

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 11 de octubre de 2018.

No. 415

VISTOS :

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "REPETTO, MARÍA MERCEDES con BANCO DE PREVISIÓN SOCIAL. Acción de nulidad" (Ficha No. 214/2016).

RESULTANDO :

I) Que a fs. 2 compareció la Dra. María Mercedes REPETTO a demandar la nulidad de la Resolución RD N° 39-23/2015, de 11 de noviembre de 2015, dictada por el Directorio del Banco de Previsión Social, por la cual se dispone su destitución en las tareas que desempeñaba en Gerencia de Prestaciones Salud-Unidad de Perinatología.

Expresó que no se negó a asistir al paciente. Ajustó su conducta al Procedimiento de Asistencia vigente en la UP, según el cual, dada la edad del paciente, no le correspondía atenderlo a ella por ser Médico Pediatra. Lo que la compareciente hizo fue acatar y cumplir el Procedimiento que rige en la UP, acto-regla que recoge lo que es el uso profesional (la *lex artis*) dentro de la Institución, y que tras lo ocurrido resultó ratificado, tal como surge del Comunicado emitido por la Gerencia de la UP agregado en el folio 354 del expediente administrativo. Resulta por ende, absurdo que por cumplir la normativa interna vigente, normativa ratificada aún después de acaecido este caso, la accionante se vea perjudicada con el dictado de la Resolución que determinara su destitución.

Entendió que la dilación en la atención del paciente se debió al error del personal de Enfermería, que de haber obrado conforme al Procedimiento, hubiera permitido que el paciente fuera atendido inmediatamente. Resulta inexplicable que las enfermeras hayan demorado 45 minutos en llamar al médico anestesista, Dr. García Bianchi, más aún cuando ya en la primera ocasión que se comunicaron con la accionante, se les hizo saber el orden de prelación vigente, instándolas a proceder conforme dicho protocolo asistencial; lo que fue desoído por dicho personal.

Señaló que independientemente de que no era su obligación hacerlo, colaboró en la asistencia que le brindó el Dr. García Bianchi, sugiriéndole incluso al anestesista que se comunicara con la Dra. Pandolfo, quien era el médico tratante del paciente; circunstancia que debería servir de fundamento para mitigar la eventual sanción que se impuso, aun cuando considera no correspondía aplicarle ninguna sanción.

Indicó que no se le comunicó que el paciente estuviera grave. Como surge del informe de la CO.SE.PA. que luce en el expediente administrativo. *“la comunicación entre enfermería y los pediatras fue parcial (solo se brindó información de la situación aguda respiratoria del paciente) por lo que consideraron que era más conveniente que fuera valorado por anestesista”*.

Destacó que aun cuando no tenía la obligación de hacerlo, colaboró con el Dr. García Bianchi en la asistencia del paciente, sugiriéndole incluso que se comunicara con la Dra. Pandolfo, sirviendo dicha comunicación para extubar al paciente, pues se trataba de un paciente terminal al que se le debían suministrar únicamente cuidados paliativos.

Agregó que en el expediente administrativo surge agregado un informe de CO.SE.PA, órgano independiente y técnico, que avala la correcta actuación de la Dra. Repetto.

Precisó que de haber la UP, cumplido con lo regulado en el art. 52 del Decreto N° 416/002, nada de esto hubiera ocurrido, pues al paciente lo habría asistido en forma inmediata el médico generalista/internista que se encontraba de guardia. Si todo esto ocurrió tiene como primer responsable al propio Sanatorio, que incumpliendo con la normativa vigente, pone en una posición desfavorable a sus trabajadores, pretendiendo ahora hacerlos responsables de algo que no habría ocurrido de no haberse violado flagrantemente la previsión del acto-regla referido.

Puntualizó que la actora contaba con excelentes antecedentes, siendo valorada por su superior como “una excelente profesional”, hecho que tampoco fue valorado al momento del dictado de la Resolución de destitución.

Añadió que la Dra. Pandolfo, médico tratante de Camargo, no se comunicó con ninguna de las pediatras de guardia (incluida la accionante) a efectos de que asistieran a su paciente, lo cual demuestra que no era necesario que lo hicieran, pudiendo éste entonces ser asistido por cualquier otro médico, sin necesidad de la especialidad que Repetto y Carrerou poseen.

Concluyó que recayó en la accionante una sanción gravísima, por el estricto cumplimiento de una norma que protocoliza la actuación médica y fija el procedimiento a seguir, lo que revierte el orden jurídico vigente (normas y principios de Derecho) sin fundamento ni razón justificada de especie alguna.

En definitiva, solicitó el amparo de la demanda.

II) Que conferido el correspondiente traslado, comparecieron a fs. 16 las Dras. Adriana SANGUINETTI GEMINO y Daniella D'ANATRO DEL CASTILLO, por el Banco de Previsión Social a contestar la demanda.

Luego de relatar los antecedentes del acto, refutaron los argumentos desplegados por la parte actora y destacaron que el protocolo de actuación en el que ésta se escuda a fin de eximirse de responsabilidad, no es más que un procedimiento a los efectos de ordenar la atención de los pacientes ingresados, pero bajo ningún concepto el mismo puede exonerar o eximir a cualquier profesional médico de su obligación de asistir al paciente. Además, como surge de la propia declaración de la actora ésta desconocía el Protocolo de referencia y tuvo conocimiento del mismo luego del caso de Federico Camargo. En su mérito y desconociendo el Protocolo, el argumento central utilizado en la demanda, resulta claramente inadmisibile.

Insistieron que el protocolo de actuación no es más que un procedimiento a los efectos de ordenar la atención de los pacientes ingresados, pero bajo ningún concepto el mismo puede exonerar o eximir a cualquier profesional médico de su obligación de asistir al paciente. Añadieron que el requerimiento a las pediatras correspondió a las especiales características del menor, tal como se desprende claramente de lo declarado al respecto por los Dres. Picovsky y Ferolla y del informe del Dr. Suárez.

Precisaron que la conducta del personal de enfermería fue evaluada en las actuaciones administrativas, indicando el Gerente de la Unidad de

perinatología que la actuación de dicho personal no le merecía objeciones en tanto “actuaron acorde a su experiencia clínica, a reglamento y a lo que la médica de la móvil les estaba requiriendo.

Indicaron que la accionante no puede alegar que no se le comunicó la gravedad del menor, cuando surge de todas las actuaciones que se le comunicó oportunamente el estado del paciente y la gravedad del mismo, por personal del Organismo (auxiliar y licenciada de enfermería, gerente Picovsky) y hasta por los propios médicos del SUAT.

Concluyeron que todos los profesionales convocados, sin distinción de especialización, debieron concurrir a la convocatoria, no pudiendo exonerarse afirmando que confiaron que otro médico sería llamado.

En suma, manifestaron que la falta imputada a la actora surge absolutamente acreditada (art. 14, literal m) del Reglamento de Responsabilidad Administrativa) y la naturaleza y magnitud de la misma, imponían la destitución de la funcionaria, que sin duda, carecía de condiciones para ser funcionaria del Organismo.

En definitiva, solicitaron se desestime la demanda.

III) Que abierto el juicio a prueba (fs. 27), se produjo la que luce certificada a fs. 72.

IV) Que alegaron de bien probado las partes por su orden (fs. 75-78 y 80-86).

V) Conferida vista al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, aconsejó por Dictamen N° 558/2017 (fs. 89-90), la confirmación del acto impugnado.

VI) Se dispuso el pase a estudio y se citó a las partes para sentencia la que se acordó en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I) Que desde el punto de vista formal, se han cumplido adecuadamente con los presupuestos respectivos para que pueda ingresarse al análisis de mérito del asunto (arts. 317 y 319 de la Constitución de la República y arts. 4 y 9 Ley 15.869).

Se acciona de nulidad contra la Resolución RD N° 39-23/2015, de 11 de noviembre de 2015, dictada por el Directorio del Banco de Previsión Social, por la cual se dispone la destitución de la actora, quien desempeña tareas en Gerencia de Prestaciones Salud-Unidad de Perinatología.

Notificado el acto el día 18 de noviembre de 2015 (AA fs. 347 pieza II); interpuso en plazo recurso de revocación el día 27 de noviembre de 2015 (AA fs. 377 vto. a 379 vto. AA Pieza II).

Por resolución de fecha 17 de febrero de 2016 el Banco de Previsión Social desestimó el recurso de revocación (AA fs. 389 vto. a 390, Pieza II); notificando esta actuación el día 26 de febrero de 2016 (AA fs. 393).

La demanda anulatoria promovida el 14 de abril de 2016 (nota de cargo de fs. 10), lo fue en plazo.

II) Que en cuanto a la cuestión de fondo sometida a decisión, el Tribunal por mayoría se pronunciará por la confirmación del acto impugnado.

III) Como antecedentes relevantes a efectos de dirimir la situación que se ventila en obrados resulta de su estudio que:

Por Resolución N° 257/2014, de 23 de julio de 2014, la Gerencia General del Banco de Previsión Social dispuso la realización de una investigación administrativa en la Unidad de Perinatología, referente a la

atención brindada al paciente Federico Camargo, en las instalaciones de dicha Unidad (fs. 21 y vto., pieza I).

Se recibieron las declaraciones que lucen incorporadas a fs. 31 y ss. AA cit. y con fecha 18 de agosto de 2014 se elaboró informe por parte de la instructora, proyectándose resolución de instrucción de sumario con separación de cargo y retención de los medios sueldos, a los funcionarios: Dres. Mercedes Repetto, Roxana Carrerou y Laura Vallejo; y también de los funcionarios Dres. Martha Guidobono y Rodolfo Brann, pero en el caso de éstos sin separación del cargo ni retención de medios sueldos (fs. 86-88 cit.), la que fue dictada el 21 de agosto de 2014 (N° 314/2014, fs. 94-95 ibídem).

La promotora se notificó del sumario el 29 de agosto de 2014 (fs. 108).

Por actuación electrónica que luce impresa a fs. 100, con fecha de 22 de agosto de 2014 se asignó carácter de acceso restringido al expediente, pasando a la instructora sumariante, Dra. Beatriz Fernández, a efectos de realizar la instrucción (fs. 101 cit.); disponiéndose las citaciones a fs. 128 y ss. AA.

Se recabaron las declaraciones que lucen incorporadas a fs. 140 y ss.

El 7 de noviembre de 2014 la Sra. Instructora elaboró su informe circunstanciado (fs. 160 vto.-163 vto.), concluyendo en que la actora, conjuntamente con los Dres. Carrerou y Guidobono, incurrieron en la falta prevista en el art. 14 literal m).

Se dispuso dar vista del informe, la que fue notificada a la Dra. Repetto el 17 de noviembre de 2014 (fs. 168 vto. AA); y evacuada el 18 de noviembre de 2014 (fs. 169-177 AA).

Ante las probanzas solicitadas por varios de los sumariados, incluida la actora, se dispuso la ampliación sumarial, elaborándose informe con fecha 26 de diciembre de 2014 (fs. 251-253, pieza 2).

La instructora entendió que analizada la prueba documental y testimonial diligenciada, a su juicio, no modifica la falta en la que incurrieron los funcionarios involucrados, por lo que corresponde dar vista al amparo de lo previsto por el art. 184 del Reglamento de Procedimiento Administrativo. La actora se notificó el 8 de enero de 2015 (fs. 255 vto. AA); evacuando la vista conferida por escrito presentado el 19 de enero de 2015 (fs. 263-273 AA).

Gerencia de Sector Sumarios emitió dictamen (fs. 298-311 AA), aconsejando en el caso de la actora, así como de las funcionarias Carrerou y Vallejo la sanción de destitución.

Por RD 12-7/2015, de 6 de mayo de 2015 el Directorio del BPS dispuso que previo a la destitución de la actora y de las funcionarias Carrerou y Vallejo, se estima pertinente, remitir los antecedentes a la ONSC requiriendo su pronunciamiento. (fs. 318-319 AA).

La ONSC emitió informe N° 361/2015, de fecha 15 de octubre de 2015 (fs. 324-326 cit.); y la Comisión Nacional del Servicio Civil, por Resolución N° 350/2015, de la misma fecha se pronunció en forma favorable a la destitución de la actora y de las funcionarias Carrerou y Vallejo, por la causal omisión (fs. 327 y vto.).

Recayó en definitiva el acto que se procesa (fs. 341 vto. cit.).

IV) Los agravios que plantea la parte actora se ciñen concretamente a que no se configuró la falta administrativa imputada, en tanto reafirma, aplicó correctamente el Procedimiento de Asistencia

Vigente en la Unidad de Perinatología (en adelante UP), a la vez que cuestiona la medida de la sanción impuesta.

Conforme surge del estudio de los antecedentes administrativos agregados a la actora se le imputa haberse negado ante la convocatoria reiterada a recibir al paciente Federico Camargo, el día 20 de julio de 2014, tanto por personal de la UP, como por profesionales del SUAT, atendiendo a las particularidades del mismo, siendo omisa en el cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo y a su profesión.

La negativa a recibir al beneficiario aparejó que el móvil de emergencia de SUAT, que lo trasladaba, concurriese en dos oportunidades a la UP, debiendo retirarse en la primera ante la imposibilidad del profesional a cargo de entregar el paciente a un médico que en ese Centro lo recibiese.

En un segundo intento, el personal de la emergencia móvil logró que el paciente fuera recibido en el establecimiento, quedando internado en él.

Debe resaltarse que fueron varios los médicos sancionados, en tanto por diversas razones se deslindaron de atender al paciente, conducta calificada como inadmisibles por los superiores interrogados, debido a que en la ocasión sólo se requería que un médico recibiera a un paciente en estado de gravedad, circunstancia que por demás fuera debidamente puesta en conocimiento de los médicos convocados por los convocantes.

Ahora bien, el cerno de la argumentación por la que la actora se exculpa, se apoya en que su actuación estuvo ceñida al Procedimiento de Asistencia vigente en la UP. En este sentido, aseveró que siendo médico pediatra, le corresponde la atención de pacientes de hasta 14 años y 11 meses, mientras que el paciente que diera inicio a estos obrados, Federico

Camargo tenía 16 años. Entiende, en consecuencia, que dada la edad del paciente, no le correspondía atenderlo.

En esa línea, cuestionó el desconocimiento del orden de prelación por parte del personal de enfermería, precisando que si bien la actora le hizo saber de éste, instándoles a proceder conforme dicho Protocolo asistencial, ello fue desoído por parte del personal de enfermería.

Reforzó la idea de que no se le comunicó que el paciente estuviera grave, siendo la comunicación parcial; que se indicó una situación aguda respiratoria del paciente, por lo que consideraron que era más conveniente que fuera valorado por anestesista.

Añadió que el informe de COSEPA, órgano independiente y técnico, avaló su correcta actuación y que en definitiva, siendo que no le correspondía, igualmente apoyó la asistencia que prestó el Dr. García Bianchi.

Finalmente, endilgó responsabilidad al Sanatorio, indicando que incumpliendo con la normativa vigente, pone en una posición desfavorable a sus trabajadores, haciéndolos responsables de algo que no habría ocurrido de no haberse violado flagrantemente la previsión del acto-regla.

Varias cuestiones determinan la sinrazón de la accionante.

La pretensora basa unívocamente su batería de agravios en la existencia del Protocolo de actuación, acto regla que recoge lo que es el uso profesional (la *lex artis*) dentro de la Institución y que actuó correctamente, pues a ella, como pediatra NO le correspondía asistir al paciente.

Para ello se base en la edad del paciente, que ya ameritaba la presencia de un médico de adultos (16 años); y el orden de prelación que prevé el procedimiento vigente, a saber:

- 1°- médico internista de retén;
- 2°- ginecólogo de guardia;
- 3°- anestesista de guardia;
- 4°- pediatra (vide en este sentido, fs. 4 de su libelo introductorio y fs. 28 vto. AA.).

Ahora bien, asiste razón a la demandada cuando indica que al momento de los hechos, la accionante desconocía este orden de prelación que ahora invoca.

En efecto, interrogada a fs. 49 in fine AA, pieza I respecto a si tiene conocimiento del procedimiento de asistencia en la puerta de urgencia, contestó: *“Yo desconocía el Protocolo de referencia, tuve conocimiento del mismo luego del caso de Federico Camargo”*. Tanto en esta declaración, como en la inicial, vertida a fs. 6 vto. AA, declaró que lo que la llevó a no atender al paciente fue su edad. Es más, reconoció que el personal de enfermería *“insistió dos veces con nosotros”*, aunque indicó que la asistencia le correspondía al Dr. García Bianchi, quien a la postre lo atendió y que cuando bajó *“a asistir a un niño que consultaba y -enterado por él del estado del paciente- colaboré en su asistencia”*. (fs. 6 vto. AA).

Resulta elocuente la explicitación brindada por el Gerente del Sector de la Unidad de Perinatología, Dr. Roberto Picovsky, cuando indicó a fs. 31-35 AA que si bien la Aux. de Enfermería, según el procedimiento establecido, debía llamar al ginecólogo en primer término *“basado en su criterio clínico y en lo que la médica a cargo de la móvil le estaba requiriendo, correspondía que se llamase al pediatra. En definitiva, llamó a los dos especialistas”*. Aclaró que si bien por regla general a los pediatras les corresponde asistir pacientes de hasta 14 años hasta un día antes de

cumplir los 15, en un caso como el planteado en que el paciente pesa 20 kilos, por lógica el pediatra es el más idóneo de los que están en la guardia, de hecho venía siendo atendido por una pediatra, la Dra. Pandolfo y las dosis que se manejan tienen que ver con el peso del paciente. *“...de hecho cuando estos pacientes se internaban en el Hospital Policial, ingresaban a piso de pediatría. No está establecido en una normativa pero son criterios de trabajo. En cualquier circunstancia, llamados a asistir a un paciente en situación de urgencia, ningún médico independientemente de su especialidad puede rehusarse a brindar asistencia”*.

Interrogado por qué no siguió el orden de prelación establecido en el Procedimiento de Asistencia en puerta de Urgencia en el punto 4.1.3 (1º Ginecólogo, 2º anestesista y 3º pediatra y siguientes) al llamar al Sanatorio y pedir comunicación con las Peditras y luego Anestesista, contestó: *“Por lo que respondí anteriormente: yo conocía a Federico Camargo, conocí ese caso desde su gestación y por tal motivo no tenía dudas de quién era la persona más idónea para atenderlo”*.

El Dr. Picovsky tildó a la negativa de la Dra. Repetto, así como de las otras pediatras, a bajar a atender al paciente Camargo, como una postura corporativa, lo que entendió se reafirma con la nota enviada por la Dra. Repetto. *“El estado del paciente les había sido comunicado por la auxiliar de enfermería y por la Lic. Rivero; y de la conversación mantenida con la Dra. Carrerou me quedó claro que estaban perfectamente al tanto de la situación clínica del paciente, Además la pediatra del SUAT habló con ellas, no sé exactamente con cuál de las dos. No es habitual que se den este tipo de negativas. Por el contrario, el Sanatorio funciona en forma armónica a pesar de sus carencias, gracias a que el personal muestra un*

alto grado de colaboración de los pediatras en particular”. (fs. 34 in fine y vto. AA).

Por su parte, la Dra. Cristina Ferolla, Gerente del DEMEQUI, interrogada acerca de si los médicos más idóneos para atender al paciente Camargo eran las pediatras, contestó que es de gran importancia el peso y edad, al punto que en otros momentos en que se internaba en Sanatorios tercerizados, el acuerdo con los pediatras de guardia de ese lugar era que se asistían sobre todo los pacientes neurológico más allá de la edad que tuvieran hasta 30 kilos de peso, esto se debe a que se calculan las dosis de medicamentos utilizados en función del peso como es habitual en la práctica pediátrica. En el caso de Federico Camargo los médicos más idóneos eran los pediatras por lo dicho anteriormente y porque el médico referente en DEMEQUI, era un pediatra. (fs. 142 vto. AA).

La Aux. de Enfermería, Ángela Vaz declaró que constató la gravedad del paciente; que le puso monitor, oxígeno central todo el tiempo y lo aspiraba en forma regular, todo lo cual fue comunicado a los Dres. Repetto y Amigo, en oportunidad de hablar con ellos para convocarlos. Indicó que estaba con la médica del SUAT a su lado y pedía para hablar con un pediatra, quería pasárselo a un pediatra. *“Nosotros le trasmitíamos todo lo que ella nos decía y la situación al médico con el que nos contactábamos. Primero llamé a la Dra. Repetto, que me dio un rotundo “no”, que por la edad no le correspondía. Se le explicó que el Dr. Amigo estaba de retén y que tardaba hasta dos horas en llegar y le preguntaba si podía bajar hasta que llegar el Dr. Amigo y mantuvo su negativa...”* (fs. 37 AA).

En similares términos, la Aux. de Enfermería, Mercedes Crossa declaró a fs. 38 que el Protocolo tiene muy poco tiempo de confeccionado.

“Nosotros llamamos a la pediatra por una cuestión de peso del paciente y de que la madre expresó que era tratado por un pediatra del Organismo (Dra. Pandolfo). También se llamó a los ginecólogos y al Dr. Amigo”.

Por último, la licenciada en Enfermería, Leonor Rivero declaró que fue personalmente al cuarto de las pediatras a transmitirles la gravedad del paciente, que ya les había comunicado por teléfono, en un intento de que entendieran la emergencia en la que nos encontrábamos. *“Les transmití lo que me decía la médica del SUAT, que el paciente estaba por shockear y estaba desaturando. Les decía que era una responsabilidad que yo no podía asumir como enfermera porque era una responsabilidad médica. Entendía que la médica del SUAT quería pasar el paciente a un pediatra y no comprendía por qué no asistía ningún médico”.* *“...transmití...que era un paciente de DEMEQUI, que si bien tenía 16 años, por su peso y sus características estaba siendo tratado por un equipo de pediatras, extremo por el cual era imperiosa la necesidad de que lo viera una de ellas en forma urgente; que se hiciera cargo de recibirlo hasta tanto viniera el internista a hacer el ingreso”.* (fs. 39 y vto. AA).

También refirió que se comunicó con el cuarto de ginecólogos, atendiéndola la Dra. Guidobono y también se negó a bajar a atenderlo, aduciendo que no era su responsabilidad, sino del internista.

De los testimonios recabados y de la propia declaración de la pretensora surge claramente que la Dra. Repetto se negó a asistir al paciente Camargo, procedente de DEMEQUI, quien se hallaba con una congénita discapacidad, con cuidados paliativos y quien a la postre falleciera.

Se concuerda con la demandada que más allá del Protocolo de actuación -el que quedó acreditado, la promotora desconocía al momento de los hechos- el orden de llamamiento de los médicos ante una emergencia como la de obrados debía dejarse de lado, habida cuenta de los antecedentes del paciente (adulto de 16 años, con discapacidad congénita, proveniente de DEMEQUI, con un peso de aprox. 20 kilos, que venía siendo atendido por una médica pediatra, Dra. Pandolfo). Ello lo corrobora el Sub Gerente de la UP, Dr. Picovsky y la Gerente Dra. Ferolla quienes aludieron expresamente que pacientes como Camargo, con anterioridad, cuando se utilizaban dependencias tercerizadas, ante una emergencia/urgencia, siempre se derivaban a la unidad de pediatría.

Pero además, la actora se rige, antes de por el protocolo aludido, por las reglas básicas de su profesión.

El deber de diligencia, idoneidad o eficiencia, exigible a cualquier funcionario público (art. 21 Ley 17.060, art. 19 Decreto 30/003, Estatuto del Funcionario del BPS art. 23), también debe ser valorado atendiendo a las “circunstancias personales del autor” (cfme. Sentencia No. 311/2013).

Resultan ilustrativas las explicaciones brindadas por NIETO en referencia al eventual error de prohibición para producir efectos exculpatorios: *“Cuando la infracción ha sido cometida en el ejercicio de una profesión o actividad especializada se esfuma la posibilidad de error- por así decirlo- la norma ha impuesto la obligación de no equivocarse y opera en consecuencia la presunción de que no se ha equivocado. El profesional ha adquirido (...) una formación técnica que le preserva (formalmente) contra el error, y quien ejerce una actividad especializada está obligado a adoptar precauciones también especiales para evitarlo*

(...). Sin olvidar, por otra parte, que el ejercicio de una profesión (actividad especializada en general) implica la asunción voluntaria de obligaciones singulares así como de responsabilidades específicas frente a la Administración y terceros” (Alejandro NIETO. Derecho Administrativo Sancionador. 5ª Edición, 202. Pág. 358).

La gravedad del paciente, y el serio riesgo de vida que corría, fue puesto en conocimiento de la actora, por lo que no puede contemplarse su falta de diligencia para no acudir al llamado. Tampoco fue a valorar al paciente para así, eventualmente derivarlo a otro profesional ni se cercioró de que otro profesional lo hiciera. Sólo le traspasó la decisión de cómo proceder, y aún la valoración de las circunstancias, al personal de enfermería, lo que implica un total apartamiento de su deber profesional básico ante un paciente en riesgo de vida. Las responsabilidades que converjan en el caso (enfermería, otros médicos y aún la falta de internista de guardia y sólo de retén por decisión de las jerarquías), no enerva su responsabilidad.

Una vez más y siguiendo a NIETO, debe señalarse como criterio de valoración atender las circunstancias particulares del hecho y del autor. Así, citando a De Palma indica: “*el grado de diligencia que se impone desde el Derecho Administrativo Sancionador estará en función de diversas circunstancias: a) el tipo de actividad, pues ha de ser superior a la diligencia exigible quien desarrolla actividades peligrosas; b) actividades que deben ser desarrolladas por profesionales en la materia (...)*”. Y concluye NIETO, el juez se ve obligado a atender a los datos objetivos sensorialmente perceptibles, acudiendo a fórmulas generales de mensuración como son la diligencia de un buen padre de familia, la

conducta que seguiría un hombre medio, en definitiva, el deber de cuidado (ob. Cit. Pág. 341-342).

De manera que puede concluirse compartiendo lo dicho por la funcionaria sumariante y que sirvió de fundamento de derecho del acto encausado, que se “configuró falta administrativa grave, al haber sido omisa en el cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo y a su profesión”, imputándole la falta prevista en el literal m del art. 14 del Reglamento de Responsabilidad Administrativa del BPS (fs. 4 vto. Carpeta rosada): *“Incurrir en omisión grave en el cumplimiento de los deberes funcionales”*.

No es necesario recordar, de acuerdo a la diligencia exigible a la actora en virtud de su cargo y profesión, que los deberes funcionales no requieren texto expreso, sino que son los exigibles -en el caso- de acuerdo a la profesión para la cual fue contratada por la Administración.

Resultan ilustrativas las consideraciones emitidas en anterior pronunciamiento en el que se consignó: *“En función de su cargo de Asistente de Laboratorio el actor incumplió el deber de desempeñarse eficiente y responsablemente en la ejecución de su tarea (art. 3, lit. b), del Estatuto del Funcionario No Docente, que en el caso se trataba de guardar debidamente un instrumento de significativo valor. Sin perjuicio de ello, entiende el Tribunal, en mayoría, que la potestad de sancionar faltas a los deberes funcionales no requiere necesariamente que el hecho constitutivo de la falta esté tipificado como punible. De principio, si se comprueba la falta en el servicio, la sanción que recaiga se considera legítima (Cf. Sent 508/03).”* (Sentencia No. 94/07).

V) En relación a la medida de la sanción, la reclamante alude a que se la sanciona por cumplir estrictamente el Protocolo, lo que en su opinión resulta ilógico, a la vez que recalca que no se tuvieron en cuenta sus “excelentes antecedentes funcionales”, por lo que implícitamente alega desproporción en la sanción.

Sabido es que en materia disciplinaria domina el principio de discrecionalidad del jerarca del servicio; no obstante, el Tribunal se halla habilitado a analizar el *quantum* punitivo cuando se aprecia una discordancia entre la falta con la pena o una desproporción susceptible de perfilar una desviación o exceso de poder.

Como se analizó supra, a la luz de las particularidades que revistió la situación del paciente Federico Camargo, la actora no podía escudarse en la existencia de un Protocolo de asistencia que dispone un orden de prelación en la atención de urgencia, así como tampoco podía hacerlo en cuanto a la edad del paciente.

Resultan ilustrativas las consideraciones, analizadas en el ámbito penal por LOMBARDI que resultan perfectamente trasladables a la esfera administrativa: *“Si asumimos en toda su dimensión la función que cumplen los profesionales de la medicina en la sociedad, es fácil advertir que el perfil de exigencia que se tiene sobre esos profesionales en relación al valor “solidaridad”, alcanza niveles superiores al que es exigible al ciudadano común. Es lógico que así sea, puesto que la ciencia médica tiene en su naturaleza, un componente de beneficio solidario, de brindarse al otro, que no tiene paralelo en otras profesiones. Como se ha dicho alguna vez, el acto médico está determinado por una intención de favorecer a alguien que se entrega en manos del profesional para confiarle*

algo que le es especialmente valioso, que forma parte de sí mismo en tanto comprende su vida, su salud o, por lo menos, el alivio de su dolencia en la búsqueda del bienestar. Hay, por parte del paciente, un darse en términos de confianza hacia el profesional, que comprende aspectos tanto técnicos como éticos. De ahí que la expectativa del paciente esté puesta no solo en el dominio de la ciencia que pueda exhibir el médico, sino en que la aplique rectamente para aliviar su sufrimiento”.

(...)

“Y así como el hacer del médico constituye el núcleo o centro de la relación con el paciente, o incluso la razón de la asistencia prestada en situaciones de urgencia o emergencia, el no hacer en circunstancias en que era exigible su concurso, deviene en motivo de reproche. Un reproche que primero es moral, ciertamente, pero bajo determinadas circunstancias acarrea consecuencias al profesional, tanto en la esfera de la ley civil como de la ley penal”. (Cf. LOMBARDI, Eduardo y otra; “El Derecho Penal y la Medicina” en “Medicina Legal - Derecho Médico y Aspectos Bioéticos” - Guido Berro Rovira, FCU, 1ª Ed. 2013, p. 505-506).

En ese plano son muy claras las disposiciones del Código de Ética Médica (aprobado por la Ley N° 19.286) cuando expresa que *“Los profesionales de la medicina deben cuidar la salud de las personas y de la comunidad...”* (art. 2º, literal a); y que *“El médico debe ejercer inspirado por sentimientos humanitarios”* (art. 2º, literal c).

En la especie, la entidad de la falta cometida, se da de bruce con la esencia misma de la profesión de la promotora, por lo que la sanción expulsiva impuesta resulta adecuada.

Tampoco resulta de recibo en orden a mitigar su responsabilidad el hecho de que hubiera “ayudado” al Dr. García Bianchi en la asistencia de Camargo, sugiriéndole que se comunicara con la Dra. Pandolfo, médico tratante del paciente.

La colaboración con la que intenta exonerarse tampoco resulta válida por cuanto a ella se la convocó en primer lugar, conjuntamente con el Dr. Amigo que se encontraba de retén y pese a los reiterados llamados, la profesional se negó a asistir. El Dr. García Bianchi, cuya especialidad es anestesista, acudió luego de que la Lic. en Enfermería Leonor Rivero saliera del cuarto de pediatras con la negativa de éstas últimas de hacerse cargo del paciente (AA fs. 39 vto.) y se presentó en forma inmediata cuando se lo llamó por segunda vez, pues la emergencia al no encontrar profesional pediatra que asistiera acudió a su sede en el Prado y luego volvió al Hospital. La atención posterior y en colaboración con el profesional García Bianchi no elude la falta de responsabilidad con la que obró la accionante de obrados, que no hizo más que dilatar la atención de un paciente que se encontraba atravesando un estado extremadamente crítico.

VI) En otro orden, no es cierto que el informe de la CO.SE.PA hubiera avalado su correcta actuación.

El informe emitido por el Comité de Seguridad del Paciente luego de analizar los acontecimientos que se suscitaron en la atención del paciente Federico Camargo, concluye respecto a los médicos de guardia interna en UP lo siguiente: *“no actuaron en forma de equipo, actuaron en el supuesto que iría otro médico, transfiriendo la responsabilidad del paciente.*

Ninguno fue consciente de los sucesos que acontecerían en los siguientes minutos.

En la evolución este grupo se siente el centro de conversaciones con pocas motivaciones para el trabajo, con la angustia por la respuesta institucional en una investigación individual, con la incertidumbre frente a las eventuales demandas y a la continencia institucional.” (AA fs. 150-155)

El informe no evaluó puntualmente la conducta de la actora, sino la de todo el sistema organizacional y sugirió un plan de acción y seguimiento para evitar los hechos ocurridos puedan repetirse.

VII) Tampoco resulta de recibo el agravio vinculado a la actuación de la pediatra tratante.

Afirma la actora que la médico tratante de Camargo, Dra. Pandolfo, no se comunicó con ninguna de las pediatras de guardia a efectos de que asistieran a su paciente.

Al respecto el Dr. Picovsky informó: *“Hubiese sido buena una llamada previa de coordinación por parte de la médica tratante, lo que podría haber ayudado. Pero en modo alguno era su obligación, pues no estaba de guardia, era un domingo y se encontraba en el interior” (AA fs. 34 vto.).*

Resulta claro que la médica tratante además de no tener la obligación que la actora pretende endilgarle, no era la responsable de la atención del paciente en ese momento.

VIII) Finalmente, el presente pronunciamiento difiere del emitido en las Sentencias No. 278/2018, 288/2018 y 380/2018, en los que el Tribunal acogió como agravio formal invalidante la denegatoria al

pedido de controlar y fiscalizar la prueba de cargo reunida por la instructora, invocado en esa oportunidad por las Dras. Martha GUIDOBONO, Laura VALLEJO y Roxana CARREROU, co-sumariadas.

Las razones que así lo determinan, estriban en que la reclamante no formuló agravio alguno sobre tal extremo.

Como indica VALENTÍN “el respeto del principio dispositivo requiere que la determinación del objeto del proceso se realice exclusivamente por los interesados principales” (VALENTÍN, Gabriel: “Principio de congruencia y regla iura novit curia en el proceso civil uruguayo”, FCU, 1ª Edición, Montevideo, 2013, pág. 61).

Como ha señalado el Tribunal con anterioridad: “...no sería procesalmente viable examinar, en la fase decisoria, un punto no erigido en agravio en la demanda y que, por ende, no integra el “programa litigioso”, cuestión excluida del “debate” y del objeto del proceso.” (Sentencia No. 597/2000, Cfe. Sentencia No. 348/2012, entre otras).

Así, se sostuvo reiteradamente: “El Tribunal no ejerce de oficio su jurisdicción en materia anulatoria, sino que es el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo, el que habilita el ejercicio de la misma (arts. 309 de la Constitución y 38 del decreto ley No. 15.524).

Por consiguiente, también en esta jurisdicción anulatoria rige el principio de congruencia, debiendo limitarse la sentencia a decidir lo litigioso entre las partes, conforme a lo expresamente pedido en la demanda y que haya sido controvertido (arts. 58, 59, num. 7, y 104 decreto ley No. 15.524; arts. 284, num. 3º, 313, 462 del C. Proc. Civil; arts. 117,

num. 5º, 130 y 198 del C.G.P.)” (Sentencia No. 899/2011, 1014/2011, 170/2015).

Como solución de principio, la respuesta del órgano jurisdiccional debe ser congruente con lo peticionado y en la medida de las causales de nulidad invocadas por el pretensor, lo que impide incorporar al debate litigioso vicios que no han sido alegados por el actor en su demanda.

Por tales fundamentos, el Tribunal por MAYORÍA,

FALLA:

Desestímase la demanda y en su mérito confirmase el acto administrativo impugnado.

Sin sanción procesal específica.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios del abogado de la parte actora, en la suma de \$ 30.000 (pesos uruguayos treinta mil).

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

Dr. Vázquez Cruz, Dr. Gómez Tedeschi (r.), Dr. Echeveste, Dr. Corujo (d.), Dr. García Guaraglia.

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).

DISCORDE DR. CORUJO: **DISCORDE:** *“Porque ¿qué podrá hacer aquél hombre en las tinieblas que a nada teme sino al testigo y al Juez?” (“Cicerón, De las Leyes” Nueva Biblioteca Tor, página 81).*

ANULO EX OFFICIO.

No puedo incurrir en el olvido voluntario cuando este organismo ha anulado de oficio, muy especialmente, en casos de claros vicios de incompetencia del órgano y prescripción de las faltas, no obstante, y como se resuelve cada caso con sus circunstancias y las circunstancias que la persona haya creado, no puedo sino recordar que se ha expresado en variadas y constantes sentencias -que comparto en sus preceptos- verticalmente aplicables a este caso- que se puede declarar de oficio la nulidad cuando: a) están en juego leyes de orden público; b) cuando se violan normas prohibitivas; c) cuando son vicios graves que afectan valores que determinan la esencia del Estado de Derecho; o, d) que marcan la esencia del sistema jurídico, provocando la invalidez absoluta de los actos administrativos que se cuestionan (Sentencias números 646/2000; 899/2011; 106/16, entre otras).

Porque más allá de la decisión de la Corporación no primaría el Derecho sobre las propias bases que se han invocado para actuar de oficio.

*Desde el punto estrictamente jurídico se trata de **dos casos idénticos**: a la actora se le violaron las mismas garantías que a su colega, Dra. Carrerou -FA. 294/2016- sin embargo, en esa causa el Tribunal anuló el acto por violación del debido procedimiento (art. 38 del Decreto Ley 15524) **ya que el agravio fue invocado por la Defensa**) y en el caso **de autos se omitió de hacerlo**. Sin embargo, ambas causas tratan sobre **los mismos hechos y la misma garantía**.*

¿Por qué razón jurídica? Se dice: Por el principio dispositivo y el principio de congruencia.

La indefensión reposa en los Tratados internacionales ratificados por nuestro país, en nuestra Constitución, en la ley y tales principios no pueden reducirse a las manos gotosas de un Decreto Ley, menos aún de un reglamento y menos en el socavado principio dispositivo (que no es una regla, es un principio en términos del TEDH, que debe ser equilibrado con los otros intereses en juego). Si no es en este caso en que estalla un vicio grave que afecta los valores que determinan la esencia del Estado de Derecho, si no es en este caso que se afecta el sistema jurídico ¿cuándo se violenta el derecho de defensa? Nunca, entonces.

2. En cuanto al principio dispositivo y el principio de congruencia conviene detenerse porque de manera alguna puede ser óbice a la declaración de nulidad por indefensión en esta causa.

Sobre la cuestión precedente, cabe citar la Sentencia No. 615/1996, de 31 de julio de 1996, en donde fue relevada de oficio la ausencia de vista previa en un procedimiento disciplinario. Esta sentencia fue por demás elogiada y añorada por el Dr. Miguel Larramendi cuando expresa: “Según este criterio - posición de la sentencia 787/97- no hay nulidad si el administrado no argumenta el vicio en la demanda anulatoria. Sigo prefiriendo el criterio... de que aunque no se hubiera invocado por el administrado... es relevante de oficio y el Tribunal debe anular el acto cuando se produjo indefensión” concluyendo que “quiere decir todo esto que lo que produce la nulidad es la indefensión; no las irregularidades formales, éstas, en todo caso serán causantes de la indefensión” (Anuario de Derecho Administrativo 2005 FCU páginas 171 y siguientes).

*Dentro de los fundamentos de la sentencia referida, se indicó: “En el presente caso que nos ocupa, se trata de la aplicación de una sanción menor, pero donde fueron controvertidos los hechos mismos, por lo cual la Administración hubo de extremar el cumplimiento de **las garantías constitucionales en lo concerniente a la concesión al imputado de la debida oportunidad de defensa** [...] el Tribunal se inclina por la tesis que sostiene que no se debe soslayar la irregularidad formal, y **relevar de oficio la omisión padecida, aunque no se haya deducido expresamente por la parte interesada** [...]*

Todo sin perjuicio de establecer, que la posición adoptada en la especie, importe preceptuar una posición definitiva sobre el punto, ya que se deberá estar a las circunstancias que se presenten en cada caso...”.

*Estudiando **el principio de congruencia**, Gelsi Bidart ha enseñado, al establecer su importancia, que ésta finca en la determinación **del objeto del proceso** por las partes, así como la incidencia del Tribunal en tal actividad y, más ampliamente, dicho principio se erige dentro de la concepción y garantía del sistema jurídico.*

Según fue señalado, el principio de congruencia aparece como la debida relación entre la sentencia y el objeto del proceso, circunstancia que adquiere particularidades propias en el proceso contencioso administrativo de anulación. Dentro de las aludidas particularidades, figuran la relación entre los recursos administrativos y la posterior acción anulatoria, en tanto los primeros delimitan parte del objeto del proceso de la segunda y, en consecuencia hacen a la regla de la congruencia.

Similares conclusiones caben en relación a las cuestiones que puede relevar de oficio el Tribunal, ya sea en materia de presupuestos del

*proceso, los cuales integran el objeto o, **inclusive, cuestiones de mérito, cuya esencialidad** -por ejemplo la competencia del órgano que dictó el acto administrativo- determinan que las mismas integren el objeto del proceso anulatorio, aun cuando no hayan sido relevadas por las partes.*

*En cuestiones mundanas, menos aún jurídicas, no hay verdades absolutas, (porque la verdad es unilateral o no es) por lo cual en cada caso concreto se amparará o no semejante invocación o se declarará de oficio, con los límites que corresponden: se trata de esa terca realidad que no puede ser escindida sin desmedro de su debida comprensión como expresaba Carnelutti : es incomprensible que se divida la realidad en el mismo suceso (“caso espejo”) **los mismos hechos, las mismas circunstancias, en uno se anula (Dra. Carrerou -Fa: 294/2016) porque la Defensa invocó la indefensión y en este se confirma** el acto destitutorio porque la Defensa no lo hizo.*

Impacta contra el sentido común pero además contra los principios constitucionales, los internacionales y los procesales.

1. PRINCIPIOS PROCESALES

El siempre recordado extinto Decano de la Facultad de Derecho Profesor Dr. Gonzalo Uriarte Audi dejó escritas , compartidas y reseñadas una posición que se adecua perfectamente al caso que analizo: “Si bien nuestro Código General del Proceso al regular el litisconsorcio solo distingue entre el facultativo (art. 45) y el necesario (art. 46), la doctrina procesal, incluyendo la nacional, especialmente a partir del trabajo de Luis Alberto VIERA, “Las partes y el Código General del Proceso” (RUDP 1/1994, págs. 35 y ss., con conceptos que ya había adelantado en la Revista Judicatura de julio de 1987, pág. 12) ha

encontrado otras categorías que no encuadran en las anteriores, ya sea por que siendo inicialmente un litisconsorcio necesario puede culminar con sentencias diversas (situación intermedia), o porque siendo facultativo en su inicio es unitario en su decisión (litis consorcio unitario o cuasi-necesario). Años después, Gabriel VALENTÍN profundiza estos conceptos en “Contribución al estudio del litisconsorcio desde la perspectiva del Derecho Procesal Uruguayo” (RUDP 1/2003 pág. 99 y RUDP 2/2003 pág. 161 y ss.) y refiriéndose especialmente al tema que nos ocupa escribe la ponencia “La parte litisconsorcial y los efectos del recurso de apelación” que presenta en las XII^{as}. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal en homenaje al Dr. Enrique Véscovi (Libro de las Jornadas, págs. 147 y 11) En este trabajo, cuyas conclusiones compartimos, se señala agudamente que la clasificación entre litisconsorcio necesario y facultativo se funda únicamente en que el ingreso al mismo sea voluntario o no sin que importe que exista una sentencia unitaria. La necesidad de una sentencia unitaria o diversa para los litisconsortes constituye así una categoría independiente de la anterior y, cruzando las dos clasificaciones encuentra que existen cuatro tipos de litisconsorcio: a) facultativo sin necesidad de sentencia unitaria; b) facultativo con necesidad de sentencia unitaria; c) necesario con necesidad de sentencia unitaria; y d) necesario sin necesidad de sentencia unitaria. A la luz de estas cuatro categorías, no dudamos en clasificar el litigio de autos, teniendo en cuenta que su objeto resulta del contraste entre la pretensión y la oposición principal....como un litisconsorcio voluntario con necesidad de sentencia unitaria” (<http://www.fder.edu.uy/consultauriarte>.)

Y ello agrego, además como discorde: El Derecho no puede negarse a sí mismo, no puedo compartir una suerte de alquimia jurídica donde se ignora la violación del debido proceso cuando es esencia misma del Estado de Derecho y por tanto susceptible de ser declarada de oficio.

Para desplegar una argumentación jurídica “siempre es necesario acudir a las normas jurídicas de todo el ordenamiento jurídico que contemple una situación similar y aplicarla analógicamente. Precisamente es... cuando la argumentación jurídica, a través de los principios jurídicos puede resultar contundente pues estas “importaciones” de normas jurídicas con vocación de generalidad... pueden estar confirmadas mediante principios jurídicos...” (Introducción a la argumentación jurídica. Oscar Buenaga Ceballos. Tecnos. Madrid 2016 páginas 47, 95 y 96).

Pues bien existiendo unidad de hecho y encontrándose ambas administradas en la misma situación fáctica se plantea que una Defensa impugna por indefensión y la otra no, por lo que se impone acudir a ese sistema jurídico integrador que lo constituye para el caso el efecto comunicante del recurso de anulación favoreciendo a quien no lo interpuso; el efecto comunicante o extensivo requiere como luz puntual y verdadera la unidad fáctica donde las administradas están inescindiblemente unidas: suficiente con que una de las partes, con interés conexo, para que, de serle favorable el fallo a quien esgrimió el agravio se extienda a quien no lo levantó como bandera porque de lo contrario se asiste -como en este caso- al conflicto de fallos, cohesión y coherencia jurisprudencial dejando consumadas sentencias contradictorias.

“Navigare necesse est, vivere non necesse”

Por ello, además, es inexorable la nulidad del acto

En la especie, mutatis mutandi, resulta trasladable lo sostenido por el Tribunal español, en cuanto a que: “el principio de contradicción se respeta, no solo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable” (Consejo General del Poder Judicial. Tribunal Supremo. Sala Penal. Madrid STS 812/2016 página 6, fin del extracto de la sentencia referida de esta Corporación).

*a) **No existe, en principio, lo secreto** (sin perjuicio de la salvedad que viene de realizarse) ni reservado para la o las personas sometidas como sospechadas a investigación, no hay reglamento (acto regla), ni resolución que pueda jerárquicamente prevalecer sobre la ley, la Constitución y los Tratados internacionales (arts. 12,66, 72 de la Carta, art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica) **en cuanto a la publicidad interna que pueda imponerse porque puede acarrear, como en este caso, la nulidad de lo actuado, si bien no necesariamente por las salvedades que tiene el derecho de defensa y sus límites, también en salvaguarda del propio procedimiento que puede determinar verdaderos escándalos de la razón.** Y lo que ha ocurrido en este caso es que toda la investigación se amparó en un reglamento que prevé “lo secreto” para excluir a la Defensa y la administrada de su derecho constitucional a la Defensa: se los desplazó de la posibilidad de controlar la prueba de cargo, su diligenciamiento, ofrecer su propia prueba y acudir a su producción. Se destruyó, sin pudor, la esencia del sistema jurídico porque en esas bases elementales radica el*

derecho de defensa aunque no se haya invocado: la declaración de oficio, en este caso, no puede ser excluida invocando el principio dispositivo ni la violación al principio de congruencia.

b) Si los reglamentos no se elaboran, leen y aplican desde la Constitución y la ley y se hacen a la inversa o sea, desde el reglamento hacia la Constitución -por elementales principios jerárquicos- y se continúa con lo secreto para el administrado y su Defensa seguirá siendo nulo, verticalmente nulo.

*c) Es evidente (en mi opinión) que debe declararse la nulidad absoluta de oficio mucho más cuando en **un caso espejo** – caso Carrerou con BPS- se anula por el principio dispositivo generando una antipódica decisión que no hay dispositivo que lo explique frente a esta nulidad flagrante violando un mandato constitucional; para decirlo con las expresiones del Profesor Dr. Risso Ferrand: “en otras palabras mediante un acto administrativo no podrá establecerse una limitación o privación de los derechos fundamentales” (Derecho Constitucional Tomo I página 477), en definitiva las garantías son indisponibles.*

2. LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL BLOQUE CONSTITUCIONAL

No estoy propiciando una suerte de actuación de oficio como principio. *Se trata de analizar y resolver este caso intrincado aplicando un conjunto de normas y principios nacionales y supranacionales que regulan los derechos “inherentes a la personalidad humana o se deriven de la forma republicana de gobierno”. Ello obedece a que “la Constitución de un Estado Democrático (...) tiene fuerza normativa en toda su integridad, en todas sus partes, en todos sus contenidos **también los implícitos**”. Si lo*

decimos a la inversa queremos descartar de modo total y absoluto que la Constitución sea -en todo o parcialmente- un texto donde se acumulan consejos, recomendaciones, invitaciones, simples parámetros orientativos o cosa semejante, todo ello sin fuerza obligatoria.

En nuestro país Alberto Ramón Real decía que tienen expreso y genérico reconocimiento constitucional y por tanto participan de la suprema jerarquía normativa de la Constitución rígida. Así nuestra doctrina actual reflexiona:

“...cuando un acto administrativo sea contrario a los derechos integrantes del “bloque de constitucionalidad” el mismo será ilegítimo y deberá ser revocado por la Administración y, en su caso, anulado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Incluso dicha legitimidad podrá derivar en una acción reparatoria contra el Estado. En este sentido la más prestigiosa doctrina administrativa ha señalado que “ si un acto administrativo de cualquier naturaleza (reglamento, resolución, reglamento singular o disposición general) se aparta de un principio general sin contar con el respaldo legal será ilegítimo y su invalidez dará lugar a su revocación en vía administrativa y su desaplicación en el caso concreto por los jueces o aún por los órganos de la Administración no sometidos a jerarquía del órgano que lo dictó: pero la anulación por contrariedad con el principio queda reservada al Tribunal de lo Contencioso Administrativo” (subrayado del discordo). En todo caso la ilegitimidad del comportamiento estatal producida por la fuerza pasiva o de resistencia del principio general hará responsable al Estado por los daños y perjuicios causados” Dicho razonamiento desarrollado para el caso en que el acto administrativo sea contrario a un derecho contenido en

instrumentos internacionales de derechos humanos siempre y cuando sean inherentes a la personalidad humana.” (Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque de constitucionalidad. Concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas. Augusto Formento y José Miguel Delpiazzo en Revista de Derecho de la UM revistaderecho.um.edu.uy/Formento -y- Delpiazzo- primer. Reconocimiento- jurisprudencial 19 octubre 2009).

SAYAGUÉS LASO en su clásica obra advertía la complejidad de la temática, preguntándose si: “¿Se requiere que la Administración o los interesados invoquen la nulidad o pueden los jueces declararla de oficio?” y señalaba como respuesta a esta interrogante que: “Los fundamentos que inspiran la solución del derecho civil, de distinguir según la naturaleza y gravedad del vicio, tienen aplicación en derecho administrativo. De ahí que deba admitirse que en ciertos casos los jueces puedan declarar de oficio la existencia de la nulidad, cuando están en juego leyes de orden público o claramente prohibitivas; en cambio en otros casos, cuando la irregularidad tiene menos trascendencia y afecta solamente intereses particulares, es necesario que la invoquen los interesados o la Administración, según los casos, o indistintamente cualquiera de ellos” (SAYAGUÉS LASO, Enrique: “Tratado de Derecho Administrativo, 8ª Edición, FCU -Clásicos Jurídicos Uruguayos-, Montevideo, 2002, pág. 506) (Cfe. Sentencia No. 182/2013).

3. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA POSICIÓN QUE SUSTENTAMOS.

Podría agobiar haciendo citas de jurisprudencia de este Órgano Jurisdiccional Administrativo anulando de oficio, desde el inicio del

período democrático hasta su anterior integración en cuestiones que la doctrina, es verdad, se encuentra unánime, como en el caso de Resoluciones emitidas por órganos incompetentes, prescripción de la falta, pero también porque se viola el derecho de Defensa.

*Así, haciendo un breve repaso, en la Sentencia No. 615 del 31/7/1996 se expresaba. “... el vicio formal no determina, por sí solo, de manera mecánica o automática la nulidad del acto sino que es menester que ese vicio posea cierta trascendencia en orden a su repercusión o influencia (aquí, agrego en lo personal se regresa sobre el vicio trascendente, esto es, asistimos a un vicio no subsanable como ocurre en el caso Repetto) sobre el propio contenido del acto... (si) puede llegar o influir en la decisión administrativa de mérito” (como evidentemente ocurrió en este caso, agrego en lo personal)... Giorgi enseña que si la violación de las formas prescriptas, pesó, de algún modo, en esa decisión o ha constituido obstáculo para el efectivo logro de la garantía a cuyo fin fueron establecidas, existe irregularidad sustancial o esencial y el acto es, por tanto, NULO (El Contencioso...páginas 203 y siguientes)”: esto es, agregamos, la vulneración del derecho de defensa como **un vicio sustancial (y no formal)** y que, tal vulneración afecta al sujeto que lo padece.*

Y, en conceptos plenamente aplicables al caso que nos desvela, vale citar nuevamente lo que se manifestaba: “En el presente caso que nos ocupa, se trata de la aplicación de una sanción menor, pero donde fueron controvertidos los hechos mismos, por lo cual la Administración hubo de extremar el cumplimiento de las garantías constitucionales en lo concerniente a la concesión al imputado de la debida oportunidad de

*defensa que hubo de estar constituida, en el caso, por la oportunidad de presentar prueba de descargo y argumentos en contrario, respecto a las conclusiones y resultancias del informe conclusivo.. **el Tribunal sostiene que no se debe soslayar la irregularidad formal y relevar de oficio la omisión padecida aunque no haya sido aducida expresamente por la parte interesada...*** (el destacado necesariamente me pertenece) sin que ello supusiera una posición para todos los casos, concluyó por fin y con sabiduría el Tribunal.

*En la Sentencia No. 646 del 23/8/00 el Tribunal de lo Contencioso Administrativo manifestaba: “... debe armonizarse el carácter básicamente dispositivo de este proceso con situaciones anómalas no expresamente previstas por la normativa en que el acto administrativo que se impugna aparece inficionado por un vicio de tal entidad que impone al órgano jurisdiccional de anulación total de dicho acto, al margen o aún cuando la parte actora sólo haya concretado pretensión anulatoria parcial del mismo (subrayado que he realizado)... añadiendo en cuanto al manido principio de congruencia: “El procedimiento administrativo se aparta notablemente de este esquema y ello porque como es harto conocido su función no se agota en el aseguramiento de la legalidad.. de ahí que la legislación española, por ejemplo, desarrolle el concepto al establecer que “ la resolución que ponga fin al procedimiento **decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas derivadas del mismo hayan sido o no alegadas por los interesados** (otro subrayado personal) añadiendo”... el principio de congruencia tiene también lugar en el ámbito administrativo si bien la congruencia de la resolución final se mide en función no sólo de lo alegado y pretendido por los interesados sino*

también de lo que resulte del expediente mismo con independencia de aquéllas resultancias..”

*En discordia desarrollada en la Sentencia No. 899 del 3/11/2011 se exponía: “...entiendo que razones objetivas impiden al Tribunal ingresar al análisis de la cuestión sustancial sometida a su decisión. Si bien tales razones no fueron planteadas por los demandantes igualmente **la sede se encontraba habilitada para relevarlo de oficio** conforme lo ha sostenido la Corporación: “ la Sala invariablemente ... ha establecido que tal actitud de la Administración dictando una resolución perjudicial para el interesado, sin escucharlo previamente, supone una violación de claras normas de rango constitucional y legal que consagran el “debido procedimiento administrativo” en forma paralela al “debido proceso (jurisdiccional) legal” sea en forma expresa (art. 66 de la Carta) sea en forma implícita (art. 72 ejusdem) demostrado el Prof. Alberto Ramón Real al establecer los Principios Generales de Derecho en la Constitución uruguaya...por lo que, de no cumplirse ese requisito o presupuesto debe considerarse cercenado el Derecho de Defensa lo que acarrea la ilegitimidad de cualquier acto dictado en esas condiciones (sentencias 437/93, 905/94, etc. entre otras)”*

En la Sentencia No. 639 del 18/10/16 se expresó “si siempre corresponde tomar la interpretación que favorezca la mejor realización del Derecho, es decir, entre todas las interpretaciones posibles optar por aquella que mejor realice la garantía... en este caso del principio del debido proceso o el derecho de defensa o principio pro homine tal como lo señala la doctrina cuando sea posible más de una interpretación ajustada a la Constitución y otra divergente con la Carta debe optarse por la que

resulte conforme a ésta”; y como , expreso personalmente, señala el Profesor Risso Ferrando ese principio pro homine implica: a) por un lado la interpretación extensiva de los derechos humanos; y b) por otro la interpretación restrictiva de sus limitaciones. Es importante destacar que los derechos humanos siempre tienen una fuerza interpretativa expansiva, se interpretan en la forma más favorable a la maximalización del contenido del derecho” (Garantías básicas de los Derechos Humanos 2008 páginas 30-31).

“¿Qué diremos ahora de ciertas cosas Simmias? De la justicia, por ejemplo, ¿diremos que es algo o que es nada? Simias: “Diremos que es algo” (Diálogos. Platón. Colección Austral 14 Edición. Espasa- Calpe. Argentina. Bs. As. 1966 página 23).

Porque cierto es que, normalmente, la Justicia y la Ley se cruzan y no se saludan; la primera óntica, única, unilateral como la verdad (porque es unilateral o no es), la otra, falible obra de los hombres; la primera absoluta, la segunda, tan solo, el arte de litigar que no pocas veces prevalece sobre aquélla en estas cuestiones mundanas pero tan temporales.

4. Debo decir.

“El principio de legalidad y seguridad jurídica, así como el de igualdad ante la ley, determinan la exclusión de cualquier consideración moral que no pueda anclarse o justificarse en normas del ordenamiento jurídico.” (Oscar Buenaga Ceballos. Argumentación Jurídica. Tecnos. Madrid 2016 página 102)

Pero debo decir que mi opinión jurídica conlleva el escozor de lo demasiado inútil, de lo demasiado tarde, de lo demasiado triste; han

combatido en mi corazón el sentido óntico de la justicia y el camino correcto del Derecho, esa enigmática conjunción que atañe a la función que ejerzo.

Hay aquí un sólo dolor ilusoriamente multiplicado en muchos espejos y una sola eternidad: la víctima.