

//tencia No.125

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JOHN PÉREZ BRIGNANI

Montevideo, primero de junio de dos mil veintiuno

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "**AA C/ BB - DAÑOS Y PERJUICIOS - CASACIÓN**", individualizados con el **IUE: 2-2520/2018**.

RESULTANDO:

I.- Por Sentencia Definitiva No. 123/2018, por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 3° Turno, a cargo del Dr. Pablo Eguren, se falló: "*Amparando parcialmente la demanda y en su mérito condenando al BB al pago de los siguientes rubros: a) lucro cesante: Deberá estimarse en la diferencia del haber de retiro entre lo que ha percibido por retiro obligatorio por edad y lo que debería haber percibido por incapacidad incompleta contraída en acto de servicio hasta el dictado de la presente. Dicha diferencia deberá contemplar a su vez el lucro cesante futuro hasta la edad promedio masculina de 73,2 años, suma que deberá actualizarse conforme al decreto ley 14.500 más intereses legales desde la demanda y hasta su efectivo pago; cuya liquidación se diferirá al procedimiento previsto en el artículo 378 del CGP.*

b) daño emergente: \$

60.000 (pesos uruguayos sesenta mil), los que deberán actualizarse conforme al decreto ley 14.500 más intereses legales a partir de la demanda y hasta su efectivo pago.

c) *daño moral: \$ 300.000 (pesos uruguayos trecientos mil) actualizados a partir del hecho más intereses legales a partir de la demanda y hasta su efectivo pago...*" (fs. 166/170vto.).

II Por Sentencia Definitiva No. 10/2020, dictada el 20 de mayo de 2020, por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3° Turno, se dispuso:

"Revócase la sentencia definitiva impugnada, desestímase la demanda en todos sus términos..." (fs. 213/223).

III.- La parte actora interpuso recurso de casación (fs. 226/239vto.) y luego de fundar su admisibilidad, expresó en síntesis que:

a) La Sala interpretó erróneamente el art. 312 de la Constitución y sobre la opinión doctrinaria del Dr. Labaure, entendió que la parte debió haber agotado la vía administrativa antes de reclamar la reparación. Sin embargo, la doctrina en mayoría enseña lo contrario: no es necesario el agotamiento de la vía administrativa para instaurar la acción reparatoria, citando doctrina.

b) La Sala interpretó de manera equivocada el artículo único de la Ley No. 17.578, los arts. 192 lit. B y 202 del Dec./Ley No. 14.157 (Ley Orgánica Militar) y los arts. 67, 7, 72 y 332 de la Constitución.

El Tribunal fundó el rechazo del reclamo señalando que no existió un acto ilegítimo de la Administración ni responsabilidad del BB por cuanto "la causal de retiro obligatorio opera al llegarse al límite etario (Ley No. 17.578) mientras que la causal de retiro por incapacidad solo sería imperativa si se trata de una incapacidad completa, que no es el caso del actor". Sin embargo, el Dec./Ley No. 14.157 no establece preeminencia de una causal sobre la otra cuando, como en la situación del actor, más de una se ha configurado.

La Sala entendió que el actor no se encuentra asistido de un derecho subjetivo a ampararse a una determinada causal de retiro y, en cambio, que el BB sería titular de un derecho potestativo o facultad de optar por cuál causal corresponde disponer el cese. Según el agraviado, tal interpretación es incorrecta, pues la norma establece que "pasarán a retiro", sin dejar margen para que sea facultativo del organismo el que decida por cuál de las causales ello sucederá.

Cuando se configuran dos causales de retiro, es menester resolver si corresponde el cese por una u otra y, para ello, se han propuesto dos soluciones opuestas: de un lado, la que defiende la Sala y del otro, la que sostuvo el Departamento de Asesoría Letrada del BB (tanto para el caso concreto del actor, como en casos anteriores), cuyos fundamentos reproduce la recurrente

IV.- Conferido traslado del recurso de casación, fue evacuado por la demandada BB, abogando por el rechazo del recurso de casación deducido (fs. 242/246).

V.- Recibidos los autos por la Corte (fs. 250), por Decreto N° 1007/2020 se dispuso el pase a estudio y autos para sentencia (fs. 251vto.).

CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia en mayoría, hará lugar al recurso de casación interpuesto, y en su mérito, anulará la recurrida, haciendo lugar al lucro cesante pasado y futuro y daño emergente.

II.- El caso de autos.

Según resultó acreditado en obrados, el 26 de abril de 2012, el actor, paracaidista militar, fue embestido por un toro mientras arriaba ganado en la granja del establecimiento del

Batallón de Infantería Paracaidista No. 14, en Cortijo Vidiella, Toledo. Como resultado de tal incidente, padeció luxa fractura de cadera izquierda con fractura del cotilo izquierdo; el 5 de mayo de 2012 fue operado, se le realizó una osteosíntesis mayor y se le colocaron cinco tornillos de forma permanente (actuaciones del expediente acordonado 2014-02480-0).

La Junta Médica que estudió el caso del actor dictaminó que *"presenta una incapacidad incompleta para gimnasia, instrucción, maniobras, guardia armada, deambulaci3n excesiva, estaci3n prolongada de pie, subir y bajar escaleras, levanta-miento de peso, paracaidismo y Misión Operativa de Paz"* y concluyó que *"procedería declarar la incapacidad Sdo. AA"* en las condiciones descriptas (Informe de 10 de marzo de 2014, fs. 19 y 19 vto. del expediente acordonado 2014-02480-0).

Por su parte, el Departamento Jurídico Notarial del BB, en dictamen de 26 de mayo de 2014, concluyó que la incapacidad incompleta se originó en un acto de servicio o en ocasi3n del mismo y entendió que corresponde declarar dicha incapacidad y posteriormente, comunicar tal circunstancia al Comando General del Ejército para que *"dicte el acto administrativo por el cual se disponga mantener al mencionado Personal Subalterno, en tareas compatibles con su tipo"*

de incapacidad o iniciar el trámite de pase a situación de retiro” (fs. 26 y 26 vto. Acordonado 2014-02480-0).

El 10 de julio de 2014, el BB dictó la Resolución No. 64782, por la cual dispuso:

“Resuelve: 1º) Declarar que el Soldado de 1ra. (Cpo. Cbte.) AA perteneciente al Batallón de Infantería Paracaidista Nro. 14 se encuentra comprendido en la situación de incapacidad incompleta, prevista por el literal B del artículo 192 del Decreto Ley 14.157 (...), debiéndose considerar dicha incapacidad como contraída en acto de servicio.

2º).- Cumplir con lo dispuesto por la Ordenanza 40 del BB de 20 de setiembre de 2000, disponiéndose el pase a situación de retiro obligatorio del Soldado de 1ra. (Cpo. Cbte.) AA o la asignación de tareas acorde a su incapacidad” (fs. 31 y 32 del acordonado 2014-02480-0).

El mismo día, 10 de julio de 2014, el M.D.N. dictó el Acta No. 19637 (fs. 20 del acordonado 2014-02429-0) por la que resolvió *“pasar a situación de retiro obligatorio por edad con fecha 14 de junio de 2014, al Soldado de 1ra. (Cpo. Cbte.) AA del Batallón de Infantería Paracaidista Nro. 14, acorde a lo establecido por el numeral 2) del literal A del artículo 192 del Decreto Ley 14.157...”.*

El actor fue notificado de

dicha resolución el 31 de julio de 2014 y no la recurrió (fs. 20 vto. del acordonado 2014-0249-0).

Sin embargo, el 6 de octubre de 2014 presentó una petición, solicitando se dispusiera que su baja operó por la causal de incapacidad incompleta padecida antes de alcanzar la edad de retiro obligatorio y no por edad. Su solicitud fue desestimada por Resolución No. 66072, de 22 de abril de 2015, contra la que interpuso recurso de revocación, el que fue desestimado por Resolución No. 94188, de 3 de julio de 2017 (fs. 58vto. del acordonado 2017-01037-1).

Ante dicha negativa, incoó demanda de daños y perjuicios por responsabilidad de la Administración. Interpretada la demanda, surge que el núcleo de la imputación es atribuir a la Administración el hecho ilícito consistente en haber dictado un acto administrativo ilegítimo, resultado de una errónea interpretación de la normativa de seguridad social que rige el caso.

Adviértase que no se demanda ni por la demora en declararse la incapacidad (entre el accidente, ocurrido el 26 de abril de 2012 y la resolución 64782, de 10 de julio de 2014, que se transcribió), ni por responsabilidad por actividad lícita de la Administración, aunque tímidamente se alega que el actor no debería "*ser castigado en virtud de las*

naturales demoras y retardos del trabajo de las Comisiones Médicas”.

Reclamó lucro cesante pasado, consistente en la diferencia del haber de retiro que recibe y el que debió haber recibido si se lo hubiera desvinculado por incapacidad incompleta contraída en acto de servicio y lucro cesante futuro, la misma diferencia hasta la edad promedio masculina en Uruguay, 73.2 años. Reclamó como daño emergente los gastos en que incurrió para tramitar los recursos administrativos, los que estimó en \$ 60.000 más IVA y el daño moral provocado por el hecho de que la Administración ignorara su derecho y menospreciara que padece una incapacidad que lo acompañará el resto de la vida haciendo que su retiro sea su único ingreso. Estimó el rubro en U\$S 15.000.

III.- Agravio relativo al agotamiento de la vía administrativa.

La Corporación en mayoría conformada por los Dres. Tabaré Sosa, Luis Tosi, Bernadette Minvielle y el redactor, desestimaré el agravio.

En efecto, para los Dres. Tabaré Sosa, Luis Tosi, Bernadette Minvielle y el redactor, en primer término cabe señalar que el previo agotamiento de la vía administrativa no constituye un antecedente imprescindible de la acción reparatoria

(cfme. Sent. de la Corte No. 148/2006 y No. 49/2017 del TAC 2°).

No obstante ello, quienes conforman la mayoría entienden que esta cuestión prejudicial, no fue determinante del fallo de la Sala, por lo que, el agravio es de franco rechazo (art. 270 inc. 2° del CGP).

En efecto, en el Considerando V, la hostigada explica que la Ministra Dra. Nilza Salvo votó por *"rechazar la demanda en tanto no se agotó la vía administrativa para poder promover útilmente una acción reparatoria patrimonial como la que nos ocupa, siendo tal cuestión prejudicial relevable de oficio"* (fs. 218). Esto es así, porque la referida Magistrado *"participa de la posición doctrinaria del Dr. Labaure"*. Sin embargo, los Ministros Dres. López y Kelland *"participan de la posición contraria, [y] en su consecuencia, la falta de agotamiento de la vía administrativa respecto del acto referido (...) no es obstáculo para el análisis de mérito"* (fs. 219).

A mayor abundamiento, continúa la sentencia: *"No obstante la cuestión de prejudicialidad evidenciada por la Dra. Salvo, la Sra. Ministra entiende que corresponde de todas formas revocar y desestimar la demanda por los mismos funda-*

mentos dados sobre el mérito del asunto por el resto de los integrantes, habiéndose arribado a la conclusión por unanimidad de que no hay acto ilegítimo, ni responsabilidad que imputar al BB en la ocasión" (fs. 219, 220).

Resulta claro que el agotamiento de la vía administrativa (la necesidad o no de él) no fue determinante para la solución de la Sala, sino que se abordó el punto como "obiter dictum".

Conforme con el art. 270 inc. 2 del C.G.P., en casación no se tomarán en cuenta los errores de Derecho que no determinen la parte dispositiva del fallo. Según explica Vescovi, esto es lo que se ha dado en llamar "la eficacia causal" del error, para ser tomado en cuenta en casación. Esa relación de causalidad entre el vicio y la sentencia, se hace más necesaria en la medida en que el recurso, más que en interés público (o en defensa de la legalidad), se concede en función del interés privado de la parte. Agrega el autor que nuestra ley es muy clara en cuanto a que se requiere que la infracción sea determinante de la parte dispositiva del fallo. El error, aunque esté en las consideraciones (Considerandos), debe repercutir en el fallo (cfm. Vescovi, Enrique, *El recurso de casación*, Idea, Montevideo 1996, pp. 63, 64). En otros términos, al desarrollar el agravio es imperioso justificar que la

infracción imputada ha sido relevante y determinante de la decisión que se recurre, de modo que la "ratio decidendi" de la sentencia hubiera sido distinta de no haberse producido aquélla.

IV.- Agravio relativo a la interpretación normativa llamada a resolver el caso.

El cerno del debate se ciñe a resolver la siguiente situación: el 10 de julio de 2014, el BB dispuso el retiro obligatorio por edad, a pesar de que para ese momento, la Comisión Médica ya había declarado la incapacidad incompleta del actor y el Departamento de Jurídica había dictaminado que se trataba de una incapacidad adquirida en acto de servicio.

El Tribunal entendió que la causal de retiro por edad opera automáticamente al llegar al límite etario (Ley No. 17.578) mientras que la causal de incapacidad impone distinguir dos situaciones diversas. Si la incapacidad es completa, es imperativo declarar el retiro por dicha causal; si es incompleta, en cambio, el art. 192 lit. B del Dec./Ley No. 14.157 otorga al BB la facultad de disponer el retiro o la asignación de otro tipo de tareas adecuadas a las limitaciones del individuo. Es decir, asegura el Tribunal, que el actor, portador de una incapacidad incompleta, no tenía un derecho subjetivo al retiro,

pues legalmente era posible mantenerlo en funciones, como en los hechos ocurrió (Considerando VI, fs. 220 a 222).

El recurrente se agravia de tal interpretación y postula una alternativa que se habrá de compartir.

Asiste razón al actor en cuanto señala que la Administración carece de discrecionalidad para optar entre causales de retiro cuando más de una resultara aplicable.

El art. 192 de la Ley Orgánica Militar dispone:

“Los Oficiales y Personal Subalterno pasarán a la situación de Retiro Obligatorio cuando se encuentren en alguno de los siguientes casos...”

El literal A numeral 2 señala los límites etarios y el literal B, regula la incapacidad, completa e incompleta.

La Sala funda su decisión en que el límite etario implicaría un cese automático; sin embargo, la norma tiene el mismo tono imperativo para todos los casos que estatuye (“pasarán a retiro” ya por edad, ya por incapacidad). El giro lingüístico, “pasarán a retiro” revela que no se trata de una facultad discrecional o prerrogativa de la Administra-

ción, sino de una situación que se configura por el solo ministerio de la ley cuando se dan los extremos previstos en ella expresamente.

Que la ley hable de "declaración de incapacidad" pone de manifiesto que, al igual que el transcurso del tiempo, la incapacidad es una situación de hecho, del mundo de la naturaleza, que la Administración se limitará a constatar y *acertar* por medio de la declaración.

La solución para decidir optar por una u otra causal, entonces, no puede fincarse en una pretendida eficacia automática de la causal, pues la norma establece que cuando se verifique cualquiera de ellas deberá (imperativamente) disponerse el cese del funcionario.

Más aún. La redacción del literal B no permite interpretar, como lo propuso la demandada, que es facultad de la Administración disponer el retiro por incapacidad incompleta o adecuar las tareas del funcionario.

Según la norma, "[l]os *Oficiales y Personal Subalterno pasarán a la situación de Retiro Obligatorio cuando se encuentren en alguno de los siguientes casos (...)* B) *Por incapacidad física o mental, comprobada por una Junta Médica del Servicio de Sanidad de las Fuerzas Armadas, la que deberá esta-*

blecer:

1º Si la incapacidad se ha producido por acto de servicio o en ocasión de éste (...)

En todo caso de retiro y siempre que la Junta Médica deba expedirse, deberá calificar definitivamente el tipo de incapacidad.

La incapacidad puede ser completa o incompleta. La incapacidad completa es aquella que inhabilita al militar para realizar la totalidad de las actividades correspondientes a la jerarquía o al cargo. La incapacidad incompleta es aquella que habilita al militar para realizar alguna de las actividades correspondientes a su jerarquía o cargo.

El BB, para el personal dependiente directamente de su Ministerio o el Comandante en Jefe de la Fuerza respectiva, con intervención de la Junta Médica del Servicio de Sanidad de las Fuerzas Armadas, podrán determinar, en caso de incapacidad física incompleta, si el militar puede continuar su actividad, considerando su jerarquía, la naturaleza del cargo a desempeñar, las necesidades del servicio y otros factores de análoga entidad (...)".

De acuerdo con su tenor literal, la norma establece que, la declaración de

incapacidad determina el retiro del funcionario. Si la incapacidad es incompleta, el BB no tiene, como pretendió, una potestad libertina de optar entre disponer su retiro o asignarle tareas adecuadas a su incapacidad, sino que tiene la potestad de convocar a trabajar al funcionario, siempre que fundamente tal decisión en la ponderación de los extremos reglados que indica la ley, es decir, la naturaleza del cargo, las necesidades del servicio, la incapacidad del funcionario, entre otros.

Esa potestad de "enervar" el retiro por incapacidad, no puede considerarse que haya sido regularmente ejercido por la Administración pues, aunque en los hechos el actor siguió prestando tareas, la demandada no formó ni emitió una voluntad expresa al respecto, por lo que mal puede entenderse que haya hecho ejercicio de tal prerrogativa.

Basta ver que la única resolución que emitió al respecto, que es la señalada por el actor como ilegítima, se limitó a enunciar la alternativa, sin ejercer una opción concreta. Reza la Resolución No. 64782, de 10 de julio de 2014, que el Ministro resuelve "*disponiéndose el pase a situación de retiro obligatorio del Soldado de 1ra. (Cpo. Cbte.) AA o la asignación de tareas acorde a su incapacidad*" (fs. 31 y 32 del acordonado 2014-02480-0).

Cabe concluir, pues, que configurada la causal legal de retiro el BB no ejerció la potestad de convocar al actor a seguir prestando tareas y, en consecuencia, por imperio legal, pasó a situación de retiro obligatorio por declaración de incapacidad incompleta.

Bajo tales premisas, corresponde anular el fallo de segunda instancia y en su lugar, disponer la solución ajustada a Derecho.

De acuerdo con el diseño de demanda y contestación y con la prueba rendida, corresponde hacer lugar al lucro cesante reclamado (futuro y pasado), debiendo liquidarse por la vía del art. 378 del C.G.P.

a) Para los Sres. Ministros Dres. Tabaré Sosa, Bernadette Minvielle y el redactor, las diferencias de retiro pasadas, deberán ajustarse y generarán intereses desde cada mes en que debieron haber sido abonadas y hasta su efectivo pago.

El haber de retiro que deberá tenerse en cuenta *"será igual a las asignaciones del grado inmediato superior"*, tal como lo dispone el art. 202 de la Ley Orgánica Militar para *"los integrantes de las Fuerzas Armadas que sean retirados a consecuencia de inutilidad física o mental producidas por acto o enfermedad causados por el desempeño del*

servicio o en ocasión de cooperar con la autoridad pública en cumplimiento de sus deberes o a consecuencia de estos hechos". En el caso, siendo el actor Soldado de 1^a, deberá considerarse el retiro de un Cabo de 2^a.

b) Respecto al lucro cesante futuro, el actor demandó la indemnización en forma de capital y la demandada solicitó, para el caso de ser condenada, se lo fijara en forma de renta (fs. 118 vto.).

Corresponde condenar al BB a pagar, en el futuro, la jubilación que corresponde a un cabo de 2da., en estricta aplicación del art. 202 referido. Se entiende que esta es la manera más ajustada de reparar integralmente el daño.

Ello, hasta que el actor cumpla la edad de 73 años y dos meses, pues de otro modo se violaría el principio de congruencia, en tanto el promotor estableció ese límite en su demanda.

c) En cuanto al daño emergente consistente en los gastos en que el actor debió incurrir para transitar la vía administrativa, a juicio de los Sres. Ministros Dres. Tabaré Sosa y el redactor corresponde amparar dicho rubro, por los fundamentos que seguidamente se expondrán.

En tal sentido como se expresara por parte del TAC 2° en un caso de análogas

aristas: "Respecto del daño emergente cabe señalar que como expresara la Sala con su anterior integración que ratifica en la actual 'Sobre los gastos en honorarios profesionales para la vía administrativa, se entiende que procede condena a su reembolso ya que no se trata de costas y costos en proceso judicial donde la doctrina y jurisprudencia en forma predominante entiende que los gastos de las diversas instancias judiciales no constituyen daño reparable en tanto de las mismas se desprende la imposición de las respectivas condenas causídicas, no pudiendo el derecho al acceso a la justicia genera otro tipo de condena S 226/2006.

No es posible como efectúa el a-quo aplicar analógicamente las disposiciones que regulan la imposición de condenas en costas y costos en el proceso judicial, cuando no ha existido proceso judicial y no existe posibilidad de su ocurrencia. Ello es así por cuanto no se trata de tomar en consideración la actitud asumida durante determinado proceso sino de evaluar si el costo que debió asumir guarda relación directa con el incumplimiento en que incurrió la citada en garantía y con el principio de reparación integral del daño. No podemos perder de vista que la demandada debió incurrir necesariamente en la contratación de los servicios profesionales para obtener la restitución de

lo que legítimamente tenía derecho.

Debemos tener presente que lo propio de la responsabilidad civil está en restablecer lo más exactamente posible el equilibrio destruido por el daño y de reponer a la víctima dentro de la situación en la que ella se encontraría si el acto dañoso no hubiera tenido lugar. El principio de la reparación integral significa simplemente que el criterio exclusivo de la determinación de la indemnización reside en la extensión del daño sufrido por la víctima. Todo otro criterio es inoperante. El principio de reparación integral se traduce en la regla según la cual el monto de la indemnización acordada a la víctima se debe corresponder con la totalidad del daño sufrido por ella (Cfm Larroumet, Christian, Droit Civil Edic. económica 2007, Tomo V, pág. 5239).

Por consiguiente mal podría hablarse de reparación integral del daño cuando para recuperar lo que legítimamente le correspondía debe afrontar los costos del profesional contratado al efecto' (Cfm Sentencia Nro. 40/2009 de la Sala).

En la especie es claro que la actora tuvo que recurrir a un profesional a fin de obtener la revisión de lo dispuesto ilegítimamente por la Administración y como tal se trata de un daño que debe ser reembolsado, lo que conlleva al rechazo de los

agravios sobre el mencionado rubro” (cfme. Sentencia No. 117/2012 TAC 2°).

Por su parte, para los Sres. Ministros Dres. Bernadette Minvielle y Luis Tosi, si el acto que dispuso el retiro era ilegítimo por configurarse otra causal, el administrado podía resistirlo mediante la impugnación administrativa y jurisdiccional ante el TCA o promover la demanda reparatoria ante la Justicia Ordinaria. Pero, igualmente, podía promover una petición de reforma o modificación de causal de retiro, ya que no se trata de una cuestión fáctica-jurídica que quedara consolidada en vía administrativa. Lejos está de ser inocua la presentación de una petición administrativa con posterioridad.

Como ha señalado reiteradamente el TCA no existe cosa juzgada administrativa y, por ende, la configuración anterior de una causal, puede ser invocada aún después del cese de la actividad (cfme. Sentencia No. 329/06).

“En efecto, por expresa disposición legal, así como conforme con los principios generales aplicables, el derecho a solicitar pasividad militar o su modificación, no está sujeto a plazo de caducidad alguna (art. 7, inc. 1, ley 13.033 de 7/12/1961, en la redacción dada por el art. 1 del Decreto-Ley 15.397)” (Sentencias TCA Nos. 299/2008 y

450/2010).

En tanto no existe impedimento legal alguno -ello por cuanto se acreditó el efectivo cumplimiento de las condiciones requeridas por la ley-, para la eventual modificación de la causal de retiro voluntario por la de retiro obligatorio. Como lo ha destacado el TCA, en materia de pasividades, no existe cosa juzgada administrativa (Sentencias Nos. 110/2005 y 581/2008).

En la demanda reparatoria resultan plenamente identificables tres fuentes productoras del daño alegadas por el pretensor: a) acto que dispuso el pasaje a retiro obligatorio por edad; b) omisiones de la Administración y c) acto denegatorio de la petición administrativa de modificación de causal de haber de retiro.

En efecto, el promotor en la demanda señaló: *"A juicio del suscrito se mantiene intacto su derecho de reclamo ante la administración producto de haber padecido y padecer, las consecuencias de un hecho sobre entendido como contraído en acto directo del servicio y por el que no puede ser castigado en virtud de las naturales demoras y retardos del trabajo del órgano Comisiones Médicas. (...)*

De esta forma y de acuerdo a la postura impuesta por la Administración se vacía el

contenido de la norma prevista expresamente para este tipo de situaciones, por una clara omisión de la administración. Una situación que debió ser contemplada por la Administración en función del deber de atender al integrante de la fuerza legítimamente perjudicado por una desgracia personal..." (fs. 71).

Y más adelante, añade que:

"El nexos causal entre el accidente y la incapacidad determinando que la misma fue contraída en acto de servicio (Resolución 64782 del 10 de julio de 2014), el acto de la administración que pasa a situación de retiro obligatorio (acta n° 19.637 de fecha 10 de julio de 2014) omitiendo el dictamen de comisiones médicas y la Resolución de la administración que reconoce la incapacidad contraída en acto de Servicio (Resolución 64782 del 10 de julio de 2014) y la posterior denegación ante la Petición Efectuada por el suscrito (Resolución N° 66072 de fecha 22 de abril de 2015 que desestima la petición y Resolución N° 94188 de fecha 3 de julio de 2017 que desestima los recursos interpuestos.

En cuanto a los daños y perjuicios ocasionados cabe detallar que a razón del accionar de la administración se han generado al compareciente graves perjuicios que serán detallados a continuación tales como lucro cesante, daño moral y

daño emergente por los gastos por honorarios profesionales por la interposición de recursos administrativos, gastos que se entienden comprendidos en la composición integral del daño por nuestra doctrina y jurisprudencia y en los que se ha incurrido en mérito de la ilicitud de la actuación administrativa" (fs. 80/81).

Por otra parte, el hecho de participar de la posición de que no es preceptivo el agotamiento de la vía administrativa para promover la acción reparatoria, no es fundamento suficiente para no reparar el gasto por honorarios profesionales en los que deberá incurrir el actor.

En efecto, las vías de tutela del administrado eran diversas y una de ellas era movilizar (como lo hizo) una petición administrativa (art. 318 de la Constitución de la República) para que la Administración revisara por sí misma el criterio técnico expuesto al disponer su pase a retiro obligatorio.

Por igual, la interposición del recurso de revocación (el jerárquico no correspondía) contra el acto denegatorio de la petición (Resolución No. 66072 de fecha 22 de abril de 2015 dictada por el M.D.N. en ejercicio de atribuciones delegadas), procuró que fuera la propia Administración

revisara "*sus propios pasos*".

El hecho de que doctrinariamente se haya criticado que el agotamiento de la vía administrativa constituye un privilegio desmedido para la Administración, no diluye la necesidad del gasto y está causalmente vinculado con el obrar ilícito del Estado.

Tanto el ejercicio del derecho de petición por el administrado como la interposición del recurso de revocación contra su denegatoria, son herramientas al servicio del interesado que buscaron la corrección de la ilicitud y restauración del orden jurídico violentado con lesión a su esfera personal.

Debe verse que la petición administrativa formulada por el interesado se presentó como consecuencia del cambio normativo a nivel reglamentario verificado con posterioridad al dictado del acto de pasaje a retiro obligatorio.

El BB dictó la Ordenanza No. 100/14 de fecha 19 de agosto de 2014 (acto regla) en cuyo art. 7 se estableció: "*Cuando a la fecha en que corresponde iniciar la tramitación del retiro obligatorio por edad de un militar, exista otro trámite relativo a la misma persona pendiente de Resolución, que tenga por objeto determinar y por ende declarar su*

incapacidad física o mental, completa o incompleta, contraída o no en acto de servicio, el Jerarca de la Unidad Ejecutora correspondiente deberá requerir Informe a la Dirección Nacional de Sanidad de las Fuerzas Armadas sobre la declaración de incapacidad, a efectos de que ésta pueda estar resuelta en forma previa a la fecha de alcanzar la edad de retiro el titular” (fs. 25).

Con este elemento normativo nuevo, el Sr. FERNÁNDEZ presentó la petición de fs. 26/29.

En tercer lugar, como se señaló ut-supra, la denegatoria de la petición es una de las fuentes productoras de los daños alegados -en este caso los gastos por honorarios profesionales-.

Desde el punto de vista forense, es razonable y atendible que el profesional que asiste al afectado para promover la demanda reparatoria -entre otras cosas por daños derivados de actos ilegítimos de la Administración- se asegure agotar la vía administrativa para no depender de la posición del juzgador que le toque. Es de buena técnica igualmente agotar la vía administrativa para evitar esta discusión jurídica.

Por estas razones, se concluye que el daño emergente consistente en \$60.000

(sesenta mil pesos) más IVA por los honorarios profesionales derivados de la presentación de la petición y del recurso de revocación contra el acto denegatorio expreso (ver acuerdo transaccional a fs. 64), es plenamente indemnizable.

Ahora bien, no corresponden ni el reajuste ni los intereses legales en relación a este rubro. Si bien en la demanda así se reclamó (ver fs. 93), no puede dejar de considerarse que en el acuerdo transaccional, entre la Dra. Mirta CORNES por Estudio Jurídico Fernández Asociados y el Sr. AA se pactó que los honorarios referidos "*se harán efectivos finalizado que fuera el Juicio reparatorio iniciado contra la Administración con resultado ganancioso para el Sr. AA*". Por lo tanto, la exigibilidad de la deuda recién se producirá con la ejecutoriedad del fallo a recaer en casación.

d) Finalmente, no corresponde hacer lugar al daño moral reclamado. La insatisfacción experimentada por el actor no difiere de las que normalmente se deben tolerar por el solo hecho de vivir en sociedad. El daño moral, según doctrina y jurisprudencia mayoritarias, es el provocado por grandes aflicciones y profundas sensaciones disvaliosas. Aunque tales congojas y disgustos podrían producirse cuando la Administración ignora los derechos de los administrados,

en obrados no hubo prueba que demostrara semejante abatimiento, lo que obtura acoger el rubro.

V.- La conducta procesal desplegada por las partes ha sido correcta, no dando mérito a especial condenación en gastos causídicos.

Por estos fundamentos, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

ACÓGESE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO, Y EN SU MÉRITO, ANÚLASE LA SENTENCIA IMPUGNADA, HACIENDO LUGAR AL LUCRO CESANTE PASADO Y FUTURO Y DAÑO EMERGENTE EN LOS TÉRMINOS OBRANTES EN EL CONSIDERANDO IV), DESESTIMÁNDOSE EN LO DEMÁS.

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

HONORARIOS FICTOS 20 BPC.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

**DR. TABARÉ SOSA AGUIRRE
PRESIDENTE 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. JOHN PÉREZ BRIGNANI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

**Discorde: en cuanto en-
tiende que corresponde de-
sestimar el recurso de ca-
sación deducido, sin espe-**

cial condena procesal.

I) Respecto de los antecedentes, cabe hacer remisión al detalle formulado en el cuerpo de la sentencia.

II) Tal como resulta de la sentencia, AA promovió demanda de reclamación de daños y perjuicios contra el BB por el acto que denegó el derecho al retiro por incapacidad incompleta derivada de un acto de servicio.

El 26/4/2012 el actor padeció un accidente que lo incapacitó para su función y se iniciaron los trámites para el retiro por incapacidad. La existencia de esa causal fue reconocida por la propia Administración.

El 10/7/2014 se dispuso su pase a retiro obligatorio por cumplir su edad límite de acuerdo con la legislación vigente.

El actor fue notificado el 31/7/2014 y no dedujo recursos administrativos.

El 6/10/2014 AA formuló petición administrativa para que se modifique la causal de retiro (pasar del retiro por edad al retiro por incapacidad).

La Administración denegó la petición. Esta resolución fue recurrida por el actor.

Reclamó la diferencia del retiro por edad de la correspondiente al retiro por incapacidad, los gastos derivados del trámite de los recursos administrativos y daño no patrimonial.

III) Corresponde relevar la falta del presupuesto del previo agotamiento de la vía administrativa.

Al igual que la Dra. Nilza Salvo en su fundamento particular expuesto en la sentencia recurrida, la suscrita sostiene la postura según la cual corresponde relevar la falta de agotamiento de la vía administrativa.

En el caso, la parte accionante no impugnó el acto administrativo lesivo, Acta No. 19637, de 10/7/2014, por el cual se dispuso el

pase a retiro por edad.

De acuerdo con lo resuelto por las sentencias de mérito, es ese el acto del cual deriva la voluntad administrativa que le provoca la lesión que denuncia como generadora de daños en este proceso. De este modo, se expuso en la sentencia recurrida: *"Interpretada rectamente la demanda surge que, el actor promovió juicio de daños y perjuicios contra el BB imputándole responsabilidad al haber dictado el acto administrativo que deniega el derecho que entiende que le asiste a su retiro por haber contraído una incapacidad en acto de servicio..."* (fs. 215).

Ese acto no fue oportunamente recurrido, lo cual irremediablemente perjudica el planteo reparatorio patrimonial movilizado en la causa, pues, tal como lo sostuvo la Ministra discordante cuando integraba el T.A.C. de 6° Turno:

"... 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.

IV) Ninguna petición formulada

con posterioridad al acto administrativo originalmente lesivo suplió la omisión de recurrirlo (cf. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia No. 338/2015, así como discordias extendidas por la suscrita y el Dr. Eduardo Turell en las Sentencias Nos. 1034/2019 y 1289/2019).

V) A diferencia de lo que sostiene la parte recurrente, esta tesis no implica postular el polémico concepto de "cosa juzgada administrativa", ya que no se sostiene que la estabilidad de lo resuelto alcance a la Administración. El único impedimento que se releva es la imposibilidad para el administrado de obtener una reparación patrimonial con origen en un acto administrativo no recurrido.

VI) No corresponde imponer especial condena procesal.

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

DISCORDE PARCIALMENTE, por cuanto considero que los intereses legales correspondientes al rubro "diferencias de haberes de retiro pasadas" deben correr desde la fecha de la demanda y no desde cada mes en que tales diferencias debieron haber sido abonadas.

En tal sentido, participo del criterio conforme al cual, en las condenas por responsabilidad, los intereses legales se computan desde la fecha de la demanda (Sentencia SCJ No. 316/2020,

entre otras).

Y ello porque, tanto si se trata de una hipótesis de responsabilidad contractual como de extracontractual, los intereses legales corren desde la fecha de la promoción de la demanda. Ante la ausencia de norma específica en materia de responsabilidad extracontractual, se considera que la norma análoga a la que cabe recurrir como medio integrativo (artículo 16 del Código Civil) es la establecida en el artículo 1348 inciso 3° del Código Civil, en mérito a la similitud de fundamento que existe en uno y otro caso (cfme. Sentencia No. 67/2009 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno).

Ciertamente, conforme a la teoría general de la responsabilidad civil, ella es una sola y atiende, fundamentalmente, a la traslación del daño de quien lo sufre al designado para soportarlo, por lo que nada impide, en la tendencia moderna de unificación de ambos regímenes, la aplicación analógica que se propugna (véase en tal sentido la Sentencia No. 55/2014 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3° Turno, publicada en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo 45, c. 432, págs. 407/408).

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