

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 26 de abril de 2016.

No. 207

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “BREGSTEIN, GREGORIO con BANCO DE PREVISIÓN SOCIAL. Acción de nulidad” (Ficha No. 828/2013).

RESULTANDO:

I) Que compareció Gregorio BREGSTEIN, a demandar la declaración de nulidad de la Resolución RD N° 18-11/2005, fechada el 15.06.2005, dictada por el Directorio del Banco de Previsión Social (BPS) (fs. 2 a 3 vuelto infolios).

Por la volición impugnada se dispuso:

“1º Declarar que a los efectos de las incompatibilidades entre prestaciones y actividades establecidas por el inciso 1º del artículo 74 del llamado Acto Institucional N° 9, la expresión “órgano que sirve la prestación”, refiere a las ex direcciones de pasividades, DI.PA.I.CO., DI.PA.C.E. y DI.P.RU.SE.DO., que fueran creadas por el artículo 14 de dicho cuerpo normativo.

2º La presente resolución será de aplicación en todos aquellos casos donde no haya recaído resolución expresa.” (fs. 2 y 3 vuelto infolios).

El actor señaló, en lo inicial, que la volición impugnada es un acto administrativo de carácter general, del que tomó conocimiento al petitioner se declare su derecho a la jubilación docente, manteniendo su actividad

civil en cargo no docente (compatibilidad de jubilación docente con actividad civil no docente).

Expuso que es titular de un interés directo, personal y legítimo de acuerdo al art. 309 de la Constitución de la República, el que resulta lesionado por la resolución referida.

Expresó que el acto lo agravia en relación a su derecho, en tanto la “compatibilidad” de servicios docente y civil es procedente, más allá del significado que se le asigne a la expresión “órgano”, o “incompatibilidad”. Argumentó citando jurisprudencia de este Tribunal, que el hecho de que una persona jurídica esté sujeta a una misma dirección administrativa, por prestación de servicios diversos, por sí solo no es suficiente para rechazar la acumulación de pasividades que responden a actividades diversas y por las cuales se efectuaron los respectivos aportes.

Dijo que se trata de dos ámbitos de afiliación diferentes (escolar y civil), de dos sistemas de amparo que, aún dentro de la misma unidad administrativa, conservan su identidad.

Manifestó que el art. 28 de la Ley 15.800, refiere al régimen de incompatibilidades, remitiendo al art. 7 de la Ley 10.959, el cual consagra, precisamente, la compatibilidad entre actividad y pasividad civil o escolar y a la inversa. Tal sistema no puede considerarse modificado por el art. 74 del llamado “Acto Institucional N° 9”, el cual hace una referencia poco clara a la expresión “órgano”, a lo que debe agregarse que con la interpretación realizada por el acto encausado, la remisión legal queda sin explicación ni sentido.

Por ello, el régimen de incompatibilidades sigue rigiéndose por las disposiciones legales y reglamentarias -como por el régimen de afiliaciones

jubilatorias- vigentes con anterioridad a la promulgación de la Ley 15.800, que suprimió la DGSS y las tres direcciones administrativas que la componían. De este modo, dijo que el texto de la Ley 15.863, interpretativo del art. 28 de la Ley 15.800, coincide con la intención del legislador y con el art. 7 de la Ley 10.959, dictada cuando las Cajas Civil y Escolar eran dos institutos diferentes, con regímenes de afiliación y jubilatorios diversos.

Arguyó que la expresión “órganos” contenida en art. 74 del llamado “Acto Institucional N° 9” no es clara, por lo que no puede extraerse una conclusión que no admita discusión. Es de principio que una norma clara - la que establecía el régimen legal de compatibilidad anterior, dado por la Ley 10.959- debe prevalecer frente a una que no lo es, ya que si dilucida una prohibición, por sustituir una norma permisiva, debe hacerlo de forma clara y expresa (art. 10 parte final de la Constitución).

Dijo que el Tribunal en la sentencia N° 1/2000, entendió que los cambios orgánicos que se operaron en el sistema jubilatorio, impiden entender la expresión legal “órgano”, como equivalente a “dirección o unidad administrativa”, porque como en la actualidad existe sólo una (el BPS), sería imposible el funcionamiento del sistema. Así, interpretando el vocablo “órgano”, de un modo sustancial, queda determinada la compatibilidad y la acumulación de pasividad y actividad, por la distinta afiliación o inclusión.

Asimismo, el hecho de estar sujeto a una misma dirección administrativa (civil o escolar), puede importar la concurrencia de dos sistemas orgánicos diferentes, desde que se está ante dos ámbitos de afiliación distintos, los que aun hallándose dentro de una misma unidad administrativa, conservan su propia identidad.

En conclusión interpretando la expresión “órgano”, como equivalente a “sistema de inclusión” o “régimen de inclusión o afiliación”, se arriba a la coherencia normativa, acogiendo la compatibilidad.

II) Corrido el traslado correspondiente, compareció el doctor Jorge PATRITTI, en representación de la parte demandada a contestar la demanda incoada.

Expresó que el hecho de que el BPS adoptara en su oportunidad un criterio alineado con el de la jurisprudencia de este Tribunal, no obliga a la Administración a continuar indefinidamente en tal postura.

Arguyó que tal cambio, está fundamentado en los considerandos de la resolución, en cuanto concluyó que la posición tradicionalmente asumida por el Ente “no se ajusta al contenido de la norma del artículo 74 del Acto Institucional N° 9”.

Recordó que a juicio de los servicios técnicos de la demandada, la única excepción admisible al principio de incompatibilidad que dicha norma admite, es la que resulta de la compatibilidad entre jubilación por servicios no docentes y actividad docente amparada por el mismo órgano que sirve la prestación, no admitiéndose la compatibilidad en la situación inversa; esto es, jubilación por servicios docentes y actividad por servicios no docentes. Indicó que la resolución establece que, vueltos a analizar todos los antecedentes, el Directorio mantiene la posición de fondo original de que no asiste derecho a los afiliados peticionantes por entender que la expresión “órgano que sirve la prestación” empleada en el inciso 1° del artículo 74 del Acto Institucional N° 9, de 23 de octubre de 1979, refiere a las unidades administrativas creadas por el artículo 14 de dicho cuerpo normativo (Dirección de las Pasividades Civiles y Escolares, Dirección de

las Pasividades de la Industria y Comercio y Dirección de las Pasividades Rurales y del Servicio Doméstico).

En conclusión, por entender que la solución adoptada, es la única posible analizado todo el concepto normativo y que surge respetuosa del tenor literal de la norma, solicitó a este Tribunal la confirmación del acto encausado.

III) Consta además que: a) abierto el juicio a prueba (Decreto No. 1185/2014 de fs. 19), se produjo la que obra agregada y certificada a fs. 30; b) alegaron ambas partes de bien probado (fs. 33 a 34 vuelto y 37-38 respectivamente); c) girados los autos a su consideración, el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo se pronunció por medio del Dictamen No. 161/2015 que corre a fs. 41-42, por el que aconsejó anular la volición impugnada; d) se citó a las partes para sentencia por Decreto No. 3305/2015 (fs. 44), la que previo estudio de los Sres. Ministros, fue acordada en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I) Que la pretensión anulatoria se dirige contra la Resolución RD N° 18-11/2005, fechada el 15.06.2005, dictada por el Directorio del Banco de Previsión Social (BPS) (fs. 2 a 3 vuelto *infolios*).

Por la volición impugnada se dispuso:

“1º Declarar que a los efectos de las incompatibilidades entre prestaciones y actividades establecidas por el inciso 1º del artículo 74 del llamado Acto Institucional N° 9, la expresión “órgano que sirve la prestación”, refiere a las ex direcciones de pasividades, DI.PA.I.CO., DI.PA.C.E. y DI.P.RU.SE.DO., que fueran creadas por el artículo 14 de dicho cuerpo normativo.

2º) La presente resolución será de aplicación en todos aquellos casos donde no haya recaído resolución expresa.” (fs. 2 y 3 vuelto *infolios*).

II) Desde el punto de vista formal no existen observaciones que formular, pues se agotó correctamente la vía administrativa y la acción de nulidad se entabló en tiempo útil (arts. 317 y 319 de la Constitución de la República arts. 4º y 9º de la Ley No. 15.869).

El acto no le fue notificado a la impugnante ni surge que haya sido publicado en el Diario Oficial. El correspondiente recurso de revocación fue interpuesto en plazo el 31 de mayo de 2013 (fs. 43-44 de los A.A.).

La Administración incumplió con su deber de instruir y resolver en plazo los recursos movilizados, por lo que la denegatoria ficta se configuró el día 28 de octubre de 2013, por el transcurso del plazo de ciento cincuenta días sin resolución expresa del medio impugnativo movilizado (art. 5 de la Ley No. 15.869 en la redacción dada por el art. 40 de la Ley No. 17.292).

La demanda, conteniendo la pretensión anulatoria, fue presentada tempestivamente el día 26 de noviembre de 2013 (fs. 20 *infolios*).

III) El Tribunal, por unanimidad de sus integrantes naturales, compartiendo lo aconsejado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, habrá de amparar la pretensión anulatoria, por las razones que seguidamente se explicitarán.

IV) **Antecedentes.**

El actor, como surge de los antecedentes, comenzó los trámites para el reconocimiento de sus servicios, con la finalidad de ampararse a los beneficios jubilatorios. Cuenta con causal jubilatoria por su actividad docente dependiente del Consejo de Educación Técnico Profesional, en la

que ingresó el 15 de noviembre de 1978 y aún permanece sin interrupción (fs. 12 a 16 de los A.A.). Asimismo, ha trabajado en la Intendencia Municipal de Montevideo (bajo el régimen de inclusión de la Caja Civil) desde abril de 1977, desempeñándose como músico integrante de la Banda Sinfónica Municipal (fs. 11 de los A.A.).

Expresó en su comparecencia ante el BPS que, conforme los años de edad y servicios, cuenta con causal para acceder a la jubilación docente, sin perjuicio de permanecer trabajando en la Intendencia de Montevideo. En el curso del procedimiento administrativo, tomó conocimiento de la volición impugnada, por la que el BPS declara que resulta incompatible el acceso a los beneficios jubilatorios por la actividad docente con el mantenimiento de actividad bajo el régimen de inclusión de la Caja Civil.

Adujo que la impugnada afecta antijurídicamente el derecho del compareciente de poder percibir la jubilación docente ya generada, sin perjuicio de continuar trabajando en una actividad no docente (civil).

V) **Análisis sustancial.**

En primer lugar y, sin perjuicio de que no fue objeto de cuestionamiento, corresponde señalar que no cabe duda que el acto atacado, de carácter general y abstracto, resulta procesable ante esta jurisdicción y que el interesado ostenta legitimación para impugnarlo (arts. 309 de la Constitución de la República y 24 del Decreto-ley 15.524).

En ocasión de solicitar asesoramiento respecto de la jubilación pretendida, el actor tomó conocimiento -según expresa y no se controvierte- de la existencia de un acto administrativo de carácter general que le resultaba aplicable, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 2º de su parte dispositiva.

La demanda de nulidad del acto general que lesiona el interés legítimo del actor, es admisible, conforme lo dicta el art. 25 del D-L 15.524, por lo que no era necesario esperar el dictado de un acto particular.

La *quaestio decidendi* en este caso, concierne a un asunto sobre el que el Tribunal se ha expedido reiteradamente, contando con una consolidada posición jurisprudencial que no habrá de variar en la emergencia. El punto refiere a la compatibilidad de acceder a una jubilación por servicios docentes y el mantenimiento de actividad desarrollada bajo el régimen de inclusión de la Caja Civil.

En la emergencia, el actor pretende jubilarse por su actividad docente y continuar en actividad en la Intendencia de Montevideo. Este órgano jurisdiccional ha adoptado reiteradamente una posición decididamente contraria a la postulada por el BPS en la RD 18-11/2005 aquí impugnada.

Como bien expresa el actor, el diferendo pasa por determinar el sentido y alcance de la previsión contenida en el inciso 1º del artículo 74 del llamado: “Acto Institucional N° 9” y, en especial, la comprensión conceptual del término “órgano” utilizado en dicha disposición, así como también en el art. 22 del Decreto 431/981.

El Tribunal ha expresado en Sentencia **1/2000** que: “...*los cambios orgánicos que se operaron en el instituto jubilatorio desde antes del Acto Institucional No. 9 hasta la Ley No. 15.800, en 1986, determinan la imposibilidad de entender sencillamente que cuando el legislador se refirió a “órgano” quiso hacerlo como equivalente a dirección o unidad administrativa porque como en la actualidad existe sólo una, el Banco de Previsión Social, haría imposible el funcionamiento del sistema.*

Por lo tanto la interpretación correcta del vocablo debe hacerse a

través de un criterio sustancial y entonces lo que determinará la compatibilidad y acumulación de pasividad y actividad será la distinta afiliación o inclusión, con preferencia a la postulada por la demandada defendiendo un criterio que lo significa como unidad administrativa del sistema. (...)

VII) De ahí que el solo hecho de estar sujeto a una misma dirección administrativa (civil y escolar) u órgano, para utilizar la expresión, no resulte suficiente, por cuanto la misma puede comprender dos sistemas “orgánicamente diferentes, perfectamente diferenciales, desde que como en el caso en estudio se está ante dos ámbitos de afiliación distintos, los que aún hallándose dentro de una misma Unidad Administrativa conservan su propia identidad.” (ver en la jurisprudencia de este órgano jurisdiccional las sentencias **755/2013**, **428/2013**, **86/2013**, **793/2012**, **673/2012**, **599/008**, **455/994** y **116/990** entre otras).

En un reciente trabajo doctrinario, el Dr. Rodolfo SALDAIN ha hecho una síntesis de los argumentos en los que la jurisprudencia de este Cuerpo ha sostenido su consolidada posición, la que por su claridad -pese a su extensión- conviene reproducir a la letra. Como recuerda este autor, el órgano ha sostenido que resulta compatible la jubilación docente (afiliación escolar) con actividad civil (afiliación civil derivada de empleo público). Y señala que, de larga data, es constante la jurisprudencia en pro de la compatibilidad entre jubilación escolar y actividad civil, contrariando el criterio sostenido, en la actualidad, por el BPS. El autor consigna que los argumentos que ha sustentado el Tribunal en defensa de esta postura son los siguientes:

“a) No comparte el alcance que la Administración, pretende dar al término “órgano” en la normativa que rige el caso, en tanto se fuerza una interpretación, en lugar de buscar el espíritu, la finalidad, qué situaciones fueron las que se quiso prever.

b) En esa búsqueda cobra especial relevancia la materia que fue objeto de regulación, y en su mérito los principios de carácter tuitivo y protector que rigen el ámbito de la seguridad social.

Este argumento del T.C.A. aplica al ámbito de la seguridad social principios clásicos del Derecho del Trabajo y Seguridad Social que, entre otros aspectos, privilegian determinadas interpretaciones normativas tuitivas, por encima de interpretaciones meramente formalistas u “oblicuas” para utilizar la expresión del T.C.A. en diversos fallos.

c) El reconocimiento que en forma expresa, normas especiales realizaron sobre la compatibilidad entre pasividad y servicios docentes, no puede ser dejado de lado, en base a una interpretación oblicua, como la que se asigna al término “órgano”, atribuyéndole un significado que no le dio el legislador ni se infiere de los principios del derecho administrativo.

d) No se puede quitar relevancia que lo que se quiso privilegiar son las actividades desarrolladas por los funcionarios en determinadas ramas, que tenían y tienen regímenes particulares, tanto en lo que refiere a la forma y monto de los aportes, como al cómputo de los años trabajados y la edad de retiro para cada situación en particular.

e) Cuando la jubilación se otorgó por un régimen distinto a aquel que rige la actividad que se sigue desempeñando, la acumulación es pertinente.

Este argumento, siendo consecuente con él, llevaría a considerar situaciones de compatibilidad hoy no contempladas.

f) La normativa imperante en la materia, cuyo punto de partida se puede encontrar en la Ley No. 10.704, cuyo Art. 1º declaró “que las disposiciones sobre incompatibilidades contenidas en los Arts. 101 y 102 de la ley de 2 de Julio de 1940, Ley No. 9.940, no rigen para los jubilados y pensionistas declarados tales por la misma ley o por las anteriores y posteriores, que presten servicios docentes, quienes podrán acumular a su asignación de pasividad el sueldo o los sueldos que perciban en dichas actividades”, no se puede entender que haya sido modificado por la Ley No. 15.800.

g) El Art. 28 de esta última norma declaró que “el goce de pasividad sólo resulta incompatible con el desempeño de actividad remunerada, cuando ambas correspondan a servicios que a la fecha de la presente ley eran amparados por una misma ex Dirección de Pasividades (Artículo 7, Ley No. 10.959, de 28 de Octubre de 1947)”. Este Artículo 7 señala que “Es incompatible el goce de la pasividad con la actividad remunerada, cuando ambas correspondan a servicios amparados por la misma Caja”.

h) La mención a “la misma Caja” debe ser entendida atendiendo a la fecha en que se dictó la norma, cuando las Cajas Civil y Escolar eran instituciones independientes con regímenes de afiliación y jubilatorios diversos.

i) Por lo tanto debe entenderse que, jurídicamente, recién con la vigencia de la Ley No. 11.034 desapareció la entidad “Caja Escolar de Jubilaciones y Pensiones”.

j) En consecuencia, la referencia contenida en el Artículo 28 de la Ley No. 15.800 al Artículo 7 de la Ley No. 10.959, de 28 de Octubre de 1947 debe entenderse significando el régimen de incompatibilidades previo a la unificación orgánica de las jubilaciones civiles y las jubilaciones escolares.

(...)

k) La Ley No. 15.863 en su Art. 1º, en vía interpretativa, declaró que el Artículo 28 de la Ley No. 15.800, de 17 de Enero de 1986, no modifica el régimen de incompatibilidades entre el goce de pasividad y el desempeño de actividad remunerada, vigente a la fecha de dicha ley, en cuanto declara que las “incompatibilidades continuarán rigiéndose por las disposiciones legales y reglamentarias, así como por el régimen de afiliaciones jubilatorias, vigentes con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley No. 15.800...”.

l) En cuanto al Art. 74 del Acto Institucional No. 9 -haciendo referencia a la redacción dada por el Art. 448 de la Ley No. 16.320- se ha sostenido que no corresponde entender que modifique el régimen que viene de exponerse.

*Debe, no obstante, dejarse constancia que el referido Artículo 448 de la Ley No. 16.320 fue incluido en la declaración de inconstitucionalidad contenida en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia Sentencia S.C.J. No. 338/995, de 15 de Setiembre de 1995, dictada en aplicación de la Disposición Transitoria V)** de la Constitución de la República, que dispone “Sin perjuicio de lo establecido en los Artículos 216 y 256 y siguientes de la Constitución de la República, declárase la inconstitucionalidad de toda modificación de*

seguridad social, seguros sociales, o previsión social (Artículo 67) que se contenga en leyes presupuestales o de rendición de cuentas, a partir del 1º de Octubre de 1992. La Suprema Corte de Justicia, de oficio, o a petición de cualquier habitante de la República, emitirá pronunciamiento sin más trámite, indicando las normas a las que debe aplicarse esta declaración, lo que comunicará al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo. Dichas normas dejarán de producir efecto para todos los casos, y con retroactividad a su vigencia”.

m) Cuando el legislador refirió a “órgano”, quiso hacerlo como equivalente a dirección o unidad administrativa, porque como en la actualidad hay una sola persona estatal (el Banco de Previsión Social) que sirve estas pasividades, haría imposible el funcionamiento del sistema. Por lo tanto la interpretación correcta del vocablo debe hacerse a través de un criterio sustancial y entonces lo que determinará la compatibilidad y acumulación de pasividad y actividad será la distinta afiliación o inclusión.

Agrega el argumento del Tribunal que se trata de ámbitos de afiliación bien diferenciados, con diferentes sistemas de amparo, que, aún dentro de la misma unidad administrativa conservan su propia identidad.

El criterio sustentado en este argumento reconoce el anacronismo de la referencia a una estructura orgánica inexistente desde hace décadas y refiere el análisis de compatibilidad - incompatibilidad a la distinga afiliación o inclusión. Este criterio funciona adecuadamente para resolver las situaciones de jubilación docente y actividad civil; sin

embargo parece asimilar el concepto de afiliación (o de sector de afiliación) e inclusión, lo que no sería correcto.

n) El T.C.A. refuerza su posición haciendo pie en la discordia del Ministro Bermúdez en la Sentencia T.C.A. No. 325/997: ‘Toda eliminación de un derecho adquirido, requiere un texto legal categórico, a su vez susceptible de ser impugnado por inconstitucional; y la supresión de un régimen de compatibilidad también reclama un texto legal concluyente. No expresiones aisladas y equívocas, ni mucho menos interpretaciones presuntamente corroborantes derivadas de un Decreto No. (431/981). Es decir que si era claro el régimen anterior de compatibilidades, también debe serlo el régimen abrogatorio’.

Estas afirmaciones, enteramente compartibles, se refuerzan en el requerimiento de texto legal explícito e indubitable, desde que, además, se limita el principio constitucional de libertad y el principio general de compatibilidad, consagrado en la redacción del Artículo 28 de la Ley No. 15.800.” (SALADIN, Rodolfo: “Compatibilidad e incompatibilidad entre jubilación y trabajo. Una historia de anacronismos”, CADE, Doctrina & Jurisprudencia, T. XXXV, Febrero 2016 (Edición especial IX Jornadas Académicas organizadas por el T.C.A. en homenaje al Doctor Dardo PREZA RESTUCCIA), págs. 117-120).

En definitiva, el Tribunal reiterando en la emergencia su consolidado criterio, habrá de amparar la pretensión anulatoria y anulará el acto impugnado.

VI) Finalmente, cabe consignar que, por tratarse de un acto regla, el Tribunal entiende que, en este caso, corresponde declarar la nulidad con efectos generales y absolutos, en interés de la Regla de

Derecho y la buena administración (art. 311 de la Constitución de la República).

La sentencia anulatoria con efectos generales y absolutos cumple, como lo ha dicho el Colegiado: “...una finalidad purgativa del ordenamiento de la que puede decirse que es primariamente relevante en interés de la Ley antes que el interés particular de los recurrentes”, objetivo que prima sobre evidentes razones de economía procesal al evitar el planteamiento de multitud de litigios, al tiempo que facilita la unidad de calificación de la ilegalidad declarada (GARCÍA DE ENTERRÍA: *Ob. cit., t. I cit., págs. 244-245.*)” (Sentencia **1016/1998**).

Por estos fundamentos el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en atención a lo dispuesto por los arts. 309 y 310 de la Constitución de la República, por unanimidad,

FALLA:

Ampárase la demanda incoada y, en su mérito, anúlase el acto impugnado con efectos generales y absolutos (art. 311 de la Constitución de la República), sin especial condenación procesal.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios del abogado de la parte actora en la cantidad de \$25.000 (pesos uruguayos veinticinco mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

Dr. Echeveste, Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Tobía, Dra. Castro, Dr. Vázquez Cruz (r.).

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).