

---

## MARIANO BRITO. LA LABOR BIEN ACABADA: UN QUEHACER CUMPLIDO IMPECABLE

SILVANA NESSAR

No resulta fácil responder a tan magna invitación para participar en una edición especial de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo en homenaje a nuestro querido Mariano Brito.

Y no resulta fácil porque las reflexiones que se plasmen con motivo de este homenaje deben estar a la altura de alguien que supo dedicar su vida, en todos los ámbitos en que la misma se desarrolló, a realizar una labor bien acabada: un quehacer cumplido impecable (San José María Escrivá de Balaguer, Amigos de Dios, No. 55).

Recientemente tuvimos la oportunidad de leer un testimonio de Mariano publicado en el año 2002 en el libro "San José María y los uruguayos".

Fueron esas palabras las que nos inspiraron para escribir estas líneas, fundamentalmente porque en ese testimonio nos ilustra sobre la grandeza en la vida "corriente, ordinaria y cotidiana", habiendo encontrado Mariano en la docencia universitaria un ámbito singularmente oportuno para lograr esa grandeza.

Fue entonces cuando advertí que sería una muy interesante manera de homenajearlo dar a conocer, algunos de los muchos dictámenes que, en su calidad de Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, tuvo oportunidad de emitir.

Es que en ellos se revela esa grandeza que se logra cuando ese quehacer cotidiano y corriente a que se refería en aquel testimonio, se realiza de manera rigurosa y con la mayor perfección que pueda alcanzarse.

Pero además, con estos pronunciamientos, que nos atreveremos a comentar ya que muy poco puede agregarse a tan brillante razonamiento, tuvo Mariano la ocasión de demostrar que todo lo que enseñaba y sostenía en sus muy numerosas publicaciones lo aplicó cuando fue llamado a ejercer cargos en la órbita del control jurisdiccional.

Recordemos que en reiteradas oportunidades Brito escribió sobre la importancia del control jurisdiccional del obrar del Estado, insistiendo en que ese control debe extenderse y penetrar en la vida misma del Estado, y destacando especialmente la labor del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en esa tarea como "clave de bóveda para la tutela jurisdiccional efectiva (2) Brito, Mariano, en Derecho Administrativo, Su Permanencia, Contemporaneidad, Prospectiva, "Control Jurisdiccional de la Administración en el Uruguay", Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Mdeo., Año 2007, pág. 351).

Por mandato constitucional art.315 de la Constitución de la República, habiendo sido

designado Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, fue “necesariamente oído, en último término, en los asuntos de la jurisdicción del Tribunal”.

Fue entonces cuando pudo aplicar y desarrollar sus enseñanzas en punto a la razonabilidad del acto administrativo, a las medidas cautelares en el procedimiento contencioso anulatorio y la desaplicación del reglamento ilegal, temas, entre muchos otros, sobre los que nuestro homenajeado nos ilustró en sus publicaciones.

En estos dos dictámenes que a continuación comentaremos, maneja Brito con esa extrema rigurosidad a que nos referíamos antes, la cuestión relativa a la “razonabilidad del acto administrativo”.

Nos referiremos inicialmente al **dictamen 877/89**.

La causa que motivó su dictado trata de la demanda de anulación de un acto administrativo emitido por la Comisión Especial Ley 15.783, en virtud del cual no se accede a la solicitud del accionante de ser reintegrado a su cargo en la ANCAP.

Expresó la Administración demandada que el funcionario había sido destituido de su cargo por la comisión de ilícitos que merecieron su procesamiento por el delito de encubrimiento, por lo que su solicitud de reintegro y recomposición de la carrera administrativa no se encuentra al amparo de la ley 15.873, norma que se aplica a situaciones muy diferentes a la de autos.

A la hora de resolver la cuestión sometida a su consideración como Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, dijo Brito:

“...el punto medular de la 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”.

Compartió en la oportunidad la posición sustentada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en anterior jurisprudencia, afirmando que el deber de la Administración de respetar el derecho del funcionario a la permanencia en el cargo puede ser desconocido, en los casos en que, **razonablemente**, ello se adecue a la falta constatada, situación en que aquélla utiliza los poderes disciplinarios otorgados por el ordenamiento jurídico, de manera no arbitraria, sino racional.

Sostuvo asimismo que:

“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”.

Concluyó que el acto no era irregular por ausencia de razonabilidad, existiendo un motivo claro que determinó su dictado.

Tampoco puede invocarse, afirmó, ausencia de proporcionalidad entre la falta y la sanción.

Todos esos argumentos determinaron que se aconsejara la confirmación del acto objeto de dictamen, posición que, a la postre fuera compartida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a la hora de dictar sentencia.

Pues bien; como puede advertirse, en el referido pronunciamiento Brito refiere a “la razonabilidad del acto administrativo”.

En su obra “Derecho Administrativo, Su Permanencia, Contemporaneidad, Prospectiva”, habla sobre el control jurisdiccional de la razonabilidad de los actos administrativos, afirmando su procedencia... “conforme a una regla de proporcionalidad entre el acto en sí, medio para el fin debido, y éste” (3) op. cit. pág.467).

Afirmó en el citado trabajo, en posición que compartimos íntegramente, que el control jurisdiccional debe dirigirse a analizar la razonable aptitud del acto en relación al fin a perseguir, debiéndose descartar toda licitud si ese obrar fuere ostensiblemente ajeno a aquél.

Destacó asimismo en el dictamen aspectos que en su obra también resaltó en relación a la desproporción o exceso, afirmando que la ausencia de razonabilidad es configurante de arbitrariedad, situación que no advirtió en el casus.

En efecto; en el caso en estudio, entiende Brito que al no existir desproporción entre la sanción aplicada al accionante y la falta cometida, debidamente acreditada, la Administración actuó de manera razonable, tomó una decisión que se compadecía con el fin de interés público que debe perseguir, y por tanto descarta toda arbitrariedad, pasible de inficionar al acto con vicios invalidantes.

“En suma, concluye en su obra, cuando el acto dictado no sea razonablemente apto para el fin de interés público debido, será justiciable en vía anulatoria por ser contrario a una regla de derecho (art. 309 de la Constitución de la República). Porque el acto en cuestión, desconociendo el fin de interés público, se habrá apartado de su causa jurídica”. (4)op. cit.pág. “De la razonabilidad del acto administrativo: la cuestión de su contralor jurisdiccional anulatorio”, pág.468).

Finalizaba afirmando que ese control jurisdiccional es ineludible en un sistema jurídico que pretenda alcanzar una verdadera tutela del administrado.

Finalmente, el TCA acompañó en sentencia No. 28/90 la postura de rechazo aconsejada por la Procuraduría del Estado.

Pues bien; si algo puede sin hesitación concluirse del análisis de este primer dictamen, a nuestro modesto criterio, es que esa razonabilidad que exigía Brito de parte de la Administración en su obrar, también la aplicó en el suyo propio, ya que a la hora de actuar del lado del control, en la vida misma del Estado, recogió lo que antes, en la teoría había plasmado.

Nada más coherente puede pedirse, hizo lo que dijo debía hacerse.

Otro de los temas que también le inquietaban, siempre preocupado por la persona humana y las formas de protegerla, fue el relativo a las medidas cautelares en el procedimiento contencioso anulatorio, afirmando lo escueto de su consagración.

Así, en el dictamen que veremos seguidamente, No. 777/89, en relación al tema de la suspensión de ejecución de los efectos del acto administrativo, se pronunció favorablemente a la medida incidental impetrada, con apoyo además al tan citado principio de la razonabilidad.

En la causa, se promovió, conjuntamente con la demanda anulatoria, la suspensión de ejecución de un acto administrativo dictado por el Directorio de la Administración Nacional de Usinas y Trasmisiones Eléctricas en virtud del cual se aplicó al Frigorífico Uruguayo S.A. una multa pecuniaria.

Afirmó en la oportunidad la actora que se encontraba imposibilitada de pagar una multa de esa magnitud, aportando prueba que acreditaba los extremos invocados.

Efectuando un riguroso análisis de las probanzas agregadas concluyó nuestro homenajeado en estos términos:

“El juicio de razonabilidad que debe presidir la decisión de amparo, aconseja su dictado. Las proyecciones económicas para el actor y aún para terceros, con pasible daño para el primero, su cuantía y efecto difusivo, revelan que el acto cuya suspensión se procesa es de aquellos a que se refiere la norma legal reproducida, siendo los daños a la parte actora superiores a los que la suspensión pudiera ocasionar a la organización y funcionamiento del Ente”.

Sabido es que la suspensión de ejecución de los actos administrativos es la única medida cautelar que el legislador consagró en el procedimiento contencioso administrativo de anulación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Se trata de una medida regulada en el art. 2º de la ley 15.869, de 22 de junio de 1987, cuyo texto reza:

Artículo 2º. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a pedido de la parte actora, que deberá formularse con la demanda y previa sustanciación con un traslado por seis días a la parte demandada, podrá decretar la suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto impugnado, siempre que la misma fuere susceptible de irrogar a la parte actora daños graves, cuyo alcance y entidad superen los que la suspensión pudiere ocasionar a la organización y funcionamiento del órgano involucrado.

La posibilidad de percibir la correspondiente indemnización no impedirá que, atendidas las circunstancias del caso, el Tribunal disponga la suspensión.

Dicha suspensión también podrá ser decretada por el Tribunal cuando, a su juicio, el acto impugnado aparezca, inicialmente, como manifiestamente ilegal.

La decisión del Tribunal, en este caso, no importará prejuzgamiento.

Artículo 3º. Decretada la suspensión del acto, ésta mantendrá su vigor desde su notificación a la parte demandada y hasta la conclusión del proceso, pero el Tribunal, a petición de parte o de oficio y en cualquier momento del trámite, podrá, y en atención a nuevas circunstancias, dejarla sin efecto o modificarla.

Si la parte demandada no evacúa el traslado o haciéndolo, omite el adecuado cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 63 y 64 del decreto ley 15.524, podrá decretarse la suspensión si de las afirmaciones de la parte actora y de los elementos de juicio que ésta hubiere incorporado al efecto, surgen circunstancias que, a juicio del Tribunal, la hicieran pertinente, sin perjuicio de la ratificación o rectificación de lo decidido, luego de incorporados los antecedentes administrativos.

En todos los casos el Tribunal deberá decidir sobre la petición de suspensión dentro del plazo de treinta días de concluida la sustanciación del incidente, suspendiéndose ese plazo durante un máximo de sesenta días para el diligenciamiento de las probanzas que el Tribunal estime necesarias y disponga por vía de diligencias para mejor proveer.”

La doctrina ha sido conteste en afirmar que este instituto de amparo es manifiestamente insuficiente para atender las necesidades de los justiciables.

En ese sentido afirmó Cajarville, en posición que Brito compartía íntegramente:

“La insuficiencia de esta medida cautelar es manifiesta: las restricciones legales en cuanto a la oportunidad para solicitarla, necesariamente con la presentación de la demanda anulatoria, lo que supone el previo agotamiento de la vía administrativa; su tramitación procesal como incidente, con apertura a prueba, que ha llevado a que en algunas oportunidades se falle antes sobre el fondo que sobre la suspensión del acto; y sumados a todo ello, los criterios restrictivos del propio Tribunal en la apreciación de las causales, la privan de toda efectividad como garantía de los interesados.” (5) Cajarville Peluffo, Juan Pablo, *Sobre Derecho Administrativo*, “Sobre la suspensión jurisdiccional de los efectos del acto administrativo”, Tomo II, Edición 2008, pág. 668).

La inquietud de Brito en punto a la ineficacia de esta medida así como la limitación de las admitidas por el Tribunal en tal carácter, lo llevaron a incluir en todos los proyectos de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en que fue invitado a intervenir, la consagración de un mayor número de medidas cautelares como también a admitir la suspensión ya consagrada en términos más amplios.

Así en su ya citada obra expresó en punto a este tema:

“ Ante este instituto tuitivo preventivo de amparo, organizado con el carácter excepcional examinado, cabe procurar la revisión o reforma legislativa para aproximar el tratamiento procesal más adecuado al propósito tuitivo que motiva el instituto...” (6) op. cit. “Control Jurisdiccional de la Administración en Uruguay”, pág. 362).

Planteó asimismo en el referido trabajo la posibilidad de incorporar al proceso contencioso anulatorio otras medidas cautelares, a cuyos efectos sugirió acudir a la inte-

gración de las normas procesales, con las contenidas en el Código General del Proceso, como normas subsidiarias, conforme lo admite el art. 104 del Decreto Ley 15.524, 27 de diciembre de 1983.

El interés en comentar el presente dictamen radica precisamente en una vez más demostrar que a la hora de ejercer el control jurisdiccional de la Administración, aplicó sus enseñanzas en punto también a este tema.

En efecto; conforme se desprende de sus expresiones en el pronunciamiento en análisis, aconsejó al Tribunal acoger la pretensión incidental del actor, una vez que aplicó la llamada "teoría del balance", concluyendo que los daños que la ejecución del acto acarrearían al mismo por la ejecución del acto, eran superiores que los que se ocasionarían al Ente involucrado por su suspensión.

Su consejo no fue desatendido, y el Tribunal en sentencia 411/89, de 25 de octubre de 1989, compartió el dictamen del Procurador del Estado, haciendo lugar a la pretensión de suspensión formulada por la actora.

Tal fue la contundencia del pronunciamiento de Brito que el Alto Cuerpo dijo en el Considerando I):

" El Tribunal, en total coincidencia con lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado y compartiendo "in totum" sus argumentaciones, hará lugar a la suspensión impletrada."

Poco pudo agregar el Cuerpo a tan preciso y conciso dictamen, se limitó a reiterar los argumentos expuestos por la Procuraduría del Estado, siendo una de las muy pocas oportunidades en que se accedió a la suspensión.

Empero, es justo destacar que esa jurisprudencia restringida de otros tiempos, en la actualidad ha hecho un vuelco favorable, y hoy podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que ha aumentado considerablemente el número de casos en que se accede a la referida medida cautelar.

Quizá, y también sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que esa iniciativa de Brito, teniendo una visión de apertura, favorable al justiciable, inspiró esta nueva jurisprudencia en la que se advierte asimismo, esa postura menos restrictiva, que atiende a la persona humana y sus necesidades.

En ese sentido hemos tenido la oportunidad de referirnos a alguna jurisprudencia posterior en el tema. (7) Nessar, Silvana en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins, FCU, Año 2008, "Tres importantes sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo", pág.781 y ss.).

Ponemos allí de manifiesto, haciendo referencia a las sentencias 559/06, 599/07 y 645/07, en las que se accedió a la suspensión de ejecución de los efectos del acto administrativo objeto de la anulatoria, que el TCA está marcando claramente una tendencia

de apertura en su jurisprudencia en la materia, tan reiteradamente reclamada por la doctrina vernácula.

Cierto es que esa postura humanista que caracterizó a Brito en su proceder y en su obra, nunca lo llevó a apartarse del ordenamiento jurídico escrito, del Derecho Positivo.

En efecto; recuerdo que en alguna de sus clases, que tuve el honor de compartir, comentó que el aplicador del derecho no puede tener “la soberbia” de desconocer el ordenamiento jurídico escrito, aún cuando no lo comparta, o advierta que el mismo violenta principios de rango supraconstitucional, de aquellos a que refiere nuestro art. 72 de la Constitución de la República.

Podrá y deberá, sin duda, en esas circunstancias, promover su eliminación de aquel ordenamiento, pero mientras integre la regla de derecho, debe ser aplicado y respetado.

Y este comentario resulta plenamente aplicable al caso que comentaremos a continuación por cuanto si bien, como señalamos, Brito insistía en la necesidad de interpretar la medida cautelar de suspensión de ejecución en forma laxa, de manera de poder acceder a la misma con mayor amplitud y así proteger de modo más eficaz a la persona, tampoco dudó en rechazar su acogimiento cuando la misma no reunía los requisitos exigidos en el art. 2 de la ley 15.869, ya citada, con estricto apego a la misma.

Así, en ocasión de pronunciarse en otra causa en la que se promovió por vía incidental la multicitada medida cautelar, dijo en dictamen No. 342/89:

“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.

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”.

No olvidemos que la doctrina reclamaba que, ante la excesiva rigidez con que se consagró esta medida en la Ley Orgánica del TCA, se admitiera su planteamiento separadamente de la demanda anulatoria.

En ese sentido expresó Delpiazzo:

“Así, por ejemplo, creo que sería muy buena cosa que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo admitiera, ya que la suspensión debe pedirse conjuntamente con la demanda anulatoria, la interposición anticipada de la demanda. Al respecto, no debe olvidarse que lo que nuestro legislador reprime es la interposición tardía de la acción de nulidad, pero no así la interposición anticipada, de manera que es posible considerar ajustada a derecho la posibilidad de interponer la demanda de nulidad aún cuando todavía no esté agotada la vía administrativa a los efectos de poder promover la suspensión jurisdiccional de la ejecución del acto. Evidentemente, el Tribunal no va a poder tramitar

la demanda porque estará ausente todavía uno de los presupuestos, el del agotamiento de la vía administrativa, pero sí podrá tramitar la suspensión de la ejecución jurisdiccional (8) Delpiazzo, Carlos, *Desafíos actuales del control*, FCU, Mdeo. Año 2001, pág. 62).

También en esa causa dijo el Tribunal en sentencia 381/89, y en consonancia con lo aconsejado por la Procuraduría del Estado:

“El Tribunal compartiendo las argumentaciones vertidas por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo a fs. 16 vto. a 17 de los obrados, considera que en el caso no procede acceder a la solicitud en trámite y ello por cuanto la misma se formuló extemporáneamente, respecto del accionamiento promovido. El art. 2 de la ley 15.869 reza que el pedido de suspensión deberá formularse “con la demanda”, circunstancia que no se dio en el caso, y por consiguiente impide su consideración”.

Como afirmamos supra, Brito defendía la aplicación del Derecho Positivo, aún cuando no se compartiera, sin perjuicio de promover las acciones y mecanismos pertinentes a fin de lograr su modificación, y así adecuarla a la regla de derecho.

Empero esta afirmación no puede realizarse de igual forma en todas las situaciones en que el operador del derecho deba aplicarlo.

En ese sentido, haremos referencia seguidamente a una litis en la que, compartiendo la postura de otros autores, abogó por la desaplicación del reglamento ilegal.

Cuando se refería a la actividad reglamentaria de la Administración, decía Mariano, compartiendo la posición de García de Enterría:

“Los reglamentos constituyen hoy, sin duda, la mayor amenaza de la libertad”(9) García de Enterría, citado por Brito, Mariano en *Actividad Reglamentaria de la Administración*, 1as. Jornadas Rioplatenses de Derecho Administrativo, “Autoridad y Libertad: radical problemática de la actividad estatal reglamentaria”, FCU, Año 1989, pág. 54).

Señaló en esa oportunidad que la “aptitud expansiva y penetración” del reglamento con riesgo de libertad, obedecía a la necesidad de obtener una actuación eficaz del Estado, con respuestas concretas y prontas para el cumplimiento de sus cometidos, destacando el papel de la Administración como “agente dinamizador del desarrollo”.

Afirmó vehementemente en el citado trabajo que el reglamento ... “debe abstenerse de penetrar o regir originariamente, afectándola, la zona de los derechos inherentes a la personalidad humana. Ellos, a salvo su intangibilidad, sólo pueden recibir la limitación proveniente de la ley, por razones de interés general.”

Precisamente en este “casus” se plantea el tema del reglamento ilegal...

En efecto; la cuestión refiere a un acto dictado por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas en virtud del cual se otorga a una funcionaria una licencia, pero no en los términos en que ésta la solicitara, esto es, en carácter de licencia extraordinaria.

La Administración demandada, al evacuar el traslado conferido, afirma que por aplicación de la reglamentación dictada con fecha 2 de febrero de 1987, la funcionaria debe agotar los días de licencia reglamentaria, previo a la concesión de la licencia extraordinaria solicitada.

Al estudiar la causa sometida a su consideración, en la calidad ya señalada de Procurador del Estado, advierte Brito, en dictamen No. 411/89 que aún cuando un reglamento establezca el señalado alcance, ... "él no puede enervar la aplicación de la ley de la materia, atento al principio de jerarquía normativa".

La ley de la materia, era la ley No. 12.590, la que, conforme a la doctrina laboralista y cita a Santiago Pérez del Castillo, en su Manual Básico de Normas Laborales, determina que "los 20 días de vacaciones deben hacerse efectivos dentro del año inmediato siguiente al período en que se generó el derecho".

La forma en que en virtud del acto en causa se otorgó la licencia, no respetó el mandato legal, sino la norma de naturaleza reglamentaria a que refiere la demandada en su contestación.

Y más adelante sostuvo, citando a Durán Martínez:

"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".

Igual posición ha sostenido en la doctrina extranjera Jaime Rodríguez Arana, quien sostuvo que aplicar un reglamento ilegal, "sería tanto como desobedecer a la ley de la que dicho reglamento trae causa" (10) Rodríguez Arana, Jaime, Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional, Editorial Jurídica Venezolana, Año 2007, pág. 136).

Naturalmente que este autor admite que no es sencillo para el funcionario negarse a aplicar el reglamento que entiende ilegal en tanto está sometido a la jerarquía administrativa y puede ser pasible de sanciones si no acata las órdenes de sus superiores.

Sin embargo, ante el mismo argumento invocado por Martins en el tema, contestó Durán Martínez citando a García de Enterría:

"Los funcionarios no están vinculados a los reglamentos (jurídicos) como consecuencia de su subordinación jerárquica, sino, en cuanto que dichos reglamentos forman parte del ordenamiento jurídico, del Derecho objetivo. No está pues aquí en juego la jerarquía, elemento definidor de la centralización, sino el principio de la jerarquía de las normas" (11) Durán Martínez, A. en Actividad reglamentaria..., pág.72).

Y Brito, compartiendo esa postura, afirma:

"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".

Aconsejó pues en la oportunidad el amparo de la demanda anulatoria en tanto violentó normas de rango supravariantes.

Como era de esperarse el Tribunal de lo Contencioso Administrativo acompañó la solución propuesta por el magistrado pre opinante y se pronunció en estos términos:

“De la constelación normativa legal ( leyes 12.545 y 12.590 ), cuyos textos precisos se citan en el dictamen del Sr. Procurador, surge clara y notoriamente, que la licencia se halla “pendiente” cuando está en condiciones de ser gozada...”.

Ante esa precisión y claridad de los términos en que aquél se pronunciara, culmina incorporando textualmente el dictamen del Sr. Procurador del Estado en la parte final del Considerando II).

Como expresamos al comenzar esta exposición, no nos resultó fácil responder a esta invitación de la Revista de la Facultad de Derecho, pero esperamos haber logrado nuestra aspiración de que, a través de este breve repertorio de pronunciamientos que emitió Mariano con motivo de ejercer el cargo de Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, hayamos podido dejar en claro manifiesto esa enseñanza que él quiso dejar con su obra, ese trabajo que ... “dentro de las limitaciones humanas... fue efectuado atentamente también en los mínimos detalles...” (12) San José María... Amigos de Dios No. 55).

Trabajó con orden y constancia, con apego a lo que entendía justo, y si algo imborrable dejó en sus enseñanzas a sus alumnos y a todos los que tuvimos la suerte de poder acompañarlo, fue precisamente esa virtud...una trama de virtudes, como decía San José María:

“Es toda una trama de virtudes la que se pone en juego al desempeñar nuestro oficio, con el propósito de santificarlo: la fortaleza, para perseverar en nuestra labor, a pesar de las naturales dificultades y sin dejarse vencer nunca por el agobio; la templanza, para gastarse sin reservas y superar la comodidad y el egoísmo; la justicia, para cumplir nuestros deberes con Dios, con la sociedad, con la familia, con los colegas; la prudencia, para saber en cada caso qué es lo que conviene hacer, y lanzarnos a la obra sin dilaciones...Y todo, insisto, por Amor... (13) San José María, Amigos de Dios No. 72).

## 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 6º. 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:

1º. 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...”.-

2º 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).-

3º 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