

## **DECRETERO DE SENTENCIAS**

//tevideo, 19 de mayo de 2016.

No. 291

### **VISTOS :**

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “SANGURGO SÁNCHEZ, YOLANDA con ESTADO. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Acción de Nulidad” (Ficha No. 30/14).

### **RESULTANDO :**

I) Que, con fecha 11/2/2014, compareció la promotora a demandar la anulación de la resolución No. 218/2013 de fecha 27/6/2013 dictada por la Dirección General de Casinos, mediante la cual resolvió integrar la Unidad Notarial con la actora a partir del 3/7/2013 (fs. 14/15 A.A. en 47 fojas).

Señaló que el acto administrativo cuestionado fue dictado con desviación de poder, debido a la existencia de una política persecutoria impulsada por la máxima autoridad de la Dirección General de Casinos. Ello, asimismo, se advierte ante la política de desmantelamiento del Área Jurídica -donde cumplía funciones la reclamante- y el traslado de la actora dispuesto como medida disciplinaria.

En tal sentido, señaló que se ha visto inmersa en un enfrentamiento con el actual Director General de Casinos, Sr. Javier CHÁ y con su antecesor, Sr. Fernando NOPITSCH; simplemente por cumplir con su deber fue reprimida, amenazada y sancionada.

Indicó que, en el ejercicio de sus funciones, al solicitarse la intervención en la redacción de ciertos contratos detectó una serie de irregularidades que fueron puestas -como era debido- en conocimiento del

jerarca al amparo de lo consignado en el Manual de Organización de Funciones (art. 1.7) y el art. 175 del Decreto No. 500/991. Pese a ello, como respuesta a su denuncia, recibió agravios, amenazas y ofensas proferidas por el Director General de Casinos, lo que determinó un claro designio persecutorio.

Precisó que, a su respecto, la persecución gestada implicó una súbita rebaja en sus calificaciones, la imposición de una sanción de suspensión por 30 días (anulada por el Tribunal en Sentencia No. 711/2013) y, finalmente, el traslado descendente a un área no técnica.

Afirmó que el Director General de Casinos, entre las amenazas proferidas, prometió la imposición de sanciones, lo que se concretó a través del traslado dispuesto por el acto administrativo cuestionado, en violación del art. 959 del TOFUP (2010).

Expresó que la medida de traslado no respetó la posición jerárquica del cargo presupuestal del cual es titular desde hace más de 15 años –Sub-Gerente de Área-, atentándose contra su derecho a la carrera administrativa. Al trasladársela a la Unidad Notarial desde la Asesoría Letrada, se la desplazó a una dependencia de menor jerarquía, lo cual representó un descenso vertical en el Organigrama de la Dirección General de Casinos.

Alegó que con la decisión administrativa, perdió muchas de las actividades que desarrolló durante veinte años; dejó de tener personal a cargo bajo su supervisión técnica y administrativa, dejó de realizar tareas de asesoramiento a los Gerentes y funcionarios de los Casinos y Salas de Esparcimiento y demás dependencias del Organismo.

En el actual contexto funcional, sostuvo que ni siquiera tiene un funcionario administrativo a su cargo que cumpla tareas administrativas. El único personal administrativo que tiene la Unidad es una funcionaria que,

en forma residual, cuando puede, colabora con la actividad de la Unidad pero pertenece a la Gerencia del Área de Administración General.

Manifestó que el acto impugnado carece de fundamentación ya que en ningún momento se especifica porqué dejó de formar parte de la Asesoría Letrada (ex Área Jurídica) a la que perteneció durante 30 años. Esta obligación de motivar, en los hechos, se acrecentaba no solamente por la discrecionalidad de la potestad atribuida sino por los antecedentes inmediatos ofensivos a su situación funcional.

Adicionalmente, destacó que la Administración al resolver el recurso de revocación pretendió brindar explicaciones que encartan en un supuesto de motivación *ex post facto*, inidónea para subsanar el vicio de la resolución impugnada. Máxime cuando la realidad funcional indica que la Unidad a la que fue trasladada no tiene la jerarquía de un Área y que se la desplazó con el fin de rebajarla de categoría.

Puntualizó una serie de irregularidades en la resolución de los recursos administrativos. Así, explicó que la resolución del recurso de revocación no fue precedida de un dictamen jurídico previo, evidenciando la animosidad existente a su respecto.

Por otra parte, señaló la inusual celeridad con la que culminó el procedimiento recursivo, lo que habilita verosímilmente a concluir que todo el asunto se encontraba resuelto de antemano.

Por último, consideró que el acto encausado lesiona su derecho subjetivo a la carrera administrativa, a la estabilidad en el cargo, a su independencia técnica y al honor y prestigio del que es merecedora.

En definitiva, solicitó la anulación del acto administrativo impugnado.

II) Conferido traslado de la demanda, la Administración lo evacuó a fs. 125/130 vta., bregando por su rechazo en base a los siguientes fundamentos.

Indicó que surge claramente de los antecedentes administrativos que con anterioridad al traslado de la actora, la Administración había procedido a reestructurar los servicios y, entre ellos, había creado la Unidad Notarial.

Precisamente, considerando que la finalidad principal de esa nueva repartición es la prestación de servicios notariales, fue que el Jearca dispuso el traslado de la reclamante a la Unidad Notarial.

Expresó que el acto resistido no produjo lesión alguna a los derechos funcionales de la actora. Como consecuencia de las reestructuras organizativas dispuestas, ya no existía el Área Jurídica y, por ende, la actora no puede aspirar estar al frente de una repartición que en la actualidad no existe.

Tampoco como consecuencia del obrar administrativo la pretensora registró una disminución de sus ingresos retributivos, manteniendo su cargo, escalafón y grado.

Alegó que resulta razonable que la reclamante como Escribana de mayor cargo en el Organismo pasara a desempeñarse al frente de la mentada Unidad Notarial. Asimismo, destacó que no puede ser objeto de agravio que la actora tenga menos personal a cargo ya que eso dependerá de las necesidades del servicio.

En cuanto al espacio físico asignado a la Unidad Notarial expresó que se asignó el disponible a ese momento; este problema se solucionará con las nuevas instalaciones a las que se mudarán las dependencias del Organismo.

Afirmó que, en el caso, no se configura desviación, abuso o exceso de poder. Desde el momento en que existe una necesidad del servicio, que precede al acto enjuiciado y que no hay dudas que la accionante es la más capacitada a tal efecto, resulta acertado su traslado.

En tal sentido, descartó que los enfrentamientos a los que alude la actora hayan sido la causa del traslado (medida que no puede categorizarse como “sanción”).

Por último, alegó que el acto se encuentra correctamente motivado y ello ha sido puesto de manifiesto por la Administración al resolver los recursos administrativos.

En suma, solicitó la confirmación del acto administrativo resistido.

III) Abierto el juicio a prueba (fs. 132), se produjo la que obra certificada a fs. 246 y alegaron las partes por su orden (la actora a fs. 249/264 vta. y la demandada a fs. 267/273 vta.).

IV) Oído el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (Dictamen No. 219/15 glosado a fs. 276/277 vta.), aconsejó la anulación del acto administrativo cuestionado.

V) Se citó a las partes para sentencia (fs. 279), la que, previo pasaje a estudio de los Sres. Ministros, se acordó su dictado 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 autos se promueve la anulación de la resolución No. 218/2013 de fecha 27/6/2013 dictada por la Dirección General de

Casinos, mediante la cual resolvió integrar la Unidad Notarial con la actora a partir del 3/7/2013 (fs. 14/15 A.A. en 47 fojas).

III) Que, las alegaciones de las partes surgen suficientemente explicitadas en el Capítulo de RESULTANDOS, al cual habrá de remitirse la Corporación en aras de la brevedad.

IV) Que el Tribunal por unanimidad de sus integrantes y, compartiendo en el caso lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, acogerá la pretensión anulatoria actuada, en los contenidos que se explicitarán a continuación.

V) Como antecedentes de partida corresponde destacar que la accionante, de profesión Escribana, ingresó a la Administración Pública el 8/10/96 y es funcionaria de carrera de la Dirección General de Casinos, actualmente ostenta el cargo de Sub-Gerente de Área, Escalafón A, Grado 32 (fs. 19/21 Pieza I Carpeta Rosada en 908 fojas).

Desempeñó funciones propias de su cargo dentro del Área Jurídica del Organismo, y a partir de la reestructura aprobada por Decreto No. 399/010, continuó su labor en la parte de la antigua Área Jurídica que pasó a denominarse “*Asesoría Letrada*”. En marzo de 2008, fue designada responsable de una de sus dos divisiones que la componen: la División Asesoría y Control Legal -extremos no controvertidos por la demandada-.

En junio de 2009, la reclamante informó que no le correspondía a su Área pronunciarse ni emitir opinión sobre el Programa II de la Dirección General de Casinos -*Atribuciones de control y supervisión de las actividades del Hipódromo Nacional de Maroñas*- tal como le era requerido por la Dirección del Organismo, pues ya había habido un pronunciamiento jurídico previo del Organismo en la especie, realizado por

los servicios naturalmente competentes correspondientes al Programa referido.

Tal diferendo con la Dirección General motivó que se le instruyera sumario administrativo en agosto de 2009, sancionándosele con 30 días de suspensión. Dicha volición fue impugnada de nulidad por la actora dando lugar a los autos caratulados “*SANGURGO SÁNCHEZ, YOLANDA c/ ESTADO MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Acción de Nulidad*” (Ficha 743/10), sobre los que recayó la Sentencia No. 711/2013 anulatoria de la sanción dispuesta.

Por dicho pronunciamiento el Tribunal entendió que la sanción resistida había sido adoptada en un marco de absoluta *irrazonabilidad*, por lo que tal extremo configuraba una clara hipótesis de exceso de poder que motivó la decisión anulatoria.

Por disposición del Decreto No. 491/011 se creó en el ámbito del Área de Administración General de la Dirección General de Registros, la Unidad Notarial cuyo cometido básico es el de brindar los servicios notariales del Organismo.

Finalmente, en junio de 2013 se dispuso el traslado de la actora desde la Asesoría Letrada a desempeñar funciones en la referida Unidad Notarial.

**La potestad discrecional para disponer traslados al reestructurar servicios y la necesidad de motivar los actos administrativos: la discrecionalidad no exime el deber de justificar la decisión adoptada.**

VI) En lo inicial, deben conceptualmente diferenciarse, la potestad normativamente asignada al órgano público de trasladar a sus funcionarios y, por otro, la necesidad de justificar la decisión administrativa como producto del ejercicio de dicha atribución.

No caben dudas, que la potestad de trasladar a los funcionarios cabe categorizarla como discrecional, siendo posible su ejercicio en tal o cual oportunidad mediante la ponderación de determinadas circunstancias; en el caso, por el Director General de Casinos como jerarca de la Unidad Ejecutora.

Sin embargo, esa discrecionalidad normativamente establecida no implica la exención del deber de justificar las decisiones que se adoptan en el ejercicio de la función administrativa, máxime cuando tales decisiones pueden alcanzar y eventualmente afectar a los sujetos sobre quienes se dirige.

Como enseñaba REAL: “...es natural que se exija a las autoridades justificar su competencia, invocar la norma legal que les atribuye el poder jurídico ejercido.

*Y es natural que se les exija, además, demostrar que se dan, en el caso concreto, los requisitos de motivo y finalidad que condicionan la validez del ejercicio de ese poder.*

(...)

*La fundamentación facilita la interpretación y el contralor del acto y defiende a la buena administración, además de garantizar los derechos de los administrados.”* (REAL, Alberto Ramón: “La fundamentación del acto administrativo” en La Justicia Uruguaya, Tomo LXXX, Montevideo, 1979-1980, pág. D-9, ver también en el mismo sentido REAL, Alberto Ramón: “Anulación de traslado ilegal de funcionario”, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, Año XIX, Enero-Junio de 1968, Nos. 1-2, págs. I a VII).

Que la potestad para disponer el traslado de funcionarios públicos sea discrecional, no autoriza ni supone la posible actuación del órgano

público sin una debida exteriorización de los motivos que orientaron su dictado.

Destaca CASSAGNE que: *“la motivación -en cuanto expresión de las razones y fines que llevan a la Administración a emitir el acto administrativo- (que además debe consignar los antecedentes de hecho y de derecho) constituye un requisito de forma esencial para la validez del acto administrativo en la medida que traduce su justificación racional al plano exterior.*

*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>> (omissis). 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 tal sentido, la Administración se encuentra obligada, bajo sanción de nulidad absoluta, a proporcionar las razones por las cuales optó por una decisión entre dos o más posibles. 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, Juan Carlos: “El principio de legalidad y el control judicial

de la discrecionalidad administrativa”, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, págs. 204/205).

Por igual, explica COMADIRA “...tanto el control de los elementos reglados del acto como la verificación judicial de los hechos invocados, no implican control de la discrecionalidad en sí misma, sino, en todo caso, de aspectos jurídicamente reglados de la decisión discrecional. (...) Ahora bien, aun cuando la motivación tiene importancia en el caso de los actos dictados en ejercicio de facultades regladas, porque permite determinar la corrección del encuadre fáctico normativo de la decisión, su estricta configuración *-omissis-* es, sin embargo, particularmente exigible, **cuando aquél es dictado en el marco de facultades discrecionales, pues éstas deben hallar en aquélla el cauce formal convincentemente demostrativo de la razonabilidad de su ejercicio. En la motivación de los actos discrecionales, la autoridad se justifica ante el administrado y se justifica también ante sí misma**” (COMADIRA, Julio R.: “Derecho Administrativo”, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2ª Edición actualizada y ampliada, 2003, págs. 508 y 510; destacado no está en el original).

En la doctrina nacional, indica CAJARVILLE que el principio de motivación de la decisión, impone a la Administración el deber de explicar en el propio acto o sus antecedentes las razones de hecho y de derecho que fundamentan su dictado y constituyen “sus motivos”, condicionando su validez. La debida motivación requiere una relación directa y concreta de los hechos y de las razones particulares del caso específico resuelto, rechazándose las fórmulas generales de fundamentación (arts. 123 y 124, y también art. 21 del Decreto No. 30/003, de 23 de enero de 2003, “Normas de conducta en la función pública”). El deber de motivar deriva de la necesidad de este derecho fundamental a defenderse, porque mal puede

hacerlo fundadamente quien no conoce las razones de lo decidido (CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “Sobre Derecho Administrativo”, FCU, Tomo II, 3ª Edición Actualizada y ampliada, 2012, págs. 183/184).

Asimismo, PÉREZ BENECH afirma que: “...*la finalidad de la exigencia de una adecuada motivación del acto administrativo, además de la necesidad de contar con una debida justificación de la actuación administrativa, consiste en permitir el control de la juridicidad de dicha actuación, así como proporcionar al administrado la garantía (considerada por parte de la doctrina como un derecho fundamental de la persona humana) de conocer los motivos de la actuación administrativa para poder ejercer adecuadamente su derecho de defensa ante posibles abusos o arbitrariedades en el ejercicio del poder público.*” (PÉREZ BENECH, Viviana: “Motivación del acto administrativo: análisis de criterios jurisprudenciales y admisibilidad de su omisión alegando la reserva de las actuaciones” en Revista de Derecho -Universidad de Montevideo- año VIII (2009), No. 15, pág. 40).

En la emergencia, en el **VISTO** y **RESULTANDO I)** del acto cuestionado, se hace referencia al art. 23 del Decreto No. 491/011 por el que se dispuso la creación de la Unidad Notarial en el ámbito del Área de Administración General y que establece que su objetivo operativo es brindar servicios notariales.

Luego, en el **RESULTANDO II)** se hizo referencia a la situación funcional particular de otro profesional que se traslada a la Unidad Notarial, Esc. SAGRADA.

Ahora bien, en los **CONSIDERANDOS** de la impugnada, simplemente se afirma que en esta instancia, en cumplimiento del referido art. 23 del Decreto No. 491/011 y de acuerdo a lo expresado, se procederá a

integrar la Unidad Notarial con los profesionales Escribanos Públicos, Sub Gerente de Área, Yolanda SANGURGO y Técnico I, Julio SAGRADA.

Particularmente, debe tenerse presente que los CONSIDERANDOS 2) a 6) refieren pura y exclusivamente a la dependencia jerárquica de la nueva repartición, los cometidos asignados a ésta y el deber de elevar por la Unidad Notarial y el Área Comercial sus manuales de procedimientos en el plazo de 60 días a partir de la integración de los citados profesionales.

En base a ello, debe razonablemente concluirse, que el traslado de la reclamante no aparece justificado; en forma lacónica, la Dirección General de Casinos dispuso integrar la Unidad con la pretensora, más no se explicitaron las razones de hecho y de derecho que determinaron su elección para prestar funciones en la nueva repartición.

Por otra parte, debe enfáticamente descartarse la explicación ensayada por la Administración al contestar la demanda que hace caudal de la motivación desplegada al resolverse los recursos administrativos.

En primer lugar, la sola referencia al art. 23 del Decreto No. 491/011 que creó la Unidad Notarial lejos está de justificar el traslado cuestionado. Particularmente, porque la sola indicación de la existencia de una nueva Unidad dentro del organigrama de la Dirección General de Casinos, si bien puede justificar la necesidad de su integración con funcionarios para el desarrollo de sus cometidos, lo cierto es que debieron destacarse los motivos de la designación ocurrida, con la debida explicitación de la selección de la actora como funcionaria con el perfil adecuado para estar al frente de la repartición creada.

En la especialidad del caso, la justificación particular de la elección de la Esc. SANGURGO dentro del elenco de profesionales Escribanos

Públicos con que cuenta el Organismo para desarrollar tal tarea, lisa y llanamente no puede entenderse reproducida.

Debe de verse que, el Tribunal en su jurisprudencia constante en relación con los traslados de funcionarios públicos en general ha sostenido, en términos trasladables que: “... *la discrecionalidad que el Tribunal ha reconocido a la Administración al momento de estructurar sus servicios y disponer medidas de reordenamiento de sus cuadros funcionales, no ha de confundirse como una suerte de **franquicia argumental para su materialización, o más precisamente la ausencia absoluta de motivación eficiente y razonable***

(...)

*La discrecionalidad implica la libertad de elección entre diversas opciones igualmente válidas, pero la Administración no goza de discrecionalidad alguna en la exteriorización de los motivos que desembocaron en el dictado del acto enjuiciado.*

*La Administración, como viniera de señalarse, pretende incorrectamente fundar el acto en razones de servicio, que más allá de su vaga, escueta, imprecisa y poco descriptiva argumentación hacia el administrado, desguarnece cualquier posibilidad útil de defensa al desconocer la causa eficiente de su cese en el encargo y traslado a otra repartición.” (Sentencia No. 678/2012).*

En idéntica orientación conceptual, se ha precisado que: “*Por ello, no basta con la simple constatación de la merma en los cuadros funcionales en una específica repartición estatal, sino que es **necesaria una exposición adecuada de los fundamentos que sindicán a la actora como la funcionaria que cumple con “las necesidades del servicio.”***” (Sentencia No. 175/2012).

En la actualidad, y con reciente integración la Sede ha consignado que: *“...la sola invocación de razones de “mejor servicio” como fundamento del acto que determina un traslado, no se considera motivación suficiente y válida del acto que lo dispone, puesto que colide con principios básicos del Derecho Administrativo, conforme lo establecen los arts. 123 y 124 del Decreto No. 500/991 (Cfr. Sent. 201/08). Esto no es otra cosa que la aplicación a la materia de los funcionarios, del principio general de que los motivos que llevan al dictado del acto administrativo “deben ser expuestos de manera correcta y precisa, no siendo suficientes las referencias vagas y simples”, puesto que es “...necesario que se precise una relación efectiva de causa y consecuencia entre la situación de hecho y la determinación del derecho (omissis) no siendo procedente la invocación de manera ambigua, genérica y vaga (Sents. 866/91 y 472/92).”* (Sentencia No. 284/2015).

Sin perjuicio de anotarse, que la motivación, como destacan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, es un medio técnico de control de la causa del acto...la motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional: por el contrario, la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión.” Y prosiguen señalando en referencia a la prohibición de utilización de fórmulas convencionales que: *“Es lo que en Derecho francés suele llamarse la prohibición de fórmulas passe-partout o comodines, que valen para cualquier supuesto y no para el supuesto determinado que se está decidiendo.”* (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, Editorial CIVITAS S.A., Octava Edición, Madrid, 1997 pág. 557).

En la especie, la mención al art. 23 del Decreto No. 491/011 y la referencia a resoluciones que nada tienen que ver con la situación funcional particular de la reclamante, no se constituye en base sólida justificante de la movilidad dispuesta como inadecuadamente pareció concebirla la Dirección General de Casinos al resolver el recurso de revocación contra el acto impugnado (ver CONSIDERANDO 4) a fs. 29 A.A. en 47 fojas).

Antes que ello, lateralmente e insuficientemente aparece la necesidad de dotar de funcionarios a la nueva repartición pero, en modo alguno, el sustento jurídico consignado aparece como la razón del traslado de la actora.

Por el contrario, el acto del traslado aparece dictado sin una concatenación previa con otras actuaciones orientadas a la medida a implementar. Ello, como se verá, sumado a otros elementos indiciarios conforma un supuesto de desviación de poder, vicio particularmente grave en el ejercicio de la función administrativa.

En segundo lugar, no resulta de recibo la extemporánea justificación de la accionada al hacer caudal de los motivos exteriorizados en ocasión de resolver los recursos administrativos interpuestos por la interesada.

En efecto, en el dictamen jurídico previo a la resolución del recurso jerárquico subsidiariamente interpuesto, la Asesora del Ministerio de Economía y Finanzas, Dra. Claudia COSTA en su informe consignó **supuestas razones que orientaron el dictado del acto encausado.**

La mencionada profesional señaló: “...se trasladó a la recurrente a una nueva repartición, con el fin del mejor aprovechamiento de los recursos humanos, es decir por razones de gestión administrativa.

*En virtud que, Casinos expresa que se trata de la única Escribana de la Unidad, se considera que es la persona capacitada para brindar el asesoramiento notarial que se necesita.*

*(...)*

*De los antecedentes del acto, es decir el Decreto 491/011, surge que se creó la Unidad Notarial, por lo tanto el servicio requiere de la experiencia e idoneidad de la recurrente.” (fs. 34 vta. A.A. en 47 fojas).*

Ahora bien, la individualización de la actora como el profesional capacitado para brindar el asesoramiento notarial requerido y las referencias a la experiencia funcional e idoneidad de la Esc. SANGURGO ¿surgen del acto impugnado?

La respuesta no es otra que la negativa. No surge ni del acto resistido ni de los antecedentes administrativos que pudieron operar como cimiento fáctico-jurídico de la volición administrativa.

Ello tampoco fue advertido por el Poder Ejecutivo al rechazar el recurso jerárquico por resolución No. 10644 de fecha 15/11/2013, el que consideró que por razones de mejor gestión (SIC) se procedió a asignar a la actora en la Unidad creada por el art. 23 del Decreto No. 491/011 (fs. 42/42 vta. A.A. en 47 fs.).

Pero aún así, la posterior justificación ensayada por la Administración en ocasión de resolver los recursos administrativos, en modo alguno, puede servir para sanear el vicio de motivación detectado.

De ello se deriva que pueda convenirse con el reclamante, que estos argumentos tardíos o extemporáneos expresados con posterioridad al dictado del acto, no puedan válidamente servir de apoyatura fáctica y jurídica para sustentar lo resuelto, a la vez que se cercena el derecho de

defensa del interesado, al no haber podido conocer, en forma previa, las razones que concurrieron en el dictado del acto cuestionado.

En referencia a la motivación del acto y siendo enteramente aplicable al *subespecie*, el Tribunal en Sentencia No. 732/2012 expresó: *“En efecto, el informe y exteriorización de la fundamentación del acto luego de impetrar la vía recursiva contra la volición, se enmarca dentro de la acción administrativa tendiente a sanear vicios de origen del acto, mas carecen de efectos jurídicos para reparar la ilegitimidad incurrida (Cfe. Sentencias 460/2009, 378/2009, 241/2008 entre otras).*

*Expresa ROTONDO en referencia a la motivación, del acto, que la misma “Puede ser escueta, en tanto reúna los caracteres de “idónea y suficiente” (...); también expresarse simultáneamente con el acto o ser anterior a él, pero nunca posterior porque se trasladaría el problema al saneamiento del acto. No es, pues, un problema de forma sino de que exista una fundamentación congruente (los motivos, normas, razones indicadas deben aparecer como premisas de las que se extraiga la conclusión que es la decisión) y exacta (las razones de derecho deben corresponder a los textos invocados, los hechos deben ser ciertos). (ROTONDO, Felipe: Manual de Derecho Administrativo, Del Foro, Montevideo, 2009, págs. 329-330, el destacado no está en el original).*

*En aporte doctrinario referido a la motivación, la Dra. PÉREZ BENECH señala que: “Con frecuencia, cuando se interponen los recursos pertinentes contra un acto administrativo que no fue suficientemente motivado (en el propio acto o en sus antecedentes), la Administración, al resolver los recursos interpuestos, expresa los fundamentos del acto o agrega otros que no fueron manifestados con anterioridad, de modo que introduce nuevos elementos que harían, en lo sustancial, admisible la*

*motivación como suficiente y adecuada (más allá de otros vicios de forma o de fondo de que pudiera adolecer el acto). Sin embargo, estos fundamentos o motivación expresados "ex post facto", luego de dictado el acto original que fuera recurrido, no resultan idóneos para subsanar el vicio originario, por lo que el Tribunal en tales casos ha considerado ilegítimo al acto de todos modos, aun teniendo a la vista la motivación expresada con posterioridad al acto, de la que surjan claramente expresados los fundamentos del mismo.*

*Esta solución, sostenida en forma constante en múltiples fallos del Tribunal se apoya en la doctrina especializada, destacándose entre ella a MARIENHOFF. Dicho autor sostiene la tesis de la inadmisibilidad de la motivación "ex post-facto", es decir, que la motivación sucesiva o a posteriori no es aceptable a efectos de sanear el vicio original. Resultan particularmente relevantes, a nuestro entender, los fundamentos por los que el autor (y el Tribunal, al hacer caudal de dicha tesis) sostiene esta premisa, expresando que "en la vía administrativa el interesado quedó totalmente desamparado al ignorar y, por lo tanto desconocer, los fundamentos del acto, el que, en consecuencia, no pudo controvertir o no pudo hacerlo útilmente al desconocer la fundamentación del mismo".*

*De acuerdo a lo expresado, se sostiene en definitiva que la omisión de incluir los fundamentos en el propio acto o con anterioridad al mismo (es decir, en forma anterior o concomitante), ha vulnerado el derecho de defensa del administrado, y por tanto, se ha transgredido una de las finalidades de la exigencia de motivar adecuadamente los actos administrativos." (PÉREZ BENECH, Viviana: "Motivación del acto administrativo: análisis de los criterios jurisprudenciales y admisibilidad de su omisión alegando reserva de las actuaciones.", LJU, T. 139, 2009,*

*en especial, págs. D-132 y D-133)*". (Véase también, recientemente, las Sentencias Nos. 548/2014, 573/2014, 653/2014, 672/2014, 680/2014, 4/2015, 9/2015, 104/2015, 153/2015, 156/2015, 184/2015, entre muchas otras).

De igual forma, debe descartarse la defensa de la accionada fundada en que el traslado resulta legítimo habida cuenta de que se respetaron los derechos funcionales de la actora como ser la remuneración, cargo, escalafón y grado.

La lesión jurídica proveniente del acto administrativo resistido, claramente, no surge de la recortada contrastación que postula la demandada, sino de la afectación de la esfera personal de la actora en su derecho de defensa y, asimismo, de la desviación de poder evidenciada (conforme se explicitará en el CONSIDERANDO VIII de la presente) que afectó su interés directo, personal y legítimo.

Si bien cabe reconocer que la actora carece de un derecho subjetivo a la inamovilidad (que correlativamente generara una obligación en el fuero del órgano público), ello no enerva la existencia de un interés legítimo a la regularidad del procedimiento que se concrete en un traslado (conservando grado y remuneración).

Aun cuando la medida administrativa no socave el derecho subjetivo a la estabilidad en el cargo ni la remuneración de la interesada, igualmente el obrar administrativo debe encarrilarse en recto cumplimiento de las reglas de Derecho Objetivo por medios procedimentales ajustados.

Por lo demás, como tiene dicho el Tribunal con anterioridad: "*...sí es indiscutible es que un traslado no puede nunca importar para un funcionario una suerte de menoscabo en su labor, aun cuando no se le haya modificado su cargo ni su remuneración, ni haya incidido en*

*eventuales ascensos.*” (Sentencia No. 201/2008; véase en similar orientación conceptual la Sentencia No.71/2012).

En el *subspecie*, la actora fue trasladada desde la Asesoría Letrada del Organismo a una Unidad de menor jerarquía institucional dependiente del Área de Administración General; cuando las demás partes integrantes de la ex Área Jurídica de la Dirección General de Casinos (Asesoría Letrada, Unidad Sumarios y Sector Contencioso) siguieron permaneciendo bajo la órbita de la propia Dirección General del Organismo.

Adicionalmente, el personal a cargo sería únicamente otro colega, que por la misma resolución enjuiciada se integra a la Unidad Notarial y una funcionaria administrativa que pertenece a otra dependencia pero que, complementa sus tareas con actividades de apoyo en la citada Unidad.

Los hechos dan efectiva cuenta que la propia Administración no brinda funcional y orgánicamente trascendencia institucional a la dependencia a la que se integró a la demandante.

Por el contrario -y ello no fue contradicho por la demandada- el Escribano, Técnico I, que se integró con ella misma a la Unidad no desempeña siquiera labores en el mismo espacio físico que la actora (ver fs. 115 y 129 del ppal.); por lo que resulta harto dificultoso ejercer la superintendencia técnica y administrativa de los funcionarios que se “presentan” como dependientes a cargo.

Por más que la demandada pretende justificar los escasos recursos humanos bajo la jefatura de la reclamante en necesidad del servicio, lo cierto es que el contexto funcional indicado opera en franco detrimento de la jerarquía funcional de la misma.

En tal sentido, a juicio de la Sede, por el material probatorio reunido y valorado conforme las reglas de la sana crítica se tuvo como propósito la

degradación funcional en el diario quehacer del servidor público, incluso, brindándosele mobiliario obsoleto para trabajar, como se aprecia en las fotografías incorporadas en la etapa de prueba (fs.155/156 del ppal.) y, una silla desvencijada que -por más que se sindiquen razones de indisponibilidad edilicia y escasez de materiales- aparece *indiciariamente* como una deliberada actitud del jerarca de reprender a la funcionaria.

### **Falsedad de los motivos**

VII) Sin perjuicio de la causal de nulidad anteriormente recepcionada, a juicio del Tribunal, asiste plena razón cuando se denuncian como insinceros los motivos esgrimidos -como se dijo extemporáneamente- por la Administración en vía recursiva.

En tal sentido, se sostiene en el informe de la Asesora Letrada del Ministerio de Economía y Finanzas (ver CONSIDERANDO VI) de este pronunciamiento) Dra. Claudia COSTA, que la Dirección General de Casinos expresa que la actora es la única Escribana de la Unidad (ver fs. 34 vta. A.A. en 47 fs.).

Ello, en la especie, se contrapone con los testimonios vertidos en el proceso jurisdiccional. Así, los testigos, Dres. Marianela PEREGALLI DOMENECH (respuesta a pregunta 18, fs. 175 del ppal.), Carla GALOTTI VINDROLA (respuesta a pregunta 18, fs. 183 Ib.). Fernando MAGNÍFICO PÉREZ (respuesta a pregunta 18, fs.198 Ib.) y el Sr. Daniel BOLLOTTA (respuesta a pregunta 18, fs. 189), son contestes en afirmar que en el Organismo existen otros funcionarios de profesión Escribano Público, por lo que las expresiones contenidas en vía administrativa recursiva tendientes a señalar a la reclamante como la **única escribana de la Unidad** se desvanecen y contraponen con la realidad funcional relacionada.

Lo expuesto, por otra parte, ha sido reconocido por la testigo de la parte demandada, Dra. Esc. Sylvia PRIETO ALVEZ (a fs. 239 del ppal.) quien indicó que hay otros funcionarios que tienen la profesión de Escribanos.

**Desviación de poder: disociación entre el fin querido por el Director General de Casinos y el efectivamente normado (ex art. 959 del TOFUP -2010- ).**

VIII) El relacionamiento signado por la tirantez entre las jerarquías de la Dirección General de Casinos se remonta al sumario y posterior sanción aplicada a la actora con fecha 15/4/2010, reprimenda ésta anulada por este Tribunal por Sentencia No. 711/2013.

En dicha ocasión, el Cuerpo consideró que de las circunstancias del caso se apreciaba sin mayor esfuerzo una evidente irrazonabilidad en el ejercicio de la potestad disciplinaria y sancionatoria por parte de la Administración.

Y se destaca, que la actitud empecinada e inflexible asumida por el Sr. Director General de Casinos contribuye decididamente a la configuración de tal temperamento en el jerarca en cuestión; revelándose una hipótesis de exceso de poder (Cfe. Sentencia No. 711/2013).

Ahora bien, esa relación tirante, asimismo, persistió bajo la Administración del Sr. Javier CHÁ como Director General de Casinos. Debe tenerse especialmente presente que la reclamante, actuando en la Asesoría Letrada del Organismo, en ocasión de remitírsele un expediente a efectos de la redacción del proyecto de contrato de arrendamiento a suscribirse con la empresa RESOLUCIONES INFORMÁTICAS S.A. (REINSA), que tenía por objeto el inmueble, bienes muebles y servicios accesorios necesarios para el funcionamiento de un Casino en la ciudad de

Atlántida, cuya explotación directa estaría a cargo del Estado; denunció una serie de irregularidades ya que no se habría cumplido con el correspondiente procedimiento de contratación (fs. 32/49 del ppal.).

Ante la denuncia en cuestión, el Director General de Casinos, en términos particularmente contundentes, señaló en nota de fecha 24/8/2012 que: “...*el relato tendencioso introducido por esa Asesora que, a través de interpretaciones completamente caprichosas, pretende inducir a que aspectos relativos al curso del procedimiento llevado a cabo, pudieren contener supuestas inconsistencias o irregularidades de actuación.*

(...)

*....esa Letrada insiste en transformar al expediente público y peor aún, los propios contratos, en una especie de libro de quejas, críticas y señalamientos subjetivos de parte de una profesional del derecho de este Organismo...*

*Lamentablemente, los comentarios fuera de lugar, vía informes letrados, se acumulan en nuestros expedientes, abusando malamente del alto grado de tolerancia con el que la Dirección hasta el momento, ha tratado de advertir acerca de esta inaudita práctica habitual.”* (fs. 50 y 52 del ppal.).

Y más adelante, en la misma nota, precisó: **“LA DIRECCIÓN GENERAL LE COMUNICA A ESA ASESORA FORMALMENTE Y POR ESCRITO, LA ORDEN DIRECTA QUE SE ABSTENGA DE AHORA EN MÁS, DE INCLUIR, LOS REFERIDOS COMENTARIOS IMPERTINENTES, OPINIONES POLÍTICAS, PERSONALES Y APRECIACIONES SUBJETIVAS, EN SUS INFORMES LETRADOS Y EN LOS PROYECTOS DE CONTRATOS QUE SE LE ENCOMIENDEN, EN CASO**

**CONTRARIO Y DE VERIFICARSE, UNA VEZ MÁS, LA INOBSERVANCIA DE ESTE REQUERIMIENTO, TAL CONDUCTA SERÁ CONSIDERADA FALTA ADMINISTRATIVA”**

(fs. 56 vta. del ppal.; el resaltado y la mayúscula están en el original)

Esta relación absolutamente tirante y de indisimulable descalificación funcional de la labor de la pretensora, se traduce en lo sustancial ante diversos informes técnicos realizados por aquella (ver fs. 81/83 vta. del ppal.).

Debe tenerse presente, que en una de las notas del Director General de Casinos, se destaca: “...*no queda otra opción que señalar que la repetición de este tipo de conducta ameritará el procedimiento disciplinario correspondiente, máxime teniendo en cuenta los antecedentes en esta materia*” (fs. 67 vta. del ppal.) muy próxima a la fecha del acto impugnado (el acto se dictó el 27/6/2013 y la nota es de fecha 17/7/2013). Por consecuencia, razonablemente se estima sobre la existencia de elementos indiciarios que apreciados en su globalidad concomitantemente con las fotografías del espacio físico, mobiliario, con el que la actora pasó a desempeñar funciones (fs. 155/156 del ppal.), convergen decisivamente a acreditar la finalidad querida por el Director General de Casinos, reprimir funcionalmente a la actora.

Sin embargo, la reprimenda funcional (fin querido por el Administrador) difiere radicalmente del fin debido (ex art. 959 del TOFUP -2010-) en tanto los traslados de los funcionarios, en ningún caso, pueden encubrir la aplicación de sanciones disciplinarias.

Es así que, el descontento del jerarca con la labor de la accionante, en modo alguno podía canalizarse por la vía de desplazarle hacia otra dependencia dentro del Organismo, modificando sus tareas habituales, con

un propósito definido, como lo era reprimir una práctica de la profesional (el emitir informes técnicos) que consideraba una impertinencia y falta administrativa.

Cierto es que el Tribunal en sus pronunciamientos ha admitido la acreditación del vicio de desviación de poder mediante prueba indiciaria (vide: Sentencia No. 380/2012, entre otras). Pero los indicios deben ser relacionados, concordantes y precisos que converjan -como señala la mejor doctrina- hacia la finalidad espuria perseguida con la volición impugnada (Cfe. SAYAGUÉS LASO, Enrique: “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, FCU, 8ª Edición, Montevideo, 2002, pág. 450 y PRAT, Julio A.: “Desviación de Poder”, Amalio M. Fernández, 2ª Edición actualizada, Montevideo, 1976, pág. 176).

En base a las consideraciones expuestas, los *hechos relacionados aparecen como inequívocos y apreciados de modo racional y unitario logran satisfacer la exigencia probatoria del vicio denunciado*, precisamente, cuando se compulsan variedad de actuaciones demostrativas de un comportamiento desperfilado del objetivamente normado.

Como enseña CAJARVILLE, la desviación de poder: “...existirá siempre que el “fin querido” por la “voluntad” de la Administración, apreciado subjetivamente, no coincida con el “fin debido” impuesto por las reglas de derecho”. (CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “Sobre Derecho Administrativo”, Tomo II, cit., pág. 80).

En el mismo sentido apuntado, señala ROTONDO, que este tipo de actuación 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. (ROTONDO, Felipe: “LAS CAUSALES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN” en TEMAS

DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Editorial Universidad Ltda., Montevideo, Circa, 1989, pág. 21).

En la *subspecie*, vale la pena revalidar las precisiones de ARTECONA quien indica que es muy frecuente que la desviación de poder se configure conjuntamente con la inexistencia o falsedad de motivos. Esto pone en evidencia la estrecha relación entre los motivos y el fin de los actos administrativos. Para encubrir el fin querido, se utilizan motivos diferentes a los reales o -directamente inexistentes-. Por lo cual, suele configurarse el doble vicio: el radicado en el elemento motivo y el radicado en el fin (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, Universidad de la República, No. 30, enero-junio, FCU, Montevideo, 2011, pág. 54; en la jurisprudencia del Cuerpo véase, entre otras, la Sentencia No. 508/2014); situación que se perfila en la emergencia, por cuanto bajo el subterfugio de no esgrimir las razones del porqué del traslado de la actora, o bien, de explicitar razones de servicio mediante una motivación póstuma (como etiqueta abstracta) se encubre otra finalidad cuya satisfacción con el dictado del acto cuestionado era la pretendida.

### **Irregularidades en el procedimiento recursivo**

IX) En esta fase de cuestionamiento, no le asiste razón a la promotora. Particularmente, porque debe de verse que las transgresiones y/o desviaciones rituales (no recabar previamente dictamen jurídico a la resolución del recurso de revocación y la inusual celeridad con la que concluyó el procedimiento recursivo) se reproducen en un estadio procedimental lógicamente posterior al dictado del acto encausado.

En efecto, los apartamientos adjetivos que denuncia la actora no tienen su fuente directa de concreción en la volición que se resiste mediante la pretensión anulatoria ejercitada en estos obrados, sino en el mecanismo impugnativo activado en el tránsito hacia la definitividad (ex art. 309 de la Constitución de la República y art. 24 del Decreto-Ley 15.524) de aquél para habilitar la revisión jurisdiccional.

En la especie, los vicios denunciados aparecen luego de emitido el acto cuestionado, con lo cual debe concluirse que, actuaciones que no anteceden a su emisión, comprometerían la irregularidad jurídica del mismo, extremo que, en líneas generales, se advierte como inadecuado, pues descansa en la incorrecta delimitación del objeto de la pretensión anulatoria.

En tal caso, en la lógica del reclamante, la situación jurídica lesiva provendría de los actos que resuelven los recursos administrativos y no de aquél que fuera tempestivamente impugnado.

Bajo la referida línea de análisis técnico-jurídico, la Corporación con anterioridad ha sostenido que: *“Es criterio doctrinariamente admitido que la consecuencia jurídica de no instruir debidamente los recursos, puede acarrear responsabilidad patrimonial de la persona estatal en cuestión, conforme lo dispuesto en el art. 24 de la Carta, siempre que se produjere un daño, y podrá haber responsabilidad disciplinaria y/o penal de los funcionarios incumplidores, los que podrán ser responsabilizados frente a la Administración de acuerdo a lo dispuesto en el art. 25 de la Constitución de la República (Cfe. Cajarville Peluffo, Juan Pablo: Recursos Administrativos, Montevideo, 2009, pág. 218).-*

*En idéntica orientación conceptual, la Corporación ha señalado: "Que en cuanto a las irregularidades procedimentales señaladas en el*

*Dictamen del Sr. Procurador del Estado, cabe señalar que, como surge de los escritos obrantes en autos, los medios de prueba propuestos para demostrar la aptitud de la actora fueron ofrecidos en el mismo escrito en que se dedujeron los recursos administrativos. El rechazo de la prueba se produjo en un momento procesal posterior al dictado del acto, es decir, si bien el obrar de la Administración en esa etapa, puede ser indicativo de la existencia de otros vicios -como la desviación de poder- la obstaculización de las facultades probatorias, en la etapa recursiva, no resultan aptas para viciar el acto ya dictado." (Sentencia No. 829/2012)." (Sentencia No. 377/2013, Cfe. Sentencias Nos. 419/2013, 54/2014, 125/2015, 169/2015, entre otras).*

### **Condenas procesales**

X) En base a la solución que viene de relacionarse, a juicio de los integrantes del Tribunal debe concluirse en que, la Administración obró con **manifiesta sinrazón en el decurso del proceso**, al resistir la pretensión actuada apelando meramente a una discrecionalidad que efectivamente le asiste pero absolutamente desconectada de la necesidad de justificar sus decisiones.

Pese a ello, pretendió fincar la motivación del acto en lo dispuesto por el art. 23 del Decreto No. 491/011 que simplemente creó la Unidad Notarial a la que se trasladó a la actora y, por si fuera poco, revalidó como base justificante los motivos explicitados en sede recursiva por parte de la Administración, en franco apartamiento del criterio rector y consolidado de este Tribunal en cuanto a la insubsanabilidad de la motivación posterior respecto del vicio detectado.

Por igual, en la contestación de la demanda señaló que los enfrentamientos a que alude la actora no surgen como la causa del traslado

el cual no podía conceptualizarse como sanción, ya que ello no surge de los antecedentes administrativos.

Sobre este punto, pareciera que el órgano público considera como antecedentes administrativos simplemente las actuaciones que en legajo presentado ella estima como actuaciones relevantes y motivantes del dictado del acto.

Sin embargo la actora incorporó con su demanda profusa prueba documental, entre ellos, informes elaborados por su parte y las consideraciones en términos agraviantes realizadas por el Director General de Casinos, que fueron apreciados globalmente con otros elementos adicionales incorporados a la causa, resultando los hechos determinantes de la decisión administrativa.

Razón por la cual, la fragilidad de la argumentación jurídica desplegada por la demandada, se advierte como un supuesto de malicia que merece la nota de temeridad, en tanto ante elementos tan contundentes y evidentes que traducen un inaceptable propósito de reprender a un funcionario por una vía vedada por la norma, igualmente contiene y exige al interesado el tránsito por la vía jurisdiccional en reclamo de sus derechos.

En definitiva, por los fundamentos expuestos, los arts. 309 y 310 de la Constitución de la República, el Tribunal, por unanimidad,

**FALLA:**

*Ampárase la demanda entablada y, en su mérito, anúlase la resolución impugnada; con costas y costos a cargo de la parte demandada.*

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

*Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.*

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

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).