

//tencia No.128

MINISTRO REDACTOR

DOCTOR JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ

Montevideo, cuatro de mayo de dos mil dieciséis

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: **"ALFAYA, ISIDRO Y OTROS C/ AGENCIA NACIONAL DE VIVIENDA - COBRO DE PESOS - CASACIÓN"**, IUE: **2-56250/2012**, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia definitiva N° 205/2014 dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno.

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva N° 35 del 29 de abril de 2014, el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 3° Turno falló:

"I) Acogiendo parcialmente la demanda y en su mérito condenando a la Agencia Nacional de Vivienda: a) Al pago del rubro lucro cesante, producto de las diferencias salariales producidas a partir de marzo 2009 hasta la fecha en que culminó la asignación de funciones respecto de cada uno de los reclamantes. Las respectivas sumas deberán liquidarse por el procedimiento del art. 378 del CGP y ser debidamente reajustadas de acuerdo al Dec. Ley

14.500 más intereses legales a partir de la demanda y hasta su efectivo pago.

b) Al pago del rubro daño material emergente por concepto de honorarios profesionales en vía administrativa, de \$35.000 reajustados de acuerdo al Dec. Ley 14.500 más intereses legales a partir de la demanda hasta su efectivo pago (...)" (fs. 1238-1247 vto.).

II) Por sentencia definitiva N° 205 del 5 de noviembre de 2014, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno falló:

"Revócase la recurrida en cuanto desestimó la defensa de falta de agotamiento de la vía administrativa, desestimándose, en consecuencia, la pretensión deducida y clausurándose el presente proceso.

Sin especial condenación en el grado (...)" (fs. 1302-1318).

III) Contra esa sentencia, la parte actora dedujo el recurso de casación en estudio (fs. 1321-1339) por entender que el Tribunal vulneró, entre otras normas, el art. 312 de la Constitución. En tal sentido, expresó, además de otros agravios, que la Sala se equivocó al declarar la ausencia del presupuesto procesal consistente en la falta de agotamiento de la vía administrativa.

IV) Sustanciada la impugnación, la Administración pública demandada evacuó el traslado respectivo, abogando por la confirmación del fallo de segundo grado (fs. 1344-1347 vto.).

V) Franqueado el recurso (fs. 1350), los autos se recibieron en este Colegiado el 24 de junio de 2015 (fs. 1352).

VI) A fs. 1355-1355 vto., el Sr. Fiscal de Corte evacuó la vista que se le confirió, expresando que, en su opinión, es de recibo el agravio referido a la transgresión del art. 312 de la Constitución.

VII) Por auto N° 1.195 del 20 de agosto de 2015, se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia (fs. 1358).

VIII) Por decreto N° 1.760 del 21 de octubre de 2015, se dejó constancia que los Sres. Ministros de la Corporación Dres. Felipe Hounie y Elena Martínez se declararon inhibidos de oficio para conocer en los presentes autos porque suscribieron la sentencia definitiva recurrida cuando eran miembros del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno (fs. 1361).

Se realizó el sorteo de rigor a fin de integrar la Suprema Corte de Justicia, y el azar recayó en los Sres. Ministros Dres. Tabaré Sosa

y Álvaro França (fs. 1366), a quienes se les cursó el expediente para su estudio (fs. 1367 y 1368).

Al término del estudio sucesivo, se acordó el presente pronunciamiento en forma legal y oportuna.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por el quórum legalmente requerido (art. 56 inc. 1 de la ley 15.750), casará la sentencia recurrida en cuanto hizo lugar a la defensa de falta de agotamiento de la vía administrativa, revocando tal decisión, y, en su mérito, dispondrá la remisión del expediente al Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno para que continúe con el trámite, en función de los fundamentos que expresará a continuación.

II) En el caso, los actores, en su calidad de funcionarios de la Agencia Nacional de Vivienda, promovieron la presente demanda contra dicha Administración pública a fin de cobrar las diferencias salariales y la indemnización de los daños y perjuicios generados y provocados por la contumaz negativa de la demandada de pagarles la justa retribución por el desempeño de funciones superiores gerenciales y de jefatura -según los casos- que les fueron formalmente encomendadas por el Directorio de la Agencia Nacional de Vivienda mediante el instrumento jurídico de la

subrogación transitoria de funciones superiores.

III) Los Sres. Ministros de la Corporación Dres. Chediak y Pérez Manrique y los Sres. Ministros integrantes Dres. Sosa y França son partidarios 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 como cuestión previa el agotamiento de la vía administrativa para accionar ante los órganos del Poder Judicial en vía reparatoria.

Sobre este tema y en varios pronunciamientos, la Suprema Corte de Justicia ha expresado:

"(...) 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 Fundamental, 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 N° 579/2015 de la Corporación, por citar solamente algunas a manera de ejemplo).

Esta misma posición es la que sostienen los Sres. Ministros integrantes Dres. Sosa y França en el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno desde larga data (cf. sentencias Nos. 128/2007 –publicada en *L.J.U.* suma 139076– y 209/2011 de dicha Sala, entre muchas otras).

IV) Corresponde remitir los autos al órgano de segunda instancia actuante, por no tratarse de un supuesto comprendido dentro del art. 277.2 del C.G.P., única hipótesis que habilita el reenvío al tribunal subrogante (cf. sentencias Nos. 2.140/2012, 2.917/2012, 744/2014 y 1.093/2014 de este Alto Cuerpo, por mencionar simplemente algunas).

V) Las costas y los costos de la presente etapa se distribuirán en el orden causado.

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

FALLA:

CÁSASE LA SENTENCIA RECURRIDA EN CUANTO HIZO LUGAR A LA DEFENSA DE FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA, SIN ESPECIAL

CONDENACIÓN PROCESAL.

**NOTIFÍQUESE A DOMICILIO, PUBLÍ-
QUESE Y, OPORTUNAMENTE, REMÍTANSE LOS AUTOS AL TRIBUNAL
DE APELACIONES EN LO CIVIL DE 6º TURNO A FIN DE QUE
CONTINÚE CON EL PROCEDIMIENTO.**

**DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

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

**DR. TABARÉ SOSA
MINISTRO**

**DR. ÁLVARO FRANÇA
MINISTRO**

**DR. JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

DISCORDE: por cuanto con-
sidero corresponde deses-
timar el recurso de casa-
ción interpuesto.

Conforme señaló el recu-
rrente, para la Sala las diferencias salariales

reclamadas por los actores derivarían de actos administrativos que quedaron firmes, ya que no fueron impugnados en tiempo y forma, no adquiriendo en consecuencia la calidad de definitivos.

En tal sentido, el "ad quem" indicó: "...el reclamo de los actores no emerge de una omisión de la Administración, sino que es consecuencia directa de los actos que terminaron su incorporación al organismo de destino, en las condiciones remuneratorias correspondientes. Ello surge de la propia invocación en la demanda de las resoluciones del Directorio por las cuales se les asignó funciones, las que no fueron impugnadas oportunamente. Si bien la pretensión de autos tiene como particularidad que los actores reclamaron diferencias salariales no solo por entender que había una equiparación incorrecta de funciones entre los organismos de origen y de destino, sino porque afirmaron que realizaban tareas de rango superior, la aseveración precedente no varía la conclusión final: el agotamiento de la vía administrativa deviene imprescindible para que la pretensión reparatoria no resulte perjudicada" (fs. 1312/1313).

Comparto la posición asumida por el "ad quem".

Considero que en aquellos

casos de reclamos fundados en actos dictados por la Administración, es necesario el previo agotamiento de la vía administrativa.

En el subexamine, los promotores señalaron que su reclamo refiere al cobro de diferencias salariales y daños y perjuicios provocados por la negativa de la Agencia Nacional de Vivienda de pagar a los actores por el desempeño de funciones superiores, asignadas formalmente por el Directorio de la ANV.

Partiendo de ello, entiendo que el accionamiento se encuentra dirigido a cuestionar los actos administrativos mediante los cuales se les asignaron funciones de superior jerarquía, sin establecer la correspondiente retribución y que entienden superior a la percibida.

Conforme surge de la demanda a fs. 277, el Directorio de la Agencia Nacional de Vivienda, por razones de servicio, les asignó expresa y formalmente (con carácter transitorio y hasta la provisión definitiva de cargos presupuestales) funciones de superior jerarquía, responsabilidad, mayor retribución y distintas a las de sus cargos.

Los actores manifiestan haber desempeñado las funciones superiores encomendadas de forma ininterrumpida hasta el año 2012 inclusive.

Señalan que transcurrieron dos años sin que la ANV dispusiera la provisión definitiva de los cargos presupuestales que ocupaban transitoriamente, por lo que algunos de los promotores pretendieron renunciar.

En mayo de 2012, luego de reclamar en reiteradas oportunidades a las autoridades, los comparecientes presentaron formalmente petición administrativa, donde solicitaron se disponga la liquidación y pago de las diferencias retributivas generadas entre sus cargos y Grados presupuestales con las correspondientes al Grado GEPU equivalente a las funciones efectivamente desempeñadas en la ANV.

Luego de presentada tal petición, en setiembre de 2012 la Administración comenzó a pagar para el futuro las diferencias retributivas, a todos los comparecientes que continuaron subrogando cargos superiores. Lo que se desestimo fue la pretensión de pago retroactivo de las diferencias salariales. Fue por ello que en setiembre de 2012, los actores presentaron recurso de revocación ante el Directorio de la ANV y de anulación ante el MVOTMA.

Partiendo de los propios dichos de los accionantes, comparto con la Sala que el reclamo no emerge de una omisión de la Administración, sino que es consecuencia directa de los actos Administrativos dictados por la Agencia Nacional de

Vivienda relativos a su incorporación y a la remuneración correspondiente.

Como señaló el Tribunal:

"En las resoluciones administrativas mencionadas, se establecieron las condiciones del cargo que los ocuparían, con su correspondiente denominación, serie, escalafón y grado y lo que percibirían por concepto de remuneración, por lo que, en opinión de la Sala, contaban con todos los elementos para recurrir administrativamente, si entendían que estas decisiones implicaban una afectación de sus salarios o que no contemplaban sus legítimas expectativas, dada la interpretación que efectuán de la normativa aplicable.

En otros términos: si los actores consideraban perjudicial para su situación funcional y presupuestal la asignación de funciones, lo que incluía la respectiva remuneración, estuvieron en condiciones de apreciar el daño al momento de cobrar su primer salario en el organismo de destino y de recurrir administrativamente para tratar de preservar la que consideraban su adecuada remuneración" (fs. 1311).

DR. FERNANDO TOVAGLIARE ROMERO
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA