Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

------ En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los _15___ días del mes de mayo del año dos mil trece, reunida en Acuerdo la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia con la Presidencia a cargo del Dr. Daniel Luis Caneo y asistencia de los Dres. José Luis Pasutti y Fernando S. L. Royer, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"R., M. c/ Honorable Concejo Deliberante de Representantes de Comodoro Rivadavia y otro s/ Ordinario"** (Expte. Nº 22.663-R-2012), y teniendo en cuenta el sorteo practicado a fs. 667, de conformidad con las Acordadas N° 3.202 y 3.204, y lo dispuesto a fs. 668, correspondió el siguiente orden para la emisión de los votos: Dres. Pasutti, Royer y Caneo.----------

------ Acto seguido, se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es procedente el Recurso de Casación? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------ **A la primera cuestión el Dr. Pasutti dijo**:----------

------ **I.- ANTECEDENTES. EL RECURSO. SU TRÁMITE**.----------

///

------ I.1.a.- El Juez de primera instancia condenó a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia a reincorporar a M. S. R. en el mismo cargo, categoría y servicio activo de planta permanente que ostentaba al 1° de Agosto de 1996 (último pedido de licencia sin goce de haberes) y a pagarle los salarios caídos desde la fecha de solicitud de su incorporación (2 de septiembre de 2002) hasta que ella se haga efectiva. Rechazó el rubro daño moral. Impuso las costas a la demandada y reguló honorarios (fs. 399/403 vta.).----------

---

------ I.1.b.- La Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia rechazó el recurso interpuesto por la demandada y confirmó la sentencia apelada (fs. 472/476).----------

---

------ I.1.c.- A fs. 600/618 vta. la Municipalidad demandada interpuso casación contra éste último pronunciamiento por considerarlo arbitrario (art. 291, inc. "e" del CPCC).----------

---

------ Individualizó el objeto de su presentación, puntualizó la satisfacción de requisitos formales, argumentó sobre la definitividad de lo decidido y efectuó una reseña de la causa (fs. 600/613).----------

---

------ Precisó impugnar la aplicación del art. 19 de la Resolución Nro.

///

139/91 como fundamento del resarcimiento consistente en “abonar salarios caídos”. Dijo que lo que desea que se anule es el fundamento de la Cámara respecto del resarcimiento indemnizatorio. Pidió se case la sentencia y se nulifique lo que es materia de agravio (fs. 613 6to. párr. / 613 vta. 3er. párr.).----------

------ Afirmó que el fallo violenta los arts. 17, 18 y 33 de la CN. Alegó que las sentencias de las dos instancias previas son arbitrarias por carecer de fundamento jurídico que sustente la decisión (fs. 613 vta. 4to. párr. /615 2do. párr.).----------

------ Individualizó dos agravios: 1) Falsa elección de la norma y su inaplicabilidad. 2) El reconocimiento a la actora de los salarios caídos por funciones no desempeñadas.----------

------ En primer lugar invocó que la Resolución Nro. 139/91 fue derogada por la Ordenanza Nro. 5164/94 en Junio de 1994, por lo que el fundamento normativo del fallo y del resarcimiento económico violan la ley. Señaló que en el año 2002, cuando la actora solicitó reincorporarse, estaba vigente la Ordenanza 5164/94, por lo que la fundamentación del decisorio es nula. Argumentó que debe aplicarse el

Estatuto y Escalafón del Empleado Municipal aprobado por Ordenanza Nro. 6418/97, el que nada dice sobre abonar salarios caídos. Concluyó que no corresponde condenar a abonarlos puesto que no existe norma vigente que lo indique (fs. 615 5to. párr./617 2do. párr.).----------

------ Luego, en su segundo agravio, con cita de la CSJN, sostuvo que no corresponde como regla el pago de remuneraciones por funciones no desempeñadas durante el período que media entre la separación del cargo y la reincorporación, salvo disposición legal expresa y específica en contrario. Insistió en que la sentencia se fundó en una disposición derogada y en que el plexo normativo vigente y aplicable no contiene ninguna disposición expresa que prevea el pago de salarios caídos (fs. 617 3er. párr./vta.).----------

------ Reservó caso federal.----------

------ Solicitó se case la sentencia en cuanto fue materia de agravios, con costas.----------

------ I. 2.- Puestos los autos por este Superior Tribunal a disposición de las partes conforme lo exige el art. 296 de la Ley XIII, N° 5 (fs. 656/vta.), se presentó a fs. 659/661 vta. la actora y solicitó se

///

rechacen los agravios de la demandada y se confirme la sentencia recurrida, con expresa imposición de costas. Reservó caso federal.----------

------ I.3.- A fs. 664/665 emitió dictamen el Sr. Procurador General. Consideró que la crítica es acertada en cuanto a que la sentencia se fundó en una norma sin vigencia, lo que invalida la decisión. Opinó que, sin embargo, la situación es peculiar pues, si bien la justificación fue incorrecta, la resolución fue jurídicamente acertada en consonancia con el criterio de esta Sala (SD N° 17/SCA/2012). Señaló que en ese punto la queja es deficitaria. Dijo que la ausencia de regulación normativa expresa no es óbice para admitir la demanda de indemnización si se ponen en juego principios generales de la teoría de la responsabilidad y la reparación de los daños generados por el acto ilícito. Puntualizó que la casacionista no mantuvo el agravio sobre la extensión de la indemnización que planteó al apelar ante la Cámara, por lo que no corresponde ingresar en consideraciones al respecto. Concluyó que los agravios son insuficientes para dejar sin efecto la condena al pago de la indemnización resuelta en primera instancia.----------

------ **II.- ANÁLISIS**.----------

------ II.1.- Previo a ingresar en el estudio de la cuestión de fondo es necesario explicitar el límite impuesto por el recurso a la intervención de este Tribunal.----------

------ II.1.A.- La primer restricción al conocimiento está dada por la causal escogida y los efectos previstos por el código adjetivo para la hipótesis de que resulte procedente.----------

------ En efecto, el art. 299 del CPCC establece que "cuando el Superior Tribunal de Justicia estimare que la sentencia impugnada ha violado o aplicado falsa o erróneamente la ley o doctrina legal, con relación a la jurisprudencia invocada, declarará el recurso, casará la sentencia y resolverá el caso, conforme a la ley y a la doctrina cuya aplicación se declare. Si considera procedente el recurso por quebrantamiento de forma, declarará la nulidad y dispondrá que los respectivos subrogantes legales del Tribunal que la consumó sustancien el proceso o dicten sentencia según corresponda".----------

------ En este orden de ideas quiero precisar que, si bien no resulta clara la petición del recurrente debido al contraste entre el pto. 5 del petitorio (fs. 618/vta.) y lo manifestado a fs. 613 vta. 2do. y 3er. párr., es inequívoco que la causal invocada fue la del art. 291, inc. "e", del CPCC. Ello así, de ser favorablemente acogida, la solución no podrá

///

anular la sentencia de Cámara, sino que deberá resolver el caso conforme a la ley.----------

------ II.1.B.- El segundo límite es el de los agravios expuestos, el que constituye una manifestación del principio dispositivo en sentido material.---

------ Ya señalé que las potestades decisorias de la Alzada sufren una doble restricción: la que resulta de la relación procesal –traba de la litis- y la que el apelante voluntariamente imponga a través del escrito de interposición del recurso y la expresión de agravios. Ninguna parcela del decisorio recurrido se podrá revisar si la impugnación no está contenida en estos últimos actos procesales, el órgano de apelación incurrirá en incongruencia si juzga cuestiones no propuestas o consentidas al apelar o al exponer los agravios (SD N° 08/SRE/10, 09/SRE/07 y sus citas).------

------ Si el tribunal de alzada no respeta tal límite y se pronuncia más allá de lo permitido, la sentencia respectiva resulta incongruente y vulnera las garantías constitucionales de defensa en juicio y del derecho de propiedad (Roberto G. Loutayf Ranea, “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, t. 1, p. 84 y ssgts., ver también SD N° 08/SRE/10 y sus citas).----------
---

------ Ello así, identificar dicho límite exige mirar los pasos ya transitados en el curso del proceso. En lo que sigue, detallaré exclusivamente las circunstancias relevantes para demarcar el alcance de nuestra actual y concreta facultad de juzgar.----------

------ La Sra. Mónica Rivas promovió demanda contra la Municipalidad de Comodoro Rivadavia con el objeto de que: 1) se condene a reponerla en el cargo que ejercía al momento de su adscripción a la fundación "Acá Estamos"; 2) se haga lugar a los ***daños y perjuicios*** que la demora en reintegrarla le produjeron, incluido el daño moral; 3) subsidiariamente se le abone en concepto de daños y perjuicios una indemnización integral equivalente a la suma de todos los sueldos que debiera percibir desde la fecha del pedido de reincorporación hasta que cumpla la edad jubilatoria; 4) se condene al Estado Municipal a que pague todas las cargas sociales que correspondan y se la autorice a efectuar los aportes previsionales (fs. 29/33).----------

------ Al contestar la demanda la Municipalidad solicitó el rechazo de la pretensión en todas sus partes. Argumentó que la relación de empleo se había extinguido y calificó de infundado y carente de sustento fáctico y jurídico al reclamo resarcitorio de la actora (fs. 89/97).----------

///

------ El Juez de primera instancia hizo lugar a la demanda. Al definir el objeto de la pretensión señaló que la actora solicitaba la inmediata reincorporación, los ***daños y perjuicios*** por la demora en integrarla al servicio y ***daño moral***. Con fundamento en los hechos invocados y no discutidos, las circunstancias acreditadas por la prueba producida, la actitud de la demandada, la inexistencia de acto administrativo de adscripción ni de desvinculación y la estabilidad del empleado público consagrada por el art. 14 bis de la CN, acogió el reclamo de reincorporación. En el análisis del ***monto resarcitorio*** (fs. 402 vta., ap. 10) remitió al establecido por el perito a fs. 197, Anexo II. Por su parte, al analizar el ***daño moral***, advirtió que la ***indemnización por el daño producido*** ante el incumplimiento contractual tiene carácter reparador y dijo que no se probó en la especie sufrimiento, lesión y/o padecimiento susceptible de causar una minoración en la subjetividad de la persona o una alteración disvaliosa del espíritu, por lo que desestimó este rubro.----

------ Al fallar condenó a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia a reincorporar a la actora y a pagar los salarios caídos desde la fecha de solicitud de su reincorporación hasta que ella se haga efectiva. Rechazó el rubro daño moral. Impuso las costas a la demandada y reguló honorarios.-

------ Abro un paréntesis en el relato para dejar en claro que tengo para mí que el Juez de primera instancia, a pesar de los términos escogidos en la parte resolutiva –salarios caídos-, condenó al pago de una indemnización por daños y perjuicios equivalente al monto de los salarios no percibidos entre la fecha de solicitud de su incorporación hasta que ella se haga efectiva.----------

------ Ello, por dos órdenes de razones. En primer lugar, no puede entenderse que la condena fue en concepto de salarios caídos porque fue clara la actora al definir el objeto de su demanda. El escrito introductorio refiere en toda su extensión al pago de daños y perjuicios y, por aplicación de los principios dispositivo y de congruencia, ese era el límite que ataba al Juez de primera instancia. En segundo lugar, en consonancia con tal límite, el análisis efectuado en el ap. 10) de los considerandos de la sentencia refiere expresamente a *monto resarcitorio* e *indemnización por el daño producido* y no al concepto diametralmente diferente de salarios caídos.--

------ En síntesis, el Juez de primera instancia condenó a que se haga efectiva la reincorporación de la actora y al pago de una indemnización por daños y perjuicios equivalente a los salarios no percibidos por el período individualizado. La sanción pecuniaria no tuvo como fundamento, ni podía tenerlo, el reconocimiento de los salarios caídos.----------

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

------ La demandada apeló esa decisión. Centró su crítica en dos cuestionamientos: a) Indebida indemnización del agente – Morigeración por no cumplir labores y sin efectiva prestación de servicios. En muy apretada síntesis, con diversos argumentos cuestionó la procedencia del pago de salarios caídos, sostuvo que la actora no justificó el importe solicitado y planteó que, en su caso, correspondía morigerar el monto fijado. Solicitó se rechace la pretensión indemnizatoria o se la morigere disminuyéndola en un 50 %. b) Imposición de costas íntegramente a su parte frente al rechazo del daño moral (fs. 443/456 vta.).----------

------ Ello así, consintió la condena a reincoporar en el cargo a la actora y se limitó a cuestionar el monto que se le impuso abonar.----------

------ La Alzada desestimó los agravios introducidos. El Dr. Nahuelanca señaló que la Cámara se pronunció en varios precedentes por la indemnización porcentual y advirtió que en nuevos fallos de la CSJN existiría un giro al reconocimiento del art. 14 bis, CN, como comprensivo de la estabilidad propia de ineludible cumplimiento y de *pleno resarcimiento*. Argumentó que la solución era sencilla pues la propia administración estableció la plena operatividad de la estabilidad (art. 19, Resolución N° 139/91). Afirmó que la norma equivalía a la “traducción administrativa del concepto indemnizatorio

///

de la común definición judicial salarios caídos". Concluyó que frente a tal norma especial la tesitura de la demandada resultaba inadmisible (fs. 474/vta.). Por su parte, el Dr. Alexandre sostuvo que consentida la reincorporación de la actora sus consecuencias quedan comprendidas en lo dispuesto por el art. 19 de la Resolución N° 139/91 e invocó la aplicación de la doctrina de los actos propios (fs. 475 vta.).----------
---

------ Finalmente, al recurrir en casación la demandada impuso un límite muy estrecho a su planteo (fs. 613/617 vta.). Su impugnación se limitó a cuestionar la aplicación del art. 19 de la Resolución N° 139/91 como fundamento del resarcimiento consistente en abonar "salarios caídos". Subrayó que esa Resolución fue derogada en el mes de Junio de 1994. Dijo que la norma vigente nada dice sobre el pago de salarios caídos, lo que excluye su condena. Insistió en que no corresponde el pago de remuneraciones por funciones no desempeñadas. Abandonó en esta instancia el agravio que había llevado a la Cámara referido a la morigeración de la indemnización reconocida.----------

------ En consecuencia, la intervención de este Tribunal se limita a: 1) establecer si es o no arbitrario el fundamento normativo esgrimido por la Cámara, 2) definir si existen o no razones que sostengan la condena al pago de una indemnización por daños y perjuicios.----------
---

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

------ III.- Antes de ingresar en ese análisis quiero explicitar que ni siquiera la vía de la apelación implícita me habilita a considerar el planteo de morigeración de la indemnización reconocida.----------

------ Es que, esta abarca el supuesto de planteos, defensas, argumentos o motivos oportunamente introducidos por el vencedor y que fueron rechazados por la sentencia de primera instancia o no considerados por tal decisión. Comprende planteos realizados por la parte que resulta vencedora por lo que no puede apelar la sentencia que le fue favorable por carecer de interés para hacerlo. Todo depende de que la parte tenga o no la posibilidad de apelar; una cuestión queda definitivamente juzgada cuando, existiendo posibilidad de impugnarla por el perjudicado, no lo hace, con lo que precluye el derecho de hacerlo con posterioridad (Roberto G. Loutayf Ranea, “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, t. 1, p. 141 y ssgts.).----------

------ Y, en el caso, la morigeración de la indemnización es un planteo que corresponde a la demandada vencida recurrente y no a la actora vencedora. Es la vencida quien interpuso el recurso extraordinario de casación y decidió no someter la cuestión al conocimiento de este Tribunal, tuvo la posibilidad de recurrir y recurrió y al hacerlo dejó de lado cuestiones que introdujo en el recurso de apelación ordinaria. Ello

obsta a su análisis por parte de este Superior Tribunal.----------
---

------ IV.- Dicho eso adelanto que, tal como lo plantea la recurrente y opina el Procurador General, el fundamento utilizado por los jueces de Cámara al fallar es arbitrario pues se trata de una norma derogada.--------

------ Ambos Camaristas fundaron su voto en el art. 19 de la Resolución N° 139/91. El Dr. Nahuelanca puntualizó que la norma se encontraba agregada "a fs. 48/80, del Expte. N° 8753 Letra "R" año 2003 – Iniciador: R.; M. – Extracto: Ref. Inicia reclamación resarcitoria previa" (fs. 474, último párrafo). Por su parte, el Dr. Alexandre remitió al "Expte. Adm. N° 8753/R/2003, fs. Refoliada 55" (fs. 475 vta. segundo párrafo).-

------ Tengo a la vista el mencionado expediente y lo que los Sres. Jueces de Cámara no advirtieron es que el estatuto del personal perteneciente al Concejo Deliberante que la Sra. Asesora Letrada del Municipio pidió agregar fue el "que regía *con anterioridad* al actual" (fs. 45, Nota N° 521/05) y que fue respondiendo a ese pedido que la Asesora Letrada del Concejo Deliberante adjuntó "copia de La Resolución N° 139/91, que fuera *el anterior estatuto del personal...*" (fs. 47). Lo mismo informó el Sr. Presidente Provisorio del Concejo Deliberante a fs. 81, quien dirigió una nota al Sr. Intendente Municipal a fin de remitir copia de la Resolución N° 139/91 "que fuera *el anterior estatuto del personal*

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

perteneciente al Concejo Deliberante" (Nota N° 192/05).----------
---

------ Sumo a ello que tuve acceso a la Ordenanza N° 5164/94 y, tal como lo afirma el propio Municipio, su art. 2° dispone: "Derógase la Resolución N° 139/91 de este HCR y toda otra disposición que se oponga a la presente".----------
---

------ Es sabido que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte Suprema o a los Superiores Tribunales de Provincia en una tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales según la divergencia del apelante con respecto a la inteligencia que los jueces de la causa asignen a los hechos y a las leyes comunes. Su aplicación debe quedar reservada para aquellos supuestos en que una total carencia de fundamentos o el apartamiento injustificado de la solución legal prevista para el caso convierten al pronunciamiento en un mero acto de voluntad, incompatible con la exigencia del adecuado servicio de la justicia que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional (CSJN, 01/10/1985, "Talento Amato, Miguel A. y otro c. Cutrin de Talento Amato, Elsa y otros", LL 1986-B-569, AR/JUR/1537/1985).----------

///

------ Esta doctrina es comprensiva de diversos supuestos “normativos” y “fácticos”. La violación de la ley por carencia de fundamentación en derecho, por aplicación errónea o equivocada del precepto, por desconocimiento de la regla aplicable, conforman –entre otros-, los primeros (STJCh., SI 60/SRE/11, 100/SRE/10).----------

------ Ello así, el hecho de que la sentencia cuestionada carezca de fundamento normativo vigente ya que la decisión se basó, centralmente en el primer voto y exclusivamente en el segundo, en la aplicación de una resolución municipal derogada, configura el vicio de arbitrariedad normativa que se le endilga al fallo cuestionado. **ASÍ LO VOTO**.----------

------ V.- A esta altura del análisis lo que resta definir es si existen o no razones que sostengan la condena al pago de la indemnización por daños y perjuicios decidida por el Juez de primera instancia.----------

------ En un pronunciamiento reciente, SD 17/SCA/2012, analicé la diferencia entre el reclamo del pago de salarios caídos y el de la indemnización de daños derivada de los principios y normas que rigen la responsabilidad del Estado.----------

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

------ Siguiendo doctrina de la CSJN dije que la pretensión de salarios caídos debía desecharse ya que *"No corresponde el pago de salarios caídos por funciones no desempeñadas a los agentes públicos durante el lapso que media entre su separación ilegítima y su reincorporación"*.----------

------ Sin embargo, advertí que no cabe aplicar este criterio "automáticamente", con desentendimiento del caso concreto. Es que hay casos en que frente a una cesantía declarada nula se interpretó que *"… cuando la falta de prestación de servicios no resulta imputable al agente, sí procede el pago de los salarios dejados de percibir...la declaración judicial de nulidad de la cesantía tiene efecto retroactivo al momento de emisión del acto revocado…por lo que al retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban con anterioridad al acto declarado ilegítimo, debe compensarse el detrimento patrimonial del empleado estatal mediante el pago de la totalidad de los salarios caídos, desde la baja de la Administración hasta su reincorporación"* (ver cita de Fallos: 321:635 y de SD Nº 4/SCA/07). Además, en muchos otros casos se añadió a la regla "*salvo disposición en contrario o que aquellos acrediten el perjuicio sufrido que haga procedente la responsabilidad de la administración"* (confr. Fallos: 302:1544; 304:1459 y 307:1889).----------

------ Las soluciones dependen -entre otras cosas- de la forma de pedir. Quien sufrió una baja que considera ilegítima, cuya nulidad solicita

///

declare el Poder Judicial, puede pedir: a) salarios caídos amparado en sus efectos *ex tunc*, o b) reparación por el daño material que suele fincar en el monto de salarios dejados de percibir. Y hasta puede solicitar daño moral.----

------ Lo cierto es que en el presente trámite la actora fue clara en su pretensión de ser resarcida por los daños y perjuicios que la demora en ser reintegrada al servicio le produjeron (ver fs. 29/33, en especial aps. 4 y 5). No formó parte de su pretensión el reclamo del pago de salarios caídos.----------

------ De cualquier forma, aún cuando lo hubiera hecho y de modo subsidiario hubiera demandado la indemnización de los daños y perjuicios producidos, como dije en SD 17/SCA/2012, la improcedencia del pago del "salario caído" nunca excluye el derecho al cobro de una suma que resarza adecuadamente los perjuicios efectivamente sufridos con motivo del cese ilícito anulado (ver sus citas: CNCAF en "Vidal Castro..." del 6/8/87, "Sandez..." del 22/12/98, "Borgo..." del 11/2/99, CNac.Civ. Sala B – 10/4/95 "Tagacoff...").----------

------ Los maestros GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, luego de señalar que la responsabilidad de la Administración se formula como una responsabilidad directa, afirman que el fundamento del sistema está en la protección y garantía del patrimonio de la víctima,

///

que debe preservarse frente a todo daño no buscado, no querido, ni merecido por la persona lesionada que, sin embargo, resulte de la acción administrativa. La responsabilidad descansa sobre un hecho jurídico (o, también, acto jurídico) que ocasiona residual o incidentalmente un daño a un patrimonio privado, que éste no tiene el deber jurídico de soportar, daño que es preciso reparar tanto si se debe a una actuación ilícita o anormal, como a un actuar normal y lícito de la Administración, distinciones todas ellas que carecen de relieve desde el punto de vista del sujeto dañado (García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, "Curso de Derecho Administrativo II", La Ley, 1ra. Edición, pág. 375 y ssgts.).----------

------ La responsabilidad pasa así a convertirse en un mecanismo que se pone en funcionamiento sólo si y en la medida en que se haya producido una lesión patrimonial en sentido propio a resultas de la acción u omisión de la Administración. Constituye "lesión resarcible" aquella que la persona que la sufre no tiene el deber jurídico de soportar. Este concepto técnico requiere un *perjuicio patrimonial* evaluable, *ausencias de causa de justificación* y posibilidad de *imputación* del mismo a la Administración (García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, Op. y t. cit. pág. 378 y ssgts.).----------
---

///

------ Ya dije que estos supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración se rigen por las normas comunes de imputación del daño y su reparación, esto es, por las normas civiles (SD 17/SCA/2012 y sus citas). Así, en aplicación analógica al igual que en el orden nacional se viene resolviendo, lo que en numerosos pronunciamientos este Tribunal ha puesto de relieve (vg. SD Nº 4/SCA/96, 1 y 6/SCA/97, 9/SCA/98, 2, 3, 5, 7, 9, 11 y 19/SCA/99, 14/SRE/99, 5 y 6/SCA/02, 4/SCA/03, 1 y 3/SCA/05, 3/SROE/05, 16/SCA/06, 4/SCA/07). Lo contrario sería admitir lisa y llanamente la irresponsabilidad del Estado por sus actos irregulares dañosos, criterio alguna vez sostenido, hoy absolutamente superado.------

------ Por otra parte, en el orden provincial la Ley I-Nº18 (antes Dto. Ley Nº 920) en su art. 97, en confusa redacción, si bien niega "indemnización" cuando una norma no la ha contemplado, habilita el pago de daños cuando se dan sus presupuestos. Así lo afirmé en mi voto en SD Nº 4/SCA/07 y lo extiendo al caso aún cuando el allí resuelto difiere notoriamente de éste, pues la propia Administración había reconocido su ilícito, reinstalando al agente con retroactividad.--
---

------ Lo cierto es que en autos el Juez de primera instancia, con o sin fundamentos suficientes, concluyó que la situación generada por el Estado Municipal constituía un hecho lesivo que lo obligaba a abonar un resarcimiento y determinó las pautas para fijar su monto (ver fs. 399/403vta.). No debe olvidarse que, reclamado el pago de una

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

indemnización por daños y perjuicios, una vez comprobada su procedencia, por imperativo legal corresponde al Juez fijar el importe del crédito o de los perjuicios reclamados aunque no resultare justificado su monto (art. 167, último párrafo, CPCC) y, en el caso, el Juez optó por fijarlo en un monto equivalente a los salarios dejados de percibir.----------

------ Y, la demandada no cuestionó esa decisión por entender que no estaban satisfechos los extremos exigidos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración (ver fs. 443/456 vta. y fs. 600/618 vta.).----------

------ Ello así, quedó firme la condena a reincorporar a la actora en su empleo, lo que implica que la negativa a hacerlo fue ilegítima e infundada y que, como consecuencia lógica, deba resarcírsela por los daños que le ocasionó la demandada. Así fue dispuesto por el Juez de primera instancia.---

------ Y, si bien los fundamentos de la Cámara no son válidos para sostener la condena, ya puntualicé que hay muchas otras razones en las que se sostiene la obligación del Estado de responder por los daños que genera en el desarrollo de sus funciones.----------

///

------ Ya dije que debe presumirse como corolario natural que la pérdida del empleo, y con ello del salario y beneficios sociales, es un perjuicio que por su evidencia no requiere mayor prueba. *In re* "Sandez...", insistido en "Borgo…" -el voto del Dr. Argenio, de la Sala III de la CNFCA- expresa: *"...no es óbice la ausencia de prueba, porque existen hechos que por su sola producción acarrean la prueba del perjuicio jugando como presunción hominis.* ***Así ocurre con la nulidad del acto separativo, pues de él deriva la imposibilidad de desempeñar la función y cobrar los emolumentos propios de la relación irregularmente interrumpida, así como la privación de los beneficios previsionales y asistenciales…"*** (SD 17/SCA/2012).-------

------ Y, habiendo arribado a este punto debo detener mi análisis.----------

------ Como consecuencia de todo lo expuesto concluyo que corresponde casar parcialmente, en lo que fuera materia de agravio, la sentencia de Cámara de fs. 472/476 y confirmar, por las razones aquí dadas, la condena resuelta por el Juez de primera instancia. **ASÍ LO VOTO**.----------

------ VI.- Atento a que el modo en que se resuelve no altera el resultado al que había arribado la sentencia cuestionada corresponde mantener su punto 2), imposición de costas y regulación de

///

honorarios por las tareas en la Alzada. **ASÍ LO VOTO**.----------

---

------ Las costas por la intervención ante este Tribunal han de imponerse en el orden causado. Es que, si bien el recurso prospera no modifica en nada el resultado final del pleito (art. 69, 2do. párr. CPCC). **ASÍ LO VOTO**.----------

---

------ Por último, en lo que respecta a los honorarios por la intervención en esta instancia, en mérito a la extensión, calidad, eficacia y resultado de la labor profesional cumplida, considero que corresponde establecer los correspondientes al Dr. Oscar Herrera, letrado apoderado de la demandada, en un 30 % de los que a favor de la representación letrada de dicha parte fueran regulados por su intervención en primera instancia, y los correspondientes a los Dres. S. M. M., A. H. B. y P. L. G., letrados apoderados de la actora, en conjunto, también en un 30 % de los que les fueran regulados a la representación letrada de ésta última parte por su intervención en primera instancia (art. 13, Ley XIII, N° 4). **ASÍ LO VOTO**.----------

---

------ Todos los porcentajes fijados siempre que el importe que resulte no sea inferior al mínimo legal de ocho (8) Jus (art. 7 de la Ley XIII

Nº 4, modificada por Ley XIII Nº 15) y con más el IVA si correspondiera.------

------ **A la misma primera cuestión el Dr. Royer dijo**:----------

------ 1.- Concuerdo con el detalle de antecedentes de la causa que efectuó el Dr. Pasutti. Fundado en razones de celeridad y economía procesal remito a su lectura.----------

------ 2.- Dictar sentencia exige precisar el límite de nuestra intervención. Y, si bien ello es así en todo trámite, coincido con el colega pre-votante en que en el presente resulta conveniente explicitar con claridad los puntos específicos sobre los que fue habilitada.----------

------ Tenemos dicho que en el sistema procesal de la Provincia rige el principio de plenitud de la jurisdicción dentro de los límites de los agravios (*tantum devolutum quantum apelatum*), esto es: "debe el Tribunal *ad quem* ceñirse a los puntos objetados, pero dentro de ellos tiene amplias facultades, iguales a las que sobre la materia tenía el *a quo*..." (STJ SD N° 6/SRE/1997 y su cita SI N° 141/95).----------

------ También dijimos que "aún ante el silencio de la ley, la doctrina y

///

la jurisprudencia están contestes en sostener que la alzada asume competencia plena sobre todo el material litigioso, de manera que, necesariamente y para salvaguardar el *derecho de defensa de la apelada*, ha de considerar todas las postulaciones que ésta sostuvo y no trató el inferior...o las que trató y desestimó..." (STJ SD N° 6/SRE/1997 y sus citas).----------

------ Enseña Rivas que de esta forma, mediando *recurso de la contraria*, el superior tiene amplias posibilidades de pronunciarse en todo aquello que el *a quo* dejó de lado, no por omisión material o inadvertencia, pues ello hace a la aclaratoria por vía de apelación, sino a lo que hubiese constituido una decisión abstracta, por no tener trascendencia sobre el fallo atento el sentido del mismo. No solamente eso sino que la segunda instancia debe tener en cuenta las *razones que esgrimió el apelado* y fueron tratadas y rechazadas dentro de un pronunciamiento que en definitiva le otorgó la victoria, motivo por el que vio satisfecho su interés (Adolfo A. Rivas, "Tratado de los Recursos Ordinarios", Ed. Abaco, Buenos Aires, 1991, t. 2, p. 870).----------

------ La actuación de la alzada está sujeta a diversos presupuestos: "a) Planteamiento del recurso de apelación por la perdedora. b) Imposibilidad de recurrir por la vencedora, como consecuencia de su victoria y por ende de su falta de interés por obtener la modificatoria del fallo. c)

Necesidad de que las *cuestiones que integran la postura de la vencedora* en la instancia inferior hayan sido deducidas ante el *a quo*. d) Inexistencia de consentimiento con respecto al pronunciamiento recurrido o a las cuestiones que la alzada podría revisar" (Adolfo A. Rivas, op. y t. cit., p. 871).--------

------ Queda claro entonces que las cuestiones cuyo tratamiento habilita la apelación o adhesión implícita son puntos traídos al proceso por el apelado-vencedor y no por el apelante-vencido. El instituto habilita y exige evaluar argumentos que son la contracara de postulaciones del apelante, no planteos del propio apelante que decidió no traer a esta nueva instancia. La alzada debe avocarse a resolver las cuestiones esgrimidas por el vencedor en tanto no se las puede considerar consentidas, y/o los argumentos que pudieran hacer a las que articulara el apelante en su intento de conmover el fallo (Adolfo A. Rivas, op. y t. cit., p. 873).--------

------ Ello así, un examen de lo planteado, resuelto y cuestionado en el curso del proceso evidencia que:----------

------ a) La demanda tuvo por objeto la reposición en el cargo de la actora y el pago de los daños y perjuicios generados por la negativa a hacerlo (ver fs. 29/33). No se reclamó el pago de salarios caídos sino de los daños y perjuicios que generara la indebida privación de los mismos.----------

///

------ b) La sentencia de primera instancia condenó a la demandada a reincorporar a la actora en su cargo y a abonar los salarios caídos desde el 02/09/02 hasta que ella se haga efectiva (fs. 399/403).----------

------ En este punto, coincido con el colega pre-votante en que el *a quo* utilizó equivocadamente el término salarios caídos cuando en realidad lo que fijó fue un resarcimiento por los daños y perjuicios provocados equivalente a las remuneraciones no percibidas. La reseña de la pretensión que efectuó la sentencia de primera instancia (fs. 399), la mención específica de "monto resarcitorio" en el ap. 10) de los considerandos y el rechazo del rubro daño moral (fs. 402 vta.), evidencian tal aserto.---

------ Por lo demás, no podía el Juez condenar al pago de lo que no fue pretendido pues excede su facultad de aplicar el derecho con independencia de lo alegado por las parte –*iura novit curia*-, importa la violación del principio de congruencia consagrado por el art. 165, inc. 6° del CPCC y conculca el derecho de defensa de la accionada.----------

------ Es más, coincidió la demandada con esta interpretación. Nótese que a fs. 447 último párrafo afirmó: "Es manifiesta la extrañeza atribuida

al cobro de sueldos o de salarios caídos, sin fundamento normativo alguno, como *concepto indemnizatorio* otorgado por el *a quo*...” y a fs. 453, 2do. párrafo solicitó el rechazo de “la pretensión indemnizatoria acogida por el a quo” o su disminución.----------

------ c) El recurso de la demandada (fs. 405 y 443/456 vta.) no cuestionó la condena a reincorporar a la actora en el mismo cargo, categoría y servicio activo de planta permanente que ostentaba al 1° de Agosto de 1996. Esta porción quedó firme por haber sido consentida.----------

------ Esgrimió la apelante dos agravios, uno referido a la imposición de costas, el que ninguna trascendencia posee respecto de la casación en estudio, y otro titulado “Indebida Indemnización del Agente – Morigeración por no cumplir labores y sin efectiva prestación de servicios”. En éste último cuestionó la procedencia del pago de salarios caídos, requirió la morigeración de la indemnización, planteó que a la luz de los hechos “le correspondería percibir al actor en concepto de daño material, un monto equivalente por lo menos al cincuenta por ciento (50 %) de las remuneraciones brutas dejadas de percibir desde que solicitó su incorporación y hasta la efectiva reincorporación” (fs. 448, 3er. párr.), sostuvo que era injusta la indemnización otorgada, que representaba un enriquecimiento sin causa y que afectaba su derecho de propiedad. Planteó también que la actora no justificó el importe indemnizatorio solicitado y que

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

tampoco lo hizo el *a quo*. Solicitó el rechazo de la pretensión indemnizatoria acogida o su disminución en un 50 %.----------

------ d) La Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia rechazó el recurso interpuesto (fs. 472/476). Sostuvo la condena en lo dispuesto por el art. 19 de la Resolución del Honorable Concejo Deliberante N° 139/91.----------

------ e) El recurso de casación de fs. 600/618 vta. se limitó a plantear la invalidez del fundamento utilizado. Denunció arbitrariedad normativa, sostuvo que “la elección efectuada por la Cámara para fundamentar su decisorio es nula, toda vez que se basa en una falsa elección de la ley aplicable al caso; la norma se encuentra derogada”. Argumentó que la norma vigente nada dice sobre abonar salarios caídos.----------

------ Ello así, mientras que el planteo ante la Cámara comprendía a la par del rechazo de la pretensión indemnizatoria acogida su disminución en un 50 %, al recurrir en casación se limitó el debate y se abandonó la solicitud de morigeración de la indemnización fijada.----------

------ En consecuencia, nuestra intervención ha de restringirse a establecer

si, firme la condena a reincorporar a la actora, existen razones sobre las que se pueda sostener la condena al pago de los daños y perjuicios generados por la demora en hacerlo. Si las hay, ninguna apreciación podremos efectuar sobre la extensión asignada a la indemnización reconocida. Así lo exige la debida protección de los derechos de defensa en juicio y de propiedad. **ASÍ LO VOTO**.----------

------ 3.- Dicho eso, adelanto que coincido con el Dr. Pasutti en que le asiste razón a la casacionista en la arbitrariedad que denuncia.----------

------ La sentencia dictada carece de fundamento normativo vigente, el único sostén común sobre el que se asienta es una Resolución Municipal derogada. En consecuencia, frente a su absoluta carencia de fundamentación, adolece el pronunciamiento recurrido de arbitrariedad normativa, por lo que corresponde a este Tribunal resolver el caso conforme a la ley y doctrina aplicable (art. 299, CPCC). **ASÍ LO VOTO**.----------

------ 4.- En el mismo precedente que cita el Dr. Pasutti, SD 17/SCA/12, me pronuncié sobre la diferencia que presentan los reclamos de pago de salarios caídos y de indemnización por daños y perjuicios y sostuve la pertinencia de la condena al Estado por los daños que su actividad genere.----

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

------ Respecto de los salarios caídos, dije que perdura el principio que enuncia que no cabe su pago por funciones no desempeñadas (ver también mi voto en SD Nº 03/SCA/12, "P…" y sus citas).----------

------ En lo que refiere a la indemnización, sostuve que correspondía hacer efectiva la responsabilidad del Estado, por los daños y perjuicios que el acto ilegítimo causó al actor. "La pérdida de su empleo, y por ende de la retribución que percibía es el primero...".----------

------ Para fundar mi posición cité un fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba que sostiene que "La anulación de un acto de la Administración crea a favor del administrado una presunción *juris tantum* favorable a la existencia de un perjuicio, pero no respecto de su medida. De ahí que el monto total de los sueldos dejados de percibir durante el lapso que duró la separación de funciones, no debe reputarse "necesariamente" como la medida del daño sufrido que tal acto produce *per se".*(.)… *"... No se trata de abonar servicios no prestados, sino de resarcir el daño ocasionado con el acto ilegítimo"* (SD 17/SCA/12 y sus citas).----------

------ Con anterioridad también dije que aún cuando la Ley específica no previera indemnización, la reparación por el perjuicio provocado es un derecho del administrado -vinculado por una relación legal o

///

contractual a la Administración que incumplió sus deberes- y una obligación de ésta que no puede desligarse de la responsabilidad consecuente por sus ilicitudes. Así emerge del art. 97 del Dto. Ley Nº 920 (SD N° 7/SCA/2007).-

------ Magistralmente lo dicen GARCÍA DE ENTERRIA y FERNANDEZ: "El efecto anulatorio de un acto administrativo previamente dictado y ejecutado puede garantizar el restablecimiento de la justicia cuando la Administración la ha conculcado con sus declaraciones y hechos previos. Tanta importancia como esa anulación tiene en la práctica la posibilidad de compensar mediante indemnizaciones los perjuicios que con normalidad se causan por las decisiones y ejecuciones previas de la Administración. Como lo decía HAURIOU en una fórmula simple: "que la Administración haga, pero que indemnice" esto es -explica GARCIA DE ENTERRIA- que indemnice si luego de haber actuado se declara por el juez de esa actuación previa ha sido ilegal...las dos principales teorías de Derecho Administrativo eran las del contencioso-administrativo y la de la responsabilidad de la Administración, únicos dos medios de contrarrestar eficazmente, en términos de justicia, el formidable privilegio de la Administración en la decisión y ejecuciones previas (SD N° 7/SCA/2007 y sus citas).----------
---

------ Ello así, en autos quedó firme la condena a reincorporar a la actora, lo que presupone la ilegitimidad de la negativa a hacerlo. Ello implica que la Sra. R. fue sujeto pasivo de una decisión ineficiente del

///

poder administrador, se vio privada de su trabajo, sin salario, sin poder gozar de los beneficios de obra social y sin aportes jubilatorios, lo que evidencia el daño generado por el accionar de la demandada y esto debe indemnizarse.---

------ Y, como ya dije, establecida la pertinencia de la indemnización nada corresponde analizar respecto al modo en que fuera cuantificado el daño.-----

------ En consecuencia, concuerdo con el Dr. Pasutti en que debe casarse parcialmente la sentencia recurrida y, con fundamento en las razones aquí desarrolladas, confirmar la condena al pago de la indemnización por daños y perjuicios resuelta por el Juez de primera instancia. **ASÍ LO VOTO**.----------

------ 5.- Coincido también con el colega pre-votante en que, dado que el modo en que se resuelve no modifica el resultado final del pleito, no corresponde adecuar el modo en que las costas fueran impuestas y los honorarios regulados por las instancias previas. Ello así, debe mantenerse lo decidido a fs. 476, ap. 2). **ASÍ LO VOTO**.----------

///

------ Sobre la base de la decisión a la que se arriba, la que arroja como resultado que prospere el recurso pero no varíe la condena dispuesta en primera instancia, las costas por la intervención ante este Tribunal deben imponerse en el orden causado (art. 69, 2do. párr., CPCC). **ASÍ LO VOTO**.----------

------ Los honorarios profesionales de los abogados que intervinieron ante esta instancia, teniendo en consideración las tareas cumplidas ante este Tribunal, el resultado obtenido y en virtud de lo dispuesto por el art. 13 de la Ley XIII, N° 4, deben regularse en los siguientes porcentajes: a favor del Dr. Oscar Herrera en un 30 % y a favor de los Dres. S. M. M., A. H. B. y P. L. G., en conjunto, también en un 30 %, ambos porcentajes a aplicar sobre la base individualizada por el Dr. Pasutti (honorarios regulados por la intervención en primera instancia a favor de la representación letrada de la parte actora y demandada, respectivamente). Ello sin perjuicio de la aplicación de los mínimos contemplados por el art. 7 de la Ley XIII, N° 4 y con más el IVA si correspondiera. **ASÍ LO VOTO**.----------

------ **A la segunda cuestión el Dr. Pasutti dijo**:----------

------ Tal como he votado la primera cuestión propongo al acuerdo: 1) CASAR PARCIALMENTE, en lo que fuera materia de agravio, la sentencia de Cámara de fs. 472/476 y confirmar, por las razones aquí

///

dadas, la condena resuelta por el Juez de primera instancia. 2) MANTENER lo decidido a fs. 476, ap. 2), respecto de la imposición de costas y regulación de honorarios por las tareas en la Alzada. 3) IMPONER las costas por la intervención ante este Tribunal en el orden causado (art. 69, 2do. párr. CPCC). 4) REGULAR los honorarios por la labor en esta instancia, del Dr. Oscar Herrera, letrado apoderado de la demandada, en un 30 % de los que a favor de la representación letrada de dicha parte fueran regulados por su intervención en primera instancia, y de los Dres. S. M. M., A. H. B. y P. L. G., letrados apoderados de la actora, en conjunto, también en un 30 % de los que les fueran regulados a la representación letrada de ésta última parte por su intervención en primera instancia (art. 13, Ley XIII, N° 4), todos los porcentajes fijados siempre que el importe que resulte no sea inferior al mínimo legal de ocho (8) Jus (art. 7 de la Ley XIII Nº 4, modificada por Ley XIII Nº 15) y con más el IVA si correspondiera.----------

------ **A la segunda cuestión el Dr. Royer dijo**:----------

------ Tal como voté a la primera cuestión, concuerdo con la que propiciara el Dr. Pasutti.----------

///

------ Con lo que se dio por terminado el acto. Se deja constancia que la presente se dicta con dos miembros de la Sala Civil, por haberse obtenido la mayoría y por encontrarse el Sr. Ministro Dr. Daniel Luis Caneo, en uso de licencia (art. 28 de la Ley V N° 3 y lo dispuesto en el punto 4° última parte del Acuerdo N° 3204). Se acuerda dictar la siguiente:--

---------- **S E N T E N C I A** ----------

------ 1º) **CASAR PARCIALMENTE**, en lo que fuera materia de agravio, la sentencia de Cámara de fs. 472/476 y confirmar, por las razones aquí dadas, la condena resuelta por el Juez de primera instancia.----------

------ 2°) **MANTENER** lo decidido a fs. 476, ap. 2), respecto de la imposición de costas y regulación de honorarios por las tareas en la Alzada.----------

------ 3°) **IMPONER** las costas por la intervención ante este Tribunal en el orden causado (art. 69, 2do. párr. CPCC).----------

------ 4°) **REGULAR** los honorarios por la labor en esta instancia, del Dr. Oscar Herrera, letrado apoderado de la demandada, en un 30 %

///

de los que a favor de la representación letrada de dicha parte fueran regulados por su intervención en primera instancia, y de los Dres. S. M. M., A. H. B. y P. L. G., letrados apoderados de la actora, en conjunto, también en un 30 % de los que les fueran regulados a la representación letrada de ésta última parte por su intervención en primera instancia (art. 13, Ley XIII, N° 4), todos los porcentajes fijados siempre que el importe que resulte no sea inferior al mínimo legal de ocho (8) Jus (art. 7 de la Ley XIII Nº 4, modificada por Ley XIII Nº 15) y con más el IVA si correspondiera.------

------ **5º) REGISTRESE**, notifíquese y oportunamente devuélvase.----------Fdo. Dres. José L. Pasutti; Fernando S. L. Royer.----------Recibida en secretaría el 17/05/2013.----------Registrada bajo el N° 19/SRE/2013. Conste.----------Fdo. Dra. Carmen Velez. Secretaria.----------