

//tencia N°

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR TABARÉ SOSA AGUIRRE

Montevideo, cuatro de abril de dos mil veinticuatro

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: **"CAMPOT, MARÍA C/ PODER EJECUTIVO - PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTRO. DAÑOS Y PERJUICIOS. CASACIÓN"**, IUE 2-27303/2019, venidos a conocimiento de esta Suprema Corte de Justicia en mérito al recurso de casación interpuesto por la actora contra la sentencia definitiva N° 47/2021, de 19 de octubre de 2021, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno.

RESULTANDO:

I.- Por la referida decisión, el citado Tribunal, integrado por las Sras. Ministras Dras. Sapelli (r), de los Santos y Hernández, falló: *"Revócase parcialmente la interlocutoria Nro. 115/2020, solo y en cuanto impuso la condena en costas y costos a cargo del perdidoso, los que se distribuirán por el orden causado y revócase la sentencia definitiva con la consiguiente desestimación de la demanda en todos sus términos, sin especial condenas en el grado..."* (fs. 252-266).

II.- Por sentencia definitiva N° 47/2021, dictada el 19 de octubre de 2021 por el Dr. Pablo Gandini Bottini, el Juzgado Letrado de Primera



Instancia en lo Contencioso Administrativo de 3° Turno había fallado: *"Ampárase la demanda condenando a la parte demandada a abonar a la actora la suma de \$ 300.000 (pesos uruguayos trescientos mil) por concepto de daño moral con reajustes e intereses desde la demanda y hasta su efectivo pago. El 50% de los salarios que hubiera percibido en el cargo para el cual concursó por el período de un año por concepto de pérdida de chance, difiriéndose su liquidación al procedimiento del art. 378 del CGP, con intereses y actualizaciones desde su exigibilidad y hasta su efectivo pago..."*.

Por sentencia N° 1253/2021, de 22 de octubre de 2021, se aclaró: *"La sentencia condena al pago del 50% de los salarios (ingresos salariales) que hubiera percibido la actora en un año de trabajo, tomando como base de cálculo lo establecido en las bases del llamado. Las bases del llamado establecían que se abonaba la suma mensual de \$ 72.000 más IVA, por lo que a ella se estará para la base de cálculo, sin perjuicio de todos los descuentos legales que lleve la condena por imperio legal una vez que se haga efectivo el pago de la misma. Con respecto a la fecha de la exigibilidad es la fecha en que hubieran correspondido los pagos mensuales"* (fs. 200).

III.- En tiempo y forma, la actora interpuso recurso de casación (fs. 269-280), en



el que expresó los agravios que a continuación se sintetizan.

a) La revocatoria parcial de la interlocutoria N° 115/2020 le causa agravio porque revocó la condena causídica impuesta al desestimarse la excepción de improponibilidad manifiesta de la demanda, decisión que, aseguró, contraviene lo dispuesto en el art. 688 del Código Civil.

Recordó que el Poder Ejecutivo hizo lugar al recurso jerárquico y revocó por razones de legalidad el acto cuya anulación se había demandado ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. En consecuencia, se solicitó la clausura de tales actuaciones.

Al fundar el excepcionalismo opuesto, la Administración invocó de mala fe la tesis según la cual solo en caso de expedirse el TCA se abre la acción reparatoria. Aseguró la recurrente que, a diferencia de lo expuesto por la Sala, la ignorancia y el incumplimiento de las normas vigentes no es una cuestión opinable.

b) Le causa agravio que la Sala haya entendido que medió incumplimiento de la carga de la debida alegación (art. 117 num. 4 CGP). Por el contrario, dijo, los rubros reclamados (daño material y moral) fueron estimados en la demanda según la planilla



que luce a fs. 36 y debidamente aclarados en el numeral 7° de la demanda, donde se precisó que "daños y perjuicios" era la expresión comprensiva de ambos rubros.

c) El Tribunal revocó la condena por daño moral a partir de una valoración de la prueba que vulnera las exigencias de la sana crítica y soslaya la trascendencia del principio de inmediación (art. 8 del CGP). Afirmó que, a diferencia del juez *a quo*, la Sala no participó en la recepción de la prueba testimonial (testigos Bernasconi y González), por lo que no puede valorar en debida forma la veracidad de sus testimonios. Dijo que no es lo mismo valorar una declaración *in situ*, que hacerlo leyendo una transcripción, pues no se advierten gestos, emociones, reacciones, etc.

d) Manifestó que la ilegitimidad formal en que incurrió la Administración es un hecho admitido. En la entrevista que se realizó a la actora no se respetó la integración del tribunal y esa fue la causa de la revocación del acto. De modo que, la ilegitimidad como elemento de la responsabilidad, es incuestionable. A diferencia de lo que sostuvo la Sala, la actora no debía acreditar que, de haber estado regularmente conformado el tribunal en la entrevista, ella habría ganado el concurso. Por el contrario, quedó



probado que la actora no gozó de las mismas oportunidades que el resto de los concursantes.

e) Expresó que la actora no solo perdió la chance de ganar el concurso, sino que también se vio privada de la oportunidad de resultar en una mejor posición en la lista de prelación. En la especie, la gananciosa renunció antes de asumir el cargo, por lo que se convocó al siguiente concursante de la lista de prelación, otra chance que perdió la actora.

La actora nunca aseguró que hubiera ganado el concurso, sino que reclamó por haber perdido la chance de concursar en igualdad de condiciones. Perdió la chance de ganar el concurso y también la oportunidad de resultar en una mejor posición en la lista de prelación.

Indicó que el Tribunal omitió considerar que, luego de la revocación del acto impugnado, la sala de abogados del MIEM, en informe de 31 de mayo de 2018, aconsejó volver las actuaciones a la etapa anterior a la instancia de la entrevista exclusivamente respecto a la Sra. Campot, para lo cual se hubiera debido designar tres miembros y conformar el tribunal entrevistador.

f) Aseguró que no es posible saber qué lugar habría ocupado finalmente Campot en el concurso.



Sostuvo que el razonamiento del Tribunal resulta ilógico y absurdo, pues se trataba de un concurso para ejercer una función en la Administración. No es posible afirmar a la ligera que la actora hubiera podido resistirse a realizar la entrevista con un tribunal de concurso desintegrado.

Es ilógico -dijo- desestimar el rubro por haber la actora ingresado al Banco Central diez meses después de haberse verificado la irregularidad de autos.

En definitiva, solicitó a la Suprema Corte de Justicia casara la sentencia recurrida.

IV.- Conferido el traslado de rigor, fue evacuado por la demandada (fs. 284-296), abogando por el rechazo del recurso de casación interpuesto.

V.- Por decreto N° 398/2022, de 5 de octubre de 2022, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno franqueó el recurso de casación para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 298).

Elevados los autos para ante la Suprema Corte de Justicia, fueron recibidos el 18 de octubre de 2022 (fs. 302).

Luego del correspondiente estudio de admisibilidad, por auto N° 1685, de 15 de



noviembre de 2023, se ordenó el pase del expediente a estudio y se llamaron los autos para sentencia (fs. 304).

VI.- Durante el estudio de las actuaciones, la Sra. Ministra Dra. Bernadette Minvielle, solicitó, como medida para mejor proveer, que la demandada informara si el orden de prelación homologado del llamado de autos (fs. 94 del expediente acordonado) tuvo un plazo de vigencia y, en su caso, qué personas fueron convocadas de la lista resultante. Asimismo, requirió que la demandada informara si se recompuso el procedimiento en mérito a lo resuelto en el numeral 1º de la parte dispositiva de la resolución de 9 de abril de 2018.

La Corte así lo dispuso por interlocutoria N° 1904/2022, dictada el 15 de diciembre de 2022.

VII.- El 23 de febrero de 2023, compareció la representante de la parte demandada a informar lo solicitado como medida para mejor proveer (fs. 310-311).

Por interlocutoria N° 1022/2023, de 17 de agosto de 2023, con discordia de la Sra. Ministra Dra. Minvielle, de lo informado por la demandada se dio vista a la actora, quien la evacuó en los términos que corren de fs. 329 a 331 vto.



VIII.- Por auto N° 1178/2023, de 7 de septiembre de 2023, se tuvo por evacuada la vista y se dispuso que los autos volvieran a estudio de los Sres. Ministros (fs. 333).

IX.- Culminado el estudio de rigor, se acordó emitir el presente pronunciamiento en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia amparará en parte el recurso de casación interpuesto, de acuerdo con los argumentos que se expondrán.

II.- Tramita en obrados un proceso de responsabilidad de la Administración (art. 24 de la Constitución) derivada de los siguientes hechos, que se tienen por acreditados y exiliados de controversia.

Por resolución de 17 de septiembre de 2015, el MIEM convocó un llamado público y abierto para la provisión de un cargo de Ejecutivo de Seguimiento y Evaluación de Proyectos. El contrato ofrecido tendría duración anual, en un régimen de cuarenta horas semanales presenciales, a cambio de una remuneración mensual de \$72.000 más IVA.

Se presentaron cuarenta y tres personas, entre ellas, la actora, que, en la



primera fase, resultó en tercer puesto de acuerdo con sus méritos académicos y experiencia, por lo que pasó a la segunda etapa de evaluación, consistente en entrevista personal con el tribunal del concurso.

En oportunidad de celebrarse la entrevista, uno de los tres miembros del tribunal se inhibió de participar de la instancia, alegando haber mantenido un vínculo laboral con la actora. La concursante accedió a que la entrevista fuera realizada por los otros dos integrantes del tribunal.

Terminado el proceso de selección, la Administración, por resolución dictada el 2 de diciembre de 2015, homologó el fallo del tribunal del concurso, habiendo sido la actora posicionada en el sexto lugar.

Contra dicha resolución, la actora interpuso recursos revocatorio y jerárquico y, una vez que se configuró la denegatoria ficta, entabló demanda anulatoria ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Estando en trámite la pretensión anulatoria, la Administración se pronunció reconociendo la irregularidad ocurrida en la entrevista de la actora, por lo que, el 4 de abril de 2018, anuló el resultado del concurso.

Contemporáneamente a estas



actuaciones, el ganador del concurso resultó contratado el 9 de junio de 2016, contrato que se extinguió en junio de 2018. La actora, por su parte, fue presupuestada en un cargo distinto en el Banco Central del Uruguay el 24 de noviembre de 2016.

La actora promovió demanda de responsabilidad de la Administración, a la que reclamó le indemnizara el daño moral y la pérdida de chance de haber sido adjudicada con el contrato ofrecido, todo lo que estimó en la suma global de \$11.433.424 más actualizaciones legales hasta la fecha del efectivo pago.

El Estado contestó el accionamiento y opuso excepción de improponibilidad manifiesta de la demanda. En ese sentido, recordó que la actora promovió la vía recursiva administrativa y entabló demanda de anulación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la que luego desistió cuando la Administración se expidió extemporáneamente acerca del recurso jerárquico. Según la accionada, únicamente se puede acudir a la vía reparatoria en el supuesto previsto por el art. 312 de la Constitución, esto es "*por la declaración de nulidad del acto*" o "*por la reserva expresa que el Tribunal hace de la acción reparatoria*".

III.- En audiencia prelimi-



nar, el a quo desestimó la excepción con costas y costos a cargo del demandado, decisión que fue recurrida con efecto diferido.

Por sentencia definitiva, amparó en parte el reclamo. En lo medular, señaló: *"resulta totalmente acreditado el actuar ilícito de la Administración, en tanto se vulneró la igualdad entre los postulantes del concurso. Si bien no es posible determinar cuál hubiera sido el resultado final del concurso si en la entrevista final el tribunal hubiera estado totalmente integrado, sí está acreditado que, al haber sido evaluada con un miembro menos, las garantías no fueron las mismas. La opinión del tercer integrante iba a incidir en la calificación (para bien o para mal), pero al no haber estado, la suerte de la actora quedó en manos de dos de los tres integrantes del tribunal, en clara desigualdad que el resto. Es claro, entonces, que la Administración funcionó mal, es decir, en forma irregular, lo cual fue reconocido por la misma al hacer lugar al recurso jerárquico"*.

Por sentencia definitiva de segundo grado, el Tribunal revocó la condena causídica despachada en primer grado cuando se rechazó la excepción opuesta por el demandado y revocó la decisión sobre el fondo por entender que no resultó demostrado el nexos causal entre la irregularidad



reconocida por la Administración y el resultado dañoso. Así, expresó: *"A criterio de este Tribunal, la actora no probó que el actuar ilegítimo del tribunal de concurso -el hecho de que no estuviera correctamente conformado al momento de la entrevista- hecho ilícito y reconocido por la Administración, haya tenido la incidencia causal que la actora le atribuye respecto del resultado del concurso. Así, la Sra. Campot no logró probar que, de estar el tribunal correctamente conformado, ella hubiera obtenido el primer lugar, ella hubiera ganado el concurso. (...) De autos no surge probado el nexo entre la falta de un tercer miembro en la entrevista y el puntaje otorgado"*.

En consecuencia, desestimó la demanda.

IV.- Contra tal decisión se alza la actora en casación.

V.- En primer lugar, se analizarán los agravios referidos a la interlocutoria N° 115/2020, dictada en la audiencia preliminar celebrada el 18 de febrero de 2020 por el entonces Juez Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 3° Turno, Dr. Pablo Eguren.

Por la referida decisión, se desestimó la excepción opuesta por el demandado con costas y costos. En audiencia, el condenado interpuso



recurso de apelación, el que fue admitido con efecto diferido y fue resuelto por la alzada en la sentencia definitiva.

En la medida en que la decisión se encuentra inserta en una sentencia definitiva, como tal resulta pasible de recurso de casación (art. 268.1 CGP).

En ese sentido, en términos trasladables, en sentencia N° 862/2023, la Suprema Corte de Justicia expresó: *"no es posible dividir el contenido de la sentencia según el mismo refiera a una cuestión que corresponda ser resuelta por sentencia interlocutoria o a una cuestión que requiera una sentencia definitiva. En el caso, la decisión del Tribunal de desestimar la excepción de prescripción fue dispuesta por sentencia definitiva porque la regulación de la apelación con efecto diferido así lo prevé (arts. 342.2 y 251.3 del CGP). La presente impugnación de la demandada recurrente se dirige contra una sentencia definitiva, no contra una sentencia interlocutoria. Y la sentencia, como tal, configura una unidad jurídica, que no puede fraccionarse en distintos contenidos, definitivos o interlocutorios"*.

En igual sentido, en sentencia N° 315/2020, la Corte señaló: *"La impugnación del imputado no se dirige contra una sentencia*



interlocutoria, sino, por el contrario, contra parte del contenido de la sentencia definitiva de segunda instancia. No resulta relevante que ese contenido sea la confirmación de una apelación con efecto diferido, ya que la regulación del recurso de casación no distingue entre los contenidos de la sentencia recurrida. Para que la casación resulte admisible, es suficiente con que se dirija contra una sentencia definitiva o interlocutoria que ponga fin al proceso. No resulta posible fraccionar una sentencia en contenidos definitivos y contenidos interlocutorios, ya que, la unidad de acto y el principio pro actione que habilitan la recurrencia en casación deben primar sobre cualquier análisis”.

La sentencia recurrida en autos es de naturaleza definitiva, por lo que el recurso de casación, incluido el agravio que se examina, resulta admisible.

Establecida la admisibilidad formal del agravio, cabe analizar su mérito sustancial.

El MIEM fundó la excepción que interpuso argumentando que el art. 312 de la Constitución establece la prejudicialidad del pronunciamiento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Como en el caso de autos, dicho Órgano no llegó a pronunciarse, pues antes de que ello ocurriera la



Administración revocó el acto impugnado, entiende el demandado que resultó obturada la vía reparatoria.

En audiencia preliminar, el a quo desestimó la excepción en los siguientes términos: *"El decreto ley 15.524, Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, regula en su artículo 95 la situación operada en autos: 'Si antes de pronunciada la sentencia, la Administración revocara el acto por razones de legalidad, comprobado el hecho fehacientemente, se dispondrá la clausura y archivo de los procedimientos a petición de cualquiera de las partes y aun de oficio si el Tribunal estuviera en conocimiento auténtico de la referida situación'. Indudablemente, la excepción opuesta por la parte demandada no se condice con el derecho aplicable y se convierte en una excepción dilatoria. Sabido es que, si se revoca la resolución que causó agravio y fue objeto de la vía recursiva, la que una vez agotada ameritó ocurrir a la vía anulatoria ante el TCA, la causa que se tramita en ese Tribunal carece de objeto. Es tan clara la norma legal que prevé específicamente esta situación. Por ello, esta Sede no comprende que los abogados patrocinantes de la demandada no la conozcan. A nuestro juicio, corresponde la imposición del artículo 688 del Código Civil, por entender que se actúa con ligereza culpable"* (fs. 114 vto.).



El Tribunal, en cambio, consideró que la cuestión resulta "altamente opinable", por lo que revocó la condena causídica.

Contra dicha decisión se alza la actora

La Suprema Corte de Justicia hará lugar al agravio.

Comentando el art. 312 de la Constitución, el Prof. Cassinelli Muñoz entiende que se aplican los principios generales sobre la cosa juzgada: cuando no llega a dictarse sentencia definitiva sobre el fondo de la pretensión anulatoria (desistimiento, perención de la instancia, declaración de invalidez del proceso por no agotamiento de la vía administrativa previa o por caducidad de la acción, etc.), ninguna cosa juzgada obstará al ulterior ejercicio de la acción de reparación (cf. Cassinelli Muñoz, H., "*Derecho Público*", FCU, Montevideo, 2009, pág. 436).

Es la ley la que establece la ineficacia absoluta del acto procesal demanda y los consiguientes derivados del proceso perimido, porque se anula la instancia.

En el año 2018, la Administración revocó la resolución impugnada, dictada el 2 de diciembre de 2015 y lo hizo por razones de



legitimidad.

Tal revocación por razones de legalidad es un subrogado perfecto de la sentencia anulatoria del TCA. Es una modalidad paraprocesal de satisfacción de la pretensión con el consiguiente reconocimiento de una determinada situación antecedente (transgresión de la regla de Derecho) y la extinción o supresión de los efectos del acto administrativo ilegítimo.

Como detalla Diez, en este tipo de supuestos, la Administración, unilateralmente, hace desaparecer las causas que motivaron la pretensión del demandante. Habrá, entonces, una satisfacción extraprocesal de la pretensión; la Administración reconocerá, en vía administrativa las pretensiones del demandante, vale decir, dejará sin efecto el acto o la disposición impugnada en vía procesal administrativa. En esos casos, habrá una cesación de la materia litigiosa, una desaparición del objeto de la acción. Se trata de casos en que, iniciado el proceso para lograr la satisfacción de la pretensión del demandante, tal satisfacción se obtiene fuera del cauce procesal (cf. Diez, M.M., *"Derecho Procesal Administrativo (lo contencioso administrativo)"*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1983, pág. 190).

De modo que, esa



revocación por razones de legalidad tiene el mismo efecto práctico declarativo y constitutivo que una sentencia anulatoria del TCA, habilitando, en consecuencia, la acción reparatoria patrimonial para recomponer materialmente la situación jurídica vulnerada por el acto administrativo ilegítimo dictado por el órgano público.

Entiende la Suprema Corte de Justicia que no resulta opinable que la revocación del acto administrativo por razones de legalidad constituye un subrogado perfecto de la sentencia anulatoria dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo que habilita la acción reparatoria, aun cuando, previamente, la actora haya intentado la acción anulatoria sin llegar a obtener una sentencia favorable (precisamente, en el caso, porque, al haber revocado la Administración el acto impugnado, la acción anulatoria se clausuró por falta de objeto).

De ese modo, la defensa opuesta por la accionada, de manifiesta improponibilidad de la demanda, invocando que la actora no tenía franqueada la acción reparatoria patrimonial, supone una actuación defensiva ostensiblemente infundada. Se trata de una conducta temeraria, que se verifica cuando existe la certeza o una razonable presunción de que se litiga sin razón valedera y se tiene conciencia de ello; es la



facultad de accionar ejercida arbitrariamente, sea deduciendo pretensiones o defensas cuya falta de fundamento es evidente y haría que no se pudieran alegar merced a la ausencia de una mínima pauta de razonabilidad (cf. Gozaíni, O.A., "*Temeridad y malicia en el proceso*", Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010, pág. 67).

VI.- Acerca de la decisión de mérito, la recurrente expuso agravios por entender equivocada la revocación de la condena a indemnizar el daño moral que invocó haber padecido.

En tal sentido, aseguró que, contrariamente a lo que entendió la Sala, sí estimó concretamente el daño moral en su demanda, en la que aclaró que la expresión "daños y perjuicios" era comprensiva de los rubros daño patrimonial y moral y que su cuantía se detallaba en la planilla agregada a fs. 36.

La Suprema Corte de Justicia estima insuficiente la crítica proferida, en tanto la decisión adoptada reposa sobre un segundo argumento no controvertido por la recurrente.

Al respecto, cabe recordar que la Sala revocó la condena por daño moral por dos razones: por incumplimiento de la teoría de la debida sustanciación y por insuficiente cuantificación del



rubro reclamado.

Así, luego de repasar doctrina relativa a la exigencia contenida en el art. 117 num. 4 CGP, la sentencia expresa: *"la demanda de autos no cumple con los extremos legales antes expuestos, pues de la misma no se logra extraer los datos y extremos fácticos fundamentales que hacen al reclamo incoado. (...) de la demanda no surge una referencia expresa al daño moral (...) Por otra parte, en cuanto al monto reclamado, resulta dudoso, en tanto se pretende una única suma de dinero: tanto el daño moral como el material: \$ 11.433.424. Todo lo cual deja de manifiesto las carencias alegatorias de la demanda introducida y la inherente insuficiencia probatoria"*.

En su memorial de agravios, la actora cuestiona únicamente un aspecto, esto es, la identificación en la demanda del rubro reclamado y el deslinde de su cuantificación dineraria. Sin embargo, soslaya el argumento referente a las carencias expositivas que, en consecuencia, permanece en pie.

El pronunciamiento de la Sala se sostiene sobre una argumentación múltiple. Este tipo de argumentación consiste en sostener defensas alternativas de un mismo punto de vista, presentando una defensa luego de otra. Tales defensas no son interdepen-



dientes para sostener el punto de vista; tienen, en principio, un peso equivalente. Cada defensa puede sostenerse sola y es presentada como suficiente para sustentar el punto de vista (cf. Van Eemeren, F., Grootendorst, R., Snoeck Henkemans, F., "Argumentación", Biblos, Buenos Aires, 2006, pág. 70).

Cuando una sentencia se funda en varios argumentos o, según la Teoría de la Argumentación, en una argumentación que, en función de su estructura, puede calificarse como múltiple, la ley procesal impone al recurrente atacar todos los extremos determinantes del fallo (art. 270 CGP).

Las formalidades exigibles determinan que, quien pretende la casación de una decisión, debe efectuar un desarrollo explicativo mínimo que abarque en la crítica la totalidad de los argumentos sobre los que se asienta el fallo.

La Corte reiteradamente ha señalado que, *"cuando una sentencia se apoya en varios fundamentos, se necesita atacarlos todos para que prospere el recurso, pues si se deja de atacar cualquiera de ellos (...) no se casa la sentencia (...)* Aun cuando sean fundados alguno o algunos de los motivos alegados por el recurrente en casación para impugnar la sentencia del tribunal, ella no es casable si se apoya en otra u otras razones no combatidas por el recurrente.



Entonces, tratándose de la impugnación por la causal primera, en cuyo campo es de rigor que se demuestre la infracción ya directa, ya indirecta, de la ley sustancial, es preciso que por el recurrente se ataquen todos los fundamentos de derecho de esta especie, sobre cualquiera de los cuales, aunque no hubiese sido expresamente considerado por el juzgador, pudiera la sentencia quedar en pie (cf. Hernando Morales Molina, Técnica de casación civil, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2014, pág. 115)” (sentencias de la Suprema Corte de Justicia Nos. 860/2017, 1.617/2018, 1.155/2019, 37/2020, 157/2020, 93/2021, entre muchas).

Sin perjuicio de ser lo expuesto suficiente para desestimar el agravio, los Sres. Ministros Dres. Martínez, Minvielle, Morales y Pérez agregan que, tampoco el agravio sobre la valoración probatoria del daño moral resulta formalmente atendible.

En tal sentido, destacan que la recurrente no invoca, explícita ni implícitamente, un supuesto de absurdo evidente, única hipótesis corregible en casación, de acuerdo con la opinión que los referidos Sres. Ministros postulan sobre el tema.

De acuerdo con dicho parecer, para que el agravio prospere en casación deben



cumplirse determinados requisitos de alegación y fundabilidad del recurso. Como han explicado los Sres. Ministros en numerosas sentencias, no cualquier error en la valoración puede ser invocado como error de derecho revisable en casación, sino solo los errores groseros, que configuren un absurdo evidente o una arbitrariedad manifiesta. Ello determina que el recurrente deba denunciar un error o vicio de tal magnitud y, además, deba demostrar el alegado absurdo.

En el caso de autos, indican, la recurrente no cumplió con la primera condición, esto es, no denunció un error en el razonamiento probatorio de entidad superlativa, lo que impide el progreso del agravio.

La Corte advierte que la recurrente propone una discrepancia con la eficacia probatoria que la Sala atribuyó a las testigos y funda su crítica en una alegada vulneración del principio de inmediación.

Según la actora, en tanto el Tribunal no presencié las declaraciones de las testigos Bernasconi y González, no puede ponderar en debida forma la veracidad de los testimonios que ellas brindaron.

La Suprema Corte de Justicia estima que el agravio no resulta de recibo.



Una concepción racionalista de la prueba supone que el juicio fáctico formulado por el Juez que "recibe" la prueba sea intersubjetivamente controlado por sus pares. Las reacciones de los testigos, los gestos, etc. contribuyen a las inferencias probatorias formuladas por el juez primer grado y pueden -y deben- ser susceptibles de contralor formal y material por otros jueces y operadores jurídicos.

Como explica Ferrer Beltrán, una adecuada concepción racionalista de la prueba, en conjunción con el derecho fundamental al debido proceso, exige limitar el alcance de la inmediación a la estricta percepción de la práctica de la prueba y no a las inferencias probatorias que de esa percepción se extraen. Así, por ofrecer un ejemplo baladí pero habitual, depende estrictamente de la percepción determinar si un testigo se muestra ostensiblemente nervioso, pero concluir de ello que el testigo no es fiable depende de una inferencia probatoria a la que se incorpora la premisa de que el nerviosismo de un testigo es síntoma de su mendacidad. Esa inferencia no depende en absoluto de la percepción, sino de generalizaciones o máximas de las experiencias que han sido estudiadas por la psicología del testimonio y demostradas absolutamente infundadas. Por ello, en



conclusión, no es menester haber estado presente en la práctica de la prueba para demostrar la incorrección de una valoración testifical basada en una generalización falsa de ese tipo. El principio de inmediación resulta, pues, compatible con el control de las inferencias probatorias (cf. Ferrer Beltrán, J., *"El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: inmediación e inferencias probatorias"* en Priori Posada, G.F., (coord.), *"La prueba en el proceso"*, Palestra, Lima, 2018, págs. 88-89).

En consecuencia, no se advierte vulneración en grado alguno del principio de inmediación, lo que determina se desestime el agravio.

VII.- Finalmente, la recurrente expresó agravios relativos al rechazo de su pretensión de indemnización por pérdida de chance.

Según ya se explicó, la actora se presentó al llamado público y abierto para la provisión de un cargo de ejecutivo de seguimiento y evaluación de proyectos en la Unidad de Coordinación del Proyecto, que funcionaría en la órbita del MIEM.

Durante la sustanciación del proceso de selección, la actora fue entrevistada por un tribunal indebidamente integrado (no se encontraban sus tres miembros presentes, sino solo dos de ellos).

Al cabo del proceso, el



MIEM homologó el fallo del tribunal del concurso, en el que la actora resultó en sexto puesto, y autorizó la contratación (arrendamiento de servicios) de la ganadora, Sra. Carla Giménez Espósito. Esta concursante desistió de su postulación, por lo que fue convocado el siguiente en el orden del fallo homologado, el Sr. Rafael Valiente.

La actora impugnó el acto que homologó el fallo del tribunal del concurso y, oportunamente, acudió ante el TCA. Encontrándose en trámite la acción anulatoria, la Administración hizo lugar al recurso jerárquico que la actora había interpuesto y, por resolución dictada el 9 de abril de 2018, revocó el acto de homologación, quedando sin objeto la acción de anulación ante el TCA.

En estas actuaciones, la demandada informó que celebró con el Sr. Valiente el contrato de arrendamiento de servicios objeto del concurso en cuestión el 9 de junio de 2016, por el plazo de un año y que el vínculo se prorrogó hasta cesar definitivamente en junio de 2018. Asimismo, aclaró que, luego de ello, no se convocó a otro postulante de la lista de prelación del concurso.

Los órganos de mérito, en opinión que la Corte comparte, entendieron que existió una irregularidad en el proceso del concurso, que la



propia Administración reconoció al revocar la homologación del resultado del mismo.

Al encontrarse el tribunal del concurso desintegrado, la Sra. Campot, en clara desventaja con el resto de los postulantes, fue entrevistada por dos miembros de un colegiado cuya composición fue prevista con tres integrantes. Es evidente que la pérdida de chance se fundamenta y justifica en que, de haber participado un tercer integrante en sustitución del excusado, pudo formarse una opinión técnica y personal de la concursante distinta a la que resultó del parecer de dos miembros y, eventualmente, el parecer de un tercero podía modificar el de los otros dos.

A nadie escapa que en los órganos colegiados, en cuyo seno existe deliberación para conformar la voluntad orgánica, se discuten y contraponen opiniones y muchas veces termina primando una volición distinta a la originalmente postulada por alguno o todos los miembros que los componen.

No cabe, entonces, postular un criterio "aritmético" según el cual la trascendencia del vicio sería inocuo porque siendo la composición del tribunal de tres miembros, el sustituto no habría variado con su intervención la posición adoptada por los otros dos integrantes.



Asumir un criterio semejante supondría, por vía oblicua, incursionar en aspectos del juicio de ilegitimidad formulado por el órgano público al revocar por razones de legalidad. Este extremo ya está zanjado y no corresponde a la justicia ordinaria su rectificación.

La sentencia impugnada, en cambio, realiza cuestionamientos indebidos al "hecho ilícito", que se encuentra exiliado de controversia desde que la Administración, al revocar el acto homologatorio, reconoció la ilegitimidad de su proceder.

Bajo el pretexto de analizar el rubro de la pérdida de chance invocada y la relación de causalidad entre el hecho ilícito y la chance frustrada, la Sala formula un juicio de legalidad para atemperar las posibles consecuencias dañosas.

En efecto, el Tribunal reprocha a la Sra. Campot no haber rehusado someterse a la entrevista con un tribunal insuficientemente integrado (una suerte de aplicación subrepticia de la doctrina de los actos propios para "sanear" la ilegitimidad de haber celebrado la entrevista con un tribunal desintegrado) y que impugnara el resultado cuando lo supo desfavorable, en violación del principio de buena fe.

Tal razonamiento soslaya



que fue la propia Administración la que reconoció la ausencia de efectos jurídico-materiales de la entrevista celebrada en condiciones irregulares. No cabe, entonces, convocar la actitud procedimental del administrado en el concurso de selección para pretender matizar la ilegitimidad que la propia Administración reconoce.

Asiste la razón a la recurrente cuando critica la impugnada por confundir la pérdida de chance alegada con un lucro cesante no reclamado. En tal sentido, la Sala erra el análisis al afirmar que, *"llegados a este punto del análisis corresponde ahora determinar si, efectivamente, la actora hubiese ganado el concurso de no haber mediado el acto administrativo ilegítimo"* (fs. 264).

Lo reclamado por la actora es la pérdida de una oportunidad, es decir, la indemnización por una probabilidad o posibilidad frustrada, consistente en haber resultado gananciosa si en la entrevista personal hubiera sido mejor calificada por la intervención de un tercer miembro sustituto en el tribunal del concurso.

Como ha recogido la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina, la chance no es sino una posibilidad; la negación de la indemnización de esa especie con el argumento de que resulta imposible asegurar determinado



resultado, importaría exigir una certidumbre extraña al concepto mismo del daño de cuya reparación se trata (sentencia citada por Müller, E., "*La frustración de la chance*", Revista Crítica de Derecho Privado N° 5, pág. 555, nota al pie N° 10).

Si se conociera con certeza que la actora habría sido finalmente contratada como resultado del llamado, no estaríamos ante un supuesto de pérdida de chance porque, en esa hipótesis, tendríamos certeza plena acerca de la pérdida del beneficio o ventaja ilegítimamente arrebatada.

Como afirma Medina Alcoz, con el sintagma "pérdida de chance" se hace referencia "*al daño que sufre quien ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un menoscabo*" (Medina Alcoz, L., "*La teoría de la pérdida de oportunidad*", Civitas, Cizur Menor - Navarra, 2007, pág. 55).

La pérdida de la chance reporta un daño cierto, no eventual, en tanto significa para el sujeto el impedimento de obtener un beneficio o evitar un perjuicio; coexisten en ella un componente de certeza y uno de incerteza. Certeza de que no, de no haber mediado el evento dañoso, el damnificado habría conservado la esperanza de percibir el beneficio; incerteza o incertidumbre de que, habiéndose mantenido



la situación de hecho originaria, el beneficio se hubiera logrado (cf. Müller, E., ídem, pág. 554).

Específicamente, y para el caso que nos ocupa, Medina Alcoz explica: *"también suelen plantearse hipótesis de pérdida de oportunidad cuando la consecución de una ventaja depende de que un sujeto lleve a cabo una actividad intelectual, consistente en la apreciación de hechos, la aplicación de reglas, el ejercicio de poderes discrecionales o la realización de juicios de valoración u oportunidad. Piénsese en (...) un licitador, si la Administración hubiera resuelto concederle el contrato administrativo en un procedimiento competitivo que finalizó con un acto de adjudicación favorable a otro y declarado años después nulo por el juez o tribunal correspondiente (...) En todos esos casos, la obtención de un beneficio se subordina al éxito de un procedimiento (jurisdiccional, administrativo o privado), es decir, depende de la manera en que un sujeto (el juez, la Administración o el empresario) aprecia determinados hechos, aplica ciertas reglas y realiza concretas valoraciones. La frecuente imprevisibilidad del resultado final de estas actividades intelectuales hace de este tipo de casos un campo abonado para la pérdida de oportunidad. Puede agruparse así un conjunto heterogéneo de situaciones en las que la víctima pierde*



una posibilidad de victoria en procesos, procedimientos y concursos. Son casos en los que no puede alcanzarse la completa seguridad de que el contenido de la sentencia jurisdiccional, de la resolución administrativa o de la decisión de que se trate habría sido distinto de no mediar el hecho ilícito, pero se sabe con la suficiente certeza que la víctima ha perdido una posibilidad real de obtener un pronunciamiento favorable" (Medina Alcoz, L., ídem, pág. 67).

La incertidumbre relativa al resultado es inmanente al concepto de pérdida de chance. Si se sabe, efectivamente, sin lugar a dudas, que, al momento del evento dañoso la ganancia se habría obtenido, corresponderá la reparación del daño a título de lucro cesante. Si se conoce que el perjuicio que se pretendía conjurar se producirá, entonces la indemnización se debe a título de daño emergente. En la pérdida de chance existe un elemento aleatorio, que coloca a la posibilidad frustrada entre lo cierto y lo eventual (cf. Márquez, J.F., "*Reparación por pérdida de chances. Problemas de valoración y cuantificación*", en Revista Crítica de Derecho Privado N° 7, pág. 748; cf. Chartier, Y., "*La réparation du préjudice*", Dalloz, París, 1997, pág. 14).

La Sala funda su decisión indicando que "*no hay prueba alguna que permita decidir*



que la parte actora hubiese podido ganar" (fs. 264).

Sin embargo, a los efectos de mensurar el *quantum* de la chance frustrada, el órgano jurisdiccional debe sopesar, en función de los elementos disponibles en la causa, las diferentes variables que incidirían en el llamado en cuestión, procurando reconstruir idealmente cuál hubiera sido el juicio del tribunal evaluador.

En términos que se comparten, Müller asegura que el juzgador, para determinar la magnitud del resarcimiento por la chance perdida, tendrá que valorar las posibilidades de que el perjudicado obtuviera finalmente el beneficio en cuestión y contemplar las circunstancias potencialmente obstativas de esa ganancia; del juego de ambas surgirá la medida de la reparación (Müller, E., ídem, pág. 555).

En el mismo sentido, el Sr. Ministro redactor expresó que, para la cuantificación del daño que consiste en la pérdida de una probabilidad, "*son de aplicación todas las reglas de evaluación y liquidación del perjuicio (...) El daño resarcible consiste en la pérdida de una probabilidad (de obtener ganancia o de evitar pérdida) que asume los contornos de cualquier rubro de daño reparable, que habrá de cuantificársela en proporción probabilística a cada uno de ellos, al ser la pérdida de chance un daño*



cierto en grado de probabilidad (...) La oportunidad debe ser seria y real, de carácter específico (...) luego de establecida cuál es la probabilidad perdida ha de fijarse un porcentaje del perjuicio o daño final..." (Sosa Aguirre, T., "Fórmulas para determinar la pérdida de chance", Anuario de Derecho Civil, T. XLII, págs. 446-447).

Debe atenderse a las circunstancias particulares de cada caso y el recto entender de los jueces, actuando con un amplio criterio de equidad, podrá determinar el *quantum* de las indemnizaciones, teniendo en cuenta, principalmente, el mayor o menor grado de probabilidad de que la oportunidad se hubiera convertido en certeza en función de elementos técnicos o de experiencias comprobables. El juzgador deber demostrar, con elementos obrantes en la causa o fácilmente comprobables, la existencia de la chance y el porqué de su cuantía (cf. Márquez, J.F., ídem, pág. 756).

Cassinelli Muñoz asegura que, la pérdida de una oportunidad *"debe ser reparada mediante la indemnización adecuada. Su determinación cuantitativa habrá de hacerse midiendo, según cálculos de probabilidades, las posibilidades de satisfacción o insatisfacción del interés del actor y la estimación pecuniaria del daño que significaría la privación de una*



satisfacción de tal interés. Así, por ejemplo, si la probabilidad de haber ascendido pudiera estimarse en $\frac{1}{2}$ y el daño por la privación del ascenso si le hubiera correspondido pudiera valuarse en 100.000 pesos, la indemnización por la pérdida de la probabilidad de ascender quedaría determinada en el producto de la probabilidad del daño por su cuantía, esto es, en 50.000 pesos" (Cassinelli Muñoz, H., "Reparación por la pérdida de una probabilidad", en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, N° 68, pág. 273).

En el caso de autos, la magnitud del perjuicio debe medirse en función de la posibilidad de que la Sra. Campot resultara finalmente contratada por el llamado en cuestión.

Surge de obrados que, al momento de pasar a la entrevista (segunda etapa del concurso) y, de acuerdo con los méritos que presentó, la Sra. Campot se encontraba posicionada en el tercer puesto entre todos los concursantes (acta con orden de preselección a fs. 67 del expediente administrativo).

En la entrevista, sin uno de los integrantes naturales del tribunal evaluador, le fueron asignados 20,5 puntos, lo que ocasionó fuera rezagada y ubicada, finalmente, en el sexto lugar en el orden de prelación resultante.

Es posible reconstruir



idealmente el proceso lógico de decisión, partiendo de los puntos fijados a la hora de evaluar (conocimiento del proyecto y del cargo al que se postula, manejo de las relaciones personales, nivel de motivación del concursante para el trabajo en general y para el cargo en particular, nivel de involucramiento e interés) por dicho tribunal, agregándole otro miembro, cuyo criterio podría haber inspirado la decisión de los otros.

Desde otra perspectiva, habiéndose detectado la violación de los principios de igualdad e imparcialidad, como reconoció la Administración, la reconducción del procedimiento hubiese supuesto la designación de una nueva integración del tribunal que podía fijar criterios de evaluación diferentes a los efectivamente fijados.

Debe advertirse que las bases concedían un amplio margen de discrecionalidad, prescribiendo que se considerarían, entre otros elementos de juicio relevantes, las aptitudes personales y de comportamiento necesarias para cumplir con las responsabilidades inherentes al cargo y que serían evaluadas tanto a través de la documentación respaldante de los méritos declarados como de la entrevista personal con el tribunal (ver fs. 85 del expediente administrativo).

En este escenario,



entonces, también es posible que un tribunal evaluador sustituto adoptara criterios acordes con las bases pero no exactamente iguales a los considerados por el pretérito órgano colegiado.

El magistrado *a quo*, Dr. Gandini, cuantificó la pérdida de la chance en un 50% del ingreso que Campot hubiera percibido, criterio que parece sustentar la actora en casación (ver numeral 7.1.5 del escrito de casación a fs. 279).

No obstante, y teniendo presente la discrecionalidad que siempre supone determinar las pautas y los montos de la indemnización, la Suprema Corte de Justicia, en mayoría integrada por los Sres. Ministros Dres. Martínez, Minvielle, Morales y Pérez, estima razonable y prudente fijar la pérdida de la chance en un 35% tomando como base de cálculo el ingreso mensual de \$72.000 más IVA previsto en las bases (ver fs. 84 del expediente administrativo).

Por su parte, el Sr. Ministro redactor, sin perjuicio de reconocer la dificultad de la cuestión, considera excesivo el montante fijado por la mayoría, no obstante, como señala Medina Alcoz, *"una cosa es la expresión del grado de probabilidad, que puede ser numérica y otra su cálculo matemático; y que la utilización de porcentajes obedece a la necesidad de racionalizar lo más posible la*



actividad valorativa sin que por esto se automatice o descarte de subjetividad" (Medina Alcoz, L., ídem, pág. 317).

Finalmente, en opinión de la Suprema Corte de Justicia y a diferencia de lo dispuesto por el magistrado de primer grado, no cabe estimar la duración de la chance frustrada en un año, equivalente a la duración del contrato por el cual la actora concursó. Por el contrario, habrá de fijarse el daño en la pérdida referida desde el 1º de abril de 2016, fecha en que el ganador del concurso celebró el contrato con la Administración, hasta el 18 de octubre de 2016, fecha en que la Sra. Campot comenzó a trabajar en el Banco Central del Uruguay (fs. 126) en el cargo de Analista III con una retribución mensual nominal de \$139.795 (fs. 127). Surge de autos que dicho puesto requiere una actividad que habría resultado incompatible -por su carga horaria- con la actividad necesaria para llevar adelante el contrato cuya celebración se vio frustrada. Existe, entonces, una fuente alternativa de ingresos que enervó las consecuencias dañosas cuya reparación se reclama.

En definitiva, las consecuencias lesivas de la frustración de la chance se extendieron desde que la actora hubiera estado en condiciones objetivas de vincularse contractualmente con



la demandada hasta la fecha en la que ingresó a otro puesto de trabajo en la Administración.

La liquidación concreta de la indemnización se difiere a la vía del art. 378 del CGP, sobre las bases aquí fijadas. La actualización y los intereses legales se computarán mes a mes, desde que cada partida debió haber sido percibida por la actora.

VIII.- La correcta conducta procesal de las partes determina que las costas y los costos del presente grado se distribuyan en el orden causado (art. 688 del CC y arts. 56.1 y 279 del CGP).

Por los fundamentos expuestos y, en atención a lo establecido en los arts. 268 y concordantes del Código General del Proceso, la Suprema Corte de Justicia

FALLA:

AMPÁRASE EN PARTE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO Y, EN SU MÉRITO, ANÚLASE LA SENTENCIA IMPUGNADA EN CUANTO REVOCÓ LA CONDENA CAUSÍDICA IMPUESTA POR LA INTERLOCUTORIA N° 115/2020 DICTADA EN PRIMER GRADO; EN SU LUGAR, SE DISPONE MANTENER TAL CONDENA. ASIMISMO, SE ANULA LA SENTENCIA IMPUGNADA EN CUANTO REVOCÓ LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA DE HACER LUGAR AL RUBRO PÉRDIDA DE CHANCE. EN SU LUGAR, SE CONDENA A LA DEMANDADA A LA INDEMNIZACIÓN DE LA PÉRDIDA DE CHANCE CONFORME LO DISPUESTO EN EL



CONSIDERANDO VIII DE LA PRESENTE, DIFIRIÉNDOSE LA CUANTIFICACIÓN A LA VÍA DEL ART. 378 DEL CGP.

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL. FÍJANSE LOS HONORARIOS FICTOS EN 30 BPC.

NOTIFÍQUESE A DOMICILIO, PUBLÍQUESE Y, OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

DRA. ELENA MARTÍNEZ
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. TABARÉ SOSA AGUIRRE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JOHN PÉREZ BRIGNANI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. DORIS MORALES
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. GABRIELA FIGUEROA DACASTO
SECRETARIA LETRADA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

