

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 11 de diciembre de 2018.

No. 623

VISTOS :

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “SEVRINI ROSSI, MARÍA VIRGINIA con AGENCIA NACIONAL DE VIVIENDA. Acción de Nulidad” (Ficha No. 643/2016)

RESULTANDO :

I) La parte actora compareció y dedujo pretensión anulatoria contra la Resolución N° 0438/2015, de 26 de noviembre de 2015, mediante la cual el Directorio de la Agencia Nacional Vivienda resolvió:

“1º Disponer el llamado a concurso de Oposición y Méritos y Antecedentes para la provisión de tres cargos del Escalafón Especialista Profesional EP3 Grado 8, Procurador, delegando en la División Gestión y Desarrollo Humano su instrumentación.

2º Aprobar el llamado, las Bases Generales de Ingreso a la ANV y las Bases Particulares del Concurso para la provisión de los cargos mencionados conforme a los textos que lucen adjuntos.

3º Remitir las actuaciones a la División Gestión y Desarrollo Humanos a sus efectos” (fs. 9 a 10, infolios y fs. 5 a 6 en 224 fojas, A.A.).

En su demanda, la actora señaló que ostenta un interés legítimo en que las bases y el procedimiento concursal se desarrollen conforme a las reglas que establecen un actuar debido de la Administración.

Fue contratada como profesional independiente por la Agencia Nacional de Viviendas durante ocho años no obstante lo cual desarrolló labores como si fuera una verdadera funcionaria. En ese contexto, junto con otros profesionales en similar situación de precarización y ausencia de estabilidad en la función plantearon al Directorio una fórmula que permitiese reconocer el estatus jurídico que realmente tenían.

Sin embargo, la Administración decidió dictar el acto objeto de las presentes actuaciones violentando diversas reglas de derecho. A saber:

a) Normas sobre la competencia de la ANV.

b) Reglas relativas al trato igualitario, mediante una discriminación irracional y falta de consideración objetiva.

c) Violación a las reglas relativas a la debida motivación, con elementos externos que conducen a considerar la existencia de desviación de poder.

d) Violación del derecho a la carrera administrativa por vía indirecta.

Sobre la *violación de las reglas relativas a la competencia de la ANV* sostuvo que según el artículo 61 de la Constitución el estatuto -en sentido material- incluye distintos aspectos entre los cuales se encuentran las condiciones de ingreso a la función pública.

El Directorio de la ANV no tiene competencia para el dictado de bases generales de ingreso a modo de reglamento autónomo. De acuerdo con nuestro régimen constitucional ello debe acceder a una disposición legal previa.

La resolución atacada concomitantemente aprueba las bases particulares para el concurso de procuradores, sin sustento, y las bases

generales para el ingreso al Organismo, sin que sea competente su órgano emisor.

Lo afirmado resulta evidente si se armoniza lo dispuesto por los artículos 61 y 59 de la Constitución. El primero dispone que *“Para los funcionarios de carrera, el Estatuto del Funcionario establecerá las condiciones de ingreso a la Administración (...)”*. En tanto el segundo establece que *“La ley establecerá el Estatuto del Funcionario sobre la base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario.*

*Sus preceptos se aplicarán a los funcionarios dependientes:
(...) E) De los Servicios Descentralizados (...)”*

Como bien lo sabe la demandada, esto ha sido destacado claramente en la sentencia del TCA No. 640/2015. El concurso se enmarca en normas reglamentarias que fueron dictadas en violación de las reglas de la competencia, siendo este presupuesto esencial para la validez del acto administrativo. Su ausencia determina la nulidad insanable.

Acerca de la *violación de las reglas relativas al trato igualitario y a la objetividad*, señaló que las bases particulares violan las generales.

Si se entendía que existía competencia suficiente para ello, correspondía tener presente al elaborar las bases las reglas más básicas en materia de transparencia, igualdad y trato objetivo para la evaluación de las aptitudes e idoneidades de los distintos postulantes.

De este modo, sostuvo que quien acredita ser procurador tiene garantizados 16 puntos, aspecto que choca frontalmente con las reglas de la razón y violenta las bases generales ya que produce una asimetría entre los

que se postulan de acuerdo con la norma general y lo que termina siendo puntuado en el caso particular.

La puntuación de un presupuesto necesario para concursar implica afectar el razonamiento porque no es un diferencial sino un requisito de admisibilidad. El punto 5 de las bases establece que es “*requisito excluyente*” poseer “*Título de procurador egresado de la UDELAR*”. Como puede observarse, constituye un factor no ponderable o puntuable. Por algo el punto 2.3 de las bases generales establece que existen dos tipos de requisitos en los méritos: unos excluyentes y otros valorables. Los excluyentes no son valorables.

Agregó que al puntuar elementos excluyentes se disminuye la incidencia relativa de los valorables. Y más aún, a los que refieren a los aspectos que se concursan por oposición. Esta circunstancia determina que los pliegos particulares resulten irrazonables y objetivamente violatorios de las bases generales que establecen que los antecedentes y méritos deben valer lo mismo que la oposición.

Otro vicio asociado a la confección de los pliegos es el relativo a la afectación de una situación jurídica preexistente al mencionar los conceptos que constituyen la experiencia valorable. En efecto, la puntuación dispuesta en el punto 8.3. asigna un puntaje de 2.5 por año de experiencia, lo que determina que ésta no se pondera e ingresa en franca contradicción con lo dispuesto genéricamente en el punto 5. Pero además la graduación adecuada de la experiencia verificada en la ANV no es sólo una cuestión de ordenamiento del pliego sino además una forma de ponderar conforme a derecho las situaciones jurídicas verificadas en términos de irregularidad durante años.

Respecto a la *motivación irregular*, expresó que se produjo un defecto formal en las bases por ausencia del previo pronunciamiento de la Oficina Nacional del Servicio Civil, a lo que agregó la verosimilitud de la configuración de *desviación de poder*.

El 4 de noviembre de 2015 se presentó una petición solicitando se regularizaran situaciones de profesionales que -como la actora- tenían vínculo con la Administración desde varios años en relación de dependencia, siendo verdaderos funcionarios de hecho. Por medio del llamado se pretendió desconocer el vínculo existente, perjudicándolos ilegítimamente.

Señaló que se aprobaron por el Organismo las bases para cubrir los cargos de procuradores, se realizó el correspondiente llamado interno, se comunicó a la Oficina Nacional del Servicio Civil, pero posteriormente a realizar el llamado externo inexplicablemente se modificaron las bases.

Esta circunstancia determina un claro vicio: la ausencia de pronunciamiento de la Oficina Nacional del Servicio Civil.

Pero además, explicó que en su caso se le renovó el contrato por un plazo de 90 días, a diferencia de hacerlo por un año, como venía sucediendo y al borde de su finalización se le comunicó que se solicitó al Poder Ejecutivo la autorización para que la ANV suscriba contratos de función pública con personas que se encuentren desempeñando tareas propias de un funcionario. En otras palabras, dejó de prestar servicios el 30 de setiembre y por ende no estará alcanzada por el supuesto de hecho de la norma proyectada.

Estas circunstancias permiten visualizar una deliberada intención de no considerar la situación creada y por diversas vías generar un marco

general que determinara la salida de la actora sin que pudiera acceder a los cargos concursados.

Resulta claro que en su caso existió un designio (interés querido) diverso del que las reglas de derecho consagran. Esto es, la elección del mejor propuesto para ocupar un cargo calificando ese carácter en base a una ponderación racional de todos los aspectos jurídicamente relevantes.

En definitiva, solicitó la anulación del acto administrativo impugnado (fs. 55 a 66).

II) Conferido el correspondiente traslado la Agencia Nacional de Vivienda lo contestó oponiéndose al accionamiento en base a la siguiente fundamentación.

En primer lugar, señaló que la accionante pretende la ilegalidad de un llamado a concurso fundándose entre otros argumentos en la existencia de una relación funcional encubierta bajo la forma de un arrendamiento de servicios, cuestión que escapa al objeto de la presente acción. Si la Dra. Sevrini pretende una decisión jurisdiccional respecto de su relación con la ANV ha equivocado el procedimiento para obtenerla.

En segundo término, indicó que la motivación irregular aparentemente la constituye la modificación del grado y remuneración entre el llamado interno y el externo. Cabe señalar que la situación contractual de la demandante fue objeto de un error posteriormente advertido. Se la contrató con un sueldo equivalente del grado de inicio del escalafón profesional (PC) cuando hubiera correspondido que su remuneración fuera equivalente a la de un especialista profesional. De haberse provisto el cargo mediante concurso interno hubiera sido desigual

el tratamiento entre quien tenía un contrato de arrendamiento de servicios y quien ocupaba un cargo presupuestado, perjudicando a este último.

El llamado interno fracasó y en el llamado externo se convocó al escalafón y grado al que presupuestalmente correspondía el cargo sin que dicha variación constituyera en modo alguno una irregularidad.

La demanda de autos denota una clara falta de comprensión de la RD y del procedimiento seguido al enunciar como vicio la ausencia de pronunciamiento de la Oficina Nacional del Servicio Civil. Previo al llamado interno, y de conformidad con lo previsto por el artículo 26 de la Ley N^o 18.719, se procedió a consultar al Registro de Personal a Redistribuir acerca de la existencia de personal excedentario con el perfil requerido, instancia que no dio resultado positivo. Dicha consulta es válida para el llamado externo, circunstancia de la que da cuenta la parte expositiva de la resolución del Directorio. No se advierte a que otra disposición legal puede referir la contraria al impugnar por ilegalidad el acto administrativo por ausencia de pronunciamiento de la Oficina Nacional del Servicio Civil.

Agregó que la Dra. Sevrini pretende que su experiencia personal en la ANV se tome en cuenta como factor de ponderación en el concurso. Tal consideración merecería el reclamo del resto de los postulantes en tanto estaría violando flagrantemente el principio de igualdad. Mal podría ser ésta un aspecto a considerar si se está ante un concurso de ingreso a la institución mediante llamado externo. La actora confunde la impugnación de un acto de llamado a concurso con una reclamación respecto de su pretendida relación funcional.

Explicó que no merece mayor detenimiento el agravio por el cual considera ilegal la puntuación del título de procurador. El criterio podrá compartirse o no pero lo cierto es que todos los postulantes obtuvieron el puntaje básico correspondiente a dicho requisito, en igualdad de condiciones y se evaluó por encima de ello la aprobación de las materias Técnica Forense I y II.

Tampoco dice relación con el presente proceso la posibilidad que la demandante quede comprendida o no en la hipótesis prevista en una norma presupuestal, aún sin aprobación por el Poder Ejecutivo.

Finalmente, resaltó que resulta de rechazo el argumento que la Agencia Nacional de Vivienda carece de competencia para regular las condiciones de ingreso de sus funcionarios.

Es cierto que la ANV carece de un estatuto formal propio, pero como bien señala la contraria, el estatuto en sentido material incluye las condiciones de ingreso a la función pública. Y en relación con el punto, el acto se ajusta a las reglas de derecho que en sentido abstracto prevén el ingreso a la Administración Pública: la exigencia de los requisitos para ser funcionario público; la potestad de designar (artículo 23 de la Ley No. 18.125, literal h); y el procedimiento de ingreso (artículo 33 de la Ley No. 18.125).

Destaca que, en lo que dice relación con los aspectos de apreciación estricta del Tribunal de Concurso (psicotécnico y entrevista personal), ello ingresa dentro de la órbita de su autonomía siendo una cuestión ajena al pronunciamiento jurisdiccional.

En suma, solicitó la confirmación del acto administrativo cuestionado (fs. 72 a 74 vto.).

III) Por decreto No. 9441/2016 (fs. 76) se dispuso la apertura a prueba, diligenciándose la que luce agregada y certificada a fs. 84.

IV) Las partes alegaron por su orden (fs. 87-91 y fs. 94-95 vto., respectivamente).

V) El Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo se pronunció inicialmente mediante dictamen No. 585/17 (fs. 98) y aconsejó recabar informe previo de la Comisión Nacional del Servicio Civil, la que se pronunció por el mantenimiento del acto impugnado (fs. 105 a 106). Finalmente, el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo emitió el dictamen No. 193/2018 (fs. 111 a 111 vto.) por el cual entendió que se produjo un vicio de incompetencia que inficiona de nulidad insanable al acto en virtud que el Directorio de la ANV carece de potestades para dictar y aprobar disposiciones estatutarias por sí y ante sí.

VI) Puestos los autos para sentencia, previo pase a estudio de los Sres. Ministros en forma sucesiva, se acordó en legal y oportuna forma (fs. 113).

CONSIDERANDO :

I) En el aspecto formal, se han cumplido las exigencias que, según la normativa vigente (Constitución artículos 317 y 319 y Ley No. 15.869 de 22 de junio de 1987, artículos 4 y 9) habilitan el examen de la pretensión anulatoria.

La Resolución N° 0438/2015 se emitió el 26 de noviembre de 2015 (fs. 9 a 10, *infolios* y fs. 5 a 6 en 224 fojas, A.A.) y, según manifestaciones

de la actora (fs. 55) no controvertidas por la demandada (fs. 72 a 74 vto.), no se notificó ni se publicó en el Diario Oficial.

El 14 de diciembre de 2015 se interpusieron en tiempo y forma los recursos de revocación y anulación (fs. 6 a 8, *infolios* y fs. 2 a 4, A.A.).

El acto conclusivo de la vía administrativa se produjo mediante la Resolución N° 918/2016, de 19 de julio de 2016, mediante la cual el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, en ejercicio de atribuciones delegadas del Poder Ejecutivo resolvió no hacer lugar al recurso de anulación (fs. 2 a 2 vto., *infolios* y fs. 48 a 49, A.A.), la que se notificó a la actora 1° de agosto de 2016 (fs. 3, *infolios* y fs. 53, A.A.).

La demanda se interpuso tempestivamente el 28 de setiembre de 2016 (nota de cargo, fs. 67).

II) El Tribunal, por unanimidad de sus miembros, habrá de compartir la solución aconsejada por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (fs. 111 a 111 vto.) y amparará la demanda anulando el acto enjuiciado, por las razones que se explicitarán.

En lo inicial, corresponde pronunciarse sobre el vicio formal de incompetencia, el que de verificarse genera una nulidad absoluta e insanable y tiene incidencia respecto de las demás causales de ilegitimidad.

Sobre el punto, la Sede ha señalado: “(...) *En cuanto al vicio en estudio, se ha expedido este Tribunal en varias ocasiones, señalando que dicha causal “insubsanable” de nulidad “es de pronunciamiento prioritario, en función de su incidencia respecto de las restantes articulaciones referidas con la ilegitimidad del acto* (...) (sentencia N° 587/2001) (...)

En resumen, siendo la competencia del órgano un presupuesto esencial para la validez del acto administrativo, su ausencia determina la nulidad insubsanable del mismo” (sentencia N° 635/2013; en igual sentido: sentencias Nos. 182/1984, 222/1986, 255/1987, 463/1987, 499/1988, 1071/1995, 1267/1993, 245/2002, 323/2013, 631/2013 y 411/2014, entre otras) (...)” (sentencia No. 27/2015).

Como indica Giorgi, “(...) ***Cuando la Administración dicta un acto exorbitando el campo de sus atribuciones, violando las reglas de la competencia, el acto está viciado de incompetencia, en principio, el más grave y el de mayor entidad de los vicios jurídicos.***” (Cf. Héctor Giorgi, Héctor: “*El Contencioso Administrativo de Anulación*”, Montevideo, 1958, p. 199)” (la negrilla y el subrayado no están en el original).

La actora se agravió señalando la ilegitimidad del acto encausado en tanto se dictó en violación de las reglas de competencia previstas por el ordenamiento jurídico, citando en su respaldo la sentencia No. 640/2015 de la Corporación, que refiere a un caso análogo seguido contra la Agencia Nacional de Vivienda.

En tanto la demandada se defendió diciendo que si bien es cierto que la ANV carece de un estatuto formal propio, el estatuto en sentido material incluye las condiciones de ingreso a la función pública, haciendo referencia a lo dispuesto por los artículos 23 literal h) y 33 de la Ley No. 18.125.

Por Resolución N° 22/2018, de 2 de febrero de 2018 se pronunció la Comisión Nacional del Servicio Civil aconsejando la confirmación del acto impugnado considerando “VIII) *Que la Agencia Nacional de Vivienda tiene potestad reglamentaria y que las Bases Generales de Ingreso*

aprobadas se ajustan a la normativa constitucional o legal aplicable, que, en el caso, se estima que es la Ley N° 16.127” (fs. 105 a 106).

En sentido opuesto se expidió el Sr. Procurador del Estado, quien recordó lo dicho por la Sede en sentencia No. 640/2015 en la que se señaló que el artículo 23 literal g) de la Ley No. 18.125 no atribuye a la Agencia Nacional de Vivienda poder normativo para dictar disposiciones estatutarias asignándole exclusivamente una labor meramente preparatoria (fs. 111 a 111 vto. *infolios*).

La Ley No. 18.125, de 27 de abril de 2007 modificó la Carta Orgánica del Banco Hipotecario del Uruguay y creó en su capítulo II, artículos 9 a 34, la Agencia Nacional de Vivienda como Servicio Descentralizado.

El artículo 23 literal h) de la Ley No. 18.125 que invoca la demandada prevé entre las competencias del Directorio de la Agencia Nacional de Viviendas la de “Designar, promover, trasladar y destituir a los funcionarios presupuestados, así como contratar a los eventuales, de cualquier naturaleza, y ejercer la potestad disciplinaria sobre todo el personal.”

En tanto el artículo 33 de idéntico plexo normativo establece que “El ingreso de nuevo personal se hará siempre por la última categoría del escalafón correspondiente y por el régimen de concurso, con las únicas excepciones de los cargos de Gerente General, Secretarios y Asesores Técnicos del Directorio. El personal de los escalafones de servicio ingresará por sorteo. El Directorio podrá realizar la designación directa de profesionales y técnicos, en los casos en que no hubiere inscriptos en el llamado a aspirantes a concurso”

En el presente caso el Directorio de la Agencia Nacional de Viviendas dictó la Resolución N° 0438/2015 por la cual se aprobó concomitantemente las bases de un llamado a concurso (fs. 69 a 79, A.A.) y las bases generales de ingreso a la Agencia Nacional de Vivienda (fs. 63 a 67, A.A.), cuestiones a las que no refiere el artículo 23 literal h) ni el artículo 33 de la Ley No. 18.125.

Estos aspectos revisten el carácter de materia estatutaria en cuanto vienen a establecer las condiciones de ingreso a la Administración, funciones, escalafón y finalidad del cargo, todo lo cual encuentra su regulación en el literal g) del artículo 23 de la Ley No. 18.125, que establece como competencia del Directorio de la ANV la siguiente: “Aprobar, dentro del plazo de 120 días de su instalación, el proyecto de normas especiales a incorporar al Estatuto del Funcionario y elevarlo al Poder Ejecutivo a sus efectos.”

Surge de autos que la demandada reconoció al tiempo de la contestación de la demanda que *“(...) la ANV carece, de momento, de un estatuto formal propio (...)”* (fs. 73 vto, *infolios*), no siendo de recibo las invocaciones normativas que realiza a los artículos 23, literal h) y 33 de la Ley No. 18.125.

El objeto del acto impugnado no consistió en la designación, promoción, traslado o destitución de funcionarios presupuestados ni de la contratación de eventuales o del ejercicio de la potestad disciplinaria sobre su personal (literal h) del artículo 23 de la Ley No. 18.125). Y tampoco refiere a la designación directa de profesionales y técnicos en las condiciones establecidas por el artículo 33 de la Ley No. 18.125.

Por el contrario, mediante el acto impugnado se aprobaron contenidos que revisten naturaleza estatutaria, cuestiones respecto de las cuales el Directorio de la Agencia Nacional de Viviendas no tenía competencia y sólo estaba habilitado a proyectar las normas pertinentes y remitirlas al Poder Ejecutivo a sus efectos (literal g) del artículo 23 de la Ley No. 18.125).

En lo que respecta a la invocación normativa que realiza la Comisión Nacional del Servicio Civil, referente a la Ley No. 16.127, el Tribunal no logra advertir de dónde surgiría el fundamento que permite colegir “*que las Bases Generales de Ingreso aprobadas se ajustan a la norma constitucional o legal aplicable, que, en el caso, se estima que es la Ley 16127*”

La Agencia Nacional de Viviendas no tenía potestad reglamentaria al tiempo del dictado del acto encausado. Es a partir de la Ley No. 19.462, de 22 de diciembre de 2016 que se aprobó el Estatuto del Funcionario, en su artículo 7° se previó que “El Directorio de la Agencia Nacional de Vivienda (ANV) reglamentará todo lo relacionado con los concursos y pruebas de ingreso así como la constitución de los Tribunales, en los que se incluirá un veedor sindical.” Con anterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley que aprobó el Estatuto, el Directorio de la ANV carecía de competencia estatutaria.

En este sentido, resulta trasladable lo dicho por la Sala en sentencia No. 640/2015, en la que se señaló: “(...) En tanto Servicio Descentralizado, el poder normativo atribuido para el dictado del Estatuto corresponde por imperio Constitucional al legislador (art. 59, literal E).

Así la norma dispone que la ley establecerá el Estatuto del Funcionario sobre la base de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario y sus preceptos se aplicarán a los funcionarios de los Servicios Descentralizados, sin perjuicio de lo que a su respecto se disponga por leyes especiales en atención a la naturaleza de los cometidos.

Se conviene que esta excepción prevista no puede entenderse, como la posibilidad de que el legislador otorgue al propio servicio descentralizado la competencia estatutaria.

El artículo 23 de la Ley 18.125 en su literal g) dispuso como competencia del Directorio de la ANV “aprobar, dentro del plazo de 120 días de su instalación, el proyecto de normas especiales a incorporar al Estatuto del Funcionario y elevarlo al Poder Ejecutivo a sus efectos”.

La norma, no atribuye a la Agencia Nacional de Vivienda poder normativo para dictar disposiciones estatutarias. La labor asignada por el legislador (perfectamente compatible con lo regulado en la Constitución de la República), **es meramente preparatoria.** A tal fin, se le mandató al Directorio de la ANV la aprobación (término no utilizado en términos técnicos ajustados) del proyecto de normas “A INCORPORAR” al Estatuto, ¿por qué? Porque no los incorpora el Directorio por sí mismo porque carece de competencia estatutaria. No ostenta el poder jurídico habilitante para establecer el régimen jurídico que aplicará a su personal.

Resulta claro que lo único que prevé la norma que la ANV “apruebe”, es el “proyecto de normas especiales a incorporar en el Estatuto del Funcionario”, pero no el Estatuto mismo, para lo cual impone de inmediato “elevarlo al Poder Ejecutivo a sus efectos”.

Es indudable que las citadas normas legales no atribuyen poder normativo alguno al Directorio de un Servicio Descentralizado como la ANV para dictar y aprobar disposiciones estatutarias por sí y ante sí, como lo es sin duda la aprobación de un reglamento de ascensos para la provisión de cargos y funciones de alta conducción dentro del organismo. El directorio de la ANV carece de competencia estatutaria (...)

Asimismo, el fundamento normativo individualizado por la Oficina Nacional de Servicio Civil, luego compartido por la Comisión Nacional de Servicio Civil, tampoco resulta a juicio de este Tribunal aplicable. El artículo 14, inciso 3º, de la Ley 16.127, textualmente dispone: “Los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados comerciales e industriales reglamentarán sus sistemas de calificaciones y ascensos con el asesoramiento de la Oficina Nacional del Servicio Civil, atendiendo a las características particulares de cada organismo y los criterios generales de esta Ley, en un plazo de ciento veinte días a partir de su vigencia, dando cuenta a la Asamblea General”.

La disposición legal, atribuyó la potestad de reglamentar los sistemas de calificaciones y ascensos, entre otros, a los Servicios Descentralizados de naturaleza comercial, pero esa facultad tenía una cortapisa temporal perfectamente delimitada, dando cuenta a la Asamblea General. Este tipo de disposiciones, comúnmente se conoce como “temporales” porque tienen un plazo de vigencia estipulado, cesando sus efectos al término previsto. Razón por la cual, no puede invocarse una disposición normativa que tuvo operatividad entre los años 1990 - 1991, cuando no existía aún la ANV.

Del mismo modo, no se comparte el argumento de la demandada, fincado en que tanto el contenido del Reglamento de Ascensos para los cargos de Alta Conducción (resolución No. 0082/12 de fecha 19.3.2012) como las Bases particulares del llamado para la provisión del cargo con funciones de Gerente de Área Programas Habitaciones, fueron convenidos con la Comisión Representativa de los funcionarios pertenecientes al sistema escalafonario. El fundamento exteriorizado carece de apoyatura normativa. La circunstancia de que determinado colectivo representativo de los funcionarios avale o dé “el visto bueno” al dictado de un reglamento no por ello sana la irregularidad jurídica del mismo y, con ello y por vía consecencial, considerar que las Bases particulares de un llamado para la provisión de un cargo, se ajustaron a Derecho. Por el contrario, si el órgano con competencia en la materia estatutaria no es el emisor del acto-regla resistido, entonces, de nada sirve como argumento de autoridad que el colectivo o representantes de funcionarios prestaran su conformidad.

Resulta enteramente aplicable a la situación de autos lo expresado por el Tribunal en la sentencia No. 635/2013 en cuanto a que: “La incompetencia, como lo ha proclamado la Corporación en reiteradas oportunidades, es el más grave vicio que inficiona de nulidad al acto administrativo. Enseña al respecto el Prof. CAJARVILLE: “Presupuesto de derecho del dictado de un acto administrativo es la existencia de una norma atributiva de competencia a un órgano estatal. Si no existe una norma que atribuya la potestad de dictar el acto que se trata, éste estará viciado por incompetencia (...). Cuando se trata de una norma que atribuye competencia, la consecuencia imputada consiste en el ejercicio de

una potestad por un órgano estatal, potestad -omissis- de dictar un acto administrativo con determinado contenido” (Cfme. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. Sobre Derecho Administrativo. Tomo II. FCU 3ª Edición, 2012, págs. 24 y 25; en el mismo sentido: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Elementos del acto administrativo”, en Revista de Derecho Público, Número 41, 2012, FCU, pág. 33).

En cuanto al vicio en estudio, se ha expedido este Tribunal en varias ocasiones señalando que dicha causal “insubsanable” de nulidad “es de pronunciamiento prioritario, en función de su incidencia respecto de las restantes articulaciones referidas con la ilegitimidad del acto (...)

En consecuencia, como expresa MARIENHOFF. “La violación de las normas sobre competencia determina la nulidad del respectivo acto administrativo. Esto obedece a que la “competencia” representa un requisito o elemento esencial del acto administrativo...”; y continúa diciendo: “...para que un acto administrativo sea tenido como acto “regular”, es indispensable que reúna las condiciones esenciales de validez, entre éstas que sea dictado por autoridad competente” (“Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, pág. 583) (sentencia No. 587/2001). En resumen, siendo la competencia del órgano un presupuesto esencial para la validez del acto administrativo, su ausencia determina la nulidad insubsanable del mismo” (...)

En consecuencia, la Sede se pronunciará por la anulación del acto en proceso sin ingresar al análisis de la cuestión sustancial por cuanto media como obstáculo insalvable la incompetencia del órgano emisor (sentencias Nos. 27/2015, 79/2018 y 295/2018).

III) En virtud de que la Resolución N° 0438/2015 aprobó concomitantemente las bases de un llamado a concurso (fs. 69 a 79, A.A.) y las bases generales de ingreso a la Agencia Nacional de Vivienda (fs. 63 a 69, A.A.), resulta trasladable la solución anulatoria que con efectos generales dispusiera el Tribunal respecto del “acto - regla” mediante el dictado de la sentencia No. 640/2015.

En aquella oportunidad, la Corporación expreso: “*VII) Por otra parte y en cuanto a la ilegitimidad de la resolución No. 0090/12 del 19 de marzo de 2012 dictada por el Directorio de la ANV, por la que se dispuso el llamado a concurso de oposición y méritos y antecedentes para la provisión por vía de ascenso de un cargo de alta conducción con funciones de Gerente de Área Programas Habitacionales y por la que se resolvió aprobar las Bases Particulares, las que regirán el concurso conjuntamente con el Reglamento de Ascensos para cargos y funciones de alta conducción aprobado por RD No. 0082/2012; corresponde igualmente la solución anulatoria.*”

Debe convenirse que la resolución No. 0090/12 al aprobar las Bases Particulares del llamado a concurso y remitirse al Reglamento de ascensos aprobado por el acto-regla que acaba de analizarse, es un acto consecuencial o derivado del anterior y por lo tanto, contaminado en su ilegitimidad por incompetencia de su órgano emisor por efecto de la llamada “propagación de la nulidad” o “nulidad en cascada”.

Corresponde por tanto anular dicho acto por aplicación del referido principio, ya que el vicio originario de incompetencia relevado inficiona de nulidad todo acto ulterior conexo o que de aquél depende (artículo 104

Dec. Ley 15.524 y art. 113 CGP; conforme Sentencias No. 592/2007, 644/2011, 23/2013, entre otras)."

En este caso, se trató de un único acto con un doble contenido: a) la aprobación de las bases de un llamado a concurso; y b) la aprobación de las bases generales de ingreso a la Agencia Nacional de Vivienda.

Las bases generales de ingreso constituyen, pues, un "acto - regla" y las bases del llamado específico a concurso un "acto consecucional" o derivado de éste.

En lo que respecta al contenido resolutivo que aprueba "las bases generales de ingreso" procede la anulación con efectos generales y absolutos. Así, resulta trasladable en lo pertinente lo dicho en sentencia No. 545/2014 en cuanto señala: "...dado el alcance general del impugnado, y en función de la desigualdad que la anulación con efecto inter partes podría provocar entre los sujetos alcanzados, el Tribunal ejercitará la facultad conferida en el artículo 311, inciso 2º, de la Constitución de la República, amplificando el alcance del pronunciamiento anulatorio, por fuera de los límites connaturales de la cosa juzgada. La sentencia anulatoria con efectos generales y absolutos cumple "...una finalidad purgativa del ordenamiento de la que puede decirse que es primariamente relevante en interés de la Ley antes que el interés particular de los recurrentes", objetivo que prima sobre evidentes razones de economía procesal al evitar el planteamiento de multitud de litigios, al tiempo que facilita la unidad de calificación de la ilegalidad declarada (GARCÍA DE ENTERRÍA: *Ob. cit., t. I cit., págs. 244-245*)..." (sentencias Nos. 1016/1998; 619/2013, 696/2013, 59/2014, 642/2014, entre otras)." (Véase también en el mismo sentido la sentencia No. 287/2018).

Por tales fundamentos, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en atención a lo dispuesto por los artículos 309 y 310 de la Constitución, por unanimidad

FALLA:

Ampárase la acción anulatoria y, en su mérito, anúlase la resolución impugnada declarándola con efectos generales y absolutos en lo que respecta a la aprobación de las bases generales de ingreso.

Sin sanción procesal específica.

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

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

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

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).