

//tencia N° 753

MINISTRA REDACTORA:

DOCTORA BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ

Montevideo, dieciocho de junio de dos mil veinticinco

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: **"AA S.A. C/ BANCO DE SEGUROS DEL ESTADO - DAÑOS Y PERJUICIOS - CASACIÓN"**, IUE: **2-32667/2021**, venidos a conocimiento de esta Corporación en virtud del recurso de casación interpuesto por el representante de AA SA.

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva de primera instancia N° 116/2023, del 13 de noviembre de 2023, el titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 1° Turno, falló: *"I.- Amparando parcialmente la demanda.*

II.- Condenando al BSE a pagarle a AA S.A por concepto de lucro cesante pasado y futuro, las cifras resultantes de la liquidación diferida a la vía del art 378 del C.G.P y bajo las pautas de los considerandos que anteceden.

III.- Sin imposición de sanciones en el grado. (...)" (fs. 1090 a 1103).

II) Por sentencia definitiva de segunda instancia N° 239/2024, del 12 de setiembre de 2024, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5°

Turno, falló: *"Revócase la recurrida y, en su mérito, desestímase la demanda en todos sus términos, sin especiales condenas procesales en la instancia. (...)"* (fs. 1211 a 1218).

III) Contra la referida sentencia de segunda instancia, en tiempo y forma, la parte actora interpuso recurso de casación (fs. 1221 a 1257), en el que expresó los agravios que a continuación se sintetizan.

a) Denunció infracción de la norma contenida en el art. 197 del CGP que impone el deber de motivar las decisiones judiciales. En tal sentido, consideró que la sentencia atacada resulta contradictoria, pues tras hacer especial énfasis en que las cuestionadas son decisiones de un Organismo Público, luego aborda la exclusión de AA SA como taller superior, primero, y como taller común, más tarde, como si el vínculo que lo unía con el BSE fuera de derecho privado y se tratara de dos partes en pie de igualdad. Consideró que la sentencia omite valorar que el BSE -en cuanto persona de Derecho Público- debe guiar su actividad en función del interés general, sometido a Derecho, y conforme a los principios de imparcialidad, legalidad, verdad material, debido procedimiento y buena fe. Aunque realice actividad comercial, el BSE no pierde su condición de persona pública regida por el Derecho

Público.

Le reprochó entonces, la comisión de dos actos ilegítimos a la institución demandada: el primero, haber actuado con desviación de poder al dictar las bases del llamado para taller proveedor de categoría superior, y el segundo, haber excluido *sine die* a AA SA tras una investigación administrativa en la que no se le permitió participar de forma alguna.

Consideró que son actos arbitrarios del demandado, actuados en infracción de normas de Derecho Público y con repercusión directa sobre el vínculo contractual que existe entre las partes de este proceso.

Sin embargo, al analizar la exclusión de AA SA del llamado de proveedores y su posterior exclusión también como taller común, la sentencia omite toda referencia a la calidad de Ente Público del demandado.

Específicamente, con relación a la exclusión de AA SA del llamado, la sentencia solo fundamenta su decisión en la supuesta inexistencia de abuso de posición dominante por parte del demandado, omitiendo analizar la nulidad de un condicionamiento de admisibilidad de ofertas impuesta por el BSE.

b) Sostuvo la parte

recurrente que la sentencia infringe la norma contenida en el art. 140 inc. 2 del CGP, por cuanto no indica sobre qué medios de prueba funda la decisión adoptada. Para desestimar que la exclusión de AA SA supusiera un abuso de posición dominante, la impugnada se limita a afirmar que no se probó una finalidad desviada, no se valoró prueba alguna y acepta genéricamente lo declarado por los funcionarios del BSE.

Al considerar la exclusión de AA SA como taller de calle, la Sala considera de recibo los agravios del demandado sobre la errónea valoración de la prueba en relación con las actuaciones administrativas, pero no individualiza ni especifica a qué obedece la supuesta errónea valoración.

c) Expresó que medió transgresión de las reglas de la carga de la contradicción (art. 130 CGP). Precisó que, al contestar la demanda, el BSE no destinó siquiera un renglón a controvertir o negar las alegaciones de la actora respecto al abuso de posición dominante y al ejercicio abusivo del derecho de receso, cuestiones que recién introdujo en su recurso de apelación y que constituyen el pilar sobre el cual el Tribunal revocó la condena dictada en primera instancia.

Tampoco fue controvertido que AA SA resultó excluida, primero, como taller

superior y, más tarde, como taller calle, y que tales exclusiones obedecieron a la marcha -adversa para el demandado- del proceso judicial entre las mismas partes, acordonado a estas actuaciones.

No fue controvertido y resultó demostrado que, en coincidencia temporal con la sentencia de casación dictada en aquel proceso, el BSE, sorpresivamente, dictó la resolución N° 0427/2020, del 8 de julio de 2020, por la que se prescinden de los servicios de AA SA como proveedora del BSE. Sin embargo, la Sala omitió toda consideración al respecto.

d) Manifestó que la sentencia vulnera el principio dispositivo (art. 1 del CGP y art. 22 de la Constitución de la República), en tanto soslayó analizar el cambio de actitud procesal del demandado al apelar.

Puntualizó que, al contestar la demanda, nada expresó el BSE acerca del abuso de posición dominante ni del ejercicio abusivo del derecho de receso. Sin embargo, al apelar, extemporáneamente introdujo consideraciones al respecto.

Concluyó que, tal mutación y/o ampliación de la postura que el demandado asumió al contestar la demanda, así como su recepción por el Tribunal, que no solo recoge tales argumentos extemporáneos sino que los eleva al pilar que sustenta

la revocatoria de la condena de primer grado, configura una violación del principio dispositivo.

e) Consideró que la sentencia cuestionada vulnera el derecho humano esencial a la tutela jurisdiccional (arts. 11 CGP, 7 y 72 de la Constitución, y 8 inc. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Entendió sorprendente que la sentencia afirme que: *“... se tramitó un juicio entre las mismas partes, con tres instancias, no resultando desatinado ni irracional que se impusiera como requisito en las bases para el llamado de talleres interesados en prestar servicios, el no tener juicios en trámite”*.

Destacó que resulta probado y no fue controvertido que, el 3 de abril de 2017, el BSE convocó a interesados a integrar los listados de talleres para servicios de reparación de vehículos siniestrados, ofreciendo importantes beneficios para quienes integraran la lista definitiva. Según las condiciones de tal llamado, no se integraría la lista: *“...con talleres dados de baja... durante los cinco años previos a esta invitación... con juicios juicios en curso contra el BSE”*. AA SA quedó fuera del llamado por esta segunda condición. Lo que se omitió ponderar es que sólo AA SA y otro taller tenían en ese

entonces juicios en curso contra el BSE.

La parte recurrente estimó que asiste razón al Juez de primera instancia cuando afirma que: *“la cláusula es absolutamente nula y evidencia un claro abuso de las potestades de cualquier Administración Pública, pretender blindarse de eventuales juicios coaccionando a personas con no poder calificar dentro de una nómina que ofrece beneficios, si mantienen litigios en su contra, un planteo que puede calificarse incluso como extorsivo... (...).”*

“La sinrazón del BSE al redactar la cláusula queda al desnudo cuando se aprecia que en el expediente ya citado... AA S.A le ganó al demandado las tres instancias judiciales, (...). Que una Administración Pública perdidosa en tres instancias judiciales, pretenda anclar la exclusión de un proveedor justamente por la promoción de ese juicio, es un desatino absoluto, y en el caso de la accionante, como señala en la demanda, una clara represalia...”

f) Afirmó que la sentencia descartó ilegítimamente la existencia de abuso de posición dominante por parte del demandado.

Al respecto, señaló que se trata de un hecho notorio que el BSE es la principal empresa de seguros automotores, detentado un 70% de los seguros de plaza. La resolución por la cual el BSE

excluyó a AA SA de la categoría de taller superior, dejándola como taller calle, con un precio sensiblemente inferior por hora y valor de la pieza de pintura, así como sin los beneficios de los siniestros de menor cuantía por el solo hecho de estar en juicio, constituye un abuso de la posición dominante.

La exigencia incluida en el llamado no es una condición racional, sino un "*traje a medida*", impuesto especialmente para AA SA, uno de los dos únicos talleres que estaban en juicio contra el BSE demandado.

g) Sostuvo además, que la decisión cuestionada infringe la Ley N° 18.243 y las normas constitucionales que regulan la actuación del demandado como ente autónomo.

Aseveró que la Sala abordó el litigio como si se tratara de un conflicto entre dos particulares, soslayando que el demandado es un ente autónomo, según lo define el art. 1 de la Ley N° 18.243.

Afirmó que en obrados, asistimos a dos decisiones de la Administración, adoptadas de forma arbitraria y/o con desviación de poder, excluyendo, por un lado, a AA SA de un llamado por estar en juicio con el BSE, impidiéndole así acceder a la categoría de taller superior y, por el otro,

excluyéndola sin plazo o por tiempo indeterminado como taller calle.

h) También refirió que la sentencia impugnada vulnera el derecho al debido proceso (art. 66 de la Constitución), la libertad de accionar por responsabilidad patrimonial del Estado (arts. 24 y 312 de la Constitución), al tiempo que infringe las reglas sobre valoración de la prueba, incurriendo en un absurdo evidente que llevó a la Sala a revocar la condena por la eliminación de AA SA como taller calle.

En las actuaciones acordadas, el BSE fue condenado a resarcir a AA SA los daños que le causó por haberla suspendido como proveedora ilegítimamente durante un lapso de seis meses. Sorpresivamente, el 8 de julio de 2020, el Directorio del BSE dictó la resolución N° 0427/2020, por la que dispuso prescindir *sine die* de los servicios de AA SA, extremo que se mantiene vigente hasta el presente.

Destacó que esa decisión administrativa se adoptó en unas actuaciones en las que no se permitió participar a AA SA. Más aún, fueron dispuestas e instruidas por las mismas personas que habían decidido la exclusión anterior de AA SA y la decisión se fundó en prueba parcial y proveniente de los mismos testigos y/o subordinados. AA SA tuvo conocimiento únicamente de la resolución final que la

excluía del listado de proveedores, sin haber podido ejercer su derecho de defensa.

Sobre este extremo, la sentencia cuestionada señala que: *“tales actuaciones se llevaron a cabo para dilucidar internamente por parte del Banco los hechos acaecidos, ninguna vista previa o derecho de defensa puede alegar la actora que fue omitida o vulnerado, respectivamente”*.

Tal reflexión, además de carente de motivación suficiente, en criterio de la parte recurrente, atenta contra garantías elementales. No se cuestiona que el BSE pudiera disponer e instruir una investigación, pero, si al cabo de ella iba a imponer una sanción -que se mantiene hasta hoy- a un particular, debía respetar sus previas garantías constitucionales.

Por lo demás, la conclusión del Tribunal, según el cual, si se trataba de una investigación administrativa, debía el actor agotar la vía administrativa, resulta contraria a lo dispuesto por los arts. 24, 309 y 312 de la Constitución.

También sostuvo que en este aspecto la Sala vulnera las normas que regulan la valoración de la prueba (art. 140 CGP). Pues no indica medio de prueba alguno relativo a las pretendidas faltas de conducta que se atribuyen al Sr. BB en su calidad de

"dueño" de AA SA y las resultancias del procedimiento administrativo nada pueden aportar en tal sentido, en tanto se trata de una investigación viciada de nulidad, sin posibilidad de control ni ofrecimiento de contraprueba por parte de AA SA.

El BSE no demostró los supuestos malos tratos; en cambio, AA SA sí acreditó la hostilidad y las continuas trabas impuestas por el BSE durante el proceso judicial acordonado.

Sin perjuicio de ello, algunos de los testigos de la investigación administrativa declararon ante la Sede Judicial y sus deposiciones no revisten el mismo carácter, ni tienen el alcance que pretende darles el demandado.

Concluyó que, el Tribunal no solo no indicó qué medios probatorios avalan su conclusión, tampoco realizó una valoración racional y fundada de la prueba. Debió considerar que era carga del demandado acreditar los supuestos malos tratos invocados, carga que no cumplió, lo que determina que la conclusión a la que se arribó sea ilógica e irracional.

i) Aseveró que la decisión cuestionada configura un avasallamiento de los derechos fundamentales de trabajo, comercio e industria (arts. 39 y 53 de la Constitución).

j) Y, finalmente, denunció

un vicio de incongruencia, pues al haber revocado la sentencia de primer grado y, con ello, haber desestimado la demanda, la Sala omitió analizar los agravios expuestos por AA SA acerca del daño moral y del lucro cesante reclamados, sobre los cuales repasó lo expuesto en su libelo de apelación.

En definitiva, solicitó a la Corte que ampare el recurso de casación interpuesto y anule la sentencia cuestionada.

IV) Del recurso de casación interpuesto por la actora se confirió el correspondiente traslado, el que fue evacuado por el demandado (fs. 1262 a 1270), que abogó por el rechazo del mismo.

V) El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno franqueó el recurso interpuesto (fs. 1272) y, el 20 de noviembre de 2024 los autos fueron recibidos por esta Corte (fs. 1276).

VI) Por decreto N° 2.082/2024, del 19 de diciembre de 2024, se ordenó el pase a estudio y se llamaron los autos para sentencia (fs. 1278).

VII) Culminado el referido estudio, se acordó dictar el presente pronunciamiento en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

1) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría de sus miembros naturales

conformada por la voluntad de los Sres. Ministros Dres. Doris Morales, John Pérez, Tabaré Sosa y la redactora, amparará el recurso de casación interpuesto. Por su parte, la Sra. Ministra Dra. Elena Martínez, extenderá la respectiva discordia.

2) Cabe repasar que AA SA entabló demanda por daños y perjuicios contra el Banco de Seguro del Estado, al que atribuye responsabilidad por dos sucesos distintos, a saber: (i) por haber sido excluida del llamado convocado por el demandado el 3 de abril de 2017, y (ii) por el cese ilegítimo de su calidad de proveedora de servicios de taller mecánico dispuesto por resolución del directorio del BSE N° 0427/2020, del 8 de julio de 2020.

3) Los siguientes son hechos exiliados de controversia.

Antes del presente proceso, AA SA promovió demanda por daños y perjuicios contra el BSE (IUE: 2-43573/2016) por haber sido dada de baja como proveedora de servicios de taller mecánico del BSE. En dicho juicio se dictaron sentencias de dos instancias y de casación, todas en sentido favorable al actor, y las partes zanjaron sus diferencias por transacción celebrada en el año 2022.

4) Estando en trámite el referido antecedente procesal, el 3 de abril de 2017

(fs. 312 y ss.), el BSE convocó a interesados a integrar los listados de talleres (categorías A y B) para prestar servicios de reparación de vehículos siniestrados, con importantes beneficios para quienes lograran acceder a la lista definitiva de talleres.

5) Entre los requisitos de admisibilidad para dicho llamado, se dispuso que la lista no se integraría con: *"...talleres dados de baja... (de los registros del BSE) durante los cinco años previos a esta invitación y/o con juicios en curso contra el BSE"* (fs. 312).

6) A pesar de no cumplir con tales requisitos, la actora se presentó de todos modos al llamado. El 15 de setiembre de 2017, el BSE comunicó por correo electrónico a AA SA que no había alcanzado el puntaje suficiente para integrar la lista de talleres categorizados. Y refirió: *"Por el momento seguirá trabajando en la actual categoría CTMA en relación al valor hora, pero no podrá utilizar el sistema de MENOR CUANTÍA a partir del lunes 18/09/2017.*

Con respecto a los vistos de reparado a partir del lunes 25/09/17 los deberá realizar presentando el vehículo reparado en la pista o sucursal que corresponda" (fs. 2 vto.).

AA SA pidió entonces acceder a los puntajes asignados, a lo que el BSE

aclaró, por correo remitido el 19 de setiembre de 2017, que: *“En el caso particular de vuestra firma, la no categorización es a causa de no cumplir con parte de los requisitos de admisibilidad que fueron publicados en el llamado con fecha 03/04/2017”*.

En su demanda, la actora identificó a éste como el primer hecho dañoso imputable a la Administración. Aseguró que los requisitos de admisibilidad en cuestión fueron establecidos como *“un traje a medida”* para AA SA pues, al tiempo del llamado solo la actora y otro taller (*“Taller Florio”*) mantenían juicios contra el BSE. Tal actitud, dijo, configura tanto un supuesto de motivación espuria o desviación de poder, como uno de abuso de posición dominante.

7) Un segundo acto dañoso por cuyas consecuencias lesivas la actora persigue que la Administración la indemnice, es el dictado de la resolución del Directorio del BSE N° 0427/2020, del 8 de julio de 2020, cuya copia obra a fs. 101, dictada en el expediente administrativo N° 2020-53-15000-00003.

Por dicha resolución, el BSE prescindió de los servicios como taller calle que prestaba la actora AA SA.

Ésta aseveró en su demanda que dicha resolución le impuso una sanción extrema al cabo de una investigación administrativa de la cual no

se la anotició, y de la que se le impidió que participara para defenderse de las infracciones que se le imputaban.

8) El Juez de primera instancia entendió que ambos actos son ilegítimos, y que la Administración debe responder por los daños generados como consecuencia de ellos.

En apretada síntesis, consideró el Magistrado que, al fijar los requisitos de admisibilidad del llamado del 3 de abril de 2017, el BSE incurrió en abuso de las potestades del poder público, así como en abuso de posición dominante. Y, con relación a la resolución de directorio N° 0427/2020, entendió que no solo es nula por violación del debido proceso, sino porque, además, confunde persona física y persona jurídica, por cuanto sanciona a AA SA en mérito a los comportamientos de BB (identificado como "dueño" del taller).

9) Por su parte, el Tribunal de segunda instancia revocó la decisión de primer grado y desestimó la demanda. En concreto, entendió el Tribunal que no existió abuso de posición dominante por parte del BSE al establecer en las bases del llamado la exclusión de aquellos que mantuvieran litigios contra el mismo. Respecto a la controvertida resolución del directorio, estimó que las actuaciones que condujeron a tal

decisión eran excluyentemente internas de la Administración y que, en consecuencia, no correspondía permitir la participación de la actora en ellas. Además, indicó que si la accionante consideraba que se trataba de una investigación administrativa, debía agotar la vía administrativa antes de promover las presentes actuaciones.

10) En su recurso de casación, la parte recurrente expresa los agravios anteriormente referidos, y que, para su mejor análisis, se dividirán en: a) los relativos al llamado de 3 de abril de 2017, y b) los atinentes a la resolución de directorio N° 0427/2020.

11) *Agravios referidos al llamado del 3 de abril de 2017.*

Con relación a los requisitos de admisibilidad impuestos por el BSE en el llamado a interesados convocado en abril de 2017, la parte recurrente denunció infracción de las normas contenidas en los arts. 197, 140 inc. 2 y 130 del CGP, así como del estatuto de Ente Autónomo del demandado (Ley N° 18.243, del 27 de diciembre de 2007).

En tal sentido, señaló que el desarrollo argumental de la Sala es contradictorio pues, si bien reconoce la calidad de ente autónomo -persona sujeta a las normas y principios del Derecho

Público del BSE- luego analiza la relación entre las partes como si se tratara de un vínculo de Derecho Privado.

12) Pues bien. En criterio de la mayoría de este Cuerpo conformada por la voluntad de los Sres. Ministros Dres. Tabaré Sosa Aguirre, John Pérez Brignani, Doris Morales Martínez, y la redactora, asiste razón a la parte recurrente en este extremo. La Sala soslayó extraer las conclusiones que se derivan de la naturaleza de Ente Público del demandado en el conflicto de autos.

13) En efecto, con relación al llamado a interesados, la sentencia excluyó la invocada ilicitud analizando únicamente si configuraba o no un supuesto de abuso de posición dominante. Sin embargo, la reprochada ilicitud se basó en dos extremos, ambos acogidos acertadamente por el Magistrado de primera instancia.

En tal sentido, cabe repasar lo dispuesto al respecto por la sentencia de primer grado: *"5.- Dentro de los requisitos de admisibilidad de la postulación, se establece que el BSE 'no integrar[á] la lista con talleres dados de baja de sus registros durante los cinco años previos a esta invitación y/o con juicios en curso contra el BSE' (fs. 312 mitad).*

6.- AA S.A no había sido dada de baja con anterioridad a esa convocatoria, por lo cual quedó fuera por no cumplir el requisito de admisibilidad referido a 'juicios en curso contra el BSE' (fs. 2).

El sentenciante afirma que la clausula es absolutamente nula y evidencia un claro abuso de las potestades de cualquier Administración Pública, pretender blindarse de eventuales juicios coaccionando a personas con no poder calificar dentro de una nómina que ofrece beneficios, si mantienen litigios en su contra, un planteo que puede calificarse incluso como extorsivo, además de que representa una hipótesis de abuso de posición dominante, art 2 Ley 18.159 (...), porque el BSE congrega un importante porcentaje de los seguros automotores contratados en Uruguay (...).

7.- Parece de perogrullo indicar en pleno siglo XXI que el derecho a acceder a un Tribunal a plantear una pretensión es un Derecho Fundamental de cualesquiera persona física o jurídica, probablemente de los más importantes que el Estado de Derecho puede ofrecer.

(...)

(...), si no se admite que las condenas procesales puedan ser una cortapisa al acceso a la tutela jurisdiccional, cuánto menos puede

reputarse válida la exclusión de un registro de proveedores Estatal, por mantener con la Administración un conflicto.

8.- La sinrazón del BSE al redactar la cláusula queda al desnudo cuando se aprecia que en el expediente ya citado (2-43573/2016) AA S.A le ganó al demandado las tres instancias judiciales, por lo cual, la verdad del Estado ya fue dicha y adquirió firmeza respecto de que el BSE no tenía razón en dicho proceso.

9.- Que una Administración Pública perdidosa en tres instancias judiciales, pretenda anclar la exclusión de un proveedor justamente por la promoción de ese juicio, es un desatino absoluto, y en el caso de la accionante, como se señala en la demanda, una clara represalia (...).

10.- Pero además y tal como fue referido en el fallo que cerró la Primera Instancia del caso de mención (considerandos No 23 y No 24), el BSE mantenía solamente dos juicios promovidos por talleres mecánicos, donde en uno de ellos el actor era AA S.A, con lo cual, cabe colegir que la cláusula tiene muy pocos destinatarios; la previsión es casi singular contra AA S.A (...)" (fs. 1095-1096).

Como surge de la cita que antecede, el Magistrado de primera instancia encuentra

la ilicitud en el abuso de poder de la Administración que, además, configura un supuesto de abuso de posición dominante.

La Sala, en cambio, solo analizó el abuso de posición dominante y, tras concluir que no existió un supuesto de tal figura en autos, revocó la condena.

Ello demuestra que asiste razón a la parte recurrente cuando destaca la incoherencia de la sentencia consistente en destacar que: *“... no estamos ante una obligación entre dos partes vinculadas contractualmente entre sí, regida por el derecho privado, sino ante una decisión de la Administración que impide (de manera arbitraria, según el accionante) el acceso a vínculo obligación alguno...”* (fs. 1214), y luego soslayar por completo la alegada ilicitud fundada en abuso de poder de la Administración.

Nótese que la decisión revocatoria que se cuestiona se funda exclusivamente en el análisis del invocado abuso de posición dominante, como si ese hubiera sido el único reproche dirigido contra el BSE.

El Considerando V) de la sentencia de segunda instancia se dedica largamente a la cita de una sentencia de la Corte acerca del abuso de

posición dominante, al término de la cual la Sala concluye: "(...) no hubo abuso de posición dominante por parte del Banco de Seguros del Estado, en la decisión de excluir del llamado realizado en el año 2017 para la conformación de la lista de talleres, a quienes tenían juicios contra la institución, como la actora, lo que le impidió mantener la categoría de taller superior, aunque no seguir siendo proveedora como taller calle, manteniéndose en esa condición hasta julio de 2020, cuando se resuelve prescindir de sus servicios.

Por lo tanto, no corresponde indemnizar el lucro cesante consistente en la diferencia entre lo que el Banco de Seguros del Estado paga por reparaciones a un taller superior y lo que paga a un taller de calle, siendo de recibo el agravio deducido por el demandado" (fs. 1217).

Se comparte con la parte recurrente que la Sala infringió el art. 197 del CGP al revocar una condena que se fundaba en una doble argumentación, de la cual solo una fracción se consideró improcedente; de ese modo, se soslayó el análisis de uno de los puntos litigiosos. En otras palabras, la revocatoria se basó en entender no configurado un supuesto de abuso de posición dominante, pero nada se dijo acerca del abuso de derecho de la Administración en que también se fundó la condena de primer grado.

En virtud de la naturaleza de Ente Público demandado, es necesario en primer lugar analizar si el dictado de las bases del llamado estuvo o no inficionado de desviación, abuso o exceso de poder, antes de analizar si existió o no abuso de posición dominante.

Y en esta cuestión, la mayoría de este Cuerpo coincide con el claro análisis del Juez de primera instancia. Ciertamente, el BSE gozaba de legítima discrecionalidad en cuanto a la necesidad y oportunidad del llamado y a los requisitos a exigir a eventuales interesados.

Sin embargo, y a tenor de la prueba rendida, resulta evidente que tales requisitos perseguían desembarazarse de AA SA, uno de los únicos dos talleres que en ese entonces mantenía juicio contra el BSE y con cuyo representante (BB) ya existían rispideces.

Como explica Sayagués: *“el acto administrativo puede haber sido dictado por el órgano competente, cumpliendo las reglas de fondo y de forma, siendo por lo tanto correcto en apariencia; pero si la Administración perseguía un fin que no era el debido, el acto es inválido por desviación de poder. Este concepto (...) permite penetrar en el fondo mismo de la intención de la Administración, oculto bajo una*

apariencia de legalidad, y poner en evidencia el fin ilícito. (...) Generalmente, el vicio está oculto ante una apariencia de legalidad, porque la Administración procura que no se trasluzca su verdadera intención (...) Los fines espurios perseguidos puede ser de dos clases: extraños totalmente al servicio o de interés público, pero ilícitos. El primer caso se configura cuando el funcionario actuó impulsado por interés propio o de tercero, por espíritu de venganza, por razones políticas, etc. La segunda hipótesis surge cuanto, persiguiendo fines de Administración, se pretende eludir la aplicación de una ley o determinada finalidad u obtener un cierto resultado por vía indirecta, etc." (SAYAGUÉS, Enrique, "Tratado de Derecho Administrativo", s/e, Montevideo, 1974, T. I, págs. 449 a 452).

En el caso, la Administración pretendió zanjar sus diferendos judiciales y relacionales con AA SA por la vía oblicua de excluirla de futuros contratos, poniéndola en el extremo de optar entre abdicar de los derechos que en ese entonces defendía ante el Poder Judicial o seguir manteniendo un vínculo comercial con el Ente.

Las bases en cuestión pueden resultar a primera vista inocuas. No obstante, cuando se aprecia que solo afectaba a dos empresas (una de ellas, la aquí actora) resulta evidente que los

motivos que las inspiraron no obedecen a objetivas razones de interés general. Y si con ello se ocasionaron daños, corresponde que la Administración los indemnice.

En consecuencia, corresponde amparar el agravio y, consecuentemente, anular la sentencia de segunda instancia en cuanto revocó la condena dispuesta en primer grado acerca de la ilicitud atinente al llamado de abril de 2017.

14) *Agravios referidos a la resolución de directorio N° 0427/2020.*

El segundo acto dañoso sometido a juicio es la resolución del directorio del BSE N° 0427/2020, dictada el 8 de julio de 2020, cuya copia obra a fs. 101, y que dispuso: “RESULTANDO: I) Que con fecha 22 de enero de 2020 fue recibida una denuncia por parte del Sector Supervisión de Tasaciones perteneciente al Departamento Reclamaciones Vehículos; II) Que en base a dicha denuncia la Gerencia General dispuso se inicie una investigación indicando que además de los hechos de la denuncia, existían desde hace un tiempo otras dificultades en el trato de este proveedor para con el Banco; III) Que practicada la investigación por parte del Departamento Notarial de la División Legal, se concluye que las conductas irregulares de este proveedor se tradujeron en malos tratos con falta de respeto a funcionarios de la Institución; IV) Que el

Departamento Notarial sugiere que ante la notoria agresión y presión ejercida por el señor BB hacia funcionarios del Banco y de la empresa CC S.A., es imprescindible que la Administración tome medidas que eviten la continuidad de la citada problemática; CONSIDERANDO: I) La División Legal manifiesta que de la investigación Notarial realizada surge que son varios los funcionarios del Banco que han vivido situaciones inapropiadas que refieren a malos tratos verbales practicados por el señor BB hacia la persona del Director de División Operaciones y hacia el Banco como institución estatal; II) Que la conducta del señor BB contraviene preceptos que han sido valorados por el Banco como relevantes en el Código de Ética; III) Que se estima que tal actitud provoca un daño reputacional a la Institución; IV) Que siendo interés del Directorio no comprometer la imagen del Banco, se comparte la sugerencia de la Administración en cuanto a que nuestra Institución no tenga ningún tipo de vinculación con el señor BB ni con el Taller DD, por lo que SE RESUELVE: PRESCÍNDASE DE LOS SERVICIOS DEL PROVEEDOR TALLER DD. NOTIFÍQUESE".

AA SA fue notificada por telegrama colacionado el 31 de julio de 2020 (fs. 100).

En su demanda, AA SA tachó de ilegítima esta resolución por entender que le imponía

una sanción sin que previamente se le hubiera permitido participar de las actuaciones que desembocaron en dicha decisión.

Para ese momento, la actora, que había sido excluida del llamado de abril de 2017, prestaba servicios para los asegurados del BSE como "taller calle". Y, con esta segunda resolución, cesaría de prestar cualquier servicio.

El Juez de primera instancia consideró que la resolución resulta nula, por las siguientes razones: "(...), la Administración demandada no solo impidió a AA S.A presentarse al llamado, sino que el 8 de julio de 2020 dictó la Resolución No 427 (fs 94 y fs 101) por la cual se prescinde de la actora como proveedor.

13.- El fundamento de dicha resolución fueron los continuos malos tratos dispensados por el representante de AA S.A, Sr BB a los funcionarios del BSE, todo lo cual generó el expediente No 2020-53-15000-00003 cuya instrucción estuvo a cargo de la Esc MASTRANGELO y que concluyó su actuación con el informe que luce en autos (fs 269).

14.- La Resolución del Directorio del Banco de Seguros del Estado dispuso prescindir de los servicios del proveedor taller Torbellino (nombre de fantasía de AA S.A), es decir, una

pena sine die que emerge como consecuencia de una investigación en la cual únicamente declararon los funcionarios del demandado, nunca se le otorgó vista al Sr BB para efectuar los descargos pertinentes, y que hasta la fecha lo mantienen en calidad de suspendido.

15.- El sentenciante considera que el art 66 de la Constitución (vista previa) debe respetarse por todos los organismos Públicos que concluyen una investigación Administrativa, cual no ocurrió en el expediente Administrativo del BSE.

(...)

17.- Pero la nulidad de la investigación Administrativa no solo deviene por no haberle conferido vista a AA S.A, sino lo que es peor, por haber tramitado todo el expediente sin que se le intimara la designación de un defensor, sin que pudiera controlar el diligenciamiento de pruebas ni ofrecer las de descargo, es decir, se violaron todas y cada una de las preciosas garantías del Derecho Administrativo.

18.- Se reitera, para el sentenciante el BSE podrá efectuar contratos regidos por el derecho privado, como lo son los contratos de seguro con sus clientes, pero de ninguna manera pierde su naturaleza de ente público respecto de sus proveedores, lo cual emerge prístino de la lectura del art 1 de la Ley 18.243 (Ley Orgánica del BSE)" (fs. 1097 y 1098).

Además, la sentencia de primera instancia señala que el BSE sancionó a AA SA por los actos atribuidos a una persona distinta, esto es, a BB. Dijo: *"20.- La decisión No 427/2020 (...), pero además, es... nula por otro motivo : confunde la persona física con la persona jurídica.*

21.- En efecto, como surge de la prueba documental (fs.242 y ss expte 2020-53-15000-00003 del BSE) y testimonial allegada a este proceso (fs. 932 a fs 937 , fs 938 a fs 944, fs 947 a fs 953), y el propio sentenciante afirma por haber apreciado el comportamiento del Sr BB en las audiencias judiciales en las que desde hace años interviene ante esta sede, es real que el mismo tiene un carácter impetuoso que genera las más de las veces, intercambios de palabras y cruces con la contraparte y testigos.

22.- Seguramente y desde el punto de vista de la realidad de lo ocurrido con los funcionarios del BSE, el representante de AA S.A adoptara conductas igualmente hostiles, maximizadas por el hecho de que desde hace años viene enfrentado y litigando con el demandado.

23.- Pero la sanción legítima, en todo caso, podría ser inhibir al Sr BB de concurrir a las dependencias del BSE a hacer los vistos de las reparaciones o cualquier otra gestión (y por un

determinado período); obligando a que el taller AA S.A designase una tercera persona para hacer los trámites ante la demandada, como forma de que los funcionarios del BSE no soporten ningún maltrato.

La persona física representa a otra persona distinta que es la persona jurídica.

(...), entonces, el absurdo de la sanción se evidencia en penalizar a una persona jurídica por la conducta irregular de quien la representa; cuando obviamente las penas son personales de quienes infringen las normas de conducta, en este caso, el Sr BB y no AA S.A" (fs. 1098 y 1099).

La sentencia termina concluyendo: "(...) Desde Abril de 2017 a Julio de 2020, la actora fue perjudicada ilegítimamente al prohibírsele integrar la lista de talleres de categoría superior; pasando a ser un taller de calle; y desde Julio de 2020 a la fecha, directamente por haberse 'prescindido' de AA S.A como proveedor.

27.- Para el decisor, la aplicación de la sanción más severa que el ordenamiento concede a un organismo público, que es la eliminación de una empresa del registro de proveedores, decisión inusual (desde 2013 a la fecha, un caso por año, fs 950... en 468 talleres, fs 1029) adoptada inaudita

altera pars y en un procedimiento totalmente nulo, así como el no distingo del autor de los supuestos maltratos que no es sino el representante de la firma y AA S.A, acarrea la responsabilidad del Estado-Banco de Seguros en los términos del art 24 de la Constitución” (fs. 1099 y 1100).

A su turno, el Tribunal de Apelaciones revocó esta porción de la condena, afirmando: “(...), la Sala no comparte la calificación realizada por el a quo, considerando de recibo el agravio que el demandado funda en la errónea valoración de la prueba en relación con las actuaciones administrativas realizadas a raíz de las inconductas por parte del representante de AA S. A. para con los funcionarios del Banco y con algunos de los usuarios de su servicio.

En efecto, en tanto tales actuaciones se llevaron a cabo para dilucidar internamente por parte del Banco los hechos acaecidos, ninguna vista previa o derecho de defensa puede alegar la actora que fue omitida o vulnerado, respectivamente.

Por otra parte, si estimaba que se trató de una investigación administrativa cuya decisión final la agravia, debió agotar la vía administrativa a efectos de la revisión de

lo resuelto, lo que no acaeció".

En su escrito de casación, la parte recurrente señala que esta decisión de la Sala vulnera las normas contenidas en los arts. 66, 24, 309 y 312 de la Constitución y que, además, infringe las normas sobre valoración de la prueba al grado del absurdo, pues no se acreditaron -ni la sentencia señala cuáles fueron los medios de prueba analizados al respecto- los supuestos malos tratos que se atribuyen a BB.

Pues bien. La mayoría de este Cuerpo considera, con el Juez de primera instancia y con la parte recurrente, que no puede minimizarse la investigación llevada a cabo por el BSE como una *"investigación interna"* como la consideró la Sala, pues al término de ella se dictó un severo acto administrativo que extravasa los límites internos del Ente y retira un derecho contractual del tercero afectado.

Si el BSE pretendía sancionar a AA SA por los incumplimientos de su representante al Código de Ética que obliga a ambas personas jurídicas en el marco de su relación contractual, debía tramitar el correspondiente procedimiento administrativo a tales efectos. Haber impuesto una sanción a AA SA sin el previo y necesario procedimiento administrativo, rectamente tramitado,

equivale a un proceder ilícito de la Administración y le impone la obligación de resarcir los daños que con tal actuación causó.

Y, en este punto, los Sres. Ministros que conforman en el caso la mayoría de este Cuerpo, revalidan su posición según la cual consideran que no es necesario tramitar previamente la vía administrativa para reclamar los daños causados por un acto ilegítimo de la Administración (TAC 2° Turno, sentencias Nos. 209/2006 y 53/2015, entre muchas; sentencias de la Suprema Corte de Justicia Nos. 445/2021 y 337/2024, entre muchas). Punto en el cual la Sra. Ministra Dra. Elena MARTÍNEZ ROSSO mantiene una posición discrepante, en virtud de la cual extenderá la correspondiente discordia.

15) La parte recurrente manifiesta, además, agravio porque la sentencia de la Sala omitió pronunciarse sobre los cuestionamientos oportunamente esgrimidos por AA SA en ocasión del recurso de apelación, relativos a la desestimación del daño moral, del lucro cesante por pérdida de clientela, y al período de condena por lucro cesante derivado de la resolución N° 0427/2020.

En tanto se habrá de amparar el recurso en estudio, y en su mérito, se anulará la sentencia de la Sala, revalidando la

sentencia de primera instancia, corresponde analizar el agravio.

16) Sin desconocer que el daño moral de las personas jurídicas es un punto que suscita diferentes posturas tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, más allá de la posición que se adopte sobre el tema, es claro para este Cuerpo que -aun de corresponder dicho daño- el mismo no opera *in re ipsa*, sino que debe ser adecuadamente probado por quien lo alega. Y en el caso, estima la Corte que no surge prueba del daño moral reclamado.

Véase que la actora sostuvo en su demanda que el accionar ilícito del BSE le provocó *"un grave deterioro en la imagen de la empresa en plaza, socavando la confianza, pilar básico a partir del cual los clientes eligen uno u otro taller, siendo a la fecha imposible determinar si dicho valor y en definitiva la imagen que detentaba AA en plaza podrá ser restablecida en el futuro"* (fs. 445). Estimó el monto del daño en U\$S420.000.

A los efectos de la acreditación del daño moral, ofreció la declaración de los testigos EE, FF,GG, HH y II (según surge de la demanda, concretamente fs. 450 y fs. 452).

Repasadas estas declaraciones, se advierte que FF (fs. 919.III) y HH (fs. 929 y

ss.) nada expresaron sobre el punto. Por su parte, GG (fs. 1028) simplemente sostuvo: *"...Supongo que el tras ello, perdió clientes, así como me perdió a mí"*, lo que al configurar una suposición del testigo, no puede ser tenido en cuenta como prueba del daño pretendido. Por otro lado, la testigo EE (fs. 945), que según declaró es la contadora de AA SA dijo que: *"(...) Implicó la pérdida en nivel de facturación porque tuvieron menos clientes. (...) bajaron el nivel de ventas..."*. Esta escueta y aislada declaración debe ser valorada conforme con lo previsto en los artículos 157 y 158 del CGP. Finalmente la testigo II (fs. 946), que manifiesta que el propietario del taller es cliente suyo en lo notarial, nada aporta sobre el daño pretendido.

Por todo ello, corresponde desestimar el agravio, y mantener firme el fallo de primera instancia.

17) En cuanto al lucro cesante por pérdida de clientela, se comparte lo sostenido por el Juez de primera instancia, en cuanto concluyó que: *"37.- Se habrá de desestimar la pretensión de lucro cesante por pérdida de clientela, porque el decisor entiende que no hay prueba que respalde la afirmación de AA S.A sobre tal extremo. Evidentemente, el hecho de estar suspendido durante nueve meses ante una de las mayores entidades aseguradoras del mercado puede haberle*

acarreado una merma en la clientela (vide fs 115 y declaraciones de fs 927 a 931), pero la prueba diligenciada refiere a pocos casos, puntuales y no es suficiente para probar un daño que como tal, para ser resarcible, debe ser cierto y tener entidad, [lo] cual no ocurre en obrados.

38.- La demandada expresa y el sentenciante comparte, que no puede estimarse genéricamente (contestación fs 847 mitad a final), como se hace en el libelo, que AA perdió tres clientes mensuales durante la suspensión, porque ello no es más que una apreciación subjetiva que para ser válida, debió tener respaldo probatorio contundente, más allá de las aisladas referencias testimoniales ya relacionadas" (fs. 1102).

18) En cuanto al agravio por el período de condena por lucro cesante derivado de la resolución N° 0427/2020, considera este Cuerpo que asiste razón al Juez de primera instancia. En efecto, el Magistrado consideró que dicho daño se generó en el tiempo que duró la suspensión que se impuso a AA SA. Véase que fue por resolución del mes de julio de 2020 que se dispuso la suspensión referida, y por resolución del mes de marzo de 2021 que se habilitó la posibilidad de ingresar siniestros. Y ello, en virtud de que la pretensión del actor consistió en el lucro cesante por

la calidad de taller suspendido. Ergo, corresponde considerar simplemente los meses en que efectivamente se encontró suspendida.

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría,

FALLA:

AMPÁRASE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO, ANÚLASE LA RECURRIDA, Y EN SU MÉRITO, MANTIÉNESE FIRME EL FALLO DICTADO EN PRIMERA INSTANCIA EN TODOS SUS TÉRMINOS, SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL EN EL GRADO.

A LOS EFECTOS FISCALES, FÍJANSE LOS HONORARIOS FICTOS EN 40 BPC.

NOTIFÍQUESE A DOMICILIO, PUBLÍQUESE, HÁGANSE LAS DEVOLUCIONES QUE CORRESPONDIEREN Y, OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

**DR. JOHN PÉREZ BRIGNANI
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. TABARÉ SOSA AGUIRRE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DRA. DORIS MORALES
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDE: por cuanto considero que corresponde relevar la falta de agotamiento de la vía administrativa y ordenar la clausura del proceso.

I.- En el presente caso la parte actora busca obtener la reparación patrimonial (lucro cesante y daño moral) derivada de las lesiones jurídicas provocadas por dos actos administrativos dictados por el BSE.

Como primer acto ilícito generador de los daños y perjuicios que buscan ser objeto de reparación, la parte actora identifica las bases del llamado público de fecha 3/4/2017, efectuado por el BSE, en tanto uno de los requisitos establecidos en las condiciones sería un *“traje a medida”* para excluir a AA SA.

En este sentido, expresó que la decisión de excluir del llamado a los talleres que, a la fecha, tuviesen juicios en trámite contra el BSE, fue dictada con una finalidad espuria o con desviación de poder, dado que solo existían dos talleres en esa situación, todo lo que, además, constituyó un abuso de posición dominante.

Como segundo acto ilícito, el promotor refirió al dictado de la resolución del Directorio del BSE N° 0427/2020, del 8 de julio de 2020, recaída en el expediente administrativo N° 2020-53-15000-00003, a través de la cual el BSE prescindió de los servicios que AA SA le prestaba como tallerista.

Sobre esta última, alegó que se le impuso una sanción excesiva tras una investigación administrativa de la que no fue notificada, ni respecto de la cual tuvo oportunidad de defenderse, por lo que la Administración debe resarcirla.

II.- Pues bien, dado que los daños y perjuicios reclamados se atribuyen al dictado de dos actos administrativos, sin que ninguno de estos actos haya sido impugnado por la promotora, considero que debe relevarse de oficio la falta de agotamiento de la vía administrativa, en tanto se trata de un presupuesto procesal, exigido por el artículo 312 de la Constitución.

Considero que, a la luz de la disposición señalada, para acceder a la vía reparatoria patrimonial, el actor, previamente, debió agotar la vía administrativa en relación con los mentados actos administrativos y, al no hacerlo, selló

adversamente la suerte de la pretensión resarcitoria intentada.

Como tuve oportunidad de señalar cuando integraba el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno:

“De conformidad con la jurisprudencia de la Sala sobre el punto, la promoción de la acción reparatoria requiere el previo agotamiento de la vía administrativa.

En sentencia N° SEI 0006-000029/2013, entre otras, este Tribunal, adhiriendo a la postura del Dr. Carlos Labaure Aliseris, en trabajo publicado en la revista de Derecho Público N° 13, pág. 41: ‘El agotamiento de la vía administrativa y la nueva redacción del art. 312 de la Constitución’, ha sostenido que resulta necesario el previo agotamiento de la vía administrativa para obtener la reparación de los daños causados por actos administrativos en función de que así permite sostenerlo la interpretación del art. 312 de la Constitución cuando establece que serán pasibles de reparación los daños causados por actos administrativos definitivos.

La Sala interpreta que no tendría sentido haber aludido en la referida disposición constitucional a actos definitivos si la opción que consagra se pudiera ejercer antes de que el acto

adquiera el carácter de firme, esto es, ante el mero dictado del acto.

En el caso, la parte actora no impugnó en tiempo y forma, a través de la vía administrativa correspondiente, el acto lesivo, razón por la cual la acción reparatoria no puede ser admitida ante la ausencia de un presupuesto procesal" (TAC 6° Turno SEI-N0006-000051/2014).

En suma, cuando el origen del daño invocado se ubica en actos recurribles, como resulta ser el caso, la normativa constitucional exige el previo agotamiento de la vía administrativa para acceder a la jurisdiccional reparatoria, lo que no ha sucedido.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia puede y debe emitir decisión acerca de la falta de agotamiento de la vía administrativa, incluso sin expresión de agravio, por cuanto no se puede cuestionar ni la jurisdicción ni la competencia de la Corte para invocar de oficio, sin agravio ni denuncia sobre el punto, la ausencia de un presupuesto previo (art. 305 del CGP), hipótesis que configura un supuesto de nulidad absoluta (cf.: KLETT, Selva, "Proceso Ordinario en el Código General del Proceso", T. III, FCU, 2014, pág. 150).

III.- Finalmente, destaco

que, a mi juicio, la solución a la que arriba no se ve alterada por la entrada en vigor del art. 51 de la Ley N° 20.333, en tanto la norma que de allí se desprende resulta inconstitucional.

A mi entender, a través del dictado de esta norma el legislador ha pretendido atribuir un significado distinto al contenido en la Constitución, por lo que, pese a que se rotule como norma interpretativa al amparo del num. 20 del art. 85 de la Constitución, en puridad, se trata de una norma con aspiraciones modificativas de la Constitución.

En tanto se trata de una *“interpretación”* que no es auténtica, ya que se realiza desde una norma de rango inferior hacia una de rango superior, contraría principios jurídicos elementales y justifica su declaración de inconstitucionalidad.

Como expresó Korzeniak al analizar el numeral 20 del artículo 85 de la Constitución: *“Si una ley interpreta a otra ley, estamos frente a una interpretación auténtica, porque la norma interpretativa es de igual jerarquía que la norma interpretada. Pero si una ley interpreta a la Constitución, la interpretación no es auténtica, porque la norma interpretada (Constitución) es de mayor jerarquía que la norma interpretativa (ley). Es una interpretación que en principio obliga como obligan*

todas las leyes; pero si es una interpretación incorrecta, que no interpreta, sino que viola la Constitución, esa ley que pretende ser interpretativa, podrá ser declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia" (Korzeniak, J., "Primer Curso de Derecho Público - Derecho Constitucional", FCU, 4ª Ed., Montevideo, pág. 475).

Ahora bien, dado que a juicio de quienes conforman la mayoría de la Corporación la falta de agotamiento de la vía administrativa no constituye un presupuesto procesal para poder acceder a la vía reparatoria patrimonial, plantear su inconstitucionalidad resultaría inútil e intrascendente en el caso concreto.

En este sentido, incluso si se obtuviese la desaplicación de la norma, en nada se alteraría la solución final del caso, puesto que ya existen cuatro voluntades en sentido contrario, lo que convertiría tal proceder en un acto estéril.

DRA. GABRIELA FIGUEROA DACASTO
SECRETARIA LETRADA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA