N° 570/14 cesó luego en su función, sin informársele a la actora si fue designado nuevo instructor. Además, no se cumplen los plazos de instrucción, pasados ya ocho meses de iniciado el sumario.

En definitiva, solicitó la anulación de los actos administrativos resistidos.

II) Que con fecha 9/11/2015, a fs. 29, compareció el representante de la parte demandada, bregando por el rechazo de la demanda entablada.

Con respecto al agravio relativo a la falta de fundamento, sostuvo que cuesta creer que se maneje este argumento para cualquiera de las resoluciones atacadas. La Resolución N° 570/14 designa al instructor sumariante, por lo que cabe preguntarse qué otro fundamento que haber dispuesto un sumario administrativo debe presentarse para proceder en ese sentido, resultando inaudito reclamar algo distinto. Por su parte, en cuanto a la Resolución N° 5/14, que dispone la instrucción de sumario, la situación es tanto o más inaudita. Luego de una investigación administrativa de 146 fojas, en la cual la actora toma parte, ya que se inicia con su denuncia, la misma se clausura con la decisión de instruir sumario, en virtud de los hechos con apariencia delictiva que surgen de la investigación, sin perjuicio

de constituir faltas administrativas graves, así como la omisión de denunciar los hechos en tiempo y forma de la impugnante, dado que da cuenta de los mismos con un llamativo retraso, que sobrepasa largamente los treinta días. Por ende, es inadmisibile que se atribuya a dicho acto falta de fundamento.

Expresó luego que la circunstancia de que la actora sea ajena a los hechos denunciados resulta irrelevante, puesto que la decisión de instruir un procedimiento administrativo a su respecto no surge de estar relacionada a tales hechos, sino a haber efectuado la denuncia con sensible retraso, o más bien omitir denunciar en tiempo y forma hechos ilícitos de los que tuvo conocimiento. En su demanda sugiere que se la investiga por haber denunciado la situación, cuando no es esa la verdadera razón, pretendiendo así tergiversar la realidad, conducta que no es aceptable.

Por su parte, en cuanto a la falta de notificación del acto impugnado, consignó que la notificación que consta a fs. 196, asumida como válida por la propia actora en su demanda, es a la vez la notificación de la resolución que designa instructora sumariante y de la que dispone el sumario, modificada parcialmente por Resolución Ministerial de fecha 18 de agosto de 2014. Se cumple así con lo previsto por la reglamentación, ya que es la instructora sumariante la que debe notificar, una vez designada, cumpliéndose así estrictamente con lo ordenado por el art. 187 del Decreto N° 500/991, por lo que no puede decirse que la Administración omitió notificar.

Sostuvo que la actora ha incurrido en la conducta prevista en el art. 177 del Código Penal (omisión de los funcionarios en proceder a denunciar los delitos), lo que no solo justifica, sino que impone la obligación de la

Administración de actuar como actuó, descartándose así toda hipótesis de “ilegitimidad manifiesta” o “desviación de poder” alegada por la impugnante.

Con respecto a la suspensión en la función y la retención de los medios sueldos, dispuestas por Resolución Ministerial, expresó que la misma no resulta en modo alguno inútil o innecesaria, como manifiesta la actora, pues al disponerla la Administración no hace más que cumplir con lo ordenado por el art. 187 del Decreto N° 500/991, ya que el hecho que se le imputa constituye una falta grave, y en ese caso la norma establece la preceptividad de la medida.

Por último, recordó que el art. 188 del Decreto N° 500/991 prevé la facultad de que el jerarca disponga el pase a desempeñar otras funciones compatibles con el sumario que se instruye, en la misma u otra repartición, lo que según resulta de las actuaciones era obviamente necesario y no constituye limitación alguna a su libertad individual, sin perjuicio de señalar que dentro de sus obligaciones policiales se encuentra el aceptar los destinos que se le asignan, sobre todo cuando resulta estrictamente necesario, como lo es en el presente caso.

En suma, solicitó el rechazo de la demanda incoada.

III) Abierto el juicio a prueba, las partes no produjeron prueba alguna, conforme surge del certificado de probanzas obrante a fs. 39.

IV) Oído el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (Dictamen No. 380/2016 glosado a fs. 41), aconsejó la anulación del acto administrativo encausado.

V) Se citó a las partes para sentencia (fs. 43), la que, previo pasaje a estudio de los Sres. Ministros, se acordó dictar en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I) Que, en la especie, se han cumplido los requisitos establecidos en la Constitución de la República y normas concordantes, para el útil inicio de la presente acción (ex arts. 317 y 319 de la Constitución de la República, arts. 4 y 9 de la Ley 15.869).

II) En obrados, se demanda la nulidad de la Resolución N° 005/14 dictada por el Director del Instituto Nacional de Rehabilitación del Ministerio del Interior con fecha 10 de enero de 2014, por la cual se dispuso clausurar la investigación administrativa en trámite y disponer la instrucción de sumario administrativo a una serie de funcionarios, entre ellos, la accionante Of. Ppal Claudia MELO (fs. 152 A.A.), convalidada por la Resolución del Ministerio del Interior de fecha 18 de agosto de 2014 (fs. 170 A.A.); y la Resolución N° 570/14 dictada por el Director del Instituto Nacional de Rehabilitación con fecha 16 de diciembre de 2014, por la cual se designa a la Agente de 1ª (PA) Dra. Paula ROSSOTTI como instructora de la causa (fs. 189 A.A.).

Ninguno de los actos impugnados fue notificado en forma a la actora, la que tomó conocimiento de los mismos -según sus dichos no controvertidos- el día 12 de enero de 2015, con la notificación del expediente realizada en esa fecha, según surge de fs. 212 A.A.

Contra las resoluciones encausadas, interpuso los correspondientes recursos de revocación y jerárquico, el 6 de febrero de 2015 (fs. 397 A.A.).

Se produjo la denegatoria ficta con fecha 31 de agosto de 2015, al transcurrir el plazo de doscientos días sin resolución expresa de los recursos.

Luego, la demanda de nulidad fue entablada en tiempo útil, el 30 de setiembre de 2015 (nota de cargo a fs. 21 *infolios*).

III) El Tribunal, en decisión arribada por mayoría, coincidirá con lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo y procederá a acoger la pretensión anulatoria actuada, en los contenidos que se explicitarán a continuación.

IV) **Antecedentes.**

Conforme surge de los antecedentes administrativos allegados al proceso, la noche del 31 de diciembre de 2011 se produjeron graves irregularidades en la Unidad N° 4 del Complejo Carcelario “Santiago Vázquez” (COMCAR) con motivo de la celebración de una reunión de fin de año entre el personal penitenciario. Debido al consumo de alcohol, se produjeron hechos contrarios a la disciplina y el decoro policial, incluyendo un presunto caso de abuso sexual contra la Agente de 2ª Noemí MACHADO.

Tomado conocimiento de tales hechos, la aquí compareciente formuló una denuncia verbal al Jefe de la Guardia Externa, Of. Ayte. Alejandro CHAVES, respecto a todo lo acontecido.

El referido Oficial admite haber organizado la fiesta y participado de la misma, considerando las circunstancias reseñadas como “normales”.

Recién en marzo de 2012, la accionante pudo formular su denuncia por escrito en la Coordinadora Ejecutiva del INR (fs. 4 a 5 A.A.).

Con fecha 11 de abril de 2012, el Director del Instituto Nacional de Rehabilitación dispuso una investigación administrativa sobre los hechos denunciados (fs. 24 A.A.).

Luego de instruida dicha investigación, el Instructor Of. Sub Ayte (PT) Dr. Rogelio MARTÍNEZ concluyó respecto a la hoy accionante: *"Finalmente incurre en una falta administrativa grave la Of. Ppal Claudia MELO al haber dado cuenta al mando en forma tardía acerca de los graves hechos irregulares de los que tuvo conocimiento fehaciente, no siguiendo la cadena de mando y postergando para dar cuenta de los mismos hasta el momento en que ella retornó de su licencia anual. Su conducta se encuadra en el art. 27 numeral 4 del reglamento de disciplina nro. 4"*, por lo que recomendó la instrucción de sumario a la actora, así como a los funcionarios MACHADO, CUNHA, CHAVES y DO CARMO (fs. 92 A.A.).

Por Resolución N° 193/12, de fecha 26 de diciembre de 2012, el Director del INR dispuso la ampliación de la investigación administrativa instruida (fs. 124 A.A.).

En informe de fecha 2 de agosto de 2013, el Instructor Dr. MARTÍNEZ mantiene las conclusiones a las que arribó en su informe precedente en materia de responsabilidades (fs. 146 A.A.).

Se produjo informe de la Asesoría Jurídica del INR, suscrito por la Dra. Elba SCOGNAMIGLIO, en el cual se compartieron las conclusiones del instructor (fs. 150 A.A.).

A continuación, se procedió por parte del INR al dictado del primer acto enjuiciado en los presentes obrados, de fecha 10 de enero de 2014, por el cual se dispuso la clausura de la investigación administrativa y la

instrucción de sumario administrativo a la accionante y a los funcionarios MACHADO, CUNHA, CHAVES y DO CARMO (fs. 152 A.A.).

El Ministro del Interior, por resolución de fecha 18 de agosto de 2014, convalidó parcialmente la resolución del INR y dispuso por sí la instrucción de sumario administrativo a los referidos funcionarios (fs. 170 A.A.).

Por último, con fecha 16 de diciembre de 2014, el INR dictó el segundo acto encausado, por el cual designó a la Agente de 1ª (PA) Dra. Paula ROSSOTTI como instructora de la causa (fs. 189 A.A.).

V) **Procesabilidad del acto por el que se ordena la instrucción de sumario administrativo.**

Corresponde señalar, en lo inicial, que existe desde hace varios años un criterio jurisprudencial consolidado de este órgano que, variando su temperamento anterior, ha sostenido que el acto que resuelve la instrucción de un sumario administrativo es procesable en sede contencioso-anulatoria, porque resulta potencialmente lesivo.

En el pasado, el Tribunal sostuvo que el acto que ordena la instrucción de un sumario carece de la nota de definitividad y es un acto ilesivo, por lo tanto, no resulta procesable ante este órgano (Cfme. Sentencia N° 261/1996, publicada en Revista de Derecho Público, No. 15, Montevideo, 1999, págs. 181/182).

Dicha tendencia jurisprudencial fue abandonada más adelante, al influjo de los desarrollos de la moderna doctrina administrativista. A partir de la Sentencia N° 419/2002, comenzó a admitirse que, pese a su carácter de acto preparatorio, porque da inicio al procedimiento donde, en definitiva, tendrá que dilucidarse la responsabilidad del funcionario, el acto

en cuestión puede resultar lesivo de la esfera jurídica del sumariado (A.D.A, T. XI, págs. 139 y siguientes con nota de DE LEMA BLANCO, César: “Sumario Administrativo. Acto inicial: nueva tendencia.”. En doctrina CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “Recursos Administrativos”, FCU, Montevideo, 2008, pág. 158 y en especial la nota al pie No. 107 y FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: “¿Es impugnabile la resolución que dispone un sumario administrativo?”, Revista de Derecho Público, No. 15, Montevideo, 1999, pág. 183).

A vía de ejemplo el Tribunal de lo Contencioso Administrativo sostuvo en Sentencia N° 20/2006: “(...) *el Tribunal en su actual integración, adhiere a la tesis de la procesabilidad del acto administrativo que dispone la instrucción de un sumario en el ámbito disciplinario.*

No solo porque un acto de tal naturaleza puede tener contenidos que excedan el simplemente instrumental, sino también porque no se puede decidir como cuestión formal lo que es en realidad una cuestión de mérito, aunque con ello se resuelva el objeto principal.

Como es de principio, deberán existir motivos que justifiquen razonablemente la medida adoptada, que además deberá ser idónea para lograr el fin legítimo: determinar la responsabilidad del funcionario involucrado, su grado de participación en la comisión de la falta que se le imputa, y en su caso, al eventual aplicación de la sanción correspondiente” (Cfme. Sentencia N° 20/2006, publicada en Anuario de Derecho Administrativo (ADA), T. XIV, pág. 115 y ss.).

Más recientemente, en la Sentencia N° 203/2013, el Colegiado relató esta evolución, en expresiones que también fueron reproducidas en las

sentencias Nos. 213/2013, 219/2013, 334/2014, 352/2015 y, con la actual integración, la Sentencia N° 223/2017.

En suma, no cabe dudar de la procesabilidad del acto residenciado.

VI) Análisis sustancial. Ilegitimidad del acto que dispone la instrucción de sumario a la funcionaria accionante.

El principal agravio de la accionante dice relación con la ausencia de mérito para habilitar el procedimiento disciplinario, al no haberse formulado una incriminación concreta a su respecto en relación a falta o irregularidad imputable.

A juicio de la Sede, en mayoría, el planteo resulta de recibo, en tanto se evidencia a partir de la lectura de las actuaciones que antecedieron al dictado de la resolución impugnada, que no existían motivos sólidos y valederos que justificaran la decisión de instruirle un sumario administrativo a la accionante.

Como se ha dicho en anteriores ocasiones, el juicio del Tribunal en esta etapa se circunscribe a juzgar únicamente si existen elementos de convicción que justifiquen la iniciación de un procedimiento disciplinario.

Debe recordarse y subrayarse que no se trata ahora de valorar si la actora tuvo o no responsabilidad disciplinaria, puesto que ello es objeto del sumario.

En esta instancia, el análisis que se debe hacer consiste en examinar la presencia de elementos que justifiquen la iniciación del procedimiento sumarial y descartar móviles aviesos que tiñan de ilegitimidad el obrar administrativo.

VII) En la especie, en virtud de lo informado por el instructor que llevó adelante la investigación administrativa, se le imputó

prima facie a la actora “una falta administrativa grave”, la cual consistiría en “haber dado cuenta al mando en forma tardía acerca de los graves hechos irregulares de los que tuvo conocimiento fehaciente, no siguiendo la cadena de mando y postergando para dar cuenta de los mismos hasta el momento en que ella retornó de su licencia anual. Su conducta se encuadra en el art. 27 numeral 4 del reglamento de disciplina nro. 4”.

Sin embargo, a juicio de la mayoría de la Corporación, no surgen de la investigación administrativa elementos que lleven a la imputación preliminar realizada en relación a la accionante, a la que se le atribuye una supuesta irregularidad que no constituye falta administrativa.

El art. 183 del Decreto 500/991 dispone: “*El sumario administrativo es el procedimiento tendiente a determinar o comprobar la responsabilidad de los funcionarios imputados de la comisión de falta administrativa (artículo 169) y a su esclarecimiento*”.

Precisamente, en el subexamine, no se avizora la existencia de falta administrativa imputable legítimamente a la funcionaria sumariada, quien fuera denunciante de hechos irregulares acaecidos en el COMCAR.

Como bien señala el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, el único error que habría cometido la actora sería el de denunciar verbalmente los hechos al Jefe de la Guardia Externa, cuando fue este funcionario el organizador de la fiesta y participante de la misma.

Al respecto, huelga indicar que, a la fecha de acaecimiento de los hechos denunciados, no existía un protocolo de actuación en el Ministerio del Interior que indicase la forma de recepción de denuncias sobre este tipo de hechos, o la determinación de un plazo para formularlas.

En consecuencia, si no había plazo fijado para formular la denuncia, y si tampoco estaba prevista la obligatoriedad de realizar la denuncia por escrito, entonces no puede imputarse válidamente a la actora, ni siquiera en forma preliminar, la atribuida “*negligencia o mala voluntad manifiesta*” en su denuncia (art. 27, núm. 4º, del Decreto N° 644/971), por el mero hecho de haberla formulado sin observar determinadas formalidades o tiempos no reglados.

Por tanto, la decisión de tramitar un sumario administrativo a la accionante, fundándose en una supuesta falta a sus deberes funcionales que en realidad no existe, deviene francamente ilegítima, por inexistencia de motivos valederos para disponer el sumario a la actora.

En suma, no existen elementos de convicción que justifiquen la iniciación de un procedimiento disciplinario en relación a la promotora.

VIII) De acuerdo a lo expuesto, resulta ilegítima la decisión de la Administración de disponer la instrucción de sumario a la promotora, así como también la de acompañar la medida con la suspensión preventiva de la funcionaria y la retención de los medios sueldos.

Tal como enseña CAJARVILLE: “*Presupuesto del dictado de un acto administrativo es el concreto acaecimiento del supuesto de hecho al cual aquella norma atributiva de competencia imputa abstractamente, como consecuencia jurídica, el dictado del acto de que se trate (...) En cuanto a la apreciación de la existencia o inexistencia en si misma de los hechos y su valoración jurídica (legitimidad o ilegitimidad), la Administración no goza de ninguna discrecionalidad. Si los hechos operantes como supuesto normativo, o motivos del acto administrativo, no existen o no son como la Administración pretende, el acto estará viciado*”

por inexistencia de los motivos” (Cfme. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo; “*Sobre Derecho Administrativo*”, Tomo II, FCU, 3ª Edición, 2012, págs. 32-33).

En particular, debe destacarse la flagrante antijuricidad ínsita en el hecho de suspender preventivamente a una funcionaria y retenerle los medios sueldos, sin que existieran elementos en el expediente que pudieran hacerla merecedora de ninguna imputación de falta administrativa, habiéndose motivado el acto en presuntas irregularidades que no constituyen infracción.

IX) Por otro lado, cabe señalar que el agravio de la actora, relativo a la falta de motivación del acto impugnado, no puede ser recibido.

Para la mayoría del Tribunal, a excepción del Ministro redactor, la motivación del acto administrativo puede resultar acreditada en cualquiera de los dos momentos que integran o pueden integrar la forma del acto, esto es, en el proceso de formación o en el de expresión de la voluntad de la Administración.

Y en la especie, de las resultancias de la investigación administrativa, surgen los motivos en que se funda la decisión de instruir sumario a la accionante.

Por su parte, para el Ministro redactor, no es suficiente con la remisión genérica a los antecedentes administrativos para buscar la motivación del acto adoptado por la Administración, pero de todos modos ello no es relevante en el caso de obrados, pues la resolución atacada contiene en su Resultando III) una exposición suficiente del fundamento

por el cual se entiende que la accionante habría incurrido en falta administrativa que justificaría la instrucción de sumario a su respecto.

Si bien se estima, conforme a lo expuesto, que los motivos expuestos por la Administración no son válidos para resolver instruirle un sumario a la funcionaria accionante, no puede hablarse en el caso de falta de motivación.

En consecuencia, resulta de rechazo el agravio vinculado a la ausencia de motivación.

X) Por otra parte, la accionante no ha producido prueba en el presente expediente que permita demostrar la existencia de desviación de poder en el dictado de la resolución impugnada, extremo que también fuera objeto de agravio en la demanda.

Enseña CAJARVILLE que la desviación de poder se presenta “(...) siempre que el fin querido por la “voluntad” de la Administración, apreciada subjetivamente, no coincida con el “fin debido” impuesto por las reglas de derecho” (Cfme. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “Sobre actos administrativos” en “Sobre Derecho Administrativo”, T. II, FCU, Montevideo, 2008, pág. 78).

Por su parte, ROTONDO expresa que la desviación de poder se perfila cuando el fin querido por el órgano emisor del acto, se aparta del fin de interés general debido, según las normas atributivas de competencia (Cfme. ROTONDO, Felipe: “Las causales en el Contencioso Administrativo de Anulación” en Temas de Derecho Administrativo, Editorial Universidad Ltda. Montevideo, s/f, pág. 21).

En la emergencia, no se ha rendido prueba alguna que demuestre la desviación de poder denunciada.

Y por más que el acto carezca de motivo válido, lo cual en ocasiones viene emparentado con hipótesis de desviación de poder (Cfme. ARTECONA GULLA, Daniel: *“Discrecionalidad y desviación de poder. Necesidad y conveniencia de la consagración legal de potestades discrecionales a favor de la Administración”* en Revista de la Facultad de Derecho N° 30, Enero-Junio 2011, FCU, pág. 54), en el presente caso no puede recibirse dicho agravio, justamente en virtud de la omisión probatoria señalada.

En definitiva, corresponde acoger la demanda promovida contra el primero de los actos impugnados, en virtud de la ausencia de motivos válidos para disponer la instrucción de sumario en relación a la accionante.

XI) Anulación parcial del acto por el cual se designa a la instructora sumariante, por efecto de la “nulidad en cascada”.

En relación a la segunda resolución impugnada, mediante la cual se designó como instructora de la causa sumarial a la Dra. Paula ROSSOTTI, emerge de la lectura de la demanda promovida por la accionante que el único agravio expuesto contra este acto es el relativo a la falta de motivación.

En lo que respecta a dicho agravio, cabe señalar que el mismo no resulta de recibo, pues en el cuerpo de la resolución se introducen los fundamentos por los cuales corresponde, en ese estado del procedimiento, la designación de la instructora sumariante.

No obstante lo cual, huelga indicar que al caer el acto que ordenó la instrucción de sumario administrativo en relación a la actora, es claro que el segundo acto, por el que se designa a la instructora sumariante que debe

actuar en ese procedimiento, también cae (únicamente en lo que respecta a la funcionaria accionante) por efecto de la “nulidad en cascada”.

En efecto, en virtud de la anulación parcial del primer acto atacado, la promotora ya no formará parte del procedimiento disciplinario, por lo que corresponde también anular parcialmente la designación de la instructora sumariante para actuar en el procedimiento seguido a la actora.

XII) Por último, resta señalar que no pueden recibirse los agravios finales de la actora, que apuntan a situaciones ajenas a los actos encausados, como ser la negativa al acceso al expediente durante el sumario, la presunta violación de los plazos para la instrucción del sumario, o la imposibilidad de presentar útilmente su renuncia por el hecho de estar sometida al procedimiento disciplinario, pues tales cuestiones refieren a aspectos que no integran el objeto del proceso.

En definitiva, por los fundamentos expuestos, atento a lo dispuesto en los arts. 309 y 310 de la Constitución de la República, el Tribunal, en mayoría,

FALLA:

Acógrese la demanda anulatoria entablada y, en su mérito, anúlense parcialmente las resoluciones impugnadas, únicamente en lo que respecta al sumario administrativo instruido a la actora.

Sin sanción procesal específica.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios profesionales del abogado de la parte actora en la suma de \$28.000 (pesos uruguayos veintiocho mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

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

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).

Discordia del Dr. Gómez Tedeschi. **DISCORDE**: *Considero que corresponde desestimar la demanda y confirmar el acto atacado.*

A la actora se le atribuye falta administrativa en virtud de haber dado cuenta, en forma tardía, de la ocurrencia de graves hechos irregulares de los que tuvo conocimiento fehaciente, no siguiendo la cadena de mandos y postergando aquella dada cuenta hasta el momento en que ella retornó de su licencia anual. El informante estima que su conducta encuadra en el artículo 27, numeral 4, del reglamento de disciplina N° 4.

Esto es, el acto resistido se encuentra suficientemente motivado, en tanto obran en autos razones que justifican la medida adoptada.

*La circunstancia alegada por la actora en cuanto a que fue ajena a los gravísimos hechos denunciados: **festejos en oportunidad de las fiestas tradicionales con abundante ingesta alcohólica y actividad sexual grupal en el personal del COMCAR, durante el servicio**, no enervan la decisión adoptada, resultando irrelevantes.*

*La irregularidad que se le atribuye a la accionante es el de haber efectuado la denuncia con sensible retraso; esto es, **haber omitido denunciar en tiempo y forma**.*

A mi juicio, resulta insostenible la postura de la actora en tanto y en cuanto, ante la índole de los sucesos acaecidos, haya aguardado volver de su licencia anual reglamentaria para formular la denuncia del caso.

Tal desidia justifica ampliamente la instrucción del sumario dispuesto.

En efecto. El precitado artículo 27, numeral 4, del reglamento de disciplina establece que: “....Se consideran faltas contra la disciplina el incumplimiento de las leyes, decretos, órdenes, instrucciones, etc., de carácter policial que no constituyen delitos conforme a la ley penal en esta materia.

En consecuencia se consideran en términos generales como faltas contra la disciplina: (...) 4) La negligencia en todas sus formas y la mala voluntad manifiesta, omitiendo hechos, procedimientos y novedades ocurridas en el servicio.....”.

Basta confrontar lo transcripto y lo actuado por la actora para advertir, sin esfuerzo, que el acto resistido resulta ajustado a derecho.

Lo que aquí se discute, a mi juicio, es cosa distinta a lo sostenido por el Sr. Procurador del Estado, esto es, el thema decidendum está circunscripto a determinar si existen elementos de juicio suficientes que justifiquen, razonablemente, la medida adoptada, esto es, la instrucción de sumario a la accionante.

En el curso del sumario es que corresponde discernir si, en definitiva, el comportamiento de la funcionaria se ajustó a sus deberes funcionales o si fue omisa o reticente en el cumplimiento de ellos.

No comparto en absoluto la postura de la Mayoría en lo que hace a las consideraciones que se emiten en torno a la exigencia de un protocolo de actuación.

Primero, no es necesario un protocolo de actuación para que un administrado, y, en el caso aún sometido a jerarquía policial, proceda de

acuerdo a sus deberes funcionales y, sobre todo, conforme al sentido común.

Y segundo, a mi juicio y por ello me ha apartado de la solución mayoritaria de la Sede, reiteradamente, he sostenido que las carencias, lagunas, etc. de la vastísima normativa administrativa patria, no pueden constituir el pretexto para disimular comportamientos funcionales que decididamente dañan la imagen de la Administración.