

## **DECRETERO DE SENTENCIAS**

//tevideo, 16 de abril de 2013.

No. 210

### **VISTOS:**

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "GÓMEZ, MARTA con BANCO DE PREVISIÓN SOCIAL. Acción de nulidad" (Ficha No. 282/11).

### **RESULTANDO:**

I) Que con fecha 29/IV/2011, (fs. 2-8) compareció la parte actora promoviendo accionamiento de nulidad contra las Resoluciones Nos. 18-11/2005, de 15/6/2005, y 27-20/2010, de 8/9/2010, del Directorio del Banco de Previsión Social, en tanto esta última declara que la actora no tiene derecho a jubilarse por su actividad docente civil mientras continúe prestando servicios de afiliación civil, no docente, pudiendo obtener solamente una pasividad con todo los servicios civiles acumulados de acuerdo a lo referido en la primera resolución cuestionada.

Afirmó que es Maestra de educación primaria desde el 8 de octubre de 1980 y funcionaria del Poder Judicial desde el 4 de setiembre de 1990, por lo que es afiliada activa al Banco de Previsión Social, con afiliación escolar y civil.

Señaló que con fecha 5/3/2010, se presentó ante el Organismo previsional solicitando la tramitación de la jubilación docente (escolar) correspondiente; habiendo desde el año 2008 formulado declaración jurada de ingresos y ofrecido prueba de la totalidad de los servicios amparados por dicho organismo.

Señaló que la última resolución impugnada es un acto singular que aplica los fundamentos contenidos en el acto regla R.D 18-11/2005 y, por tanto, le deniega su jubilación por actividad docente hasta tanto no cese en su actividad en el Poder Judicial, momento en el cual se le acumularán todos los servicios civiles en una única pasividad.

Expresó que la accionada ante situaciones análogas, otorgó derecho a determinadas personas a seguir trabajando en actividad no docente y jubilarse de la actividad docente, razón por la cual, la interpretación realizada en el 2005 y que aplica al caso concreto en el 2010, viola de manera flagrante los principios de la seguridad jurídica y de igualdad.

Sostuvo que la cuestión a decidir pasa por determinar el sentido y alcance de la previsión contenida en el artículo 74 del acto Institucional No. 9, y en especial la comprensión conceptual del término órgano utilizado en dicha disposición por el legislador; considerando que se trata de dos actividades (civil y escolar) reguladas por normas diferentes que, aun estando dentro de una misma unidad administrativa (órgano), constituyen dos sistemas de amparo bien diferenciables que conservan su propia identidad.

Afirmó, finalmente, que en el caso se está vulnerando el derecho constitucional al retiro adecuado previsto en el art. 67 de la Constitución de la República.

II) Evacuando el traslado conferido (fs. 15-18) expresó la demandada, que no resultan de recibo las proposiciones del accionante en cuanto a que la Administración no puede mudar su posición en determinada materia, si considera que razones de derecho así lo imponen, razón por la cual, se dictó la Resolución 26-8/96, dejada luego sin efecto,

en solución que no obligaba a la Administración a continuar indefinidamente con tal postura.

Sostuvo que, a juicio de los servicios técnicos, la única excepción admisible al principio de incompatibilidad que admite el art. 74 del Acto Institucional No. 9, es la que resulta de la compatibilidad entre jubilación por servicios no docentes y actividad docente amparada por el mismo órgano que sirve la prestación, no admitiéndose la compatibilidad en la situación inversa, esto es jubilación por servicios docentes y actividad por servicios no docentes.

Agregó que la expresión órgano que sirve la prestación empleada por el inciso 1º del art. 74 de Acto Institucional No. 9 de 23/10/1979, refiere a las unidades administrativas creadas por el artículo 14 de dicho cuerpo normativo: Dirección de las Pasividades Civiles y Escolares, Dirección de las Pasividades de la Industria y Comercio y Dirección de las Pasividades Rurales y del Servicio Doméstico.

III) Abierto el juicio a prueba, se produjo la certificada a fs. 60, y alegaron las partes por su orden (fs. 64-67 y fs. 70-70v).

Previa vista al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (Dictamen No. 245/2012, fs. 73-74), se citó para sentencia y giraron los autos a estudio de los Sres. Ministros, quienes acordaron y dictaron sentencia en legal forma.

### **CONSIDERANDO :**

I) Que, en el *sub examine*, se agotó correctamente la vía administrativa y ejercitó en plazo la acción de nulidad, dándose cumplimiento a los presupuestos formales (arts. 317 y 319 de la Carta y arts. 4 y 9 de la Ley No. 15.869).-

II) En autos, rectamente interpretada la demanda movilizada en los criterios generales de aplicación en la materia (Odriozola, en Judicatura, año I, No. 10, p. 244 y ss.), debe convenirse se promueve la puntual anulación de la resolución R.D. No. 27-20/2010 de fecha 8/9/2010 dictada por el Directorio del Banco de Previsión Social, en ejercicio de atribuciones delegadas, mediante la cual se declaró que la demandante no tiene derecho a jubilarse por su actividad docente civil, mientras continúa en actividad civil no docente, pudiendo obtener solamente una pasividad con todos los servicios civiles acumulados de acuerdo a lo dispuesto por la R.D. No. 18-11/2005 (fs. 29/30 A.A.); en cuanto reproduce acto singular (ex art. 25 del Decreto-Ley 15.524).-

III) Que las alegaciones de las partes surgen suficientemente explicitadas en el Capítulo de RESULTANDOS, al cual habrá de remitirse la Corporación en aras de la brevedad.-

IV) Que, el Tribunal por unanimidad y, apartándose de lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, desestimaré la pretensión anulatoria movilizada por entender que carece de legitimación pasiva el Banco de Previsión Social exclusivamente demandado (fs. 2/8) en la presente litis, en los contenidos que se intentarán explicitar a continuación.-

V) Debe de verse, que el acto administrativo enjuiciado fue dictado por el Directorio del Banco de Previsión Social **en ejercicio de atribuciones delegadas del Poder Ejecutivo** (ex art. 168, num. 3°, de la Constitución de la República y art. 1° de la resolución No. 264/996 del Poder Ejecutivo ver especialmente ATENTO en fs. 29 A.A.).-

Como se ha expresado recientemente: “El hecho que ni el accionante, ni el BPS, ni la Procuraduría del Estado, hicieron referencia alguna a este extremo, no inhibe a que esta Corporación ingrese al estudio de la cuestión planteada.-

Pues bien, atendiendo a lo dispuesto en el N° 3 del art. 168 de la Carta, a razones de buena administración orientadas a crear mecanismos más ágiles en el procedimiento previsional, tendente al otorgamiento de las prestaciones de jubilación y pensión de los empleados civiles jerarquizados al Poder Ejecutivo, que había sido delegada en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; a lo sostenido por la moderna doctrina del Derecho Administrativo, fue que el Poder Ejecutivo entendió aconsejable delegar en el Directorio del Banco de Previsión Social dicha competencia, ordenando en el art. 2° que se enviara al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, dentro de las cuarenta y ocho horas copia de las resoluciones adoptadas en el ejercicio de las atribuciones delegadas por el numeral 1 de esta resolución.-

O sea, la intervención del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, está especialmente prevista, y fue correcto el emplazamiento de la acción de nulidad promovida, al Poder Ejecutivo, en tanto órgano delegante, a diferencia de lo que acontece en vía administrativa, etapa en la cual los recursos pueden interponerse indiferentemente ante el órgano delegante o ante el delegado (art. 161 del Decreto 500/991)” (Sentencia 673/2012).-

Por ello, la emisión de la resistida le es **atribuible al Poder Ejecutivo**, a quien compete, por imperativo constitucional, dar retiros y otorgar pensiones de los empleados civiles y militares conforme a las leyes. En lógica consecuencia, si el acto dictado por el Directorio del Banco de

Previsión Social **-órgano delegado-** se reputa emitido por el órgano delegante (Poder Ejecutivo), la consecuencia inevitable, es la ausencia de legitimación causal pasiva del Ente Previsional, que corresponde examinar, incluso de oficio, como presupuesto material previo a la sentencia de mérito.-

En la especie, no es posible sostener que la promotora no hubiera tenido conocimiento que el acto administrativo cuestionado fuera dictado en ejercicio de atribuciones delegadas del Poder Ejecutivo, ya que en la propia resolución, como viniera de señalarse, se indicaron las **disposiciones constitucional** y reglamentaria que operaron como fundamento normativo de un acto dictado en ejercicio de atribuciones delegadas (además del señalamiento de la delegación) (ver especialmente ATENTO, a fs. 29/30 A.A.).-

Es más, en el numeral 2° (fs. 30 Ib.) se previó la remisión de copia al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en claro cumplimiento del art. 2 de la resolución 264/996 dictada por el Poder Ejecutivo (lo que se materializó a fs. 31 A.A.).-

En función de lo expuesto, debe concluirse que, en la presente contienda, la demanda anulatoria se movilizó contra el órgano a quien no le es atribuible la voluntad administrativa; por lo que la litis no resultó adecuadamente trabada, y por consecuencia no resulta jurídicamente viable anular un acto administrativo en relación al convocado al proceso por una expresión de voluntad que no le es imputable.-

Siguiendo a VÉSCOVI debe entenderse que **demandado** es la otra parte procesal; **la Administración que ha dictado el acto**; el órgano que actúa como parte en defensa del acto impugnado, lo que implica defender

su propio interés. (...) Se trata de aquél que ha dictado el acto original que determina la impugnación. (...) **Es ese, pues, el órgano que deberá ser el legitimado pasivo en la demanda anulatoria, y por ende, notificado de la demanda** (Véscovi, Enrique; “Los Procesos Contenciosos Administrativos” en obra colectiva con Torello, Luis; “El Nuevo Régimen Judicial”, Ediciones Idea, Montevideo, 1984, pág. 57; Cfe. Sentencia 33/2013).-

En nuestro caso, el acto dictado en ejercicio de atribuciones delegadas, es atribuible al órgano delegante y en modo alguno puede reputarse emitido por el órgano delegado, desnaturalizándose por completo el instituto de la delegación.-

Así, con su claridad habitual expresa CAJARVILLE que: “Podría decirse, gráficamente, que en cuanto a los efectos de la expresión de voluntad administrativa, la intervención del delegado no deja huellas en el mundo jurídico; todo ocurrirá como si el delegado no hubiera intervenido y la voluntad del órgano delegante hubiera sido expresada por su propio titular.” (CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo; “Sobre Derecho Administrativo” Tomo I, 3ª Edición, FCU, 2012, pág. 629).-

Correspondiendo destacar, que se estima por el Cuerpo, no resulta compartible la postulación de que el Banco de Previsión Social no pueda ser delegado por el Poder Ejecutivo, ya que, como señala prestigiosa doctrina: “La Constitución faculta al Poder Ejecutivo a “delegar...las atribuciones que estime convenientes”, sin indicar en quién puede recaer la delegación; esto no puede interpretarse sino como que ha quedado librada a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo la elección del delegado. En consecuencia, la vocación delegatoria para serlo del Poder Ejecutivo resulta

necesariamente de la propia resolución delegatoria, por imperio de la disposición constitucional que confiere discrecionalidad en ese aspecto al delegante. Naturalmente, si el delegado fuera una persona estatal, deberá respetarse en la delegación el “principio de especialidad”, que para los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados tiene también jerarquía constitucional (art. 190); las atribuciones delegadas deberán referir entonces a la materia que corresponda a la competencia del delegado” (CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo; ob. cit. pág. 643; véase que el autor en Nota No. 168 expresamente señala como ejemplo de delegación en quien no es Ministro, a la resolución 264/996, pág. 652).-

Como tiene dicho este Colegiado: “En virtud de lo expuesto la demanda no puede prosperar porque no se trabó relación procesal válida respecto al acto emitido por el Poder Ejecutivo, por no haber sido éste emplazado ni llamado al juicio en cuanto titular de legitimación para contradecir” (Sentencia 1070/1995, ver Sentencias 918/1996, 947/2000, 359/2012 y 427/2012).-

En similar orientación jurisprudencial la Sede ha expresado que: “...no existiendo norma legal que habilite a demandar ante este Tribunal a persona jurídica diversa de la que dictó el acto, que es la que determina la legitimación pasiva en el juicio de nulidad” (Sentencia 779/1997).-

Sin que pueda admitirse que la habilitación para ser legitimado pasivo en proceso contencioso administrativo de anulación, provenga de disposición reglamentaria que regula la sustanciación de la vía impugnativa en sede administrativa (ex arts. 129 y 130 del Reglamento de Procedimiento Administrativo, R.D. 40-2/97); sin perjuicio de anotarse, que las personas públicas pueden actuar en todo aquello que el Orden



Jurídico *expresamente* les autoriza, de lo contrario la tensión entre libertad y autoridad a que refiere innumerable doctrina, perdería sustento, coherencia y de vista la condición servicial del Estado.-

“Consecuentemente, la acción mal dirigida, es un claro caso de “improponibilidad manifiesta” (TORELLO-VIERA R.U.D.P. año 1981) que inexorablemente conduce al rechazo de la pretensión anulatoria; posicionamiento jurisprudencial reiteradamente asumido por este Tribunal frente a casos de similar naturaleza jurídica (Sents. 283/1990, 918/1996, 779/1997, 947/2000, etc.)” (Sentencia 220/2010).-

Por los fundamentos expuestos, los arts. 309 y 310 de la Constitución de la República y, apartándose de lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, el Tribunal por unanimidad

**FALLA:**

*Desestímase la demanda anulatoria entablada por falta de legitimación causal pasiva de la parte demandada, y, en su mérito, confírmase la resolución impugnada.-*

*Sin sanción procesal específica.-*

*A los efectos fiscales, fíjense los honorarios profesionales del abogado de la parte actora en la suma de \$U20.000 (pesos uruguayos veinte mil).-*

*Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.-*

Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Preza, Dr. Harriague, Dra. Sassón, Dr. Tobía (r).  
Dr. Marquisio (Sec. Letrado).