

//tencia No. 92

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE

Montevideo, veinte de abril de dos mil quince

**VISTOS:**

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: **"B. Y., T. C/ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES - REPARATORIO PATRIMONIAL POR RESPONSABILIDAD ADM. POR ACTO - CASACIÓN"**, IUE: 2-43718/2012, venidos a conocimiento de esta Corporación, por mérito al recurso de casación interpuesto por la parte demandada, contra la Sentencia SEF-0003-000058/2014, dictada el 23 de abril de 2014 por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno.

**RESULTANDO:**

1º) Que por la referida decisión se confirmó la sentencia recurrida, sin especial condena procesal en el grado, "...salvo en cuanto no amparó la pretensión reparatoria de lucro cesante, que se ampara en los términos expresados en (el) considerando VII y que deberá liquidarse por vía del art. 378 del Código General del Proceso..." (fs. 1369/1371 vto.).

Por su parte, el pronunciamiento de primer grado, Sentencia SEF-0109-000053/2013 dictada el 10 de setiembre de 2013 por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 1er. Turno, falló: "Acogiendo parcialmente la demanda y en su mérito, condenando al Estado-Ministerio de Relaciones

Exteriores a abonar al actor la suma de \$107.992 en concepto de daño material por sueldos no percibidos y la suma de U\$D5.000 en concepto de daño moral, con más los reajustes e intereses legales que correspondan en cada caso. Las costas y los costos en el orden causado..." (fs. 1290/1313).

2º) La representante del Ministerio de Relaciones Exteriores, dedujo recurso de casación de fs. 1374 a 1380, y luego de fundar su procedencia, señaló en síntesis:

- La sentencia incurre en error de derecho al entender que debe repararse a título de lucro cesante no sólo "la retribución por cuatro meses (de suspensión) sino de la correspondiente a dos años y nueve meses de servicios en el exterior".

Más adelante agrega que "entiende que la partida para gastos de representación integra la retribución y, en cambio, no la integra la partida para vivienda".

Si bien la Sala se expide en forma expresa en el punto, nada dice respecto a si debe aplicarse el coeficiente de Naciones Unidas al salario básico o no. Sin embargo, se entenderá que lo incluyó erróneamente ya que más adelante agrega que la condena recae sobre "la diferencia mensual entre el ingreso que cobraba en el exterior, incluyendo la partida para vivienda y lo que se le pagó estando en el país".

De acuerdo a las disposiciones legales vigentes que rigen el régimen de sueldos de los funcionarios diplomáticos que se encuentran destinados en el exterior (artículos 63 y 64 de la Ley No. 12.801) los mismos tienen un sueldo base ficto congelado (artículo 229 de la Ley No. 16.736) al que se le agregan los gastos de representación, aplicándose al monto total un coeficiente variable para cada país, que fija periódicamente el Poder Ejecutivo según datos proporcionados por la O.N.U. tomando en cuenta el costo de vida en la ciudad o país de destino. Ese "coeficiente" no tiene naturaleza jurídica salarial, pero su aplicación al sueldo base ficto determina, en cada caso en particular, cuál es el ingreso pecuniario que percibe cada funcionario en el país de destino.

- En consideración a las normas legales, la remuneración es la única que debe integrar el eventual lucro cesante correspondiente al Dr. Bocalandro, lo que daría un importe sustancialmente menor al reclamado y calculado en la demanda.

La aplicación del coeficiente compensa los costos necesarios para el desempeño de la tarea encomendada sin que el funcionario deba sacrificar o invertir para ello su salario o patrimonio. No pueden integrar el lucro cesante las partidas que son de carácter compensatorio, porque desde el momento en que el actor es adscripto y vuelve a Montevideo cesa el fundamento legal y fáctico de su percepción.

- Aun cuando se justificara una condena por lucro cesante, el monto de la misma al excluir el coeficiente aplicado al salario y a los gastos de representación, sería sustancialmente menor. El actor reclama a ese título de lucro cesante un total de U\$S392.571 (que hubiera cobrado de seguir en Italia) al que resta un total de U\$S43.647 cobrados en Montevideo. En cambio la no aplicación del coeficiente conforme la prueba aportada a fs. 750 vto. in fine (desconocida por la sentencia casada) supone un salario mensual de U\$S3.430 (U\$S2.390 de sueldo, U\$S340 de gastos de representación, U\$S500 de Hogar Constituido y U\$S200 de Asignación Familiar) lo que en 33 meses (2 años y nueve meses) da un total de U\$S113.190 a los que deberían restarse los salarios percibidos en Montevideo de U\$S43.647.

La sentencia manda liquidar por vía del art. 378 del C.G.P., pero las bases para esa liquidación son ambiguas, por eso la sentencia a dictarse deberá establecer en forma clara -en el hipotético caso de mantener la condena por lucro cesante- sobre qué rubros y montos concretos corresponde su liquidación.

- Ningún funcionario del Servicio Exterior tiene derecho a que el Poder Ejecutivo le asigne un destino en el exterior por el plazo máximo de 5 años. Así lo disponen las normas y lo corroboran los testigos que deponen en autos sobre el tema.

- De autos surge que hubo por

parte del actor una falta administrativa de entidad, siendo esclarecedor el análisis que realiza sobre el punto el Ministro discordante, Dr. Ricardo Harriague al extraer de las pruebas del expediente administrativo agregado que "hubo un incumplimiento absoluto de la expresa y puntual indicación de Cancillería uruguaya de proceder al 'urgente diligenciamiento' del exhorto, siendo de público conocimiento la fecha de detención de T. en Italia y el plazo de 3 meses que otorgaba el Tratado de Extradición de 1879 para formalizar el pedido de extradición al Estado Italiano...". Agregando que el actor conocía perfectamente la fecha en que había sido detenido provisoriamente T. , ya que fue en el correr de su gestión como Encargado de Negocios en el mes de enero de 2008, cuando se entera por la prensa de dicho hecho y luego lo comunica a la Cancillería pidiendo instrucciones y además, dada su alta jerarquía diplomática, su dilatada trayectoria en el Cuerpo Diplomático, el destino actual que ostentaba en ese momento y su condición de Doctor en Derecho, no era admisible que pudiera desconocer el Tratado de Extradición de 1879.

Pruebas que demuestran que la adscripción del actor fue una medida justa y razonable para la falta cometida, que de estarse al fallo objeto de casación quedaría impune, beneficiándose con el resarcimiento de un daño generado por su propia culpa.

- La valoración de las pruebas aportadas en autos no se ajusta a los criterios

dispuestos por nuestras normas legales, incidiendo de forma inequívoca en el fallo condenatorio dictado en segunda instancia.

En el transcurrir del proceso, la contraparte agrega como elementos de prueba de un hecho nuevo, la Resolución No. 483/2013 de fecha 28 de agosto de 2013. Por la citada resolución, el Poder Ejecutivo convalida la adscripción del actor, con retroactividad al 23 de octubre de 2008. No se convalida la resolución oportunamente anulada por el T.C.A., sino que se convalida una situación de hecho. La misma no sólo implica el ejercicio de su facultad de adscribir, sino que se funda en la falta administrativa constatada y probada en autos - cuyo fundamento se encuentra en la propia sentencia anulatoria del T.C.A.- y convalida la adscripción del actor al Ministerio de Relaciones Exteriores con retroactividad al 23 de octubre de 2008, ratificando formalmente una situación fáctica.

A diferencia de la resolución inicial anulada por el T.C.A. los fundamentos de la nueva resolución se ajustan estrictamente a la falta administrativa probada en autos, (basada en la culpa por negligencia: omisión en solicitar instrucciones a sus jefes del Ministerio para dar correcto y tempestivo trámite a la extradición del Sr. T. ).

La Sala en forma errónea expresa que el hecho nuevo denunciado y probado por el

actor, acredita que el Estado persiste en su decisión de no destinarlo al servicio exterior. Y ello porque se ha dictado un nuevo acto administrativo que reitera parcialmente la decisión que fue anulada en su totalidad por el T.C.A.

Conclusión que no es correcta, porque tal resolución simplemente adscribe al Dr. B. con efecto retroactivo, convalidando una situación de hecho pasada y no implica ningún pronunciamiento sobre el futuro, ni mucho menos persistencia en su decisión de no destinarlo al servicio exterior. Además, el Tribunal omite valorar las pruebas documentales y testimoniales aportadas por la parte que contradicen dicha conclusión.

- En definitiva, solicitó que se case la sentencia recurrida y en su lugar se confirme el pronunciamiento recaído en primera instancia (fs. 1380).

3º) Que, conferido traslado, (fs. 1382), fue evacuado por el actor T. B. , quien solicitó rechazar la casación incoada, confirmando en todos sus términos la sentencia definitiva de segunda instancia, con expresa condena en costas y costos a la contraria (fs. 1390 vto.).

4º) El Tribunal actuante al configurarse los supuestos de admisibilidad del recurso deducido resuelve conceder el recurso de casación interpuesto para ante la Suprema Corte de Justicia, elevándose los autos en la forma de estilo, donde fueron

recibidos el día 30 de junio de 2014 (cfme. nota de fs. 1395).

5°) Conferida vista al Sr. Fiscal de Corte (Auto No. 1315/2014, fs. 1396 vto.), en Dictamen No. 03082 aconsejó rechazar el agravio referido a la transgresión del art. 59 de la Constitución (fs. 1398 y vto.).

6°) Que previo pasaje a estudio, se acordó sentencia en forma legal (Decreto No. 1465/2014, fs. 1401 y ss.).

7°) Atento a que el Sr. Ministro Dr. Julio César Chalar cesó en su cargo el día 5 de noviembre de 2014, y a que se concedió el derecho de abstención solicitado por el Sr. Ministro Dr. Jorge Ruibal Pino se procedió a la correspondiente audiencia de integración, recayendo el azar en las Sras. Ministras Dras. María Victoria Couto y Graciela Gatti (fs. 1404 y 1409).

**CONSIDERANDO:**

I) La Suprema Corte de Justicia, integrada y por unanimidad hará lugar al recurso de casación interpuesto, y en su mérito anulará la sentencia impugnada, confirmando el pronunciamiento dictado en primera instancia.

II) La representante del Ministerio de Relaciones Exteriores señala que la Sala incurrió en error de derecho al entender que debe repararse a título de lucro cesante no sólo "la retribución por

cuatro meses (de suspensión) sino de la correspondiente a dos años y nueve meses en el exterior" (fs. 1374 vto.), aspecto en el que le asiste razón.

Conforme surge de autos, el Ministerio de Relaciones Exteriores por Resolución No. 402/08 decidió suspender al Sr. T. B. por el término de cuatro meses sin goce de sueldo, así como proponer al Poder Ejecutivo su adscripción inmediata a la Cancillería y prohibir que el actor fuera destinado a prestar funciones en el exterior por el plazo de tres años a partir del plazo de adscripción mínima obligatoria. Posteriormente, por Resolución No. 544/2008 dictada por el Poder Ejecutivo, se resolvió adscribir al promotor al Ministerio de Relaciones Exteriores.

Contra ambas resoluciones solicitó la nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, donde con fecha 10 de noviembre de 2011 recayó sentencia dictada por mayoría legal, disponiéndose la anulación de ambos actos por haber actuado la Administración apartándose de la regla de derecho.

El 28 de agosto de 2013, el Ministerio de Relaciones Exteriores emitió una nueva resolución, mediante la cual convalidó "...la adscripción al Ministerio de Relaciones Exteriores, con retroactividad al 23 de octubre de 2008, del funcionario del Servicio Exterior, Ministro Dr. T. B. Y., quien desempeñaba las funciones de su cargo en la Embajada de la República en la

República Italiana...". "Convalídanse además los pasajes y demás compensaciones que le fueron oportunamente otorgadas" (fs. 1315 vto.).

Del contenido de esta nueva resolución, emerge que la interpretación que el Ministerio de Relaciones Exteriores dio a la sentencia dictada por el T.C.A. fue que, sin perjuicio de que el segundo acto dictado contra el Sr. B. se encontraba viciado en los motivos, existió reconocimiento por parte del Tribunal de que la Administración se encontraba legitimada para sancionarlo, por cuanto el actor había incurrido en falta administrativa, lo que hubiera permitido por ejemplo, su inmediata adscripción a Montevideo. Tal lectura del fallo dictado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, determinó a la Administración en el dictado de esta última resolución mediante la cual se convalidó la adscripción del promotor al Ministerio de Relaciones Exteriores.

La sentencia dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, respecto del segundo acto, es decir, de aquel a través del cual se resolvió adscribir al actor al Ministerio de Relaciones Exteriores, dijo textualmente: "... si bien es admisible que formalmente el actor incurrió en falta administrativa al no informar al Ministerio de la ausencia del Embajador y esperar órdenes a su respecto (lo que legitimaba a la Administración para sancionarlo, disponiendo por ejemplo, su inmediata adscripción a Montevideo), la motivación del

acto está también viciada, pues remite a las resultancias del sumario. Y por tanto coincide punto por punto con la del primer acto, que como fuera adelantado *supra*, no se ajusta a la realidad de los hechos ni a la correcta aplicación a los mismos de la normativa vigente" (fs. 12).

Es decir, si bien el T.C.A. anuló los actos administrativos dictados contra el actor, no dejó de reconocer que el Sr. B. cometió la falta de no responder al e-mail que le había sido enviado dándole aviso de la llegada de la documentación (exhorto solicitando extradición del Sr. J. T.), "lo que legitimaba a la Administración para sancionarlo, disponiendo por ejemplo, su inmediata adscripción a Montevideo", cuestión que efectivamente emerge con claridad del fallo emitido por el T.C.A. (fs. 12).

Partiendo de las consideraciones efectuadas por el T.C.A., el Ministerio de Relaciones Exteriores entendió viable el dictado de una nueva resolución fundando los motivos no ya en la falta de no dar curso al exhorto, sino en la falta de respuesta al e-mail que le había sido enviado en aviso de la llegada de la documentación, razón por la que convalidó la adscripción del promotor de autos.

En consecuencia, en relación a la condena a título de lucro cesante dispuesta en segunda instancia, no corresponde la extensión determinada por el "ad quem" a dos años y nueve meses más que en primera

instancia.

La anulación de la resolución por la cual se suspendió por cuatro meses sin goce de sueldo al actor fue el motivo por el cual el Sr. Juez "a quo" hizo lugar, con acierto, al lucro cesante derivado de la aplicación de ese acto administrativo.

Sin embargo, el magistrado de primera instancia rechazó -con plena razón- la pretensión de resarcimiento de los años durante los cuales el reclamante se vio privado de la posibilidad de prestar servicios en el extranjero, en criterio que, erróneamente, no fue seguido por la Sala.

Partiendo de las consideraciones efectuadas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y como acertadamente puso de relieve el juzgador de primer grado, no puede reprocharse la conducta desarrollada con posterioridad por la Administración Pública demandada, quien dictó una nueva resolución fundando los motivos de la sanción no ya en la falta de no dar curso al exhorto, sino en la falta de respuesta al email que se le cursó para avisarle de la llegada de la mencionada documentación, razón por la cual convalidó la adscripción del promotor a la capital de nuestro país.

Finalmente, se impone hacer hincapié en que el Sr. Juez a quo expresó, en criterio irreprochable, que si bien es verdad que la conducta de la Administración en punto a la permanencia de los

funcionarios del Servicio Exterior fuera de la República consiste, generalmente, en respetar el quinquenio legal (art. 226 de la Ley No. 16.736), con sus correspondientes prórrogas legales (art. 230 de dicha ley), no es menos cierto que dicha práctica responde a una facultad discrecional de la Administración, y no a un derecho subjetivo de los funcionarios. En otras palabras, el funcionario destinado en el extranjero no tiene un derecho adquirido a que se respete el plazo de cinco años de permanencia fuera del país, sino que lo que tiene, en puridad, es una mera expectativa de que ello ocurra, expectativa que puede verse insatisfecha por razones de mejor servicio o por la aplicación de sanciones, que fue lo que ocurrió en el caso en examen.

III) Asiste razón al recurrente cuando indica que la nueva resolución no convalida la oportunamente anulada por el T.C.A., sino que lo que se convalida es la adscripción del actor al Ministerio de Relaciones Exteriores, situación de hecho pasada y que no implica pronunciamiento sobre el futuro. No convalida la adscripción dispuesta por Resolución No. 544/08, la que fuera anulada por el T.C.A., sino que dispuso "... como única sanción al Ministro Consejero T. B. Y. , por la falta administrativa constata-da de omitir informar a Cancillería de la ausencia del Embajador y su falta de respuesta al e-mail enviado dándole aviso de la llegada de la documentación, la convalidación de su adscripción a la

Cancillería con retroactividad a la fecha de la Resolución anulada" (fs. 1315).

El Tribunal señala que la nueva resolución reitera parcialmente la decisión que fue anulada en su totalidad por el T.C.A. En tal sentido, entiende que lo resuelto podría dar lugar a un nuevo proceso.

Cabe destacar que sobre el acto que dispuso la adscripción del actor al Ministerio de Relaciones Exteriores, el T.C.A. señaló que la motivación del mismo estuvo viciada, pues remitió a las resultancias del sumario. En el sumario se atribuyó responsabilidad funcional al Dr. T. B. , en tanto asumió una conducta intencionalmente pasiva dirigida a no dar trámite al exhorto y a no dar cumplimiento a la orden de "pronto diligenciamiento" impartida por el Ministerio.

Es decir, según el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la motivación del acto estuvo viciada, ya que la Administración demandada no acreditó la imputación de haber omitido el actor los deberes funcionales por no dar curso al exhorto, pero como ya se expresara, dejó bien claro que el promotor "... debió informar a Cancillería de la ausencia del Embajador y su falta de respuesta al e-mail que le había enviado dándole aviso de la llegada de la documentación. Esa fue su única omisión y no la de una conducta voluntaria dirigida a no hacer nada para que el trámite extraditorio fracasara" (fs.

11 vto.-12).

Para el T.C.A. la motivación del acto fue errónea, pero la falta existió, por lo menos la de no informar a Cancillería la ausencia del Embajador y esperar órdenes a su respecto, lo que para el órgano "...legitimaba a la Administración para sancionarlo, disponiendo por ejemplo, su inmediata adscripción a Montevideo...".

En consecuencia, si bien la nueva resolución emitida por el Ministerio convalidó la adscripción del actor al Ministerio de Relaciones Exteriores, la motivación se adecuó a las consideraciones formuladas por el T.C.A., por lo que no procede el reproche formulado por la Sala.

IV) Asimismo el recurrente se agravia por cuanto, si bien la Sala se expidió en forma expresa sobre la partida para gastos de representación y la partida para vivienda, nada dijo respecto a si debe aplicarse el coeficiente de Naciones Unidas al salario básico o no. No obstante tal omisión, para la representante del Ministerio, lo incluyó erróneamente ya que más adelante agregó que la condena recae sobre "la diferencia mensual entre el ingreso que cobraba en el exterior, incluyendo la partida para vivienda y lo que se le pagó estando en el país".

En función de la solución propuesta, carece de sentido el pronunciamiento sobre este

agravio, dado que la Sala aplicó la diferencia mensual entre el ingreso que cobraba en el exterior, excluyendo la partida para vivienda y lo que se le pagó estando en el país, para calcular el lucro cesante durante el período que va desde el 22/10/08 al 21/7/11 (2 años y nueve meses), condena que conforme se señalara, no procede.

V) Las costas, por su orden.

Por estos fundamentos, la Suprema Corte de Justicia integrada y por unanimidad,

**FALLA:**

**ANÚLASE LA SENTENCIA RECURRIDA Y, EN SU LUGAR, CONFÍRMASE EL PRONUNCIAMIENTO DICTADO EN PRIMERA INSTANCIA.**

**SIN ESPECIAL CONDENACIÓN.**

**PUBLÍQUESE Y OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.**

**DR. JORGE O. CHEDIAK  
GONZÁLEZ**

**DR. JORGE T. LARRIEUX  
RODRÍGUEZ**

**DR. RICARDO C. PÉREZ  
MANRIQUE**

**DRA. MARÍA VICTORIA  
COUTO**  
SECRETARIA

**DRA. GRACIELA GATTI**  
MINISTRA

**DR. FERNANDO TOVAGLIARE  
ROMERO**  
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA