

//tencia No.255

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JORGE RUIBAL PINO

Montevideo, dieciséis de marzo de dos mil quince

VISTOS:

Para sentencia interlocutoria, estos autos caratulados: **“M. S.A. C/ ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE COMBUSTIBLES, ALCOHOL Y PORTLAND Y OTROS - DEMANDA DE NULIDAD DE CONTRATOS Y DAÑOS Y PERJUICIOS - CASACIÓN”**, IUE: **2-15751/2008**; venidos a conocimiento de esta Corporación, en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte actora, contra la decisión No. 51/2014 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Sexto Turno.

RESULTANDO QUE:

1.- Por Sentencia Interlocutoria No. 140/2013, del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 3° Turno, se acogió la excepción de prejudicialidad, sin especial condenación (fs. 1.175-1.180); decisión que fue confirmada por la ahora impugnada, acogiendo la excepción de cuestión previa, con costas y costos a cargo del recurrente (fs. 1.254-1.263).

2.- Contra tal pronunciamiento, a fs. 1270-1286, interpuso recurso de casación la parte actora.

En lo medular, alegó que la excepción de prejudicialidad fue planteada exclusivamente con relación a la pretensión de anulación de contratos, mientras que la excepción de cuestión previa se opuso respecto a la pretensión reparatoria ejercitada y, si bien distinguió correctamente ambas pretensiones, el Sr. Juez “a-quo” condicionó (al menos en forma implícita) la pretensión reparatoria a la previa anulación de un acto administrativo, que es

independiente de los contratos que se pretenden que sean declarados nulos.

Corresponde desestimar la excepción de prejudicialidad, en la medida en que si bien es verdad que la Constitución le confiere competencia exclusiva al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para anular actos administrativos, no le impide al Poder Judicial juzgar su legitimidad y fallar en consecuencia; en este caso, declarando la nulidad de contratos celebrados por la Administración.

Si se entendió que existe prejudicialidad en relación con la pretensión de anulación de contratos, ello no obsta a que el proceso continúe su curso normal para resolver la pretensión de reparación patrimonial.

Sobre esta última pretensión, no es correcta la tesis que postula el Tribunal de que es necesario el previo agotamiento de la vía administrativa para dejar expedita la vía reparatoria patrimonial ante los órganos del Poder Judicial.

En definitiva, solicitó que se case la impugnada y se confirme la sentencia de primera instancia que acogió la excepción de prejudicialidad, que acogió la excepción de cuestión previa y condenó a M. S.A. al pago de las costas y costos de la segunda instancia.

3.- Conferido traslado del recurso, fue evacuado por los representantes de la Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland (ANCAP), a fs. 1.294-1.318 vto., que solicitó se declare la inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto o, en su caso, se rechace el mismo, con costas y costos.

A fs. 1.321-1.324 vto., la representante de R. S.A., evacuó el traslado, solicitando el rechazo del cuestionamiento de la

contraria; en igual sentido se pronunció el representante de la D. U. de C. S.A. (D. SA), a fs. 1.327-1.330, el representante de A. S. S.A., a fs. 1331 a 1336 y el representante de G.U. S.A. (G.), a fs. 1.338-1.347 vto.

4.- Por resolución del 15 de agosto de 2014 (fs. 1.350), el “ad-quem” dispuso el franqueo del recurso y la elevación de los autos para ante esta Corporación, donde fueron recibidos el 12 de setiembre de 2014 (nota de cargo, fs. 1.358).

5.- Se otorgó vista al Sr. Fiscal de Corte, quien la evacuó a fs. 1.361-1.364 vto., por Dictamen No. 4.013/2014, expresando que, en su opinión, correspondería casar la sentencia impugnada en cuanto hizo lugar a la excepción de cuestión previa con relación a la pretensión de reparación patrimonial.

6.- Por Auto No. 1.771/2014 (fs. 1.366) se dispuso el pasaje a estudio de las presentes actuaciones, cumplido lo cual se acordó el dictado de sentencia en legal forma.

CONSIDERANDO QUE:

I.- La Suprema Corte de Justicia, por el quórum legalmente requerido (art. 56 de la Ley No. 15.750), habrá de acoger – parcialmente- el recurso de casación interpuesto y, en su mérito, casar la sentencia recurrida en cuanto hizo lugar a la excepción de cuestión previa de falta de agotamiento de la vía administrativa, remitiendo el expediente a la Sede “a-quo”, para que continúe con el procedimiento.

II.- Para mejor ilustración, corresponde efectuar una somera síntesis de la pretensión movilizada en autos.

M. S.A. promovió la presente demanda contra ANCAP, solicitando; por un lado, la anulación de varios contratos

celebrados por dicha Administración pública con particulares; y, por otra parte, la reparación de los daños y perjuicios causados por la conducta de la entidad estatal (daño emergente y lucro cesante).

Con respecto a la primera pretensión, la actora solicitó la anulación de los siguientes contratos:

a) contrato de arriendo de plantas de envasado entre ANCAP y G. de fecha 19/7/2007;

b) contratos de operación y mantenimiento de plantas de envasado entre G. y A. ;

c) contrato de operación y mantenimiento de planta de envasado entre G. y R.;

d) contrato de suministro de supergás envasado entre G. y los distribuidores;

e) contrato de constitución de fondo de remarcado y reposición de envases de GLP entre ANCAP, R., A., D. SA y G., celebrado en el año 2007;

f) contrato de reidentificación de envases entre A. y una contraparte desconocida del año 2007;

g) contrato de suministro de supergás a granel entre ANCAP y A. del 19/7/2007;

h) contrato de suministro de supergás a granel entre ANCAP Y R. del 19/7/2007;

i) convenio de sindicación de acciones de G. entre ANCAP, A. y R. del 19/7/2007.

Según la accionante, estos contratos que suscribieron ANCAP, A. Y R. beneficiaron directamente a estas dos últimas

empresas y perjudicaron a las restantes compañías de plaza, quienes no se encuentran alcanzadas por los beneficios concedidos por ANCAP.

Por otra parte, solicitó la reparación (daño emergente y lucro cesante) de los daños que le habría causado la Administración pública demandada con su conducta.

III.- Ingresando al mérito del planteo impugnativo, en cuanto al agravio referido a la excepción de prejudicialidad, no resulta de recibo.

Quienes suscriben el presente pronunciamiento, coinciden en que, en el subexamine, la previa anulación del acto administrativo que le dio base a toda la serie de contrataciones que impugnó la parte actora constituye un obstáculo que ésta debió haber removido para, luego, reclamar en vía judicial la anulación de los contratos celebrados entre ANCAP y los particulares involucrados.

En este sentido, les asiste razón a ambos Tribunales de mérito cuando pusieron de relieve que el acto originariamente lesivo lo constituía la resolución del Directorio de ANCAP No. 43/1/2007, que habilitaba la asociación en G. y constituyó el marco jurídico de los contratos ahora impugnados.

De acuerdo con dicha resolución, el Directorio de ANCAP tomó conocimiento de lo informado por su Gerencia General, aprobó lo actuado y promovió la asociación con A. S.A. y R. S.A., autorizando a la Gerencia General a realizar todo lo pertinente a la redacción definitiva de los contratos y de la documentación que debiera suscribirse.

Como, con buen criterio observó el Sr. Juez “a-quo”, la accionante entabló acción de nulidad contra el Decreto No.

472/2007 del Ministerio de Industria, Energía y Minería, que dispuso modificaciones en cuanto a la distribución de gas licuado de petróleo (GLP) por violentar normas de promoción y defensa de la competencia de acuerdo con la Ley No. 18.159. Además, promovió acción de nulidad contra la Resolución No. 1018/10/2009 dictada por el Directorio de ANCAP, que fijó un ajuste a la baja del costo de distribución promedio para G. y para M. (en ambos casos, las pretensiones de anulación fueron desestimadas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo).

Entonces, nada le impedía promover la correspondiente acción de nulidad contra el acto administrativo base en función del cual se estructuró todo el entramado de contrataciones que, por esta vía, pretendió impugnar la reclamante.

En criterio de esta mayoría, no puede juzgarse la regularidad de los contratos celebrados por la Administración con los particulares porque no se impugnó de nulidad, oportunamente, el acto administrativo originario, en el cual se fundaron dichos contratos.

IV.- Sin embargo, resulta de recibo el agravio referido a que no correspondía hacer lugar a la excepción de cuestión previa, referida a la acción reparatoria.

Es cierto que el juzgador de primer grado no se pronunció sobre tal excepción de cuestión previa, por lo cual parece que subsumió las dos pretensiones deducidas en una sola y consideró suficiente el acogimiento de la defensa de prejudicialidad para clausurar el proceso.

El Tribunal, en cambio, sí se pronunció sobre la defensa de cuestión previa, desestimándola expresamente.

En coincidencia con lo dictaminado por

el Sr. Fiscal de Corte, esta Corporación entiende que la circunstancia de que no pueda prosperar la pretensión de anulación de los contratos debido a la falta de anulación, en la vía correspondiente, del acto administrativo base no obsta, por sí sola, a la procedencia de la pretensión de reparación.

En efecto, esta Corte, en mayoría, entiende 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.

Así, en Sentencia No. 201/2006, se sostuvo: “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 ‘intencio 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 prejudicialidad, provocando sí como efecto irrevocable, la imposibilidad de ejercer la acción de nulidad’ (cfr. discordia del Sr. Ministro Dr. Van Rompaey, en Sentencia No. 126/2005)”.

“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)”.

En conclusión, en la medida 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, que se efectivizan mediante la renuncia a la acción de nulidad, pone de manifiesto que no resulta necesario ocurrir previamente a la vía recursiva administrativa, por lo que el

agravio ejercitado en este sentido, resulta de recibo.

V.- La conducta endoprosesal de las partes ha sido correcta, no dando mérito a especial condenación en gastos causídicos (arts. 56.1 y 279 C.G.P., art. 688 C.C.).

Por tales fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, por el quórum legalmente requerido,

RESUELVE:

HACER LUGAR, PARCIALMENTE, AL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO Y, EN SU MÉRITO, SE ANULA LA ATACADA EN CUANTO HIZO LUGAR A LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA RESPECTO DE LA ACCIÓN REPARATORIA Y, POR CONSIGUIENTE, REMITIR LOS AUTOS A LA SEDE “A-QUO” PARA QUE CONTINÚE LOS PROCEDIMIENTOS; DESESTIMANDO EL RECURSO EN LO DEMÁS.

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

PUBLÍQUESE Y OPORTUNAMENTE DEVUÉLVASE.

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

DR. JORGE RUIBAL PINO
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

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