

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 1° de noviembre de 2018.

No. 530

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “PERCIBALLE LÓPEZ, RICARDO FERNANDO con FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Acción de nulidad” (Ficha No. 728/2016).

RESULTANDO:

I) La parte actora compareció y dedujo pretensión anulatoria contra la resolución N° 25/016, de fecha 1° de febrero de 2016, mediante la cual el Director General de la Fiscalía General de la Nación dispuso el traslado del Dr. Ricardo Fernando Perciballe López de la Fiscalía Letrada Nacional de lo Civil de 1^{er} Turno a la Fiscalía homóloga de 11° Turno, transformada en Fiscalía Letrada de Aduana y Hacienda de 2° Turno.

Como antecedentes, destacó que ingresó al Ministerio Público y Fiscal por concurso de oposición y méritos, como Secretario Letrado (hoy Fiscal Adscripto) el día 6 de diciembre de 1991.

Indicó que, desde ese momento y aun con cierta anterioridad, comenzó su formación en la materia penal y procesal penal. Destacó su vínculo con la Cátedra de Derecho Penal y su participación en diversos cursos, congresos y seminarios de la materia.

Señaló que, como corolario de un buen desempeño en el cargo y una adecuada formación académica en materia penal, el 17 de diciembre de 1997 fue designado Fiscal Letrado Departamental del Chuy.

Apuntó que la motivación del acto impugnado no expresa ni un solo fundamento que justifique la medida del traslado a la novel Fiscalía Letrada Nacional de Aduana y Hacienda de 2º Turno, máxime cuando carece de formación específica en dicha materia.

Citó, en su apoyo, doctrina y jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para concluir en la falta casi absoluta de expresión de fundamentos que hicieran lógico o razonable su traslado.

Manifestó que el contenido del acto es contrario a la Regla de Derecho, ya que el nuevo traslado supuso un retroceso en su carrera funcional, puesto que la jerarquía de dicho cargo es ostensiblemente menor a la de Fiscal Letrado en lo Civil o en lo Penal.

Señaló que ello surge en forma diáfana del art. 168 núm. 13 de la Constitución de la República, que excluyó a los Fiscales de Hacienda del requisito de venia de la Cámara de Senadores.

Adicionó que distintos artículos de la Ley Orgánica del Ministerio Público y Fiscal (Decreto Ley 15.365) reafirman la posición constitucional, y establecen ostensibles diferencias entre las materias Civil, Penal y de Hacienda y Aduana.

Relacionó algunos aspectos prácticos que demuestran la menor jerarquía de la Fiscalía de Aduana y Hacienda, entre los que subrayó que, en las ferias judiciales, las Fiscalías Civiles siempre subrogan a las de Hacienda y Aduana, y ello no acontece en sentido contrario. Hubo ingresos de Fiscales Departamentales a Montevideo, a quienes se los asignó al cargo de Fiscal de Aduana, para luego sí ser trasladados a otras materias. Mencionó que esa situación no ha ocurrido a la inversa, es decir: una vez que un fiscal es titular de las otras materias no ha sido trasladado a la

Fiscalía de Aduana y Hacienda, práctica que tan solo tuvo 3 excepciones: su situación, la del Dr. Luis María Bajac y la del Dr. Ricardo Chiecchi.

Aseveró que traslados como el de obrados son utilizados para sancionar (sin vista previa) a aquellos Fiscales que no guardan, a criterio del Jeraarca, un “buen desempeño”.

Expresó que la Administración ha traspasado los límites que pautan el margen de discrecionalidad, disponiendo el traslado a un cargo de menor jerarquía, que, además, por los antecedentes técnicos y funcionales, aparece como contrario al *standard* jurídico de la “razonabilidad”.

Por último, sostuvo que todos los vicios anteriormente enumerados, así como el tratamiento violatorio del principio de igualdad, que se visualiza en diferencias notorias en el tratamiento otorgado a los restantes ex Fiscales de Crimen Organizado, permiten advertir que el fin perseguido por el actuar del Director General de la Fiscalía General de la Nación no se condice con el previsto en el ordenamiento jurídico.

En aras de apreciar la vulneración al límite a la discrecionalidad, consideró la retahíla de hechos acaecidos con anterioridad al traslado de autos. A tales efectos, refirió a su traslado dispuesto en mayo de 2012, de la Fiscalía de Crimen Organizado a la Fiscalía Letrada Nacional en lo Civil de 1^{er} Turno, a sabiendas de su formación específica en el área penal y procesal penal.

En definitiva, solicitó la anulación del acto impugnado (fs. 20 a 35).

II) Conferido el correspondiente traslado compareció, en representación de la Fiscalía General de la Nación, la Dra. Gianella Clerici, quien contestó la demanda de forma contradictoria, oponiéndose a la acción impetrada.

Manifestó que los antecedentes administrativos contienen extensamente las razones del dictado del acto que se relacionan con la Resolución del Poder Ejecutivo de fecha 21 de enero de 2016, por la que se dispusieron las transformaciones de las Fiscalías detalladas en el Resultando I), a la vez que confía a la Fiscalía General de la Nación la determinación de la fecha de instalación de las Fiscalías transformadas, el régimen de turnos y el sistema de distribución de expedientes en trámite.

Agregó que el fundamento jurídico de lo decidido, se conecta con el art. 5, literal J, de la Ley N° 19.334 del 14 de agosto de 2015.

Expresó que ha de tenerse en cuenta que el acto impugnado consagra un cúmulo de rotaciones de varios fiscales, dentro de un esquema procedimental y de ajuste del servicio, necesario para dar respuesta a la entrada en vigor del nuevo Código de Procedimiento Penal, no siendo ausente a ese contexto la también entrada en vigencia del Código Aduanero, con sustanciales cambios en la actuación del Ministerio Fiscal en esta materia.

Adicionó que si se observa la misión de la Fiscalía General de la Nación, a la cual se le confía el ejercicio del Ministerio Fiscal y la titularidad de la acción pública en materia aduanera, va de suyo que el traslado decidido mediante el mecanismo de rotación no es susceptible de irrogar perjuicio alguno al accionante, en razón de que la rotación es inherente a la buena administración confiada al servicio descentralizado, sin que exista afectación de la jerarquía ni de la remuneración.

Apuntó que las Fiscalías de Aduana fueron incorporadas a la estructura orgánica del Ministerio Público y Fiscal, por mérito de lo

dispuesto en el art. 4 de la Ley N° 15.648 de 22 de octubre de 1984, e integra, por ende, la estructura aludida.

Con relación a la independencia técnica alegada por el actor, el art. 20 de la Ley Orgánica vigente resulta claro en cuanto a lo que pueda hacer el representante fiscal en el supuesto de que tuviera una discrepancia conceptual con las instrucciones que le fueran dadas, en tanto “podrán excusar su intervención en forma fundada y reservada”, debiendo estar a la resolución del Poder Ejecutivo.

Concluyó que el traslado es una competencia inherente al jerarca del servicio, consistente en asignar destinos según los requerimientos de este, siempre que no supongan un perjuicio en la carrera funcional del Magistrado, ya sea en el orden funcional o económico, situación que no se advierte en el caso del actor.

Citó en su apoyo jurisprudencia de este Tribunal, la que sostiene ha sido conteste en reconocer la legalidad de los traslados que obedecen a razones de mejor servicio, siguiendo la doctrina más especializada que sostiene que la Administración Pública puede trasladar a sus funcionarios o empleados de un lugar a otro, siempre y cuando tal actitud estatal no se halle viciada de falta de juridicidad (arbitrariedad, irrazonabilidad, desviación de poder, agravio a una situación esencial, etc.).

Indicó que tampoco puede hablarse de desviación de poder, ya que allí donde el acto está adecuado a una regla de derecho no puede existir desviación de poder ni ninguna otra fricción que debilite la voluntad jurídica del órgano.

En suma, y atento a los argumentos expuestos, solicitó la confirmación del acto en proceso (fs. 39 a 41 vto.).

III) Se abrió el juicio a prueba por el plazo legal (Decreto N° 10371/2016 de fs. 43) y, en esta estación procesal, se produjo a propuesta de las partes la que obra agregada y certificada a fs. 78.

IV) Se ordenó alegar a la parte actora, quien lo hizo por el escrito que corre a fs. 81 a 85. A la demandada se le ordenó alegar y lo hizo en el escrito que luce a fs. 88.

V) El Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo se pronunció mediante dictamen N° 178/2018, y aconsejó la confirmación del acto impugnado (fs. 91 a 92)

VI) Se citó para sentencia, la que se acordó en legal y oportuna forma, previo estudio de los Sres. Ministros.

CONSIDERANDO:

I) Desde el punto de vista formal se han cumplido adecuadamente los requisitos exigidos por las normas respectivas para habilitar la acción de nulidad.

II) La pretensión anulatoria se dirige contra la Resolución N° 25/016, dictada por el Director General de la Fiscalía General de la Nación con fecha 1° de febrero de 2016. Mediante dicha volición, se dispuso el traslado del actor de la Fiscalía Letrada Nacional de lo Civil de 1er Turno a la Fiscalía homóloga de 11° Turno, transformada en Fiscalía Letrada Nacional de Aduana y Hacienda de 2° Turno (fs. 8 y 9 A.A.).

No surge de los antecedentes la fecha de notificación del acto encausado, pero al estar a la fecha de su emisión, la interposición de los recursos de revocación y anulación en forma conjunta y subsidiaria con fecha 10 de febrero de 2016, fue en plazo (fs. 12 *infolios*).

Con fecha 19 de abril de 2016, el Director General de la Fiscalía General de la Nación no hizo lugar al recurso de revocación interpuesto (fs. 37 y 38 A.A.). El recurso de anulación no fue resuelto por el Poder Ejecutivo, por lo que la denegatoria ficta se configuró el 4 de setiembre de 2016, por el transcurso del plazo de 200 días (Ley N° 15.896, art 5°, en la redacción dada por la Ley N° 17.292, art. 41).

La demanda anulatoria se promovió hábilmente el día 26 de octubre de 2016 (nota de cargo de fs. 36).

III) La mayoría de los integrantes del Tribunal entiende, apartándose en esta oportunidad del dictamen del Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, que corresponde acoger la pretensión y, en consecuencia, anular el acto administrativo impugnado, sin perjuicio de lo estatuido por el art. 310 de nuestra Constitución, en lo que se ahondará seguidamente.

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

El accionante expresó en su demanda que el acto administrativo impugnado ha lesionado su carrera como Magistrado del Ministerio Público y Fiscal, en virtud de haber recibido un trato arbitrario y discriminatorio. Alegó, además, la ausencia de motivación, en tanto no se expresó ni un solo fundamento que justifique su traslado de la Fiscalía Letrada en lo Civil a la Fiscalía Letrada de Aduana y Hacienda.

Al realizar una reseña sobre *“El contexto de la Resolución 25/2016”* (impugnada en obrados) refirió, de soslayo, a resoluciones sobre traslados

anteriores. En lo concreto, dijo: *“No se aclaró el motivo del traslado a la materia Civil cuando existían otras vacantes en materia penal en dicho momento. Máxime cuando el propio Fiscal de Corte en su comparecencia ante el Senado - previo a que éste otorgara la Venia- resaltó la relevancia de la materia penal por sobre la civil, al tiempo que subestimó la actuación de esta última”* (fs. 31 vto.).

Y más adelante, al finalizar su exposición argumental, manifestó: *“Circunstancias estas que permiten concluir que toda esa serie de traslados a los que fui sometido, desde el año 2012, persiguen un fin distinto de aquel otorgado por el ordenamiento jurídico”* (fs. 33).

Ante lo expuesto cabe precisar:

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

El objeto de este proceso está dado por el análisis de juridicidad de la Resolución 25/016, en el marco de sus antecedentes y de su dictado. Pretender, como el actor, ingresar al estudio de cuestiones que han fenecido o que se dilucidan en otros procesos, supondría un exceso del ejercicio de la función jurisdiccional que este Tribunal ostenta por expreso mandato del Constituyente.

V) Sobre la motivación del acto impugnado: La situación funcional del actor y la razonabilidad como *interdicción a la arbitrariedad*.

El accionante esgrimió como agravio la ausencia de motivación del acto en proceso, verificada en el caso por la falta de expresión de

fundamentos que, razonablemente, justificaran su traslado a la novel Fiscalía de Aduana y Hacienda.

La Administración abogó por la legitimidad de dicha resolución, y sostuvo, en lo central, que el traslado fue dispuesto en pleno uso de una facultad discrecional asignada a la Fiscalía por la normativa vigente.

La mayoría de los integrantes del Tribunal entiende que, en cuanto al punto, le asiste razón al actor.

En efecto, los traslados dispuestos por el Director General de la Fiscalía General de la Nación, mediante la Resolución 25/016, se adoptaron visto *“lo dispuesto por la Resolución del Poder Ejecutivo de fecha 21 de enero del corriente año, dictada en el expediente N° 2015-11-0019-0598”* (a través de la cual se transformaron numerosas Fiscalías), y considerando *“La necesidad de adecuar los equipos de trabajo de las unidades fiscales con miras a la instalación y puesta en funcionamiento de las fiscalías transformadas”*.

Así, en el marco de casi 70 traslados de Magistrados Fiscales, se resolvió trasladar al *“Dr. Ricardo Fernando Perciballe López, de la Fiscalía Letrada Nacional de lo Civil de 1er Turno a la Fiscalía homóloga de 11° Turno, transformada en Fiscalía Letrada Nacional de Aduana y Hacienda”*.

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

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

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

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

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

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

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

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

En consonancia con lo expuesto, Cassagne expresa que:

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

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

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

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

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

V.I) El compareciente ingresó a la Fiscalía, por concurso de oposición y méritos, en el año 1991.

Surge de la prueba que su rama de especialización, tanto en el plano laboral como de estudio, ha sido el Derecho Penal y Procesal Penal. Acreditó, a través de profusa documentación, la participación en cursos, seminarios, jornadas e investigaciones sobre la materia de su especialidad.

Se desempeñó desde 1991 a 1997 como Secretario Letrado en la Fiscalía Nacional de lo Penal de 5° Turno; de 1997 a 1999 como Fiscal

Letrado Departamental de Chuy; de 1999 a 2008 como Fiscal Letrado Departamental de Rocha de 2° Turno; de 2008 a 2009 como Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 11° Turno; de 2009 a 2012 como Fiscal Letrado Nacional en lo Penal especializado en Crimen Organizado de 2° Turno; de 2012 a 2016 como Fiscal Letrado Nacional de lo Civil de 1^{er} Turno.

Su desempeño funcional, cuando evaluado, le meritó la máxima calificación.

No obstante, el traslado que impugna, lo reubica en una Fiscalía de Aduana y Hacienda.

La Mayoría de la Corporación estima que la fundamentación genérica empleada por la Administración no aparece como suficiente ante el cercenamiento de la legítima expectativa del Magistrado Fiscal, quien luego de 25 años en la materia penal, con un *currículum vitae* destacado, fue desplazado, sin fundamento específico, a la Fiscalía de Aduana y Hacienda

Y es que, en primer lugar, la motivación de la decisión no supera un examen estándar de razonabilidad. Sencillamente, si la finalidad del acto era *“adecuar los equipos de trabajo de las unidades fiscales con miras a la instalación y puesta en funcionamiento de las Fiscalías transformadas”*, qué sentido tenía el traslado de un funcionario que no contaba con experiencia alguna en la materia.

Sumado a ello, el actor, luego de estar 5 meses en el cargo, fue nuevamente trasladado, lo que pone aún más en evidencia la falta de razonabilidad de la decisión adoptada por la Administración, habida cuenta de que la adecuación de los equipos de cara a, por ejemplo, la implementación del nuevo Código Aduanero, requiere de tiempo,

afianzamiento y perfeccionamiento académico; y no de 5 meses en una Fiscalía ajena a la materia especialidad del Magistrado.

Pero el problema de la motivación del acto relevado por la parte actora, se agrava a poco que se analizan, en profundidad, los restantes elementos allegados a esta causa. En este sentido, importa remarcar que el compareciente probó -y la Administración no contradijo- que, en ocasiones, los traslados a las Fiscalías de Aduana y Hacienda fueron utilizados con fines sancionatorios. Acreditó, asimismo, la excepcionalidad de los traslados como el de obrados, para los que sobran, al menos en los últimos 10 años, los dedos de una mano.

Lo antes expuesto habilita, entonces, cuestionarse: ¿Permite la justificación genérica empleada dar a conocer al funcionario los motivos de su traslado?

La respuesta negativa se impone sin hesitar, máxime cuando los precedentes ponen, ante los ojos de cualquiera, un manto de duda sobre la verdadera finalidad del acto resistido. Y es que si bien no todos los precedentes administrativos tienen fuerza vinculante para el futuro “...*Los nuevos principios constitucionales de buena administración, como los de coordinación, eficacia, imparcialidad, coadyuvan a la funcionalidad y sustento del comportamiento uniforme*” (Sesin, Domingo J. “*Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos Mecanismos de Control Judicial*”, Lexis Nexis-Depalma, 2ª Ed., 2004, p. 359).

Por si lo antedicho no bastara, cabe también consignar que el traslado del actor supuso, en la visión de la propia Fiscalía General de la Nación, la asignación de tareas en un cargo de menor jerarquía.

Un análisis desde la exégesis constitucional y legal (como la que propone el actor) no es suficiente para arribar a tal conclusión.

Como lo indica con meridiana claridad el Ministro, Dr. Gómez Tedeschi en su voto: *“La exclusión contenida en el art. 168 núm. 13 del requerimiento de la venia de la Cámara de Senadores para ser Fiscal de Aduana y Hacienda, no implica que se esté ante un cargo jerárquicamente inferior.*

¿Es un cargo de inferior jerarquía institucional el de Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo que el de Ministro del Tribunal de lo Contencioso Administrativo?

La armónica lectura de los arts. 168, ordinal 13 y 134 de la Constitución de la República, permite, sin esfuerzo, llegar a la conclusión contraria”

Sin embargo, no se “puede ser más realista que el rey”, y soslayar que, por ejemplo, los Fiscales Civiles subrogan en la feria judicial a los Fiscales de Aduana y Hacienda, y no a la inversa, lo que denota un límite del cargo por debajo del resto. En el mismo orden se destaca que cuando los Fiscales llegan a ser titulares en otras materias, solo en contadas excepciones son trasladados a la Fiscalía de Aduana y Hacienda, y, en algunas ocasiones, lo son por motivo de una sanción.

Pero una vez más, el problema no radica aquí en el tipo de traslado, sino en la ausencia de motivación que lo justifique de manera adecuada, suficiente y razonable, dado que si bien, desde una estricta perspectiva normativa no implica un retroceso en la carrera funcional, en los hechos, y en la propia valoración de la Fiscalía General de la Nación, ello resulta indiscutible.

Por último, el argumento de la demandada de que la motivación es suficiente porque el traslado se realizó en el marco de casi 70 traslados más, tampoco es de recibo.

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

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

VII) Finalmente, y en lo relativo a lo esgrimido por el actor en su batería de agravios, no resulta acreditado en autos la existencia de un trato discriminatorio o de una sanción encubierta, elementos que, a juicio del pretensor, permitan vislumbrar un fin desviado de la Resolución impugnada.

Al decir de 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, H. *“Obras y Dictámenes. Recopilación”*, La Ley Uruguay, 1ª Edición, 2010, p. 857).

Las alegaciones que el actor realiza al respecto resultan vagas e imprecisas, y conforme se señalara en el Considerando IV) se relacionan preferentemente con su anterior traslado de la Fiscalía Penal de Crimen Organizado de 2º Turno a la Fiscalía Nacional de lo Civil, traslado que si bien -según sostiene el actor- fue recurrido, no consta hubiere promovido acción anulatoria a su respecto, por lo que se encuentra firme.

Así pues, su invocación en esta instancia resulta una vía inidónea para pretender, por vía oblicua, que este Tribunal analice la legitimidad de aquella resolución.

En el ocurrente, no surge acreditado un fin distinto al que se tuvo en vista al conferirse los poderes al Jeraarca del servicio, limitándose la anulación a la falta de motivación del traslado por los argumentos expuestos en el considerando precedente.

En virtud de esto, el Tribunal estima que dicho agravio debe ser desestimado.

VIII) En última instancia, se impone delimitar la situación jurídica subjetiva del actor desde una doble perspectiva, a saber: la comprobación de la existencia de legitimación para accionar y la determinación de la mayoría de votos requerida a efectos de la anulación.

Concretamente, la circunstancia de que la legitimación del actor esté determinada por la violación de un *derecho subjetivo* o de un *interés* que revista las notas de *directo, personal y legítimo*, no sólo informan a su legitimación procesal y causal, sino que determinan la mayoría requerida a efectos del dictado de la sentencia anulatoria.

El texto constitucional es inconcuso en cuanto establece que: *“Para dictar resolución, deberán concurrir todos los miembros del Tribunal, pero bastará la simple mayoría para declarar la nulidad del acto impugnado por lesión de un derecho subjetivo. En los demás casos, para pronunciar la nulidad del acto, se requerirán cuatro votos conformes. Sin embargo, el Tribunal reservará a la parte demandante, la acción de reparación, si tres votos conformes declaran suficientemente justificada la causal de nulidad invocada”* (art. 310, inc. 1º y 2º de la Carta, replicados por el art. 89, inc. 2º y 3º del Decreto ley N° 15.524 de 9 de enero de 1984).

En el caso, la determinación de la situación jurídica subjetiva, cuya lesión se alega, resulta nuclear. En efecto, de tratarse de un derecho subjetivo, basta la mayoría simple para la anulación. No obstante, de considerar que se trata de un interés directo, personal y legítimo, se requiere la mayoría calificada de cuatro votos conformes que, en la especie, no acontece en virtud los votos de los Ministros, Dres. Gómez Tedeschi y Vázquez Cruz.

La conceptualización de las situaciones jurídicas de derecho subjetivo e interés legítimo resulta ardua (ver: Durán Martínez, A., *“Contencioso Administrativo”*, 2da. Ed., FCU, Montevideo, 2015, ps. 97 y sgtes; Cajarville Peluffo, J.P., *“Sobre Derecho Administrativo”*, t. II, 2da. Ed., FCU, 2008, ps. 575 y sgtes.; del mismo autor: *“Conceptos*

constitucionales definitorios de la legitimación del actor: relaciones entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés general”, en Revista de Derecho Público, Nº 43, FCU, Montevideo, 2012, p. 139 y sgtes, y “*Apuntes sobre el concepto de interés legítimo en la Constitución Uruguaya*”, en Revista de Derecho Público, Año 21, Nº 41, FCU, Montevideo, 2012, p. 11 y sgtes.).

Asimismo, tal como viene de señalarse, no sólo resulta fundamental la categorización de las situaciones jurídicas subjetivas a efectos de determinar la legitimación de las partes, sino también las mayorías requeridas a efectos de dictar sentencia (así: Klett, S. y Valentin, G., “*La reforma del proceso contencioso administrativo de anulación*” en Estudios Sobre Administración Uruguaya, t. II, 1ra. Edición, FCU, Montevideo, 2016, p. 288; en el mismo sentido: Valentin, G., “*El proceso principal contencioso administrativo de anulación*” en Procesos Constitucionales, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, FCU, Montevideo, 2018, p. 794).

A efectos de categorizar el interés legítimo, el Prof. Cajarville Peluffo ha enseñado: “*El interés legítimo, en la concepción de nuestra Constitución, es la situación en que se encuentra el sujeto que pretende de la Administración un comportamiento que le es favorable, pretensión basada en reglas que regulan o encauzan la actuación administrativa de manera tal que si bien aquella pretensión puede ser legítimamente satisfecha, también legítimamente puede no serlo. A diferencia de la situación de derecho subjetivo, entonces, la satisfacción de esta pretensión no es jurídicamente necesaria (...) El interés legítimo, entonces, para la Constitución uruguaya, no es lesionado en todo caso cuando no es satisfecho, sino sólo cuando no lo es por un comportamiento*

administrativo contrario a derecho (objetivo)” (Juan Pablo Cajarville Peluffo - “*Sobre Derecho Administrativo*”, t. II, cit., ps. 576 - 577).

Bajo estas coordenadas, corresponde concluir que la situación jurídica subjetiva del actor en este litigio es la de un interés que reviste las notas de directo, personal y legítimo, en tanto y en cuanto la Administración empleó el uso de una facultad discrecional asignada por la normativa que le permitía elegir entre dos o más opciones posibles, siendo ilegítima su volición por no estar debidamente motivada.

Al respecto, la Corporación, al analizar la situación jurídica subjetiva de funcionarios que entendían lesionado su “derecho al ascenso”, invocando anteriores pronunciamientos, señaló: *“Ahora bien; trasladando los conceptos mencionados al caso ventilado en estos autos, es posible señalar que con independencia del ajuste o desajuste a Derecho del obrar administrativo, es indudable que, en la especie los actores, por su condición de funcionarios de la Presidencia de la República ostentan un interés legítimo en que la Administración actúe conforme a Derecho su potestad organizativa del servicio y no frustre ilegítimamente su derecho a una carrera administrativa mediante el dictado de actos ilegítimos. Tienen un interés directo personal y legítimo (un interés protegido por el Derecho), que les 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). Sucede que en la situación jurídica de interés legítimo, no necesariamente siempre se tiene derecho a la satisfacción de su pretensión. Puede la Administración obrar con arreglo a Derecho, tanto si satisface como si frustra la expectativa de los interesados. A diferencia, claramente,*

de lo que sucede cuando la situación jurídica es de derecho subjetivo, donde la Administración tiene un único curso de acción posible: satisfacer el derecho subjetivo (al hallarse obligada como correlato de ese derecho subjetivo del particular)” (sentencia N° 650 de 18 de noviembre de 2014).

En razón de esto, y atento a que el número de votos necesarios para anular en casos de interés legítimo debe ser de cuatro conformes, deberá confirmarse el acto en proceso, reservándose a la parte actora el ejercicio de la acción reparatoria por entender, la mayoría del Tribunal, suficientemente justificada la causal de anulación invocada.

FALLA:

Desestímase la demanda y, en su mérito, confírmese el acto impugnado, reservando la acción reparatoria.

Sin sanción procesal específica.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios profesionales del abogado de la parte actora en la suma de \$30.000 (pesos uruguayos treinta mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

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

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).

DISCORDE DR. GOMEZ TEDESCHI, *Por cuanto entiendo se debe confirmar el acto enjuiciado.*

La Resolución impugnada tiene como antecedente la Resolución del Poder Ejecutivo de fecha 21 de enero de 2016, dictada en el expediente No. 2015-11-0019-0598.

Por la misma y visto la redefinición de los cometidos del Ministerio Público dispuesta por la Ley No. 19.355 de fecha 19 de diciembre de 2015, el Presidente de la República resolvió la transformación de cinco Fiscalías Letradas Nacionales de lo Civil en Fiscalías Letradas Nacionales de lo Penal; dos Fiscalías Letradas Nacionales de lo Civil en Fiscalías Letradas Nacionales de lo Penal de Ejecución; una Fiscalía Letrada Nacional de lo Civil en una Fiscalía Letrada Nacional de Aduana y Hacienda; tres Fiscalías Letradas Nacionales de lo Civil en Fiscalías Letradas Nacionales de Violencia Doméstica (AA fs. 60-63 carpeta rosada en 99 fs.).

El acto impugnado en su único CONSIDERANDO establece: “La necesidad de adecuar los equipos de trabajo de las unidades fiscales con miras a la instalación y puesta en funcionamiento de las fiscalías transformadas” y dispone el traslado de 16 Fiscales Letrados Nacionales, entre los que se encuentra el actor; 29 Fiscales Adjuntos y 25 Fiscales Adscriptos; esto es un total de 70 Fiscales.

Estimo la motivación esgrimida suficiente a los fines explicitados y resulta clara para comprender las razones que justifican los respectivos traslados.

Dentro de las potestades que la ley asigna al Director General de la Fiscalía General de la Nación, está la de disponer el traslado de los Fiscales a Sedes de similar jerarquía (art. 5º literal J de la Ley 19.334) y no resulta ajeno a ningún integrante de este Tribunal el proceso de

reestructuración orgánico y funcional en el que ha estado inmersa la Fiscalía General de la Nación en los últimos años.

Se aprecia pues, que la resolución impugnada contiene los fundamentos que justifican los traslados en cuestión que se inserta dentro de otros movimientos funcionales de la misma naturaleza que acreditan la existencia de una reorganización de los servicios, con motivo de las transformaciones de las Fiscalías referidas.

Resultan enteramente aplicables a la situación de autos las consideraciones vertidas por el Tribunal en la Sentencia No. 28/2004, oportunidad en la que se expresó: “En efecto, el traslado de la actora se inserta dentro de otros movimientos funcionales de la misma naturaleza (ver pieza A, fs. 41/43 y 48/50), que acreditan fehacientemente la existencia de una reorganización parcial de los servicios, con motivo de las transformaciones de las Fiscalías de Aduana, Hacienda y Menores.

(...)

No es exacto sostener entonces que el acto impugnado carece de motivación o que los motivos invocados son inexactos, cuando en realidad la motivación existe y ella es suficiente en función de la naturaleza del acto emitido, estando a la remisión que formula el Ministerio de Cultura a la propuesta del Sr. Fiscal de Corte”.

Del mismo modo, en la Sentencia No. 737/2006, en ocasión del traslado de un Magistrado del Poder Judicial, dijo este Tribunal: “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 (.....) 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” (los destacados no se encuentran en los pronunciamientos originales).

Por otra parte, y conforme fuera señalado en la Sentencia No. 422/2015: “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 Jerarca.

(...)

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)”.

Conforme al principio constitucional consagrado en el art. 59 de la Carta, es el funcionario el que existe para la función y no la función para el funcionario y tal relación funcional es de carácter estatutario, por lo que debe ser entendida como el vínculo jurídico especial que une al funcionario con la entidad estatal, por el cual aquél se obliga a realizar la función pública en la forma y condiciones que la Administración establezca unilateralmente en aras del interés público (Cfme. CORREA FREITAS, Rubén - VÁZQUEZ, Cristina: “Manual de Derecho de la Función Pública”, pág. 36).

Por lo demás, conforme fuera informado por el Departamento de Gestión Humana, Sección Liquidación de Haberes de la Fiscalía General de la Nación, no existen diferencias salariales en las remuneraciones que perciben los Sres. Fiscales Nacionales (AA fs. 28 en 42 fs.).

En su mérito se está frente a un cargo de idéntica remuneración y por tanto de igual jerarquía funcional.

Por su parte, las diferencias que el actor refiere contenidas en la Ley Orgánica del Ministerio Público y Fiscal (Decreto-Ley 15.365), tampoco son tales.

El Decreto-Ley No. 15.648 incorporó a la estructura orgánica del Ministerio Público y Fiscal establecida por Decreto-Ley No. 15.365, de 30 de diciembre de 1982 a las Fiscalías Letradas de Aduana que pasarán a denominarse, en lo individual, "Fiscalía Letrada Nacional de Aduana".

En lo que concierne al Principio de Independencia Técnica, se concuerda con lo expresado por la Directora del Departamento Jurídico-Notarial de la Fiscalía General de la Nación en orden a que “el artículo 20 de la Ley Orgánica vigente resulta de una claridad meridiana, en cuanto a lo que puede hacer el representante fiscal en el supuesto de que tuviera una discrepancia conceptual con las instrucciones que le fueron dadas o con una posición que favoreciera al fisco, en tanto “podrán excusar su intervención en forma fundada y reservada”, debiendo estar a la resolución del Poder Ejecutivo” (AA fs. 32 en 42 fs.).

En definitiva, se trató de un traslado horizontal, es decir, entre cargos de igual jerarquía, por lo que no hubo lesión alguna al reclamante, quien mantuvo su nivel funcional y su remuneración.

En otro orden, no existe ninguna norma de derecho positivo nacional que determine la selección de los magistrados (tanto jueces como fiscales) en función de las materias de su respectiva formación profesional o académica. En su mérito, la vasta capacitación del Dr. Perciballe en la materia penal y su aspiración a ejercer la titularidad de una Fiscalía en dicha materia -como a la postre ocurre actualmente- no resulta decisivo

para inferir la contrariedad a la regla de derecho, invocada por el promotor y la violación del estándar jurídico de la “razonabilidad”.

Tal postura invierte el principio constitucional a que se ha hecho alusión, en cuanto a que: “...la base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario...” (artículo 59 de la Constitución de la República).

En el supuesto que se pregona, todo jerarca de la Administración quedaría supeditado a asignar funciones en razón de las preferencias, formación profesional del funcionario, etc., cuestiones que, en situación especiales, pueden inclinar el espíritu hacia una u otra solución; pero que, a todas luces, aparecen como un exceso cuando se está ante una reorganización general del servicio.

Por lo demás, la solución que se propugna introduce un elemento perturbador en el funcionamiento de la Administración; ésta debería atribuir funciones no en atención a la valoración que efectuara el jerarca (responsable de la decisión), sino en razón de la consideración que el funcionario tiene de sí mismo.

Dr. Eduardo Vázquez Cruz *DISCORDE*: *Adhiero a la discordia formulada por el Dr. Alfredo Gómez Tedeschi, por los fundamentos expuestos anteriormente, a los que me remito.*