

## DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 17 de octubre de 2019.

No. 702

### VISTOS :

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] con BANCO CENTRAL DEL URUGUAY. Acción de nulidad" (Ficha No. 341/2017).

### RESULTANDO :

I) La parte actora compareció y dedujo pretensión anulatoria contra el acto administrativo de 4 de enero de 2017 mediante el cual se le rechazó su solicitud de inscripción a un curso de actualización a realizarse entre el 6 y el 24 de febrero de 2017 (fs. 27 vto., en carpeta verde de 159 fojas, A.A.).

En su demanda, relató que al amparo del artículo 318 de la Constitución petitionó el otorgamiento de una comisión especial del 6 al 24 de febrero de 2017, a fin de concurrir al "*VII Curso de actualización Teoría y Práctica de la integración regional*" que imparte la Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario de la Universidad Alcalá de Henares, con asistencia a sesiones de la Comisión Europea, al Parlamento Europeo y a audiencia en el Tribunal de Justicia Europeo, informando que los costos de la capacitación corrían por su cuenta (pasajes aéreos, hotel, estadía y traslados). También solicitó, en forma accesoria, se considerara la posibilidad de financiar la matrícula, que ascendía a 600 euros.

Expresó que su petición contó con el informe favorable del jerarca del servicio, Dr. Daniel Artecona -aunque no con respecto a la financiación de los 600 euros- y del Área de Gestión de Capital Humano.

Pese a ello, el 4 de enero de 2017 se dictó el acto administrativo denegatorio de la solicitud de otorgamiento de Comisión Especial cuya anulación se pretende en esta acción.

La accionante señaló que su petición tenía por finalidad que se imputaran como comisión especial los días hábiles que insumió la capacitación, en lugar de que se le computaran como licencia reglamentaria generada en 2016, que fue lo que finalmente sucedió.

Este es el agravio que le irroga el acto administrativo impugnado cuya reparación se busca de modo tal que se liberen aquellos quince días de licencia reglamentaria que invirtió en capacitación.

La compareciente relacionó los contenidos del acto impugnado y del acto confirmatorio del primero, así como el marco normativo aplicable.

En su expresión de agravios, dividió su planteo en vicios formales y sustanciales. Dentro de los que catalogó como formales, indicó los siguientes: **i)** ausencia de motivos y de motivación; **ii)** motivación *post facto*; **iii)** incompetencia del órgano que dictó el acto; y **iv)** omisión de diligenciamiento de probanzas.

Como vicios sustanciales, señaló: **a)** violación al principio de igualdad de trato; **b)** infracción a la Resolución D 473/2010, que impone una conducta reglada; **c)** violación a su derecho a la comisión; **d)** error en el cálculo de jornales: los fines de semana (días inhábiles) la institución debe abonárselos siempre; **e)** desviación de poder.

En cuanto a la *ausencia de motivos*, manifestó que el acto carece de los contenidos del artículo 154 del Reglamento Administrativo. Carece de motivos y no sólo de motivación. La carencia de motivación se torna más relevante cuando se observa que existía un informe favorable del Dr.

Artecona, Gerente de la Asesoría Jurídica en donde se desempeña la actora y de la Gerente de Gestión de Capital Humano, [REDACTED]. Esta omisión le produjo indefensión.

Sobre la *motivación post facto*, expresó que recién con el dictado del acto administrativo D - 86/2017 que confirmó el impugnado se analizaron los presupuestos de hecho en forma errónea. El hecho que la actora no haya efectuado la vista conferida carece de toda trascendencia. No corresponde al “*recurso del recurso*”.

Respecto a la *incompetencia*, no le compete resolver sobre el asunto a la Secretaría General porque el otorgamiento de la comisión tiene por finalidad la asistencia a un curso que no está incluido en el plan anual de capacitación de la Institución ni es financiado por el BCU, además de ser un curso de posgrado. La Resolución D - 170/2015 que se menciona en el Considerando III) de la Resolución D - 86/2017 no es de aplicación a su caso. La competencia para otorgar la comisión del artículo 45 del Reglamento de Asiduidad es propia del Directorio.

Acerca de la *omisión de diligenciamiento de la probanza*, afirmó que esta apuntaba a acreditar: **a)** que el curso se encontraba dentro de la enunciación del ordinal 5° de la Resolución D - 473/2010; y **b)** la existencia de precedentes administrativos. La negativa a su diligenciamiento constituye un elemento más que el acto impugnado adolece de antijuridicidad.

En lo que respecta a la *violación de igualdad de trato*, sostuvo que las funcionarias [REDACTED] solicitaron y les fue concedida la comisión del artículo 45 del Reglamento de Asistencias en

varias oportunidades para asistir al Doctorado en Ciencias Jurídicas de carácter semipresencial en la Pontificia Universidad Católica Argentina.

El curso al que asistió la actora refería al derecho a la integración y tiene íntima relación con el que ha venido desarrollando en el BCU, estando directamente relacionado con su asesoramiento para la firma de convenios SML con Brasil y Argentina y la reglamentación de dinero electrónico que ha diseñado el Área de Sistema de Pagos.

En cuanto al Reglamento de Asistencias, impone *una conducta reglada*. El curso versa sobre derecho de integración en la Unión Europea, Mercosur y Unasur, por lo que debió ser calificado como relacionado a temas institucionales. Existe nexo causal entre la temática analizada en el curso y la desarrollada por la institución.

La actora cuenta con un *derecho a la comisión* por el período solicitado en virtud de su obligación de capacitarse, así como de lo dispuesto en el numeral 5° de la Resolución D - 473/2010.

El BCU incurrió en *error* al estimar los costos para el otorgamiento de la comisión. La actora es una trabajadora mensual, no jornalera. Se le dedujeron de su licencia reglamentaria los días hábiles y no los inhábiles. La institución siempre debe abonárselos ya sea que esté trabajando, haciendo uso de cualquier tipo de licencia o usufructuando la comisión solicitada. Por ende, es erróneo el cálculo de jornales y costos expuesto en el Considerando V.

La tramitación de los expedientes administrativos 2016-50-1-2462 y 2017-50-1-32 junto con el acto resistido y su confirmatorio acreditan la *desviación de poder* porque: **a)** en el expediente 2016-50-1-2462 el jerarca inmediato realizó un informe favorable y el trámite quedó trunco,

procediendo a iniciar el expediente 2017-50-1-32 para rechazar la petición;  
b) mientras el acto administrativo resistido está integrado por una sola y única frase, “*no se ha aprobado*”, el acto administrativo confirmatorio tiene una extensión de dos carillas y media con seis Resultandos y nueve Considerandos.

En definitiva, solicitó el amparo de la demanda (fs. 2 a 7 vto.).

II) Conferido el correspondiente traslado compareció -en representación del Banco Central del Uruguay- el Dr. Gervasio Dalchiele, quien tras relacionar los antecedentes del acto se opuso al accionamiento en base a la siguiente fundamentación.

La medida del agravio quedó fijada a que no se le imputara a la actora a comisión de servicio el período del 6 al 28 de febrero de 2017. La acción de nulidad pretende se declare la nulidad del acto a los solos efectos que los quince días solicitados no se le descuenten de su licencia reglamentaria.

La decisión se adoptó por un órgano jurídicamente competente (la Secretaría General) en virtud de la autorización conferida por la Resolución D/170/2015. Aún si se considerara que el acto se dictó en violación a lo dispuesto por el artículo 45 del Reglamento de Asiduidad, resulta intrascendente al haber ratificado lo actuado el Directorio del BCU por Resolución D/86/2015. Al convalidar el acto por el órgano delegante se saneó el presunto vicio.

No existe un derecho absoluto de la accionante a que se declare en “*comisión de servicio*” todo curso de formación. El artículo 45 del Reglamento de Asiduidad y Asistencias exige que el Directorio lo declare de interés. En el caso, el curso denominado “*VII Curso de actualización.*

*Teoría y Práctica de la integración regional*” no fue declarado de interés por el Directorio.

Por Resolución D/473/2015, numeral 5, se declaró de interés para la institución los cursos y estudios de posgrado que versen sobre determinadas áreas temáticas que allí se señalan. No se establece en forma expresa la declaración de interés de cursos relativos a la integración regional. La norma no tiene la amplitud pretendida.

La motivación del acto surge de sus antecedentes. Se estableció expresamente que más allá de reconocerse su interés no se encontraba incluido dentro del plan de capacitación previsto para los funcionarios de la Asesoría Jurídica del BCU. Los argumentos surgen claramente establecidos: el curso no estaba previsto en el plan de capacitación del año 2017 y en tanto ello fue así no se consideró que la asistencia al mismo habilitara la ausencia de la funcionaria por el período solicitado.

La Resolución D/86/2017 no fundamenta ex post facto, sino que se limita a brindar los argumentos de hecho y de derecho que llevaron a desestimar el recurso de revocación. No se trató de motivación posterior.

En cuanto al no diligenciamiento de las probanzas parcialmente desestimadas a la recurrente, ningún aporte realizaba a la resolución del recurso. Se constaba con elementos suficientes para adoptar una decisión. El vicio invocado es intrascendente.

Sobre la presunta violación a la igualdad de trato, la misma no existió. Claramente el curso al que asistieron las funcionarias indicadas por la actora no es comparable. La invocación del principio de igualdad es infundada.

Con respecto a la presunta desviación de poder, no se verificó. El BCU aplicó el procedimiento habitual para gestionar la capacitación de los funcionarios del Ente. Este sistema no admite mayores desarrollos. La resolución del recurso sí contó con un desarrollo mayor.

En suma, abogó por la confirmación del acto impugnado (fs. 15 a 29).

III) Por Decreto No. 5544/2017 (fs. 31) se dispuso la apertura a prueba, diligenciándose la que luce agregada y certificada a fs. 72.

IV) Las partes alegaron por su orden (fs. 75 - 85 y fs. 88 - 97, respectivamente).

V) El Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo se pronunció mediante dictamen No. 87/2019 y aconsejó el amparo de la demanda (fs. 100 a 101).

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. 103).

### **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.

El acto administrativo se emitió y se notificó a la actora el 4 de enero de 2017 (fs. 27 vto., en carpeta verde de 159 fojas, A.A.).

El 9 de febrero de 2017 se interpuso en tiempo y forma el recurso de revocación (fs. 90 vto. a 93 vto., A.A.).

El acto conclusivo de la vía administrativa se produjo mediante Resolución del Directorio N° D 86 - 2017, de 30 de marzo de 2017 (fs. 105 a 106, A.A.), que se notificó a la actora el 31 de marzo de 2017 (fs. 108 vto., A.A.).

La demanda se interpuso el 25 de mayo de 2017, dentro del término legal (nota de cargo, fs. 28).

II) A fin de efectuar un correcto abordaje de la situación planteada corresponde realizar una reseña de los antecedentes relevantes para la resolución de la causa.

El 16 de noviembre de 2016 la funcionaria, analista I, [REDACTED] [REDACTED] presentó solicitud de autorización de una comisión de servicio al exterior a fin de poder asistir al “VII Curso de actualización. Teoría y Práctica de la integración regional” que se imparte en la Universidad de Alcalá de Henares, España, a graduados. Asimismo, petitionó el pago de la media matrícula del curso (fs. 17 vto. a 18, A.A.) y adjuntó documentación (fs. 2 a 17, A.A.) con la cual se formó el expediente 2016-50-1-02462.

El 7 de diciembre de 2016 se pronunció el Dr. Daniel Artecona, Gerente de Asesoría Jurídica, en los siguientes términos: “***El suscrito da su conformidad a lo solicitado por la funcionaria, habida cuenta que se trata de una instancia de capacitación que contiene temas de interés institucional, tanto en aspectos generales (referidos a la institucionalidad de la integración regional, a las relaciones entre Derecho Comunitario e Interno y a la protección de los derechos humanos) como en aspectos especiales que forman parte de la competencia material de nuestro organismo (política fiscal y financiera, libre circulación de capitales, Derecho de la Competencia). Adicionalmente, las visitas a instituciones***



*comunitarias constituyen sin duda una instancia enriquecedora, que redunda en beneficios para la formación profesional de la funcionaria y de la Institución a la cual presta sus servicios.*

***En cuanto a la solicitud de reembolso de la mitad de la matrícula realizada por la Dra. [REDACTED], el suscripto se expide negativamente, habida cuenta que implicaría financiar parcialmente una instancia de capacitación que -si bien se entiende valiosa y útil, conforme se expresara- no está prevista para ser incluida en el plan anual 2017.***

***En suma: el único costo para el Banco Central del Uruguay sería abonar a la funcionaria las jornadas respectivas (quince días hábiles) como días trabajados en la Institución, sin que implique hacerse cargo de ningún otro costo diferente al pago del sueldo mensual.***

***Con lo informado, pase a la Gerencia de Servicios Institucionales, teniéndose presente que por Resolución D/21/2014, de 22 de enero de 2014, la declaración de actos en comisión de servicio al amparo del art. 45 del Reglamento de Asiduidad y Licencia constituye una atribución delegada por el Directorio en el titular de dicha Gerencia” (fs. 19, A.A.) (la negrilla no está en el original).***

El 7 de diciembre de 2016 la Gerencia de Servicios Institucionales dispuso el pase del expediente al Área de Gestión de Capital Humano (fs. 19 vto., A.A.), la que se expidió el 8 de diciembre de 2016 recomendando a la Gerencia de Asesoría Jurídica que se incorporara la solicitud en el sistema GECAP, de acuerdo al procedimiento habitual para la gestión de capacitación de funcionarios (fs. 20, A.A.).

Remitidas las actuaciones a la Gerencia de Asesoría Jurídica se procedió a ingresar la solicitud a dicho sistema el 9 de diciembre de 2016

***“como capacitación del ejercicio 2017 sin costo alguno para este Banco Central”*** (fs. 21 vto. a 22 vto., A.A.) (la negrilla no está en el original).

Tras una sucesión de pases al Área de Gestión de Capital Humano (fs. 23 vto. y fs. 26 vto., A.A.) y a Formación y Desarrollo Funcional (fs. 24 y 27, A.A.), el 4 de enero de 2017 se dejó asentado en expediente N° 2017-50-1-0032 que: ***“Se valoró en reunión conjunta de los Gerentes Artecona, Milán, Morales y Oria. Tarea realizada: Desestimar”*** (fs. 36 vto., A.A.) (la negrilla no está en el original).

Finalmente, en el expediente N° 2017-50-1-0032 se termina notificando a la actora vía e - mail y a través del sistema GECAP que ***“No se ha aprobado SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN ESPECÍFICA VII CURSO DE ACTUALIZACIÓN -TEORÍA Y PRÁCTICA DE LA INTEGRACIÓN REGIONAL N° 4697 A REALIZARSE ENTRE EL 06/02/2017 Y EL 24/02/2017”*** (fs. 27 vto., A.A.) (la negrilla no está en el original).

En esta instancia, la funcionaria solicitó vista del expediente administrativo en el cual se rechazó su petición (fs. 27 vto., A.A.), cumplido lo cual se archivó el trámite (fs. 38 a 40, A.A.).

Tras impugnar el acto mediante recurso de revocación (fs. 90 vto. a 93, A.A.), el Banco Central del Uruguay sustanció el procedimiento recursivo que culminó con el dictado de la Resolución R.D. N° 86/2017 (fs. 105 a 106, A.A.), que en lo medular consignó que:

**a)** debe distinguirse la comisión de servicio prevista en el artículo 45 del Reglamento de Asiduidad y Asistencia de la autorización a conferirse en el sistema informático de capacitación (Considerando II);

**b)** conforme a lo dispuesto por la Resolución D/309/2016 es la

Gerente de Servicios Institucionales la que tiene delegadas las facultades para conceder las comisiones de servicios mientras que es la Secretaría General la que debe autorizar las instancias de capacitación de la Asesoría Jurídica (Considerando III);

c) en función de lo antes expuesto, la Secretaría General procedió a evaluar la pertinencia de esta instancia, conjuntamente con los Gerentes de Asesoría Jurídica, Auditoría Interna Inspección General y de Servicios Institucionales (Considerando IV);

d) lo expresado por el Gerente de Asesoría Jurídica referido en el Resultando II), en cuanto a la no financiación parcial de la matrícula solicitada por la recurrente -en tanto se encuentra excluida de las propuestas de capacitación del servicio-, no amerita, por extensión y costo, la erogación que el Banco debería afrontar por las remuneraciones y aportes patronales correspondientes a los diecinueve días de ausencia de la funcionaria que ocupa un cargo de Analista, cuyo monto estimado supera los \$ 150.000 (Considerando V);

e) que el precedente administrativo invocado no resulta de aplicación por cuanto refiere a un curso de otra naturaleza (Considerando VII);

f) que dado lo expuesto en los Considerandos anteriores, la prueba testimonial y por informes solicitada surge como claramente innecesaria e inconducente (Considerando VIII).

g) en virtud de lo expuesto, se desestimaba el diligenciamiento de la prueba testimonial y por informes, así como el recurso de revocación (Resuelve I) y II) (fs. 105 vto. a 106, A.A.).

III) El Tribunal, por unanimidad de sus integrantes, habrá de compartir -en términos generales- la solución anulatoria

aconsejada por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (fs. 100 a 101 vto.) y amparará la demanda anulando el acto en su porción enjuiciada, por los fundamentos que se habrán de explicitar a continuación.

En primer lugar, corresponde examinar el *vicio de incompetencia* que esgrime la accionante sobre la base que no le compete a la Secretaría General resolver sobre el otorgamiento de la solicitud de comisión que solicitó.

Surge del acto confirmatorio R N° D - 86/2017 que el Directorio señaló que: **i)** debe distinguirse entre la comisión de servicio prevista por el artículo 45 del Reglamento de Asiduidad y Asistencia y la autorización del sistema informático de gestión de capacitación (GECAP) (Considerando II, fs. 105 vto., A.A.); **ii)** por la Resolución D/309/2016, corresponde al Gerente de Servicios Institucionales *conceder las comisiones de servicios*, en ejercicio de atribuciones delegadas del Directorio (Considerando III, fs. 105 vto., A.A.); y **iii)** por la Resolución D/170/2015, le compete a la Secretaría General *autorizar las instancias de capacitación* de la Asesoría Jurídica (fs. 105 vto., A.A.).

De ahí que, en cierto modo, resulte atendible el argumento que postula la accionante por cuanto ella solicitó que se le concediera una comisión de servicio. Tan es así que el propio Gerente del Área Asesoría Jurídica al expedirse consignó expresamente la necesidad que se pronunciara sobre la solicitud la Gerencia de Servicios Institucionales, ***“teniéndose presente que por Resolución D/21/2014, de 22 de enero de 2014, la declaración de actos en comisión de servicio al amparo del art. 45 del Reglamento de Asiduidad y Licencia constituye una atribución***

*delegada por el Directorio en el titular de dicha Gerencia”* (fs. 19, A.A.) (la negrilla no está en el original).

La competencia de la Secretaría General sería para *autorizar las instancias de capacitación* de la Asesoría, la que de no verificarse estaría constituyendo para la Administración un obstáculo que descartaría la declaración de la comisión de servicio.

Ahora bien, más allá de las dificultades que presenta la cuestión, importa destacar que el Directorio en definitiva resolvió confirmar el acto impugnado, razón por la cual el agravio carece de trascendencia ante la convalidación operada.

Cabe replicar aquí lo señalado por el Tribunal en **sentencia N° 203/2018**: “(...) *Expresan Mariana PRESNO y Mónica RAMOS que: “... El acto administrativo debe emanar de órgano competente según el ordenamiento jurídico, que ejerza las atribuciones conferidas en razón de la materia, territorio, tiempo y grado.*

*a. Por la materia: Se refiere a las actividades o tareas que legítimamente puede desempeñar el órgano. DROMI distingue según el carácter de la actividad en deliberativa, ejecutiva, consultiva y de control.*

*En este tipo de competencia, expresa el autor argentino, impera también el principio de especialidad, según el cual los entes administrativos sólo pueden actuar para el cumplimiento de los fines que motivaron su creación.*

*b. Por el territorio: comprende el ámbito espacial en el cual es legítimo el ejercicio de la función. Se vincula a los límites administrativos del territorio del Estado.*

*c. Por el tiempo: refiere al ámbito temporal en que es legítimo el ejercicio de la función. La competencia, dice DROMI, es por lo común permanente en cuanto el órgano puede ejercer en cualquier tiempo las atribuciones que le han sido conferidas. Pero en ciertos casos el órgano puede ejercer la atribución sólo por un lapso determinado, por lo que, en estas oportunidades, la competencia sería temporaria.*

*d. Por el grado: La competencia en razón del grado se refiere a la posición que ocupa un órgano dentro de la ordenación jerárquica de la Administración. Siendo la competencia improrrogable, no puede el órgano inferior tomar la decisión que corresponde al superior y viceversa.*

*PRAT señala que la incompetencia en razón de grado es un vicio que en principio causa nulidad relativa en tanto es susceptible de sanearse. Sólo en aquellos supuestos en que la avocación o la delegación no estuvieran autorizadas normativamente, estaríamos ante una nulidad absoluta del acto...” (Trascendencia de los vicios formales en la Jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, pág. 95, en Revista La Ley, año 2016).*

*En este orden de ideas, MARIENHOFF manifiesta que: “...si del orden jurídico vigente en el lugar de que se trate, la avocación o la delegación fueren procedentes, la incompetencia por razón de “grado” es irrelevante; pero si de acuerdo a dicho ordenamiento jurídico la avocación o la delegación no fueren procedentes, la incompetencia por razón de grado implicaría un acto nulo, de nulidad absoluta...” (Tratado..., tomo II, pág. 522).*

*SAYAGUÉS, por su parte, considera que “...si la cuestión de competencia es puramente interna, la invalidez puede en algunos casos*

*ser subsanada...”, debiéndose tener en cuenta, al efecto, “... la posibilidad o no de la convalidación del acto...” (Tratado..., tomo I, págs. 513 y 509. La remisión al parágrafo 267, d, pág. 513, en la edición de 1988, debe entenderse dirigida al parágrafo 330).*

*Y agrega que: “...Con el alcance que le atribuimos al acto de convalidación abarca las distintas hipótesis en que la administración puede regularizar un acto inválido: reiterando el acto y llenando todas las formalidades; pronunciándose el órgano competente; obteniéndose la autorización o aprobación que faltaba, etc...” (op. cit., pág. 512).”*

IV) Despejada la cuestión relativa a la incompetencia, corresponde analizar los agravios relacionados con la *ausencia de motivos*.

La accionante sostuvo que el acto carece de motivos, circunstancia que se torna aún más relevante cuando se observa que existía un informe favorable del Dr. Artecona, Gerente de la Asesoría Jurídica en donde se desempeña la actora y de la Gerente de Gestión de Capital Humano, Cra. Rosanna Sacco. Esta omisión le produjo indefensión.

El Tribunal advierte que efectivamente la accionante no tuvo oportunidad de conocer cuáles fueron las razones por las cuales no se aprobó su solicitud de comisión de servicio al amparo del artículo 45 del Reglamento de Asistencias, a fin de asistir a un curso de derecho de integración entre los días 6 y 24 de febrero de 2017 en la Universidad de Alcalá de Henares, el cual contaba con el informe favorable del Gerente de Asesoría Jurídica.

En efecto, lo único que surge del acto es que: ***“No se ha aprobado SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN ESPECÍFICA VII CURSO DE ACTUALIZACIÓN -TEORÍA Y PRÁCTICA DE LA INTEGRACIÓN***

**REGIONAL N° 4697 A REALIZARSE ENTRE EL 06/02/2017 Y EL 24/02/2017**” (fs. 27 vto., A.A.) (la negrilla no está en el original).

En cuanto a los antecedentes que precedieron el dictado del acto, tampoco se logra apreciar cuáles fueron las razones que llevaron a la Administración a pasar de un pronunciamiento favorable del Gerente de la Asesoría Letrada a la lacónica denegatoria de la solicitud de comisión de servicio planteada por la actora.

Sabido es que el Tribunal en mayoría, ha entendido que la fundamentación del acto puede surgir del proceso de formación del acto (antecedentes) o del de expresión de voluntad (el acto). Esta postura que se afilia a la opinión de Miguel Marienhoff (Cf. Miguel S. Marienhoff, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 330 a 332) ha sido reiterada sistemáticamente en los distintos pronunciamientos del Tribunal (**sentencias N° 881/2010, 374/2011, 325/2012, 312/2013, 539/2016, 311/2017, 397/2017, 342/2018 y 130/2019**).

Pero de los antecedentes que precedieron el dictado del acto tampoco se logra apreciar cuáles fueron las razones que llevaron a la Administración a pasar de un pronunciamiento favorable del Gerente de la Asesoría Letrada a la lacónica denegatoria de la solicitud de comisión de servicio planteada por la actora.

En efecto, de la secuencia del proceso de tramitación de la solicitud sólo se logró encontrar una mera constancia de 4 de enero de 2017 en la que se asentó lo siguiente: **“Se valoró en reunión conjunta de los Gerentes Artecona, Milán, Morales y Oria. Tarea realizada: Desestimar”** (fs. 36 vto., A.A.) (la negrilla no está en el original).



¿Qué fue lo que se valoró en dicha reunión conjunta para desestimar lo petitionado por la demandante?

La Administración no lo dice ni en *el proceso de formación* ni en *el acto* en sí con lo cual es claro que se configuró un supuesto ausencia de motivación o de motivación insuficiente.

Cabe revalidar aquí lo expresado por la Sede en **sentencia N° 563/2016**: “(...) es por demás claro que no se esgrimen en el cuerpo de la resolución impugnada, en forma precisa y concreta, las razones que llevan a la Administración a adoptar la decisión de marras, ni tampoco luce una remisión a algún dictamen anterior en que se fundamente la resolución adoptada. En función de ello, no es posible para el funcionario conocer cuáles fueron los criterios tomados en cuenta por la Administración para dictar el acto atacado, lo que ciertamente limita sus posibilidades de defensa.

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

(...)

*XII) La exigencia de motivación del acto administrativo se funda en la defensa del debido proceso y en la necesidad del real conocimiento*

*por parte de los administrados de los motivos que tuvo la Administración para dictar la volición que los afecta.*

*En el casus, la accionante no tuvo oportunidad de conocer cuáles fueron las razones (...)*

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

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

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

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

*GARCÍA de ENTERRÍA y FERNANDEZ expresan también que la motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional, sino que, por el contrario, la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión (Cfme. Eduardo GARCÍA de ENTERRÍA - Tomás -Ramón FERNÁNDEZ: “Curso de Derecho Administrativo” T. I, pág. 555).”*

Complementando estas definiciones, Ramón Real ha dicho que la motivación no es suficiente cuando ***“no da razón del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión”*** (Cf. Alberto Ramón Real, *“La fundamentación del acto administrativo”*, *“La Justicia Uruguaya”*, Tomo LXXX, Sección Doctrina, p. 10 a 11) (**sentencias N° 312/2011, 586/2013, 291/2014, 175/2014, 151/2015, 965/2017 y 574/2018**, entre otras) (la negrilla no coincide con el original).

En el *casus*, la Administración no dio razón del proceso lógico y jurídico que determinó su decisión, con lo cual se generó un vicio en la motivación por carencia o insuficiente que irroga de nulidad al acto encausado.

V) Otro de los cuestionamientos que esgrimió la accionante apuntó a la existencia de una *motivación ex post facto*, circunstancia que la Corporación estima que se configura ante la aparición tardía de una explicitación de razones para desestimar el pedido de comisión de servicio formulado por la accionante.

En efecto, es recién al momento del dictado de la Resolución N° D - 86-2017 que el Directorio procura realizar una justificación de las razones por las cuales se desestimó la solicitud de la accionante, explicando que *“lo expresado por el Gerente de Asesoría Jurídica referido en el Resultando II), en cuanto a la no financiación parcial de la matrícula solicitada por la recurrente -en tanto se encuentra excluida de las propuestas de capacitación del servicio-, no amerita, por extensión y costo, la erogación que el Banco debería afrontar por las remuneraciones y aportes patronales correspondientes a los diecinueve días de ausencia de la funcionaria que ocupa un cargo de Analista I, cuyo monto estimado*

*supera los \$ 150.000 (pesos uruguayos ciento cincuenta mil)” (véase el Considerando V del acto confirmatorio, a fs. 105 vto., A.A.).*

Sobre el particular, el Tribunal ha indicado, desde larga data, que ***“No es admisible la motivación “sucesiva” o “posterior” (...), porque la misma traslada el problema del “saneamiento del acto administrativo”; porque cuando un acto que debiendo ser motivado, no lo fue, se perfila un claro supuesto de acto viciado de nulidad (MARIENHOFF, Miguel S.: “Tratado...”, t. II, págs. 330-331, sents. 433 y 522/988; 529 y 763/988; 37 y 485/90; 139/92, etc.)” (sentencia N° 530/1997)*** (la negrilla y el subrayado no coinciden con el original).

Más recientemente, en **sentencia N° 772/2017** se señaló: ***“(...) En referencia a la motivación del acto y siendo enteramente aplicable a la subespecie, la Corporación en sentencia N° 732/2012 citando a Rotondo estimó que la referida “Puede ser escueta, en tanto reúna los caracteres de “idónea y suficiente” (...); también expresarse simultáneamente con el acto o ser anterior a él, pero nunca posterior porque se trasladaría el problema al saneamiento del acto. No es, pues, un problema de forma sino de que exista una fundamentación congruente (los motivos, normas, razones indicadas deben aparecer como premisas de las que se extraiga la conclusión que es la decisión) y exacta (las razones de derecho deben corresponder a los textos invocados, los hechos deben ser ciertos). (ROTONDO, Felipe: Manual de Derecho Administrativo, Del Foro, Montevideo, 2009, págs. 329-330, el destacado no está en el original).***

***En aporte doctrinario referido a la motivación, la Dra. Pérez Benech señala que: “Con frecuencia, cuando se interponen los recursos pertinentes contra un acto administrativo que no fue suficientemente***

*motivado (en el propio acto o en sus antecedentes), la Administración, al resolver los recursos interpuestos, expresa los fundamentos del acto o agrega otros que no fueron manifestados con anterioridad, de modo que introduce nuevos elementos que harían, en lo sustancial, admisible la motivación como suficiente y adecuada (más allá de otros vicios de forma o de fondo de que pudiera adolecer el acto). Sin embargo, estos fundamentos o motivación expresados "ex post facto", luego de dictado el acto original que fuera recurrido, no resultan idóneos para subsanar el vicio originario, por lo que el Tribunal en tales casos ha considerado ilegítimo al acto de todos modos, aun teniendo a la vista la motivación expresada con posterioridad al acto, de la que surjan claramente expresados los fundamentos del mismo. Esta solución, sostenida en forma constante en múltiples fallos del Tribunal se apoya en la doctrina especializada, destacándose entre ella a MARIENHOFF.*

*Dicho autor sostiene la tesis de la inadmisibilidad de la motivación "ex post-facto", es decir, que la motivación sucesiva o a posteriori no es aceptable a efectos de sanear el vicio original. Resultan particularmente relevantes, a nuestro entender, los fundamentos por los que el autor (y el Tribunal, al hacer caudal de dicha tesis) sostiene esta premisa, expresando que "en la vía administrativa el interesado quedó totalmente desamparado al ignorar y, por lo tanto, desconocer, los fundamentos del acto, el que, en consecuencia, no pudo controvertir o no pudo hacerlo útilmente al desconocer la fundamentación del mismo".*

*De acuerdo a lo expresado, se sostiene en definitiva que la omisión de incluir los fundamentos en el propio acto o con anterioridad al mismo (es decir, en forma anterior o concomitante), ha vulnerado el derecho de*

*defensa del administrado, y, por tanto, se ha transgredido una de las finalidades de la exigencia de motivar adecuadamente los actos administrativos.” (PÉREZ BENECH, Viviana: “Motivación del acto administrativo: análisis de los criterios jurisprudenciales y admisibilidad de su omisión alegando reserva de las actuaciones.”, L.J.U. T. 139, 2009, en especial, págs. D-132 y D-133)”. (sentencias Nos. 548/2014, 573/2014, 653/2014, 672/2014, 680/2014, 4/2015, 9/2015, 104/2015, 153/2015, 156/2015, 184/2015, entre otras)” (la negrilla y el subrayado no están en el original).*

Por lo expuesto, se estima que asiste razón también en este punto a la reclamante.

VI) La actora se agravió también por la *omisión de diligenciamiento de la probanza* que apuntaba a acreditar: **a)** que su curso se encontraba dentro de la enunciación del ordinal 5° de la Resolución D - 473/2010; y **b)** la existencia de precedentes administrativos. La negativa a su diligenciamiento constituye un elemento más que el acto impugnado adolece de antijuridicidad.

Surge de los antecedentes que acceden a la causa que el no diligenciamiento de pruebas aludido se produjo en sede del procedimiento recursivo, con lo cual su obstaculización no resulta apta para viciar al acto cuya nulidad se demanda.

Como lo ha señalado el Tribunal en **sentencia N° 291/2016**: “(...) *En la especie, los vicios denunciados aparecen luego de emitido el acto cuestionado, con lo cual debe concluirse que, actuaciones que no anteceden a su emisión, comprometerían la irregularidad jurídica del mismo, extremo que, en líneas generales, se advierte como inadecuado,*

**pues descansa en la incorrecta delimitación del objeto de la pretensión anulatoria.** En tal caso, en la lógica del reclamante, la situación jurídica lesiva provendría de los actos que resuelven los recursos administrativos y no de aquél que fuera tempestivamente impugnado.

Bajo la referida línea de análisis técnico-jurídico, la Corporación con anterioridad ha sostenido que: “Es criterio doctrinariamente admitido que la consecuencia jurídica de no instruir debidamente los recursos, puede acarrear responsabilidad patrimonial de la persona estatal en cuestión, conforme lo dispuesto en el artículo 24 de la Carta, siempre que se produjere un daño, y podrá haber responsabilidad disciplinaria y/o penal de los funcionarios incumplidores, los que podrán ser responsabilizados frente a la Administración de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución de la República (Cf. Cajarville Peluffo, Juan Pablo: Recursos Administrativos, Montevideo, 2009, pág. 218).-

**En idéntica orientación conceptual, la Corporación ha señalado:** “Que en cuanto a las irregularidades procedimentales señaladas en el Dictamen del Sr. Procurador del Estado, cabe señalar que, como surge de los escritos obrantes en autos, los medios de prueba propuestos para demostrar la aptitud de la actora fueron ofrecidos en el mismo escrito en que se dedujeron los recursos administrativos. **El rechazo de la prueba se produjo en un momento procesal posterior al dictado del acto, es decir, si bien el obrar de la Administración en esa etapa, puede ser indicativo de la existencia de otros vicios -como la desviación de poder- la obstaculización de las facultades probatorias, en la etapa recursiva, no resultan aptas para viciar el acto ya dictado.**” (sentencia No. 829/2012).” (sentencias No. 377/2013, 419/2013, 54/2014, 125/2015, 169/2015, entre



*otras).*” (la negrilla y el subrayado no coinciden con el original).” (la negrilla y el subrayado no están en el original).

VII) En lo que respecta a la *violación de igualdad de trato*, el Colegiado no advierte que la situación de las funcionarias [REDACTED] [REDACTED] resulte asimilable a la de la accionante como se pretende.

En efecto, surge de los propios términos de la demanda que a aquellas se les concedió la comisión del artículo 45 del Reglamento de Asistencias para asistir al Doctorado en Ciencias Jurídicas de carácter semipresencial en la Pontificia Universidad Católica Argentina.

En tanto su situación está referida a una solicitud relacionada con un curso de actualización en teoría y práctica de la integración, con lo cual no se advierte la violación a la igualdad alegada.

La compulsa de las actuaciones administrativas de un caso (fs. 132 a 153, A.A.) y otro (fs. 1 a 27 vto., A.A.) no hace otra cosa que confirmar lo precedentemente señalado.

VIII) En cuanto a la causal *desviación de poder*, la pretensora señaló que la tramitación de los expedientes administrativos 2016-50-1-2462 y 2017-50-1-32 junto con el acto resistido y su confirmatorio la acreditan porque: **a)** en el expediente 2016-50-1-2462 el jerarca inmediato realizó un informe favorable y el trámite quedó trunco, procediendo a iniciar el expediente 2017-50-1-32 para rechazar la petición; **b)** mientras el acto administrativo resistido está integrado por una sola y única frase, “*no se ha aprobado*”, el acto administrativo confirmatorio tiene una extensión de dos carillas y media con seis Resultandos y nueve Considerandos.

Siguiendo a Cajarville, existirá desviación de poder “(...) *siempre que el “fin querido” por la “voluntad” de la Administración, apreciado subjetivamente, no coincida con el “fin debido” impuesto por las reglas de derecho*” (Cf. Juan Pablo Cajarville Peluffo, “*Sobre Derecho Administrativo*”, tomo II, FCU, 3ª Edición, 2012, p. 80) (sentencia N° 679/2017).

Pero como lo ha señalado el Tribunal: “(...) ***la desviación de poder no se presume, debe ser demostrada y la carga probatoria recae sobre la pretensora. No satisfacer adecuada y razonablemente esa exigencia redundante en el fracaso de la pretensión anulatoria***” (sentencia No. 63/2017) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

A juicio de los integrantes de esta Corporación la demandante no logró demostrar suficientemente el cúmulo de elementos indiciarios en los que basó la existencia de la causal invocada, con lo cual el agravio de mención habrá de ser desechado.

Por las razones expuestas, 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 por los fundamentos expresados en los Considerandos IV) y V).***

***Sin sanción procesal específica.***

***A los efectos fiscales, fijanse los honorarios del abogado de la parte actora, en la suma de \$ 33.000 (pesos uruguayos treinta y tres mil).***

***Oportunamente, devuélvanse los antecedentes  
administrativos agregados; y archívese.-***

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

Dra. Klett.

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).