



CEDULÓN

C. No.1074

TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

EN LOS AUTOS

LASALVIA, EDUARDO C/ ESTADO
MINISTERIO DE SALUD PUBLICA
ACCION DE NULIDAD

Ficha Nro. 800 / 2001

SE HA DICTADO LA SENTENCIA No. 246/2009 CON FECHA 19/05/09

Se adjunta copia fiel de la misma

Y COMO NO LO HE ENCONTRADO EN SU DOMICILIO LO NOTIFICO POR MEDIO DE ESTE CEDULÓN

MONTEVIDEO *Montevideo* DE *Julio* DE 2009

SEÑOR PATRICIA LABURE

DOMICILIO 18 de Julio 1892, ~~Oficina 414~~

NOTIFICADOR *[Signature]*



//tevideo, 19 de mayo de 2009.

No. 246

VISTOS :

Para resolución estos autos caratulados "LASALVIA, EDUARDO con ESTADO. MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA. Acción de nulidad" (Ficha No. 800/01), en etapa de ejecución de sentencia.

RESULTANDO :

1) Que en esta etapa de las actuaciones el actor solicita la ejecución de la sentencia N° 653 de 20 de septiembre de 2006 que anulara el acto administrativo impugnado (fs. 352 a 357 de autos). Luego de desestimarse el recurso de revisión interpuesto por la demandada (fs. 424/425), el accionante petitionó la ejecución del fallo anulatorio mediante intimación a la Administración, bajo apercibimiento de denuncia penal y aplicación de astreintes, lo que fue cumplido en su oportunidad por el Tribunal (fs. 435/436). En respuesta a dicha intimación, el Directorio de la Administración de los Seguros de Salud del Estado (ASSE) resolvió reintegrar al Dr. Lasalvia en un cargo de Técnico Médico (Esc. A Gdo. 15 correlativo 100) en el Servicio de Oncología del Hospital Maciel, Unidad Ejecutora 05 (fs. 437 a 444).

2) Que entendiendo que el referido reintegro constituye una burla a lo resuelto por el Tribunal y un claro desacato de la Administración en cumplir el fallo anulatorio, solicita se le tenga por denunciante del referido delito contra los integrantes del Directorio de ASSE y de la Ministra de Salud Pública, y se fije la cantidad de 15 unidades reajustables (UR) en calidad de astreintes a ASSE por cada día

que se mantenga el incumplimiento de la sentencia dictada en su favor (fs. 445 a 451).

La Administración demandada, por medio de su representante, contesta la intimación manifestando que es imposible acceder a la pretensión del actor, por cuanto mediante resolución de 30 de enero de 2002, el Ministerio de Salud Pública suprimió por transformación al INDO, dejando de existir el cargo de Director del Instituto Nacional de Oncología, que interinamente ocupaba el Dr. Lasalvia al tiempo de su cese. En consecuencia, considera legítima la designación de éste en el cargo de Técnico Médico del Servicio de Oncología del Hospital Maciel (fs. 461 a 463)

3) Que se llamaron autos para resolución (fs. 453 y 465). Posteriormente y previo al pasaje a estudio, el actor se presenta denunciando lo que considera un hecho nuevo, en aval de su pretensión (fs. 476/477).

CONSIDERANDO:

1) Que habiendo el Tribunal dictado sentencia anulatoria, corresponde que la Administración autora del acto anulado, dicte ella misma la volición debida, puesto que no compete a la Corporación la función de restituir las cosas a la situación jurídica anterior mediante la reforma del acto (art. 310, inc. 1º, de la Constitución). Como enseña CASINELLI MUÑOZ, la Administración debe acatar la sentencia *"...no infringiendo en el caso lo que aquélla establece, y debe acatar su orientación, comportándose en el caso conforme a los criterios que informen la sentencia"* (citado por DURÁN MARTÍNEZ, A. en "Contencioso Administrativo", FCU 2007, pág. 342). En mérito a ese



concepto es que debe examinarse si, como pretende el actor, la Administración incumplió el fallo, lo cumplió parcialmente o lo hizo en forma inadecuada al criterio expuesto en la sentencia.

Para ello es necesario reseñar que el Tribunal decidió anular el acto por diversos fundamentos. Sintéticamente, y desde el punto de vista formal, el acto estaba viciado por faltar la vista previa a su dictado; asimismo también se relevó que no se expresaron los necesarios motivos del cese del actor en el cargo que ocupaba interinamente, considerándose que no tenía aquel carácter la desaparición de las necesidades de servicio que hicieron menester en su momento la provisión interina del cargo. La disposición de la demandada de convocar a concurso para llenar definitivamente el cargo con un titular, no implicaba la necesidad de cesar al interino hasta que no se hubiere nombrado a quien ganare el concurso.

Ahora bien, como ya se dijera antes, el cumplimiento de la sentencia en cuanto a los efectos que acarrea la anulación del acto impugnado, impone a la Administración la carga de dictar un nuevo acto que, éste sí, se ajuste a las pautas de legitimidad establecidas por el Tribunal. Ello no implica que siempre el dictado del acto debido se traduzca en el restablecimiento de la situación precedente a su emisión en idénticas circunstancias a las existentes en aquel momento. Como acertadamente sostiene la doctrina: *"La afirmación pura y simple de que el acto debe considerarse no haber existido nunca cierra los ojos a una realidad: la producción por ese acto de variados efectos durante el lapso, a veces extenso, que va desde su formulación por la Administración hasta su anulación por el Tribunal encargado de juzgarlo. Y ciertos hechos consumados por la ejecución del mismo, se sobreponen al derecho, que se*

muestra impotente de destruir sus efectos pese al principio de retroactividad del fallo anulatorio. Los hechos cumplidos escapan al alcance del pronunciamiento jurisdiccional" (GIORGI, H. "El Contencioso Administrativo de Anulación" pág. 293). En el mismo sentido se expresa DURÁN MARTÍNEZ en la obra ya citada cuando dice que: *"En nuestro país. la ejecución de la sentencia no puede desconocer actos administrativos firmes y estables aunque ellos hayan sido dictados teniendo como presupuesto el acto anulado"* (Contencioso Administrativo, pág. 339).

El derecho positivo no proporciona reglas al respecto, pero en base a los conceptos antes expuestos, resulta inconcuso que el cumplimiento de la sentencia habrá de tener en cuenta los fundamentos del fallo anulatorio, aunque es indudable que también deberá observar los aspectos jurídicos y fácticos de la nueva realidad, en la cual el nuevo acto habrá de dictarse. Así como la Administración no cumpliría con el fallo si se limitara a reproducir el acto por los mismos motivos ilegítimos que llevaron a su anulación; en cambio está obligada a sostener el nuevo acto en circunstancias de hecho o de derecho justificantes de su emisión (Cfr. GIORGI, H. en "El Contencioso..." pág. 297).

II) En el caso examinado la Administración dice haber cumplido mediante la designación del actor en el cargo de Técnico Médico del Servicio de Oncología del Hospital Maciel, ya que el cargo que ejercía interinamente el Dr. Lasalvia cuando fue destituido por el acto anulado, dejó de existir al suprimirse el Instituto Nacional de Oncología (INDO).

El cargo que efectivamente ostentaba el actor en titularidad era el de Jefe de Laboratorio de Bioquímica (hoy



Epidemiología) esc. AaA grado 5, que ocupó entre 1969 y 1978 puesto que, como se ha dicho repetidas veces, la posición de Director del INDO era interina. Y tan asumida tenía el accionante su situación funcional que al demandar el acto de destitución, consideró entre las razones de su ilegitimidad el que no se le hubiere siquiera reintegrado a aquel cargo (Jefe de Laboratorio) (fs. 82, literal h). Sin embargo, al solicitar la ejecución del fallo, reclamó en forma excluyente el reintegro al cargo interino del cual fuera destituido. El nombramiento con el que la Administración entiende cumplir con la sentencia, como Técnico Médico del Servicio de Oncología del Hospital Maciel, equivale en escalafón y grado con aquél que el actor obtuviera en titularidad.

La desaparición del Instituto Nacional de Oncología y, consiguientemente, la de Director de ese organismo, constituye una de esas circunstancias apuntadas que impiden la reposición *in integrum* del funcionario que hubiere sido destituido por un acto anulado. Pero no es la única, ya que el marco jurídico eventualmente aplicable a la situación del actor varió al sobrevenir la ley 18.046, cuyo art. 37 dispone que *“Los funcionarios públicos que registren en sus legajos sanciones de suspensión, como consecuencia de responsabilidad grave comprobada en el ejercicio de funciones o tareas relativas a la materia financiera, adquisiciones, gestión de inventarios, manejo de bienes o dinero, no podrán prestar servicios vinculados a dichas áreas o actividades, ni ocupar cargos de dirección de unidades ejecutoras (omissis). Los órganos y organismos de la Administración que deban decidir sobre tales cuestiones, deberán recabar informe previo de la Oficina Nacional del Servicio Civil”*. Situación en la que se encuentra el actor. Y si bien éste

alega que la ley no le es aplicable retroactivamente por haber sobrevenido con posterioridad al acto anulado, el efecto *ex tunc* atribuido a la sentencia no significa que la ley no pueda ser efectivamente aplicable a partir de la fecha de su vigencia el 1º de enero de 2007 (art. 2 de la ley). Habida cuenta de que la resolución de reintegro del actor a la función pública data del 8 de agosto de 2008, la Administración no podía soslayar el cumplimiento del art. 37 de la ley 18.046 que impide designarlo en cargos de dirección.

Por otra parte, la protesta de inconstitucionalidad que el actor levanta contra dicha norma, a la que le atribuye haber sido dictada para perjudicarlo personalmente, no fue procesada como corresponde. No consta que el Dr. Lasalvia hubiere impugnado de inconstitucionalidad dicha ley ante la Suprema Corte de Justicia, órgano natural para disponer su inaplicación al caso particular (arts. 256 y ss. de la Constitución). Mientras no exista declaración de inconstitucionalidad, la Administración debe respetar y cumplir la norma, y en esta razón se basó, con la conformidad de la Oficina Nacional del Servicio Civil, para que el reintegro dispuesto no lo fuera en un cargo de dirección.

Lo precedentemente expuesto no cercena el derecho que pueda asistirle al accionante de reclamar reparación patrimonial por lo que entienda como perjuicio derivado de lo actuado por la Administración. Pero esa no es cuestión que involucre la jurisdicción del Cuerpo, por lo que no integra el *thema decidendum*.

III) Que la postura que asume la Corporación implica el rechazo de la petición de adoptar medidas conminativas del cumplimiento del fallo anulatorio, desde que se considera que la Administración ha dado cima a una de las posibles maneras de cumplirlo.



Por los expresados fundamentos, el Tribunal

RESUELVE:

No hacer lugar a la petición formulada por el actor a fs.

451.

Dr. RICARDO HARRIAGUE SACCONI
Presidente del Tribunal de lo
Contencioso Administrativo

Dr. EDUARDO LOMBARDI
Ministro del Tribunal de lo
Contencioso Administrativo

Dr. DARDO PREZA RESTUCCIA
Ministro del Tribunal de lo
Contencioso Administrativo

Dra. MARIELA SASSON BALLETTI
Ministra del Tribunal de lo
Contencioso Administrativo

Dr. JAIME MONSERRAT
Ministro del Tribunal de lo
Contencioso Administrativo

Dr. RICARDO MARQUISIO
SECRETARIO LETRADO