

//tencia No. 1289

Montevideo, veintinueve de agosto del dos mil diecinueve

VISTOS:

Estos autos caratulados: **OLIVERA GERMANO, ADRIANA C/ PODER EJECUTIVO (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL) - REPARATORIO PATRIMONIAL POR RESPONSABILIDAD ADM. POR ACTO - CASACIÓN - IUE: 2-21515/2017.**

RESULTANDO:

1.- Por Sentencia No. 79 de 28.VIII.2018 el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de Primer Turno falló: "I.- Desestimando la demanda en todos sus términos. II.- Sin especial condena procesal. III.- Consentida o ejecutoriada, se archive (HF 15 BPC)" (fs. 266/274).

2.- A su vez, por Sentencia No. 60 de 3.IV.2019 el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Quinto Turno falló: "I) Confírmase la sentencia apelada, por falta de agotamiento de la vía administrativa; sin especial condena en costas ni costos del grado. II) Establécese en la suma de \$30.000 los honorarios por el patrocinio letrado de la parte actora en la segunda instancia, a los solos efectos fiscales. III) Devuélvanse oportunamente estos obrados a la Sede de origen" (fs. 317/327).

3.- A fs. 332/337 la parte actora

interpuso recurso de casación.

4.- Por Providencia No. 305 de 30.V.2019 el ad quem concedió el recurso de casación por ante la Corporación (fs. 353).

5.- Recibidos los autos, por Providencia No. 1377 de 25.VII.2019 la Corte dispuso: "Pasen a estudio y autos para sentencia" (fs. 359 vta.).

CONSIDERANDO:

I) La Corporación, por mayoría integrada por los Sres. Ministros Dres. Chediak, Minvielle y Tosi, amparará el recurso de casación movilizado. En su mérito, anulará la sentencia impugnada en cuanto relevó la falta de agotamiento de la vía administrativa y, en su lugar, ordenará remitir los autos al Tribunal de Apelaciones subrogante que por turno corresponda.

II) En autos resultan aplicables "mutatis mutandi" las consideraciones efectuadas en la Sentencia No. 1.034/2019 que a continuación se transcriben:

"El presente juicio se inició por la pretensión reparatoria planteada por Ana María Gaye Bacigalupi contra el Banco de Previsión Social y el Estado-Poder Ejecutivo.

Como fundamento de su pretensión, expresó que percibe una pensión por

sobrevivencia servida por el Banco de Previsión Social, a la que el referido organismo le aplicó topes de acumulación de pasividades no previstos por la ley. En su mérito, reclamó la reparación de los daños y perjuicios, reajustes e intereses legales, generados en diferencias de la pensión de sobrevivencia, entre la que efectivamente se le viene pagando y la que se le debe pagar de conformidad a las normas legales, desde que se generó la causal que da acceso al beneficio pensionario.

Indicó que su esposo, Jorge Elisandro Alvite Mallans, falleció el 3 de octubre de 2005. A raíz de ese evento, se generó su derecho al beneficio prestacional de la pensión por sobrevivencia.

Expresó que tal como lo demuestra la gestión iniciada el 21 de octubre de 2005 y continuada el 5 de enero de 2012, el planteo de su pretensión es que a su pensión de sobrevivencia se le eliminen los topes de acumulación la jubilación que percibe, en virtud de lo dispuesto por los arts. 25, 26 y 32 literal B la Ley No. 16.713 del 3 de setiembre de 1995 y normas reglamentarias (Decretos Nos. 359/995 y 125/1996).

Fundó su reclamo y, en definitiva, solicitó se condene a la contraparte a: (i) pagar por concepto de retroactividad la suma de \$ 4.255.556,78 (cuatro millones doscientos cincuenta y

cinco mil quinientos cincuenta y seis con setenta y ocho centésimos), más reajustes e intereses; (ii) regularizar la situación abonándole la pensión generada por su esposo sin ningún tope.

III) **Análisis sustancial.**

En cuanto al mérito y, sin perjuicio de lo anterior, corresponde amparar parcialmente el recurso de casación movilizado por la parte actora y, en su mérito, anular la impugnada en cuanto relevó el presupuesto procesal consistente en la falta de agotamiento de la vía administrativa, remitiendo los autos al Tribunal de Apelaciones en lo Civil subrogante.

El agravio de la recurrente sobre la errónea aplicación del art. 312 de la Constitución de la República, es de recibo.

La mayoría de la Corporación participa de la posición según la cual, luego de la modificación del art. 312 de la Constitución de la República, operada mediante la reforma de 1996, no es exigible el agotamiento de la vía administrativa para accionar ante los órganos del Poder Judicial en vía reparatoria (Cfme. Sentencias Nos. 148/2006, 201/2006, 109/2007, 1.885/2008, 13/2009, 4.277/2010, 562/2011, 4812/2011, 2.572/2012, 467/2013, 200/2014 y 128/2016 de la Suprema Corte de Justicia y discordia extendida en

Sentencia No. **579/2015** de la Corporación, por citar solamente algunas a manera de ejemplo).

Sobre este tema y en varios pronunciamientos, la Suprema Corte de Justicia ha expresado al decir: "(...) *La mayoría de los miembros de esta Corporación consideran -como se sostuviera en la sentencia No. 148/2006- que el artículo 312 de la Carta, 'no sólo en cuanto a su texto sino también en cuanto a su 'ratio legis' se propuso con la finalidad de proporcionar a quien fuera lesionado por un acto administrativo la opción de solicitar la anulación del mismo por razones de legalidad habiendo agotado la vía administrativa y luego recurriendo al T.C.A., o, en su caso, promover la reparatoria patrimonial tendiente a indemnizar los perjuicios causados por el acto lesivo en cuyo caso se le habilita la promoción del accionamiento respectivo ante la Sede jurisdiccional con competencia en tal ámbito'. Con anterioridad a la reforma constitucional de 1996 (Ley Constitucional del 15 de octubre de 1996, promulgada el 14 de enero de 1997), este Cuerpo siempre sostuvo que no era posible un accionamiento directo ante el Poder Judicial reclamando la reparación del daño, indicando que: 'Para ello, era preciso que previamente se obtuviese la anulación del acto administrativo por parte del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo o que el mismo dispusiera la*

reserva de la acción de reparación. Muy firme había sido esa posición jurisprudencial, la que, siguiendo al Maestro Sayagués Laso (Tratado de Derecho Administrativo, t. II, No. 1.040, pág. 553) fuera sostenida, permanentemente, por la Suprema Corte de Justicia (Cf. Sentencias Nos. 150, 277 y 421/97, entre otras)'.

Ahora bien, el artículo 312 de la *Lex Fundamentalis*, en su nueva redacción dispone: 'La acción de reparación de los daños causados por los actos administrativos a que refiere el art. 309 se interpondrá ante la jurisdicción que la Ley determine y sólo podrá ejercitarse por quienes tuvieren legitimación activa para demandar la anulación del acto de que se tratare'. 'El actor podrá optar entre pedir la anulación del acto o la reparación del daño por éste causado'. 'En el primer caso y si obtuviere una sentencia anulatoria, podrá luego demandar la reparación ante la sede correspondiente. No podrá, en cambio, pedir la anulación si hubiere optado primero por la acción reparatoria, cualquiera fuere el contenido de la sentencia respectiva. Si la sentencia del Tribunal fuere confirmatoria, pero se declarara suficientemente justificada la causal de nulidad invocada, también podrá demandarse la reparación'. El nuevo texto de la norma transcripta dio lugar al surgimiento de, básicamente,

dos posiciones: una que entiende que, en la medida que la propia norma habilita al interesado a recurrir directamente a la acción reparatoria patrimonial sin necesidad de requerir la previa anulación ante el T.C.A., tampoco sería necesario el agotamiento previo de la vía administrativa con relación al acto cuyos efectos lesivos se procuran indemnizar y, otra que, estima que - en función de la remisión que se efectúa por la norma al art. 309 de la Carta- refiere a actos administrativos definitivos, por lo que, a tenor de lo dispuesto por el art. 24 inc. 1 del Decreto-Ley No. 15.524, comprendería a aquéllos respecto de los cuales se ha agotado la vía administrativa.

La mayoría de los miembros de la Corporación se adhieren a la interpretación doctrinaria que, de la disposición constitucional citada, efectúa el Dr. Federico Berro, en el sentido de que: 'Resulta evidente que si el propósito del nuevo texto fuera condicionar también la acción de reparación ante el Poder Judicial con el ejercicio de los recursos administrativos, debía haber hecho alguna referencia al art. 319. O sea, no podría haber dejado al art. 319 en su texto original que impone los recursos sólo frente a la acción de nulidad del T.C.A. Un mínimo de claridad para la imposición de un requisito formal de tanta envergadura debía, por lo menos, haber hecho mención al

art. 319 para indicar los recursos como requisitos de la acción ante el Poder Judicial'. Concluyendo expresa que: '... el contenido normativo del nuevo texto no pudo ser restablecer un condicionamiento de la acción de reparación mediante los recursos administrativos, sino, justamente, se pretendió lo contrario: establecer la vía directa e incondicionada para solucionar los inconvenientes del sistema anterior. Mantener la exigencia de los recursos sería absolutamente contradictorio con la 'intentio juris' de la reforma del art. 312' (Cfme. 'Competencia del Poder Judicial para decidir sobre actos administrativos ilegales. Comentarios sobre el nuevo texto del art. 312 de la Constitución' en Revista Tributaria, tomo XXIV, No. 140, pág. 583).

Así, se considera que no se encuentra establecido en la Constitución, ni en ninguna ley que deba agotarse la vía administrativa para poder accionar solicitando la acción reparatoria. 'En consecuencia, cabe afirmar que el constituyente modificó el art. 312 de la Carta al advertir la necesidad de abreviar los plazos de las pretensiones de reparación contra el Estado, renunciando a la acción de nulidad, lo que evidencia que no entendió necesario ocurrir previamente a la vía recursiva administrativa. La opción planteada en el artículo mencionado la hará el actor

según sus legítimos intereses, y si la misma es la acción reparatoria resulta innecesaria tal perjudicialidad, provocando sí como efecto irrevocable, la imposibilidad de ejercer la acción de nulidad' (...)

La posición contraria implica, como enérgicamente lo señala el Profesor Dr. Cajarville, mantener 'la mayor iniquidad de la solución anterior: en diez días corridos, hábiles y feriados, si no se han interpuesto correctamente los recursos administrativos pertinentes, se pierde incluso la posibilidad de reclamar la reparación de los daños causados por el más arbitrario de los actos administrativos imaginable' (cfr. Cajarville Peluffo, Juan Pablo, 'Visión Actual del Contencioso Administrativo Uruguayo', Rev. Judicatura No. 44, mayo 2006, pág. 49)' (cf. (sentencias Nos. 148/2006, 201/2006, 109/2007, 1.885/2008, 13/2009, 4.277/2010, 562/2011, 2.572/2012, 467/2013 y 200/2014 de este Alto Cuerpo y discordias extendidas por los Sres. Ministros Dres. Chediak y Pérez Manrique en la sentencia No. 579/2015 de la Corporación, por citar solamente algunas a manera de ejemplo)" (Sentencia No. **128/2016**).

El vicio denunciado (erróneo relevamiento de un presupuesto procesal) se trata de un error *in procedendo*; por ende, corresponde anular la impugnada remitiéndose los autos al Tribunal de Apelaciones en lo Civil subrogante. La solución

antedicha determina que no corresponda ingresar al análisis de los restantes agravios".

Por estos fundamentos, y en atención a lo establecido en los art. 268 y concordantes del Código General del Proceso la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

AMPÁRASE PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN MOVILIZADO Y, EN SU MÉRITO, ANÚLASE LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA IMPUGNADA EN CUANTO RELEVÓ LA CUESTIÓN PREVIA DE FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA.

REMÍTANSE LOS AUTOS AL TRIBUNAL DE APELACIONES QUE POR TURNO CORRESPONDA, PARA ENTENDER SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO, SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

A LOS SOLOS EFECTOS PARAFISCALES, FÍJENSE LOS HONORARIOS FICTOS EN 30 BPC (ART. 71 LITERAL B DE LA LEY N° 17.738).

NOTIFÍQUESE A DOMICILIO, PUBLÍQUESE Y OPORTUNAMENTE DEVUÉLVASE.

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

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

DR. LUIS TOSI BOERI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. EDUARDO TURELL
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDES, por-
que entienden
que corresponde
desestimar el
recurso de casa-

ción, sin especial condena procesal.

I) Respecto de las resultancias de autos, se remiten a lo expresado en el cuerpo de la sentencia.

II) Sobre el tema de la cuestión previa de la necesidad del previo agotamiento de la vía administrativa, los firmantes tienen postura firme en similar sentido que el adoptado por el TAC 3ro en la sentencia recurrida.

En el caso, la parte accionante

no impugnó el acto administrativo lesivo, la RD del BPS Nro. 7-49/2006, por el cual se le otorgó su haber pensionario (fojas 44).

Es de ese acto del cual deriva la voluntad administrativa que le provoca la lesión que denuncia como generadora de daños en este proceso: la aplicación de topes ilegales en su servicio pensionario.

Ese acto no fue oportunamente recurrido, lo cual irremediablemente perjudica el planteo reparatorio patrimonial movilizado en la causa, tal como sostuvo el T.A.C. 6° T, en argumentos que se comparten:

"... 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 adquiriera 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" (cf. Sentencia No. 0006-000051/2014).

En suma, cuando el origen del daño invocado se ubica en acto recurrible, la normativa constitucional exige el previo agotamiento de la vía administrativa para acceder a la jurisdiccional reparatoria.

III) Ninguna petición formulada con posterioridad al acto administrativo originalmente lesivo suplió la omisión de recurrir el acto administrativo originalmente lesivo (cf. sentencia de la Suprema Corte de Justicia No. 338/2015).

IV) Finalmente, no puede dejar de señalarse lo farragosa de la argumentación ensayada por

oposición a la conceptualmente clara sentencia recurrida.

Tal circunstancia perjudica inexorablemente la suerte de su recurrencia.

V) No corresponde imponer especial condena procesal.

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