

## DICTÁMENES

### Dictamen N° 411/89

#### BOSCH GARCÍA, MARÍA HELENA CON ESTADO MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS

#### Acción de nulidad

Al Tribunal de lo Contencioso Administrativo

-I-

#### Agotamiento de la vía administrativa

La acción de autos fue deducida con ajuste a las disposiciones constitucionales y legales de la materia, previo agotamiento de la vía administrativa.

1) Deducida la petición de fs. 5 de antecedentes administrativos, recayó resolución ministerial el 30/9/87 (fs. 7). Fue notificada el 8/10/87.

2) La interesada recurrió mediante recursos de revocación y jerárquico el 16/10/87, en plazo (art. 4° inc. 1° y 2° de la Ley N° 15.869).

3) El 15/12/87 se dictó el acto confirmatorio por el Sr. Ministro de Transporte y Obras Públicas, y se franqueó el recurso jerárquico (fs. 14 de antecedentes administrativos).

4) El Poder Ejecutivo mantuvo el acto impugnado por resolución de 23/12/87, notificada el 3/2/87 (fs.17).

5) La actora promovió la acción de nulidad el 15/4/88, en plazo conforme al art.9° de la Ley 15.869 y habida cuenta de la suspensión operada conforme al art. 10 inc.30 de la citada Ley.

-II-

#### Aspecto Sustantivo

La Procuraduría concluirá sugiriendo al Tribunal de lo Contencioso Administrativo la anulación del acto en causa en cuanto afectó dieciocho días de licencia ordinaria (“reglamentaria”), correspondiente al año civil 1987, para otorgar treinta días de licencia extraordinaria.-

En efecto, procede advertir:

a) “Los empleados al servicio del Estado tendrán derecho a gozar de una licencia anual remunerada en las condiciones establecidas por la Ley N° 10.884 de 17 de diciembre de 1947 y sus concordantes, modificativas o ampliatorias” (Ley 12.545 de 16/10/958 art. 1°).

b) La Ley 12.545, y sus modificativas, fueron derogados por la Ley 12.590, de 23/12/958, art.28., siendo sustituidas por el régimen de la última citada.

c) Por el art.7 de la Ley 12.545 y art. 1° de la Ley 12.590, los funcionarios públicos tienen derecho a una licencia anual remunerada de veinte días como mínimo, dos días que correspondan deberán hacerse efectivos en un solo período continuado.

d) Según el art. 7° de la Ley 12.590, la licencia en su totalidad se hará efectiva dentro del año, a contar desde el vencimiento del último período de trabajo que origina el derecho a la misma.-

e) La doctrina laboralista ha dicho con total precisión, comentando la Ley 12.590 (aplicable a los trabajadores del sector público según lo ya expuesto): "Los 20 días de vacaciones deben hacerse efectivos dentro del año inmediato siguiente, al período en que se generó el derecho" (Santiago Perez del Castillo –Manual básico de normas laborales, ed. 1979, p. 55).

Atento a lo que antecede, cabe concluir:

1) Que la licencia ordinaria generada por la actora hasta la fecha de la resolución impugnada (30/9/87) debió ser gozada en un sólo período continuado (art. 1° Ley 12.590).

Ocurre que por la resolución encausada se le concedieron dieciocho días de licencia "reglamentaria" y doce días de licencia extraordinaria.-

Siendo la licencia anual de veinte días, que deberán gozarse en un sólo período, obvio es que se produjo el siguiente resultado: el saldo de dos días de Licencia ordinaria 1987 quedó para su goce posterior. No se cumplió, pues, el último mandato legal citado.

2) La resolución cuestionada determinó el empleo o afectación de dieciocho días de licencia ordinaria (cabe observar que a su fecha sólo podrá haber generado quince días), a partir del 17 de setiembre de 1987. Con esto se apartó del régimen de la Ley 12.590, art.7° (cit. supra. lit. d) y doctrina citada: La licencia se hizo efectiva parcialmente dentro del año civil en curso (1987) y no en el siguiente (1988).

La demandada invocó la resolución de 2 enero de 1987 que, según expresa, establece: "Declárase por vía interpretativa que no se encuentran amparados en el art.4° del Reglamento de Asistencia de fecha 2 de abril de 1966, los funcionarios que tuvieran pendiente todo o parte del término del goce de licencia reglamentaria, quedando facultada la Administración para establecer las excepciones que en el caso estime pertinentes".

La citada "Resolución" (se trataría de un reglamento) es también mencionada por la actora a fs.21 v., con igual contenido, por lo que se admitió como correcta la referencia.

Pero aún cuando un reglamento establezca el régimen con el alcance a untado por la Administración en su resolución, él no puede enervar la aplicación de la ley de la materia, atento al principio de jerarquía normativa. Como bien se ha dicho "...ante una contradicción entre una norma infravalente y otra supervalente, prima la última y ha de

aplicarse, salvo que el Derecho Positivo prevea una solución, distinta como ocurre en nuestro país con las leyes inconstitucionales.

Y más adelante: "En estricta lógica, cabe concluir que, por lo expuesto, la Administración debe abstenerse de aplicar el reglamento ilegal aún cuando éste no haya sido derogado" (Augusto Durán Martínez, Desaplicación del reglamento ilegal, en Actividad reglamentaria de la Administración, 1as. Jornadas rioplatenses de Derecho Administrativo, F.C.U., Montevideo, 1989, fs. 75-5).

**CONCLUSIÓN:** El suscrito entiende procedente la anulación de la resolución ministerial de 30/9/87, de causa, en cuanto afectó dieciocho días de licencia ordinaria de la actora generados en 1987.

Montevideo, 17 de agosto de 1989

Dr. Mariano Brito

Procurador del estado en lo contencioso administrativo

**Dictamen N° 342/89**  
**MARABUNTA S.R.L. CON ESTADO MINISTERIO DE INDUSTRIA**  
**Y ENERGIA**

Suspensión de ejecución de acto administrativo

Exp. No. 238 89

Al Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

I

Agotamiento de la vía administrativa

1- Se entrará al examen de la cuestión formal de contralor de la introducción de la acción anulatoria (agotamiento de la vía administrativa).

2- El Centro Nacional de la Propiedad Industrial, el 25 de febrero de 1986 concedió el registro impetrado por Parábola S.A.

La firma Marabunta S.R.L., notificada que fue de aquel acto el 13 de marzo de 1986, recurrió en tiempo y forma (art. 32 inc.2º. del Decreto-Ley 15.524, entonces vigente), según escrito a fs.28 del agregado en 181 fojas, en autos de acción de nulidad promovido por la actora que se refiere más abajo, en el numeral 9.

3- El acto citado, dictado en ejercicio de atribuciones delegadas del Ministerio de Industria y Energía, fue confirmado el 13 de marzo de 1986 y se franqueó el recurso jerárquico.

4- El 14 de julio de 1986, el Sr. Ministro de Industria y Energía en ejecución de atribuciones delegadas del Poder Ejecutivo, revocó la resolución de 25 de febrero de 1986.

5- Parábola S.A. fue notificada a fs. 54, recurriendo el 29 de setiembre de 1986. El sello de notificación indica la fecha "30/09/86". Es obvio que la recurrencia tuvo lugar, válidamente, antes de la notificación (fs. 59 ss. legajo en 181 fojas).

6- El 29 de diciembre de 1986 el Sr. Ministro de Industria y Energía, con invocación de atribuciones delegadas del Poder Ejecutivo, revocó la resolución de 14 de julio de 1986. Con ello vino a restablecer el acto de otorgamiento del registro de marca (fs. 94 del legajo en 181 fojas).

7- El 6 de febrero de 1987, Marabunta S.R.L. dedujo los recursos de revocación y jerárquico contra el acto de 29 de diciembre de 1986, citado en el numeral anterior. Había sido notificada el 26 de enero de 1987.

8- Finalmente, Marabunta S.R.L. ejerció la acción de nulidad el 13 de marzo de 1987.

9- Todo lo consignado resulta de los autos "Marabunta S.R.L. con Estado – Acción de nulidad", F. n° 178/87, también radicados para dictamen de esta Procuradoría que se han tenido a la vista.

10- La relación precedente habilita la siguiente cuestión: ¿no se configuró ejercicio prematuro de la acción de nulidad, atento a que a la fecha señalada en el numeral 8, supra, no había sobrevenido denegatoria ficta (art. 32 inc. 2 y 6 del Decreto- Ley 15.524, vigente entonces) ni existía denegatoria expresa?.

Esta Procuradoría entiende que no medió el ejercicio prematuro. En efecto, la cuestión se resuelve a la luz del art. 36 del Decreto-Ley 15.524, por el cual "No habrá reposición de reposición".

CAJARVILLE, en opinión que se comparte, ha interpretado dicha disposición en los siguientes términos:

"Por reposición puede entenderse, en general, tanto la decisión del autor de un acto por la cual lo modifica, como el recurso conferido al lesionado por ese acto para lograr aquella decisión, pero el legislador no tuvo en cuenta que tradicionalmente y también en este mismo DL, ni la decisión ni el recurso reciben en nuestro país esa denominación, sino la de revocación".

La frase de marras "sólo puede significar que no habrá (recurso de) reposición –rect., de revocación- de una (decisión de) reposición; esta decisión de reposición que así se declara irrecurrible sólo puede consistir en la revocación total del acto originario, porque las otras posibilidades –revocación parcial o reforma- están expresamente previstas en el resto del artículo".

Y más adelante expresa que "Normalmente, esa revocación total puede agraviar a un tercero beneficiario del acto originario y no al recurrente que con ella verá satisfecha su pretensión". En este caso "el agraviado no debe interponer recursos administrativos, sino promover directamente la acción anulatoria". (autor cit., "Recursos Ad-

ministrativos”, ed. FCU, Montevideo, 1987, págs. 103 y 104; los subrayados pertenecen al dictaminante).

En virtud de todo lo cual, a la fecha de promoción de la demanda, dictada ya el acto revocatorio de la revocación- en otras palabras, otorgado el registro a Parábola S.A.- bien pudo Marabunta S.R.L. accionar de nulidad, como lo hizo. Para ello no era necesaria la previa decisión denegatoria de los recursos deducidos, ni aún más, estos mismos.

-II-

Suspensión de la ejecución del acto impugnado

1. Procede ahora dictaminar sobre la pretensión de suspensión del acto administrativo impugnado, promovida el 2 de diciembre de 1988 (fs.6 a 7 de esta pieza separada).

2. El planteo de la medida tuteladora se produjo con posterioridad a la introducción de la demanda anulatoria, separadamente de ésta, tal como resulta de esta pieza y del expediente de anulación ya citado.

3. La circunstancia referida ameritará por sí el rechazo de la suspensión impetrada, en opinión del suscrito, atento a que ello importa un planteo extemporáneo. Por el art. 2 de la ley 15.869, el pedido de suspensión deberá formularse “con la demanda”.

La solución legislativa, determinante de la oportunidad y forma del planteo de la cuestión de suspensión, es conforme con el apartamiento excepcional que el instituto de la suspensión –según su regulación legislativa entre nosotros- plantea el principio de ejecutoriedad del acto administrativo.

Atento a lo referido no corresponde entrar al examen de los fundamentos sustantivos de la petición de suspensión: examen de los daños graves que la ejecución podría irrogar a la parte actora y su relación con los que la suspensión pudiera irrogar a la organización y funcionamiento del órgano involucrado (art.2º inc. 1º Ley 15.869).

Montevideo, 29 de junio de 1989

Dr. Mariano R. Brito

Procurador del Estado en lo contencioso administrativo

**Dictamen N°877/89**

**DIAZ, NELSON CON ESTADO COMISION ESPECIAL LEY No 15.783**

Acción de nulidad

Exp. No. 181/988

Tribunal de lo contencioso Administrativo:

-I-

Agotamiento de la vía administrativa

Se ha verificado el agotamiento de la vía administrativa conforme a la previsión cons-

titucional. En efecto: 1. Dictado al acto de la Comisión especial en causa (Resolución 1167/87, de 20/9/87, a fs.458 en rojo, 2ª.pieza de Antecedentes Administrativos), se cumplió su notificación el 26/10/87 (fs.459 en rojo, de aquella pieza).-

2. El Recurso de revocación fue deducido en plazo el 5/11/87 (fs.460 de aquellos antecedentes).-

3. Hubo resolución denegatoria expresa de 29/12/87, a fs.468, notificada el 8/2/88 (fs.469)

4. La acción de nulidad se dedujo el 4/4/88, conforme al art.9º de la ley 15.869.-

-II-

CUESTION PROCESAL PREVIA: alcance del allanamiento de la demanda en autos

1. Alegando de bien probado la demandada comparece manifestando que se le tenga por allanada a la demanda.-

2. Esta Procuraduría y el Tribunal de lo contencioso Administrativo se pronunciaron antes de ahora, en ejercicio de sus respectivas competencias, sobre el alcance procesal que el allanamiento da la demanda tiene en el juicio anulatorio.-

Al respecto se está a cuanto se expresara en dictámenes del Dr. Juan Carlos Imhof, de 5/10/956 (dict.Nº132, autos "Industria Nacional Laminadora c/Estado", Exp. 335/ de 9/4/956 (dict.N1133, autos "VIDPLAN S.A. c/Estado", exp. 343/955) y del Dr. Atilio Renzi Segura, de 21/3/963 (Nº24, autos"Curto, Miguel c/OSE" exp.1260/59, y a cuanto resulta de las sentencias Nº262, de 21/11/961 y N196, de 25/10/963, ese Tribunal.-

En el primero citado dijo el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo:

"En cuanto a la materia o sustancia del proceso está constituida por la apreciación de la juridicidad de la actuación administrativa, se advierte la presencia de un elemento especialmente caracterizador de la aptitud procesal de los contendientes: la indisponibilidad del bien jurídico controvertido."

"Y ello es obvio, porque la juridicidad del acto procesado es una especial calidad dl mismo, apreciable por el órgano específicamente cometido, y que se revela por la adecuación de la voluntad allí manifestada con la que expresa la norma condicionante."

"De ello se sigue que, en la elaboración y producción del juicio concreto que habrá de formular el Tribunal para decidir el asunto sometido, carecerá de toda relevancia la manifestación de aquiescencia del órgano público demandado frente a la pretensión formulada por el actor, aun cuando expresamente reconociera la validez de todos los fundamentos invocados por la contraparte.

En el supuesto enunciado, la administración tuvo y tiene en sus manos la potestad de extinguir en su sede el acto que, luego de adoptada, reputó irregular.

Pero para lo que no está habilitada es para determinar con su voluntad, la decisión jurisdiccional acerca de la legalidad de su actuación en un caso dado.

Y por consecuencia, tampoco podrá el Tribunal resolver aquella especie mediante la aplicación del criterio expeditivo consagrado en el a.322 del C.P.C., sino que su decisión deberá atender a la real composición jurídica del asunto sometido lo que resultará, como ya se estableciera, de la comparación del acto en cuestión con los enunciados de la legalidad determinante.”

3. Si bien podría observarse ahora que el Decreto-Ley 15.524, por su art.104, remite al Código de Procedimiento Civil “En todos los puntos no regulados expresamente por esta ley y demás leyes que rijan la materia, concordantes, complementarias y modificativas”, es de señalar que la integración referida en cuanto hace el art.322 de ese Código no puede tener en el proceso sentencioso-administrativo anulatorio los efectos que él determina, porque el allanamiento no importa la extinción del acto administrativo cuestionado de ilegalidad. Este ha surgido a la vida jurídica en virtud de la manifestación de voluntad de la Administración, subsistirá en cuanto su autora –por un acto de voluntad contrario (el acto revocatorio)- o sea Tribunal, en ejercicio de su competencia anulatoria, determine la exención respectiva. Subsistente al acto, continúa con la producción de sus afectos jurídicos, y el Tribunal –en virtud de la promoción de la demanda- deberá ejercer su poder-deber de dictar la sentencia pertinente.-

### -III-

#### LA CUESTION SUSTANTIVA OBJETO DE DECISION JURISDICCIONAL

1. Resulta de los antecedentes administrativos:

a) Que el actor, en ocasión de la comisión de ilícitos en que estuvieron involucrados diversos funcionarios de ANCAP, fue procesado penalmente por encubrimiento.-

b) la empleadora (ANCAP) lo suspendió preventivamente por seis meses sin goce de sueldo (legajo personal a fs.426, 2ª. Pieza)

c) por providencia N°104, de 16/6/83, del Juzgado Letrado de 1ª. Instancia en lo Penal de 6°. Turno, se absolvió al actor en estos autos (certificado a fs.5, subrayado en rojo, de A.A., 1ª. Pieza).-

d) el funcionario imputado de conducta irregular declaró a fs.15, subrayado en rojo, lo siguiente:

1°. Que “Sí me ofrecieron \$10.000 como una atención a mí persona; el Inspector Pedro Bassano, José Rosielo, José Fontela, Hércules Consentino, diciéndome que era una cosa que no habría ningún problema, que no era contra la Institución...”.-

2° A Fs.222 foliatura en rojo (careo con el Sr. Pedro Bassano), que “se ratifica en sus dichos, que era en forma de préstamo y que se lo pagara como podía).-

3° A fs.246, en rojo, 1ª.pieza reconoció que su conducta era censurable desde el punto de vista moral.

4° A fs.295, en rojo, 1ª. Pieza, por su mandatario, expresó que su conducta “obviamente no es digna de aplauso”.-

5° A fs.296, en rojo, expresa: “Claro está que la presunción primero y confirmación luego de que el dinero que recibía era mal habido, convierte a su conducta en inmoral. Pero esa inmoralidad es de tal entidad que lo hace inepto para seguir perteneciendo a ANCAP?”

2. En cuanto la regularidad sustantiva de la sanción está condicionada a la observancia de la garantía constitucional de oportunidad de defensa para el ejercicio del derecho respectivo (art.66 de la Constitución). Sabe concluir que aquella es inobjetable, Invariablemente, el funcionario imputado tuvo vista de las actuaciones sumariales y compareció articulando sus defensas y medios probatorios (fs.246, A.A., 1ª. Pieza y 292 y ss.)-

3. La pretensión originaria del actor en autos, para su reincorporación a ANCAP Y recomposición de su carrera administrativa conforme a la ley 4.783, enfrenta al decisor de una cuestión nuclear: como bien dijo la Comisión Especial en el considerando 3° de su Resolución 1176/87, “... al punto medular de la presente cuestión radica en determinar si la Administración, dentro de los márgenes de la discrecionalidad, actuó de acuerdo a derecho, o si por el contrario, extralimitándose de ellos, incurrió en arbitrariedad al disponer la destitución del Sr. Díaz” (fojas 458.A.A., 2° pieza, foliatura en rojo).

La conducta ilícita quedó probada, incluso por la admisión del involucrado. Pero ha mediado proporcionalidad?

El reiterado criterio jurisprudencial de ese Tribunal asigna a la potestad disciplinaria el límite de la razonabilidad, sin mengua del reconocimiento del campo de la discrecionalidad.-

Al respecto ha dicho que el derecho constitucional del funcionario a la permanencia en el cargo (art.61, constitución)”...es de carácter subjetivo e implica correlativamente, el deber de la Administración de respetarlo y desconocerlo solamente en los casos en que, razonablemente, ello se adecua a la falta constatada, dicho de otro modo, cuando se comprueba que se han utilizado los poderes disciplinarios de manera no arbitraria y racional. Lo contrario constituye un notorio abuso de poder que viola el acto por la notoria falta de proporcionalidad entre la falta y la sanción” (Sent.263/85, de 18/12/85).-

Se confirma así aquel criterio, ya repetido entonces, cuando se dijo: “Además, según criterio sostenido reiteradamente no es materia que corresponda al Tribunal decidir, la relativa a la correspondencia entre la pena y los hechos que se sancionan salvo el caso de desproporción, extremo ausente en el caso de autos”(Sentencia 108/71, de 3/5/71).-

La razonabilidad apuntada involucra correspondencia con los motivos y consecuentemente proporcionalidad en la medida de la sanción, volviendo pasible de anulación el acto que infrinja esos límites.-

El dictaminante no estima irregular por ausencia de razonabilidad al acto en causa.-

El motivo existió según lo expuesto y desde este punto de vista el acto es regular.-

---

Tampoco puede invocarse la ausencia de proporcionalidad entre la falta y la sanción. Es que la elección de ésta radica en el ámbito de la discrecionalidad y si bien ella se concreta en la decisión, ésta sólo podría ser anulada por una manifiesta desproporción que no se estima dada en la especie. No puede olvidarse, que como lo expresa el actor a fs.297 (2ª. Pieza. A.A., foliatura en rojo), “un funcionario recibe dinero de otras, con el presentimiento primero y el conocimiento luego, de que aquél se obtiene por los segundos, de forma irregular”. Tal conducta revela una objeción moral cierta. En tal extremo el Directorio entendió configurada la causal de ineptitud moral previa en el art.32 del Estatuto del Funcionario y obró consecuentemente. –

4. CONCLUSIÓN: Por los fundamentos expuestos, el suscrito entiende procedente la confirmación del acto impugnado,

Montevideo, 6 de noviembre de 1989

Dr. Mariano R. Brito

Procurador del estado en lo contencioso administrativo