

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 11 de mayo de 2017.

No. 317

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "AZAMBUYA AGUERRE, TERESITA con PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Acción de nulidad" (Ficha No. 480/2013).

RESULTANDO:

I) Que con fecha 29/7/2013, a fs. 2, compareció la actora promoviendo demanda de nulidad contra: el numeral 2° de la Resolución de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicación (URSEC) N° 132/2012 de fecha 25 de setiembre de 2012, por la cual se resolvió asignar a la accionante las funciones de Gerente de Servicios Postales, cuyo detalle consta en el Anexo II de la resolución (fs. 1 vto. en rojo A.A. en 1.054 fojas); y el numeral 1° de la Resolución de la URSEC N° 133/2012 de fecha 25 de setiembre de 2012, por la cual se asignaron al Dr. Oscar MECOL las funciones de Secretario General hasta la culminación del presente período de gobierno, cuyas funciones se describen en el Anexo I de la resolución (fs. 9 vto. *ibídem*).

En primer lugar, la actora reseñó el marco normativo por el cual se creó la estructura organizativa de la URSEC, aprobada por el Decreto N° 42/008, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 110 de la Ley 18.046, disposición según la cual se estableció que únicamente se podría acceder a las funciones contratadas de Gerente General, Gerente de División, Secretario General, Auditor General, Asesor General y los niveles de

Jefatura de la Gerencia de Planificación Regulatoria e Investigación, mediante concurso público abierto.

Indicó que por Resolución de la URSEC N° 390/08 se aprobaron las bases del llamado a concurso abierto de oposición y méritos para la provisión de los cargos con funciones de supervisión. Del concurso público abierto, la actora resultó posicionada para cumplir funciones de Secretaria Gerente General (Resolución de la URSEC N° 655/08). Cumplidos los trámites de estilo, por Resolución del Poder Ejecutivo N° 802/09 fue designada para desempeñar en la URSEC la función pública contratada de Secretaria General, Escalafón A, Grado 15, Serie Profesional, habiendo tomado posesión de la función el 6 de marzo de 2009.

Explicó que para poder asumir dicha función renunció a su cargo presupuestal en la Administración Nacional de Correos.

Anotó que luego se constituyeron en la URSEC Tribunales de Evaluación, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 8 del Decreto N° 579/009, y que su desempeño fue calificado como excelente, recomendándose su presupuestación. Una vez cumplidos los trámites de estilo, y tras haber ingresado el proyecto de resolución al Acuerdo para la firma del Presidente de la República, el mismo fue retirado por el Secretario de Presidencia, el 22 de setiembre de 2010, a pedido expreso del nuevo Presidente de la Comisión de URSEC, Ingeniero Gabriel LOMBIDE, quien dijo ante varios funcionarios afectados por la situación que pese a que el trámite impulsado contó con el aval de todas las oficinas pertinentes, la voluntad de la Administración era no continuar con la gestión de presupuestación de funciones, para lograr una alternativa de mayor flexibilidad.

Señaló que una vez informados los funcionarios afectados de este cambio de criterio, recurrieron el acto y promovieron acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Apuntó que, a posteriori, por resolución del Poder Ejecutivo de fecha 19 de diciembre de 2011, invocando la aplicación del art. 38 de la Ley 18.719, se la designó por vía de regularización en un cargo presupuestado de Profesional III, Escalafón A, Grado 12, Serie Profesional. Este acto también fue recurrido, parcialmente, en tanto se la presupuestó en un grado inferior al que le hubiere correspondido, habiendo luego demandado su nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Expresó que desde la toma de posesión de la función de Secretaria General -a la que accedió por la única vía admitida por la normativa vigente, esto es, por concurso público abierto- la desempeñó en forma altamente satisfactoria para el Directorio, en sus diversas integraciones, obteniendo en los años 2009, 2010 y 2011 calificaciones que se ubican en el rango de excelente. En ningún momento antes del dictado de las resoluciones impugnadas en obrados, fue enterada de que existiera alguna disconformidad de cualquiera de los integrantes de la Comisión con algún aspecto de su trabajo.

Anotó que, pese a ello, en Acta N° 027/12 fecha de 25 de setiembre de 2012, el Directorio de URSEC dictó la Resolución N° 132/012, que crea la Gerencia de Servicios Postales, disponiendo asignarle a la accionante las funciones de Gerente, y la Resolución N° 133/012, que dispone asignar al Dr. Óscar MECOL las funciones de Secretario General hasta la culminación del período de gobierno.

Manifestó que las resoluciones adolecen de motivación legítima y persiguen un fin espurio, con apartamiento de la normativa vigente. No hay previamente ningún informe o antecedente que permita comprender la razón por la que se le asignaron funciones nuevas y se la apartó de la función a la que accedió por concurso y que venía desempeñando en forma excelente.

Indicó que, por la Resolución N° 132 se creó una gerencia que no existe en la estructura vigente (que es un decreto del Poder Ejecutivo), y no se explicitaron los motivos para asignar las funciones de Gerente a la accionante. Conjuntamente al dictado de dicho acto, se aprueba la Resolución N° 133, designando al Dr. MECOL en las funciones de Secretario General, “hasta la culminación del período de gobierno”. De este modo, la Administración pretende transformar por acto administrativo una función que la ley estableció que debía ser concursada en una de particular confianza, contrariando el orden jurídico.

Dijo que se incumplió con la estructura organizativa prevista por el Decreto 42/008, ya que la presente reestructura se aprueba por un órgano que no es competente para modificar la anterior. No se cumplió con lo establecido por el art. 6° de la Ley 17.930, en la redacción dada por el art. 7 de la Ley 18.719.

Afirmó que la estructura organizativa de URSEC sigue siendo la establecida por el Decreto N° 42/008 del Poder Ejecutivo, dado que éste no ha sido derogado ni modificado por la autoridad competente.

Agregó que fue despojada ilegítimamente de su derecho a desempeñarse en la función a la que accedió por concurso, sin que se le haya otorgado vista previa, y se le asigna otra función en una gerencia

inexistente en la estructura vigente, sin una motivación específica, todo lo cual le causa agravio.

Expresó que la discrecionalidad con que la Administración cuenta para reestructurar sus servicios tiene como límite la razonabilidad y en ningún caso puede derivar en arbitrariedad. Las reestructuras y racionalizaciones deben realizarse en la forma determinada por el marco normativo, siguiendo el procedimiento preceptivamente previsto a tales efectos (art. 6 de la ley 17.930, en la redacción dada por el art. 7 de la ley 18.719). No es dable aceptar que la Unidad Reguladora invoque una estructura de hecho y utilice este instrumento para vulnerar o desconocer derechos legítimamente adquiridos.

Adujo que el claro incumplimiento de la normativa vigente la coloca en una posición de vulnerabilidad como funcionaria dado que la “creación” de la nueva función y la “Gerencia de Servicios Postales” no se ajustan a derecho. La URSEC no es competente para alterar y sustituir de facto la estructura organizativa aprobada por el Decreto N° 42/008. El perjuicio ocasionado por la reestructura ilegítima resulta claro: desconoce el resultado de un concurso abierto que aprobó en el año 2008 y sus calificaciones de los años 2009, 2010 y 2011, y le trastoca su posicionamiento institucional en el organigrama, colocándola en una situación de inseguridad jurídica e inestabilidad funcional.

Añadió que no puede privarse al funcionario del ejercicio de su función sin una causa debidamente fundada, lo que en el caso no se da. La Administración abusó de su discrecionalidad. Por otra parte, no se le otorgó el más elemental derecho de defensa.

Apuntó que, en el caso, se está ante una reestructura que opera no solo ajena a derecho, sino además en plazos exiguos desde la aprobación por el Poder Ejecutivo de la estructura de URSEC en 2008, y sin la debida fundamentación. Carece de motivación específica respecto de su persona, desconoce la asignación de dicha función por concurso y expresa una finalidad que no se oculta, consistente en tener al Dr. METOL como Secretario General hasta la finalización del período de gobierno.

Anotó que la ausencia de motivación del acto no puede subsanarse recurriendo tampoco a los antecedentes del proceso de formación de la voluntad administrativa, ya que las actuaciones respectivas (expedientes N° 2012/1/00863 y 2012/1/00864) están constituidas únicamente por el acto recurrido, sin antecedente ni informe de análisis de clase alguna, contrariando lo dispuesto por el art. 123 del Decreto N° 500/991.

Señaló que las únicas razones expresadas son generales. Se habla de necesidad de “adecuar la estructura a los nuevos cometidos legales”, “continuar con la implementación de la estructura” y “la necesidad de establecer en la estructura una Gerencia de Servicios Postales”. Al respecto, cabe destacar que la ley no había dispuesto nuevos cometidos para URSEC. Lo único que había cambiado desde la aprobación de la estructura vigente (Dec. 42/008) es que la licencia para servicios de TV para abonados requiera actualmente autorización del Poder Ejecutivo, modificación irrelevante del punto de vista del diseño organizacional. La ley de actividades postales que fue promulgada a fin de año no agregó cometidos a URSEC, sino que los especificó. Desde su creación la URSEC tuvo competencia en la regulación y control de los servicios postales.

Insistió en que las resoluciones carecen de suficiente motivación, se utilizan fórmulas generales, sin señalarse la razón por la cual se trasladó a la accionante a otro puesto.

Destacó finalmente que la Administración debió haberle conferido vista previa, vulnerándose con ello el principio del debido proceso. Se la degradó y se la despojó ilegítimamente de la función a la que accedió por concurso, sin darle oportunidad de defensa.

Por último, expresó que habiendo transcurrido los 30 días a que refiere el inciso 2° del art. 6° de la Ley 15.869, sin que la Administración se haya pronunciado sobre la recursiva interpuesta, se configura presunción simple a favor de la pretensión deducida.

En suma, solicitó la anulación de los actos encausados, en sus respectivas fases impugnadas.

II) Conferido traslado del accionamiento, comparecieron con fecha 18/9/2013, a fs. 18, las representantes de la demandada, contestando la demanda incoada, y controvirtiendo las expresiones de la actora.

Expresó que la situación presupuestal de la accionante no integra el objeto del presente accionamiento. No obstante ello, la presupuestación que plantea no le correspondía.

Anotó que de los argumentos invocados por la actora, se desprende que el acto originario creador de una eventual situación lesiva causante de sus agravios refiere a los actos administrativos objeto de las acciones de nulidad impetradas en las Fichas No. 788/11 y 40/13.

Dijo que no corresponde ingresar a un exhaustivo análisis de la situación presupuestal de la accionante, por no integrar el objeto de la

presente acción. Sin perjuicio de ello, se destaca que la actora pasó en régimen de comisión a la URSEC, proveniente de la Administración Nacional de Correos. La ley 18.046 en su art. 109 estableció que el cargo de Secretario General sería de carácter contratado. El Decreto N° 42/008, reglamentario de dicha ley, aprobó la estructura organizativa de la URSEC, y en su art. 6 reiteró que determinados niveles jerárquicos, dentro de los cuales se encuentra el de Secretario General, serían funciones contratadas.

Apuntó que la actora solicitó la presupuestación al amparo de lo dispuesto en el art. 12 de la Ley N° 18.172, pero tal disposición refiere a funcionarios que ingresaron a la Administración en virtud de normativa diferente de la que se aplicó a la recurrente. Así lo entendió el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en sentencia N° 430/2013.

Manifestó que no resulta de recibo lo dicho por la actora respecto a que la ley no ha dispuesto nuevos cometidos a la URSEC. De la lectura armónica del art. 73 de la Ley 17.296, del art. 142 de la Ley 18.719, del art. 145 de la Ley 18.719 y de la Ley 19.009 (que refiere al Régimen General de las Actividades Postales), surge sin hesitación que existió una modificación de las competencias de la URSEC. Ello ha ameritado la organización de sus servicios, conforme a lo dispuesto en su conjunto en las resoluciones impugnadas en obrados.

Sostuvo, en tal sentido, que resultó necesario adecuar la estructura de la Unidad Reguladora a la nueva legislación imperante, y por ende, a las nuevas competencias y cometidos de la misma. Las resoluciones impugnadas tuvieron en consideración: a) la necesidad de adecuar la estructura a los actuales cometidos y competencias, teniendo en cuenta los recursos humanos y logísticos disponibles y su optimización, contemplando

aquellos aspectos de su actual funcionamiento que se consideran adecuados y modificando los que se estimen necesarios; b) la potestad discrecional de determinar o apreciar dónde deben desempeñarse sus funcionarios; c) la asignación de funciones, que constituye una medida de carácter provisorio y revocable.

Respecto de la invocada falta de motivación de la reestructuración del servicio, adujo que tal agravio debe ser desestimado. De los actos surge la motivación. Las razones fueron las modificaciones legales en materia de la competencia y cometidos de la URSEC.

Señaló que la reestructuración de los servicios es una actividad legítima y necesaria del órgano ejecutivo. Es una atribución discrecional de la Administración. En este caso se utilizó el mecanismo de la asignación de funciones. Se redistribuyeron las funciones en la forma en que se consideró más conveniente a los intereses del servicio y sin ocasionar perjuicio a la carrera de la actora.

Con relación a lo invocado por la promotora respecto a que se trataría de una reestructura de la URSEC realizada por un órgano no competente para modificar el Decreto N° 42/008, incumpliendo las previsiones legales vigentes para la reformulación de estructuras organizativas en la Administración Central, dijo que este extremo no resulta de recibo, por cuanto las resoluciones procesadas tratan de una formulación provisorio de funciones. No se crean cargos y por tanto no se contraviene norma alguna. Además, corresponde tener presente el principio consagrado por el art. 59 de la Constitución de la República, que dispone que el funcionario exista para la función y no la función para el funcionario.

Aseveró que no se perjudicó la carrera de la actora ni su remuneración. La resolución del Poder Ejecutivo IE/486 de 19 de diciembre de 2011, que la designó por vía de regularización en el cargo presupuestado de Profesional III, Escalafón A, Grado 12, Serie Profesional, suprimiendo la función contratada de Secretaria General, Escalafón A, Grado 15, Serie Profesional, estableció en su numeral 3° que las diferencias salariales se mantendrán como compensación personal. Por lo que la actora conserva su remuneración.

Añadió que si bien la accionante pasó a revistar en un cargo presupuestal diferente al que ocupaba en el organigrama anterior, mantuvo su nivel funcional tanto a nivel de su carrera administrativa, así como en la posición general de la estructura organizativa y retributiva, por lo que es inexistente la lesión.

Adicionó que no resulta de recibo la situación de inseguridad jurídica invocada, por cuanto la actora ocupa un cargo presupuestado de Profesional III, Escalafón A, Grado 12, Serie Profesional, conservando su remuneración. Por lo que independientemente de la denominación que se atribuya a su puesto de trabajo, no existe una disminución en su categoría laboral y en su presupuestación.

Expresó que mal puede la actora en esta instancia invocar su pretensión de desempeñar funciones contratadas como Secretaria General, en virtud de los resultados de un concurso, cuando fue presupuestada por vía de regularización ingresando a la carrera administrativa como Profesional III, Escalafón A, Grado 12, Serie Profesional. La presente acción tiene por objeto la asignación de funciones y no la situación

presupuestal de la actora. No existe violación a la carrera administrativa de la actora.

En cuanto a la falta de vista previa, contestó que no se está ante un supuesto de indefensión, por cuanto la asignación de funciones dispuesta no le ocasionó un perjuicio ni le creó una situación jurídica dañosa. El acto no estuvo encausado a la aplicación de sanciones o a la imposición de un perjuicio. En este caso, de haberse conferido vista previa, ella no inhibía a la Administración de su potestad discrecional de organizar sus servicios. La falta de vista no hubiera incidido en el contenido del pronunciamiento de la Administración.

En definitiva, solicitó que no se haga lugar a la demanda impetrada.

III) Abierto el juicio a prueba a fs. 26, las partes produjeron la que se encuentra certificada a fs. 104.

IV) Posteriormente, alegaron las partes de bien probado. La actora lo hizo a fs. 108 y ss., y la demandada a fs. 118 y ss.

V) Se confirió vista al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, quien produjo el Dictamen N° 322/2015, a fs. 124, solicitando recabar previamente el pronunciamiento de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

VI) La Comisión Nacional del Servicio Civil se pronunció por Resolución N° 74/2016, a fs. 139, previo asesoramiento de su Oficina de Asuntos Jurídicos y del Área Organización y Gestión del Trabajo, aconsejando la anulación del acto impugnado.

VII) Vueltos los autos al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, éste produjo el Dictamen N° 320/2016, a fs.

143, en el cual coincidió con lo dictaminado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, aconsejando el acogimiento de la demanda incoada.

VIII) Se llamó para sentencia y giraron 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 habilitantes requeridos por la normativa vigente (arts. 4 y 9 de la Ley 15.869), para el correcto accionamiento de nulidad.

II) En obrados, se demandó la nulidad del numeral 2° de la Resolución de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicación (URSEC) N° 132/2012 de fecha 25 de setiembre de 2012, por la cual se resolvió asignar a la accionante las funciones de Gerente de Servicios Postales, cuyo detalle consta en el Anexo II de la resolución (fs. 1 vto. en rojo A.A. en 1054 fojas); y del numeral 1° de la Resolución de la URSEC N° 133/2012 de fecha 25 de setiembre de 2012, por la cual se asignaron al Dr. Oscar MECOL las funciones de Secretario General, hasta la culminación del presente período de gobierno, cuyas funciones se describen en el Anexo I de la resolución (fs. 9 vto. *ibídem*).

Contra los actos impugnados, notificados a la actora con fecha 10 de octubre de 2012 (fs. 6 y 13 *ibídem*), interpuso ésta el día 22 del mismo mes los correspondientes recursos de revocación y jerárquico (fs. 17 ss. *ib.*).

La denegatoria ficta operó con fecha 17 de mayo de 2013, al transcurrir el plazo de doscientos días sin resolución expresa del último recurso.

Finalmente, la acción de nulidad fue entablada en tiempo y forma con fecha 29 de julio de 2013 (nota de cargo a fs. 12 *infolios*).

III) Por Dictamen N° 320/2016, a fs. 143, el Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo aconsejó el acogimiento de la demanda incoada.

IV) El Tribunal, en decisión adoptada por unanimidad, coincidirá sustancialmente con lo dictaminado por la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo, y procederá a acoger el planteo anulatorio impetrado, en mérito a los fundamentos que se desarrollan en los siguientes numerales.

V) **Incompetencia del órgano para el dictado de los actos impugnados. Violación de los requisitos legales establecidos en el art. 6° de la Ley 17.930, en la redacción dada por el art. 7° de la Ley 18.719.**

En forma liminar, resulta prioritario el examen de la cuestión planteada acerca de la competencia de la URSEC para dictar las resoluciones impugnadas, aspecto que fuera planteado por la accionante en su demanda -y que aún de no haber sido alegado igualmente debería ser examinado de oficio, conforme se ha resuelto en diversas oportunidades por la Sede-.

Sostuvo la promotora, en tal sentido, que la reestructura de la URSEC que supone las resoluciones aquí encausadas, ha sido realizada por un órgano no competente para modificar un Decreto del Poder Ejecutivo como lo es el N° 42/008, incumpliendo las previsiones legales vigentes para la Reformulación de Estructuras Organizativas en la Administración Central, dispuestas por el art. 6° de la Ley 17.930, en la redacción dada por el art. 7° de la Ley 18.719.

Y bien. A juicio de la Sede, compartiendo en el punto lo dictaminado por la Comisión Nacional del Servicio Civil y por el Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, asiste razón a la actora en su planteo, extremo que determinará la anulación de las resoluciones atacadas.

En tal sentido, al momento del dictado de los actos impugnados (25 de setiembre de 2012), estaba vigente el art. 6° de la Ley 17.930, en la redacción dada por el art. 7° de la Ley 18.719, que entrara en vigencia el 5 de enero de 2011 y fuera derogado por Ley 19.355 de fecha 19 de diciembre de 2015.

El referido art. 6° de la Ley 17.930, en la redacción vigente a la fecha de dictado de la resolución encausada (dada por el art. 7° de la Ley 18.719), disponía lo siguiente:

"ARTICULO 6°.- Facúltase al Poder Ejecutivo a aprobar las reestructuras organizativas y de puestos de trabajo, previo dictamen favorable de la Oficina Nacional del Servicio Civil, de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y de la Contaduría General de la Nación, en el ámbito de sus respectivas competencias, sin perjuicio de lo establecido en la Ley N° 18.508, de 26 de junio de 2008.

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

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

En el presente caso, resulta claro a juicio de la Corporación que los actos encausados suponen una reestructura organizativa y de puestos de trabajo, desde que implican la creación de la Gerencia de Servicios Postales, disponiendo que la actora pasara a cumplir la función de Gerente de dicha dependencia (Resolución N° 132), lo que supone que aquélla deja de cumplir funciones como Secretaria General, las cuales son asignadas al Dr. Oscar MECOL (Resolución N° 133).

En puridad, las voliciones resistidas imponen una “reestructura de hecho”, en claro desconocimiento de los concursos de oposición y méritos del año 2008 y de la normativa que debe aplicarse en la especie. Si bien en materia de asignación de funciones la Administración ostenta potestad discrecional, no puede al amparo de invocarse ésta, desconocerse abiertamente las normas que rigen en materia de reformulación de estructuras organizativas, ni soslayarse las funciones a las que legítimamente accedió la actora mediante concurso.

La demandada ha pretendido sortear el obstáculo por la vía de señalar que en el caso no se trataría de una reestructura, por lo que no regirían las exigencias de la Ley 17.930.

Expresó, en tal sentido, en la contestación de la demanda: *“Con relación a lo invocado por la actora respecto a que se trata de una reestructura de la URSEC realizada por un órgano no competente para modificar el Decreto N° 42/008, incumpliendo las previsiones legales vigentes para la reformulación de estructuras organizativas en la Administración Central (art. 6 de la Ley 17.930 en la redacción dada por el art. 7 de la ley 18.719), corresponde señalar que este extremo no resulta de recibo, por cuanto como viene de expresarse, las Resoluciones N° 132 y*

133, tratan de una formulación provisoria de funciones, no crea cargos y por tanto no contraviene norma alguna” (fs. 22 infolios).

Sin embargo, a juicio de la Sede, tal argumento de la demandada no parece condecir con la parte expositiva del acto, erigiéndose en un verdadero eufemismo.

Anota al respecto en su fundado voto el Ministro Dr. Eduardo VÁZQUEZ CRUZ: *“Lo cierto es que, aun provisoriamente, la estructura organizativa se estableció por la URSEC, sin cumplir con las formalidades y exigencias legalmente previstas a tales fines.*

El considerando II) de la resolución 132 menciona: “Que por Resolución de esta Unidad Reguladora N° 058/012 Acta 005 de 12 de abril de 2012 se estableció provisoriamente la estructura organizativa de la Gerencia de Gestión y Fiscalización, así como el detalle de sus competencias, entre las que se incluye el contralor de la actividad postal (...)”.

Y el considerando III) de la referida resolución derechamente se alude a “Que es imprescindible que la estructura organizativa de URSEC se adecue a sus actuales cometidos legales y reglamentarios (...) contemplando aquellos aspectos de su actual funcionamiento que se consideren adecuados y modificando los que estimen necesarios” (Vide. fs. 1 voto. a 2 en rojo, pieza 1, en 1054 fojas, A.A.).

En el caso de la resolución 133/2012 de la URSEC, el “visto” es todavía más categórico en cuanto apunta a “El proceso de implementación de la estructura de esta Unidad Reguladora de acuerdo a los nuevos y permanentes requerimientos a efectos de cumplir con los cometidos establecidos por la Ley, a la necesidad de nombrar al nuevo Secretario

General y de asignar funciones a los funcionarios integrantes de la Secretaría General”.

Y luego, en el considerando I) se reitera “Que es imprescindible que la estructura organizativa de URSEC se adecue a sus actuales cometidos legales y reglamentarios (...) contemplando aquellos aspectos de su actual funcionamiento que se consideren adecuados y modificando los que estimen necesarios” (fs. 9 vto. a 10 en rojo, en 1054 fojas, A.A.).

La “asignación de funciones” que recayó sobre la accionante se inserta en el marco de esa estructuración que la URSEC consideró como imprescindible (fs. 2 en rojo, en 1054 fojas, A.A.).

Otro tanto debemos decir respecto a la necesidad de “cubrir a la brevedad, el puesto ocupado por la Dra. Teresita Azambuya en la Secretaría General” (considerando II) de la resolución 133/2012 de la URSEC, a fs. 10 en rojo, en 1054 fojas, A.A.).

La realidad es que aun cuando la estructuración se haya pretendido hacer en forma provisoria, no puede negarse que se trató de una reestructura.

Y ello con independencia de que se hayan creado cargos o que sea hayan asignado funciones “provisoriamente”.

El contenido de los actos encausados implica, por ende, una reestructura organizativa y de puestos de trabajo, realizada dentro de una unidad ejecutora perteneciente a la Administración Central. Y ello tiene por consecuencia que, para que dicha reestructura fuera legítima, debía seguirse el procedimiento previsto en el citado art. 6° de la Ley 17.930, en la redacción dada por el art. 7° de la Ley 18.719, el cual implicaba: aprobación de la reestructura por el Poder Ejecutivo, previo dictamen

favorable de la Oficina Nacional del Servicio Civil, de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, y de la Contaduría General de la Nación; remisión de la reestructura aprobada por el Poder Ejecutivo a consideración de la Asamblea General; plazo de cuarenta y cinco días para que se pronuncie la Asamblea General, vencido el cual, sin opinión en contrario, se entiende aprobada la reestructura (véase a este respecto la Sentencia N° 607/2016, recaído en un caso muy similar al presente, también dentro de la órbita de la URSEC).

VI) En el ocurrente, es por demás claro que no se siguió el procedimiento previsto en la normativa legal que viene de reseñarse, desde que la reestructura organizativa y de puestos de trabajo realizado en la URSEC fue aprobada directamente por la propia Unidad Reguladora, y no por el Poder Ejecutivo, como ordenaba la norma legal citada.

Por lo demás, tampoco se cumplieron las demás exigencias de procedimiento previstos en la disposición legal.

En los hechos, la URSEC adelantó el cumplimiento y ejecución de una reestructura organizativa, sin haber cumplido con todos los pasos que para ello exige la ley.

El art. 6° de la Ley 17.930 no distingue entre estructuras organizativas “provisorias” y “definitivas”, por lo que en todos los casos el órgano competente para su aprobación es el Poder Ejecutivo, siempre y cuando cuente con el dictamen favorable de la ONSC, la OPP y la CGN.

Si la estructura organizativa es modificada por un órgano que no es el Poder Ejecutivo (como ocurre en el caso, en que los actos son dictados directamente por la URSEC), está claro que se infringen las normas de competencia atribuidas por ley, generando con ello una violación a la regla

de Derecho. Y si además dicha modificación se realiza sin el dictamen favorable de los órganos exigidos por la ley, la infracción a la ley es doble.

Lo expuesto determina, por ende, la incompetencia del órgano que dictó los actos encausados, desde que el órgano con competencia para aprobar la reestructura en cuestión era el Poder Ejecutivo, el que debía contar con la opinión favorable de sus oficinas especializadas y además con el visto bueno de la Asamblea General, todo lo cual fue omitido en el caso, en el que los actos de reestructura fueron emitidos directamente por la URSEC.

VII) De este modo, el obrar que asumió la URSEC al dictar los actos administrativos impugnados no está amparado por ninguna norma de aquellas que, en la Teoría General del Derecho, se identifican como “normas de competencia”.

Las llamadas normas de competencia son normas que no ordenan, ni permiten o prohíben la realización de determinadas conductas, sino que establecen las condiciones de validez del dictado de otras normas.

Las normas de competencia permiten calificar como válidas las normas dictadas en el ejercicio de la competencia. En palabras de PRIETO SANCHÍS, las normas de competencia son aquellas que atribuyen a un sujeto u órgano la potestad o competencia para producir, a través de un cierto procedimiento, un resultado institucional que llamamos ley, decreto, sentencia, resolución etc. Las normas de competencia, prevén que, por el hecho de que un sujeto u órgano realice determinada conducta, en el marco de determinadas circunstancias, se obtiene un efecto o resultado normativo -e institucional- determinado.

La infracción de las normas de competencia tiene como consecuencia la nulidad del acto dictado en infracción (Cfme. PRIETO SANCHÍS, Luis: *“Apuntes de Teoría del Derecho”*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 68 a 72. Véase también: MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Josep María: *Introducción a la Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 85 y MENDONCA, Daniel: *Las claves del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2008, p. 48; en la jurisprudencia del Tribunal, véase las Sentencias N° 147/2013 y 753/2015, entre otras).

Al respecto, resulta muy ilustrativo lo expresado por GIORGI, cuando enseña que *“el acto administrativo debe formularse por el órgano o centro de administración competente, es decir, por quien ha sido habilitado jurídicamente para su emisión. Cuando la Administración dicta un acto exorbitando el campo de sus atribuciones, violando las reglas de la competencia, el acto está viciado de incompetencia, en principio, el más grave y el de mayor entidad de los vicios jurídicos”* (Cfme. GIORGI, Héctor, *El Contencioso Administrativo de Anulación*, Montevideo, 1958, p. 199).

VIII) No puede sino convenirse que el vicio jurídico relevado resulta ser el más grave, pues responde a la inobservancia de las reglas que atribuyen poderes jurídicos para emitir actos administrativos.

Como ha dicho la Corporación, citando a MARIENHOFF: *“La violación de las normas sobre competencia determina la nulidad del respectivo acto administrativo. Esto obedece a que la “competencia” representa un requisito o elemento esencial del acto administrativo (...) Para que un acto administrativo sea tenido como acto “regular”, es indispensable que reúna las condiciones esenciales de validez, entre éstas*

que sea dictado por autoridad competente” (“Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, pág. 583)” (Cfme. Sentencia N° 587/2001).

En la dogmática contemporánea, expresa CAJARVILLE: *“Presupuesto de derecho del dictado de un acto administrativo es la existencia de una norma atributiva de competencia a un órgano estatal. Si no existe una norma que atribuya la potestad de dictar el acto que se trata, éste estará viciado por incompetencia. (...) Cuando se trata de una norma que atribuye competencia, la consecuencia imputada consiste en el ejercicio de una potestad por un órgano estatal, potestad (...) de dictar un acto administrativo con determinado contenido” (Cfme. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Sobre Derecho Administrativo, Tomo II*, FCU, 3ª Edición, 2012, pp. 24-25; en igual sentido: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto; “Elementos del acto administrativo”, en *Revista de Derecho Público, Número 41*, año 2012, FCU, p. 33).*

Por lo tanto, faltando un presupuesto para el dictado de los actos impugnados, no cabe sino concluir en su invalidez absoluta, y consecuentemente disponer la anulación de los actos encausados.

IX) Falta de motivación de los actos impugnados.

Adicionalmente, estima la Corporación que los actos administrativos resistidos adolecen además de un vicio en la motivación, por resultar ésta insuficiente, especialmente en lo que refiere a las razones para dejar sin efecto la asignación de funciones de Secretaria General a la actora, y asignarle a ésta las funciones de Gerente de Servicios Postales.

En efecto, más allá de que la fundamentación jurídica deviene ilegítima por cuanto la URSEC no se encontraba legitimada para modificar por sí y ante sí su estructura organizativa, y con independencia que para

ello tampoco se siguió el procedimiento estipulado por la legislación, cabe señalar que la motivación además resulta también insuficiente.

Como bien lo señala la actora, las únicas razones expresadas en las resoluciones, respecto a la necesidad de adecuación de la estructura de la URSEC, son de corte genérico, sin brindar explicación ni justificación para las concretas modificaciones que se realizaron.

Señala en su voto el Ministro Dr. Eduardo VÁZQUEZ CRUZ:

“¿Cuál fue la razón para disponer el pasaje de la actora de su función de Secretaria General (a la cual accedió por concurso y permaneció con calificaciones excelentes) a Gerente de Servicios Postales?

¿Y cuál fue la razón para disponer que la función de Secretaria General la pasara a cubrir el doctor Meco?

La vaguedad de las fórmulas empleadas como que ‘es imprescindible que la estructura organizativa de URSEC se adecue a sus actuales cometidos legales y reglamentarios y contemple el capital humano (...) optimizando su utilización racional, contemplando aquellos aspectos de su actual funcionamiento que se consideren adecuados y modificando los que se estimen necesarios’ o que ‘es potestad discrecional de la Administración determinar el lugar donde sus funcionarios deben desempeñarse o desarrollar su labor’, no son razones que expliciten y fundamenten el cambio de funciones de la Dra. Teresita Azambuya.

Y tampoco lo es el hecho que ‘la asignación de funciones constituye una medida de carácter provisorio’”.

De este modo, es por demás claro que no se esgrimen en el cuerpo de las resoluciones impugnadas, en forma precisa y concreta, las razones que

llevaron a la Administración a adoptar las decisiones de marras, ni tampoco luce una remisión a algún dictamen anterior en que se fundamenten aquéllas.

En función de ello, no es posible para la accionante conocer cuáles fueron los criterios tomados en cuenta por la Administración para dictar los actos atacados, lo que ciertamente limita sus posibilidades de defensa.

Aun en la posición sostenida tradicionalmente por la mayoría del Tribunal, de acuerdo con la cual la motivación puede surgir de los antecedentes administrativos -tesis con la cual este redactor discrepa, como ha tenido oportunidad de desarrollar en anteriores ocasiones-, de todos modos corresponde en el caso el acogimiento de la demanda anulatoria por falta de motivación, pues la fundamentación de las decisiones resistidas tampoco surgen de los antecedentes.

La exigencia de motivación del acto administrativo se funda en la defensa del debido proceso y en la necesidad del real conocimiento por parte de los administrados de los motivos que tuvo la Administración para dictar la volición que los afecta.

En el *casus*, la accionante no tuvo oportunidad de conocer cuáles fueron las razones por las cuales se decidió que dejara de cumplir funciones como Secretaria General (a las que había accedido mediante concurso público y abierto), ni los fundamentos por los cuales se entendió que ella era la funcionaria apropiada para encargarse de las funciones de Gerente de Servicios Postales.

X) El Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene como competencia controlar, entre otras, la legalidad de los actos administrativos, y en esa legalidad está la motivación, y frente a la

motivación se presenta como defensa de los funcionarios y de todos los administrados el bloque constitucional de los derechos humanos. En ese marco, la Administración tiene que fundar suficiente y adecuadamente sus actos, para de esa manera otorgar las mayores garantías.

Enseña DURÁN MARTÍNEZ que la motivación es la justificación del acto administrativo efectuada con la expresión de los motivos determinantes y la finalidad perseguida, de manera que se pueda entender la decisión como correcta o aceptable (Cfme. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “Motivación del acto administrativo y buena administración” en AA.VV., *Ética; Estado de Derecho; Buena Administración*, Universidad Católica del Uruguay, 2013, pág. 136).

Según FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, la motivación no constituye un recaudo de legitimidad, sino que es la legalidad del acto administrativo, pues justifica el cumplimiento de los elementos normativos y de los valores de apreciación sobre el mérito y la razonabilidad. Agrega que “(...) *la motivación no sólo tiene por finalidad conocer con mayor certeza y exactitud la voluntad que se manifiesta en el acto administrativo, sino hacer posible su control o fiscalización, estableciendo la necesaria relación de causalidad entre los antecedentes de hecho, el derecho aplicable y la decisión adoptada*” (Cfme. FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, Emilio, *Diccionario de Derecho Público*, págs. 506/507).

Expresa DURÁN MARTINEZ que el motivo es el fundamento de hecho o de derecho del acto administrativo; y que por motivación debe entenderse la expresión del motivo que fundamenta el acto; siendo así, un vicio en el motivo es un vicio de fondo, mientras que un vicio en la motivación es un vicio de forma. Agrega el autor que resulta incuestionable

que la obligación de motivar los actos administrativos está íntimamente vinculada a derechos inherentes a la personalidad humana (en la terminología del art. 72 de la Constitución de la República) no escritos: el que tiene un individuo de conocer el motivo de las disposiciones que se le aplican y el poder de impugnarlas en caso de que le causen agravio, que derivan respectivamente del derecho a conocer la verdad y del derecho a defenderse de las agresiones ilegítimas. De la naturaleza específica de ser racional del hombre, nace el derecho a averiguar la verdad. Y el hombre siempre, en todos los órdenes ha tratado y trata de averiguar la verdad. Con mucha más razón tiene el derecho a hacerlo respecto de la actividad de la Administración, por lo menos en lo que le es atinente, pues aquella sólo puede actuar legítimamente en vistas a la obtención del bien común. Por lo demás, sin conocer los motivos del acto administrativo, mal se puede ejercer el legítimo derecho de defensa frente a la Administración agravante, derecho incluso constitucionalmente protegido (art. 66 y 72 de la Constitución de la República) (Cfme. DURÁN MARTINÉZ, Augusto: “La obligación de motivar: un principio general de Derecho Administrativo”, en *Rev. Uruguay de Estudios Administrativos*, Año II, N° 2, pág. 100).

GARCÍA de ENTERRÍA y FERNÁNDEZ expresan también que la motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional, sino que 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 (Cfme. Eduardo GARCÍA de ENTERRÍA - Tomás - Ramón FERNÁNDEZ: “Curso de Derecho Administrativo” T. I, pág. 555).

Por su parte, en relación al ejercicio de facultades discrecionales por parte de la Administración, enseña Tomás Ramón FERNÁNDEZ que elegir una u otra opción legítima “(...) *es su derecho, pero razonar el porqué de su elección es su deber, su inexcusable deber. El mero “porque sí” está constitucionalmente excluido, como lo está la nada infrecuente apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto*” (Cfme. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: “Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional”, Palestra, Lima, 2006, pág. 143).

Como ilustra el autor en otro pasaje de su obra: “*El mero porque sí, puro poder de mando que se agota en la sola voluntad de quien lo ejerce porque prescinde de razones objetivas exhibibles que puedan justificar sus decisiones, quedó desde entonces erradicado, porque un poder tal introduce el azar donde debiera brillar la previsibilidad (...) La Administración tiene, pues libertad de elegir dentro de los márgenes previamente definidos una solución u otra dentro de las varias, pocas o muchas que en cada caso concreto de que se trate se le presenten como posibles. En eso consiste, ya lo he dicho, su poder discrecional, en cuyo ejercicio no puede el juez sustituirla. Pero se debe justificar su elección, porque el suyo no es ni puede ser un liberum arbitrium, aportando razones capaces de sustentarla*” (Cfme. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: “Discrecionalidad...”, cit., págs. 307 y 391).

Específicamente, en nuestro ordenamiento jurídico, existe la obligación de motivación del acto administrativo. Así, el art. 21 del Decreto N° 30/003 establece: “*El funcionario debe motivar los actos administrativos que dicte, explicitando las razones de hecho y de derecho*”

que lo fundamenten. No son admisibles fórmulas generales de fundamentación, sino que deberá hacerse una relación directa y concreta de los hechos del caso específico en la resolución, exponiéndose además las razones que con referencia a él en particular justifican la decisión adoptada.

Tratándose de actos discrecionales se requerirá la identificación clara de los motivos en que se funda la opción, en consideración al interés público”.

En conclusión, en la especie, la fundamentación de los actos impugnados es ciertamente insuficiente, y ello tiene por consecuencia su invalidez.

XI) Finalmente, resta anotar que el intento de motivación *ex post facto* realizado por la Administración al contestar la demanda de obrados, resulta claramente extemporáneo e infructuoso para sanear el vicio que afecta a los actos en causa.

En efecto, ello constituye una motivación póstuma y por ende irregular, inhábil para sanear la ilegitimidad de los actos impugnados.

Tal como ilustra PÉREZ BENECH: *“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" (Cfme. 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; en la jurisprudencia del Tribunal, véase entre otras las Sentencias N° 834/2016, 202/2015 y 586/2013).

XII) Respecto a la ausencia de vista previa alegada por la actora.

Por último, para el Ministro redactor de este pronunciamiento, en posición discrepante con el resto de los colegas firmantes del fallo, también asiste razón a la actora en el agravio relativo a la falta de vista previa.

En tal sentido, en consonancia con la posición expuesta en la Sentencia N° 563/2016, estima este redactor que en casos como el presente, en el cual los actos encausados han sido dictados de oficio y suponen ciertamente un perjuicio para la funcionaria, corresponde conferirle vista previa a efectos de que pueda articular debidamente su defensa y eventualmente ofrecer sus probanzas.

En efecto, emerge de obrados que la actora ha sido apartada de las funciones de Secretaria General, que venía desempeñando desde hace años en mérito a haber ganado un concurso llamado a tal efecto en cumplimiento de disposiciones legales y reglamentarias. Por ello, se considera por este redactor que tal decisión, más allá de su regularidad o irregularidad jurídica, causa en los hechos un perjuicio a la actora, por lo que entonces correspondía, previamente a su emisión, el otorgamiento de una oportunidad a la funcionaria para que esgrimiera las defensas que entendiera correspondientes.

El derecho a defenderse en la vía administrativa es una garantía que tiene consagración constitucional (arts. 12, 66 y 72 de la Carta), legal (art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica) y también reglamentario -mera especificación de aquellas disposiciones de superior valor y fuerza- (arts. 75 y 76 del Decreto 500/991).

Como enseña CAJARVILLE, si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, con motivo de la aplicación de sanciones o de la imposición de cualquier perjuicio a un administrado, deberá darse vista al interesado por el término de diez días antes de dictarse resolución para que pueda presentar sus descargos y las correspondientes probanzas y articular sus defensas (art. 76 del Decreto 500/991) (Cfme. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “Procedimiento Administrativo”, Idea, Montevideo, 1997, pág. 109).

La oportunidad de efectuar descargos en forma previa al dictado de un acto que pudiere irrogar un perjuicio a los administrados, vale insistir, es un derecho de rango constitucional, tal como lo establece la más prestigiosa doctrina y la jurisprudencia constante de este Tribunal.

En suma, en la especie, tratándose de un procedimiento iniciado de oficio, con motivo de la imposición de “cualquier perjuicio a un administrado”, estima el Ministro redactor Dr. José ECHEVESTE que correspondía dar vista a la interesada antes de dictarse resolución, para que ésta pudiera presentar sus descargos, ofrecer las correspondientes probanzas y articular sus defensas. La ausencia de vista previa supone entonces, a su juicio, un vicio invalidante de los actos encausados.

XIII) Por el contrario, a juicio de la mayoría de la Sede, integrada por los Ministros Dr. Alfredo GÓMEZ TEDESCHI, Dr. Eduardo VÁZQUEZ CRUZ, Dr. Juan Pedro TOBÍA y Dra. Alicia CASTRO, el agravio relativo a la falta de vista previa no resulta de recibo.

En primer lugar, porque la Administración efectivamente cuenta con un poder discrecional que, si es utilizado con razonabilidad, no requiere el

conferimiento de vista al funcionario para decidir la función en que habrá de desempeñarse.

En este plano, de ejercicio discrecional en el que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario (art. 59 de la Constitución de la República), consideró la mayoría que no resulta procedente que aquel tenga que tener una instancia previa donde se le otorgue “el derecho a ser oído” o a “articular defensas”.

Si detrás del ejercicio discrecional de la asignación de funciones por parte de la Administración pudiera vislumbrarse algún elemento indicador de un *ius puniendi*, podría pensarse en la pertinencia de la vista previa. Pero en el caso de autos, donde la asignación de funciones no parece obedecer a ningún reproche disciplinario encubierto hacia la actora, no se advierte la necesidad de que se le confiriera una instancia de un contradictorio.

En definitiva, por los fundamentos expuestos, y atento a lo preceptuado en el art. 309 de la Constitución Nacional, y arts. 23, 24 y 25 del Decreto-Ley 15.524, el Tribunal,

FALLA:

Ampárase la pretensión anulatoria incoada y, en su mérito, anúlense los actos administrativos encausados, en sus fases impugnadas.

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, Dr. Tobía, Dr. Echeveste (r.), Dr.
Vázquez Cruz.

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).