

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 2 de abril de 2019.

No. 152

VISTOS :

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “GUTIÉRREZ RIVERA, DANIEL con FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Acción de nulidad” (Ficha No. 338/2017).

RESULTANDO :

I) Que con fecha 24/05/2017, a fs. 2, compareció el accionante, entablado demanda anulatoria contra la Resolución N.º 502/2016 dictada por el Sr. Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, de fecha 25 de julio de 2016, mediante la cual se dispuso el traslado del Dr. Daniel Gutiérrez Rivera de la Fiscalía Nacional en lo Civil de 3er. Turno a la Fiscalía Nacional de Violencia Doméstica de 1er. Turno.

El accionante se agravia, porque sin haberlo solicitado, sin siquiera habersele comunicado personalmente o por vía telefónica o electrónica, tras el retorno de una licencia, le fue notificado el decisorio enjuiciado.

Indicó que, por imperio legal, su situación estatutaria era peculiar, dado que, por ser el Fiscal más antiguo, era llamado a suplir al Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación. Dicho extremo llevó a postular a la administración accionada, en ocasión del traslado del Dr. PERCIVALE de Crimen Organizado a Civil, que las sedes civiles tienen una especie de supraordenación respecto de las restantes.

Puntualizó que al decidirse su traslado el jerarca emisor del acto resistido, debió expresar en la parte expositiva del acto administrativo fundamentos sólidos y convincentes que no dieran lugar a conjeturas

maliciosas sobre el designio perseguido; habiéndose afirmado en la comunidad de operadores judiciales, sin probanza alguna, que el motivo del traslado fue procurar mi apartamiento de una Sede con aptitud subrogatoria.

Añadió que el ex Ministro de Educación y Cultura, Dr. Leonardo GUZMÁN levantó esa interpretación en un editorial del matutino El País, después de expedido el acto administrativo impugnado.

Expuso que la resolución procesada es el paradigma del acto inmotivado, sólo apela a la invocación abstracta de las razones de servicio; una decisión que no viene acompañada de sus fundamentos de hecho y de derecho, en medio de esas circunstancias fácticas.

Recalcó que no se sabe por qué se resolvió su alejamiento de la Fiscalía Civil de 3er. Turno. No lo dice el acto, incluso afirma erróneamente que el traslado fue solicitado por un funcionario.

Destacó que se ha expuesto, en defensa de la decisión objetada, que el traslado dispuesto fue horizontal (entre cargos de análoga jerarquía) que no menguó los estipendios y que el jerarca tiene poderes discrecionales para trasladar a sus subordinados.

Respondió a ello que no le conmueve la fundamentación precedente, y que todo cuanto decide el administrador en un Estado de Derecho debe hacerse dentro de los carriles de la fundamentación extendida.

Afirmó que la exigencia de fundar adecuadamente, todas las decisiones por parte de los poderes públicos, está recogida en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 123 del Decreto N° 500/991.

En conclusión, la Administración no acompañó al decisorio los motivos de hecho y de Derecho que la animaban, ello acarrea un triple efecto negativo:

- (a) menoscaba el derecho de defensa de quien pretende demostrar su inconsistencia;
- (b) desconoce un principio de buena administración;
- (c) al ignorar el Tribunal de lo Contencioso Administrativo los motivos que animaron al administrador, estará impedido de ejercer su ministerio fiscalizador del accionar administrativo.

En definitiva, solicitó la anulación del acto impugnado.

II) Conferido el correspondiente traslado compareció, con fecha 17/7/2017 a fs. 13, en representación de la demandada, la Dra. Gianella Clerici, contestando la demanda y oponiéndose a la acción impetrada.

Controvirtió lo dicho por el accionante cuando argumentó una supuesta falta de motivación del acto impugnado.

Agregó que el acto dictado, encuentra motivos reales que lo sustentan, y responden a razones de servicio, dentro del ejercicio del derecho objetivo; siendo que el Administrador se encuentra siempre enfrentado a elegir entre las varias opciones posibles, aquella que mejor tutele los intereses confiados a su gestión.

Expresó que el traslado resuelto no se encuentra circunscripto a la función del actor, sino que se extiende a quince movimientos de funcionarios públicos sometidos a estatutos jurídicos y obligados a ejercer la función pública en la forma que determine la organización, conforme está admitido pacíficamente por la mejor doctrina.

Sostuvo que el traslado de los funcionarios emerge de una competencia inherente al jerarca del servicio, quien asigna los destinos según los requerimientos de este, siempre que no supongan un perjuicio en la carrera de los Fiscales, ya sea en el orden funcional o económico. Este extremo es ajeno al accionante.

Indicó que existe una motivación más que plausible para la decisión que tomó la Dirección General de la Fiscalía General de la Nación, que fue la reorganización de las Fiscalías con competencia nacional, de acuerdo a los preceptos incluidos en la Ley N° 19.334.

Manifestó que allí donde existe ejercicio recto de la facultad del jerarca, no podrá haber ilegitimidad alguna.

Concluyó expresando que niegan, rechazan, controvierten todas las alegaciones, aseveraciones y dichos de la acción, que contraviene la palmaria realidad de una determinación administrativa conforme a derecho.

En definitiva, solicitó se dicte Sentencia manteniéndose el acto en causa.

III) Abierto el juicio a prueba, se produjo la que obra certificada a fs. 38.

IV) Alegaron las partes por su orden. La actora lo hizo a fs. 41 y ss., y la demandada a fs. 46.

V) Se confirió vista al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo quien produjo el Dictamen N° 337/2018, a fs. 49, aconsejando amparar la demanda interpuesta y en su mérito, anular el acto administrativo.

VI) Se citó para sentencia, girando los autos a estudio de los Sres. Ministros, quienes acordaron su dictado en forma legal.

CONSIDERANDO :

I) Que en la especie se han acreditado los extremos legales habituales requeridos por la normativa vigente (arts. 4 y 9 de la Ley 15.869), para el correcto accionamiento de la nulidad.

II) En obrados se demanda la nulidad de la Resolución N° 502/2016 de fecha 25 de julio de 2016, dictada por el Sr. Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación por la cual dispuso el traslado del Dr. Daniel GUTIÉRREZ RIVERA de la Fiscalía Nacional en lo Civil de 3er. Turno a la Fiscalía Nacional de Violencia Doméstica de 1er. Turno.

La Administración incumplió su deber de incorporar la resolución que se procesa en autos, por lo que se estará a lo dispuesto en la presunción establecida en el artículo 65 del Decreto Ley N° 15.524, dando por ciertas las afirmaciones del actor, que no resulten controvertidas por otros elementos de juicio.

Contra dicho acto, notificado personalmente con fecha 26 de julio de 2016 según afirmaciones del actor, no controvertidos por la demandada, interpuso éste, el día 03 de agosto de 2016, los recursos de revocación y anulación en forma conjunta y subsidiaria (fs. 5 a 7 en negro de los A.A.).

Con fecha 30 de diciembre de 2016, el Director General de la Fiscalía General de la Nación no hizo lugar al recurso de revocación interpuesto (fs. 15 y 16 A.A.). El acto conclusivo de la vía administrativa fue desestimado en forma expresa mediante Resolución N° 321/2017, de fecha 04 de mayo de 2017 dictada por la Ministra de Educación y Cultura, en ejercicio de Atribuciones delegadas (fs. 41 de los A.A), notificado al actor el día 10 de mayo de 2017 (fs. 44 de los A.A.).

Finalmente, la demanda de nulidad fue introducida en tiempo y forma, con fecha 24 de mayo de 2017 (nota de cargo de fs. 7).

III) El Tribunal, ya ha tenido oportunidad de expedirse en cuestión jurídicamente análoga a la ventilada en estos obrados en Sentencia No. 530/2018, y no existiendo razones para modificar su postura, la mantendrá. De este modo, por unanimidad de sus miembros integrantes, compartirá lo dictaminado por la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo y se pronunciará por acoger la demanda incoada, de acuerdo a los fundamentos que se desarrollan en los siguientes numerales.

IV) De forma previa al análisis de mérito de la pretensión deducida por el actor, conviene, habida cuenta de una serie de consideraciones planteadas por el promotor en su libelo introductorio, delimitar el objeto del presente proceso.

El accionante expresó en su demanda que el acto administrativo impugnado, es el paradigma del acto inmotivado, sólo apela a la invocación abstracta de las razones de servicio; una decisión que no viene acompañada de sus fundamentos de hecho y de derecho, en medio de esas circunstancias fácticas; en tanto no se sabe por qué se resolvió su alejamiento de la Fiscalía Civil de 3er. Turno.

Alegó que, *“En la pequeña comunidad de operadores judiciales se afirmó, sin probanza alguna ciertamente, que el motivo inconfesado que animó a la expedición del acto encausado no era la satisfacción del interés público sino procurar mi apartamiento de una Sede con aptitud subrogatoria”* (fs. 2 vto.); y añadió que *“... el ex Ministro de Educación y Cultura, Dr. Leonardo GUZMÁN levantó esa interpretación en un*

editorial del matutino El País, aparecido días después de expedido el acto administrativo impugnado”. (fs. 2 vto. y 3 infolios).

Lo anotado por el actor extralimita el marco de este proceso, y refiere, en puridad, a otras situaciones, cuyo cauce y pronunciamiento no corresponden en esta instancia.

El objeto de este proceso está dado por el análisis de juridicidad de la Resolución 502/2016, en el marco de sus antecedentes y de su dictado.

Ingresar al estudio de cuestiones que han fenecido o que eventualmente se podrán dilucidar en otros procesos, supondría un exceso del ejercicio de la función jurisdiccional que este Tribunal ostenta por expreso mandato del Constituyente.

V) Sobre la motivación del acto impugnado.

Como se manifestó ut supra, la accionada incumplió con una de las cargas que la ley pone en cabeza de la parte demandada en el proceso contencioso-anulatorio, como es la de agregar la resolución que se procesa en autos, y tal inobservancia, en la especie, es la que sella su suerte.

El art. 63, inciso primero, del Decreto-ley No. 15.524 establece que la entidad estatal demandada, dentro del término para contestar la demanda, remitirá los antecedentes administrativos. Éstos deberán contener la documentación que detalla el art. 64 de la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, entre ellos el texto del acto impugnado.

En el caso a estudio, los antecedentes agregados refieren exclusivamente a la impugnación administrativa movilizada, pero no a las circunstancias que determinaron el dictado de la volición que se resiste; siendo que la oportunidad procesal para allegar el mismo precluyó, al haberse dictado la providencia que declaró conclusa la causa.

La consecuencia que tiene la omisión de incorporar los antecedentes en forma, es que opera la presunción establecida en el art. 65 del Decreto-Ley No. 15.524. Si la parte demandada omite incorporar los antecedentes administrativos, este órgano jurisdiccional queda facultado para dar por ciertas las afirmaciones del actor que no resulten contradichas por otros elementos del juicio.

Agregar los antecedentes administrativos en forma, es una carga que pesa sobre la parte demandada. Como enseña COUTURE, la carga implica la imposición de un vínculo en interés del propio litigante. Quien no se desembaraza de la carga que pesa sobre sí, corre el riesgo de sufrir las consecuencias gravosas previstas por el ordenamiento para esa omisión (Cf. COUTURE, Eduardo J: “Fundamentos de Derecho Procesal Civil”, Depalma, Buenos Aires, 1958, págs. 211-213, en jurisprudencia, por todas, véanse las Sentencias Nos. 259 de 25.5.1998 y 710 de 12.11.2001).

En el caso, la consecuencia de omisión de la accionada, de desembarazarse de la carga que pesaba sobre sí, es que el Tribunal quede habilitado a aplicar la presunción prevista en el art. 65 del Decreto-ley No. 15.524 y, en su mérito, anule el acto impugnado tomando en cuenta los dichos del actor no contradichos por los otros elementos de juicio disponibles.

En el presente caso, tal presunción milita, con toda su fuerza a favor del actor, pues de estos obrados no surgen elementos aptos para desvirtuar las afirmaciones del actor. Por esa razón la Corporación, da por ciertos los dichos del promotor, y, en su mérito, amparará la pretensión anulatoria movilizada.

En definitiva, la suerte de la Administración está sellada, en el presente caso, por su propia omisión. Fue su propio incumplimiento con la carga procesal que pesaba sobre sí, la que perjudicó sus intereses.

La pasividad de la accionada, hace que operen las consecuencias -presunciones legales- que benefician a la actora y que, en este caso, determinan el amparo de la pretensión anulatoria.

VI) Ahora bien, y sin perjuicio de lo anterior, el accionante esgrimió como agravio la ausencia de motivación del acto en proceso, decisión que no viene acompañada de sus fundamentos de hecho y de derecho, en medio de esas circunstancias fácticas; en tanto no se sabe por qué se resolvió su alejamiento de la Fiscalía Civil de 3er. Turno.

Por su parte, la Administración abogó por la legitimidad de la resolución, y sostuvo, en lo central, que el traslado del actor se extiende a quince movimientos de funcionarios públicos sometidos a estatuto jurídico, y que la motivación fue la reorganización de las Fiscalías con competencia nacional, de acuerdo a los preceptos incluidos en la Ley N° 19.334 (fs. 13 vto. infolios).

Entiende el Tribunal que le asiste razón al actor.

Para fundamentar dicho extremo, alcanza con invocar lo manifestado por el Cuerpo en Sentencia 530/2018, que sobre el punto dijo:

“En términos generales, y en lo que hace a la resolución del presente, importa resaltar que la adecuada delimitación de la obligación de la Administración de motivar los actos administrativos, si bien se nutre de las enseñanzas de la dogmática nacional e internacional, debe realizarse caso a caso, tomando en especial consideración el contenido del acto en concreto y la situación jurídica subjetiva de quien dice estar

legitimado para contender por la anulación. En este análisis, no se trata tan solo de determinar si el actor es titular de un derecho subjetivo o de un interés que revista las notas de directo, personal y legítimo, sino que se trata, también, de estudiar en profundidad la verdadera posición que el sujeto ostenta frente a la “Regla de Derecho” que alega ha sido violada.

La adecuada motivación de un acto administrativo no puede concebirse, a los efectos de una decisión jurisdiccional, en abstracto, es decir, sin tomar en cuenta el cúmulo de derechos, intereses y legítimas expectativas que hacen a la situación jurídica concreta de quien comparece y solicita la anulación de un acto administrativo por ser ilegítimo.

Naturalmente, y como contrapartida, tampoco podrá soslayarse la posición que la Administración tiene frente a la norma que le confiere una potestad, máxime cuando el interés que protege es el público y general.

En la hipótesis a estudio, asiste razón a la Administración demandada cuando afirma que el traslado del actor lo fue en ejercicio de una potestad discrecional, propia de la órbita operativa de la Fiscalía General de la Nación. Sin embargo, y como es puesto de relieve por el compareciente y lo admite en forma casi unánime la doctrina, la discrecionalidad administrativa no es equivalente a la arbitrariedad.

Enseñaba Sayagués Laso que “La discrecionalidad de que disponen los órganos de la Administración no significa arbitrariedad. Al ejercer potestades discrecionales la Administración no puede decidirse caprichosamente, porque en definitiva, la discrecionalidad es sólo la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa dentro de ciertos límites.” (SAYAGUÉS LASO,

Enrique: “*Tratado de Derecho Administrativo*”, T. I, Montevideo, 1998, p. 338).

En consecuencia, el ejercicio de una facultad discrecional pone en cabeza de la Administración la obligación de fundar en forma suficiente, adecuada y razonable su decisión, puesto que la expresión de los motivos que dan lugar al acto constituye, por un lado, la medida de su legitimidad y, por otro, la posibilidad del administrado de comprender, a cabalidad, el porqué del acto que introduce una modificación en su esfera subjetiva.

En consonancia con lo expuesto, Cassagne expresa que:

*En las decisiones o elementos discrecionales de los actos que dicta la Administración la obligatoriedad de la motivación obedece a dos razones fundamentales. La primera, como señala FERNÁNDEZ, permite deslindar la discrecionalidad de la arbitrariedad, ya que al no haber motivación el acto administrativo aparece, en el mundo jurídico, “como un producto de la sola y exclusiva voluntad del órgano que lo dicta, lo que resulta incompatible con el Estado de Derecho.” **La segunda razón tiene que ver con la tutela judicial efectiva (...), pues si el acto no se encuentra motivado, el particular se halla impedido de ejercer las facultades que integran el llamado debido proceso adjetivo (derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada) (...).***

En rigor, la motivación de las decisiones discrecionales es una garantía que hace al cumplimiento de los fines de interés público que persigue la Administración que deben exteriorizarse al momento de emitirse el acto administrativo.” (Cassagne, J.C., “El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa”,

Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, ps. 204 y 205) (El resaltado no pertenece al original).

Cierto es que el Tribunal no puede subrogarse en el ejercicio de la función administrativa que ejerce la Fiscalía General de la Nación, y apreciar, a tal fin, cómo tendrían que distribuirse los recursos humanos para que el servicio pudiera cumplir con sus cometidos; de lo contrario, se estaría violando un principio tan caro como lo es de la separación de poderes, base fundamental de la forma republicana de gobierno. Empero, ello no implica que el Tribunal no pueda valorar si la motivación del acto es o no ajustada a Derecho, en tanto tal aspecto ya no versa sobre la oportunidad o conveniencia del dictado del acto, sino, estrictamente, sobre su legitimidad.

Es que además, para que el control jurisdiccional proceda, no es necesario que el vicio que afecta de nulidad al acto aparezca de forma manifiesta. La revisión ha de ser amplia y comprender tanto el análisis de las cuestiones jurídicas o de derecho, como el de las entrañas de los hechos, lo que impone, en el caso, analizar la situación funcional específica del actor (Cfe. Cassagne, J.C., op. cit., p. 210).” (Cfme. Sentencia N° 508/2018).

VI.I) Por último, el argumento de la demandada de que la motivación es suficiente porque el traslado se realizó en el marco de quince movimientos de funcionarios públicos sometidos a estatuto jurídico, tampoco es de recibo.

Convocando nuevamente a la multicitada Sentencia 530/2018, el Cuerpo argumentó al respecto, siendo enteramente aplicable al caso, que:

“El Dr. Juan Pedro Tobía, en una brillante discordia a la sentencia N° 422/2015, expresó: “El contenido múltiple del acto administrativo no constituye ilustración válida de las circunstancias de hecho y razones de derecho que orientaron el traslado de la reclamante. Y ello, habida cuenta que el movimiento de otros magistrados se realiza, por economía de trámites (procedimental) de parte del órgano Jerarca del Poder Judicial, pero ello no conforma el basamento justificante de la voluntad administrativa en relación a la circunstancia particular de la actora.”

Por ello, la Administración debió tomar en cuenta todas las incógnitas de la ecuación al disponer el traslado: carrera y formación del funcionario, lesividad del acto dictado, para, posteriormente, motivar adecuadamente el acto administrativo, no siendo suficiente la fórmula genérica empleada. Porque tal como lo afirma Marienhoff: “Mientras mayor sea la potestad atribuida a una autoridad, mayor debe ser el celo de ésta por demostrar que en el ejercicio de su poder legal obró correctamente, y que el acto emitido se adecúa a los respectivos antecedentes de hecho y de derecho.”(Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, T. II, p.332).”

En definitiva, a juicio del Tribunal procede acoger la demanda impetrada, y anular el acto impugnado.

Por los fundamentos preanunciados, los arts. 309 y 310 de la Constitución de la República, el Tribunal, por unanimidad,

FALLA:

Acógese la demanda incoada, y en su mérito, anúlase el acto administrativo impugnado.

Sin especial condenación procesal.

A los efectos fiscales, fijanse los honorarios profesionales del abogado de la parte actora en la suma de \$33.000 (pesos uruguayos treinta y tres mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

Dr. Corujo, Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Echeveste (r.), Dr. Vázquez Cruz,
Dra. Klett.

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).