

**SENTENCIA N°**

**TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE TERCER TURNO**

**MINISTRA REDACTORA: DRA. LORELEY OPERTTI.**

**MINISTROS FIRMANTES: DRA. ALONSO, DR. CARDINAL, DRA. OPERTTI.**

Montevideo, 30 de marzo de 2.016.

**VISTOS:**

Para sentencia definitiva de segunda instancia, estos autos caratulados: "**D. S. R. R. y otros c/ Suprema Corte de Justicia. Cobro de pesos**"; IUE 0002-031993/2014, venidos a conocimiento de la Sala, en virtud del recurso de apelación interpuesto por las partes y el tercero, contra la sentencia definitiva N° 9/2015, de fecha 16 de marzo de 2.015, dictada por la Sra. Jueza Letrada de Primera Instancia en lo Civil de 19° turno, Dra. Beatriz Tommasino.

**RESULTANDO:**

1 - Que por la referida sentencia definitiva, se hace lugar a la demanda, condenándose al Poder Judicial y al Ministerio de Economía y Finanzas a pagar a los actores comparecientes de fs. 816 a 963, las diferencias salariales que resulten de la liquidación, que se realizará por la vía del 378 del C.G.P., en aplicación del art. 64 de la ley 18.719 y art. 85 de la ley 15.750, generadas a partir de la presentación de la acción de inconstitucionalidad ante la SCJ de la ley 18.738, más reajustes e intereses desde la fecha de presentación de este proceso.

Condena a incorporar en el futuro a los salarios,

las diferencias que se generen, a liquidar por la vía del art. 378 del C.G.P.

Respecto de la condena de futuro, a partir de la vigencia de la ley 19.310 se estará a las resultancias de la liquidación a formularse en la etapa del art. 378, teniendo presente lo dispuesto en la citada norma, en tanto resultare aplicable a los comparecientes.

Desestima la demanda respecto de los comparecientes de fs. 948, por carencia de proceso prejudicial. Todo, sin especial condena en costas y costos.

2 - Sintéticamente, los actores sostuvieron que el art. 85 de la LOT no ha sido derogado, modificado o afectado por las leyes 18.719, 18.738 y 18.996. Alegan que la norma establece un límite mínimo para la dotación de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, al precisar que no podrá ser inferior a la de un Ministro de Estado. De lo que resulta que cualquier aumento en la remuneración de los Ministros de Estado, determina un aumento en la remuneración de los Ministros de la SCJ y por ende de la escala de sueldos de todo el Poder Judicial.

No se establece una equiparación ni asimilación en salarios, sino el derecho a no recibir un salario inferior.

Así, ni la remuneración de un Ministro de Estado ni la de un Senador es base de cálculo de la de un Ministro de la SCJ, en tanto ésta no se calcula en función de aquella.

Estiman el aumento salarial reclamado en un 26 %.

A fs. 988 y sigtes., comparece la SCJ quien precisa, en primer lugar, la situación de cada uno de los actores: aquellos que a la fecha de presentación de la demanda habían cesado, los que ingresaron con posterioridad a la vigencia de ley 18.719 y opone excepción de falta de legitimación activa de los actores que no surgen del padrón de

funcionarios.

Narra las gestiones realizadas ante el Ministerio de Economía a efectos de hacer efectivo el pago, expresando que su contestación se limita a la simple comparecencia y solicita la noticia del Ministerio de Economía, con fundamento en el art. 53 del C.G.P.

A fs. 1054 y sigtes., el Ministerio de Economía y Finanzas promueve incidente de recusación, opone excepción de falta de legitimación activa y contesta la noticia, solicitando el rechazo de la demanda.

La sentencia a quo, condena a la SCJ y al tercero noticiado.

3 - Apelación del MEF (fs. 1219 y sigtes.).

Corresponde invertir el orden en la formulación de los agravios, por cuanto los relativos a la legitimación, son presupuesto de ingreso al fondo del asunto.

Hecha tal puntualización, se adelanta que la Sala no participa de la posibilidad de condena al tercero noticiado con fundamento en el art. 53 del C.G.P.

Respecto de tal condena, la a-quo, en aplicación del art. 53 del C.G.P., sostiene que corresponde dar noticia al tercero, cuando el demandado considere que otra persona, además o en lugar de él, tiene alguna obligación o responsabilidad en la cuestión controvertida y cuando la omisión de denunciar puede causar perjuicios (texto de la norma).

Sostiene la atacada, que en tanto el tercero denunciado compareció y contestó y que la actora no se opuso, se colocó en situación jurídica de demandado.

Como se adelantara, el Tribunal no comparte este razonamiento, por cuanto la denuncia no opera ninguna transformación en las partes originales del pleito (Cfm.

C.G.P. comentado... T. 2, pag. 202). En el mismo sentido, se señala que: "El tercero contra quien no se dirigió la pretensión del actor y por tanto no fue elegido como demandado, no podrá ser condenado en el proceso" (De Hegedus, Margarita. VIII Jornadas de Derecho Procesal, pag. 244) y así lo entendieron ab initio los actores que solo demandaron a la Suprema Corte de Justicia.

De la lectura de la contestación de la Suprema Corte de Justicia emerge que el fundamento de la denuncia del tercero, está en el art. 53 del C.G.P. que prevé la noticia para aquellos casos en que entre citante y citado, exista una relación jurídica ajena a la existente entre las partes originarias, que puede hacer responsable al primero por daños y perjuicios y esa es la única finalidad de la norma: se reitera, evitar la responsabilidad del demandado frente al actor (Panunzio, Heber. XVI Jornadas de Derecho Procesal, pag. 338).

El citante no pide la condena del noticiado ni siquiera el emplazamiento, solo pide que se lo entere de la existencia del pleito y es "facultad" del tercero comparecer o no. De entender que debía ser condenado con o en lugar del citante, éste habría acudido al instituto del emplazamiento del tercero, previsto en el art. 51 del C.G.P., pero no lo hizo. Entonces se descarta que la condena pueda tener base en la denuncia efectuada por el accionado.

Tampoco la parte actora formuló una pretensión en contra del tercero antes de la audiencia preliminar, por lo que la fijación de los objetos se hizo con fundamento en los actos propositivos iniciales. En oportunidad de alegar (fs. 1181) la actora manifiesta su voluntad de sustituir al demandado. No obstante, agregar una pretensión por una argumentación vertida en el alegato, privando a la parte contra quien se dirige de formular una defensa mínima, resulta

violatorio del principio del debido proceso, específicamente del contradictorio de control de coordinación y naturalmente no respeta las oportunidades en que deben realizarse los actos procesales, por cuanto nuestro proceso civil no se desenvuelve en forma libre o discrecional, sino que resulta imposible retrotraerlo a etapas ya cumplidas (Couture. Fundamentos, pag. 194).

Asiste entonces razón en tal sentido al apelante, en tanto se viola la preclusión legal a los efectos de modificar la pretensión originaria -arts. 121 y 122 del C.G.P.-, máxime en el presente caso, en que el accionante conocía la circunstancia por la que el demandado denunciaba al tercero, ya desde la demanda, lo que emerge de la alegación inicial.

En suma, en la posición sostenida por este Tribunal, la condena al MEF es incongruente por extra petita (art. 198 del C.G.P.) y como tal, debe dejarse sin efecto.

Resuelto dicho punto, no puede sino concluirse que la apelación sobre lo resuelto en el fondo es improcedente por ausencia de legitimación para impugnar.

Queda entonces por ver qué otra legitimación puede tener el MEF en formular agravios, teniendo en cuenta la relación sustantiva esgrimida por el citante al pedir la noticia del mismo. En esa dirección tampoco la Secretaría de Estado tiene ninguna legitimación, por los fundamentos que el propio MEF esgrime para solicitar la revocatoria de la condena, que en realidad hacen a su legitimación en la litis.

Tanto bajo la égida del anterior art. 400 del C.G.P. (art. 400 incs. segundo y tercero), como bajo la actual (art. 400.4), el MEF no tiene legitimación para impugnar, ya que es simple pagador de una orden que dicta el Juez en sustitución al pago voluntario por parte del deudor -Suprema Corte de Justicia, en el caso-.

Carece también de legitimación respecto de aquellos funcionarios que no promovieron la inconstitucionalidad de la ley 19.310 (fs. 557 y 615), en la medida que a partir de su vigencia, el MEF, ni siquiera tiene calidad de pagador (art. 3).

En situaciones como la de autos, en la cual un sujeto -actor- demanda el cobro de una diferencia salarial a quien le debe pagar el salario -demandada- y ésta reconoce la existencia de tal diferencia -an debeat- , la intervención de un tercero citado en los términos del art. 53 del C.G.P., no puede variar la regla de admisión ya consolidada al contestar (art. 130.2 del C.G.P.), por cuanto el tercero no se colocó en carácter de excluyente -véase que claramente lo dice al apelar, cuando cuestiona su legitimación para ser condenado: afirma que él no es parte- .

Si no es parte excluyente ni litisconsorcial por la misma razón, no es demandado, ergo, solo le queda una coadyuvancia que no puede ir contra lo actuado por la parte principal (art. 334.2 del C.G.P.). La SCJ demandada, reconoce la existencia de una diferencia salarial, por lo que el tercero coadyuvante no puede desconocerla, por ausencia de legitimación para controvertir un punto admitido por su coadyuvado.

Como se sostuviera, la única hipótesis que justifica la noticia, es la eventual existencia de una responsabilidad entre citante y citado, que debe ventilarse en la Sede y la causa correspondiente, que claramente no es ésta y aunque así se entienda, ello jamás da legitimación al MEF para cuestionar en esta causa y Sede una clara admisión del demandado, que es quien debe las diferencias salariales que se reclaman, porque coadyuvar significa ayudar, asistir, auxiliar, hacer algo para el otro. Ese es el sentido natural del término y el que la ley le da, valorándose que hasta

podría designarse un procurador común.

En nuestro concepto, ello no significa que se le permita al tercero coadyuvante solo alegar, sino que podría pedir pruebas, interponer recursos, siempre teniendo en cuenta que su posición está limitada por la posición de la parte a la que adhiere.

En otra dirección, el único cuestionamiento que podría entenderse que corresponde es la existencia de una especie de connivencia fraudulenta entre las partes, que solo se invocó por el tercero en forma genérica, incumpliendo así con la carga de la debida alegación (art. 117.4) y que de ninguna forma se acreditó y ni siquiera se intentó hacerlo (art. 139 del C.G.P.). De todas maneras resulta menester destacar que el pronunciamiento se reduce a la interpretación de la ley, que aunque se entienda discutible, no tiene aptitud para alcanzar la caracterización de fraudulenta.

En definitiva, no hay legitimación del MEF para ser demandado y tampoco para actuar en forma disímil de quien lo noticiara, en tanto su participación a lo sumo podría ser coadyuvante, pero se ve impedido de defender la posición del coadyuvado, en tanto ello violentaría su propia voluntad declarada.

Evidentemente tal conclusión conduce a la innecesariedad de pronunciamiento en este grado sobre los agravios formulados por el MEF respecto al fondo del asunto, ya que se reitera, existió admisión del demandado correspondiente (SCJ), ésta no formuló agravios en segunda instancia sobre dichos puntos, sino solo sobre lo que se verá a continuación, agravios en los que el tercero no coincide.

4 - Apelación de la SCJ (fs. 1240 y sigtes.).

El agravio básicamente es por la omisión de decisión sobre un punto, cual es, la falta de pronunciamiento

respecto de las bases concretas sobre las que habrá de efectuarse el cálculo del quantum debeatur. Sostiene la SCJ que ellas deberían ser las que diga la División Contaduría del Poder Judicial, lo que implicaría una delegación no permitida por la ley, a un tercero que no es Juez (art. 18.1 del C.G.P.).

A juicio de la Sala, la forma de salvar la omisión, está en que dado que la SCJ ya efectuó el cálculo cuando liquidó los meses de enero a abril de 2.011 que pagó, a esa forma de liquidar se remitirá el presente pronunciamiento, para la liquidación de las diferencias que se reclaman.

Ello además se ve corroborado por la clara coincidencia entre los dichos del actor, el fundamento de su pedido y las expresiones de la demandada al contestar.

Así, el accionante hace caudal en que lo que se viene a reclamar es la continuación del pago de una suma que cesó de abonarse y la demandada al contestar admite el hecho y explica que ello obedeció a un acto ajeno a su voluntad: en primer término, la ley, que fuera posteriormente desaplicada por inconstitucional y en segundo lugar, la omisión del Poder Ejecutivo, de dar los fondos necesarios para pagar-.

Entonces no hay duda que hay acuerdo entre las partes sobre la liquidación de la diferencia, cuyas bases no pueden ser distintas a las utilizadas para liquidar los meses en que efectivamente se abonó.

En consecuencia, se acogerá el agravio -omisión de explicitación de las bases-, disponiendo que las mismas habrán de ser idénticas a las utilizadas para la liquidación de los meses efectivamente abonados.

5 - Apelación de A [REDACTED] F [REDACTED] y adhesión de los demás actores: (fs. 1237 y sigtes. y 1247 y sigtes.).

En el grado anterior, se estableció en el

dispositivo de la atacada que el dies a-quo del cálculo de las diferencias cuyo pago se impone, es la fecha de presentación de la demanda de inconstitucionalidad de la ley 18.738, según explicitación del Considerando X, fs. 1211 vto.

Las posiciones están divididas respecto a la naturaleza jurídica de la sentencia de inconstitucionalidad y en consecuencia, existen diversas teorías en relación a sus efectos en el ámbito temporal. Sin embargo, ello puede seguirse discutiendo judicialmente, cuando la SCJ no se pronuncia al respecto, pero habiéndose pronunciado, nada más hay que agregar (fs. 358), en tanto ésta actúa dentro del ámbito de su competencia natural (art. 259 de la Constitución de la República).

De todas maneras y en la situación específica, el Tribunal comparte que los efectos de la inconstitucionalidad se computen a partir de la demanda de la misma, posición que por otra parte es la mayoritaria.

6 - La apelación de los actores representados por el Dr. Sosa García (fs. 1273 y sigtes.).

Se irá al rechazo del agravio formulado, aunque por fundamentos diversos de los de la atacada.

La prejudicialidad de la inconstitucionalidad supone que, de existir, se impone al tribunal que ha de fallar, por ser una hipótesis en realidad de desaplicación de la norma. En la situación específica, el Juzgador ha de aplicar las normas vigentes entre las que se incluye las no cuestionadas efectivamente.

En realidad lo que hay en la sub causae es una ley -o mejor, dos leyes, 18.738 y 18.896- que al no estar declaradas inaplicables para los actores de fs. 984, no permiten aplicar los fundamentos desarrollados en la sentencia, como motivación de la condena y sí hacen lícito, a

su respecto, el cese de pago del aumento que se abonó entre enero y abril de 2.011.

7 - La conducta de las partes no amerita especiales sanciones procesales (art. 261 del C.G.P.).

Por tales fundamentos el Tribunal,

**FALLA:**

**Confírmase la sentencia atacada, salvo en cuanto:**  
- condena al Ministerio de Economía y Finanzas, condena que se deja sin efecto.  
- no se establecieron las bases a utilizarse en la vía del art. 378 del C.G.P. y en su lugar se fijan en las utilizadas para la liquidación de enero a abril del año 2011.

**Sin especial condenación en el grado.  
Notifíquese personalmente.  
Oportunamente, devuélvase.**

**Dra. Mary Alonso Flumini  
Ministra**

**Dr. Fernando Cardinal Piegas  
Ministro**

**Dra. Loreley Opertti Gallo  
Ministra**

**Esc. Mariela Decaro**

**Secretaria Letrada**

**ESC. MARIELA DECARO**

**SECRETARIO I ABOG - ESC**