

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 2 de junio de 2015.

No. 422

VISTOS :

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "MOTA CUTINELLA, MARIANA ISABEL con SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Acción de nulidad" (Ficha No. 582/2013).

RESULTANDO :

I) Que, con fecha 2/9/2013, compareció la actora promoviendo demanda de nulidad contra la Resolución de la Suprema Corte de Justicia N° 70, de fecha 15 de febrero de 2013, en virtud de la cual se dispuso su traslado del cargo de Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 7° Turno, al cargo de Juez Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 1° Turno.

En su demanda, la actora se agravió del traslado dispuesto por razones formales y sustanciales.

Expuso que no fue cumplido el requisito de la vista previa al Fiscal de Corte, conforme dispone el art. 246 de la Constitución.

En lo sustancial, adujo que la impugnada adolece de orfandad argumentativa, carece de la motivación requerida por el art. 2 de la Acordada 7400, correlato del Decreto 500/991 en el ámbito del Poder Judicial.

Agregó que tampoco fluye la motivación del proceso de formación de la voluntad administrativa.

Realizó una reseña de sus antecedentes funcionales y su formación en la materia penal, luego de lo cual sostuvo que no es de recibo el intento de motivación superviniente.

Señaló que el criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia a través de la prensa, en relación a que no es bueno el estancamiento, no se entiende,

visto que la formación permanente no se verifica respecto de otros jueces; tampoco se justifica que se trate de mejor destino; se esgrime en la contestación del recurso interpuesto que el traslado es horizontal, pero en manifestaciones a la prensa se dijo que es traslado de ascenso, lo que evidencia que el mismo no es inocuo.

Concluyó que no se conoce cuál es el interés general que motiva a la Corte a decidir su traslado.

Sostuvo, asimismo, que existen indicios suficientemente calificados para determinar, en la especie, la desviación de poder; las manifestaciones de los máximos jerarcas del Poder Judicial, en la prensa escrita, radial y televisiva deben considerarse motivos del acto administrativo, por cuanto fueron expresadas por los mismos jerarcas que lo decidieron; tales expresiones no fueron controvertidas al ser incorporadas en la demanda recursiva, por lo que deben tenerse por ciertas.

Añadió que también mediaron críticas hacia su persona por las posiciones jurídicas sustentadas, llegando algunas personalidades políticas a solicitar su traslado.

Indicó que luego del traslado, importantes actores del Poder Judicial, así como organizaciones nacionales e internacionales, se pronunciaron señalando su preocupación y rechazo a la medida.

Señaló también como hipótesis, ante la falta de fundamentación, que el traslado puede deberse a la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831.

En definitiva, solicitó la anulación de la resolución impugnada, en lo que respecta a su traslado, por prescindir de un elemento esencial en un Estado de Derecho como es la motivación del acto administrativo, por obviar un requisito constitucional, y por haber sido dictado con desviación de poder, cuestionando su honor y reputación, menoscabando su perfil profesional, afectando su carrera funcional y lesionando su autonomía técnica.

II) Conferido traslado del accionamiento, la demandada lo contestó y abogó por su rechazo.

Expresó que no han sido lesionados los derechos de la actora por el acto administrativo que se pretende anular; la accionante no es titular de un derecho o interés jurídicamente protegido a la inamovilidad en la materia en que desempeña funciones, aun cuando se hubiera capacitado especialmente para ello, razón por la cual, carece de legitimación para petitionar la nulidad del acto que la dispuso.

Sostuvo que la inamovilidad que la accionante pretende proteger a través de este proceso, no le otorga el derecho interno (arts. 246 y 59 de la Constitución), ni tampoco el derecho internacional individualizado por la actora; los antecedentes jurisprudenciales citados, así como opiniones doctrinarias en relación al Estatuto del Juez Iberoamericano y la Carta europea sobre el Estatuto de los Jueces, no rigen con carácter obligatorio en nuestro país.

Recalcó que el acto administrativo impugnado no es contrario a ninguna regla de Derecho.

Señaló que los motivos del mismo surgen del propio acto administrativo de que se trata, a saber: la necesidad de disponer traslados y proveer vacantes de magistrados, y razones de servicio vinculadas, según conveniencia y oportunidad a su provisión; los arts. 239 y 246 de la Constitución le atribuyen competencia originaria, exclusiva y excluyente para actuar en los términos que lo hizo, en relación al traslado de cuatro magistrados, entre ellos el de la accionante; el acto fue dictado en ejercicio de un poder-deber conferido por la Carta Fundamental y reiterado por el art. 55 de la Ley 15.750.

Agregó que, en la medida que no se dispuso disminución de grado y remuneración de ninguno de los magistrados involucrados en la misma, y que en el caso de la actora la designación no supuso tampoco, cambio alguno del lugar geográfico en que desempeña funciones, el acto se encuentra debidamente motivado, razón por la cual carecen de sustento las afirmaciones realizadas en sentido contrario por la accionante.

Afirmó que el movimiento que la involucra también se inscribe en el normal funcionamiento de la carrera judicial, al igual que en el traslado de los otros magistrados; cuando el traslado se realiza por las razones de servicio aludidas, sin afectar derechos o intereses jurídicamente protegidos, sin afectar la carrera judicial, la remuneración del magistrado, el lugar geográfico en que desempeña funciones, y su autonomía técnica, no es necesario la explicitación de las razones de servicio que peticona la actora; las razones de servicio deben ser evaluadas por la Suprema Corte de Justicia con una mirada global, según conveniencia y oportunidad, teniendo en cuenta el interés general, como se hizo en el caso, y en la medida que no se afectan derechos particulares, es suficiente la motivación constitucional realizada, como se hizo siempre.

No compartió el criterio de la actora en referencia al interés jurídicamente protegido que considera tener, a la inamovilidad en materia penal, en virtud de haberse capacitado, pues ello vaciaría de contenido la norma constitucional que faculta a la Corporación a disponer traslados de magistrados que se encuentren en esa situación, y sería nocivo para el sistema, atento a que podría obstaculizar la rotación de los magistrados y su propia carrera administrativa.

Agregó que la actora no considera que ese año y el anterior, se dispusieron más de cien movimientos en los que se procedió de esa forma.

Sostuvo luego, en lo que refiere al agravio de no haber sido oído el Sr. Fiscal de Corte, que se trata de un proceder de larga data, adoptado con anterioridad por la Suprema Corte de Justicia con otras integraciones, en forma genérica y no exclusiva, lo que permite descartar que la omisión haya tenido una finalidad discriminatoria.

Añadió que la actora nunca cuestionó en sus movimientos anteriores la ausencia de vista al Sr. Fiscal de Corte; tanto la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo como la doctrina nacional, ha considerado en aplicación del principio de trascendencia, que ello no causa invalidez del acto administrativo y, por ende, no es anulable.

Negó haber actuado con desviación de poder; ésta no se configura si se tiene en cuenta que el acto administrativo impugnado ha sido dictado en atención al fin establecido expresamente en el precepto constitucional en que se fundamenta.

Adicionó que el traslado de la recurrente no es el primero ni el único que se enmarca dentro de un movimiento horizontal; el traslado de la accionante no obedeció a la imposición de sanción alguna, no constituyó disminución de cargo, grado o de remuneración, ni cambio geográfico, habiéndose dispuesto por razones de buen servicio, a fin de cubrir vacantes generadas en la judicatura, en el marco de las facultades que la Constitución confiere a la Suprema Corte de Justicia, teniendo presente el principio rector conforme al cual, el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario (art. 59 Const.).

Rechazó las asociaciones que realiza la accionante en cuanto a que el traslado puede vincularse con la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831; las causas sobre Derechos Humanos que tramitaron en su juzgado, han seguido sustanciándose normalmente y sin ningún obstáculo; aun cuando la actora hubiera tenido en sede penal más de 50 causas de Derechos Humanos, cantidad que se controvierte, es claro que todos los jueces del país, cual sea la materia asignada, trabajan constantemente en dichos temas, constituyéndose en garantes del ejercicio efectivo de los Derechos Humanos.

Concluyó que no fueron afectados los derechos a la honra, carrera administrativa y autonomía técnica; el acto fue motivado en los términos que exige la Constitución, y la desviación de poder que aduce la accionante no se ha configurado.

III) Abierto el juicio a prueba, se produjo la certificada a fs. 67.

Alegaron las partes por su orden (la actora a fs. 70-79 y la demandada a fs. 82-90).

IV) Se confirió vista al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, quien se expidió en Dictamen No. 465/2014, a fs. 93. 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 de la Resolución N° 70 dictada por la Suprema Corte de Justicia con fecha 15 de febrero de 2013, por lo cual se dispuso el traslado de una serie de Magistrados, entre ellos la accionante, quien desempeñaba el cargo de Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 7° Turno y fue trasladada al cargo de Juez Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 1° Turno (fs. 209 A.A.).

Contra el acto impugnado, que fuera conocido por la actora el día 15 de febrero de 2013 (conforme sus dichos no controvertidos), se interpuso en plazo el correspondiente recurso de revocación, el día 25 del mismo mes (fs. 196 A.A.).

El recurso de revocación interpuesto fue desestimado en forma expresa mediante la Resolución N° 406/13 dictada por la Suprema Corte de Justicia con fecha 18 de junio de 2013 (fs. 256 A.A.), notificada a la actora el día 20 del mismo mes (fs. 260 vto. A.A.).

Finalmente, la demanda de nulidad fue introducida en tiempo útil, el día 2 de setiembre de 2013 (fs. 2 de autos).

III) Los argumentos que sustentan las partes se encuentran explicitados en el capítulo de RESULTANDOS, a los cuales corresponde remitirse "*brevitatis causae*".

IV) Por Dictamen N° 465/2014, a fs. 93, el Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo aconsejó el rechazo de la demanda incoada.

V) El Tribunal, en decisión adoptada por mayoría, compartirá lo dictaminado por la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo, y procederá a desestimar el planteo anulatorio impetrado, en mérito a los fundamentos que se desarrollan en los siguientes numerales.

VI) **Respecto de la legitimación activa y la lesividad del acto impugnado.**

En lo inicial, corresponde despejar acerca de la legitimación activa de la promotora y de la lesividad del acto administrativo procesado, desde que las mismas son cuestionadas por la demandada en su escrito de contestación, en el cual señala: “(...) entendemos que la accionante, en su carácter de Juez Letrado con efectividad en el cargo, no es titular de un derecho o interés jurídicamente protegido a la inamovilidad en la materia en que desempeña funciones en el cargo referido, aun cuando se hubiera capacitado especialmente para ello, razón por la cual, de conformidad a lo dicho precedentemente, carece de legitimación para petitionar la nulidad del acto administrativo que la dispuso” (fs. 30 vto. *infolios*).

Al respecto, la Sede estima necesario resaltar una vez más que la lesividad no define la situación jurídica tutelable, pues de ser así, solamente tendrían legitimación causal activa los justiciables gananciosos (esto es, quienes obtuvieran un fallo anulatorio), extremo que no puede ser compartido.

En efecto, la legitimidad de un acto no define la legitimación de los actores en el proceso contencioso-anulatorio, y así se ha encargado de resaltarlo el Tribunal en las recientes Sentencias Nos. 126/2013, 304/2013, 763/2013 y 289/2014, entre otros pronunciamientos.

Sostiene en tal sentido la Corporación que “La legitimación en la causa surge de hallarse situado en una determinada situación jurídica subjetiva (derecho subjetivo o interés legítimo, el que además debe ser directo y personal), extremo que es totalmente independiente de la legitimidad o ilegitimidad del acto que se resiste con el accionamiento.

La legitimación reclamada para accionar es previa o preexistente a que se determine el arreglo o desarreglo a Derecho del acto administrativo objeto de la acción de nulidad. Dicho en otros términos: no nace como consecuencia de la inobservancia del Derecho por el acto encausado.

Debe reconocerse que es el propio texto del art. 309 de la Carta el que da lugar al malentendido. Empero, como bien advertía GIORGI:

“Cuando en el inc. 3º del art. 309 de la Constitución se dice que la acción de nulidad solo podrá ejercitarse por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por un acto administrativo, se padece una confusión conceptual evidente por el constituyente.

En efecto, el texto constitucional enumera equivocadamente como una causa de admisibilidad de la acción, una exigencia de fondo, indispensable para el éxito de la pretensión que en ella se deduce: la violación o lesión por la decisión administrativa impugnada de un derecho o un interés directo, personal y legítimo.

Surge del texto citado que si no se ha vulnerado un derecho o un interés legítimo no es posible ejercitar válidamente la acción de nulidad.

Y ello no es así, en razón de que la posibilidad de la acción no arguye sobre la pertinencia del Derecho. Precisamente, la determinación de si hay o no violación de un derecho o de un interés legítimo, constituye el objeto del juicio, la cuestión de fondo a resolver en la sentencia. La interpretación contraria llevaría al absurdo señalado: únicamente podría ejercer la acción de nulidad quien reclamara legítimamente, en otros términos, con derecho, contra la Administración.

Sólo estaría en condiciones de accionar aquel que necesariamente debe obtener sentencia favorable en el juicio, aquel a quien el Tribunal le debe dar la razón” (GIORGI, Héctor: “El Contencioso Administrativo de Anulación”, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, Montevideo, 1958, págs. 139 y 140).

(...) La situación jurídica que legitima a accionar es un presupuesto del examen de regularidad del acto y existe o no existe antes de que se determine la legitimidad o ilegitimidad del acto, pues justamente, es un presupuesto que habilita examinar la regularidad del acto que se enjuicia. La situación jurídica legitimante del accionamiento no se produce a consecuencia de un obrar administrativo desarreglado a Derecho” (Cfme. Sentencia N° 289/2014).

Como lo explica con su habitual maestría el Prof. Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, la situación de interés legítimo no es una situación reaccional, que surja como consecuencia de la ilegitimidad del obrar administrativo. Textualmente dice este autor: *“Tampoco puede admitirse que nuestro Derecho conciba al interés legítimo como una “situación reaccional” que se perfeccionaría con la violación de una norma, porque del art. 318 de la Carta surge que el interés legítimo preexiste a la actividad ilegítima que lo lesione e incluso a toda actividad, legítima e ilegítima”* (Cfme. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “Breve presentación de la jurisdicción contencioso administrativa uruguaya”, *Sobre Derecho Administrativo*, T. II, FCU, Montevideo 2008, pág. 576).

El autor ha insistido con este punto, al señalar que de acuerdo con nuestra Constitución, la situación jurídica de interés legítimo no puede concebirse -como sucede en el Derecho italiano- como una situación que se perfecciona con la violación de una norma (o como una situación jurídica reaccional, al decir de Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ).

En este sentido, señala CAJARVILLE que *“Esta posición no es admisible como interpretación de la Carta uruguaya, porque de sus disposiciones, y muy especialmente de su art. 318, surge claramente que el interés legítimo preexiste a la actividad legítima que lo lesiona e incluso a toda actividad legítima o ilegítima. La preexistencia de la situación de interés legítimo con respecto a la actividad de la entidad estatal, además, es la que hace posible que ésta lesione el interés legítimo, como prevén explícitamente los arts. 258, 309 inc. 3°; mal*

podría concebirse que la actividad de la entidad estatal, siendo ilegítima fuera lesiva de la situación jurídica, si fuera ella precisamente la que le diera origen” (Cfme. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “Apuntes sobre el concepto de “interés legítimo” en la Constitución uruguaya”, Revista de Derecho Público, No. 42, Montevideo, 2012, pág. 20).

VII) Pues bien; en el presente caso, con independencia del ajuste o desajuste a Derecho del obrar administrativo, aspecto que será analizado en los siguientes apartados, resulta indudable que la actora tiene un derecho o interés protegido por el Derecho, que le permite contender para que se ejercite un contralor jurisdiccional sobre la legitimidad del obrar administrativo (art. 309 de la Constitución de la República y art. 25 inciso primero del Decreto-ley No. 15.524).

En efecto, la actora es una funcionaria judicial que por intermedio del acto encausado fue trasladada de un cargo a otro, por ende se encuentra inequívocamente comprendida en el alcance subjetivo de la volición atacada, circunstancia que la habilita a entablar la presente acción anulatoria. La accionante cuenta entonces con una situación jurídica subjetiva que la habilita a promover la presente pretensión anulatoria contra dicha resolución, desde que tiene derecho a reclamar el contralor jurisdiccional respecto a que su traslado funcional se haya efectuado de acuerdo a Derecho.

Por lo expuesto, la Sede entiende que la defensa articulada por la Administración demandada, concerniente a la falta de legitimación de la actora, debe ser rechazada; correspondiendo, en consecuencia, ingresar a analizar el fondo de la cuestión planteada.

VIII) **Análisis de los agravios ensayados por la actora.**

De la lectura de la demanda entablada por la accionante contra el acto administrativo encausado, emerge que la misma esgrime básicamente tres agravios: a) falta de audiencia previa del Fiscal de Corte; b) insuficiente y

defectuosa motivación de la resolución atacada; c) desviación de poder en la actuación de la Suprema Corte de Justicia.

A juicio de la mayoría de la Corporación, ninguno de los agravios resulta de recibo, conforme pasará a analizarse.

IX) Respecto de la omisión de conferir vista al Fiscal de Corte.

La actora sostuvo en primer lugar que no fue cumplido el requisito de la vista previa al Fiscal de Corte, conforme dispone el art. 246 de la Constitución.

La demandada no controvierte que se omitió oír al Fiscal de Corte en forma previa al dictado de la resolución de traslado, pero aduce que, en aplicación del principio de trascendencia, tal omisión no causa invalidez del acto administrativo impugnado, por cuanto se trata de un dictamen no vinculante.

En relación a este punto, la Sede ha tenido oportunidad de pronunciarse en anteriores ocasiones ante supuestos análogos al presente, descartando que la irregularidad anotada tenga trascendencia suficiente para determinar la nulidad de las actuaciones.

En tal sentido, en la Sentencia N° 737/2006 señala el Tribunal: “En lo que refiere a las objeciones relativas al incumplimiento de formalidades para adoptar la decisión cuestionada, si bien es cierto que en el caso concreto no se recabó la opinión del Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, como requiere el art. 246 de la Carta, dicha omisión no reviste trascendencia respecto del contenido de la volición en proceso. La norma citada dispone que, cuando la Suprema Corte de Justicia traslade a un juez letrado por razones de buen servicio, podrá hacerlo cumpliendo ciertos requisitos allí establecidos y “...*después de oído el Fiscal de Corte...*”. A su vez, el art. 8 del D.Ley 15.365 llamado Ley Orgánica del Ministerio Público y Fiscal, cuando describe las competencias del Fiscal de Corte, incluye en el N° 2 la de “*asesorar a la Suprema Corte de Justicia en los trámites que correspondan al despacho administrativo de la Corporación*”. Sin embargo, en ningún caso se ha establecido que el dictamen u

opinión que pueda emitir el Fiscal de Corte en esos casos, sea vinculante para el máximo órgano judicial. De modo que la resolución adoptada por la Corte sin cumplir el requisito formal de audiencia previa de su Fiscal, podrá adolecer de irregularidad pero no necesariamente ve afectado el contenido jurídico ni la validez de la decisión administrativa. En tales casos, haciendo caudal del principio de trascendencia (*pas de nullité sans grief*) este Tribunal ha sostenido en forma pacífica y reiterada, que teniendo el dictamen un carácter meramente consultivo, su omisión no vicia de nulidad sustancial el acto dictado (Sents. 589/90; 394/92; 400/92; 224/94; 72/00; 75/05). Opinión, por otra parte, que encuentra respaldo en la doctrina más recibida (SAYAGUÉS LASO, E. “Tratado...” T. II pág. 445 nota al pie N° 4; y GIORGI, H. “El Contencioso Administrativo de Anulación” pág. 201 y ss.)” (Cfme. Sentencia N° 737/2006).

En el mismo sentido se pronunció la Corporación por Sentencia N° 586/2012, con integración del Cuerpo similar a la actual. Se señaló allí que, “en lo que se refiere a la objeción relativa a que no se recabó la opinión del Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, como requiere el art. 246 de la Carta, es de parecer del Cuerpo que dicha omisión no reviste la trascendencia necesaria como inficionar el contenido de la volición en proceso”, remitiéndose luego a la ya citada Sentencia N° 737/2006.

En resumen, si bien es cierto que existió una irregularidad procedimental, ya que el art. 246 de la Constitución dispone que cuando la Suprema Corte de Justicia traslade a un Juez Letrado por razones de buen servicio, podrá hacerlo cumpliendo ciertos requisitos allí establecidos y “después de oído el Fiscal de Corte”, se estima de acuerdo con los pronunciamientos jurisprudenciales reseñados que el vicio anotado carece de relevancia suficiente para inficionar de nulidad al procedimiento, por lo que se considera de rechazo el agravio expresado por la actora.

X) Respecto de la motivación del acto impugnado.

La accionante adujo que la resolución atacada adolece de orfandad argumentativa, en tanto carece de la motivación requerida por el art. 2° de la Acordada 7400, correlato del Decreto N° 500/991 en el ámbito del Poder Judicial. Agregó que tampoco fluye la motivación del proceso de formación de la voluntad. Sostuvo que no es de recibo el intento de motivación superviniente. Concluyó que no se conoce cuál es el interés general que motiva a la Corte a decidir su traslado.

Entiende la mayoría de la Corporación que el agravio tampoco resulta de recibo.

En palabras de MARIENHOFF, la motivación idónea o eficaz requiere que ella sea “suficiente para apreciar con exactitud los motivos determinantes del acto.” (Cf. MARIENHOFF, Miguel: “Tratado de Derecho Administrativo” T. II, pág. 335/336).

En la especie, aunque escueta, la motivación esgrimida se advierte suficiente a los fines explicitados. En efecto, las designaciones dispuestas por la SCJ mediante la resolución impugnada se adoptaron visto “la necesidad de disponer traslados y proveer vacantes de Magistrados” y en atención a “razones de servicio”, todo lo cual surge del cuerpo del acto administrativo en estudio, sin que sea necesario ir a buscar la fundamentación a los antecedentes.

Asimismo, el acto atacado invoca como fundamento normativo lo establecido en el art. 239, ord. 6°, de la Constitución (probablemente se trate de un error de tipeo, pues el ordinal del art. 239 que refiere a la designación de los jueces letrados no es el 6° sino el 5°), y el art. 55, num. 3°, de la Ley 15.750.

XI) El Tribunal se ha pronunciado anteriormente respecto de otros traslados de magistrados del Poder Judicial, decididos también por “la necesidad de proveer vacantes” y en atención a “razones de mejor servicio”, hipótesis ante las cuales ha entendido que la motivación resultaba correcta y suficiente.

Así se sostiene en la ya citada Sentencia N° 737/2006, en la que se indica: “En cuanto a los agravios sobre el contenido del acto, el Cuerpo entiende que la Resolución cuestionada resulta del ejercicio de las potestades constitucionales de que está asistida la Suprema Corte de Justicia en orden a la organización del Poder Judicial. En tanto el ejercicio de este Poder corresponde a todos y cada uno de los miembros de la judicatura en el ámbito de sus respectivas competencias (art. 233 de la Constitución), y a la Suprema Corte la organización del servicio, disponiendo, entre otras cosas, el nombramiento de los jueces letrados (art. 239 N° 5 de la Constitución), desde ese punto de vista no se advierte que la actuación en proceso se traduzca en una desviación de poder o afecte la buena administración ni el servicio de Justicia. El nombramiento de jueces es, quizás, una de las más importantes funciones asignadas por la Carta a la Suprema Corte de Justicia. Dicha Corporación ejerció su potestad discrecional con respecto a la designación de magistrados, no siendo pertinente discutir su competencia para adoptar medidas conducentes a prestar con la mayor eficiencia el servicio cuya dirección y contralor le incumbe de manera exclusiva y privativa.

Con respecto a la -según el actor- defectuosa motivación del acto impugnado, el Tribunal considera que no hay tal cosa. Los motivos invocados por la demandada al emitir la resolución 312/03 consistieron en la existencia de vacantes en cargos de la judicatura y la necesidad de designar titulares para dichos cargos. Tal como se dijo, y según el ya citado art. 233 de la Constitución, es uno de sus cometidos principales. Pero además, al resolver el recurso de revocación mediante la resolución 311/03, la Corte manifestó que había tenido en cuenta “razones de mejor servicio” para disponer el traslado del accionante. Motivo más que suficiente, en el marco de la normativa que regula la susodicha función.

Debe subrayarse que el traslado del actor se inscribió en un movimiento de jueces que involucró a dieciocho magistrados, lo que refuerza aún más las razones de mejor servicio que presidió el acto resistido. No se trató de una

decisión que sólo concerniera al actor, de donde se podría haber supuesto otro tipo de motivaciones, si hubieren existido. Las condiciones técnicas del juez Aguirre no fueron cuestionadas, no se le disminuyó de grado ni se afectó su remuneración. Por otra parte, es frecuente que la Corte realice nombramientos y traslados colectivos cuando se verifican, de manera más o menos contemporánea, vacancias en la titularidad de cargos de jueces” (Cfme. Sentencia N° 737/2006).

En igual sentido se pronunció la Sala, en forma unánime, en la Sentencia N° 586/2012, en la que se sostuvo: “Que en cuanto a la fundamentación del acto, se estima que tal reproche no resulta de recibo.

En efecto, por la Resolución impugnada, se dispuso que el nombramiento de veinte Jueces, invocándose “...la necesidad de disponer ascensos, traslados y designaciones de Magistrados...”, así como “...razones de servicio...”.

Como se dijo en la precitada sentencia 737/2006: “...Debe subrayarse que el traslado del actor se inscribió en un movimiento de jueces que involucró a dieciocho magistrados, lo que refuerza aún más las razones de mejor servicio que presidió el acto resistido. No se trató de una decisión que sólo concerniera al actor, de donde se podría haber supuesto otro tipo de motivaciones, si hubieren existido. (...)” (Cfme. Sentencia N° 586/2012).

Con respecto a lo que se indica en los citados pronunciamientos, cabe remarcar que también en este caso se trató de una designación de una serie de magistrados -en el caso ocho-, no de una decisión individual tomada respecto de la accionante, y en todos los casos la motivación expuesta por la Suprema Corte fue la misma. Y aunque se trate de una fundamentación breve, concisa, es suficientemente clara para comprender las razones que justifican los respectivos traslados, que no son otras que las que fundan históricamente los movimientos horizontales de jueces dentro del Poder Judicial.

XII) Por otra parte, la actora no tenía derecho a permanecer en el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 7° Turno, ni su especialización y preferencia por la materia penal le conferían estabilidad en

dichas funciones. El destino encomendado no es considerado un descenso de categoría, por lo que no se perjudicó su carrera administrativa.

En la multicitada Sentencia N° 737/2006, se indicaba que “(...) el Tribunal considera de rechazo las razones invocadas por el actor como fundamento de su petición de ser trasladado a un juzgado de localización y características determinadas según su interés personal. Sus -por cierto que legítimas- aspiraciones en el desarrollo de su carrera como magistrado, no pueden prevalecer por sobre las razones que deben impulsar a la Corte en su tarea de organización del servicio de Justicia. Si bien es dable que el juez manifieste sus pretensiones, en definitiva éstas quedarán sometidas por el principio de jerarquía, a las directivas y resoluciones que adopte la demandada en el cumplimiento de sus cometidos”.

Las apreciaciones realizadas por la Sede en aquella oportunidad, relativas a la localización de las sedes de origen y de destino del traslado, resultan aplicables a la cuestión suscitada en la presente litis respecto de la materia de los juzgados. En efecto, corresponde a la Suprema Corte de Justicia, como órgano jerarca del Poder Judicial, organizar el servicio a su cargo, designando a los magistrados en el lugar donde aquella entienda que es más útil y conveniente a los efectos del mejor desempeño de la función judicial, actuar que siempre estará presidido por lo dispuesto en el art. 59 de la Constitución: “el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario”.

XIII) Por lo demás, el Tribunal tiene reiteradamente admitido que si la Administración posee atribuciones para nombrar, promover y destituir a sus empleados, atribuciones que en este orden de ideas son las potestades “extremas”, con mayor razón tiene facultades para ejercer potestades “intermedias” a las indicadas, como ascender, trasladar, suspender, etc., al personal; desde luego, en tanto y en cuanto ello no se halle viciado de falta de juridicidad (arbitrariedad, irrazonabilidad, agravio a una situación esencial, etc.) (Cfme. MARIENHOFF, Miguel S.: “Tratado de Derecho Administrativo” t. III-

B, pág. 55; en la jurisprudencia del Tribunal, véase entre otras las Sentencias N° 154/1992, 751/1993, 212/2000, 147/2006).

En este sentido, la Corporación ha reconocido en numerosas oportunidades que “(...) la facultad de disponer un traslado se encuentra entre aquellas de que es titular la Administración, inscribiéndose en la potestad de reorganización inherente a las funciones del Jarca.

De manera que ningún agravio puede ocasionar al actor la resolución dictada en el ejercicio de tales facultades, las cuales responden al principio funcional establecido en el art. 59 de la Constitución de la República, que determina que el funcionario no tenga un derecho adquirido a permanecer desempeñando funciones en un mismo servicio, o a ser trasladado a otro por él elegido; máxime cuando el traslado no cancela los derechos adquiridos desde el punto de vista de su carrera administrativa (Cfr. Sents. 147/2006, 206/2010).

En tal sentido, se ha sostenido invariablemente por parte del Colegiado que “es atribución de la Administración la de estructurar los servicios en la forma que estime más beneficiosa para los intereses del organismo, obviamente que encuadrada en las normas de legalidad y finalidad que presiden el quehacer administrativo”, agregándose que “no existe un derecho subjetivo o interés tutelable en esta jurisdicción, a que los servicios se organicen o reestructuren como mejor conviene al interés de los funcionarios, sino que el principio es el opuesto, es decir, el de la potestad discrecional de la Administración para racionalizar su organización escalafonaria, en tanto ella sea requerida por conveniencias del servicio y no se perjudiquen los derechos de los funcionarios” (Cfe. Sentencias Nos. 82/2012, 661/2004, entre otras)” (Cfme. Sentencia N° 540/2012).

En la especie, debe descartarse la existencia de derechos adquiridos por parte de la actora, por ejemplo a permanecer en el área penal por el hecho de haberse formado especialmente para la materia, desde que ninguna norma del

derecho positivo nacional prevé la selección de los cargos de jueces en función de las materias de su respectiva formación profesional o académica.

En suma, la motivación del acto encausado es correcta, adecuada y suficiente, por lo que cabe rechazar el agravio dirigido a su respecto.

XIV) **Respecto de la desviación de poder invocada.**

La actora señaló por último que existen indicios suficientemente calificados para determinar, en la especie, la existencia de desviación de poder. Expresó que las manifestaciones vertidas por los máximos jerarcas del Poder Judicial en la prensa escrita, radial y televisiva deben considerarse motivos del acto administrativo, por cuanto fueron expresadas por los mismos jerarcas que lo decidieron. Agregó que también mediaron críticas hacia su persona por las posiciones jurídicas sustentadas, llegando algunas personalidades políticas a solicitar su traslado. Indicó que, luego de su traslado, importantes actores del poder judicial, así como organizaciones nacionales e internacionales se pronunciaron señalando su preocupación y rechazo a la medida. Sugirió también como hipótesis, ante la falta de fundamentación, que el traslado se debiera a la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 2° y 3° de la Ley 18.831.

A juicio de la Sede, la actuación desviada del fin debido, largamente argumentada por la accionante en su demanda, no ha sido acreditada en autos, no habiéndose aportado elementos de prueba que puedan llevar al convencimiento acerca de la presunta existencia de desviación de poder en el accionar de la SCJ.

La desviación de poder, como enseña el Profesor CAJARVILLE: *“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”* (Cfme. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. “Sobre Derecho Administrativo.” T II. FCU. Montevideo, 2007. Pág. 80).

No se realizó esfuerzo probatorio suficiente por parte de la accionante, quien tenía la carga de acreditar la ocurrencia de la desviación de poder, conforme a las reglas generales (arts. 104, D.L. 15.524, y 283, 284, 313, 329, 330

y 331 del C.P.C.) (Cfme. Sentencia N° 147/2006, 720/2012 y 557/2014, entre otras).

XV) Sin perjuicio de la falta de prueba al respecto, cabe recalcar que no existió designio sancionatorio en el traslado, desde que no se afectó la jerarquía del cargo, la remuneración, ni aún el lugar geográfico de desempeño.

La eventual situación de tirantez, si existió, se debe ubicar temporalmente luego de la decisión que dispuso el traslado, porque antes de ello, de acuerdo a lo que surge de autos, la SCJ parece haber respaldado sistemáticamente la actuación de la magistrada, conforme surge de los actos dictados ante las denuncias que se realizaron en su contra

En efecto, la esfera disciplinaria de la actora fue analizada en las instancias de investigación administrativa señaladas por ambas partes, sin que se dispusiera sumario o sanción alguna, actuaciones que, cabe aclarar, son por completo ajenas al traslado dispuesto por el acto impugnado.

En suma, las competencias de la promotora como titular del Juzgado Penal de 7° Turno no fueron puestas en tela de juicio.

XVI) Asimismo, tampoco puede sostenerse que la SCJ haya intentado remover a la actora de las causas penales que seguía y así afectar el buen funcionamiento del servicio, en tanto no hay razones para considerar que la jueza que fue designada para ocupar el cargo que dejó la accionante no cumplía los mismos estándares de solvencia que la promotora. De hecho, las causas penales siguieron sustanciándose con normalidad, según informa la nueva titular de la sede (*vide*: fs. 63 *infolios*).

Por último, debe convenirse que cualquier atisbo de arbitrariedad se aleja si se atiende a que el traslado de la actora fue dispuesto conjuntamente con otros movimientos de jueces, en pleno cumplimiento de las potestades de la SCJ de organizar el servicio a su cargo; a la vez que el modo en que fueron hechos estos traslados constituye práctica de larga data de esa Corporación.

Contundente prueba de ello resultan las numerosas resoluciones de la SCJ que disponen traslados con similares expresiones de motivos (*vide*: fs. 2 a 163 A.A.), entre los que se encuentra un gran número de pronunciamientos por los cuales se han efectuado traslados horizontales de materia penal a materia civil (véase también la carpeta rosada de prueba, en 41 fs.).

Incluso, en el caso particular de la accionante, la motivación que llevó a la Administración a nombrarla en el cargo que ocupaba (Juzgado Penal de 7° Turno), es la misma que lleva ahora a designarla en su nuevo puesto (*vide*: fs. 229 y vto. A.A.).

En suma, no se advierte en absoluto la existencia de desviación de poder.

XVII) En resumen, la designación de la accionante en el Juzgado Letrado Civil de 1° Turno fue realizada por razones de mejor servicio, en ejercicio de las potestades discrecionales con que cuenta la SCJ al efecto.

La previa designación de la actora en un juzgado penal no generaba derecho permanente alguno a su favor, en particular, no le confería un derecho subjetivo al cargo, y por lo tanto, el traslado no vulnera sus derechos en la carrera judicial.

En la ocasión, la Suprema Corte realizó un adecuado uso de la potestad discrecional que le asistía en materia de asignación de funciones, aventándose cualquier atisbo de arbitrariedad, conforme fuera señalado.

En definitiva, corresponde en el caso el rechazo de la demanda incoada, al no resultar de recibo ninguno de los agravios ensayados por la parte demandante.

Por los fundamentos reseñados, y atento a lo preceptuado en el art. 309 de la Constitución Nacional, y en los arts. 23, 24 y 25 del Decreto-Ley 15.524, el Tribunal, en mayoría,

FALLA:

Desestímase la demanda incoada, y en su mérito, confírmase el acto administrativo impugnado.

Sin especial condenación procesal.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios profesionales del abogado de la parte actora en la suma de \$22.000 (pesos uruguayos veintidós mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

Dra. Sassón (d.), Dr. Harriague, Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Tobía (d.), Dr. Echeveste (r.).

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).

Discordia de la Dra. Sassón. *DISCORDE en tanto y en cuanto entiendo de recibo el agravio relativo a la **falta de motivación del acto**, que por sus características y relevancia excluye toda otra consideración.*

La exigencia de que la Administración exprese los motivos que llevan a adoptar los actos que emite, ha sido puntal de la dogmática y jurisprudencia desde larga data; siendo relevante la plena concordancia de la doctrina nacional con la universal en la materia, lo que ha sido recogido en forma pacífica e invariable por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.-

Lo expuesto no colide con la posición que he sustentado, en discordia con la mayoría del Cuerpo, al admitir que en casos de cese de “interinatos” o “encomendaciones”, el examen de las razones que llevaron a la Administración a adoptar una decisión de tal naturaleza, requiere menor rigurosidad en razón de que del acto que se dicte no deriva un perjuicio personal y directo, ni constituye una sanción disciplinaria, sino que se trata del mero ejercicio de facultades inherentes

al buen servicio de la Administración de hacer volver al funcionario a su cargo o función, que había dejado transitoriamente.

Pero el traslado de un Magistrado Judicial, mal puede parangonarse a una “encomendación” o “interinato” que tienen lugar en casos puntuales, cuando ante la acefalía de un cargo -por las razones que fuere-, las tareas inherentes al mismo son encomendadas a otro funcionario, lo que claramente solo puede hacerse en forma precaria, so pena de vulnerar lo dispuesto en el art. 60 de la Constitución.-

“Encomendación” o “interinato”, que se corresponderían a la “subrogación” en el caso de las funciones que cumplen los magistrados judiciales, pero nunca a sus “traslados” en razón que por ellos se asigna a los magistrados la titularidad de un órgano jurisdiccional.-

Dicho esto, es claro que la Suprema Corte de Justicia es el órgano competente para nombrar a los Jueces Letrados de todos los grados y denominaciones (art. 239 C.N.), como así también disponer su “traslado de cargo o de lugar” en cualquier tiempo (art.99, Ley 15.750)

A tal fin, tampoco puede discutirse que ostenta facultades discrecionales para realizar la elección de los Magistrados tanto para su incorporación al Poder Judicial, como también en todo lo concerniente a la carrera judicial, que incluye sus promociones, traslados, lo que no quita que lo deba cumplir con sujeción al ordenamiento jurídico vigente y a las condiciones técnicas y académicas de quienes cumplen esa función, “examinando la actuación y comportamiento”, en términos de la L.O.T.-

Ahora bien, tales facultades discrecionales, deben ejercitarse de manera motivada porque, como enseña nuestra mejor doctrina, no cabe confundir discrecionalidad con arbitrariedad:

“La discrecionalidad de que disponen los órganos de la Administración no significa arbitrariedad. Al ejercer potestades discrecionales la Administración no puede decidirse caprichosamente, porque en definitiva, la discrecionalidad es sólo la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa dentro de ciertos límites.” (SAYAGUES LASO, Enrique: Tratado de Derecho Administrativo, T. I, Montevideo, 1998, pág. 338).

En el ámbito de la Teoría General del Derecho, existe un generalizado consenso acerca de que, cualquier acto de autoridad -sea jurisdiccional o administrativo- se legitima por su justificación. La adecuada motivación de una decisión es lo que la aleja de ser un mero acto de autoridad, conjura la arbitrariedad y permite aquilatar su racionalidad. En los modernos Estados de Derecho, los sujetos no se contentan con una apelación a la autoridad, sino que exigen la justificación y motivación de las decisiones. La aceptabilidad racional del empleo de cualquier poder conferido a cualquier agencia estatal, se legitima por la calidad de la argumentación con la que se justifica su ejercicio (Cf. AARNIO, Aulis: “Lo racional como razonable”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 29 y 236-237).-

Es evidente que si no se esgrimen, si no se explicitan adecuadamente las razones en las que se fundamenta una determinada decisión, es imposible realizar el contralor de la legitimidad del obrar administrativo, porque quien se encuentra alcanzado por esa decisión que entiende lo perjudica, se verá impedido de exponer sus agravios, porque no sabrá de qué se tiene que defender o qué tiene que controvertir.-

La fundamentación facilita la interpretación y el contralor del acto y defiende a la buena administración, además de garantizar los derechos de los administrados.-

*No es irrelevante que se dé cuenta de las razones por las cuales se entiende beneficioso para “el servicio” el traslado de un magistrado, porque como enseña Gordillo y este Tribunal lo recuerda con frecuencia: **“El acto “discrecional” inmotivado es lo mismo que decir “lo hago porque quiero,” “porque sí;” eso es demasiado absurdo y autoritario como para admitirlo en un Estado de Derecho. El concepto moderno de autoridad ya no se contenta con la mera orden y requiere la explicación que a su vez es condición del necesario consenso social, determinante de su plena efectividad. Si falta la motivación que condiciona el consenso, puede afirmarse que falta un elemento mínimo de una democracia”** (GORDILLO, Agustín: “Tratado de Derecho Administrativo”. T. III, FDA, Buenos Aires, 2007, pág. X-17).-*

Por otra parte, no sanean la carencia apuntada, los argumentos expuestos por la Suprema Corte de Justicia en oportunidad de expedirse sobre la recurrencia administrativa.-

*Debe recordarse que el proceso contencioso anulatorio, es un proceso “al acto”, por lo que en modo alguno puede servir de antecedente y sustento de la volición enjuiciada lo actuado con **POSTERIORIDAD** a su dictado y una vez movilizada la vía impugnativa correspondiente (Cfe. Sentencias 460/2009, 378/2009, 241/2008, entre otras) (Sentencia N° 732/2012)*

En suma, la motivación, no es un requisito adjetivo, “...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). ***Se trata de una emergencia de fondo, garantía del derecho a conocer el sentido y fin de los actos, así como a facilitar su control jurisdiccional*** (PEZZUTTI, Miguel: “Formalismo estricto, atenuado e informalismo: ¿Cuál es el principio en el Derecho Administrativo Uruguayo?” en AA. VV.: “El procedimiento administrativo y la función pública en la actualidad (Felipe Rotondo: Coordinador)”, Facultad de Derecho, Universidad de la República, FCU, Montevideo, 2014, pág. 196).-

Lo expuesto no es novedoso, y no encuentro razón alguna para apartarme de lo sostenido en forma reiterada durante mi integración en este Tribunal. Sobre este punto debo precisar que no comparto lo expuesto por la mayoría del Tribunal cuando apoya su decisión en lo expuesto en Sentencias Nos. 586/20, 206/2010 y 540/2012. La única que refiere al traslado de un magistrado judicial es la primera, pero en ésta no existió agravio sobre “la falta de motivación del acto”, sino porque el magistrado accionante entendió que su traslado de Juez Letrado Suplente del Interior a Juez Letrado de Primera Instancia de Bella Unión de Segundo Turno, importaba un descenso.- En el caso resuelto por la Sentencia 206/2010, expresamente se consignó que:- “... **la designación del actor en el cargo de destino fue fundamentado en diversos motivos, los cuales surgen claramente de sus “Resultando” y “Considerando” y refieren a la**

reordenación de los recursos humanos, particularmente aquellos que llevan un tiempo prolongado en las mismas funciones, a la modernización de la infraestructura informática, y a las recomendaciones del art. 23 de la llamada Ley Anticorrupción”, por lo que tampoco se está ante un caso de falta de motivación.- Y en el referido por la sentencia N°540/2012, tampoco estuvo en juego la falta de motivación, sino que su traslado obedeció a un “designio persecutorio”, que tampoco se probó.- Sin perjuicio de ello, la sola lectura de esos fallos exime de todo otro comentario.-

A tales efectos, y como referí en mi voto, basta como por ejemplo lo expuesto en sentencia No. 625/2009, en un caso que se asimila claramente al de obrados, dijo el TCA: “Si bien es dable admitir que la Administración tiene facultades discrecionales en la distribución de sus recursos humanos, a fin de cumplir con los cometidos que la Constitución y las leyes ponen de su cargo, esas facultades están sujetas a los límites que las reglas -cuando existen- y los principios generales de Derecho imponen en garantía de los derechos de los funcionarios. Entre éstos, principalmente, se encuentra el de que las decisiones que incidan en su situación funcional estén debidamente motivadas. Incluso cuando, como ocurre en el caso de autos, tales decisiones no impliquen menoscabo del estatuto escalafonario o la remuneración. Para que el ejercicio de aquellas potestades discrecionales pueda considerarse legítimo, se requiere que la voluntad del Estado, así expresada, sea presidida por una racional motivación. Que es precisamente lo que permite distinguirlo de la mera arbitrariedad. Enseña la doctrina que la motivación hace a la legalidad misma del acto administrativo permitiendo apreciar su mérito y

racionalidad, tanto como posibilitar su ulterior control y fiscalización (Cfr. FERNÁNDEZ VÁZQUEZ “Diccionario de Derecho Público” págs. 506 y 507). En igual sentido se pronuncian GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ cuando de manera puntual en referencia a los actos discrecionales, señalan que la motivación no es un simple requisito formal sino de fondo que hace a la perfección del acto, concluyendo que “...la motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional, por el contrario, la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar plena razón del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión” (Curso de Derecho Administrativo T. I Ed. Civitas 1997, pág. 557).

“Por ello es 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 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).-

Sin perjuicio de lo expuesto, no se puede pasar por alto que la decisión que se impugna, contenía otra serie de traslados a Magistrados de diferentes categorías, que también se motivaron en razones “de mejor

servicio”, forma que desde larga data es habitual en casos similares, lo que es notorio dado la publicidad de los actos de tal naturaleza (ver también la documentación agregada en Carpeta Rosada en 41 fojas).-

Ahora, el hecho que el proceder del órgano jerarca del Poder Judicial, con ésta y anteriores integraciones, fuera el mismo en casos similares, no subsana la omisión padecida, porque una conducta contra legem no deviene legítima por su reiteración sistemática, de lo contrario supondría hacer privar el interés particular sobre el general consagrado en la Constitución, las Leyes y los Principios de Derecho que integran nuestro ordenamiento jurídico (art. 72 C.N.).

En suma, la expresión obligatoria de los fundamentos facilita la persuasión de la razonabilidad de las decisiones acertadas y facilita también el descubrimiento de los errores y fraudes de las medidas arbitrarias pasibles de anulación, lo que en definitiva defiende a la buena administración, al garantizar los derechos de los administrados.-

Lo expuesto acarrea inexorablemente la ilegitimidad del acto, lo que conlleva su nulidad, sin que sea necesario ingresar a la consideración de los otros agravios.-

Discordia del Dr. Tobía. *DISCORDE: Por cuanto estimo que corresponde la anulación del acto administrativo cuestionado, en los contenidos que intentaré explicitar a continuación.*

Falta de motivación del acto administrativo impugnado.

Sobre este punto, considero que le asiste razón a la promotora. En virtud de ello, me aparto de lo señalado en los precedentes

jurisprudenciales de la Sede (Sentencias No. 737/2006, 586/2012, entre otras) por estimar que no resulta compatible el enfoque técnico-jurídico que les diera sustento, luego de un reexamen particularizado del agravio sometido a decisión.

En lo inicial, deben conceptualmente diferenciarse, por un lado la categorización de la potestad normativamente asignada al órgano público y, por otro, la necesidad de justificar la decisión administrativa como producto del ejercicio de tal poder.

No caben dudas, que la potestad del órgano público cabe categorizarla como discrecional, siendo operativamente posible su ejercicio en tal o cual oportunidad mediante la ponderación de determinadas circunstancias, en el caso, por la Suprema Corte de Justicia como órgano jerarca del Poder Judicial.

Sin embargo, esa discrecionalidad normativamente establecida no implica 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 sostuvo el Tribunal con anterioridad: “También defiende la Corte su derecho, que nadie discute, a adoptar las medidas conducentes al aseguramiento de la mayor eficiencia en la prestación del servicio, cuya vigilancia y dirección le incumben de manera exclusiva y privativa.

Pero no puede admitirse que la Corte pueda adoptar esas medidas, afectando indudablemente legítimas expectativas de los Magistrados, como en el caso, sin una debida fundamentación.

Aun tratándose de cuestiones de mérito y oportunidad, como las que según la demandada, fundamentaron y llevaron al dictado del acto encausado, no puede eludirse la explicitación de las mismas, para que el interesado y este Tribunal, tomen conocimiento de las mismas y actúen en consecuencia” (Sentencia No. 80/1995).

Por igual, no debe soslayarse, como postulaba REAL que: “...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).

Que la potestad para disponer el traslado de Magistrados sea de corte discrecional ello no autoriza ni supone la posible actuación del órgano público sin una debida exteriorización de los motivos que orientaron su dictado.

Así las cosas, 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 el fuero 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 N°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, la escueta referencia a la “necesidad de disponer traslados y proveer vacantes de Magistrados” y razones de buen servicio (que no se relacionan ni se explicitan), no puede razonablemente constituir una expresión debida y adecuada de los motivos que orientaron el dictado del acto. No cualquier fórmula genérica o convencional opera como cimiento justificante de la decisión administrativa, porque de ser así desnaturalizaría la esencia y funcionalidad de la garantía.

*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 sindicaron a la actora como la funcionaria que cumple con “las necesidades del servicio.” (Sentencia No. 175/2012).

En la actualidad, y en esta integración recientemente 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).

Con tales antecedentes jurisprudenciales, considero que no cabe apelar a dualidad de criterios jurídicos, porque aun cuando el estatuto jurídico de los Magistrados sea especial y peculiar, ello no habilita el recorte de preciadas garantías que alcanzan a todo administrado.

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).

El contenido múltiple del acto administrativo no constituye ilustración válida de las circunstancias de hecho y razones de derecho que orientaron el traslado de la reclamante. Y ello, habida cuenta que el movimiento de otros magistrados se realiza, por economía de trámites (procedimental) de parte del órgano Jerarca del Poder Judicial, pero ello

no conforma el basamento justificante de la voluntad administrativa en relación a la circunstancia particular de la actora.

Como enseña DURÁN MARTÍNEZ no debe olvidarse además que si bien la Suprema Corte de Justicia dispone de una gran discrecionalidad en la especie, esta discrecionalidad es limitada y no solo por los requisitos formales previstos en el artículo 246...

Por lo pronto, esas razones de buen servicio deben existir y ser legítimas, esas razones son las que deben fundar la resolución, el acto debe ser acorde al fin debido, debe existir una adecuación razonable entre los motivos, contenido y fin del acto y no debe ser inútilmente perjudicial para el magistrado trasladado.”

Y prosigue el autor señalando que: “No debe olvidarse que la jerarquía -inconciliable con la función jurisdiccional-, existe en los aspectos administrativos de la organización de la Justicia.

Un mal uso de ella repercute directamente en el normal ejercicio de la función jurisdiccional, función clave para la vigencia de un Estado de Derecho.” (DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “Algunas consideraciones sobre el traslado de los Jueces Letrados con efectividad en el cargo, por razones de buen servicio” en Estudios de Derecho Constitucional, Ingranusi, Montevideo, 1998, págs. 18 y 20).

En la especie, en la posición de juzgador, no logro visualizar -al menos- una sucinta exposición de las circunstancias (como datos de la realidad burocrática-funcional) que viabilice la necesidad de disponer este movimiento horizontal del Magistrado y, menos aún, la valoración jurídica de esa realidad, atendiendo al fin debido.

La necesidad de proveer vacantes y existencia de razones de servicio (que no se exponen como se señalara) conforman etiquetas abstractas, inconcretas, indefinidas, que imposibilitan el contralor real y necesario del acto administrativo impugnado.

*Con tales entendimientos, no puedo compartir las postulaciones de la accionada (num. 4 “CONCLUSIONES” de la contestación de demanda) que en referencia al traslado en examen destaca que: “...**el mismo se verificó de la materia penal a la civil, como ha sucedido a lo largo de la historia del Poder Judicial con numerosos y prestigiosos magistrados ...**” (fs. 38 vta. del ppal.).*

Precisamente, porque la repetición inveterada de una modalidad de actuación del poder público, que estimo desajustada con la regla de Derecho, no la legitima por el fatal transcurso del tiempo. Así como no considero de recibo la existencia de derechos en contra de la legalidad, tampoco entiendo acertada la conversión de un acto administrativo en legítimo en virtud de la práctica o repetición de modalidades de actuación ilegítimas.

Por eso, en mi opinión, los casos similares (del decretero administrativo: vide: los relacionados en la Carpeta Rosada de documentación en 41 fs. y fs. 4/4 vta., 16/16 vta. , 26/27 vta., 28/28 vta., 31/31 vta., 34/34 vta., 40/40 vta., 41/41 vta., 42/42 vta., 46/46 vta., 49/49 vta., 53/53 vta., 57/57 vta., 59/59 vta., 60/60 vta., 71/71 vta., 73/73 vta., 76/76 vta., 89/89 vta., 90/91, 92/92 vta., 93/93 vta., 101/101 vta., 102/102 vta., 103/105 vta., 111/117 vta., 125/125 vta., etc. A.A.) de los que hace caudal la Administración no sirven ni de base justificante de la decisión ni de criterio SANEADOR de la ilegitimidad denunciada.

Por otra parte, la prueba por informes (oficio librado a la Jueza Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 7° Turno, Dra. LARRIEU que sustituyera en esa Sede a la Dra. MOTA) no enerva la ilegitimidad por orfandad en la explicitación de motivos en el movimiento horizontal de la reclamante. La sola indicación de que no existió paralización de expedientes judiciales, sin perjuicio del tiempo normal que insume a un Magistrado conocer los expedientes que se sustancian en la nueva Sede (fs. 63 del ppal.), atañe a hechos que sobrevinieron con posterioridad al dictado del acto, los que no resultan determinantes (más bien deben excluirse) del examen de rectitud jurídica de la volición administrativa.

Que no haya existido paralización en los trámites de los expedientes no implica que el movimiento horizontal de la Magistrada reclamante haya sido por razones de buen servicio. Éstas no surgen explicitadas en el acto ni surgen de actuaciones previas que den pleno sustento a tal decisión.

*Lo expuesto, obviamente, no implica que la actora varíe su situación jurídica subjetiva a una de derecho subjetivo, ya que **no la ostenta**, ese interés legítimo que la reclamante tiene, pudo y puede ser legítimamente insatisfecho pero, claro está, en integral observancia de la reglas de Derecho.*

*No debe perderse de vista, que en atención a la situación jurídica que le legitima a accionar, la actora por la vía anulatoria únicamente puede obtener la eliminación con efecto **ex tunc** del acto administrativo que opera como ilegítima insatisfacción de su interés. Dicho de otro modo, la anulación del acto no determina que, en cumplimiento del fallo anulatorio, deba inexorablemente satisfacerse su requerimiento.*

No es así, habida cuenta que encausando la Administración su obrar en apego a la legalidad, en el ejercicio de potestades discrecionales, podrá optar entre diversos comportamientos posibles, los que no tienen por qué coincidir ni beneficiar la situación funcional de la pretensora.

En suma, por los fundamentos consignados, considero que corresponde acoger la causal de nulidad premencionada.

Desviación de poder: carencia de soporte probatorio utilitario para acreditar la causal de nulidad invocada.

Al respecto, compartiendo las conclusiones de la mayoría, estimo que corresponde destacar, complementariamente como señala GIORGI: “Existe desviación de poder cuando el acto administrativo ha sido dictado en consideración a un fin distinto -sea de interés público o privado- a aquel que se tuvo en vista al conferirse los poderes jurídicos a la Administración. El acto no se ajusta al fin propio o específico del servicio” (GIORGI, Héctor: “Obras y Dictámenes. Recopilación”, LA LEY URUGUAY, 1ª Edición, 2010, pág. 857; destacado no está en el original).

Más recientemente, explica ROTONDO, que la desviación de poder se perfila cuando el fin querido por el órgano emisor del acto, se aparta del fin de interés general debido, según las normas atributivas de competencia. (ROTONDO TORNARÍA, Felipe: “Las causales en el Contencioso Administrativo de Anulación” en Temas de Derecho Administrativo, Editorial Universidad Ltda., Montevideo, Circa, 1989, pág. 21; Cfe. Sentencia No. 265/2013, entre otras).

Los recortes de prensa en los que se consignan manifestaciones que habría hecho un Ministro de la Suprema Corte de Justicia (no identificado) a un Semanario, en relación a que a la actora “se le habían

sacado varias tarjetas amarillas. Era una cuestión de tiempo” (vide: fs. 4 Carpeta Rosada en 29 fojas), no son más que alegaciones o afirmaciones carentes de apoyatura fáctica que les legitime.

A idéntica conclusión corresponde arribar para el caso en cuanto a las supuestas afirmaciones realizadas por el Ministro, Dr. CHEDIAK a medios radiales. La probanza de la actora se dirige a incorporar notas de prensa en las que se “recogen” supuestamente algunos de los dichos en el marco de entrevistas radiales. En tal caso, hubiera correspondido que la actora ofreciera como prueba tales entrevistas, de modo de que el órgano jurisdiccional pudiera compulsar -de primera mano- las manifestaciones de aquél; pero no lo hizo.

*En cuanto a las manifestaciones del Ministro, Dr. RUIBAL PINO, la reclamante hizo caudal de una nota del Diario EL OBSERVADOR, en la que supuestamente se transcriben pasajes de la entrevista concedida al programa Telebuendía (fs. 15 vta. del ppal. y fs. 6 Carpeta Rosada en 29 fs.), en los que señala que el referido Magistrado sostuvo sobre su persona que **“tiene tres investigaciones administrativas que hoy están clausuradas y una que está en trámite, estos expedientes pesaron en el traslado de Mota”**.*

*Tales transcripciones y afirmaciones, se contraponen abiertamente con lo manifestado por el Dr. RUIBAL PINO en la entrevista al programa Telebuendía, que la actora ofreció como prueba en un CD. En el diálogo con el periodista Daniel CASTRO, el entonces Presidente de la Suprema Corte de Justicia, textualmente sostuvo: **“La primera precisión que quiero hacer es que el miércoles pasado yo dije ante las cámaras no sé de cuál canal que creía que la doctora tenía un sumario pendiente. Voy a***

rectificarme, en honor a la verdad, no tiene sumario pendiente, tuvo tres investigaciones administrativas que hoy están clausuradas y una investigación administrativa que está en trámite...de modo que no hay sumario en trámite me rectifico y esta es la situación, vamos a decir la historia reciente de la Dra. Mota con respecto a la Corte...”. En ningún momento el Magistrado indicó que tales investigaciones administrativas clausuradas o la que se encontraba en curso hubiera tenido directa vinculación o pesaran en la decisión del traslado del que fue objeto.

Con lo cual, de las expresiones vertidas por el Jerrarca no existió reconocimiento alguno de que pretéritas actuaciones investigadas por la Suprema Corte de Justicia luego hubieran derivado en la decisión adoptada.

La actora, como puede verse del simple cotejo entre lo afirmado por el Magistrado y lo “consignado” por el medio de prensa escrito, priorizó la versión de este último como “interlocutor” de los dichos del Presidente de la Suprema Corte de Justicia, en lugar de analizar detenida y directamente las afirmaciones de éste, que destierran por completo las inexactas transcripciones del medio de prensa escrito.

Sin perjuicio de anotarse, que las precisiones o aclaraciones en torno a la medida del traslado, no resultan idóneas para examinar la fundamentación del acto, por ser posteriores a su dictado.

Por otra parte, debe especialmente tenerse presente que las manifestaciones de interlocutores de diversas organizaciones de la sociedad civil (a favor o en contra de la medida dispuesta, fs. 7/29 Carpeta Rosada en 29 fojas) carecen de incidencia a efectos de acreditar la supuesta disociación entre el fin querido por los Sres. Ministros de la

Suprema Corte de Justicia y el normado por el constituyente. El agrado y el rechazo de la decisión de la Corporación, no sirven, siquiera, de pauta indiciaria para comprobar la ocurrencia de la causal de nulidad invocada.

Para ello, debió haberse puntualmente acreditado que el posicionamiento de personas públicas, como ser las declaraciones del ex Presidente de la República, Dr. Julio María SANGUINETTI y del Presidente del Círculo Militar, Sr. Guillermo CEDRÉZ (relacionadas en el CD agregado) hubieran determinado o inspirado la decisión de los miembros de la Suprema Corte de Justicia, extremo que -al menos indiciariamente- no surge acreditado en estos obrados.