

## LOS SERVICIOS DESCENTRALIZADOS Y EL ESTATUTO DE SUS FUNCIONARIOS. Comentario a sentencia N° 640/015 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo

Rodrigo Díaz Inverso\*

### 1. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (en adelante “TCA” o el “Tribunal”) N° 640/015 de 20 de agosto de 2015,<sup>1</sup> anuló dos actos administrativos dictados en el año 2012 por el Directorio de la Agencia Nacional de Vivienda (en adelante “ANV”). Uno de esos actos aprobaba el “*Reglamento de ascensos para la provisión de cargos y funciones de alta conducción*” y el otro disponía un llamado a concurso para la provisión por vía de ascenso de un cargo de alta conducción, en aplicación del referido reglamento.

El actor, funcionario de la ANV, recurrió ambos actos en vía administrativa y luego jurisdiccional, argumentando la incompetencia del órgano emisor (el Directorio de la ANV) para el dictado de disposiciones normativas de carácter estatutario. El tribunal acogió la pretensión, anulando los actos impugnados (el reglamento y su acto de aplicación).

### 2. ESTATUTO DE LOS FUNCIONARIOS DE LOS SERVICIOS DESCENTRALIZADOS

La ANV fue creada como servicio descentralizado del dominio industrial y comercial del Estado.<sup>2</sup> Es pues necesario determinar el régimen constitucional aplicable a los funcionarios de los servicios descentralizados, para encuadrar normativamente la decisión del tribunal.

Nuestro ordenamiento constitucional en materia de funcionarios públicos consagra un régimen de estatutos múltiples. Esto determina que no exista un único estatuto que regule

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Aspirante a Profesor Adscripto en Derecho Administrativo (Facultad de Derecho, Universidad de la República). Correo electrónico: rodrigodiazinverso@hotmail.com

<sup>1</sup> Ministros integrantes del TCA firmantes de la sentencia: Sassón, Harriague, Gómez Tedeschi (r.), Tobía, Echeveste.

<sup>2</sup> Ley N° 18.125 de 27 de abril de 2007, art. 9.

a todos los funcionarios que trabajan en relación de dependencia para las distintas entidades estatales<sup>3</sup> sino que, dependiendo de la persona jurídica estatal para la que trabajen, el sistema orgánico al que pertenezcan o incluso, dentro de un mismo sistema orgánico, el tipo de funciones o cometidos que realicen, es que quedarán sujetos a distintos estatutos.

Así, encontraremos que la Constitución prevé la existencia de los siguientes estatutos formales<sup>4</sup>: (a) uno general, aplicable a todos los funcionarios del Poder Ejecutivo (con excepción de militares, policías y diplomáticos), servicios descentralizados, Corte Electoral, Tribunal de Cuentas, Poder Judicial y Tribunal de lo Contencioso Administrativo (excepcionalmente, en estos dos últimos casos, a los cargos de la judicatura); (b) uno para los jueces<sup>5</sup>; (c) uno para los funcionarios policiales; (d) uno para los militares; (e) uno para los diplomáticos; (f) uno para los funcionarios de cada uno de los Gobiernos Departamentales; (g) uno para los funcionarios de la Cámara de Representantes y otro para los del Senado; (h) uno para los funcionarios de cada uno de los Entes Autónomos.<sup>6</sup>

Los servicios descentralizados quedan comprendidos en el estatuto de alcance más general, de rango legal, previsto en el artículo 59 de la Carta. Esa es la regla general y cualquier excepción requiere una ley que expresamente establezca una solución distinta, fundada en “*la diversa índole de sus cometidos*”.<sup>7</sup>

Lo anterior es de vital importancia para entender cuáles son las potestades jurídicas de los órganos jerarcas de los servicios descentralizados en relación a las normas estatutarias que les rigen a sus funcionarios. Y la respuesta es clara: la Constitución no les asigna potestades decisorias en cuanto al contenido del estatuto; la materia estatutaria queda, en sede de servicios descentralizados, reservada a la ley,<sup>8</sup> siendo el Directorio o Director General del servicio descentralizado un órgano de aplicación de dicha ley.

Sí podría entenderse, como poder implícito de estos jerarcas, el de poner en conocimiento del Poder Ejecutivo los inconvenientes o carencias que detecten en la aplicación de normas estatutarias y proponer ajustes legales; incluso el de elaborar un anteproyecto de ley al amparo del artículo 59 literal E. Pero no puede considerarse que exista un poder jurídico atribuido al jerarca del servicio descentralizado de aprobar por sí el estatuto aplicable a sus funcionarios, pues esa potestad ha sido atribuida constitucionalmente al Poder Legislativo.

La doctrina ha entendido que dentro de la potestad estatutaria se encuentran las materias referidas en el artículo 61 de la Carta: permanencia en el cargo, ascenso, descanso

<sup>3</sup> Sin perjuicio de normas constitucionales que, por su generalidad, aplican a todos los funcionarios públicos.

<sup>4</sup> Puede consultarse un esquema de los distintos estatutos con identificación del acto jurídico que los aprobó (legislativo o reglamentario, según corresponda) en: LARRAÑAGA LARGHER, María Victoria y FIGUEREDO SIMONETTI, Roberto. “La incidencia del Derecho Laboral en la Ley N° 19.121”, En DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (Coordinador), *Funcionarios públicos: especial énfasis en la Ley N° 19.121*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2014, pp. 186-188.

<sup>5</sup> “...cargos de la Judicatura”, en términos del artículo 59 literal B

<sup>6</sup> Con distintos procedimientos de aprobación según sean entes del dominio industrial y comercial, de enseñanza o no integren ninguna de esas categorías.

<sup>7</sup> Sucede esto, por ejemplo, en el caso de la Administración Nacional de Telecomunicaciones que por Decreto-ley N° 15.709 de 28 de enero de 1985 tiene un estatuto especial para sus funcionarios, siendo una solución completamente ajustada a la Carta, en virtud del artículo 59 literal E.

<sup>8</sup> Sobre el concepto de reserva de la ley y su configuración en el Derecho Constitucional uruguayo: CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo 1, 2ª Ed, Montevideo, FCU, 2008, pp. 433-441.

semanal, licencia anual y por enfermedad, suspensión, traslados, obligaciones funcionales.<sup>9</sup> Por ende, la normación inicial de tales materias respecto a los funcionarios de estos servicios corresponde a la ley.<sup>10</sup>

### 3. LA SENTENCIA Y SUS PROYECCIONES SOBRE OTROS SERVICIOS DESCENTRALIZADOS

El argumento central del Tribunal en la sentencia comentada se funda en la incompetencia del Directorio de la ANV para el dictado de normas estatutarias conforme al marco jurídico antes reseñado; siendo el ascenso un componente del derecho a la carrera administrativa, y reconocido a todos los funcionarios de carrera<sup>11</sup>, ingresa dentro del ámbito de la materia estatutaria.<sup>12</sup> Así se recoge en el Considerando V en los siguientes términos:

*“En tanto Servicio Descentralizado, el poder normativo atribuido para el dictado del Estatuto corresponde por imperio Constitucional al legislador (art. 59, literal E). (...) Se conviene que esta excepción prevista no puede entenderse, como la posibilidad de que el legislador otorgue al propio servicio descentralizado la competencia estatutaria.*

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

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

La claridad del razonamiento expuesto exime de mayores comentarios. La Corporación realizó una correcta interpretación del texto constitucional y, ante un texto legal que pudiera generar dudas en torno a su apego a la Constitución, optó por una interpretación constitucionalizante, que lo hiciera compatible con el artículo 59. Utilizó así una forma sencilla de salvar la cuestión, procurando atribuir un significado que permitiera conciliar el texto legal con el constitucional, de acuerdo a las enseñanzas de la mejor doctrina en materia de interpretación conforme a la Constitución,<sup>13</sup> aun cuando no hiciera caudal expreso de ello.

<sup>9</sup> Sobre el contenido de la relación funcional (objeto de regulación del estatuto): MARTINS, Daniel Hugo. *El Estatuto del funcionario*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1965, pp. 143-226.

<sup>10</sup> Cfr. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, op. cit., p. 441.

<sup>11</sup> Constitución, art. 61.

<sup>12</sup> Cfr. MARTINS, Daniel Hugo, op. cit., p. 197.

<sup>13</sup> Ver al respecto: CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, op. cit., pp. 345-364.

En esa línea, debe entenderse, como lo entendió el TCA, que la potestad atribuida legalmente al Directorio de la ANV es la de confeccionar un anteproyecto de ley con normas estatutarias, para que sea remitido al Poder Ejecutivo y este a su vez lo envíe (con las modificaciones que entienda del caso proponer) al Poder Legislativo, de forma tal de que sea aprobado mediante una ley en sentido orgánico-formal. Se trataría entonces de una actividad meramente preparatoria (desarrollada por la ANV)<sup>14</sup> para que luego el Poder Ejecutivo, en su rol de co-legislador, remita el proyecto de ley a la Asamblea General.

El Tribunal dejó así claramente establecido que: (i) el estatuto de los funcionarios de un servicio descentralizado es siempre de fuente legal, como surge sin hesitaciones del literal E del artículo 59, sea porque quedan comprendidos dentro del estatuto más general, sea porque se utiliza la excepción allí establecida; (ii) la ley no podría, para ser compatible con la Constitución, asignar al Directorio o Director General de un servicio descentralizado la potestad jurídica de dictar disposiciones de naturaleza estatutaria. La excepción del artículo 59 literal E a lo que habilita es a que existan *leyes* especiales que contengan estatutos específicos para los funcionarios dependientes de un servicio descentralizado, lo cual no equivale a admitir la constitucionalidad de facultar al Directorio a aprobar normas estatutarias de fuente reglamentaria. El acto jurídico que apruebe la excepción debe ser siempre una ley y ser ella misma la que adopte las soluciones estatutarias para los funcionarios del servicio.

Lo anterior, que parece de meridiana claridad y no despierta mayores debates en la dogmática, puede sin embargo generar confusión al momento de aplicar las leyes de creación de los más recientes servicios descentralizados, tal y como parece haber sucedido en el caso de la ANV, laudado por el TCA.

En esa línea, cabe destacar que en la última década (2005-2015) se han creado siete servicios descentralizados, que se vienen a sumar a los cinco ya existentes, completando el siguiente listado: Administración Nacional de Puertos (ANP);<sup>15</sup> Administración Nacional de Obras Sanitarias del Estado (OSE);<sup>16</sup> Administración Nacional de Telecomunicaciones (ANTEL);<sup>17</sup> Administración Nacional de Correos (ANC);<sup>18</sup> Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU);<sup>19</sup> Agencia Nacional de Vivienda (ANV);<sup>20</sup> Administración de los Servicios de Salud del Estado (ASSE);<sup>21</sup> Instituto Uruguayo de Meteorología (INUMET);<sup>22</sup> Sistema Público de Radio y Televisión Nacional (SPRTN);<sup>23</sup> Fiscalía General de la Nación

<sup>14</sup> Se podría entender que el acto administrativo por el que el Directorio de la ANV apruebe el anteproyecto de ley resultaría un acto ilesivo, en tanto se limitaría a proponerle al Poder Ejecutivo lo que el Directorio entiende que *debería ser* el contenido del estatuto de sus funcionarios. Como tal, no produce efectos jurídicos de ningún tipo y ni siquiera puede ser considerada una hipótesis de iniciativa legislativa, en tanto ésta le corresponde en tal caso al Poder Ejecutivo.

<sup>15</sup> Ley N° 5.495 de 21 de julio de 1916.

<sup>16</sup> Ley N° 11.907 de 19 de diciembre de 1952.

<sup>17</sup> Decreto-ley N° 14.235 de 25 de julio de 1974.

<sup>18</sup> Ley N° 16.736 de 5 de enero de 1996, art. 747.

<sup>19</sup> Ley N° 15.977 de 14 de setiembre de 1988, con el cambio de denominación introducido por el Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N° 17.823 de 7 setiembre de 2004, art. 223).

<sup>20</sup> Ley N° 18.125 de 27 de abril de 2007, art. 9.

<sup>21</sup> Ley N° 18.161 de 29 de julio de 2007.

<sup>22</sup> Ley N° 19.158 de 25 de octubre de 2013.

<sup>23</sup> Ley N° 19.307 de 29 de diciembre de 2014, art. 150. De todos los aquí listados es el único que a la fecha no se encuentra en funcionamiento.

(FGN);<sup>24</sup> Junta de Transparencia y Ética Pública (JUTEP)<sup>25</sup> e Instituto Nacional de Inclusión Social Adolescente (INISA).<sup>26</sup>

Los últimos seis mencionados tienen algunas disposiciones en sus leyes de creación que puedan dar lugar a dudas respecto a cómo interpretarlas. En estos servicios descentralizados de reciente creación las soluciones normativas previstas en sus leyes orgánicas han sido disímiles.

Así, en el caso de **ASSE** y **SPRTN**, se estableció que sus respectivos Directorios “proyectarían” y “elevarían” el Estatuto del Funcionario, con un determinado contenido (ingreso, ascenso, descanso, licencias, suspensión o traslado, régimen disciplinario). En ninguno de los casos se agrega a qué órgano se eleva ni cómo se aprueba. Ambas disposiciones normativas son imprecisas y la interpretación que proponemos es la ya indicada para la ANV: la “elevación” es al Poder Ejecutivo para que éste la remita al Legislativo, a efectos de ser aprobada en el marco del artículo 59 literal E. No puede interpretarse que allí el legislador le está atribuyendo una potestad decisoria al Directorio (de ASSE o del SPRTN), en tanto eso sería incompatible con la Constitución e incluso con los propios textos legales, que utilizan los verbos “proyectar” y “elevar”, y no “aprobar” o “sancionar”.

En relación al **INUMET** sucede algo similar al caso de la ANV planteado en la sentencia comentada: la ley habla -a diferencia de los dos casos anteriores- de la “*aprobación*” del estatuto del funcionario por parte del Directorio (art. 24) y también de la elevación del “proyecto” de estatuto al Poder Ejecutivo, a sus efectos. Entendemos que una interpretación ajustada a la Carta supone darle a esta disposición legal el significado que el TCA dio en la sentencia: la Ley encomienda al **INUMET** formular un proyecto de estatuto para sus funcionarios; ese proyecto debe ser enviado al Poder Ejecutivo, y este lo remitirá al Poder Legislativo para que lo apruebe en forma de ley.<sup>27</sup>

La **JUTEP**, por su parte, tiene previsto entre las potestades de su Directorio, la de “*proyectar y elevar al Poder Ejecutivo a sus efectos, el Estatuto del Funcionario de la JUTEP*”<sup>28</sup> y lo propio sucede con la **FGN**.<sup>29</sup> Rigen por tanto similares consideraciones, en cuanto a la necesidad de que sea aprobado por ley en sentido orgánico-formal, y es a esos efectos que el servicio descentralizado lo eleva al Poder Ejecutivo.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> Ley N° 19.334 de 14 de agosto de 2015.

<sup>25</sup> Ley N° 19.340 de 28 de agosto de 2015.

<sup>26</sup> Ley N° 19.367 de 31 de diciembre de 2016.

<sup>27</sup> Cfr. DÍAZ INVERSO, Rodrigo. “Instituto Nacional de Meteorología: Nuevo servicio descentralizado. Ley N° 19.158” en *Revista de Derecho Público*, N° 45 (2014), p. 121.

<sup>28</sup> Ley 19.340, art. 6 numeral 5.

<sup>29</sup> Ley 19.334, art. 12. Recientemente, la FGN remitió al Poder Ejecutivo y éste al Legislativo, un proyecto de ley conteniendo el estatuto de los funcionarios no fiscales de dicho servicio; disponible en: [https://medios.presidencia.gub.uy/legal/2016/proyectos/07/mec\\_046.pdf](https://medios.presidencia.gub.uy/legal/2016/proyectos/07/mec_046.pdf). Sobre la inconstitucionalidad de regular por acto administrativo el estatuto de los funcionarios de la FGN, puede verse: VIANA, Enrique. “De por qué las fiscalías letradas no pueden ser ubicadas en un servicio descentralizado”, en *Revista de Legislación Uruguaya*, (2015), 1247, cita online UY/DOC/462/2015. Fecha de consulta: 31 de enero de 2017.

<sup>30</sup> Cfr. SENA, Sonia. “Junta de Transparencia y Ética Pública (Servicio descentralizados)”, En ROTONDO, Felipe (Coordinador), *Estudios sobre la Administración Uruguaya*, Montevideo, FCU. 2016, p. 199.

Finalmente, en el caso del **INISA**, la ley no hace una referencia expresa al régimen estatutario general de sus funcionarios, salvo en materia de ingreso, en donde declara la aplicabilidad de “*las normas generales del Estatuto del Funcionario Público, sin perjuicio de las reglas especiales que se dicten en atención a la índole de sus cometidos (literal E) del artículo 59 de la Constitución de la República*” (art. 14). Es razonable en este caso concluir que se aplicará plenamente, en todos sus aspectos y no solamente en materia de ingresos, el Estatuto del Funcionario Público (entendiendo por tal la Ley N° 19.121).<sup>31</sup>

#### 4. CONCLUSIÓN

La sentencia comentada recoge el criterio unánimemente seguido por la dogmática en la interpretación del artículo 59 literal E de la Constitución en materia del estatuto de funcionarios de servicios descentralizados y anula correctamente la norma de contenido estatutario y de fuente reglamentaria que la ANV aprobó e intentó aplicar. Se reafirma pues la reserva legal en materia estatutaria respecto a los funcionarios de servicios descentralizados.

De hecho, se encuentra actualmente a consideración del Parlamento un proyecto de ley que contiene el estatuto para el funcionario de la ANV,<sup>32</sup> preparado por ésta y remitido por el Poder Ejecutivo para su aprobación y en cuya exposición de motivos se indica correctamente que este estatuto requiere ley en sentido orgánico-formal. Por tanto, bien podría suponerse que la sentencia objeto de este análisis tuvo efectos prácticos que excedieron el caso concreto y que impulsaron a la Agencia a seguir el camino previsto en el literal E de la Carta, y dotar de regularidad jurídica y estabilidad a su actuación en materia de funcionarios.

Esta sentencia sirve, a su vez, como guía para los restantes servicios descentralizados de reciente creación, al momento de interpretar cuales son las normas estatutarias aplicables a sus funcionarios y, especialmente, cuales son las potestades que el órgano jerarca tiene en la materia. Rige respecto a los servicios descentralizados la Ley N° 19.121 y sus decretos reglamentarios<sup>33</sup>, cediendo sólo en caso que existan normas legales que

<sup>31</sup> El punto que podría generar dudas en relación a la aplicación de la Ley N° 19.121 a los servicios descentralizados viene dado por la “aplicación gradual”, prevista en su artículo 102 literal f, que remite a la negociación colectiva. El tema excede el alcance del presente; puede ampliarse en: MARTINS, Daniel Hugo. “Estatuto del funcionario”, En ROTONDO, Felipe (Coordinador), *El procedimiento administrativo y la función pública en la actualidad*, Montevideo, FCU, 2014, p. 366; LARRAÑAGA LARGHER, María Victoria y FIGUEREDO SIMONETTI, Roberto, op. cit., pp. 136-141; GUARIGLIA, Germán. *Reforma de la Administración, un reto permanente. El nuevo estatuto del funcionario público*. Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, pp. 108-112. Disponible en: <http://www.um.edu.uy/docs/tesisfder-reforma-de-la-administracion-un-reto-permanente-el-nuevo-estatuto-del-funcionario-publico-guariglia-german.pdf>. Fecha de consulta: 31 de enero de 2017.

<sup>32</sup> Disponible en: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/1442877.PDF>. Fecha de consulta: 31 de enero de 2017.

<sup>33</sup> Podría discutirse si la aplicación del Estatuto del Funcionario Público a que refiere el artículo 59 de la Constitución comprende, en relación a los servicios descentralizados, a los decretos que el Poder Ejecutivo dicte reglamentando el texto legal. En otras palabras, si la Ley aplica a todos los funcionarios listados en el artículo 59, pero luego sus respectivos jefes tienen potestad reglamentaria para ejecutar dicha ley o si, por el contrario, los decretos del Poder Ejecutivo que sean dictados en carácter de reglamento de ejecución de la ley, son aplicables a todos. En principio, parecería que siendo

establezcan excepciones, quedando vedado al jerarca del servicio descentralizado aprobar normas que ingresen en la materia estrictamente reservada al estatuto.

Finalmente, también es importante la sentencia y el criterio que reafirma, en momentos en que se discuten tres iniciativas del actual Poder Ejecutivo (período 2015-2020) para la creación de nuevos servicios descentralizados.<sup>34</sup>

Fecha de recepción: 6 febrero 2017.

Fecha de aceptación: 6 de marzo 2017.

---

reglamentos de ejecución de una ley, corresponde aplicar la solución general que determina que, en nuestro derecho, la potestad de principio le es asignada al Poder Ejecutivo (Art. 168 nral. 4; puede ampliarse en CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, op. cit., p. 442 y ss.). En consecuencia, los funcionarios de los servicios descentralizados quedarían comprendidos en las disposiciones de la Ley N° 19.121 y de sus decretos reglamentarios, con la salvedad resaltada en el pie de página 31 y siempre y cuando no hubiera un estatuto de fuente legal aprobado al amparo del artículo 59 literal E.

<sup>34</sup> Nos referimos a los proyectos de ley de creación del Instituto de Obras y Servicios de Arquitectura del Uruguay (disponible en: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/D2016090543-001176127.pdf#page>) y la Administración Nacional de Casinos y Juegos de Apuesta del Estado (disponible en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/127042/tramite>). Fecha de consulta: 31 de enero de 2017. Por su parte, el artículo 168 de la Ley de presupuesto N° 19.355 de 19 de diciembre de 2016 encomendó al Ministerio del Interior “*la constitución de una comisión con el objetivo de presentar al Poder Ejecutivo un cronograma de actividades para la transformación del Instituto Nacional de Rehabilitación en un servicio descentralizado.*”

