

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 9 de abril de 2019.

No. 216

VISTOS :

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “ADDA, SANDRA con BANCO DE PREVISIÓN SOCIAL. Acción de nulidad” (Ficha No. 488/2016).

RESULTANDO :

I) Con fecha 23 de agosto de 2016 compareció, en representación de la Sra. Sandra ADDA, el Dr. Hugo Lorenzo, quien dedujo pretensión anulatoria contra la Resolución N° 03-936-2015-1231 de 10 de setiembre de 2015, mediante la cual la Gerencia de Prestaciones Económicas del Banco de Previsión Social (en adelante BPS) resolvió: *“Estar a lo dispuesto por Resolución de esta Gerencia, N° 03-940-1045-2013 de fecha 30 de agosto de 2013, que declaró reconocida la unión concubinaria que uniera al Sr. Oscar Díaz Gómez y a la Sra. María del Rosario Caetano Rodríguez, en el marco de lo dispuesto por la Ley N° 18.246 del 27/12/2007”* (fs. 162 vto. y 163 A.A. en carpeta de antecedentes de 183 fs.).

La actora comenzó por historiar que contrajo matrimonio con el Sr. Oscar DÍAZ GÓMEZ el 3 de mayo de 1982. Dicho vínculo, señaló, se mantuvo hasta el fallecimiento del Sr. DÍAZ, el 14 de junio de 2012. Tras su deceso, comenzó a percibir la pensión que por ley le correspondía.

El 29 de junio de 2012, la Sra. María del Rosario CAETANO RODRÍGUEZ se presentó ante las oficinas del BPS de la ciudad de Fraile

Muerto, solicitando una pensión por haber sido concubina del difunto Sr. DIAZ.

Al no conseguir su propósito, recurrió a las oficinas del BPS en Santa Clara de Olimar. En esta segunda oportunidad, el organismo previsional, luego de una investigación primaria, tuvo por reconocida la unión concubinaria entre la Sra. CAETANO y el Sr. DÍAZ.

A partir de dicha resolución, adoptada sin el conocimiento de la accionante, el BPS comenzó a descontarle a esta última un porcentaje de la pensión que, hasta ese momento, percibía integralmente.

En lo central de su embate contra la resolución impugnada, señaló que el acto contiene una ilegalidad de fondo que, sumado a otros vicios de procedimiento, la tornan irrefragablemente nula. En ajustada síntesis, sus agravios pueden resumirse de la siguiente manera:

El BPS no tiene jurisdicción ni competencia para dirimir un conflicto intersubjetivo de intereses como el existente entre la Sra. ADDA y la Sra. CAETANO. El art. 20 de la Ley No. 18.246 facilita la prueba de la unión concubinaria a los efectos de los beneficios de seguridad social, pero en ningún momento abre la posibilidad, en caso de contienda, de juzgar a quién le corresponde. La Resolución del BPS N° 04-407-0234-2011 es ilegal por conferir función jurisdiccional a la Administración por la vía de un acto administrativo.

Asimismo, el acto por el cual se otorgó el beneficio pensionario a la Sra. CAETANO fue dictado sin que la Sra. ADDA (principal interesada) pudiera controlar la prueba testimonial diligenciada en el decurso del procedimiento. El BPS comenzó a descontarle a la viuda parte de la

pensión que por derecho le corresponde sin oírla, sin darle vista, violando todas las garantías del debido proceso.

Concluyó, luego de analizar las actuaciones cumplidas en el procedimiento, que la Administración obró con desviación de poder. Manifestó que la funcionaria encargada de preservar las garantías legales y constitucionales prejuzgó con respecto a la actitud que a futuro podría adoptar la Sra. ADDA. En lo concreto, apuntó que la funcionaria María Susana Barreto, Gerente de Gestión de Cobro, le escribió a José Luis Sotelo, también funcionario del BPS: “... *La señora no va y no va a ir porque no le interesa, mientras tanto la concubina no puede cobrar su pensión...*”

La aludida comunicación demuestra una clara desviación de poder del BPS, ya que solamente escucha y protege a quien dice ser concubina del difunto esposo de la Sra. ADDA.

En suma, con base en estos argumentos, solicitó el amparo de la demanda y la consecuente anulación de la volición resistida (fs. 21 a 28).

II) Corrido el correspondiente traslado compareció, en representación del BPS, el Dr. Jorge Patrilli Bermudez, quien contestó la demanda de forma contradictoria y sostuvo, en lo medular de su defensa, que:

No caben dudas que compete al Organismo determinar si existió o no una unión concubinaria a los efectos previsionales.

Del estudio pormenorizado de la prueba recabada en las investigaciones sumariales y de los testimonios que obran en el expediente, surge probada de forma fehaciente la relación concubinaria de la Sra. CAETANO con el causante.

Ningún vicio formal que afectare la posibilidad de articular defensas se configuró en la especie. El BPS, en un estudio ponderado y razonable, entendió configurada la relación concubinaria invocada.

Tampoco puede desconocerse el hecho de que la actora se radicó en el exterior, aunque invoca que lo hizo desde el año 2008 para pretender vanamente crear la convicción de que el concubinato no se extendió por el período previsto en la ley.

En definitiva, bregó por la confirmación del acto en proceso por ser ajustado en un todo a derecho (fs. 35 a 38).

III) Abierto el juicio a prueba por Decreto N° 488/2016 (fs. 42) se produjo, a propuesta de la parte actora y de la demandada, la que luce agregada y certificada a fs. 63.

IV) Alegaron las partes por su orden, haciéndolo la actora en el escrito que luce de fs. 66 a 67 vto., y la demandada en el de fs. 70 a 71.

V) El Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo se pronunció mediante Dictamen N° 651/2017 y aconsejó la anulación del acto impugnado (fs. 74-75).

VI) Por auto N° 823/2018 (fs. 77) se citó para sentencia, la que se acordó en legal y oportuna forma, previo estudio de los Sres. Ministros.

CONSIDERANDO :

I) Desde el punto de vista formal se han cumplido adecuadamente los requisitos exigidos por las normas respectivas para habilitar el presente accionamiento anulatorio.

II) El acto encausado se emitió con fecha 10 de setiembre de 2015 (fs. 162 vto.-163 A.A. en carpeta de antecedentes de 183 fs.) y fue notificado el 24 de noviembre del mismo año (fs. 166 A.A. *ibídem*).

Con fecha 3 de diciembre de 2015 se interpusieron, en forma conjunta y subsidiaria, los recursos de revocación y jerárquico contra el Informe N° 25.868 de la Gerencia de Sector Asesoría Letrada Pasivos. En observancia del principio de informalismo a favor del administrado y del contenido del líbelo impugnativo, la recurrencia se reputa correctamente movilizada contra la Resolución N° 03-936-2015-1231.

El acto conclusivo de la vía administrativa se produjo mediante denegatoria ficta, acaecida el 27 de junio de 2016, luego de que la Administración no resolviera el último de los recursos interpuestos.

La demanda anulatoria se promovió en tiempo y forma el 23 de agosto de 2016 (nota de cargo, fs. 29).

III) El Tribunal, por la unanimidad de sus integrantes naturales, compartiendo la solución propuesta por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo en su dictamen, procederá a amparar la demanda y a anular el acto cuestionado por los argumentos que a continuación se explicitarán.

IV) Antecedentes relevantes.

De la compulsa de los antecedentes agregados al proceso surge que, con fecha 29 de junio de 2012, se presentó ante la oficina del BPS de Fraile Muerto la Sra. María del Rosario CAETANO RODRÍGUEZ, “... *solicitando derecho del concubinato con el Sr. Oscar Díaz Gómez*”. En dicha ocasión, la funcionaria Silvana TROTTO, frente a la petición de la

Sra. CAETANO, informó: *“La enviamos por dicho trámite al Juzgado, ya que el concubino es fallecido a la fecha 14/06/2012”* (fs. 1 A.A. en carpeta de documentación de 24 fs.).

Posteriormente, el 10 de octubre de 2012, la Sra. CAETANO declaró que su domicilio era en Santa Clara de Olimar, por lo que las actuaciones pasaron a desarrollarse en dicha localidad (fs. 54 y 57 A.A. en carpeta de antecedentes de 183 fs.).

Allí, la unidad tomó declaraciones a cinco testigos: Sonia HERRERA (fs. 60 a 63 A.A. *ibídem*), Leandro SARAVIA (fs. 64 a 6 A.A. *ibídem*), Teresita Aída BARONE ZABALA (fs. 68 a 71 A.A. *ibídem*), Nibia Teresa TORRES (fs. 72 a 75 A.A. *ibídem*) y Jorge CHIAPPE (fs. 76 a 79 A.A. *ibídem*).

Por informe de 5 de diciembre de 2012, a cargo de la Unidad Descentralizada de Atención Básica de Santa Clara de Olimar, se analizaron las resultancias del diligenciamiento de la prueba testimonial recabada en el decurso del procedimiento, concluyendo la funcionaria María Cristina GORDILLO que la Sra. CAETANO y el causante: *“... vivieron en concubinato desde el 2004 hasta el 14/06/2012”* (fs. 80 A.A. *ibídem*).

El 29 de abril de 2013 se informó por la Administración: *“Según consultas realizadas en nuestra base de datos, surge que la esposa del causante, Sra. SANDRA ELENA ADDA LONGO (...), se encuentra cobrando la pensión y el trámite lo realizó en Ciudad de la Costa donde figura archivado el expediente. Para dar cumplimiento a lo solicitado a fs. 40., se envía el expediente a Ciudad de la Costa, para que se cite a la Sra.*

Sandra Elena Adda Longo para ponerla en conocimiento de las presentes actuaciones” (fs. 88 A.A. ibídem).

En cumplimiento de lo anterior, se concurrió a notificarla el 1° de julio de 2013. En dicha oportunidad, el notificador dejó asentado en la actuación respectiva: *“Me recibió el guardia de seguridad Mario Silvera, diciendo que la persona mencionada no vive en este lugar”* (fs. 81 A.A. *ibídem*).

El 30 de agosto de 2013, la Dirección Técnica de Prestaciones – Gerencia de Prestaciones Económicas, procedió al dictado de la Resolución N° 03-940-1045-2013, a través de la cual se declaró reconocida la unión concubinaria entre el Sr. Oscar DÍAZ GÓMEZ y la Sra. María del Rosario CAETANO RODRÍGUEZ (fs. 91 A.A. *ibídem*).

Transcurrido un mes de la emisión de la aludida resolución, el 30 de setiembre de 2013, la actora presentó una nota en las oficinas del BPS de Ciudad de la Costa, solicitando que se le brindara la documentación que acreditara el concubinato entre la Sra. CAETANO y su fallecido esposo (fs. 95 y 96 A.A. *ibídem*).

Con fecha 18 de noviembre de 2013, compareció nuevamente en las mismas dependencias del BPS, la Sra. María Joaquina ADDA LONGO - hermana y representante de la ahora promotora- quien evacuó la vista conferida el 11 de noviembre de 2013 por la Unidad Descentralizada de Atención Integral.

Subsiguientemente, el 28 de febrero de 2014, se otorgó un nuevo plazo de diez días hábiles a la Sra. Sandra ADDA para que presentara sus descargos, las correspondientes probanzas y articulara su defensa contra el acto que reconociera la unión concubinaria multicitada (fs. 106 A.A.

ibidem). La vista fue oportunamente evacuada. La accionante, además de controvertir la prueba testimonial diligenciada sin su control, ofreció la deposición de otros testigos, cuyas declaraciones fueron recabadas en los meses siguientes (fs. 124, 130 y 131 A.A. *ibidem*).

A la luz de estas nuevas declaraciones, las que hicieron dudar “*un juicio tanto favorable como en contra del reconocimiento de la relación concubinaria*”, se entendió por parte de la Gerencia de Sector Asesoría Letrada Pasivos que correspondía, como medida para mejor proveer, agotar los medios de prueba existentes a fin de llegar a la verdad material de los hechos. Ante ello, se recomendó “*realizar una investigación en el domicilio denunciado como en el que se mantuvo la relación de concubinato con el causante, así como en el domicilio ubicado en Santa Clara de Olimar, donde habría sido el domicilio del causante con la Sra. Sandra Adda*” (fs. 134 A.A. *ibidem*).

Tomadas las declaraciones en ambos domicilios, por Informe N° 25.868, la Gerencia del Sector Asesoría Letrada Pasivos aconsejó mantener la resolución que declaró reconocida la unión concubinaria entre el Sr. Oscar DÍAZ y la Sra. María del Rosario CAETANO (fs.153 a 157 vto. A.A. *ibidem*).

Como corolario de dichas actuaciones, se procedió al dictado de la Resolución N° 03-936-2015-1231, a cuyo respecto se movilizaron los recursos administrativos pertinentes y el presente accionamiento anulatorio. No obstante, la Administración, a través de la Resolución N° 136/2017 de fecha 3 de febrero de 2017, revocó la Resolución de la Gerencia de Prestaciones Económicas N° 03-936-2015-1231 (impugnada en obrados), y dispuso conferir vista a la afiliada Sandra Elena ADDA LONGO.

A raíz de que ninguna de las partes relevó la existencia de la mentada resolución revocatoria en el presente proceso, se solicitó como medida para mejor estudio intimar a la actora y a la demandada para que se expidieran sobre la existencia y cumplimiento de la referida Resolución N° 136/017.

Frente a este planteo, la accionada aclaró que la resolución se dictó con el fin de subsanar los vicios formales (no otorgamiento de vista a la pretensora en el procedimiento administrativo). En lo sustancial, indicó que, conforme a lo dictaminado por la Asesoría Letrada, la Superioridad mantuvo la decisión primigenia en cuanto al reconocimiento del vínculo concubinario.

Por su parte, la actora precisó que la resolución no ha surtido efecto alguno, ya que el BPS no le ha abonado el 100% de la pensión por el fallecimiento de su esposo. Agregó que en la demanda se solicitó la anulación del acto administrativo por ser ilegal y haber sido dictado con desviación de poder, además de tener vicios formales que implicaron un menoscabo de las garantías de defensa.

V) Objeto del proceso.

V.I) Consideraciones liminares.

En el presente caso, no es baladí establecer con claridad y precisión cuál es el objeto de este proceso. Ello requiere de una tarea de interpretación de los actos de alegación (con el alcance que se dirá), el descubrimiento del “verdadero” objeto y su delimitación, lo que acaecerá en aproximaciones sucesivas.

Como ha sostenido la redactora, el objeto del proceso –como categoría esencial- es dinámico y, en algunos casos, su fijación es progresiva. Es lo que acontece en la especie.

En especial, habrá de efectuarse dos distinciones: la existencia de un objeto “formal” y de un objeto “real” y la determinación de la real voluntad de la Administración demandada, lo que llevará a la diferenciación entre “continente y contenido” de la voluntad del BPS respecto de los beneficiarios del servicio pensionario correspondiente al Sr. DÍAZ. Desde ya se anticipa que develar la verdadera voluntad de la demandada implica, en este proceso, sostener una hipótesis de desviación de poder, que no es otra cosa –en términos de síntesis- que un ejemplo emblemático de la diferencia entre voluntad real y voluntad declarada, tema este que se abordará de la mano de las enseñanzas siempre presentes del Maestro GAMARRA.

V.I.I) Primera aproximación al objeto de este proceso: los actos de proposición de las partes.

Es un lugar común afirmar que el objeto del proceso deriva de los actos de proposición, es decir, de los actos de alegación de las partes, los interesados en un proceso de corte dispositivo, el actor y el demandado.

Asimismo, corresponde repasar que en los actos de alegación deben entenderse comprendidos todos los actos de las partes con relevancia para efectuar tal definición. Así, en principio, deberá estarse a la demanda y a la contestación, actos de proposición inicial, así como deberá también atenderse a los actos de alegación final: los alegatos de bien probado.

No obstante, tal actividad deberá completarse, en esta causa, con el examen de los antecedentes administrativos, más específicamente con los actos que demuestran la voluntad real del Ente demandado.

V.I.II) Las alegaciones de la parte actora.

Establecer cuál es la pretensión significa desentrañar la voluntad de la actora al promover el proceso en curso.

Expresa ODRIOZOLA que *“una ajustada determinación del objeto de la pretensión es indispensable; no solo en razón de su carácter presupuestal y de los efectos irreversibles que su individualización produce, sino también por la consideración puramente procesal de que el demandado debe ser situado en condiciones de contestar con eficacia, para lo cual se hace necesario que se halle debidamente caracterizada la pretensión a la que se enfrenta y, particularmente, la cosa que se le reclama. Ello hace que, en este rubro, el margen dejado a las posibilidades de interpretación no sea amplio: la indeterminación del objeto habrá de dar lugar a la inadmisión inicial de la demanda y aun a su desestimación por la sentencia, por ser el vicio un obstáculo para la decisión de mérito”* (Odrizola, H., *“Interpretación de la demanda”*, Rev. Judicatura, año 1, N° 10, Vol. 2, p. 251).

Esta doctrina permite llevar el proceso como un juego honesto en el que todos los involucrados aportan los datos precisos y necesarios para la debida resolución de la situación sometida a aquel (Cfe. KLETT, S., *“Proceso Ordinario en el Código General del Proceso”*, t. I, 2ª Ed. Actualizada, F.C.U., Montevideo, 2016, ps. 271-272).

Dichas consideraciones trasladadas al caso concreto trasuntan, primero, en el análisis de los diversos actos de alegación de la actora, lo que habilita a desentrañar el objeto de la pretensión y arroja luz a la profunda oscuridad provocada por el actuar de la Administración en el decurso de los procedimientos.

En cuanto al punto, cabe remarcar que la Sra. ADDA destacó, con particular ahínco y en el marco de otros pretendidos agravios formales, la antes alegada -y ahora comprobada- desviación de poder del BPS al otorgar la pensión a la Sra. CAETANO. Así, la accionante dijo al demandar: *“Lo que hizo la Sra. María del Rosario Caetano Rodríguez fue acudir a una vieja práctica social uruguaya, y a través de un conocido, intentar nuevamente lo que ya el BPS le había denegado”* (fs. 21 vto.).

Por su parte, en la instancia de alegatos, profundizó aún con mayor gravedad en el tan sensible tópico, y expresó: *“...la Justicia Contencioso Administrativa en nuestro país ha de ser particularmente severa ante un caso de grave y probada desviación de poder, como es el de autos. En efecto, la generalidad de la doctrina jus administrativista coincide en la dificultad de probar la desviación de poder, porque normalmente el comportamiento ilícito queda oculto en el fuero íntimo de pocas personas, por lo que la prueba (...) suele consistir en indicios. En este caso, en cambio, la plena prueba de que funcionarios del BPS omitieron voluntariamente citar a mi representada para favorecer a la amiga de cierto funcionario (...) resultó de documentos emanados del propio ente público...”* (fs. 67 y 68 vto.) (El resaltado no pertenece al original).

En este proceso, es claro que la actora afirma que la Sra. CAETANO no tiene derecho a la pensión derivada del fallecimiento del Sr. DÍAZ con quien –alega- habría mantenido un concubinato en las condiciones que prevé el régimen legal para el nacimiento del derecho respectivo. Su voluntad, pues, es que sólo se le reconozca derecho a ella –la viuda- a la pensión, porque no existe otro sujeto en condiciones legales de obtener tal beneficio.

V.I.III) Los actos defensivos. La contestación de la demanda y los alegatos. Lo que el BPS dice y lo que el BPS omite, soslaya u oculta (deliberadamente).

En principio, la labor de este órgano de la Justicia Administrativa, para la determinación del objeto, se limita a contrastar los actos de alegación inicial de las partes. Y ello es suficiente.

Empero, en este proceso, debe considerarse tan importante lo que asevera el demandado como sus conductas omisivas en cuanto a la controversia categórica que debe plantear a los hechos alegados por la actora.

Sabido es que las cargas de la afirmación y de la contestación deben considerarse “como en espejo”, y que constituye carga del demandado controvertir los hechos afirmados por su contraria, so pena de que los hechos no controvertidos deban tenerse por admitidos.

Consecuencialmente, y si bien el agravio de desviación de poder será debidamente estudiado en el Considerando respectivo, por ahora basta con decir que las alegaciones de la promotora sobre el tópico colocaban en cabeza de la demandada, por lo menos, un pronunciamiento categórico, ejercido a través de un particular celo de su –desajustada- actuación. Sin embargo, ello no es lo que aconteció en la emergencia. Por el contrario, tanto al contestar como al alegar de bien probado, se limitó a exponer someramente su posición sobre los agravios formales ensayados por la accionante al demandar. Ni una sola palabra dijo sobre la imputación de desviación de poder; ni un ápice de tinta derramó sobre las comunicaciones internas entre los funcionarios de las dependencias del BPS de Santa Clara

de Olimar, en las que se expresó, con inusitada avidez, que la concubina era amiga de la Dra. GESTIDO de Registro.

Sin embargo, lo que termina de confirmar el intento deliberado de ocultamiento de la desviación de poder alegada por la actora, lo constituye el hecho de la Administración de no haber agregado la prueba documental obrante en su poder de las aludidas comunicaciones. En efecto, los correos electrónicos que patentizan las afirmaciones de la accionante no surgen de los antecedentes administrativos (cuya agregación se solicitó en forma completa), sino de la prueba diligenciada por la pretensora (fs. 3 en carpeta de documentación en 24 fs.). De ello se concluye, sin mayores esfuerzos, que la falta de contestación sobre el agravio deducido no responde a una mera desatención, sino a un designio recalcitrante del BPS de soslayar la verdad de lo actuado.

V.I.IV) La voluntad que trasunta la Administración demandada en los antecedentes administrativos y en el presente proceso.

Una vez que se agrega la prueba documental ella debe examinarse íntegramente, porque se conforma el deber jurisdiccional de decir el Derecho (*iurisdictio*). No otra finalidad tiene la ley al requerir la agregación de los antecedentes del acto enjuiciado, bajo un apercibimiento muy específico.

Como se adelantó, en este caso en particular, el Tribunal habrá de referir más específicamente a la voluntad de la Administración que se expresó en tres resoluciones: N° 03-940-1045-2013, N° 03-963-2015-1231 y N° 03-936-2017-2197. Porque en esas tres resoluciones que refieren indudablemente al mismo tema (quién tiene derecho al beneficio pensionario) anida la voluntad de la Administración, voluntad que en este

proceso anulatorio resulta seriamente cuestionada: no solo por razones formales, sino además por haber actuado con desviación de poder.

En definitiva, a juicio de este órgano, la verdadera voluntad del BPS “se devela” en el examen de todos sus actos de volición, plasmados en tres resoluciones, que constituyen el continente o el ropaje de una sola y unívoca voluntad de la Administración: favorecer a la concubina con el otorgamiento de una pensión sin conferir el derecho de defensa a la interesada principal, la cónyuge y viuda, quien tenía además la posibilidad de aportar datos (hechos) y la prueba o contraprueba que permitiera desvirtuar la existencia del concubinato invocado por la Sra. CAETANO

V.II) Fijación definitiva del objeto del proceso.

En función de estas coordenadas, cabe establecer que el objeto del proceso –entendido cabalmente- lo constituye la voluntad del BPS trasuntada en las Resoluciones N° 03-940-1045-2013, N° 03-963-2015-1231.

Es más, se podría decir que el dictado de la Resolución N° 03-936-2017-2197 en pleno curso de este proceso de anulación constituye, cuando menos, un acto “extraño”, pues parece querer conducir a la actora a desistir de la decisión jurisdiccional.

No obstante, a poco que se observe en profundidad –y leyendo a veces entre líneas- las actuaciones administrativas y judiciales en su conjunto, no puede menos que concluirse que el objeto del presente proceso es extraer del mundo jurídico la voluntad de la Administración de conceder una pensión a la Sra. CAETANO.

Y ello aflora, en este proceso, si se examina la conducta de la demandada. Por ello, importa resaltar:

La actora interpuso acción de nulidad en contra de la resolución del BPS N° 03-963-2015-1231 de 10 de setiembre de 2015, cuyo dispositivo reconoció la unión concubinaria entre su cónyuge fallecido y la Sra. CAETANO, con la consecuente disminución del servicio pensionario percibido por la accionante (fs. 16 A.A. en carpeta de antecedentes de 183 fs.).

En el decurso del procedimiento administrativo, una vez promovida la presente acción anulatoria, la Administración demandada, mediante resolución N° 136/2017 de 3 de febrero de 2017 (fs. 50 vto.-51 A.A. en carpeta de antecedentes de 80 fs.), revocó la antedicha resolución. En síntesis, la revocación obedeció a razones estrictamente formales, ya que el acto objeto de impugnación había sido dictado sin conferir vista previa.

Resuelto el escollo formal anterior, la Administración recompuso las actuaciones administrativas, dictando un nuevo acto administrativo, cuyo contenido no hizo más que replicar el del acto originario. En consecuencia, tuvo por reconocida la unión concubinaria del cónyuge fallecido de la actora con la Sra. CAETANO, disminuyendo así la pensión que percibía la promotora (fs. 71 A.A. *ibídem*).

Delimitadas las circunstancias precedentes, importa pronunciarse sobre la incidencia del cúmulo de actos administrativos reseñados respecto del objeto de la presente acción.

Pues bien, la conclusión está dada por la subsistencia del objeto del proceso delimitado en la demanda y en la contestación, a saber, lo resuelto por la citada resolución N° 03-963-2015-1231 que, según lo indicado, tuvo por reconocido el concubinato entre el cónyuge fallecido de la actora y la Sra. CAETANO, afectando así la pensión de la accionante.

En efecto, el contenido dispositivo del acto objeto de impugnación constituye la **voluntad de la Administración**. Dicha voluntad, pese a la revocatoria acaecida, permaneció incólume ante el dictado de un nuevo acto con idéntico contenido al revocado (todo ello durante el transcurso del proceso anulatorio).

En consecuencia, importa distinguir el contenido del continente del acto. Así, aunque varió el continente de la expresión de la voluntad administrativa, el contenido es exactamente el mismo.

De modo coadyuvante con las consideraciones precedentes, importa señalar la actitud endoprocesal de la Administración que, en ninguna instancia del presente proceso, promovió su clausura por falta de objeto, lo cual avala la postura asumida, dada por la subsistencia del objeto, a partir de la persistencia de la misma voluntad de la Administración (mismo contenido del acto en diverso continente). En la misma orientación cabe destacar que la actora y la Administración, en la respuesta a la diligencia para mejor proveer (fs. 88 y 90), fueron contestes en señalar que el acto objeto de impugnación seguía desplegando sus efectos, lo cual viene a comprobar lo indicado, consistente en la persistencia de la voluntad de la Administración, más allá de su continente.

La postura precedente se adecua también al principio de buena fe y a los imperativos que dimanan del principio de tutela jurisdiccional efectiva. Véase que no puede someterse al Administrado a una interminable “calesita” de resoluciones, marchas y contramarchas, todas las cuales llevan al mismo destino y cuya solución vendría a ser obturar el acceso a la jurisdicción.

En suma, conforme viene de indicarse, el objeto de la presente acción se encuentra determinado por la voluntad de la Administración, expresada en la Resolución N° 03-963-2015-1231 (fs. 162 A.A. en carpeta de antecedentes de 183 fs.), confirmada por la Resolución N° 03-936-2017-2197 (fs. 71 A.A. en carpeta de antecedentes de 80 fs.), que reconocieron la unión concubinaría entre el cónyuge fallecido de la actora y la Sra. CAETANO, con la consecuente disminución de la pensión de la promotora.

VI) Las potestades del Banco de Previsión Social al resguardo del art. 20 de la Ley No. 18.246.

Aclarados los puntos precedentes, corresponde ingresar en el análisis de los agravios articulados por la actora al demandar de nulidad.

En primer lugar, y en cuanto al agravio fincado en la auto-atribución de competencia jurisdiccional por parte del organismo previsional, el Tribunal entiende que no le asiste razón a la accionante.

El art. 20 de la Ley No. 18.246 establece con meridiana claridad: *“Para determinar los derechos y obligaciones de seguridad social a que hubiere lugar, la prueba de los extremos requeridos por los artículos 1° y 2° de la presente ley se realizará en el organismo previsional que correspondiere según la inclusión de los servicios respectivos, sin perjuicio de la eficacia que a tal fin tendrá, en lo pertinente, el reconocimiento judicial obtenido conforme a lo previsto en la ley”*.

A falta de ese reconocimiento judicial de la unión concubinaría, el art. 20 transcrito admite que la prueba de los extremos requeridos por los arts. 1 y 2 de la Ley No. 18.246 se realice en el organismo previsional correspondiente, y a partir del año de vigencia de la ley, en el que

corresponda de acuerdo con la inclusión de la actividad del concubino fallecido.

La disposición legal habilita, **a los solos efectos pensionarios**, a que la Administración “categorice” los hechos y determine si pueden subsumirse en los supuestos normativos regulados por la Ley de Unión Concubinaria. La circunstancia particular de que en el caso no se haya citado a la cónyuge supérstite desde el inicio de las actuaciones no quita relevancia a que el BPS pueda -y deba-, frente a la solicitud de la presunta concubina, diligenciar la prueba que se solicite para acreditar los extremos exigidos por los arts. 1 y 2 de la Ley No. 18.246. Y ello, porque detrás del art. 20 del referido cuerpo normativo descansa el principio constitucional de buena administración, que coloca al BPS como principal interesado – junto a los solicitantes u opositores- en el otorgamiento de las pensiones y su consecuente afectación del dinero de las arcas públicas.

Como bien lo indica la demandada en Informe N° 28.380 de 11 de setiembre de 2017: *“La determinación del derecho a los afiliados de las distintas prestaciones, controlando, diligenciando y evaluando la prueba requerida a efectos de constatar los extremos establecidos en la ley para el otorgamiento de las distintas prestaciones, es uno de los cometidos básicos del BPS.*

Dicho procedimiento concluye en un acto administrativo – otorgando o denegando la prestación solicitada-, que como todo acto administrativo resulta recurrible y procesable ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Vale decir, está sujeto siempre a contralor jurisdiccional, que de considerar ilegítima la actuación del BPS,

procederá anular el correspondiente acto administrativo” (fs. 65 A.A. en carpeta de antecedentes de 80 fs.).

En suma, el reproche fundado en la “atribución de competencia” por parte del BPS para diligenciar la prueba de una presunta unión concubinaria a los efectos pensionarios habrá de ser desestimado.

VII) Sobre la violación a las garantías del debido proceso.

La accionante se agravió, en segundo término, del retaceo de garantías que supuso el obrar administrativo en el transcurso de los procedimientos. Así, sostuvo que no tuvo oportunidad de controlar la prueba diligenciada que sirviera de fundamento a la Administración para tener por reconocido el vínculo concubinario entre la Sra. CAETANO y el causante, Sr. DÍAZ.

A juicio del Cuerpo, le asiste plena razón a la promotora en su planteo, por lo que corresponderá amparar el agravio, con las precisiones que seguidamente se efectuarán.

De forma liminar, importa destacar que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en una jurisprudencia constante desde mediados de la década del 90, ha sido muy celoso de la observancia de la regularidad del procedimiento administrativo, en el sentido de que el debido proceso no se limita a la posibilidad de efectuar descargos, **sino también comprende la facultad de proponer probanzas e importa al derecho a que éstas sean diligenciadas bajo el contralor de los interesados o potencialmente afectados** por el dictado del acto que introducirá una modificación en su esfera subjetiva.

En la emergencia, emana de la compulsión de los antecedentes agregados a la causa que la accionante no tuvo oportunidad alguna de controlar el diligenciamiento de la prueba testimonial practicada por la Administración. Específicamente, y en el marco de un procedimiento administrativo ante el BPS, el artículo 66 del Reglamento del Procedimiento Administrativo, preceptúa:

“El Banco de Previsión Social podrá disponer de oficio las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos acerca de los cuales debe dictar resolución.

Si mediare pedido de parte, deberá disponer la apertura de un período de prueba por un plazo prudencial no superior a los treinta días, a fin de que puedan practicarse cuantas sean legalmente admisibles y juzgue conducentes o concernientes al asunto en trámite.

Las partes tienen derecho a controlar la producción de la prueba solicitada; a tal efecto, la Administración les comunicará con antelación suficiente el lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba y les hará saber que podrán concurrir asistidos por técnicos” (El resaltado no pertenece al original).

El Tribunal, en términos que resultan enteramente replicables al presente, ha dicho que el actuar contrario a las mencionadas reglas de derecho violenta las garantías seculares del debido proceso, *“desde que no se citó a la actora o a su representante legal para presenciar la declaración de los testigos ofrecidos, impidiéndosele ejercer su derecho de defensa, principalmente el control de la diligencia probatoria y la oportunidad de repreguntar”* (Cfe. Sentencia No. 1002/2017).

Y ello, en el caso, constituía un deber que la Administración debió reforzar frente a la concreta y grave imputación de desviación de poder, fundada por la actora en el –acreditado- amiguismo entre las funcionarias de las dependencias del BPS de Santa Clara de Olimar y la Sra. CAETANO, quien a la postre fuera declarada concubina del fallecido Sr. DÍAZ.

Lo actuado aparece también confrontado a lo estatuido por el propio Instructivo interno del BPS, aprobado por Resolución N° 04-407-0234-2011, cuyo punto 3 establece diáfamanamente:

“Si el reconocimiento de la Unión Concubinaria se solicita ante este Instituto de Seguridad Social:

a) Si existe persona viuda con derecho a pensión otorgado se deberá citar, pudiendo la misma ejercer el derecho de oposición.

b) De ejercitarse tal derecho y si se acreditare que continuó a la fecha de fallecimiento la vida de consuno con el causante, ello obstará al reconocimiento de la Unión Concubinaria, confiriéndose vista previa (a quien alegó la Unión Concubinaria) de la adopción de resolución denegatoria fundada”.

No obstante, en el *casus*, el proceder administrativo fue inversamente proporcional a la economía de la resolución precedentemente transcrita. En efecto, la vista a la Sra. ADDA (viuda del Sr. DÍAZ) se confirió una vez diligenciada toda la prueba ofrecida por la presunta concubina. Así, se afectó el derecho de defensa de la promotora, que era quien estaba en mejores condiciones de rebatir, desde un primer momento, los extremos exigidos por la Ley No. 18.246 para el pretendido reconocimiento de la unión concubinaria. Lo antedicho se refuerza por el hecho de que la Sra.

ADDA ya se encontraba percibiendo el 100% de la pensión derivada del fallecimiento del Sr. DÍAZ, por lo que la mengua y el eventual perjuicio que pudiera sufrir justificaba, aún más, su participación desde el comienzo de las actuaciones.

En Sentencia No. 413/2004, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRIA, el Tribunal manifestó que: *“...el concepto de indefensión es un concepto relativo, cuya valoración exige colocarse en una perspectiva dinámica o funcional, es decir en una perspectiva que permita contemplar el procedimiento en su conjunto y en el acto final como resultado de la integración de trámites y actuaciones de distinta clase y procedencia, en los que el particular va teniendo oportunidades sucesivas de defenderse y de poner de relieve ante la Administración sus puntos de vista. El vicio de forma carece, pues, de virtud en sí mismo, su naturaleza es estrictamente instrumental, sólo adquiere relieve propio cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo en la decisión de fondo y alterando, eventualmente, su sentido en perjuicio del administrado y de la propia Administración....”* (El resaltado no pertenece al original).

En suma, y atento a que la flagrante violación a las garantías del debido proceso supuso una concreta afectación a los derechos de la viuda, corresponde amparar el agravio de la accionante sobre el punto.

VIII) Sobre la alegada desviación de poder.

VIII.I) Del debido cumplimiento de las cargas de la afirmación y de la controversia categóricas.

VIII.I.I) Del cumplimiento de la carga respectiva por la actora.

En términos enteramente trasladables al proceso contencioso-anulatorio, la redactora ha sostenido en obra de su autoría que:

“El Ordenamiento Procesal vigente (art. 117 num. 4) CGP), se afilia -como el anterior- a la teoría de la sustanciación, lo que significa que la demanda debe contener una relación circunstanciada de los hechos que originan el derecho que se alega, la que resulta necesaria para fundamentar el petitum. El objeto de la pretensión y el del proceso estará constituido no solo por la relación jurídica, sino, también, por los fundamentos de hecho y de derecho que determinan la deducción de dicha pretensión y el petitorio al juzgador

La pretensión procesal debe exponer de manera explícita los hechos relevantes de los cuales el actor intenta extraer determinadas consecuencias jurídicas favorables a su interés, de conformidad con el aforismo da mihi factum, dabo tibi ius. En consecuencia, toda alteración del relato, en hechos con relevancia jurídica, es decir, aquellos que delinean la pretensión o defensa, se encuentra vedado por el Ordenamiento vigente, fuera de las hipótesis de excepción (arts. 117, 121, 257.3 y 341 num. 2). La causa petendi debe hallarse en los propios términos del relato, en virtud del principio dispositivo y su aplicación en el ámbito relativo al material fáctico. Este límite ha de respetarse por el acto culminante del proceso, la sentencia, so pena de incurrir en vicio de incongruencia (arts. 1º y 198 CGP).

Sin embargo, es posible que, en circunstancias excepcionales y de conformidad con un poder-deber establecido por la ley, el tribunal se encuentre en la situación de aportar hechos al proceso. Ello acontecerá toda vez que deba relevar de oficio alguna cuestión que se base en

cuestiones fácticas, como algunos presupuestos procesales, los casos de fraude, los hechos concernientes a la prueba.

En otras palabras, los hechos atinentes a temas que el tribunal debe examinar de oficio escapan al aforismo da mihi factum, dabo tibi ius.

En los casos de fraude, el tribunal debe jugar un rol protagónico, en la orientación de la búsqueda de la verdad que, naturalmente, incumbirá a los interesados, porque rige el principio general de Derecho fraus omnia corrumpit”.

Y luego, al referir a la carga de plenitud e integridad del líbelo pretensivo, se dijo:

“La carga de plenitud e integridad del relato fáctico-jurídico de la demanda debe cumplirse cabalmente. Toda deficiencia en la satisfacción de esta carga, de efectuar un relato completo y veraz, íntegro, sin omisiones trascendentes, sin soslayar ningún dato relevante para la resolución de la litis, desencadena una serie de consecuencias procesales establecidas por el Ordenamiento Adjetivo. Puede acontecer que estas se hallen previstas en forma expresa para determinadas situaciones, o bien puede inferirse de estas inconductas un indicio endoprocesal en contra de quien debía actuar de determinada manera y no lo hizo. Así, por ejemplo, el incumplimiento de contestar frontalmente hechos ofensivos para cualquier ciudadano común, no urgir la producción de un medio propuesto, abandonar el proceso” (KLETT, S., op. cit., ps. 249 y sgtes.).

Eso fue lo que aconteció en el presente caso. Mientras que a la actora le era una situación difícil aportar un relato completo, porque precisamente la desviación de poder constituye un supuesto que debe develarse, no aparece a la luz, se esconde, correspondía a la demandada —que representa

al Estado- brindar una respuesta categórica, que aventara toda duda sobre su actuación. No solo que no actuó de esa forma, sino que, por el contrario, mantuvo un silencio relevante para un sujeto de derecho acusado de actuar en contra de los más caros preceptos constitucionales. Ningún ciudadano puede permanecer ajeno a una atribución de este porte. Pero, con mucha mayor razón debe defenderse el Estado si se le imputa desviación de poder, como acontece en el *sub iudice*.

Por ello, entiende el Tribunal que la actora cumplió cabalmente con la carga de la afirmación, al describir los vestigios, los “retazos” de realidad que le mostraba el proceder de ciertos funcionarios de la Administración demandada. No se le puede exigir a la actora que exponga más que los magros elementos de los que se puede inferir tal supuesto. Porque se trata –para quien incurre en él- de ocultar esa realidad, de presentar una voluntad (la declarada) que no se compadece con la real.

Y ello, porque “*Como se advierte, existen “objetos difíciles de probar”, ya por las situaciones que entrañan, por los sujetos singulares que intervienen o por la combinación de ambos elementos. En esta línea se encuentran las situaciones de violencia doméstica, la basada en género, acoso sexual, laboral, docente, los fenómenos de mobbing, bossing, bullyng, el despido abusivo, la destitución ilegítima (arbitraria) de un funcionario público. El jurista debe aguzar los sentidos para encontrar la prueba que permita fundar su posición*” (Klett, S., “El estado y el avance de la ciencia procesal respecto de la actividad probatoria en vistas a posibles reformas”, II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas de Derecho Procesal del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la

International Association of Procedural Law, Ed. Atelier, Libros Jurídicos, Barcelona, España, 2018, p.605).

Aplicando dichos conceptos puede afirmarse en el presente que *“no puede razonablemente exigirse una conducta diversa a la asumida en el acto de proposición”*, dada la naturaleza de los hechos. La desviación de poder constituye un hecho psíquico del cual sólo se advierten indicadores, indicios, “retazos”, actos fallidos. Pero, que no aparecen en la realidad, porque precisamente, por no constituir un acto legítimo se tiende a ocultar y a crear una “realidad” que ostente la apariencia de tal: de una actuación legítima (sobre la prueba indiciaria en un supuesto de desviación de poder, ver Sentencia No. 508/2014 de este Tribunal)

Como se sostuviera por el TAC 3º en Sentencia No. 99/03, cuyos exactos razonamientos son enteramente replicables al presente:

“Ello determina que, en estas coordenadas y en el marco de lo dispuesto por el art. 117 num. 4) CGP, pueda admitirse un relato de los hechos que comprenda los aspectos esenciales fundantes de la pretensión, sin requerir un detalle que no es propio del conocimiento y manejo del administrado, siendo por otra parte de destacar que la forma de la demanda presentada infolios no impidió el desarrollo de la adecuada defensa de la entidad estatal demandada”.

“Por otra parte, debe concluirse que la “parquedad” o la falta de descripción detallada en la demanda estuvo impuesta por la conducta de la demandada que mediante actos formales ocultaba su verdadera intención” (Sentencia N° 99/03, ADCU, t. XXXIV).

Era muy sencillo para la Administración despejar toda duda sobre la objetividad e imparcialidad de su actuación, atendiendo a ese pedido. Sin

embargo, y como se expusiera *supra*, no solo no controvertió categóricamente la imputación de desviación de poder, sino que también, deliberadamente, pretendió ocultarla al no agregar la prueba documental requerida.

VIII.I.II) Del incumplimiento de parte de la Administración demandada de la carga de la controversia categórica, de la contestación completa, precisa y circunstanciada. Consecuencias de su omisión.

En el caso de autos, como en todos aquellos en los que se atribuye al Estado demandado una hipótesis de desviación de poder, la carga de la contestación debe ser no solo categórica, sino precisa y circunstanciada, aportando todos los elementos que permitan descartar la existencia de aquella.

En tal sentido, cabe sostener que existen, cuando menos, dos razones para exigir de la Administración una conducta muy clara:

1º) Porque a la Administración no le está permitido actuar con displicencia en el proceso. Ostenta un deber de colaboración que está reforzado, y por ende, debe brindar una respuesta circunstanciada que descarte toda conducta ilícita. La falta de controversia específica y la no agregación de los documentos que podrían significar un pronunciamiento en su contra atenta contra los principios de verdad material y de colaboración, consagrados en el Decreto 500/991 y todo el ordenamiento jurídico procesal.

Sobre el punto, se ha sostenido que:

“La elaboración doctrinaria y jurisprudencial de más de veinte años acerca del art. 130 CGP significa conferir un claro alcance y contenido al

adecuado cumplimiento de la carga de la contestación categórica. En este tema, además del inc. 4 del art. 130 ya examinado, no hubo cambios: es decir, la contestación debe ser categórica, precisa, no equívoca, circunstanciada y aportando todos los elementos necesarios para la correcta decisión de la litis.

Así, acerca de la índole de la carga regulada por el art. 130, se entiende por tal “un pronunciamiento claro, preciso y circunstanciado, respecto de cada uno de los hechos esenciales sobre los que versa el litigio... Esta exigencia no constituye sino la contracara de la carga de la afirmación prevista en el art. 117 num. 4), para el actor, extensible al demandado en función del art. 130.1, puesto que los requerimientos de claridad, precisión y buena fe resultan capitales en todo acto de proposición. Se atribuye consecuencias negativas al silencio del demandado, sus manifestaciones ambiguas, reticentes o evasivas y a la negativa genérica e indeterminada”.

En particular, para aquellos curiales que ejercen la Abogacía del Estado debe exigírseles un adecuado ejercicio de la carga edictada en el art. 130, desde que no rige, a su respecto, la respuesta de expectativa. Por otra parte, el Estado tiene el deber de brindar continuidad a su gestión. Por lo tanto, una respuesta de expectativa difícilmente podría concebirse, del mismo modo que tampoco cabe una respuesta genérica.

Se trata del pronunciamiento categórico que se debe exigir a cualquier litigante. Si es una persona jurídica –ya sea pública o privada– existen mecanismos de averiguación, además de los asientos correspondientes en los documentos que se deberían tener para llevar a cabo la gestión correctamente y con transparencia. De ellos, se puede

inferir qué hechos sucedieron y la forma de su acaecimiento. Se trata de los hechos conocidos o de aquellos sobre los cuales se puede obtener el conocimiento que exige la ley utilizando la diligencia media” (KLETT, S., op. cit., ps. 371-372).

2º) Debe ser frontal, porque se le está endilgando un proceder muy alejado de los patrones constitucionales: se le atribuye desviación de poder.

Podría decirse que cuanto mayor es la entidad del vicio denunciado, mayor debería ser la diligencia de la Administración en su obrar y el celo al controvertir una demanda promovida en su contra. El Estado no puede emitir una respuesta genérica. Pero, mucho menos puede hacerlo cuando se le atribuye un vicio mayor, un vicio de envergadura.

El deber de veracidad que alcanza a todo litigante (art. 63 CGP) adquiere mayor intensidad cuando se trata del Estado, lo que se halla refrendado por el art. 2 del Decreto 500/991 (aplicable por lo dispuesto en la RD N° 40-2/97), cuyo acápite dispone: *“La Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho y debe actuar de acuerdo con los siguientes principios generales...”*; para seguidamente enunciar en sus diversos literales los principios de: *“imparcialidad”* *“legalidad objetiva”*, *“verdad material”* y *“buena fe, lealtad y presunción de verdad salvo prueba en contrario”*.

Como se expusiera a lo largo de este dispositivo, la demandada no dedicó, en instancia alguna, una sola oración a controvertir la imputación de desviación de poder planteada por la actora. Pero no ocurrió solo eso, sino que también omitió agregar la totalidad de los antecedentes, incluidas aquellas actuaciones que evidenciaban su proceder ilegítimo. Tal obrar es contrario a los más caros principios recogidos por nuestra Constitución y

todo el ordenamiento jurídico infravalente, pues es la Administración el sujeto que cuenta con todos los instrumentos y mecanismos para llegar a la verdad de los hechos y reconducir el camino si existió error o mala fe de parte de alguno de sus funcionarios.

Dicho proceder omiso de la Administración en todo el transcurso del procedimiento administrativo y en el presente proceso jurisdiccional despliega una consecuencia muy específica, cual es la admisión de los extremos fácticos alegados por el actor. Por ello, cabe concluir como lo ha hecho el Cuerpo en diversas oportunidades, que: *“Tal actitud procesal de la demandada, de absoluto SILENCIO en punto a CONTROVERTIR los extremos fácticos alegados en la demanda anulatoria, sumado a la respuesta evasiva y genérica contenida en su acto de proposición, determinan la admisión de los extremos alegados en la demanda. Debe de verse, que los arts. 130.2 (en la redacción dada por el art. 1 de la Ley 19.090) y 137 del C.G.P., art. 104 del Decreto-Ley 15.524, armónicamente considerados rectoran que el silencio, las respuestas ambiguas o evasivas, así como la falta de contestación se tendrán como admisión de los hechos alegados en la demanda, en cuanto no resultaren contradichos por la prueba de autos y no se tratare de derechos indisponibles. Solo en circunstancias excepcionales podrá el Tribunal no aplicar la regla de admisión, atendiendo a razones debidamente fundadas expuestas para invocar que no se recuerda algún hecho o circunstancia alegada por el actor. Como señala VALENTÍN la ley equipara la incontestación de la demanda a la contestación no contradictoria, o con respuestas ambiguas o evasivas. Entonces, en caso de incontestación, con o sin declaración en rebeldía, los hechos se tendrán por admitidos*

conforme a la versión del actor, por lo que se tendrán como existentes o inexistentes, de acuerdo a su alegación, salvo que resultaren contradichos por la prueba de autos, siempre que se trate de cuestiones disponibles (VALENTÍN, Gabriel: “La reforma del Código General del Proceso”, FCU, 1ª Edición, 2014, pág. 98)” (Cfe. Sentencia No. 523/2017, entre muchas otras).

VIII.II) La desviación de poder como ejemplo emblemático de la diferencia entre la voluntad declarada y la voluntad real.

Al decir de GIORGI: *“Existe desviación de poder cuando el acto administrativo ha sido dictado en consideración a un fin distinto -sea de interés público o privado- a aquel que se tuvo en vista al conferirse los poderes jurídicos a la Administración. El acto no se ajusta al fin propio o específico del servicio” (GIORGI, H. “Obras y Dictámenes. Recopilación”, La Ley Uruguay, 1ª Edición, 2010, p. 857).*

El Prof. CASINELLI, en idéntica orientación, enseña que: *“la inclusión, aparentemente superabundante, de la desviación de poder en el artículo 309 y de la buena administración en el artículo 311, valen como consagración expresa, a nivel constitucional (...) de que las autoridades administrativas deben siempre ejercer sus potestades con el designio de perseguir el interés del servicio...” (CASSINELLI MUÑOZ, H., “Derecho Público”, Montevideo, F.C.U. 2009, p. 339).*

Ahora bien, cuando la Administración ejerce en forma desviada las potestades que les fueron concedidas por las normas de nuestro ordenamiento jurídico tiende, en general, a solapar su actuar en un falso ropaje de legitimidad. Y la hipótesis a estudio no constituye la excepción. De ahí proviene la ya referida dificultad de alegar y probar un supuesto de

desviación de poder, por cuanto la voluntad declarada se halla precedida de un procedimiento aparentemente legítimo, que trata de encubrir y sellar cualquier viso que demuestre la desajustada y viciada voluntad real de la Administración.

El fin debido debe siempre coincidir con el fin querido, aunque sea contrario a los intereses de quien dicta el acto administrativo. No obstante, en ocasiones, cuando ello no ocurre, se evidencian artilugios dirigidos a encubrir la voluntad real por debajo de la voluntad declarada. Entonces, lo que cabe preguntarse es: ¿puede esa voluntad declarada primar sobre la voluntad la real?; ¿es la simple apariencia de legitimidad suficiente para contentarse frente a una imputación de desviación de poder? La respuesta negativa a ambas interrogantes se impone sin cuestionamientos.

Las siempre presentes enseñanzas de GAMARRA permiten explicar lo dicho de otra manera. En efecto, el Maestro, al estudiar el abuso de derecho, expresa que: “... *el abuso se configuraría cuando el sujeto se mantiene dentro de los límites del derecho subjetivo, y por ello existe una aparente conformidad entre el comportamiento del sujeto y el contenido de su derecho subjetivo, lo cual le confiere una “juridicidad formal” que lo separa claramente del exceso*”.

Y líneas más adelante, luego de criticar la tesis intermedia planteada por JOSSERAND en su réplica a PLANIOL, dice: “... *la apariencia de licitud o la “juridicidad formal” no vuelve lícito el acto abusivo, de igual modo que no pueden conferírsele a la simulación o al negocio indirecto fraudulentos, aunque estos empleen las formas exigidas por la ley (la escritura pública, por ej.). Un acto no puede ser lícito en su forma e ilícito en su contenido o sustancia, porque es una unidad, que exige, por*

ello mismo, una consideración y juicio homogéneos” (GAMARRA, J., “*Tratado de Derecho Civil Uruguayo*”, t. XIX, F.C.U., Montevideo, 2000, ps. 199 y 200) (El resaltado no pertenece al original).

En la emergencia, la voluntad real de la Administración consistió, de manera inalterada y sin valorar adecuadamente las probanzas diligenciadas, en reconocer la unión concubiniaria entre la Sra. CAETANO con el difunto Sr. DÍAZ, para que la primera pudiera acceder al beneficio pensionario que, a la postre, fuera reducido en un 50% a la viuda que ya lo percibía. El diligenciamiento de prueba, la vista –inoportunamente- conferida, las respuestas y las omisiones a los vicios denunciados por la accionante en vía administrativa y en esta instancia, así como la revocatoria que diera lugar al dictado de una tercera resolución con idéntico contenido a las dos que le antecedían, no fueron más que actos tendientes a encubrir un único e ilegítimo designio, fundado en el amiguismo de la peticionante, Sra. CAETANO, con las funcionarias del BPS de Santa Clara de Olimar.

VIII.III) La desviación de poder se aprecia en el procedimiento administrativo.

Conforme lo ha apuntado nuestra doctrina “*El Consejo de Estado francés admite con fines probatorios no sólo aquellos elementos que traigan la demostración efectiva de los hechos, sino también los que permitan formar convicción de que la desviación de poder se ha cometido. Entre esos elementos, y además del expediente administrativo, pueden incluirse correspondencia, instrucciones y circulares; explicaciones dadas por la Administración; formalidades y deliberaciones que han precedido a la decisión; informes; antecedentes administrativos; en general, todo aquello que pruebe las circunstancias y*

caracteres de la causa, y que evidencie, por ejemplo, una actuación precipitada o anormalmente rápida; un estado de excitación o de ira; la inexistencia de los motivos dados; el carácter sistemático de ciertas medidas o rechazos; parcialidad en las soluciones o tratamiento desigual con respecto a otros administrados; generalización de una medida que debió ser particular; ausencia de motivación cuando ella es legal o reglamentaria o racionalmente exigible, etc.” (ALBANELL MAC-COLL, E., “*La Acción Ordinaria de Responsabilidad fundada en el Abuso o Desviación de Poder*”, en LJU, t. III, D-13, p. 6) (El resaltado no pertenece al original).

A juicio del Tribunal, la configuración de desviación de poder resulta de la clara prueba ofrecida por la actora en estos obrados. Basta con la simple lectura del correo electrónico enviado por la Esc. María Susana BARRETO el 27 de junio de 2013 al Sr. José Luis Sotelo, con copia a la Dra. Jimena GESTIDO, para arribar a tal conclusión. En dicha oportunidad, la referida funcionaria comunicó: “*Hola Joselo, como andas?? Este asunto es para notificar a la esposa que le reducirán la pensión por la concubina desde 6 de mayo. **La señora no va y no va a ir porque no le interesa**, mientras tanto la concubina no puede cobrar su pensión. Podrán implementar por notificador???* Porque esto es un perjuicio para la concubina que se probó que hacía 15 años vivía con el fallecido. Acá en Atyr es lo que hacemos cuando no vienen. **Te comento (a título anecdótico) que la señora es amiga de la Dra. Gestido de Registro y no se animó a llamarte porque no te conoce**” (fs. 3 A.A. en carpeta de documentación de 24 fs.).

Cabe recordar, una vez más, que la Administración –en sus decisiones- “es juez y parte”. Por ello, ostenta deberes reforzados de objetividad, imparcialidad y transparencia. Su parcialidad –requerida para funcionar- debe equilibrarse con un actuar diligente y probo, examinando todas las circunstancias de acuerdo con la prueba de autos: oyendo con los mismos oídos las tesis de ambos. En este caso, es más claro aún, ya que ante los derechos indubitados de la cónyuge viuda debía actuarse con extremo cuidado, si se trataba de afectar su esfera de derechos. La Administración debió contemplar los nítidos derechos de la Sra. ADDA, quien ya gozaba legítimamente de una pensión. Precisamente, si la concesión de otra pensión a la Sra. CAETANO significaba la afectación de los derechos legítimamente reconocidos, era elemental su participación en el proceso administrativo en el que se decidió conferir la pensión a la concubina. El Estado estaba en conocimiento que la concesión de una nueva pensión reduciría la de la cónyuge. No podía, pues, obviar su participación.

La voluntad de la Administración de otorgar una pensión a la concubina soslayó el interés directo de la viuda, violando el derecho de defensa del legítimo contendor. Justamente, se le debió habilitar especialmente el contralor de las actuaciones administrativas, puesto que estaba denunciando un trato diferencial a favor de la concubina. La actora debió ser amparada en su derecho de controlar el desarrollo del procedimiento desde el punto de vista de su regularidad formal, así como del mérito del asunto, a saber: si la Sra. CAETANO tenía el derecho que alegaba, lo que implicaba una prueba irrefutable de la existencia del concubinato y de su duración.

Porque, además, como se expusiera al analizar el agravio de afectación de garantías del debido proceso, el procedimiento interno del BPS para casos como el de obrados es diametralmente opuesto al que se verificó en los hechos. Frente la existencia de una persona viuda cuyo derecho a pensión ya había sido reconocido, la citación debió efectuarse desde un primer momento, para luego, recién, conferírsele vista a la presunta concubina de la oposición. Pero no solo eso no aconteció en el transcurso del procedimiento, sino que también presumió y decidió, infundadamente, que la Sra. ADDA no tenía interés en efectuar ningún descargo contra el reconocimiento de la unión “informalmente” ya comprobada. La Administración no recondujo ni recompuso las actuaciones conforme a derecho. Tampoco emitió una sola palabra en relación a la grave imputación de desviación de poder formulada por la accionante. Todo lo cual lleva a que el agravio, en los términos planteados, deba ser amparado.

IX) Colofón.

Por estas razones, el Tribunal habrá de hacer lugar a la pretensión de la actora, porque no se puede cohonestar el proceder de la demandada en el *casus*. No se le puede exigir ingresar en la “calesita” infinita que significaría el actuar reactivo ante la acción de la Administración. Como se dijera, avanzado este proceso de anulación, se dictó la Resolución N° 136/2017, la que no fue ejecutada. No se puede razonablemente obligar a la actora a volver a recurrir, porque, como ya se dijo, la voluntad de la Administración es una y unívoca: conceder el beneficio pensionario a la Sra. CAETANO RODRÍGUEZ, vulnerando el derecho de defensa de la pretensora y, en consecuencia, incurriendo en desviación de poder.

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

FALLA:

Ampárase la demanda incoada y, en su mérito, anúlese, el acto impugnado, con las precisiones efectuadas en el Considerando V.II).

Sin sanción procesal específica.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios del abogado de la parte actora en la cantidad de \$33.000 (pesos uruguayos treinta y tres mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

Dr. Corujo, Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Echeveste, Dr. Vázquez Cruz, Dra. Klett (r.).

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).