

//tencia No.1475

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ

Montevideo, veinte de agosto de dos mil dieciocho

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: **"FIGUEREDO, JORGE Y OTROS C/ UNIÓN CAPITAL AFAP S.A. Y OTROS - DAÑOS Y PERJUICIOS - CASACIÓN"**, IUE: **2-25584/2011**, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia definitiva SEF 0006-0000724/2017 DFA 0006-000158/2017, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno, el día 13 de diciembre de 2017.

RESULTANDO:

I) En los presentes autos, con sus acumulados IUE 2-55078/2012, 2-48185/2014 y 2-18424/2014, los actores promovieron demanda por daños y perjuicios contra Unión Capital Afap S.A., Banco De Previsión Social, República Afap S.A., Afinidad Afap S.A. e Integración Afap S.A..

II) Por Sentencia de Primera Instancia No. 71, de fecha 15 de diciembre de 2016, el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 8º Turno, falló:

"Acogiendo la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por REPÚBLICA AFAP

S.A., en los términos establecidos en el Considerando 4).

Desestimando íntegramente las demandas acumuladas instauradas contra UNIÓN CAPITAL AFAP SA, B.P.S., REPÚBLICA AFAP SA, AFAP SURA SA (ex AFINIDAD AFAP SA) e INTEGRACIÓN AFAP SA.

Las costas y costos en el orden causado" (fs. 1489-1525).

III) Por Sentencia Definitiva de Segunda Instancia DFA-0006-000724/2017 SEF-0006-000158/2017, de fecha 13 de diciembre de 2017, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno, falló:

"Confírmense las sentencias recurridas, sin especial condenación en el grado" (fs. 1592-1605).

IV) Contra dicha sentencia, la parte actora interpuso el recurso de casación en estudio (fs. 1614-1618).

En tal sentido, expresó, en síntesis, los siguientes agravios:

a) La Sala aplicó erróneamente el art. 218 del C.G.P. Sostiene el Tribunal que el B.P.S., al proceder a "descontar" de las cuentas jubilatorias de los actores los montos depositados en el curso de los últimos cuatro años por parte de sus empleadores, obró de conformidad con la sentencia

dictada por el T.C.A. y, por ende, su accionar es legítimo.

La Sala erra en su decisión, pues los recurrentes no pueden verse afectados ni obligados por sentencias dictadas en procesos en los que no fueron parte.

Surge de autos que ninguno de los actores fue citado como tercero interesado en los procesos de anulación de actos administrativos dictados por el T.C.A., que culminaron en el dictado de las Sentencias Nos. 541/2008 y 1.006/2010.

Si no fueron parte, entonces no les comprende la cosa juzgada.

Los reclamantes no se encuentran incluidos en ninguna de las excepciones previstas en el art. 218.2 del C.G.P. Resulta evidente que las sentencias relacionadas solo afectan al B.P.S. (demandado en la acción anulatoria) y al Casmu y a la Asociación Española Primera de Socorros Mutuos (actores en la acción anulatoria), pero no a los actores. Extender los efectos de la cosa juzgada a los pretensores, implica una violación de la norma referida.

Si el B.P.S. entendía que correspondía devolver aportes en función de las sentencias dictadas por el T.C.A., no debió acudir para ello a los fondos recibidos por los actores en sus

cuentas jubilatorias, sino que debió afrontar esta restitución con los fondos propios, para luego intentar reclamarlos a los actores.

Los actores no tuvieron siquiera la oportunidad de oponerse a la detracción de sus cuentas jubilatorias de importantes sumas que repercutirán en sus jubilaciones futuras.

Dichas detracciones fueron realizadas sin proceso alguno, lo que, de admitirse como legítimo, implica colocar al B.P.S. por encima de la Ley y fuera del Estado de Derecho.

b) La impugnada vulneró lo dispuesto en el art. 114 de la Ley No. 16.713. En el punto, el Tribunal sostuvo que *"de la lectura de la sentencia [de primera instancia] se desprende la inexistencia de incumplimiento de naturaleza alguna por parte de las AFAPS al haber acatado un mandato judicial, lo que descarta la violación de la norma referida"*.

No obstante, no existe un solo proceso judicial en el que alguna de las AFAPS haya sido parte, como para que hayan debido cumplir "un mandato judicial".

Si por mandato judicial el Tribunal se refiere a las multicitadas sentencias del T.C.A., corresponde entonces reiterar los mismos argumentos que ya se expusieron y que, sin duda alguna,

alejan a las AFAPs de cualquier género de cosa juzgada a su respecto que deban cumplir.

No existió ningún mandato judicial que las AFAPs hayan debido cumplir y tampoco las sentencias del T.C.A., pues dichas sentencias no les condenan a absolutamente nada, sino simplemente anulan actos administrativos fictos que rechazaron peticiones del Casmu y de la Asociación Española.

Las AFAPs demandadas debieron, porque así las obliga la Ley, impedir que el B.P.S. se entrometiera en las cuentas individuales de sus afiliados (los hoy actores) y así sacar, a su antojo, las sumas de dinero que quiso y que nadie pudo controlar, ni cuestionar. Ello lo dispone expresamente el art. 114 de la Ley No. 16.713, que el Tribunal no aplica correctamente, o, mejor dicho, sencillamente ignora por la presencia de un mandato judicial inexistente.

V) Conferido los traslados de rigor (fs. 1619), comparecieron el Banco de Previsión Social (fs. 1625-1626), Integración Afap S.A. (fs. 1627-1630), República Afap S.A. (fs. 1633-1642), Afap Sura S.A. (fs. 1643/1655) y Unión Capital Afap S.A. (fs. 1656-1668), abogando por la desestimatoria.

VI) Franqueada la casación (fs. 1669), los autos fueron recibidos por el Cuerpo el

día 18 de abril de 2018 (fs. 1677).

VII) Por Auto No. 996/2018, de fecha 30 de abril de 2018 (fs. 1678 vto.), se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia, al término del cual se acordó el presente pronunciamiento en forma legal y oportuna.

CONSIDERANDO:

1) La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad de sus miembros, amparará parcialmente el recurso de casación impetrado y, en su mérito, condenará al Banco de Previsión Social a restituir los fondos retirados de las cuentas previsionales de cada uno de los reclamantes, más la rentabilidad que hubiera generado dicho capital, desde la fecha de su retiro y hasta el día de la efectiva restitución, renta que habrá de calcularse según las tasas de rendimiento de cada AFAP, para el período considerado, difiriendo su liquidación a la vía del art. 378 del C.G.P. Todo sin especial condenación procesal.

2) El caso de autos. A los efectos de facilitar la comprensión de la cuestión debatida, resulta de suma utilidad realizar un somero repaso de las actuaciones cumplidas en la *subexamine*.

Los actores (devenidos en impugnantes), se encuentran afiliados a las AFAPs enjuiciadas (Integración Afap S.A., República Afap S.A.,

Afap Sura S.A. y Unión Capital Afap S.A.), cumpliendo funciones en el área de radiología del Casmu y de la Asociación Española Primera de Socorros Mutuos.

Las referidas Instituciones médicas realizan los aportes de la seguridad social correspondientes, sumas que el B.P.S. (como órgano recaudador del tributo), vuelca a las AFAPs relacionadas.

Entre los aportes realizados y como adicional a los ordinarios, a partir del año 1999 las Instituciones médicas nombradas efectuaron "*contribuciones especiales por servicios bonificados*" (art. 39 de la Ley No. 16.713, Decretos Nos. 502/1984 y 361/1998).

Además del aporte referido, la bonificación permitía a los actores jubilarse con menos cantidad de años trabajados.

Desde la sanción de la Ley antedicha y hasta los hechos que dan mérito al presente juicio, los reclamantes se beneficiaron del pago del aporte bonificado, que era volcado, mes a mes, en sus cuentas de ahorro jubilatorio administradas por las AFAPs.

Sin embargo, el Casmu y la Asociación Española Primera de Socorros Mutuos presentaron ante el B.P.S. una petición administrativa

pretendiendo estar exoneradas de la realización de los aportes bonificados relacionados, por entenderse incluidos dentro del art. 69 de la Constitución de la República. Producida la denegatoria ficta, ambas Instituciones promovieron sendas acciones de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, las que fueron resueltas favorablemente por Sentencias Nos. 541, de fecha 6 de noviembre de 2008 y 1006, del 30 de noviembre de 2010.

Al amparo de los fallos anulatorios, las Instituciones médicas dejaron de realizar los aportes bonificados. A la par, solicitaron al B.P.S. la devolución de los aportes realizados en los últimos 4 años.

Entre los meses de febrero de 2010 y febrero de 2011 y, para devolver a las Instituciones médicas los aportes vertidos a las AFAPs, el B.P.S. "retiró" de las cuentas jubilatorias de cada uno de los actores, una suma idéntica a la aportada en el período.

Así, las AFAPs demandadas descontaron de las cuentas jubilatorias de cada reclamante en autos, una suma equivalente a los aportes bonificados realizados por las Instituciones médicas en el último cuatrienio.

En este marco, los actores

aducen que el B.P.S se erigió en Juez y parte, y resolvió que los accionantes: a) debían dinero; b) tenían que devolverlo en las condiciones estipuladas por dicho Órgano y; c) no tenían derecho alguno a defenderse, conducta que fue tolerada por las AFAPs, permitiendo la "reversión" de las cuentas de los actores.

Lo dicho se verificó aun cuando los demandantes no fueron parte, ni terceros citados, en los procesos anulatorios promovidos ante el T.C.A., ni fueron notificados de ninguna resolución administrativa en tal sentido.

Afirman que el daño producido es doble: i) debe reintegrarse a cada cuenta de ahorro provisional el monto exacto sustraído por cada AFAPs, a "instancias" del B.P.S., sumas que nunca debieron salir de sus cuentas y; b) debe adicionarse a dichas sumas la renta que el capital habría producido desde el momento de su sustracción y hasta el momento de su depósito en la cuenta de los actores, renta que habrá de calcularse según las tasas de rendimiento de cada AFAPs para el período referido.

Por su parte, las enjuiciadas alegaron que el "retiro" de los dineros depositados, lo fue en cumplimiento y como efecto natural del dictado de las sentencias anulatorias.

Además, sostuvieron que las sumas aportadas por error al B.P.S. y a las AFAPs, no pueden ser fundamento válido de una pretensión de restitución por parte de los actores.

En líneas generales, dicha tesis fue seguida por los órganos jurisdiccionales de mérito.

3) Agravios relativos a la errónea aplicación del art. 218 del C.G.P (fs. 1614 vto. 1616 vto.).

En este punto, el Tribunal adujo que el B.P.S. (en su carácter de órgano rector del sistema previsional) al proceder a "descontar" de las cuentas jubilatorias de los actores los montos depositados en el curso de los últimos 4 años por parte de los empleadores, no hizo más que obrar de conformidad con las sentencias dictadas por el T.C.A., siendo su accionar legítimo.

Por su parte, los recurrentes arguyen que no pueden ser afectados ni obligados por sentencias dictadas en procesos en los que no fueron parte ni terceros citados.

Y si no fueron parte, ni terceros citados, entonces no les comprende la cosa juzgada alcanzada en vía anulatoria.

A juicio de la Corpo-

ración, les asiste plena razón a los impugnantes, por los fundamentos que se desarrollaran a continuación.

4) Análisis general del alcance del art. 218.3 del C.G.P. El conocimiento del pleito por parte de los terceros a quienes pueden alcanzar los efectos de la cosa juzgada.

Para que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada afecte a terceros, en el concreto sentido de que la decisión jurisdiccional puede ser ejecutada contra ellos sin que hayan comparecido a defenderse, deben configurarse ciertos presupuestos que, como se verá más adelante, en el caso no se dan.

En este sentido, se comparte lo expresado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno, en Sentencia No. 60/2012, en cuanto señaló:

"A modo de planteo general, puede decirse que el art. 218 afirma, en primer término, que 'la cosa juzgada alcanza a las partes y a sus sucesores a título universal', lo que no constituye ninguna regla de carácter especial, habida cuenta del régimen sustantivo pertinente; norma ésta que se reitera en el art. 297.1 al establecerse la eficacia de la conciliación' (Véscovi, E., Código General del Proceso, anotado, t. 6, p. 337).

Y más adelante se agrega:
'Cabe recordar que partes son el actor (quien demandó), el demandado (contra quien se pretendió) y los terceros coadyuvantes, excluyentes...''.

"Al examinar el art. 218.3 CGP, puede inferirse que la norma establece diversas categorías de sujetos que pueden -en determinadas condiciones- resultar alcanzados por la cosa juzgada.

Cabe distinguir, con los autores de la cita, dos situaciones: 'por un lado aquella en la cual el tercero se ampara en la cosa juzgada; por otro, aquella en que la cosa juzgada se extiende al tercero, lo alcanza, cuando se dan -según el caso- dos hipótesis: a) el tercero tuvo conocimiento judicial del pleito; b) el tercero pudo conocer la cuestión debatida en virtud de información registral' (ob. cit., p. 341).

Expresa el artículo en examen, en lo que interesa en el presente caso, que 'los socios, los comuneros, los terceros de cuyos derechos dependan los de las partes, aquellos cuyos derechos dependen de éstas o del acto o del contrato cuya validez o eficacia ha sido juzgada, son terceros a los que alcanza la cosa juzgada...''.

Como se dice en la sentencia N° 7/99 del TAC 3º: 'Se trata de requisitos

subjetivos, atinentes a los sujetos involucrados; y objetivos, concernientes al contexto de circunstancias que deben configurarse para que la disposición resulte aplicable'".

"... en primer lugar, habrá de despejarse la cuestión concerniente a qué significa 'conocimiento judicial del pleito'. En este sentido, una vez más el Tribunal acudirá a los conceptos desarrollados por la doctrina nacional".

"Sobre este aspecto relevante para la extensión perjudicial de los efectos de la cosa juzgada se comparte el criterio sustentado por el Prof. Barrios de Angelis para quien 'el conocimiento judicial del pleito que permite la extensión en perjuicio no puede ser tal que constituya al tercero en estado de indefensión; tal conocimiento debe haberse producido en una oportunidad que le permita ejercer debidamente sus argumentos y pruebas' (Barrios de Angelis, D., El proceso Civil, Volumen 1, p. 178; los subrayados no pertenecen al autor)".

"Para defenderse, no solo debía conocer la pretensión deducida, sino que el conocimiento debía haberse brindado en un momento en el que sus defensas pudieran juzgarse. Ese momento no es otro que el proceso de conocimiento, y tampoco en cualquier etapa. Como se explicita por la doctrina

citada, el conocimiento judicial o registral del juicio debió permitir el oportuno y pleno desarrollo de las defensas, en consonancia con los textos legales que impiden la modificación de la pretensión fuera de las oportunidades previstas al efecto".

Pues bien, establecido el marco general de análisis, es del caso señalar que, en cuanto a la extensión de la cosa juzgada, requiere que los terceros hayan tenido conocimiento judicial del pleito, que no es sino en la etapa inicial del juicio y no en su etapa de ejecución y, menos, como en el caso, luego de su ejecución; vale decir, luego de que los dineros depositados fueron retirados de las cuentas previsionales.

Los terceros (hoy actores), al no haber sido parte en el proceso principal, ni siquiera noticiado posteriormente, y al no haberse amparado en la cosa juzgada, no pueden verse alcanzados y afectados por sus efectos.

Sucede que si la enjuiciada incumplió en su momento con la referida carga procesal (noticiar del proceso) debe ahora soportar el perjuicio en la esfera de su propio interés, hallándose posteriormente imposibilitada de beneficiarse con la extensión subjetiva de la cosa juzgada que pretende (cf. VARELA-MÉNDEZ, Edgar *"Acercas de la caducidad del embargo*

preventivo y de la responsabilidad de los socios de sociedad de responsabilidad limitada", publicado en R.U.D.P. No. 3/2003, pág. 275).

En el ámbito del proceso contencioso administrativo de anulación, los arts. 55 a 57 del Decreto-Ley No. 15.524, han reglado la intervención de los terceros, ámbito en el cual, el demandado puede provocar (si en el futuro quiere evitar consecuencias aciagas) su intervención adhesiva o coadyuvante, siempre respecto a quienes tuvieran algún derecho o interés directo, personal y legítimo en el mantenimiento del acto que lo motivare (cf. TARIGO, Enrique *"Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación"*, Ed. FCU, año 1999, pág. 31; ver además sentencia nº 102/2008 del T.C.A. extractada en ADM, T. XIV, c. 272, pág. 313).

Por lo dicho y como se analizará a continuación, mal puede ahora defenderse la ejecución material y administrativa del dispositivo anulatorio contra los actores que no resultaron comprendidos.

A criterio de la Corporación, la tesis del Tribunal desatiende lo establecido en los arts. 218.3 del C.G.P. y 111 de la Ley No. 16.713, por lo que les asiste razón a los impugnantes.

5) Como segundo punto objeto

de análisis, cabe recordar que el caso de autos versa sobre la espinosa cuestión de la eficacia subjetiva de los actos administrativos y materiales a dictarse en la acción de cumplimiento administrativo de la sentencia anulatoria, lo cual no es más que un reflejo de una problemática más general, que refiere a los efectos de los fallos jurisdiccionales respecto a terceros no citados al pleito, cuyas situaciones jurídicas subjetivas y preexistentes afecta o puede llegar a afectar.

En dicho marco, se comparte que los reclamantes se hallan en una de las categorías de terceros mencionados por el art. 218.3 del C.G.P.

No obstante, las decisiones jurisdiccionales dictadas en el ámbito anulatorio no pueden ser ejecutadas contra ellos, habida cuenta de que los presupuestos habilitantes no se configuran en el caso.

Véase que el Fondo de Ahorro Previsional es un patrimonio independiente y distinto del patrimonio de la propia AFAP., que, por expreso mandato legislativo, es de **propiedad** de los afiliados de las AFAPs y está sujeta a las limitaciones y destinos establecidos en el art. 111 de la Ley No. 16.713, concordantes, complementarias y modificativas

(cf. LARRAÑAGA ZENI, Nelson "El nuevo modelo de previsión social uruguayo", Ed. FCU, año 1996, págs. 132 y 133).

A partir de esta primera premisa, en opinión de la Corporación, la solución recurrida ya impresiona como equivocada, habida cuenta de la específica atribución de "propiedad" de dichos dineros que la Ley otorga a favor de sus titulares, cuyos derechos o intereses sustanciales han sido agredidos.

Dicha coyuntura, desde el inicio y por la trascendencia que tiene, debió alertar a los jueces de mérito al momento de emitir su decisión.

Entonces, en el marco descrito, el caso de autos aparece como un típico ejemplo de cátedra, en el que, por estar en juego la propiedad y disponibilidad de dineros que pertenecen a terceros, si se pretendía luego que los alcanzara la cosa juzgada, debieron ser notificados, emplazados o noticiados de la existencia del proceso anulatorio en trámite.

Por consiguiente, asiste plena razón a los impugnantes al plantear que las Sentencias Nos. 541/2008 y 1006/2010, dictadas por el T.C.A., no les resultan oponibles.

Al decir de la Dra.

Silvana Nessar: "...sea cual fuere la posición que se sustente en punto a los efectos subjetivos de la sentencia anulatoria es inconcuso que cuando el fallo limita sus efectos al caso concreto, la cosa juzgada alcanza a las partes que intervinieron en esa litis".

En dicho ámbito, la autora se pregunta "¿...quiénes son las partes en el proceso anulatorio? Giorgi al referirse a este tema indica que puede ser actor en el proceso todo sujeto de derecho físico o jurídico, público o privado, titular de un derecho o interés directo, personal y legítimo.

A su vez la parte demandada es necesariamente un ente público y finalmente los terceristas, esto es, aquellos sujetos que comparecen en el proceso coadyuvando al demandado".

"Los efectos pues de la sentencia -anulatoria- afecta a aquellos que revistieron en ese proceso alguna de esas tres calidades: actor, demandado o tercerista.

Si el Tribunal al emitir su fallo anula el acto conforme lo dispone el inciso 1º del art. 311 [de la Constitución], todos aquellos que no tengan alguna de esas calidades, no se verán alcanzados por esa sentencia y por ende el acto administrativo procesado les seguirá siendo aplicado, es decir, para ellos no ha desaparecido del mundo jurídico, como enseña

Jiménez de Aréchaga, y seguirá existiendo y desplegando todos sus efectos.

De no admitirse tal lógica consecuencia, no se advertiría diferencia alguna entre la anulación con efectos particulares y aquella que lo es con efectos generales y absolutos, diferencia que el constituyente se empeñó en marcar”.

*“No puede además dejar de considerarse lo dispuesto en el art. 218.3 del C.G.P. que reza: ‘Los socios, los comuneros, los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, aquellos cuyos derechos dependen de éstas o del **acto** o del contrato **cuya validez o eficacia ha sido juzgada, son terceros a los que alcanza la cosa juzgada solamente si han tenido conocimiento judicial del pleito o si se amparan a la decisión en la primera oportunidad de que dispongan...**’” (cf. NESSAR, Silvana “Eficacia subjetiva de la sentencia anulatoria”, publicado en “Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO”, Ed. FCU, año 2011, pág. 883 y ss.).*

6) En el caso, el Banco de Previsión Social (único demandado en las acciones de nulidad de marras), omitió noticiar a los “propietarios” de los fondos depositados; metálicos que, a la postre, les fueran luego retirados, sin su anuencia y conocimiento previo.

De ahí que, en el supuesto analizado, la "notitia" reclamada encuentra asiento en el derecho de defensa, que es un derecho fundamental y no una mera formalidad.

Su violación, según el caso, acarrea como sanción, la nulidad, anulabilidad o desaplicación (objetiva, o bien subjetiva: inoponibilidad) de la actuación de que se trate.

En tal sentido, en ocasión de analizar la eficacia de la sentencia anulatoria y la vulneración del derecho de defensa de los terceros no citados, el Prof. Juan Pablo Cajarville, en profuso análisis, afirma que *"No es ciertamente una mera formalidad; consiste en la posibilidad real y efectiva de 'ejercitar una defensa sustantiva' de los derechos o intereses de que el eventual afectado por las resultancias de cualquier procedimiento crea ser titular. Por eso no se limita a la posibilidad de ser oído antes de dictarse resolución; comprende también el derecho a ser notificado de la existencia del procedimiento, a conocer el contenido de las actuaciones, a comparecer reclamando lo que se entienda corresponder con el patrocinio letrado que se juzgue conveniente, a que se diligencie la prueba admisible, pertinente y conducente que se ofreciera, a que se resuelvan las pretensiones en un procedimiento de*

duración razonable y a que se dé conocimiento de los motivos de la decisión de la Administración" (cf. CAJARVILLE, Juan Pablo *"Variaciones sobre el agotamiento de la vía administrativa, la revocabilidad de los actos administrativos y el cumplimiento de la sentencia anulatoria"*, publicado en Revista de Derecho Público, Año 26, Nº 51, julio 2017, Ed. FCU, pág. 120).

Entonces, ya sea porque se considere que la situación jurídica ventilada y afectada en las causas anulatorias es de derecho subjetivo (art. 311 inc. 1º de la Constitución), o porque no operó una declaración expresa de los efectos generales y absolutos por parte del T.C.A., las sentencias anulatorias relacionadas tuvieron efecto "interpartes", vale decir, no pudieron afectar la situación jurídica de aquellas personas que no fueron parte en el proceso, como actor, demandado o terceristas y, en consecuencia, sus efectos no le alcanzan (cf. GOMES SANTORO, Fernando y NICASTRO SEOANE, Gustavo, *"Relaciones entre la Jurisdicción contenciosa administrativa de anulación y la jurisdicción ordinaria"*, publicado en "Estudios sobre la Administración Uruguaya", Tomo II, Instituto Derecho Administrativo, Ed. FCU, año 2016, pág. 149).

7) En torno a este tema, es decir, en punto a la extensión de los efectos de la sentencia anulatoria a los terceros que no fueron

noticiados en dicho pleito, en meditado estudio, Maximiliano Cal Laggiard sostuvo: "...la deducción de tercerías coadyuvantes con la Administración determina, sin dubitaciones, que la sentencia sea oponible al tercero coadyuvante.

Evidentemente, la dificultad se genera en el caso de que el tercero no tuvo noticia del pleito. Sobre el punto, la doctrina es prácticamente unánime en cuanto a la no extensión de los efectos de dichas sentencias a los terceros que no fueron noticiados.

En tal sentido, **Sayagués** expresó categóricamente: 'dichas sentencias pueden considerarse inexistentes, por cuanto al no haber sido emplazados las partes necesarias, falta un elemento constitutivo del proceso en que fueron dictadas'.

Similar temperamento fue esgrimido por **Giorgi**, quien manifestó: 'La garantía del debido proceso supone dar noticia del juicio a los favorecidos por el acto y el otorgamiento a los mismos de la oportunidad procesal para realizar la defensa de sus intereses (notice and hearing); de lo contrario la sentencia anulatoria no les es oponible, no se les puede aplicar en sus efectos lesivos de sus derechos o intereses legítimos'.

Ambos autores refieren a

los supuestos en que el acto administrativo afecta la situación jurídica subjetiva de terceros, como un caso de litisconsorcio pasivo necesario.

Con igual criterio, **Landoni Sosa** refirió: 'si el tercero es persona cierta y determinada, correspondería haberlo emplazado personalmente y si no se hizo la cosa juzgada no le afecta'.

Cassinelli Muñoz, analizando la eficacia de la sentencia que anula ascensos de funcionarios, expresó: 'tales sentencias, por lo tanto, no pueden ser invocadas ni a favor ni en contra de quienes no hubieran sido sujetos del proceso en que se haya dictado'.

Durán Martínez, en base a la normativa del CPC sobre eficacia subjetiva de las sentencias (art. 479) y la aplicación en subsidio la normativa del CGP (art. 218), así como la disposición del art. 311 de la Constitución sobre los efectos de la sentencia anulatoria, se pronuncia sobre la inoponibilidad de la sentencia para quien no ha sido parte en el proceso contencioso.

Nassar, sobre el punto, expresó: 'Los efectos pues de la sentencia anulatoria afectan a aquellos que revistieron en ese proceso alguna de esas tres calidades: actor, demandado o tercerista'.

A nivel de doctrina

extranjera, aunque con conclusiones aplicables a nuestro régimen jurídico, **Bielsa** al pronunciarse sobre las tercerías en los procesos contenciosos administrativos, manifestó: 'un derecho subjetivo no puede ser limitado inaudita parte, o sea sin oír a la parte. Si no fuera así, el derecho subjetivo no tendría seguridad jurídica y los litigantes prescindirán de ese derecho del tercero'.

En síntesis, puede considerarse, junto a la doctrina precedente, que la eficacia de la sentencia anulatoria no se extiende a aquellos sujetos afectados por el acto administrativo, que no hayan participado en el proceso" (cf. CAL LAGGIARD, Maximiliano, "Integración subjetiva de la litis y eficacia de la sentencia anulatoria", publicado en "XVI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal", Paysandú, año 2013, pág. 74/75; los resaltados pertenecen al autor).

Acorde a lo relacionado por el Dr. Cal, a modo de síntesis, pueden identificarse los siguientes supuestos:

a) Si el tercero es citado al proceso, comparezca o no, resultan extensibles los efectos de la sentencia anulatoria.

b) De no ser citado al proceso, la eficacia de la sentencia no resulta extensible.

Delimitado lo anterior, el referido autor afirma (que en extenso se irá a transcribir, por lo compartible de su análisis) que: *"...debe determinarse cuál es la eficacia de dicha sentencia anulatoria -cuando los terceros no son citados ni comparecen- en relación a las partes intervinientes en el proceso, es decir si debe reputarse inexistente o inválida.*

Según lo anunciado, dado el objeto del proceso contencioso administrativo de anulación, no se está ante un supuesto de litisconsorcio necesario. Eventualmente, de participar los terceros afectados por el acto administrativo, su actuación quedará comprendida dentro del estatuto previsto en los arts. 55 a 57 del Decreto-Ley N° 15.524 y se estará ante una hipótesis de tercería coadyuvante litisconsorcial, que dará lugar a la formación de un litisconsorcio pasivo, facultativo, sucesivo y con necesidad de dictado de sentencia uniforme.

Los efectos de la sentencia que declara la nulidad de un acto administrativo, con las características de los referidos en la introducción -creador de situaciones jurídicas subjetivas en el patrimonio de terceros-, en donde dichos terceros no han sido noticiados del pleito, pueden sintetizarse en los siguientes términos:

a) la sentencia será válida, más no oponible a los referidos terceros;

b) la parte actora -gananciosa- podrá promover la acción reparatoria patrimonial en contra de la Administración (art. 312 inc. 3º de la Constitución).

Por otra parte, debe precisarse la conducta que deberá asumir la administración perdidosa en relación a dicha sentencia. En tal sentido, Giorgi indica que debe abstenerse de aplicar o ejecutar el acto anulado, así como reproducir en base a los mismos motivos ilegítimos, también, en ciertos casos, implicará la adopción de una serie de medidas a efectos de retrotraer los efectos del acto.

Las consideraciones anteriores adquieren particular relevancia en los casos referidos en el presente trabajo, justamente en cuanto a la inoponibilidad de la sentencia a los multicitados terceros afectados por el acto.

Al respecto, la determinación subjetiva de la Litis, consiste en una carga de las partes, así el art. 59, nral. 2º del Decreto-Ley Nº 15.524 establece como contenido de la demanda, el nombre de la persona jurídica demandada y la individualización del órgano que dictó el acto.

En el mismo sentido, la

oposición de la sentencia a terceros implica la carga procesal de especificación de los sujetos a quienes se pretende extender los efectos de la sentencia.

Por ende, tanto el actor como el demandado se encuentran en la situación jurídica de carga de especificar a los terceros afectados por el acto administrativo, determinando el incumplimiento de la mencionada carga, la imposibilidad de invocar la sentencia anulatoria en contra de terceros que no forman parte del proceso.

Al respecto, resultan de aplicación las palabras de García Pulles, citado por Santo, que expresó: 'Así como la sentencia tiene toda su autoridad y eficacia respecto de la Administración, que fue parte en el proceso y puedo defender su derecho, no puede reclamarse igual resultado con relación a los terceros que no intervinieron en el juicio, cuyo derecho de defensa debe respetarse, cuando se intenta obtener un efecto gravoso a su respecto de la extensión de los alcances de la cosa juzgada'.

La conclusión anterior se funda en el objeto del proceso contencioso administrativo de anulación, que según lo anunciado, consiste en la situación jurídica subjetiva lesiva del actor, independientemente de las situaciones jurídicas que genere el acto en relación a terceros, a los cuales

se les extenderán los efectos de la sentencia en caso de que sean noticiados del proceso, de conformidad con el estatuto de la tercería coadyuvante" (cf. ob. cit., págs. 78-79).

En igual sentido se pronunció el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno en Sentencia Interlocutoria No. 466/2012.

8) En mérito a lo que viene de expresarse, las sentencias anulatorias no son oponibles a los reclamantes, porque la impugnación administrativa, igual que la posterior jurisdiccional, no fueron dadas a conocer a los titulares de los dineros que luego, reversión mediante, les fueron retirados de sus cuentas individuales.

Ciertamente, el B.P.S. estaba obligado a cumplir el fallo del T.C.A., pero, en el caso, no debió hacerlo con dineros que (hasta que no se determine lo contrario) pertenecen a los actores (art. 111 de la Ley No. 16.713).

Por otra parte, la calidad de "órgano rector de la seguridad social" que ostenta el B.P.S. y el "principio de legalidad" que sin duda rige el sistema tributario, lo que incluye el régimen de las exoneraciones, no resultan argumentos decisivos y suficientes cuando de fallar contra la cosa juzgada se trata.

9) En suma, por todo cuanto viene de decirse, en la relación entre la Administración demandada y los actores, la titularidad de los dineros depositados en las respectivas cuentas no ha sufrido degradación alguna; por ende, el externo inconsulto de dichos fondos está viciado por una inconcusa ilegitimidad manifiesta, con independencia de si en el pasado los dineros debieron (o no) ingresar en las cuentas de los actores, lo cual, eventualmente, podrá plantearse y dilucidarse entre las partes en un pleito futuro e independiente.

10) En cuanto a la pretensión dirigida contra Unión Capital Afap S.A., Afinidad Afap S.A., Integración Afap S.A. y República Afap S.A.

Aunque por fundamentación disímil, a criterio de los Sres. Ministros que concurren al dictado de la presente sentencia, corresponde la desestimatoria de los agravios esgrimidos en el punto.

10.a) En opinión de los Sres. Ministros Dres. Hounie y el redactor, los agravios articulados por la parte actora resultan inadmisibles al amparo de lo establecido en el inc. 2º del art. 268 del C.G.P.

En efecto, dada la naturaleza jurídica de las Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional (Cf. lo establecido en el art. 92 de

la Ley No. 16.713) y existiendo soluciones coincidentes en ambas instancias, en opinión de los Sres. Ministros, la cuestión no puede ser revisada en casación.

10.b) Para los Sres. Ministros Dres. Martínez, Turell y Minvielle, la plataforma fáctica tenida por acreditada por el Tribunal (no debidamente impugnada en casación), en punto a que fue el B.P.S. quien procedió a la "rectificación" de los aportes bonificados que previamente había vertido a las cuentas previsionales, haciéndolo de forma automática, sin previa comunicación ni notificación a las AFAPs (fs. 1599-1600), determina que la desestimatoria recaída en ambos grados se mantenga firme respecto a dichas Instituciones.

11) La correcta conducta procesal de ambas partes determina que las costas y los costos de la presente etapa se distribuyan en el orden causado (art. 688 del C. Civil y arts. 56.1 y 279 del C.G.P.).

Por los fundamentos expuestos y las normas citadas, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

AMPÁRASE PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN IMPETRADO Y, EN SU MÉRITO, CONDÉNASE AL BANCO DE PREVISIÓN SOCIAL A RESTITUIR LOS FONDOS

RETIRADOS DE LAS CUENTAS PREVISIONALES DE CADA UNO DE
LOS RECLAMANTES, MÁS LA RENTABILIDAD QUE HUBIERA
GENERADO DICHO CAPITAL, DESDE LA FECHA DE SU RETIRO Y
HASTA EL DÍA DE LA EFECTIVA RESTITUCIÓN, RENTA QUE HABRÁ
DE CALCULARSE SEGÚN LAS TASAS DE RENDIMIENTO DE CADA
AFAP, PARA EL PERÍODO CONSIDERADO, DIFIRIENDO SU
LIQUIDACIÓN A LA VÍA DEL ART. 378 DEL C.G.P.

DESESTÍMASE EN LO DEMÁS.

TODO SIN ESPECIAL CONDENACIÓN
PROCESAL.

HONORARIOS FICTOS 40 B.P.C.

NOTIFÍQUESE A DOMICILIO, PUBLÍ-
QUESE Y, OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

DRA. ELENA MARTÍNEZ
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. FELIPE HOUNIE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. EDUARDO TURELL
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

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

DR. GUSTAVO NICASTRO SEOANE
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA