

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 13 de noviembre de 2014.

No. 617

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "ALFONSO, ÁLVARO con ADMINISTRACIÓN DE LAS OBRAS SANITARIAS DEL ESTADO. Acción de nulidad" (Ficha No.544/12).

RESULTANDO:

I) Que, con fecha 25/7/2012 compareció el promotor (fs. 2/8 vta.) demandando la anulación de la resolución No. 1468/11, de fecha 28/9/2011, dictada por el Directorio de la Administración de las Obras Sanitarias del Estado (OSE), mediante la cual se dispuso tomar conocimiento de que el día 8/7/2010 se configuró la incompatibilidad del cargo de Alcalde, ejercido por el Sr. Álvaro ALFONSO, con el cargo de funcionario de dicha Administración, configurándose la pérdida inmediata de este último cargo público (fs. 205/205 vta. A.A.).

Señaló que, en las elecciones departamentales del 9/5/2010 resultó electo Alcalde del Municipio de Aguas Corrientes y asumió el cargo con fecha 8/7/2010. Previamente, el 6/7/2010 solicitó la reserva del cargo, en escrito que presentó ante la Sub-Gerencia de Relaciones Públicas de la OSE.

Precisó que, el acto administrativo cuestionado lesiona abruptamente sus derechos, habiéndose dictado en violación de la regla de Derecho, en tanto el juicio lógico al que arriba el órgano público luego de analizar el

marco jurídico, parte de premisas erróneas que conllevan a una conclusión desajustada.

Afirmó que la normativa vigente (ex art. 10 de la Ley 18.665) dispuso que los Alcaldes estarían sometidos al mismo régimen de incompatibilidades e inhibiciones que los Intendentes. Por este motivo, solicitó la reserva del cargo, considerando que es un instituto político e institucional destinado a no ocupar en forma efectiva dos o más cargos públicos.

Expresó que la reserva del cargo cumple con dos finalidades, por un lado, que no se produzca la incompatibilidad constitucional y, por otro, que no se pierdan los derechos del funcionario en su carrera administrativa.

Alegó que, en la especie, no se produjo la incompatibilidad y, consecuentemente, la pérdida inmediata del cargo funcional que ostentaba en OSE, habida cuenta que oportunamente solicitó la reserva del cargo. El art. 292 de la Constitución de la República, refiere a aquellas situaciones en las que un funcionario público esté desempeñando funciones simultáneamente, que éstas sean incompatibles y vulneren el art. 289 de la Carta, extremo que no se verificó.

Sostuvo que, si un funcionario público resulta electo para ejercer un cargo público y solicita la reserva del cargo, la misma no puede ser denegada por la Administración. El art. 21 de la Ley 17.930 regula actualmente el instituto, es interpretativo de la Constitución de la República y su finalidad es que no se superpongan dos cargos en un mismo titular y no se incurra en incompatibilidad.

En definitiva, solicitó la anulación del acto administrativo impugnado.

II) Conferido traslado de la demanda, la Administración lo evacuó a fs. 14/16 vta., bregando por su rechazo en base a los siguientes fundamentos.

Explicó que de la cronología parlamentaria que regula el tema en cuestión, se permite concluir la incompatibilidad verificada. En tal sentido, destacó que originariamente el art. 10 de la ley 18.567 estableció que para integrar los Municipios se exigirían los mismos requisitos que para ser Edil (art. 264 de la Constitución de la República) y se les aplicaría el mismo régimen de incompatibilidades y prohibiciones que a aquéllos.

Posteriormente, por la Ley 18.644 se modificó el régimen de incompatibilidades, haciéndolo más estricto para los Alcaldes y Concejales, a través de la aplicación a los integrantes del gobierno local las incompatibilidades e inhabilidades establecidas en los arts. 289 a 294 de la Carta.

Aun así, por Ley 18.665 se modificó la solución establecida por la ley 18.644 pero mantuvo el mismo régimen de incompatibilidades e inhabilidades respecto de los Alcaldes.

En función de las disposiciones legales apuntadas, indicó que el cargo de Alcalde es incompatible con un empleo en OSE, resultando, por tanto, el acto impugnado ajustado a Derecho.

En suma, solicitó la confirmación del acto administrativo resistido.

III) Abierto el juicio a prueba (fs. 18), se produjo la que obra certificada a fs. 23, y alegaron las partes por su orden (la actora a fs. 25/28 y la demandada a fs. 31/33 vta.).

IV) Oída la Sra. Procuradora del Estado Adjunta en lo Contencioso Administrativo (Dictamen No. 483/2013 glosado a fs. 36/37 vta.) aconsejó la anulación del acto administrativo cuestionado.

V) Se citó a las partes para sentencia (fs. 38), la que, previo pasaje a estudio de los Sres. Ministros, se acordó su dictado en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I) Que, en la especie, se han acreditado los extremos legales habilitantes requeridos por la normativa vigente para el correcto accionamiento en sede contencioso-anulatoria (arts. 317 y 319 de la Constitución de la República y los arts. 4 y 9 de la Ley 15.869).

II) En autos se promueve la anulación de la resolución No. 1468/11 de fecha 28/9/2011, dictada por el Directorio de la Administración de Obras Sanitarias del Estado, mediante la cual se dispuso tomar conocimiento de que el día 8/7/2010 se configuró la incompatibilidad del cargo de Alcalde ejercido por el Sr. Álvaro ALFONSO con el cargo de funcionario de dicha Administración, configurándose la pérdida inmediata de este último cargo público (fs. 205/205 vta. A.A.).

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

IV) Que el Tribunal, apartándose de lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, desestimará la pretensión anulatoria actuada en los contenidos que se intentarán explicitar a continuación.

V) En lo inicial, debe de verse que de las actuaciones administrativas aportadas al proceso, surge que en las elecciones departamentales y municipales celebradas el 9/5/2010 el actor fue elegido Alcalde del Municipio Aguas Corrientes, Canelones, asumiendo el cargo el 8/7/2010.

Por esta razón, y al ser funcionario de la Administración de Obras Sanitarias del Estado, con fecha 6/7/2010, el reclamante presentó una nota solicitando la reserva del cargo por el quinquenio 2010-2015 (fs. 116 y 139/142 A.A.) y, además, surge que desde que asumió el cargo de Alcalde no percibió su salario como funcionario del Organismo demandado (fs. 71/86 A.A.).

Ante dicha solicitud, el 18/8/2010, la Asesora Letrada Klaudia IVANOFF informó a la superioridad que: *“(...) aplicando el art. 289 de la Constitución, al caso en análisis, es imposible que el funcionario, Sr. Álvaro Alfonso pueda ocupar el cargo de Alcalde y a su vez mantener la reserva del cargo como funcionario público de O.S.E. porque de ser así, estaría incurriendo en violación de la Constitución.*

(...) la ley 17.930 artículo 21, no es aplicable al caso, teniendo presente el principio de especialidad, el cual indica como norma específica el artículo 1 de la ley 18.644.

(...) el proyecto de ley presentado en estos obrados el cual tiene toda la intención de salvar las incompatibilidades existentes según surge de su texto, no tiene mayor transcendencia en esta instancia pues no tiene fuerza de ley siendo su naturaleza la de “proyecto de ley”. En base a todo ello, recomendó no otorgar la reserva del cago (fs. 119/120 A.A.).

La Corte Electoral, en opinión “no vinculante”, consideró que: “(...) *Las incompatibilidades e inhibiciones a las que refiere son las de los “integrantes del gobierno local”, es decir las del colectivo de sus autoridades, pues es a éste, que refiere expresamente y no a los diferentes cargos que lo integran (Alcaldes y Concejales). Es decir las incompatibilidades e inhibiciones de los artículos 289 a 294 de la Constitución de la República alcanza a los integrantes del gobierno local (Municipio) son las que allí rigen para el colectivo de integrantes del Gobierno Departamental y no las especiales de cada cargo (Intendente, integrantes de la Junta Departamental o de las Juntas Locales).*” (fs. 179-181, 286-289 A.A.).

Por su parte, requerida la opinión de la Oficina Nacional de Servicio Civil, ésta se pronunció acerca de la incompatibilidad entre el cargo de Alcalde con el cargo o empleo público en la OSE (fs. 188/190 A.A.).

Por último, el Asesor Letrado del Directorio de OSE, con fecha 8/9/2011, se pronunció (de acuerdo con art. 10 de la ley 18.567 y art. 289 de la Constitución) por la incompatibilidad entre el cargo de Alcalde y la calidad de funcionario del Servicio Descentralizado.

En cuanto a la reserva del cargo, consideró que la incompatibilidad -equiparada a la de Intendente- impedía que se pudiera reservar el cargo público que el pretensor ostentaba en OSE. Agregó que en la sesión de la Cámara de Diputados de fecha 23/6/2010 se presentó una moción para incluir en el proyecto de Ley (que luego se transformó en la Ley 18.665) la posibilidad de que los Alcaldes pudieran reservar el cargo conforme a lo establecido en el art. 17.296, moción que fue rechazada.

Asimismo, sostuvo que si bien el 6/7/2010 el Senador GALLINAL presentó un proyecto de Ley en el cual se establecía la posibilidad de reserva de cargo para aquellos Alcaldes que desempeñaran otro cargo público, ese proyecto de Ley no fue aprobado por la Cámara de Diputados. (fs. 195/202 A.A.).

En consonancia con dicha argumentación, el 28/9/2011 el Directorio de OSE dictó el acto impugnado (fs. 205 A.A.). Posteriormente, en vía recursiva la Asesora Letrada Klaudia IVANOFF volvió a pronunciarse sobre el punto, pero esta vez, aconsejando la revocación de la resolución No. 1468/2011. Indicó que resultaba aplicable el art. 21 de la Ley 17.930, como norma análoga, en tanto la norma específica, art. 10 de la ley 18.567, no reguló la reserva del cargo.

Asimismo, consideró que el actor no incurrió en incompatibilidad, porque nunca ejerció simultáneamente los cargos por lo que esta no llegó a consumarse, no surgiendo como aplicable la sanción prevista en el art. 292 de la Constitución de la República (fs.357/363 A.A.).

Sin embargo, las conclusiones de la mencionada Asesora Letrada no fueron compartidas por la Jefa de la Asesoría Letrada (fs. 366 A.A.), rechazando el Directorio de OSE el recurso de revocación interpuesto (fs. 374 A.A.), franqueándose el recurso subsidiario de anulación ante el Poder Ejecutivo, siendo denegado por resolución de fecha 10/9/2014 dictada por el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, en ejercicio de atribuciones delegadas (fs. 43/44 del ppal.).

VI) En lo sustancial, debe especialmente tenerse presente que el art. 10 de la Ley 18.567, aprobada el 13/9/2009, sufrió dos modificaciones posteriores a su dictado. En su texto original establecía:

“ARTICULO 10.- Para integrar los Municipios se exigirán los mismos requisitos que para ser Edil departamental (Artículo 264 de la Constitución vigente) y se les aplicará el mismo régimen de incompatibilidades y prohibiciones.

No podrán integrarlos los miembros de la Junta Departamental ni los Intendentes.”

La primera modificación fue dispuesta por la Ley 18.644, de fecha 12/2/2010 (antes de celebrarse las elecciones departamentales), y en su lugar estableció: **ARTICULO 10°.- Para ser miembro del Municipio se requerirá dieciocho años cumplidos de edad, ciudadanía natural o legal con tres años de ejercicio y estar radicado dentro de los límites territoriales de aquél, desde tres años antes, por lo menos, siendo aplicable a los integrantes del gobierno local las incompatibilidades e inhabilidades establecidas en los Artículos 289 al 294 del Capítulo VIII de la Sección XVI de la Constitución de la República, Constitución Vigente.**

No podrán integrarlos los miembros de la Junta Departamental ni los Intendentes”.

El nuevo texto del artículo 10 surgió de una propuesta del Diputado MAHÍA en la Sesión de la Cámara de Representantes de fecha 3/2/2010, en la que fue aprobado sin discusiones al respecto (vide: <http://www.parlamento.gub.uy/sesiones/AccesoSesiones.asp?Url=/sesiones/diarios/camara/html/20100203d0012.htm>); lo mismo sucedió en la Cámara de Senadores en la sesión de fecha 4/2/2010 (disponible en <http://www.parlamento.gub.uy/sesiones/AccesoSesiones.asp?Url=/sesiones/diarios/senado/html/20100204s0047.htm>).

Los artículos de la Constitución de la República aplicables de acuerdo al nuevo texto, establecen lo siguiente: *Artículo 289.- Es incompatible, el cargo de Intendente con todo otro cargo o empleo público, excepción hecha de los docentes, o con cualquier situación personal que importe recibir sueldo o retribución por servicios de empresas que contraten con el Gobierno Departamental. El Intendente no podrá contratar con el Gobierno Departamental.*

Artículo 290.- No podrán formar parte de las Juntas Departamentales y de las Juntas Locales, los empleados de los Gobiernos Departamentales o quienes estén a sueldo o reciban retribución por servicios de empresas privadas que contraten con el Gobierno Departamental.

No podrán tampoco formar parte de aquellos órganos, los funcionarios comprendidos en el numeral 4° del artículo 77.

Artículo 291.- Los Intendentes, los miembros de las Juntas Departamentales y de las Juntas Locales, tampoco podrán durante su mandato:

1°) Intervenir como directores o administradores en empresas que contraten obras o suministros con el Gobierno Departamental, o con cualquier otro órgano público que tenga relación con el mismo.

2°) Tramitar o dirigir asuntos propios o de terceros ante el Gobierno Departamental.

Artículo 292.- La inobservancia de lo preceptuado en los artículos precedentes, importará la pérdida inmediata del cargo.

Artículo 293.- Son incompatibles los cargos de miembros de las Juntas Locales y Departamentales con el de Intendente, pero esta

disposición no comprende a los miembros de la Junta Departamental que sean llamados a desempeñar interinamente el cargo de Intendente. En este caso quedarán suspendidos en sus funciones de miembros de la Junta Departamental, sustituyéndoseles, mientras dure la suspensión, por el suplente correspondiente.

Artículo 294.- Los cargos de Intendente y de miembros de Junta Departamental, son incompatibles con el ejercicio de otra función pública electiva, cualquiera sea su naturaleza.

Ahora bien, posteriormente una nueva y última modificación del art. 10 citado fue dispuesta por la Ley 18.665, de fecha 7/7/2010 (posterior a la celebración de las elecciones y a pocos días de asumir las nuevas autoridades), la que estableció: **“ARTICULO 10.- Para ser miembro del Municipio se requerirá dieciocho años cumplidos de edad, ciudadanía natural o legal con tres años de ejercicio y estar radicado dentro de los límites territoriales de aquél, desde, por lo menos, tres años antes.**

No podrán integrar los miembros de la Junta Departamental ni los Intendentes.

Los Alcaldes estarán sometidos al mismo régimen de incompatibilidades e inhibiciones que los Intendentes.

Los Concejales estarán sometidos al mismo régimen de incompatibilidades e inhibiciones que los integrantes de las Juntas Departamentales y de las Juntas Locales.”

El nuevo texto del art. 10 -finalmente aprobado por la Ley 18.665- surgió de un proyecto del seno de la Cámara de Representantes y en su **exposición de motivos** se explicaba que: *“El artículo 1º de la Ley N° 18.644 de 12 de febrero de 2010 (sustitutivo del artículo 10 de la Ley*

Nº 18.567 de 13 de setiembre de 2009) establece las condiciones que debe reunir un ciudadano para ser miembro de un Municipio y las incompatibilidades e inhabilidades a que están sujetos para el desempeño del cargo.

Sin embargo, en la redacción dada al artículo no surge claramente qué incompatibilidades e inhabilidades corresponden a los Alcaldes y a los Concejales.

Por tanto, resulta imperioso establecer en forma precisa qué régimen se les aplicará a cada uno de los miembros de los Gobiernos Municipales.

Para ello, el artículo puesto a consideración establece aplicarle a los Alcaldes el mismo régimen de incompatibilidades e inhabilidades que establece la Constitución de la República para los Intendentes (por detentar éste un cargo de carácter rentado) y a los Concejales el régimen establecido para los integrantes de las Juntas Departamentales y de las Juntas Locales, por tener éstos últimos carácter de honorarios.”

Sin perjuicio de ello, en la sesión de Diputados de fecha 23/6/2010, en la que se trató la reforma del art. 10 y la separación entre Alcaldes y Concejales, en cuanto a las incompatibilidades e inhabilidades -cuya discusión puede servir de pauta intelectual- se destacaron las opiniones vertidas por los siguientes representantes:

Diputada Piñeyrúa: “ (...) En ese marco, dado que se están modificando las reglas del juego, hemos propuesto una solución alternativa que nos parece mucho más justa, teniendo en cuenta que la jerarquía del Alcalde -dicho con todo respeto- no se compadece con la del Intendente municipal, fundamentalmente por las competencias y las responsabilidades

que revisten ambos cargos. Entonces, vamos a presentar a la Mesa un artículo sustitutivo que otorga, a quienes ejercerán los cargos de Alcalde, la posibilidad de hacer la reserva del cargo público que ocupan, ya sea presupuestado o contratado, en el marco de lo que establece la Ley N° 17.296, de 23 de febrero de 2001. (...)"

Diputado Yanes: "(...) que todos se queden tranquilos porque por esta única vez -como a veces se dice- voy a terminar levantando la mano absolutamente convencido de que en la exposición de motivos de este proyecto está sumamente claro que se está cometiendo una injusticia. Ella dice lo siguiente: "Sin embargo, en la redacción dada al artículo no surge claramente qué incompatibilidades e inhibiciones corresponden a los Alcaldes y a los Concejales". **Resulta que ahora, cuando ya sabemos con nombre y apellido quiénes fueron electos, sí podemos cambiar las reglas de juego. Habría preferido -como se planteó al terminar la última sesión- buscar algún mecanismo por el que se asumiera que se reserva el cargo para los pocos casos que existen y que quedara absolutamente claro que dentro de cinco años el que sea electo Alcalde sabe que deberá dejar su sueldo, su carrera administrativa, o lo que sea.** Eso lo hicimos todos quienes ocupamos bancas en el Parlamento. Cuando asumimos nuestras bancas, todos aceptamos una responsabilidad que ya conocíamos claramente. Sin embargo, en este caso hicimos las listas, las presentamos, vimos los resultados, conocemos los nombres de las personas que se proclaman, y después les decimos que se tienen que ir para la casa, cuando de repente un pueblo o una ciudad se entusiasmó porque ese buen vecino iba a regir su destino.

(...) voy a levantar la mano por el acuerdo político de mi fuerza, pero como sucede tantas veces venceréis pero no convenceréis. A mí, no me convence esto.”

Diputado Vidalín: “Seguramente, hay muchos compañeros que aceptaron ser candidatos a Alcalde, y fueron electos, **porque no había ninguna norma que estableciera que debían renunciar a su empleo público.** Con seguridad, con lo que hoy estamos instrumentando, en lugar de premiar a los ganadores estamos premiando a los perdedores (...)”

Diputado Pereyra: “Señor Presidente: en realidad, creo que en esta discusión nos estamos salteando algunas cosas, y tendríamos que releer lo que decimos en este Parlamento. En realidad, la discusión se está desvirtuando, se está yendo para todos lados; estamos rediscutiendo y abriendo la ley. (...)”

Ahora, la Ley N° 18.567, cuando establece el régimen de incompatibilidades, dispone para todo el Concejo las mismas que para los Ediles departamentales. ¿Por qué, señor Presidente? Porque luego, en la Ley N° 18.644 se determina claramente que los Concejales son honorarios. Por lo tanto, cabría la posibilidad de que el Alcalde cobrara. **Y todos sabíamos -es el mismo argumento que estamos escuchando acerca de alguien que tuvo muchos votos- que si un funcionario público se presentaba como candidato a Intendente no podía asumir. Eso lo sabía porque había sido expresado de antemano, más allá de que discutamos si es injusto o no. ¡Esa es otra discusión! Lo que estamos corrigiendo acá es la injusticia de que alguien, por ser funcionario público, no pueda ser Concejel, que es honorario.**

Resulta que antes de ingresar a Sala, aparentemente estábamos todos de acuerdo, pero después empezamos a arrimar agua al molino. Bueno, ¡parece que entonces este proyecto de ley lo presentó Magoya! Todos aceptamos que hay dificultades. Estamos dispuestos, políticamente, a resolver esto en la Comisión especial de asuntos municipales y descentralización, por el tiempo que sea necesario. **Ahora, al ciudadano que se presentó, sabiendo que el cargo para el que se postulaba era incompatible con la función pública -y hubo muchos que renunciaron porque no podían serlo-, pues era un cargo rentado, después, con las cartas vistas, le cambiamos las reglas del juego, ¡eso sí es grueso!**”.

Diputado Amarilla: “Entiendo que, como se ha dicho, este cambio de reglas de juego no puede ser restrictivo; no puede ser un cambio de las reglas a posteriori de la elección, y todavía restringir las libertades y las posibilidades que tienen los ciudadanos de ocupar determinados cargos.

Además, hay otro tema que me parece que no se ha puesto de manifiesto en la discusión, que tiene que ver con el fundamento. ¿Cuál es el fundamento para establecer una inhabilitación? Resulta claro que un funcionario del Gobierno Departamental no puede ser integrante de un Municipio; allí, en cada una de sus decisiones, en cada participación como miembro de ese organismo, evidentemente habría un peso muy importante que lo condicionaría: el hecho de depender jerárquicamente del Gobierno Departamental. Pero para el caso de un funcionario que dependiera, por ejemplo, del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca, ¿qué fundamento habría para inhabilitar su posibilidad de ser Alcalde de Pocitos o de La Teja? ¿Cuál sería el condicionamiento que podría tener en sus decisiones acerca de cómo levantar la basura, qué tipo de pavimento

colocar en determinada calle o a qué iluminación dar prioridad en el barrio por el hecho de ser funcionario de ese Ministerio, de ANTEL o de otro organismo del Estado? Consideramos que ninguna, señor Presidente. Por eso, creo que no debe limitarse esta posibilidad a los funcionarios públicos. No quiero reiterar conceptos; sí voy a decir que coincido con todo lo que se ha dicho aquí, sobre todo pensando en que si la regla es clara para el integrante del Concejo del Municipio también debe serlo para quien resultó electo como Alcalde. Si no fuera así, como dijo el Diputado José Carlos Cardoso anteriormente, estaríamos premiando a quien perdió y castigando a quien ganó por la voluntad popular.

Existe además un mecanismo para resolver el tema, y es una de las soluciones que ha planteado el Partido Nacional, que consiste en que aquellos candidatos a Alcalde que han sido electos puedan ampararse al régimen de reserva del cargo en sus organismos de origen y mantener así el cargo público hasta que terminen su mandato y puedan retornar. Esa herramienta existe y creo que el Parlamento haría bien en considerarla. Es más: en principio, tal como está la redacción de este proyecto de ley que hoy vamos a votar, entiendo que el funcionario no está inhibido de hacer ese trámite, por lo cual estaríamos a lo que las asesorías jurídicas de los diferentes organismos puedan responder.”

Diputado Asti: “Puedo coincidir o no con la opinión de que el artículo 10 de la Ley N° 18.567, en la redacción dada por la última modificación, resulte conveniente. **Pero no hay duda de que a todas las personas que fueron candidatas a Alcalde les corresponden las mismas inhibiciones que están previstas en los artículos 289 a 294 del Capítulo**

VII de la Sección XVI de la Constitución de la República. No hay duda de que eso estaba vigente en el momento de la elección. Con respecto a las inhabilidades que están incluidas allí para los Alcaldes, creo que no hay ninguna posibilidad de interpretación distinta.

Por lo tanto, no puedo admitir pacíficamente que se diga que este Parlamento le esté quitando a alguien un derecho que tenía antes de la elección. No. **A partir de que la norma se votó en este Parlamento, se fue a la elección sabiendo que correspondían las mismas inhabilidades, en particular la del artículo 289 de la Constitución, que hace incompatible el cargo de Intendente con todo otro cargo o empleo público, con excepción de los cargos docentes. Está claro que eso era lo que conocían tanto el elector como el elegible.** Existía esa disposición legal que se refería a una norma que está incluida en la Constitución de la República, al asimilar el cargo de los Alcaldes al de los Intendentes.

Esto es lo que quería manifestar. Por lo expuesto, no creo que se esté violando ningún derecho de los electores ni de los electos en el acto comicial del 9 de mayo.”

Diputado Díaz: “Por otra parte, en nombre de Alianza Nacional, decimos que por dos razones vamos a apoyar el proyecto presentado por los coordinadores de bancada. La primera -importante- es que nuestros compañeros fueron a la coordinación a presentar este proyecto y a pedir que se votara en nombre nuestro; lo hicieron porque se lo pedimos. La segunda, lo votamos porque estamos totalmente de acuerdo. **Este proyecto no viene a restringir las facultades de los Alcaldes sino a ampliar las de los Concejales. Reitero: no viene a restringir a los Alcaldes; esto es**

claro. Sin embargo, creo que hay que cambiar algunas cosas en la ley porque están bastante confusas.

Cuando leíamos la redacción del artículo 1° de la Ley N° 18.644 efectivamente quedaba confuso. **Pero si uno hace una interpretación normal, puede advertir que las incompatibilidades para los Alcaldes y para los Concejales eran las del Intendente. Entonces, lo que estamos haciendo es subsanando un error; no estamos restringiendo nada. (...)**”

Por su parte, en la sesión del Senado de fecha 6/7/2010, en la que se trató la reforma del art. 10 remitida por la Cámara de Representantes, se dijo:

Senador Heber: “(...) Como la intención es no generar una nueva incompatibilidad, debo decir que no estamos de acuerdo con el hecho de que el Alcalde no pueda reservar su cargo público a los efectos de que mañana pueda recuperarlo y continuar su carrera administrativa.

Hemos encontrado una suerte de entendimiento -sobre el cual está trabajando el señor Senador Gallinal en este momento, en nombre del Partido Nacional, y seguramente lo explicará mejor que yo- que implicaría aprobar el proyecto de ley remitido por la Cámara de Representantes y, al mismo tiempo, enviar una comunicación a la Corte Electoral o elaborar un proyecto de ley -no lo sabemos porque al acuerdo se está tratando de arribar en este momento- de un artículo que establezca que el Alcalde no tiene la incompatibilidad que sí recae sobre el Intendente. ¿Por qué, señor Presidente? ¿Cuál es el argumento político? Habrá quienes sostengan que el Alcalde tiene una remuneración por una tarea que debe realizar. Es cierto, pero a los candidatos a Alcalde que participaron de esta elección no

se les advirtió que iban a tener esta incompatibilidad; hay muchos Alcaldes electos que no sabían que no podían reservar sus cargos y, ahora, de alguna manera, se encuentran frente a una violación, a su juicio, de los derechos adquiridos, porque participaron en una elección con determinadas reglas y posteriormente se las cambia. ¿Por qué tenemos que generar una incompatibilidad a un Alcalde que sea funcionario, por ejemplo, del Banco de Previsión Social? ¿Por qué tiene que perder esos años dedicados a la tarea pública y nosotros -todos los partidos- negarnos la posibilidad de contar con aquellos funcionarios públicos que se creen capaces de ser Alcaldes de su localidad? ¿Por qué tienen que optar entre el cargo de Alcalde y lo que ha sido una carrera funcional a la que deben renunciar por cinco años? ¿Cuál es la razón política? Uno puede entender que exista incompatibilidad en el caso de un Edil, que no puede mantener su cargo en el Municipio cuando vota presupuestos que lo benefician. Aquí es natural y clara la incompatibilidad. Asimismo, se puede entender la incompatibilidad del cargo de Legislador, ya sea Diputado o Senador, porque no puede estar votando presupuestos mientras mantiene la reserva de un cargo en alguna parte de la Administración Pública. Pero en el caso del Alcalde, ¿en qué circunstancia puede beneficiarse indirectamente? ¿Por ser funcionario municipal? Si es así, legislemos estableciendo que el Alcalde no puede reservar su cargo en el Municipio y que debe renunciar a fin de no beneficiarse por el hecho de trabajar en la administración municipal del mismo departamento por el que fue electo. Pero no generemos, en el caso del Alcalde, la misma incompatibilidad que tiene el Intendente para desempeñar cualquier cargo público, aunque desde ya digo que tampoco entiendo bien esto último. De todos modos, sobre ese asunto ya se ha

legislado y está admitido de esa forma, aunque a mi juicio se trata de un error. En realidad, me parece que las incompatibilidades deben estar directamente relacionadas con la eventual posibilidad de que en el futuro se reciba un beneficio por su acción como jerarca. Me parece que ese es el sentido de una incompatibilidad.

Senador Rubio: “Quiero mencionar muy brevemente que la historia de este asunto se inicia porque el proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo al Parlamento decía que todos los miembros de los Concejos, es decir, Alcaldes y Concejales, serían honorarios, y que sus incompatibilidades eran las mismas que las de los Ediles. Luego, algunos partidos políticos -con los que dialogamos en aquella circunstancia- plantearon que eso no tenía realismo y que si se quería que el Alcalde cumpliera su función a cabalidad, su cargo debía ser rentado. Como estábamos en año electoral, por una vía salomónica se decidió que los Concejales fueran honorarios y, tal como dijo el señor Senador Moreira, no se estableció nada con respecto a los Alcaldes. En consecuencia, no se prohíbe pero tampoco se obliga. Esa es la realidad.

Asimismo, cuando se aprobó en el Senado la ley que modificó la original -por aquello de los plazos y demás-, se mantuvo el mismo sistema de incompatibilidades de los Ediles, tal como venía desde un principio. Sin embargo, la Cámara de Representantes introdujo una modificación, a mi juicio equivocada, en el entendido de que ninguna Junta se iba a animar a pagar a los Alcaldes porque eso se consideraría una violación constitucional, dado que asimilaba el nuevo sistema al anterior de las Juntas. Allí se decía que se violaba el artículo 295 de la Constitución y por eso en dicha Cámara se pasó al otro extremo, de las inhibiciones de los

Ediles a la de los Intendentes para todos. Reitero que creo que eso fue un error. Esta es la historia del problema y en estas circunstancias se llegó a las elecciones. Luego se dieron cuenta de que en la realidad se planteaba un problema, porque se daba una injusticia muy grande con relación a los Concejales al establecerse que perdían su cargo público si optaban por este nuevo puesto, que era honorario. **En lo que tiene que ver con los Alcaldes, se ingresó en una polémica sobre si se podía o no hacer la reserva del cargo y si eso implicaba cambiar las reglas de juego en medio del camino. Ante esto optaron por el camino de dividir las situaciones y permitir que a los Alcaldes se les apliquen las inhabilitaciones de los Intendentes -por lo que pierden el cargo público- y al resto de los Concejales, las de los Ediles, pudiendo mantener el cargo sin problemas.”**

Senador Guarino: “Cuando se redacta el proyecto original -la ley que se aprobó contiene las diferencias que mencionó el señor Senador Rubio-, se entiende que tanto para los Alcaldes como para los Concejales en general, sin diferenciación, debían establecerse las mismas condiciones que para los Ediles, ya sea para ser electos como en lo que respecta a las incompatibilidades. Considerábamos eso era lo más conveniente. Posteriormente, se entendió -incluso por Legisladores del Partido Nacional, y puedo afirmarlo porque me tocó estar en la negociación de esa discusión- que convenía incorporar el conjunto de los artículos de la Constitución de la República que van del 289 al 294, es decir, los que regulaban el sistema de incompatibilidades, en el entendido de que el cargo de Alcalde, al ser remunerado, se iba a asociar con las incompatibilidades que tenía el Intendente -lo que figura en el artículo 289-, pero no así los cargos de

Concejales, que por ser honorarios se asimilarían a los que figuran en los artículos de la Constitución de la República que no contienen las incompatibilidades que se le imponen al Intendente. Quizás en forma demasiado ligera, entendimos que eso sería de fácil interpretación; sin embargo, una vez que votamos la ley, personas especializadas en el tema dijeron que había que interpretar que todos los artículos debían cumplirse y, por tanto, una persona no podía ser empleado público y Concejal a la vez. Así surge este problema, pero me parece que la redacción del proyecto de ley que viene de la Cámara de Representantes representa una solución práctica, que diferencia claramente entre el cargo de Concejal y el de Alcalde, estableciendo para el primer caso las mismas incompatibilidades que tienen los Ediles, y para el segundo las que rigen para los Intendentes.”

Senador Gallinal: “(...) Este proyecto de ley soluciona un problema, pero genera otro. Entonces, en nombre del Partido Nacional -aclaro que trasladamos también esta inquietud al Partido Colorado-, sugerimos una solución que tiene distintas etapas, pero que forma parte de un todo. Estamos dispuestos a otorgar los votos para aprobar el proyecto de ley que viene de la Cámara de Representantes, conformar los dos tercios y tener la norma vigente, **pero simultáneamente pedimos que se aprueben dos mociones. Por un lado, vamos a proponer que se apruebe un proyecto de ley -que tendrá que pasar por la Cámara de Representantes para transformarse en ley-, que todavía no tiene ninguna firma -luego voy a anunciar el procedimiento que creemos correcto respecto a su trámite-, pero que diría así: “Artículo Único.- Declárase”, con el sentido que tiene esta palabra y que todos sabemos cuál es, “que los Alcaldes electos en las recientes elecciones municipales**

no están comprendidos en la incompatibilidad establecida por el artículo 289 de la Constitución de la República y en caso de desempeñar otro cargo o empleo público, podrán efectuar reserva del mismo por el término de su mandato”. Aclaro que se hace referencia exclusivamente a los Alcaldes, porque de acuerdo con el proyecto de ley que vamos a aprobar, esa inhibición no alcanza a los Concejales.”

VII) Con tales antecedentes se estima debe convenirse que el texto del art. 10 de la Ley 18.567, tanto en la redacción dada por la Ley 18.644 antes de que se realizaran las elecciones departamentales, así como en la redacción de la Ley 18.665, aprobada con posterioridad a la elección, se remite al art. 289 que establece las incompatibilidades para los Intendentes.

Baste con recordar que su texto dispone que: *Es incompatible, el cargo de Intendente con todo otro cargo o empleo público, excepción hecha de los docentes, o con cualquier situación personal que importe recibir sueldo o retribución por servicios de empresas que contraten con el Gobierno Departamental. El Intendente no podrá contratar con el Gobierno Departamental.*

En doctrina, Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA explicaba que las incompatibilidades: *“(...) obstan a la acumulación de ciertas funciones públicas por un mismo individuo, impidiendo que una misma persona pueda ser a un mismo tiempo titular de dos cargos declarados incompatibles. Obsérvese que ya no se trata de impedir que alguien pueda ser electo, o de impedir que pueda ser proclamado electo, sino que pueda entrar al desempeño de un cargo cuando está desempeñando otro cargo. Así por ejemplo, la Constitución ha impedido la posibilidad de que una*

persona desempeñe los cargos de Senador y de Representante. El que haya sido elegido para ambos, debe optar por uno de dichos cargos.”

Al tratar el art. 245 de la Constitución de 1942, art. 289 de la actual Constitución de la República, indicaba que: “(...) *se refiere no sólo al impedimento para el desempeño simultáneo de dos cargos públicos, sino también al impedimento para el desempeño simultáneo de la función pública de Intendente con determinadas actividades privadas.*”, centrando su estudio únicamente en ésta última incompatibilidad. (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino: “La Constitución Nacional”, Tomo IX, 2º parte “Gobierno y Administración de los Departamentos”, págs. 6 y 10).

Por su parte, desde la dogmática administrativista Daniel Hugo MARTINS señalaba que: “*Esta disposición establece una incompatibilidad y una prohibición.*”

La incompatibilidad consiste en desempeñar cualquier otro cargo o empleo público, excepción hecha de los docentes, así como recibir sueldo o retribución de empresas que contraten con el Gobierno Departamental.

La prohibición consiste en no poder celebrar contratos con el Gobierno Departamental.” (MARTINS, Daniel Hugo: “El gobierno y la administración de los Departamentos”, Tomo II, Montevideo, 2006, pág. 209).

Por su parte Fulvio GUTIÉRREZ -en posición aislada- sostiene que: “(...) *es incompatible el cargo de Intendente en los siguientes casos: a) Con todo otro cargo o empleo público, excepción hecha de los docentes. (...)*” y en nota al pie de este literal indica: “*Por eso el Tribunal de Cuentas observa como inconstitucionales, aquellas situaciones que se dan en forma reiterada, cuando el Intendente pide licencia, y su suplente es una persona*

que ocupa un cargo en la Intendencia (generalmente un cargo de confianza pero puede no serlo). Ese suplente, antes de asumir el cargo, debe renunciar al suyo (si es funcionario de confianza, y si no lo es debe además reservar el cargo), o en su caso ser cesado, para asumir la suplencia del Intendente. Vencida la licencia, el funcionario -si es de particular confianza- debe ser designado nuevamente, y si no lo es, reasume el cargo que tenía y estaba reservado” (GUTIÉRREZ, Fulvio: “Manual jurídico sobre los Gobiernos Departamentales”. FCU, 2012, pág. 97).

VIII) En la emergencia, corresponde examinar si el reclamante, a efectos de enervar la aplicación de la mentada incompatibilidad, podía solicitar y acceder al instituto de la reserva del cargo, de modo de mantener el vínculo funcional que le ligaba con OSE y, a su vez, desempeñar el cargo de Alcalde al que había resultado electo.

Como se ha dicho, se prevé un régimen especial de reserva del cargo, para los funcionarios públicos que sean designados para ocupar cargos políticos o de particular confianza (art. 135 del TOFUP), en la redacción dada por el art. 21 de la Ley 17.930 de fecha 19 de diciembre de 2005. Este régimen de reserva del cargo no es aplicable para quienes sean electos como Presidente de la República, Vicepresidente de la República, Senador, Representante Nacional o Intendente, por expresas disposiciones constitucionales en materia de incompatibilidades (Constitución, arts. 91, 99, 171 y 289).

El régimen de reserva del cargo, en cuyo caso se aplica a todos los funcionarios públicos, presupuestados o contratados, en cuyo caso quedarán suspendidos en el ejercicio de sus cargos o funciones contratadas, con excepción de los docentes. Durante el período de la reserva del cargo,

el funcionario mantendrá todos los derechos funcionales, especialmente el de la carrera administrativa cuando corresponda a su estatuto jurídico y las retribuciones que por cualquier concepto venía percibiendo hasta la toma de posesión del cargo... Se trata, pues, de una excepción al régimen general de prohibición de ocupar más de un empleo público, según lo establecido por el art. 32 de la Ley N° 11.923 de fecha 27 de marzo de 1953, en la redacción dada por el art. 12 de la Ley N° 12.079 de fecha 11 de diciembre de 1953 (art. 207 del TOFUP). (CORREA FREITAS, Rubén: “Manual de Derecho de la Función Pública” obra en co-autoría con Cristina VÁZQUEZ, FCU, 2ª Edición, Montevideo, 2011, págs. 210/211).

Así, el art. 21 de la Ley 17.930 establece textualmente que: *“Los funcionarios públicos designados para ocupar cargos políticos o de particular confianza, quedarán suspendidos en el ejercicio de los cargos presupuestados o funciones contratadas de los que fueren titulares al momento de la designación, con excepción de los docentes.*

Durante el período de la reserva, el funcionario mantendrá todos los derechos funcionales, especialmente el de la carrera administrativa cuando corresponda a su estatuto jurídico y las retribuciones que por cualquier concepto venía percibiendo hasta la toma de posesión del cargo, cualquiera sea su naturaleza, fueran financiadas con Rentas Generales o Recursos con Afectación Especial, las que serán ajustadas en la oportunidad y condiciones en que disponga el Poder Ejecutivo.

Los funcionarios que sean llamados a ocupar los cargos mencionados en el inciso primero de este artículo, podrán optar por las remuneraciones establecidas para los mismos incluida dedicación exclusiva y gastos de representación, o exclusivamente, las

correspondientes a aquéllos reservados, sin perjuicio de la eventual acumulación de sueldos por el ejercicio de cargos o funciones docentes, la que se regulará por las normas vigentes.

Deróganse los Artículos 1º del Decreto Ley No. 14.622, de 24 de diciembre de 1976, Artículo 21 de la Ley No. 15.767, de 13 de setiembre de 1985, Artículo 43 de la Ley No. 16.170, de 28 de diciembre de 1990, y Artículo 12 de la Ley No. 17.296, de 21 de febrero de 2001.

Toda referencia legal realizada a las normas que se derogan, se entenderá referida al presente artículo.”.

La norma en examen, no puede entenderse al caso puntualmente aplicable, tal como lo postula el promotor, habida cuenta que el cargo de Alcalde no fue categorizado como político o de particular confianza por el Estatuto por la Junta Departamental por mayoría especial (ex art. 62 de la Carta), y aun cuando se entendiera que la reserva del cargo prevista en el art. 21 precitado fuera aplicable en función de lo establecido en el inciso 1º del art. 62 de la Constitución de la República, igualmente el reclamante no se encontraba dentro del ámbito subjetivo de la norma.

Razón por la cual, si en este régimen de excepción (léase reserva) el accionante no se encontraba comprendido, mal puede la denegatoria a su solicitud dispuesta por el acto administrativo cuestionado entenderse como ilegítima.

La decisión administrativa resulta perfectamente ajustada a Derecho, habida cuenta que la solicitud movilizada por el accionante, carecía al momento de su incoación, de apoyatura o cobertura legal.

Es más, surge de la exposición de motivos del proyecto de Ley, luego convertido en la Ley 18.665, y de la discusión parlamentaria, que el

fundamento para una nueva modificación del art. 10 fue la injusticia que surgía al aplicarles las incompatibilidades del art. 289 de la Constitución de la República a los Concejales, quienes debían renunciar a su cargo público, por ser éste un cargo honorario y por ello fueron asimilados a los Ediles.

Sin embargo, para el cargo de Alcalde no se modificó, sino que se estableció expresamente que se le aplica las mismas incompatibilidades que a los Intendentes.

Sin embargo, de la discusión parlamentaria transcrita más arriba surge que dicho punto fue tratado tanto en Diputados, como por los Senadores, los que entendieron que si la remisión al art. 289 se realizaba sin excepciones, quien asumiera como Alcalde debía renunciar al cargo público que tuviera, en virtud de que el cargo era rentado.

Véase además, que existieron proyectos en ambas Cámaras para declarar que los Alcaldes que tuvieran cargos públicos pudieran hacer uso del instituto de la reserva del cargo. Dichos proyectos de Ley no prosperaron al momento del dictado del acto administrativo resistido.

Entonces, si los legisladores entendían que era necesaria una Ley especial que declarara que las incompatibilidades del art. 289 no eran aplicables a los Alcaldes y que en caso de ser funcionario público podrían realizar la reserva del cargo es porque, en principio, las incompatibilidades le eran aplicables y la reserva del cargo dispuesta por la Ley 17.930 no procedía.

Tan es así que, recientemente, se aprobó la Ley 19.272 que introdujo nuevas modificaciones a la Ley 18.567 de descentralización territorial y participación ciudadana, cuyo art. 10 mantuvo el mismo régimen de incompatibilidades con excepción de la proveniente del art. 92 de la

Constitución de la República. Esta única excepción se dispuso que tuviera vigencia en forma inmediata a la promulgación de la Ley.

Asimismo, la referida disposición hizo extensivo el régimen del art. 21 de la Ley 17.930 a los Alcaldes, naturalmente que esta norma no estaba vigente y, por tanto, era *inaplicable al caso en examen*, no pudiendo servir de asiento normativo de la otrora pretensión del demandante.

Por lo demás, no resulta posible considerar que el acto adolezca de error en los motivos, porque la disposición legal invocada por el actor -también invocada por la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo- no comprende la situación del demandante.

Con tales entendimientos, procede necesariamente convenir que las circunstancias y razones jurídicas invocadas por la Administración a través del acto administrativo impugnado son plenamente ajustadas, habida cuenta que al momento de declarar la configuración de la incompatibilidad, el régimen jurídico no incluía a los Alcaldes en el instituto de la reserva del cargo.

Por los fundamentos expuestos, los arts. 309 y 310 de la Constitución de la República, y apartándose de lo dictaminado por la Sra. Procuradora del Estado Adjunta en lo Contencioso Administrativo, el Tribunal

FALLA :

Desestímase la demanda anulatoria entablada y, en su mérito, confírmase el acto administrativo en la fase de cuestionamiento.

Sin sanción procesal específica.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios de los abogados de las partes, actora y demandada, en la suma de \$20.000 (pesos uruguayos veinte mil), a cada uno.

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

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

Dr. Marquisio. (Sec. Letrado).