

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 7 de febrero de 2013.

No. 33

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “VIDAL PEREIRA, MARTA Y OTRAS con ADMINISTRACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD DEL ESTADO Y MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA. Acción de Nulidad” (Ficha: 244/2011).-

RESULTANDO:

I) Que, con fecha 11/4/2011, comparecieron las promotoras (fs. 2/5, 9/10 vta.) demandando la anulación de la resolución No. 738/2010 de fecha 07/04/2010, dictada por el Directorio de la Administración de Servicios de Salud del Estado (en adelante “ASSE”) por la cual se estableció “1) *Revóquese parcialmente la resolución N° 314/2010 del 24 de febrero de 2010, en el anexo III, excluyéndose de la misma a los funcionarios Rosario Ramirez (...), Ana Martín (...), Virginia Clivio (...), María Dotta (...), Marta Vidal (...), Estela Zarate (...), e Irma Lerena (...)*” (fs. 16/17 A.A.).-

Afirmaron que, el acto cuestionado es improcedente por razones de mérito y porque lesiona en forma directa y personal sus derechos.-

Señalaron que, no existió un error de la Dirección de la Unidad Ejecutora en incluir sus nombres en la resolución No. 314/2010, que el acto impugnado revoca, pues las mismas fueron correctamente identificadas y designadas al igual que todas las demás personas incluidas en la lista que se detalla en los anexos III y IV de la mencionada.-

Añadieron que, en forma ilegal, injusta y discriminatoria se les privó del ejercicio de sus derechos de igualdad y trabajo. Indicando que es errónea e inexacta la afirmación que con su inclusión en la lista de la resolución 314/2010 no se había respetado el escalafón profesional, pues no se ha postergado, ni perjudicado el derecho de funcionario alguno en beneficio de las comparecientes.-

Precisaron, de igual forma, que si ese hubiera sido el criterio, tendría que haberse aplicado a todas las personas que estaban en idéntica situación, hipótesis que no se reprodujo *subespecie*.-

Por último, peticionaron se cursara traslado de la demanda al Ministerio de Salud Pública -en adelante M.S.P.- (petitorio 3, fs. 4 y 10) y, en definitiva, se declare nulo el acto administrativo impugnado (petitorio 4, fs. 5 y 10 vta.).-

II) Conferido traslado del accionamiento, a fs. 20/22 vta., compareció el representante del MSP contestando la demanda e interpuso la excepción de falta de legitimación pasiva, en tanto el acto resistido fue dictado por el Directorio de ASSE y porque a partir del dictado de la Ley No. 18.161 de fecha 29/07/2007, ASSE es un servicio descentralizado, relacionándose con el Poder Ejecutivo a través del MSP.-

Por igual, señaló que el acto impugnado ingresa exclusivamente en la competencia que la ley mencionada le atribuye a ASSE, por lo que es totalmente ajena a su competencia.-

III) Del emplazamiento dispuesto por dispositivo 5726/2011 a fs. 13, compareció ASSE (fs. 31/35 vta.) manifestando que del petitorio de la demanda anulatoria entablada se desprende con total claridad que la acción fue dirigida contra el MSP.-

Sin perjuicio de anotarse, que el Tribunal dispuso emplazar a ASSE por lo que modificó, en forma ilegítima, la pretensión de las accionantes, sin fundamento alguno al carecer de potestades a tales efectos.-

En cuanto al fondo, alegó que con fecha 20/01/2010 por medio de la resolución 256/2010 ASSE aprobó la nueva estructura salarial para determinados cargos y/o funciones correspondientes a los mandos medios, es decir a la Jefaturas de Servicios y Departamentos. En virtud de ello, la Dirección del Hospital de Flores elevó al Directorio de ASSE la solicitud de inclusión de determinados funcionarios en la nómina de personal a contemplar para la reestructura salarial, entre quienes se encontraban las funcionarias accionantes.-

Sin embargo, su inclusión se debió a un error de la Dirección del Hospital en tanto las reclamantes no revestían la calidad de Jefas del Servicio, ni tenían vocación para el desempeño de la función, en virtud de existir en cada uno de dichos Servicios otros funcionarios con cargo de mayor jerarquía y con mejor derecho a esas Jefaturas.-

IV) Por decreto 8231/2011 (fs. 37) se agregaron los antecedentes administrativos con citación, sin abrirse la causa a prueba para el caso que no se produjese oposición, extremo que no se verificó en la especie.-

V) Oído el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (Dictamen No. 81/2012 glosado a fs. 40/41) aconsejó la anulación del acto administrativo impugnado.-

VI) Se citó a las partes para sentencia (fs. 43), la que, previo pasaje a estudio de los Sres. Ministros, se acordó en legal y oportuna forma.-

CONSIDERANDO:

I) Que en la especie se han cumplido los requisitos establecidos en la Constitución de la República y disposiciones legales aplicables, para el útil inicio de la presente acción (ex arts. 317 y 319 de la Carta, arts. 4 y 9 de la Ley 15.869).-

II) En autos se promueve la anulación de la resolución de fecha 7/4/2010 dictada por el Directorio de ASSE., mediante la cual se dispuso revocar parcialmente la resolución No. 314/2010 del 24/2/2010, en el anexo III, excluyéndose de la misma a las promotoras (fs. 16/17 A.A.).-

III) Que, las alegaciones de las partes surgen ampliamente explicitadas en el Capítulo de RESULTANDOS, al cual habrá de remitirse la Corporación en aras de la brevedad.-

IV) Que, el Tribunal por unanimidad de sus integrantes desestimaré la demanda anulatoria incoada contra el MSP por *ausencia de legitimación pasiva* y, en mayoría, dispondrá que el emplazamiento realizado a ASSE se revela como *integralmente ineficaz* para acceder al amparo anulatorio reclamado.-

V) Rectamente interpretada la demanda promovida (fs. 2/5, 9/10 especialmente petitorio 3 en fs. 4/5, 10/10 vto.), en los criterios generales de aplicación en la materia (Odriozola, en Judicatura, año I, No. 10, p. 244 y ss.), debe necesariamente convenirse que el accionamiento anulatorio se dirigió, en forma exclusiva y excluyente, contra el MSP.-

Como viene de señalarse, el acto resistido fue dictado por el Directorio de ASSE. Ésta por medio del artículo 1º de la Ley 18.161, dejó

de ser un órgano desconcentrado del MSP, para ser un servicio descentralizado, el que si bien se relaciona con el Poder Ejecutivo por medio del MSP, ello no significa obviamente que dependa, ni que este jerarquizado a éste.-

El acto es de fecha posterior (07/04/2010) a la sanción de la mencionada ley (17/07/2007), por lo que la parte actora debería estar en conocimiento el cambio de estructura orgánica sufrida por ASSE, cuya eventual ignorancia no sirve de excusa (ex art. 2 del Código Civil).-

Por otra parte, la volición resistida resultó ser fruto del ejercicio de competencia exclusiva de ASSE, ya que del articulado de la ley 18.161 (v.gr.: vide art. 5) se desprende, sin hesitaciones, que dicho Servicio Descentralizado tiene asignado los poderes jurídicos necesarios para su dictado.-

Siguiendo a VÉSCOVI debe entenderse que **demandado** es la otra parte procesal; **la Administración que ha dictado el acto**; el órgano que actúa como parte en defensa del acto impugnado, lo que implica defender su propio interés. (...) Se trata de aquél que ha dictado el acto original que determina la impugnación. (...) **Es ese, pues, el órgano que deberá ser el legitimado pasivo en la demanda anulatoria, y por ende, notificado de la demanda.** (Véscovi, E.; “Los Procesos Contencioso Administrativos” en obra colectiva con Torello, Luis; “El Nuevo Régimen Judicial”, Ediciones Idea, Montevideo, 1984, pág. 57, destacado me pertenece).-

En la presente contienda, la demanda anulatoria se enderezó contra el órgano a quien no es atribuible la voluntad administrativa (Estado-M.S.P.). La litis no resultó trabada en los justos términos, y no es jurídicamente viable anular un acto administrativo cuyo **demandado no puede**

participar en la defensa de la legalidad de una expresión de voluntad que no le es imputable.-

Como tiene dicho este Colegiado: *“En virtud de lo expuesto la demanda no puede prosperar porque no se trabó relación procesal válida respecto al acto emitido (...) (para el caso de ASSE), por no haber sido éste emplazado ni llamado al juicio en cuanto titular de legitimación para contradecir”* (Sentencia 1070/1995, ver Sentencias 918/1996, 947/2000, 359/2012 y 427/2012).-

En similar orientación jurisprudencial la Sede ha expresado que: *“...no existiendo norma legal que habilite a demandar ante este Tribunal a persona jurídica diversa de la que dictó el acto, que es la que determina la legitimación pasiva en el juicio de nulidad”* (Sentencia 779/1997).-

“Consecuentemente, la acción mal dirigida, es un claro caso de “improponibilidad manifiesta” (TORELLO-VIERA R.U.D.P. año 1981) que inexorablemente conduce al rechazo de la pretensión anulatoria; posicionamiento jurisprudencial reiteradamente asumido por este Tribunal frente a casos de similar naturaleza jurídica (Sents. 283/1990, 918/1996, 779/1997, 947/2000, etc.)” (Sentencia 220/2010).-

VI) En cuanto al emplazamiento dispuesto por providencia 5726 (fs. 13), a juicio de la mayoría de quienes concurren al dictado de este pronunciamiento, debe tenerse presente que el concepto de nulidad procesal debe estructurarse distinguiendo supuestos de validez y eficacia y atendiendo a los principios fundamentales que lo informan (Véscovi y colaboradores, Código Gral. del Proceso, T. 2, p. 403 y ss.), por lo que debe ciertamente admitirse que el dispositivo No. 5726 (fs. 13), en cuanto dispuso el emplazamiento de ASSE no propuesto por las

reclamantes, no amerita ser categorizado como reproduciendo vicio de nulidad procedimental, precisamente, porque la Administración emplazada compareció al proceso con amplia posibilidad de articular sus defensas (ver fs. 28, 31/35).-

De todas maneras, cuando debe sostenerse que de regla la nulidad procesal debe ser categorizada como relativa y, por ende, convalidable, la que eventualmente pudiera entenderse ocurrida corresponde sea considerada integralmente convalidada cuando la Administración interesada omitió en su inicial comparecencia (fs. cit.) invocarla mediante la interposición del recurso nominado adecuado habida cuenta que, puntualmente, la nulidad que para el caso pudiera sostenerse reproducida no provenía de la demanda principal instalada sino, en cambio, del dictado del oficio del dispositivo en relación (fs. 13) (arts. 104 del Decreto-Ley 15.524; 670, 676 y conc., C.P.C.; 110, 112, 115 y conc. C.G.P.).-

En tal sentido, la providencia de marras (fs. 13) debe entenderse plenamente desacertada al disponer de oficio convocatoria al proceso para quien no había sido seleccionado como parte demandada por las promotoras provocando, sustancialmente, modificación subjetiva pasiva de la reclamada por ampliación en el accionamiento anulatorio movilizado.-

Tal emergencia determina, inexorablemente, que la multicitada deba ser entendida como integralmente ineficaz lo que impide recepcionar el reclamo contra ASSE, por sencilla operativa subespecie del principio dispositivo vigente en la materia (ex art. 38 del Decreto-Ley 15.524) y su corolario lógico de congruencia, habida cuenta que no es posible disponer solución anulatoria en perjuicio de la nombrada cuando la misma no fue

pretendida en el accionamiento instalado (art. 104 D.L. cit.; 283, 284, 288, 462 y conc., C.P.C.; 117, 121 y 198 y conc., C.G.P.).-

En definitiva, por los preanunciados fundamentos, los arts. 309 y 310 de la Constitución de la República y, apartándose de lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, el Tribunal, en mayoría,

F A L L A :

Desestímase la demanda anulatoria incoada en los contenidos explicitados en los CONSIDERANDOS V) y VI) y, en su mérito, confírmase el acto administrativo impugnado.

Sin sanción procesal específica.-

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios profesionales del abogado de la parte actora en la suma de \$ 20.000 (pesos uruguayos veinte mil).-

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

Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Preza, Dr. Harriague (d.), Dra. Sassón, Dr. Tobía (r.).-

Discordia del Dr. Harriague. *Por otros fundamentos, desestimo la demanda.*

1) El acto impugnado objeto de la presente acción de nulidad.

La demanda anulatoria se dirige contra la Resolución del Directorio de la Administración de Servicios de Salud del Estado

(ASSE) N° 738/2010 de fecha 7.04.2010, mediante la cual se revoca parcialmente la anterior Resolución N° 314/2010 de 24 de febrero de 2010, excluyéndose a las actoras del Anexo III de la misma (A.A fs.12).

En su petitorio, las actoras solicitan el emplazamiento exclusivo al MSP (“se confiera traslado de la demanda al MSP” dice textualmente el num.3° de su libelo introductorio a fs.4 y 10 de estos obrados).

Al proveer, el Tribunal resolvió (**Decreto N° 5726/2011** de fs.13): “Téngase presente, sin perjuicio. Por presentados, constituido domicilio y por iniciada la acción de nulidad. De la demanda interpuesta traslado, emplazándose al Estado (Dirección General de Secretaria del Ministerio de Salud Pública, así como a la Administración de los Servicios de los Servicio de Salud del Estado ambos con domicilio en 18 de Julio 1892 oficina 414 a contestar la demanda con carga de remitir los antecedentes administrativos debidamente foliados referidos en los arts. 63 y 64 del DL 15524, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 65 del mismo. Fíjasele al compareciente un plazo de tres días para aportar las copias necesarias para ASSE- bajo apercibimiento. Cumplido notifíquese sin más trámite. Modifíquese la caratula. Notifíquese a domicilio.” (el subrayado y la negrita me pertenecen).

II) Agravios de la actora.

Las accionantes sostienen que la resolución impugnada las priva del ejercicio de sus derechos de igualdad y trabajo en forma ilegal, injusta y discriminatoria.

Se trató en forma desigual a funcionarios que con idénticos méritos, capacidades y requisitos, se los mantuvo en las listas originarias y no se las excluyó como a las comparecientes.

Afirma que es errónea e inexacta la afirmación de que con su inclusión en la lista no se habría respetado el escalafón profesional, pues no se ha postergado ni perjudicado a nadie en beneficio de las demandantes.

III) Contestación de la demanda.

A fs. 20-22v. comparece el representante del MSP a contestar la demanda, interponiendo la excepción perentoria de ausencia de legitimación pasiva de su representada pues, de acuerdo a la Ley 18.161, ASSE se creó como Servicio Descentralizado, con personería jurídica distinta a la Secretaría de Estado demandada.

Por tanto, los actos originarios propios del ejercicio de las competencias específicas atribuidas al Servicio Descentralizado ASSE como el caso de autos, son legalmente ajenos a la competencia del MSP.

A fs. 31-35v comparece la representante de ASSE contestando la demanda impetrada y solicitando la desestimación de la misma en virtud de adolecer de un error formal insubsanable, como lo es el emplazamiento a persona jurídica distinta de aquella que dictó el acto objeto de recurrencia.

En cuanto al fondo del asunto, expresa que el Directorio de ASSE resolvió aprobar con vigencia al 1º de enero de 2010, la estructura salarial de dicho organismo para las funciones desempeñadas por Jefes de Servicios, Jefes de Departamento y otras funciones de similar responsabilidad.

La Dirección del Hospital de Flores, al elevar la lista respectiva de Jefes de Servicios, incluye a las accionantes como tales. Tal extremo constituye un error ya que las referidas funcionarias no revestían la calidad de Jefas de Servicio, ni tenían vocación para el desempeño de la función en la medida que existían en cada uno de los servicios, otros funcionarios con cargo de mayor jerarquía y con mejor derecho al ejercicio de la respectiva jefatura.

El error no fue advertido oportunamente por el Directorio al dictar la Resolución N° 314/2010 y al constatarse la lesión del derecho de otros funcionarios con mejor derecho al cargo, el Directorio de ASSE resolvió por Resolución N° 738/2010 revocar la anterior y excluir a las demandantes.

Aduce que en ningún momento hubo violación al principio de igualdad ni al derecho al trabajo de las accionantes.

IV) Análisis del asunto.

La cuestión de la falta de legitimación pasiva.

*Es evidente que el MSP carece de legitimación pasiva en la causa, ya que el órgano emisor del acto es la Administración de los Servicios de Salud del Estado (ASSE), **Servicio Descentralizado** creado por la Ley 18.161 y era contra este organismo que se debió entablar la demanda anulatoria.*

La actora confundió la tutela administrativa que ejerce el MSP sobre dicho Servicio Descentralizado, lo que la hizo incurrir en un error de emplazamiento; o directamente desconoció la existencia de la referida ley, creyendo que permanecía como organismo desconcentrado de dicha Secretaría de Estado.

Empero; el Tribunal, extralimitándose en sus atribuciones y competencias, dicta el Decreto 5726/2011 de fecha 11 de agosto de 2011 por el que se dispone emplazar al MSP, así como a ASSE, todos en el mismo domicilio de la sede ministerial.

*El hecho es que se condujo indebidamente una demanda deficiente en cuanto al emplazamiento de la parte demandada; configurándose con la citada providencia un grosero apartamiento del **principio dispositivo** que informa a nuestro ordenamiento procesal, pues la interposición de la demanda supone la prohibición de modificar la misma por parte del Juez (indisponibilidad de la demanda). Es solo la parte actora quien puede hacerlo, siempre antes de la contestación del demandado.*

Ahora bien, examinemos detenidamente la actitud procesal del demandado ASSE. En el capítulo II de su contestación, por un lado, el citado Organismo se agravia del hecho que “el Tribunal ha modificado la pretensión de las accionantes sin fundamento alguno y sin potestades a tales efectos” para rematar diciendo que “se solicitará la desestimación de la demanda en todos sus términos en virtud de adolecer la misma de un error formal, como lo es el emplazamiento en juicio en calidad de demandado a persona jurídica distinta de aquella que dictó el acto administrativo objeto de recurrencia” (vide, fs.32v). Por otro lado, en su capítulo III de su escrito de contestación, ASSE presenta contestación de la demanda incoada “para el caso que el Tribunal no comparta lo expresado” (obsérvese el giro subsidiario empleado), controvirtiendo lo alegado en cuanto al fondo del asunto.

Así pues, lo cierto es que el error del Tribunal condujo a una ilegítima trabazón de la litis con ASSE desde el momento en que la misma se perfeccionó con la contestación de la demanda presentada por el citado organismo, controvirtiendo lo alegado en cuanto al fondo del asunto, pero no dejándose de agraviar en cuanto a la falta de legitimación pasiva originaria en la presentación de un libelo introductorio erróneo y defectuoso.

*El Maestro COUTURE enseña que un emplazamiento válido (el de autos, sin duda, no lo es por violar flagrantemente el principio dispositivo, como acabamos de ver) constituye un **presupuesto de validez procesal**. Y el Maestro, con brillante precisión, arroja luz sobre el tema en un párrafo que vale la pena citar íntegramente, por ser plenamente aplicable al caso de marras: “Pero el problema se hace mucho más dudoso, cuando la nulidad pudo haber sido impugnada por la parte y no lo fue. Entonces el principio derivado de un presupuesto procesal entra en conflicto con el principio de convalidación. La parte que pudo impugnar la nulidad y no lo hizo, valida el acto con su consentimiento. Pero los presupuestos procesales, como se verá de inmediato, se hallan fuera de la voluntad de las partes y pueden ser invocados de oficio aún en los casos en que la parte interesada no se prevalga de esa defensa. Aquí ocurriría, en cambio, que el juez podría aducir la ausencia del presupuesto procesal del emplazamiento válido, sólo en el caso de que la parte, con su consentimiento expreso o tácito, no hubiera convalidado la nulidad de que adolece el acto.”*

La experiencia que el caso deja (Couture está comentando una vieja sentencia de la SCJ publicada en L.J.U, Tomo 6,

pág.187), aún con esta salvedad, es que el concepto de presupuestos procesales puede ser extendido en la forma en que lo ha hecho el fallo. Si por definición, son presupuestos procesales aquellas circunstancias sin las cuales el proceso carece de existencia jurídica o de validez formal, lo menos que se puede deducir es que un proceso nulo por vicio de forma cabe dentro de esa definición.

Será menester, en consecuencia, extender el concepto en el sentido de sostener que el juez que al dictar su fallo, halle ante sí un proceso nulo, que no ha sido objeto de convalidación por la parte a quien el vicio perjudica, queda relevado de dictar sentencia sobre el mérito, en razón de adolecer la causa de un vicio que impide por ausencia del presupuesto procesal de validez de los actos del proceso, examinar el derecho en cuestión” (Cf. COUTURE, Eduardo J.; “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, pág.107).

Y si se observa bien, ASSE se agravia principalmente del error en que incurrió el Tribunal en el emplazamiento y solo subsidiariamente, contesta la demanda; por todo lo cual, entiendo que de ninguna manera puede verse como convalidación del emplazamiento ilegítimo.

Estimo que la sentencia de la Corporación en el subjuice debe ir en este sentido: sólo relevar la falta de legitimación pasiva respecto del MSP, único demandado válidamente en la causa de acuerdo a la demanda impetrada; ya que el emplazamiento a ASSE debe reputarse como **nulo** por las razones que acabo de exponer, no existiendo convalidación alguna y por tanto, no existiendo “questio litis” a su respecto, no ingresar al examen del fondo del asunto.

