

## DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 2 de junio de 2020.

No. 295

### VISTOS :

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: [REDACTED] con BANCO CENTRAL DEL URUGUAY. Acción de nulidad" (Ficha No. 308/2017).

### RESULTANDO :

I) La parte actora compareció y dedujo pretensión anulatoria contra la *denegatoria ficta de la petición* de otorgamiento de la compensación prevista en el artículo 24 del Decreto N° 328/2013, de 8 de octubre de 2013 y la Resolución del Directorio del Banco Central del Uruguay D/120/2017, de 26 de abril de 2017, dictada luego de su configuración.

Tras relatar el *iter procedimental* del trámite, destacó que la actitud del BCU a su respecto ha sido arbitraria. El Ente le ha reconocido la compensación en cuestión a funcionarios que, por ejemplo, tienen Masters en temas vinculados con la informática, la comunicación y la dirección de empresas, pero a él se lo ha negado en base a una construcción argumental contraria a derecho y carente de razonabilidad.

El artículo 24 del Decreto N° 328/2013, establece que los funcionarios que hayan realizado cursos de postgrado, por medios de los cuales hayan logrado los títulos de Master in Business Administration (MBA), Master in Public Administration (MPA), Doctor of Philosophy (PHD), u otros títulos de igual nivel académico afines con las actividades

sustantivas del Banco Central del Uruguay tendrán derecho a percibir las compensaciones que allí se establecen.

El BCU ha entendido que el título de Magister en Derecho de Daños, que el actor posee no se encuentra comprendido entre los posgrados afines con sus actividades sustantivas.

El compareciente no tiene el honor de compartir lo resuelto por el máximo órgano de la Institución. Conforme al Diccionario de la Lengua Española, se entiende por afín los próximo, contiguo, parecido o similar. Sea por esta vía, o a través de lo dispuesto por el artículo 19 del Código Civil, en cuanto a que las palabras técnicas se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, la posición asumida por el BCU no es la correcta.

El Banco incursiona en la arbitrariedad, al negarle caprichosamente la compensación cuando se la ha reconocido a otros funcionarios que tienen Maestrías en temas ajenos a lo jurídico, y que a todas luces son igual de “*afines*”, o incluso menos con relación a las actividades sustantivas.

La conclusión del Ente, no se apoyó en un estudio, análisis o consideración seria del plan de estudios de la Maestría y se aparta de lo señalado por el propio Gerente de la Asesoría Jurídica.

Se dice en el Considerando VI) de la Resolución del Directorio del BCU D/120/2017 que el programa de la Maestría deja en claro que los conocimientos adquiridos en la misma no son de aplicación en beneficio de la Institución y tienen un componente fuertemente asociado al Derecho Privado, materia por completo ajena a la propia y esencial del BCU.

El Ente demandado no explica cómo arriba a tales conclusiones y descarta temerariamente al Derecho Privado como uno de los pilares del Derecho en general y de la actividad del Banco en particular.

La regulación relativa al funcionamiento y supervisión del sistema financiero, para poner un ejemplo (en función de lo que refiere el BCU en el Considerando III) de la Resolución D/120/2017) refiere al ejercicio de potestades institucionales de control, fiscalización, regulación, etc., aplicadas a entidades de Derecho Privado, cuya actividad se realiza a u amparo. Son constantes las alusiones a la actividad privada, que por ejemplo se encuentran en los artículos 3, 7 literal G, 34 y 35 del Texto Ordenado de la Carta Orgánica del BCU, o en los artículos 1, 3, 15, 20 y siguientes del Decreto – Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982.

La Asesoría Jurídica del Banco asesora y trabaja con relación a ese cúmulo de entidades o empresas supervisadas y controladas, cuya actividad financiera refiere en gran medida a relaciones jurídicas entre privados (sean o no consumidores de servicios) y se regulan por el Derecho Privado y la normativa del Banco Central.

Obviamente, no se desconoce que las competencias y potestades del Banco son las propias de una entidad banco centralista, o de un organismo de regulación del sistema financiero, del sistema de pagos y del mercado de valores, todo lo cual, lo ejerce como un Ente Público sujeto a los controles correspondientes. Lo que no es válido, es que el BCU omita todos los demás aspectos de la regulación institucional, a través de la cual se regulan y controlan un conjunto de instituciones, personas, sociedades o empresas de naturaleza privada.

El propio Gerente de la Asesoría Jurídica del BCU, Dr. Daniel Artecona reconoció enfáticamente que el área de conocimiento involucrada en el título obtenido, es sin duda de interés para ese servicio.

El BCU optó por una conducta contraria a su propia “*jurisprudencia administrativa*”, a los antecedentes y pronunciamientos previos, según los cuales se pagan compensaciones a otros funcionarios, con una actuar que vulnera las reglas de la igualdad, con afectación de la confianza legítima y la seguridad jurídica.

Lo que el artículo 24 del Decreto N° 328/2013, exige es que sean títulos de posgrados “*afines*” a las actividades sustantivas. El conocimiento jurídico aplicado a la Actividad de la Administración, no hace más que coadyuvar a la concreción de las actividades sustantivas.

En la Resolución D/120/2017, se hizo un análisis antojadizo y selectivo de algunos procesos jurisdiccionales. Es poco sensato afirmar que, para un Ente de la naturaleza del BCU, los casos de responsabilidad, de tipo reparatorio patrimonial, o de daños en general sean la excepción. Aún, si así se los considerara, no puede dejarse entrever que sean pocos relevantes. Un solo caso de responsabilidad, podría resultar muy significativo desde el punto de vista del prestigio institucional (por ejemplo, el caso vinculado a la reclamación contra el Grupo Peirano o contra los ex integrantes del Banco Comercial) o de los riesgos patrimoniales que esta tiene que enfrentar (por ejemplo, el caso de Consorcio del Uruguay S.A. contra el BCU, por daños y perjuicios, IE 476-37/2013). Existe un largo número de casos de reclamos por daños y perjuicios que son de gran trascendencia para toda la Asesoría Jurídica y el BCU en su conjunto.

En el caso de la Maestría en Derecho, orientación en Derecho de Daños, no sólo integra su plan de estudios con aspectos que hacen a la Teoría General, sino que además incluye materias que estudian aspectos tales como la antijuridicidad, la responsabilidad contractual, la temática de los daños por productos y servicios defectuosos, la responsabilidad del Estado, los seguros de responsabilidad, la competencia desleal, el abuso de posición dominante y diversos temas de Derecho Societario, así como de Derecho Constitucional y Público.

El BCU dice que analizó el programa -Considerando VI de la Resolución D/120/2017- para señalar que los conocimientos no son de aplicación en beneficio de la Institución salvo excepciones. Además, señala que tiene un componente fuertemente orientado al Derecho Privado, ajeno a lo propio y esencial del BCU.

El Ente demandado incurre con ello en errores conceptuales. No sólo en función de lo que surge del plan de estudios -que es contrario a lo que afirma el Banco- sino por considerar que una Maestría fuertemente asociada al Derecho Privado sería ajeno a sus intereses y actividades. Como si el Derecho de la Empresa, en Maestría a la que sí se le reconoce la compensación, no estuviera vinculada al Derecho Privado. El BCU no es un Ente ajeno al Derecho Privado.

El Derecho de Daños refiere a aspectos interdisciplinarios o transversales atinentes a otras disciplinas y es susceptible de contribuir de muy diversos modos en la actuación para la consecución de las actividades sustantivas del Ente.

El BCU no relacionó las actividades sustantivas y finalidades “*primordiales*” emergentes de su Carta Orgánica. Tampoco se refirió a

distintos aspectos donde el BCU interviene y resultan de aplicación el Derecho Privado y el Derecho de Daños.

Desde otro ángulo, el BCU ha reconocido el beneficio a otros abogados o profesionales por títulos que -en el criterio que plantea el Banco- no serían “*afines*” con “*actividades sustantivas*” del Ente, con lo cual, no se puede más que concluir que la razón para su exclusión en ningún caso, se puede encontrar justificada en la discrecionalidad o en las normas que se aplican a su situación funcional.

Lo actuado por la Administración, con relación a su petición carece de fundamento jurídico y lesiona principios generales, así como estándares como el de razonabilidad.

Sin perjuicio de aclarar, que el motivo de rechazo de petición de otorgamiento de la compensación fue que la Maestría no es “*afín*” con las actividades sustantivas del Banco, surge de los Considerandos de la Resolución adoptada luego de las denegatorias fictas que el Ente también utilizó como argumento, la situación de su pase en comisión.

Lo planteado por el BCU en este sentido, supone un injustificado apartamiento de la normativa prevista para tutelar a los funcionarios que se encuentren en comisión y que resulta aplicable al caso (artículo 32 de la Ley N° 15.851, de 24 de diciembre de 1986, así como disposiciones complementarias y modificativas).

El Banco alega que culminó la Maestría cuando ya estaba desempeñando funciones fuera del Ente. Tal circunstancia no se trata de un requisito que surja de la normativa, la que en ningún momento refiere a la situación de los funcionarios que se encuentren en comisión. El aspecto temporal que se argumenta por el Banco viola lo dispuesto en el artículo 32

de la Ley N° 15.851, que tutela al funcionario como si estuviese prestando tareas o funciones en el lugar de origen.

Sin perjuicio de lo anterior, no se entiende porque el BCU ingresa en estas cuestiones cuando considera que la Maestría en Derecho de Daños no es afín a sus actividades sustantivas.

Si realmente se entiende que los funcionarios en comisión no pueden percibir este beneficio, por qué razón se sigue abonando la compensación a quienes desde hace tantos años se encuentran prestando servicios en otros organismos y no aplican los conocimientos al Banco.

Se dirá probablemente que estos funcionarios adquirieron el derecho cuando estaban prestando funciones en el Banco y que en el caso del compareciente ello no aconteció. Sin embargo, este es un argumento que no surge de la Ley.

La normativa presupuestal -artículo 24 del Decreto N° 328/2013 (o modificativas)- no tiene rango legal ni consagra el requisito, el tratamiento diferente o la excepción que pretende aplicar el Banco.

En cuanto a la imposibilidad de sustituir el informe del Gerente de Área sobre la aplicación de conocimientos adquiridos por el jerarca del lugar en el que se cumple la comisión, se trata de una exigencia que -al igual que la anterior- no surge de la normativa.

Una interpretación razonable de la normativa, hace sustituible el informe del jerarca de la oficina de origen, por el informe del jerarca que solicita el funcionario en comisión, pues solo de este modo se puede cumplir con lo dispuesto normativamente.

En definitiva, concluyó que siendo la motivación la razón de ser del acto administrativo, el BCU no puede eludir la arbitrariedad, ya que no

cuenta con una motivación que permita sostener convincentemente, de un modo lógico y razonable, las razones que lo llevaron a plasmar la interpretación normativa (equivocada) del instituto del pase en comisión y de la compensación en caso de títulos de Master o Magister (fs. 2 a 30).

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

La Institución actuó conforme a derecho en virtud que la Maestría en Derecho de Daños, no es afín a la actividad sustantiva del Banco Central del Uruguay. Luego de un exhaustivo análisis, el 26 de abril de 2017 se dictó la Resolución D/120/2017, por la cual el Directorio dispuso -entre otras cosas- que la especialización (Master o Doctor of Philosophy) en Derecho de Daños no se encuentra entre los posgrados afines con las actividades sustantivas del Banco. En función de ello, no corresponde abonar la partida solicitada por el actor.

Para determinar si la Maestría en Derecho de Daños de mención resultaba “*afín*” a la actividad sustancial del Banco, el método empleado por el Directorio fue el de acudir a parámetros lo más objetivos posibles y derivar desde allí, si el haberla aprobado justificaba que se pagara al funcionario una compensación especial mensual, por esa razón.

En el análisis, se partió de la enumeración de las finalidades primordiales señaladas por la Ley Orgánica (estabilidad de precios, regulación del funcionamiento y la supervisión del sistema de pagos y del sistema financiero), no por creer que son éstas las únicas actividades



sustanciales del Banco, sino como forma inicial de descarte. Se trató simplemente de un primer paso, al que luego le siguieron otros.

En segundo lugar, se acudió a otro extremo tan objetivo como sustancial: el “*perfil*” que el Banco exige a sus abogados. Esto es, cuáles son las competencias y conocimientos que debe poseer. Allí, además del título universitario se incluye la formación complementaria y conocimiento en Derecho Administrativo, Comercial, Financiero y Procesal, así como de la normativa vinculada a la gestión del servicio y a la actividad que desarrolla. Tampoco aquí quedó encuadrada la Maestría en Daños.

El tercer ángulo, desde el cual se examinó la cuestión, consistió en consultar los conocimientos que se examinan en los concursos. Específicamente se recurrió al último concurso realizado para llenar un cargo de Analista I (cargo del actor). Salvo en lo que hace a la normativa sobre seguros, el Derecho de Daños no aparece.

En este camino de aproximaciones sucesivas, una vez que no fue posible admitir la Maestría mediante el examen de las finalidades primordiales señaladas en la Carta Orgánica del Banco, del perfil de abogado exigido, y de la normativa y bibliografía para el concurso de Abogado Analista I, se procedió al análisis de las consultas recibidas por el actor. De ciento quince consultas evacuadas, sólo quince fueron de seguros y tres sobre intereses. El resto, versaron sobre cuestiones ajenas a las estudiadas en la Maestría.

El último estudio, es el de los juicios en los que el Banco tomó parte. De veintisiete juicios que se le asignaron, veinticinco resultaron ajenos a la Maestría cursada.

En cuanto a los pleitos promovidos como consecuencia de la crisis bancaria de 2002, no fueron tomados en cuenta, porque responden a una situación absolutamente extraordinaria. Después de ese período, las demandas por daños y perjuicios derivados de la crisis referida desaparecen, lo que justifica su exclusión.

De lo expuesto precedentemente, surge palmariamente que la Resolución cuya nulidad pretende el [REDACTED] fue adoptada por la Administración, en uso de sus potestades discrecionales, fundamentando su decisión en criterios justos.

En consecuencia, debe descartarse un actuar arbitrario, el que por el contrario, resulta ajustado a un plano de razonabilidad y motivación adecuada.

No se han cumplido los requisitos exigidos por el artículo 24 del Decreto N° 328/2013 para el pago de la compensación. El funcionario culminó la Maestría cuando ya se encontraba desempeñando funciones en comisión en el MEC, lo que hizo imposible el cumplimiento del requisito establecido en el literal b) del artículo 24 del Decreto N° 328/2013.

Cabe recordar que la norma establece como requisito que la Gerencia de Área a la que pertenece el funcionario, informe luego de un período de ciento ochenta días, que el funcionario realiza tareas en las que aplique los conocimientos adquiridos en los cursos realizados.

El informe a que refiere la norma, debe necesariamente ser elaborado por el Gerente del Área del Banco Central en el cual el funcionario presta el servicio, por ser quien está capacitado para informar si este aplica los conocimientos adquiridos en su trabajo diario.

Como lo consignara la Asesoría Jurídica del BCU en el Dictamen N° 16/460, el informe del Gerente del Área a la que pertenece el funcionario es insustituible. El organismo al que pertenece el funcionario, es el natural destinatario de los conocimientos adquiridos mediante la Maestría, quien debe dar cuenta, como requisito previo al nacimiento del derecho que los conocimientos se aplican al ejercicio de su cargo, circunstancia que en el caso del actor no se ha verificado aún.

El [REDACTED] asó en comisión al MEC y luego al Parlamento. Evidentemente la tarea a desarrollar en cada uno de dichos organismos es diferente, así como la aplicación práctica de los conocimientos adquiridos en la Maestría. Para que se origine el derecho, debe haber una aplicación práctica evaluada favorablemente por el jerarca del BCU que establece la norma.

La Administración, que efectivamente debe preservar el derecho del funcionario en comisión al cobro de todas las partidas de carácter retributivo, no puede en el caso verificar el presupuesto de hecho que hace nacer el derecho a la compensación, que es la verificación por parte del Gerente de la aplicación por un plazo de ciento ochenta días de los conocimientos adquiridos en función de la Maestría realizada.

En cuanto al alegado incumplimiento del artículo 32 de la Ley N° 15.851 (en la redacción dada por el artículo 67 de la Ley N° 17.556), resulta de aplicación el principio de reserva reglamentaria. El artículo 24 del Decreto N° 328/2013 estableció una reglamentación autónoma prevista en la Constitución de la República (artículo 221) que en tal carácter fue aprobada por el Poder Ejecutivo.

No es posible recurrir a la ficción dispuesta por el artículo 32 de la Ley N° 15.851, sino que la compensación se debe regir por el artículo 24 del Decreto N° 328/2013, que goza de legitimidad constitucional.

En suma, abogó por el rechazo de la demanda (fs. 37 a 48).

III) Por Decreto No. 5174/2017 (fs. 50) se dispuso la apertura a prueba, diligenciándose la que luce agregada y certificada a fs. 136.

IV) Las partes alegaron por su orden (fs. 139 - 152 y fs. 155 - 160, respectivamente).

V) El Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo se pronunció mediante Dictamen No. 277/2019 y aconsejó desestimar la demanda (fs. 163 a 164).

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. 166).

#### **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.

Se procesa la denegatoria ficta de la petición presentada por el actor el 1° de junio de 2016 (fs. 22 vto. a 26, pieza 1, en carpeta verde de 574 fojas, A.A.), solicitando la compensación prevista por el artículo 24 del Decreto N° 328/2013, así como la Resolución del Directorio D/120/2017, de 26 de abril de 2017, en vía recursiva (fs. 304 vto. a 306 vto., pieza 2, A.A.).

La denegatoria ficta de la petición, se configuró a los ciento cincuenta días sin que la Administración se pronunciara sobre lo solicitado, el 28 de octubre de 2016.

El 4 de noviembre de 2016 se interpuso en tiempo y forma el recurso de revocación (fs. 324 a 325 vto., pieza 2, A.A.).

El 3 de abril de 2017 se configuró la denegatoria ficta del recurso, a los ciento cincuenta días sin que la Administración se pronunciara al respecto.

El 26 de abril de 2017 la Administración emitió la Resolución D/120/2017, por la cual declaró que la especialización (Master o Doctor of Philosophy) en Derecho de Daños, no se encuentra comprendida entre los posgrados afines con las actividades sustantivas del BCU y desestimó el recurso de revocación interpuesto contra la denegatoria ficta de la petición presentada el 1º de junio de 2016. Asimismo, desestimó por improcedente a otro recurso de revocación interpuesto por el actor el 29 de julio de 2016 (fs. 304 vto. a 306 vto., pieza 2, A.A.). El 27 de abril de 2017 se notificó el actor (fs. 309 vto., pieza 2, A.A.).

La demanda se interpuso el 17 de mayo de 2017, dentro del término legal (nota de cargo, fs. 31).

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 1º de junio de 2016 se presentó una petición por parte del Dr. [REDACTED] quien solicitó ante el Área de Gestión de Capital Humano y Presupuestal que se le otorgara el beneficio previsto en el artículo 24 del Decreto N° 328/2013, en virtud de su obtención del título de Magister en

Derecho de Daños, oportunamente comunicado (fs. 22 vto. a 26, pieza 1, A.A.).

El 13 de junio de 2016 la Gerente de Área de Gestión de Capital Humano se pronunció en los siguientes términos: “(...) Dado que el título fuera obtenido con posterioridad a su pase en comisión, se solicita a la Asesoría Jurídica informe en caso de corresponder, si el funcionario realiza tareas en las que aplica los conocimientos adquiridos de acuerdo a lo previsto en el decreto mencionado (...)” (fs. 30, pieza 1, A.A.) (el subrayado no está en el original).

El 27 de junio de 2016 dictaminó el Gerente del Área de Asesoría Jurídica, Dr. Daniel Artecona, informando que: “*El suscrito toma formal conocimiento del título de Magister en Derecho, Orientación Derecho de Daños obtenido por el funcionario Dr. [REDACTED]*”

***El área de conocimiento involucrada en el título obtenido es -sin duda- de interés para esta Asesoría.***

***Sin perjuicio de ello, como surge de este expediente, dicho profesional no se encuentra prestando funciones en este servicio, ya que pasó en comisión a tareas de asistencia directa de la Señora Ministra de Educación y Cultura hace más de un año, situación que se mantiene hasta la fecha.***

***En tal virtud, y ante la consulta formulada por el Área de Gestión de Capital Humano acerca de “(...) si el funcionario realiza tareas en las que aplica los conocimientos adquiridos (...)”, corresponde responder que no es posible informar a lo solicitado, ya que -desde la fecha de expedición del referido título- el [REDACTED] no ha prestado funciones en esta Asesoría Jurídica (...)*” (fs. 31, pieza 1, A.A.) (la negrilla no está en el**

original).

El 30 de junio de 2016 la Gerencia de Gestión de Capital Humano sugirió comunicar al funcionario que no se cumplían las condiciones requeridas para el otorgamiento de la compensación que solicitó (fs. 31, pieza 1, A.A.).

El 1º de julio de 2016 se expidió la Gerencia de Servicios Institucionales, la que compartió lo informado por el Área de Gestión de Capital Humano (fs. 32, A.A.).

El 4 de julio de 2016 se elevó el expediente a la consideración del Directorio y se incorporó un documento intitulado “*DIRECTORIO - RESOLUCIÓN*”, por el cual se consignaba que se resolvía declarar que la especialización (Master o Doctor of Philosophy) en Derecho de Daños no estaba comprendida entre los posgrados afines con las actividades sustantivas del BCU y no hacer lugar a la solicitud del Dr. [REDACTED] para el otorgamiento de la compensación prevista en el artículo 24 del Decreto N° 328/2013 (fs. 33 vto. a 34 vto., pieza 1, A.A.).

El 19 de julio de 2016, la Secretaría General dispuso el pase de las actuaciones a la Gerencia de Gestión de Capital Humano, a efectos de dar vista al interesado por el término de diez días (fs. 35, pieza 1, A.A.).

El 22 de julio de 2016, se notificó el interesado que se le otorgaba una vista por el término de diez días hábiles, de conformidad con lo establecido por el artículo 104 del Reglamento Administrativo del BCU (fs. 36, pieza 1, A.A.).

El 29 de julio de 2016 el actor presentó recurso de revocación y en subsidio evacuó la vista presentando descargos, dirigidos a cuestionar la exclusión del título de Master en Derecho de Daños de la compensación

establecida por el artículo 24 del Decreto N° 328/2013, lo que consideró contrario a la regla de derecho y arbitrario (fs. 37 vto. a 53 vto., pieza 1, A.A.).

Remitidas las actuaciones a la Señora Gerente del Área Contencioso, Dra. Patricia Mills, emitió el Dictamen N° 16/460 (fs. 58 a 60, pieza 1, A.A.) por el cual señaló que sin perjuicio de estimar de recibo la precaución del funcionario en cuanto a la interposición del recurso, al no haberse dictado ninguna resolución este no procedía. No obstante, se expidió respecto de la evacuación de vista, advirtiendo que únicamente se pronunciaría sobre el cumplimiento de los requisitos del literal b) del artículo 24 del Decreto N° 328/2013, advirtiendo que ***“Se entiende que el peticionante ha dado cumplimiento a lo establecido en el literal a)”*** (fs. 59, pieza 1, A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Sobre este último aspecto, indicó: ***“En cuanto al inciso primero del literal b) recordemos que exige para el otorgamiento de la compensación, que el Gerente de Área a la que pertenece el funcionario informe, luego de un período de evaluación mínimo de 180 días, que el mismo realiza tareas en las que aplica los conocimientos adquiridos en los cursos realizados. Al respecto el [REDACTED] entiende que este requisito ha sido cumplido dado que por aplicación del artículo 32 de la Ley No. 15.851 -que expresa que los funcionarios en comisión deben de ser considerados como si prestaran funciones en su lugar de origen- el informe se encuentra suplido por las notas remitidas por la Sra. Ministra de Educación y Cultura que da cuenta de la aplicación de los conocimientos obtenidos por la Maestría, en las tareas que realiza a nivel ministerial.***



(...)

*En el caso de que se trata y aún en el entendido de la amplitud de interpretación de la norma legal referida, se entiende que no corresponde el pago de la compensación al peticionante por las razones que se dirán.*

***Efectivamente, el artículo nombrado establece en lo que nos interesa que los funcionarios en comisión deben de considerarse como si prestaran servicios en su lugar de origen, en particular en cuanto a su remuneración, cualquiera sea su naturaleza, incluyendo aquellas que tengan por condición la prestación efectiva de tareas en el organismo.***

(...)

*Sin embargo, aún en una interpretación amplia de la ficción legal, en la que el funcionario cobra todas las partidas que le corresponden al cargo (aún las correspondientes al cumplimiento de metas que suponen la efectiva prestación de tareas en el organismo), la misma no permite abarcar situaciones que necesariamente deben de analizarse sobre la base de la realidad y no sobre la ficción creada legalmente. Y no pueden ser alcanzadas dado que la ficción legal ampara solamente la situación del funcionario (como si estuviera prestando funciones de tareas en el organismo) pero no puede sustituir el control del cumplimiento de los requisitos que debe realizar quien permanece efectivamente en la Institución, en el caso el Gerente del Área a la que pertenece, y que tiene como objetivo el nacimiento del derecho al cobro de la partida.*

***Es el Gerente del Área a la que pertenece el funcionario, el que debe informar que ha aplicado sus conocimientos durante 180 días en el Banco Central. Y ese informe es insustituible.*** El organismo al que pertenece el funcionario es el natural destinatario de los conocimientos

*adquiridos mediante la Maestría, es quien debe de dar cuenta como requisito previo al nacimiento del derecho, que los conocimientos se aplican al ejercicio de su cargo. Y es lo que no se ha cumplido aún (...)*” (fs. 59 a 59 vto., pieza 1, A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Con posterioridad, la Dra. Patricia Mills volvió a pronunciarse mediante Dictamen N° 16/494, en el que aconsejó hacer lugar al diligenciamiento de la prueba solicitada por el interesado y posteriormente otorgar vista al interesado (fs. 64, pieza 1, A.A.).

El 9 de noviembre de 2016 el Directorio acordó el curso de acción sugerido y dispuso el pase del expediente a la Asesoría Jurídica a efectos de diligenciar la prueba solicitada, así como dictaminar sobre el recurso de revocación interpuesto contra la denegatoria ficta incorporado a las actuaciones (fs. 69, pieza 1, A.A.).

El 10 de noviembre de 2016, el Gerente de Asesoría Jurídica ordenó el pase del expediente al Área de Gestión de Capital Humano para la agregación de los expedientes solicitados y que luego se emitiera informe respecto de los puntos requeridos por el peticionario (fs. 71 vto., pieza 1, A.A.).

Una vez incorporada la prueba (fs. 72 vto., pieza 1, A.A. a 289, pieza 2, A.A.), se emitió un informe por la Oficina de Contencioso, detallando punto por punto la que se pudo ubicar e incorporar (fs. 289 vto. a 290, pieza 2, A.A.).

El 17 de febrero de 2017 la Gerente de Área I, Patricia Mills dejó constancia que además del listado de asuntos asignados el Dr. [REDACTED] participó desde su ingreso en el año 2009 hasta su pase en comisión del

grupo de profesionales a cargo de las acciones promovidas contra el Grupo Peirano por el cobro de daños y perjuicios ante el vaciamiento del Banco de Montevideo (fs. 290 vto., pieza 2, A.A.).

Luego de ello, emitió el Dictamen N° 2017/0077, en el que consignó que el diligenciamiento de la prueba se había completado, aconsejando otorgar vista al interesado.

En cuanto al recurso de revocación contra la denegatoria ficta, se entendió que, sin perjuicio del tiempo transcurrido, y al encontrarse en trámite la instrucción de la petición, sólo correspondía el análisis de sus aspectos formales ante la posibilidad del dictado de una resolución expresa (fs. 291 vto., pieza 2, A.A.).

Una vez notificado el actor del conferimiento de vista (fs. 295 a 296, pieza 2, A.A.), presentó escrito de descargos argumentando que -en base a la prueba diligenciada y a los argumentos ya formulados- no se podía más que augurar un cambio favorable a sus intereses en la posición institucional proyectada (fs. 297 a 298 vto., pieza 2, A.A.).

El 28 de marzo de 2017 la Dra. Patricia Mills elaboró el Dictamen N° 2017/0150 (fs. 302 vto. a 303, pieza 1, A.A.) en el cual, tras relacionar la prueba diligenciada consignó: **“En cuanto a lo establecido en el numeral a) (del artículo 24 del Decreto No. 328/2013) señalamos nuevamente que esta Asesoría ya se ha expedido al respecto, dado que según informe del Gerente de Área doctor Daniel Artecona que luce agregado a fojas 59 de estas actuaciones “El área de conocimiento involucrada en el título obtenido es -sin duda- de interés para esta Asesoría.**

**Respecto al numeral b) que antecede, se entiende que la situación referida por el [REDACTED] con relación a otros funcionarios en**

comisión, no es aplicable a su propio caso (...)” (fs. 302 vto., pieza 1, A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Finalmente, el 26 de abril de 2017, el Directorio del Banco Central del Uruguay dictó resolución expresa mediante la cual: **i)** declaró que la especialización (Master o Doctor of Philosophy) en Derecho de Daños no se encontraba comprendidas entre los posgrados afines a sus actividades sustantivas; **ii)** declaró improcedente, por falta de objeto, el recurso de revocación interpuesto por el actor, el 29 de julio de 2016; y **iii)** desestimó el recurso de revocación deducido por este contra la denegatoria ficta de la petición presentada el 1º de junio de 2016 (fs. 304 vto. a 306 vto., pieza 2, A.A.).

III) El Tribunal, con la mayoría requerida, habrá de apartarse de la solución aconsejada por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (fs. 163 a 164) y declarará la nulidad del acto, por los fundamentos que se habrán de explicitar a continuación.

El actor entabló su demanda de nulidad contra la *denegatoria ficta de la petición* que presentó el 1º de junio de 2016 (fs. 22 vto. a 26, pieza 1, A.A.), solicitando el otorgamiento de la compensación prevista en el artículo 24 del Decreto N° 328/2013 y la Resolución de Directorio del BCU D/120/2017, de 26 de abril de 2017.

Por esta última, se resolvió el recurso de revocación en forma tardía, desestimándolo, y además se dispuso: “*Declarar que la especialización (master o doctor of philosophy) en Derecho de Daños, no se encuentra comprendida entre los posgrados afines con las actividades sustantivas del Banco Central del Uruguay*”

De manera que, a los efectos de la delimitación del objeto del proceso, se habrá de considerar que lo integran la *denegatoria ficta de la petición*, como también de la Resolución D/120/2017, en virtud de lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto - Ley N° 15.524.

El *principal agravio* que esgrimió el accionante apuntó a cuestionar la *motivación*, por la cual se le rechazó la petición de compensación que formuló al amparo de lo previsto por el artículo 24 del Decreto N° 328/2013. Al considerar el BCU que la Maestría en Derecho de Daños que ostenta no es “*afín*” con las actividades sustantivas del Banco, se incurrió en *errores conceptuales* y se adoptó una decisión que carece de fundamento jurídico y lesiona principios generales, así como estándares como el de razonabilidad.

Además, el BCU ha reconocido el beneficio a otros abogados o profesionales por títulos que -en el criterio que plantea el Banco- no serían “*afines*” con “*actividades sustantivas*” del Ente, como el caso de funcionarios que tienen títulos de Master en temas vinculados con la informática, la comunicación o la dirección de empresas. La construcción argumental que se realizó -sin basarse en ningún dictamen jurídico y contrariando la opinión del Gerente de la Asesoría Jurídica- incursiona en la *arbitrariedad*.

El artículo 24 del Decreto N° 328/2013, estableció la compensación que solicitó el accionante y los requisitos para su percepción.

En lo que interesa al análisis del agravio en estudio, la norma dispuso: “***Los funcionarios que hayan realizado cursos de postgrado, por medio de los cuales hayan logrado los títulos de Master in Business Administration (MBA), Master in Public Administration (MPA), Doctor***



*subjetivo de la Administración (Cf. Eduardo GARCÍA de ENTERRÍA - Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: “Curso de Derecho Administrativo” T. I, Págs. 452/453)”*.

En tanto, en el caso de los “*conceptos jurídicos indeterminados*” se apunta a “*una esfera de realidad cuyos límites no aparecen acabadamente precisados*”, lo que necesariamente debe hacerse en el momento de aplicación de la norma, en donde no se admite más que una “*solución justa*” a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable, y no de volición, por lo cual se está ante un proceso reglado (**sentencia N° 517/2006**).

Esta distinción teórica, ha sido objeto de cuestionamientos por cierta doctrina que ha hecho hincapié en la existencia de una franja o espacio que da lugar a valoraciones por parte de la Administración, las que necesariamente van de la mano de la indeterminación que es propia del lenguaje. Con lo cual, la Administración igualmente tendría cierto *margen de libertad* para interpretar el enunciado normativo y atribuirle un significado. De todos modos, aún en estas hipótesis de la operación de subsunción la Administración es pasible de ser controlada mediante la ponderación de las reglas de fin que tutelan su actuación y que en definitiva impregnan la regla (Cf. Santiago Martínez, “*Una aproximación teórica al concepto de discrecionalidad jurídica en el Derecho Administrativo.*”, Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso Antonio Larrañaga, Facultad de Derecho), N° 15, Julio 2017, [http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2393-61932017000100089](http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2393-61932017000100089)).

En esta línea de razonamiento, Artecona ha expresado: “(...) *si bien en términos teóricos me resulta entendible la distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, en la aplicación práctica no advierto que esa categoría conceptual sea necesaria: el standard de razonabilidad (por un lado) y la necesaria motivación fáctica y técnica de los actos administrativos (por otro lado), parecen suficientes para aventar el peligro de actuaciones arbitrarias*” (Cf. Daniel Artecona, “Discrecionalidad y desviación de poder. Necesidad y conveniencia de la consagración legal de potestades discrecionales a favor de la Administración”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 30, 2011, p. 47) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Otros autores como Sesin, han adoptado una suerte de postura intermedia, según la cual se advierte que: “No es recomendable aceptar que para completar los conceptos indeterminados deba acudirse solamente a la libre elección de la Administración por medio de la discrecionalidad; tampoco admitir que únicamente pueden ser integrados por remisión a juicios objetivos que aseguren una solución justa de validez incuestionable. Lo primero implicaría consagrar una libertad desenfrenada, susceptible de emparentarse con la arbitrariedad. Lo segundo acarrearía la virtual desaparición de la discrecionalidad, cuya supervivencia es imprescindible en los Estados modernos (...)”.

Esta problemática es sorteada en la concepción tradicional concediendo a la Administración un cierto “*margen de apreciación*”, que reduce la porción de discrecionalidad e igualmente encuentra su límite en que “(...) el juicio sea atendible, razonable, relativamente válido en una circunstancia determinada y suficientemente motivado (...)” (Cf.



Domingo Sesin, “*Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos Mecanismos de Control Judicial*”, 2da. Edición, Buenos Aires, Editorial Depalma, 2004, p. 159 y siguientes y 395) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Más recientemente, el citado autor retomó el análisis de la cuestión en un profundo estudio que recorre las distintas posturas doctrinales en el mundo y se focaliza en la *imprecisión de los límites de los conceptos jurídicos indeterminados*, así como la imposibilidad de excluir *in totum* la existencia cierto *margen de discrecionalidad*, aunque más acotado.

En este sentido, explica: “**Un concepto es indeterminado cuando sus límites son imprecisos**, es decir, cuando no reflejan claramente una realidad. En general la imprecisión no deviene exclusivamente del lenguaje utilizado ni tampoco de la materia referida, sino de la vinculación entre ambos (SAINZ MORENO, F. *Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Ed. Civitas, 1976, ps. 68 y 70).

**En el ordenamiento jurídico administrativo son numerosos los dispositivos constitucionales, legales y reglamentarios que trasuntan standards o normas en blanco, cuya indeterminación es evidente.** El decoro o prestigio de la institución policial, la peligrosidad de una enfermedad, la contaminación de las aguas, la idoneidad en un concurso, la urgencia de una contratación, lo riesgoso de una actividad, son ejemplos cotidianos, cuya relación con la realidad a la que se refieren, puede impregnarse de mayor o menor imprecisión. **La aplicación práctica de estos supuestos en el variado accionar administrativo, obliga a efectuar una tarea interpretativa o creativa según el caso, subsumiendo**

**el hecho concreto en la norma.**” (Cf. Domingo Sesin, “*El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica*”, en trabajo que corresponde al discurso de incorporación como miembro de número pronunciado por el autor el 26 de setiembre de 2006, ante la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, p. 5 a 6, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artcontenidotutelajudicialefactiva>) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

En el desarrollo de su exposición, Sesin entiende que “**Es necesario analizar cada supuesto real de aplicación de los referidos conceptos para entonces determinar con certeza si su realización admite una o varias soluciones igualmente correctas para el derecho.**

**Hay veces que el concepto jurídico indeterminado puede ser concretado siguiendo un juicio intelectual puro. Esto sucede por ejemplo cuando en virtud de la norma la idoneidad se determina por riguroso orden de antigüedad; o cuando según los pliegos respectivos la oferta más ventajosa es la de menor precio. La realización del concepto "idoneidad" y "oferta más ventajosa" se efectiviza, entonces, siguiendo un procedimiento perfectamente objetivable.**

**Sin embargo, los conceptos referidos no siempre permiten llegar a una solución justa, incluso bajo el mismo esquema normativo; hay casos que admiten porcentajes de discrecionalidad: el supuesto de que existan dos concursantes que tienen idéntica antigüedad, o bien se presenten dos ofertas de igual precio. Elegir a uno u otro concursante, a una u otra oferta en el caso de que la norma nada establezca al respecto, bien puede consentir el uso de una modalidad discrecional (...)**” (Cf. Domingo Sesin,

*“El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica”, p. 9)* (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Bajo estos parámetros, de la doctrina que modernamente ha estudiado el fenómeno de los *conceptos jurídicos indeterminados* en la órbita del accionar de la Administración, el Tribunal entiende pertinente examinar la legitimidad de la *operación de subsunción e interpretación* que realizó por el BCU con relación a lo previsto por el artículo 24 del Decreto N° 328/2013, que establece la noción de *“títulos de igual nivel académico afines con las actividades sustantivas del Banco Central del Uruguay”*.

Se parte de la base que existe un *margin de apreciación más acotado* que en un caso de discrecionalidad pura, en donde la Administración está sujeta al cumplimiento de un *standard de razonabilidad*, así como a la *necesaria motivación fáctica y técnica*. Dicha valoración es susceptible de contralor jurisdiccional y en el caso, a la luz de los antecedentes y del profuso cúmulo probatorio, no luce legítima.

En la Resolución D/120/2017 se relevó como *actividades sustantivas* de la Institución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 16.696, en la redacción de la Ley N° 18.401, la estabilidad de precios, la regulación del funcionamiento, así como la supervisión del sistema de pagos y del sistema financiero.

Según la misma Resolución, el Programa de la Maestría en Derecho de Daños indica que los conocimientos allí adquiridos no resultan de aplicación en beneficio de la institución y tienen un componente

fuertemente orientado al Derecho Privado en materia por completo ajena a la propia y esencial del BCU.

Dicha afirmación se aprecia como *errónea y apartada de la razonabilidad*.

En primer lugar, el Programa de la Maestría en Derecho de Daños (fs. 4 a 13, pieza 1, AA), refleja tal como lo describe el testigo Mariño - coordinador académico de la Maestría- (fs. 108, *infolios*), que los contenidos de la Maestría son afines a la actividad banco centralista, al atender la actividad financiera y bancaria, los riesgos y prevención de daños.

En segundo término, consta en los diversos dictámenes de Asesoría Jurídica incorporados en CD a que refiere el actor en su alegato, la realización de análisis de temáticas relativas a seguros, regulación contractual y comercial, fideicomisos, derechos cooperativo y estatutario, así como de derecho de los consumidores.

A lo que se agrega lo declarado por el Dr. Artecona (fs. 112, *infolios*) en cuanto a la temática de la maestría vinculada al trabajo de la Asesoría Jurídica, principalmente aquello relacionado con la responsabilidad del Estado, Derecho del consumo, nociones sobre causalidad y evaluación de daños.

En tercer lugar, reviste particular trascendencia lo informado en el decurso del trámite administrativo por el Dr. Artecona, cuando con relación al título de Master en Derecho de Daños obtenido por el Dr. Soba manifestó: **“El área de conocimiento involucrada en el título obtenido es –sin duda- de interés para esta Asesoría.”** (fs. 31, pieza 1, A.A.), en criterio que luego fue ratificado en los sendos dictámenes de la Dra.

Patricia Mills, señalando que **“Se entiende que el peticionante ha dado cumplimiento a lo establecido en el literal a)”** (fs. 59, pieza 1, A.A.) y advirtiendo que **“(…)esta Asesoría ya se ha expedido al respecto, dado que según informe del Gerente de Área doctor Daniel Artecona que luce agregado a fojas 59 de estas actuaciones “El área de conocimiento involucrada en el título obtenido es -sin duda- de interés para esta Asesoría.”** (fs. 302 vto., pieza 1, A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

La Administración incurrió en *error en los motivos del acto* al desoír lo aconsejado por la Asesoría Jurídica y considerar que los conocimientos obtenidos en la Maestría en Derecho de Daños redundarían principalmente en un beneficio propio para el actor, o que el asesoramiento jurídico en las actividades sustantivas del Banco no estuviera comprendido dentro de la nota de *“afinidad”* necesaria.

Al respecto, cabe recordar lo expresado en **sentencia N° 151/2015**: **“(…) Alberto Ramón REAL, enseñaba que la fundamentación del acto debe ser exacta, las razones de Derecho deben corresponder a los textos invocados y los hechos deben ser verdaderos. No basta que existan los hechos, sino que se les aprecie correctamente. La Administración debe ser veraz, no solo en cuanto a la existencia de los motivos sino también en cuanto a la calificación jurídica y a la subsunción de las situaciones de hecho en el tipo de los conceptos jurídicos indeterminados** (Cf. REAL, Alberto Ramón: *“La fundamentación del acto administrativo”*, en L.J.U., T. LXXX, pág. 10/11; en jurisprudencia véanse las sentencias Nos. 346/2011, 586/2013, 291/2014 y, muy especialmente, la No. 175/2014).

Como indica DURÁN MARTÍNEZ: “La motivación, además de ser suficiente y congruente, para ser legítima debe, además, ser exacta. La motivación es exacta cuando son ciertas las circunstancias de hecho enunciadas, cuando las reglas de derecho invocadas son aplicables al caso y su interpretación es correcta y cuando la finalidad enunciada puede ser satisfecha con lo decidido.” (DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “Motivación del acto administrativo y buena administración” en AA.VV. “Ética; Estado de Derecho; Buena Administración”, Universidad Católica del Uruguay, 2013, págs. 137-138) (...)

Como enseña en doctrina el Prof. Juan Pablo CAJARVILLE: “En todo caso, el acontecer de los hechos es una circunstancia exterior, cuya existencia se impone a la Administración objetivamente, desde fuera, de la cual el ejercicio del poder de dictar el acto aparecerá como una consecuencia jurídica.

Por lo tanto, en cuanto a la apreciación de la existencia o inexistencia en si misma de los hechos y su valoración jurídica (legitimidad o ilegitimidad), la Administración no goza de ninguna discrecionalidad.

Si los hechos operantes como supuesto normativo, o motivo del acto administrativo, no existen o no son como la Administración pretende, el acto estará viciado por inexistencia de los motivos.

Si los hechos son como la Administración pretende, pero no caben en el supuesto (determinado o indeterminado) de la norma atributiva del poder de dictar el acto, éste estará viciado por ilegitimidad de los motivos.” (CAJARVILLE PELUFFO: “Sobre Derecho Administrativo”,

*Tomo II, cit., págs. 32 y 33) (...)”* (la negrilla y el subrayado no están en el original).

En la especialidad del caso, tanto desde una postura como de otra, el *error en los motivos* derivado de una incorrecta aplicación de la solución normativa a la situación concreta del actor determina la nulidad del acto encausado.

Desde otro ángulo, no puede dejar de advertirse la *ausencia de un criterio razonable y unívoco* acerca de lo que se considera como títulos afines con las actividades sustantivas del Ente, al haberle negado la compensación al actor y por otro lado habérsela otorgado a personas que ostentaban un Magister en Ingeniería en Computación (fs. 336 a 269, pieza 2, A.A.), una Maestría en Dirección Estratégica (fs. 231, pieza 1, A.A.), una Maestría en Dirección de Comunicación (fs. 195, pieza 2, A.A.); o varias de las del listado de funcionarios que perciben la misma compensación, según informe emergente de los antecedentes (fs. 72 vto. a 74 vto., pieza 1, AA).

Con semejante proceder, se desbordó el *standard de razonabilidad* y se incurrió en *arbitrariedad*, todo lo cual refuerza la procedencia de la anulación del enjuiciado.

IV) El *otro agravio* que esgrimió el accionante apuntó a lo que considera como un *injustificado apartamiento de la normativa que tutela la situación de los funcionarios en comisión* (artículo 32 de la Ley N° 15.851, de 24 de diciembre de 1986, así como disposiciones complementarias y modificativas).

En este punto, el Tribunal coincide con el temperamento sustentado por la Administración y el Señor Procurador del Estado en lo Contencioso

Administrativo, en cuanto ponen de manifiesto que la exigencia prevista por el literal b) del artículo 24 del Decreto N° 328/2013 no se había verificado y que tampoco podía ser cumplida mediante informes de jefes pertenecientes a otros organismos.

En efecto, el artículo 24 del Decreto N° 328/2013, es claro, en cuanto establece que: ***“A los efectos de obtener tal remuneración se deberá cumplir además, con los siguientes requisitos:***

(...)

***b) la Gerencia de Área a la que pertenece el funcionario informe, luego de un período de evaluación mínimo de 180 días, que el mismo realiza tareas en las que aplica los conocimientos adquiridos en los cursos realizados.***” (la negrilla y el subrayado no están en el original).

En el caso del actor, ello no se pudo verificar porque recibió su título de Master en Derecho de Daños cuando ya se encontraba en régimen de *comisión de servicios*, por lo que nunca pudo ser evaluado por el Gerente del Área de Asesoría Jurídica sobre la aplicación de los conocimientos adquiridos (fs. 31, pieza 1, A.A.).

El informe del jefe de otra dependencia, en la que el actor preste funciones en comisión, no puede sustituir ni suplir, lo establecido por la norma específica que reguló la compensación, desde que ello no está autorizado ni puede resultar asimilable.

No debe perderse de vista que la regulación establecida por el artículo 24 se inspira en un período mínimo para una evaluación de la aplicación de los conocimientos adquiridos por parte del Gerente de Área al que pertenezca el funcionario del Ente, a lo que cabe agregar que *“El*



*derecho a la compensación se genera desde la fecha de la resolución de Directorio que la otorga”.*

La normativa aplicable a los funcionarios en comisión creó una ficción, una excepción que les permite continuar cobrando cualquier partida (incluidas compensaciones) que ya venía el funcionario cobrando, como si siguieran prestando funciones en el organismo de origen.

Pero en el caso del actor, todavía no había generado su derecho a la percepción de la compensación, antes de su pase en comisión, por lo que se cumple con lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley N° 15.851 y sus modificativas desde que su retribución no se vio afectada.

Por las razones expuestas, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en atención a lo dispuesto por los artículos 309 y 310 de la Constitución, en mayoría,

**FALLA:**

*Ampárase la acción anulatoria y, en su mérito, anúlase la resolución impugnada por los fundamentos expresados en el Considerando III).*

*Sin sanción procesal específica.*

*A los efectos fiscales, fijanse los honorarios profesionales del abogado de la parte actora en la suma de \$ 36.000 (pesos uruguayos treinta y seis mil).*

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

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

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).

DR. GÓMEZ TEDESCHI DISCORDE: CONFIRMO LOS DOS ACTOS IMPUGNADOS. El actor demanda la nulidad de la denegatoria ficta de la petición de otorgamiento de la compensación prevista en el artículo 24 del decreto N° 328/013; y, la resolución de Directorio del Banco Central del Uruguay N° D/120/2017 del 26 de abril de 2017.

*En cuanto a la cuestión de fondo, no comparto el parecer de la mayoría de la Sala y, en consecuencia, confirmo las dos resoluciones que se procesan en obrados.*

*1) En lo que dice relación con la denegatoria ficta de la petición promovida por el actor a efectos del otorgamiento de la compensación prevista en el artículo 24 del decreto N° 328/013, de fecha 8 de octubre de 2013, comparto el Dictamen del Señor Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo y estimo corresponde confirmar la denegatoria ficta impugnada.*

*En efecto, el decreto No. 328/2013 en su artículo 24 dispone: “... Los funcionarios que hayan realizado cursos de postgrado, por medio de los cuales hayan logrado los títulos de Master in Business Administration (MBA), Master in Public Administration (MPA), Doctor of Philosophy (PHD) u otros títulos de igual nivel académico afines con las actividades sustantivas del Banco Central del Uruguay, tendrán el derecho a percibir las siguientes compensaciones:*

*Título de Master \$ 5.025*

*Título de Doctor of Philosophy \$ 13.915*

*A los efectos de obtener tal remuneración se deberá cumplir además, con los siguientes requisitos:*

*a) Los cursos deberán ser realizados en Universidades o Institutos de reconocida solvencia académica e implicar una dedicación plena, no inferior a 3 años para el caso de Doctorado, y de un año en el caso de Master o equivalentes, debiendo ser dictados por docentes que en su mayoría posean título de postgrado y*

*b) La Gerencia de Área a la que pertenece el funcionario informe, luego de un período de evaluación mínimo de 180 días, que el mismo realiza tareas en las que aplica los conocimientos adquiridos en los cursos realizados (...)*”.

*Como viene de verse, la norma contenida en el literal b, exige que “la Gerencia de Área a la que pertenece el funcionario informe, luego de un período de evaluación mínimo de 180 días, que el mismo realiza tareas en las que aplica los conocimientos adquiridos en los cursos realizados”.*

*Consta a fs. 31 de los A.A., que el actor recibió su titulación cuando ya se encontraba en régimen de comisión de servicios, razón por la que no pudo ser evaluado por el Gerente del Área al que pertenece en el Banco Central, sobre la aplicación de los conocimientos adquiridos.*

*La utilización, en la norma invocada, del adverbio “además” indica que, a la titulación referida, se añade otro requisito especial, el previsto en el literal b), sin cuyo cumplimiento, la compensación pretendida no puede ser abonada.*

*El informe de otra dependencia en la que el actor presta funciones en comisión, no puede sustituir al que exige el texto indubitable de la disposición en examen. Ésta no habilita a ello y, en realidad, tal hipótesis,*

*constituye un supuesto que se ubica en las antípodas del requerido en el artículo en estudio.*

*En efecto, la compensación se relaciona directamente con la aplicación de los conocimientos adquiridos a las tareas que el funcionario cumple en el Banco Central, en el Área específica en que cumple funciones.*

*Por tal razón, se trata de un informe con un contenido específico que, en realidad, comprende tres aspectos: a) los conocimientos adquiridos en los cursos realizados, deben ser aplicables a las tareas que realiza el funcionario en el Banco Central; b) el funcionario, a su vez (la otra cara de la misma moneda), debe aplicar esos conocimientos adquiridos en la tarea diaria, y, c) el lapso mínimo a tener en cuenta por el evaluador es ciento ochenta días.*

*Con tales contenidos, resulta palmario que el autor de tal informe no puede ser otro que la Gerencia de Área del Banco Central a la que pertenece el funcionario, puesto que, se trata de una compensación pagada por el Banco Central, por la aplicación de los conocimientos adquiridos, por uno de sus funcionarios, en las tareas que desempeña en la Institución.*

*Un informe sustitutivo realizado por cualquier jerarca de la Administración no resulta una razonable solución a la luz de lo que viene de exponerse. La solución legal exige el cumplimiento simultáneo de una serie de requisitos específicos, y, en consecuencia, la ausencia de uno de ellos impide la recepción de la compensación*

*De modo que, y como con acierto señala el Señor Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, “las notas remitidas por el Ministerio de Educación y Cultura a que refiere el asesor letrado a fs. 59*

*in fine, no pueden suplir el informe requerido en el citado literal b) ya que se exige que el mismo sea emitido por el Gerente del Área a que pertenece el funcionario y dentro de un determinado plazo, requisitos todos que en la emergencia no se cumplieron”.*

*La normativa aplicable a los funcionarios en comisión, crea una ficción, una excepción, que les permite continuar cobrando cualquier partida (incluidas compensaciones) que ya venía el funcionario cobrando, como si siguiera prestando funciones en el Organismo de origen.*

*Esta no es la situación que se plantea en obrados. El artículo 24 indica: “El derecho a la compensación se genera desde la fecha de la resolución de Directorio que la otorga”.*

*El actor no había generado derecho a percibir compensación alguna antes de su pase en comisión, por lo que no se advierte violación a la disposición contenida en el artículo 32 de la Ley 15.851, ya que su retribución no se vio afectada.*

*En definitiva, el Gerente de Área del Banco Central no pudo confeccionar el informe exigido, por no encontrarse el funcionario desempeñando funciones en el Banco Central, y, por tanto, no se ha podido cumplir con el requisito previsto en el literal b) del artículo 24 del decreto 328/013.*

*En consecuencia, corresponde la confirmación de la denegatoria ficta recaída a la petición promovida por el actor.*

*II) Ahora bien, con posterioridad a la configuración de la denegatoria ficta impugnada, el Directorio del Banco Central dictó la resolución del No. D/120/2017 de fecha 26 de abril de 2017 en virtud de la cual se dispuso:*

*1) que la especialización (master o doctor of philosophy) en Derecho de Daños no se encuentra comprendida entre los posgrados afines con las actividades sustantivas;*

*2) declaró improcedente por falta de objeto el recurso de revocación interpuesto por el funcionario el 29 de julio de 2016 (impugnación presentada contra el proyecto de resolución denegando la petición);*

*3) desestimó el recurso de revocación interpuesto por el funcionario contra la denegatoria ficta de la petición presentada el 1º de junio de 2016.*

*No comparto el parecer del Señor Procurador del Estado en cuanto considera que no corresponde incluir dentro del elenco de actos procesables dicha resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 inciso 1º del decreto ley 15.524.*

*En virtud de lo prevenido en el artículo 60 del precitado decreto ley, a mi juicio, corresponde también considerar como objeto de la impugnación, la resolución emitida por el Directorio del BCU el día 26 de abril de 2017.*

*Ahora bien, por las razones esgrimidas en el numeral anterior: incumplimiento por parte del actor de un requisito especial reclamado por la normativa, deviene innecesario ingresar al examen de la legitimidad de esta volición.*

