

//tencia N° 90

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR LUIS TOSI BOERI

Montevideo, seis de mayo de dos mil veintiuno

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "**AA c/ BB. Daños y perjuicios. Casación**", IUE **2-30555/2018**, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte actora.

RESULTANDO:

I) El 31 de julio de 2018 compareció el Sr. AA e interpuso demanda contra la BB, (fs. 60-65 vto.).

Pretendió que se condenara a la BB a resarcirle los daños y perjuicios que, según alegó, le ocasionó la imposición ilegítima de una sanción por parte de la BB (la resolución N° 747/14, Acta N° 173, dictada por el Consejo de Educación Técnico Profesional de la BB, por la cual se resolvió sancionar al accionante con 90 días de suspensión). Tal acto administrativo fue anulado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) por sentencia definitiva N° 392, dictada el 1° de junio de 2017.

Sostuvo que, como consecuencia de la sanción referida, se le cercenó su carrera administrativa, habida cuenta de que en el período de

abril de 2014 a julio de 2017, se registró un demérito en su legajo que le impidió aspirar a cargos de mayor jerarquía, los cuales reseñó.

En definitiva, solicitó que se condenara a la BB al pago de \$U 600.000 (seiscientos mil pesos uruguayos) por concepto de indemnización por el daño moral padecido, más \$U 7.032.960 (siete millones treinta y dos mil novecientos sesenta pesos uruguayos) por concepto de indemnización del lucro cesante futuro.

II) Por sentencia definitiva de primera instancia N° 60/2018, dictada el 20 de junio de 2019 por el Dr. Pablo Eguren Casal, entonces titular de la Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 3^{er} Turno, se acogió parcialmente la demanda y se condenó a la BB a pagar \$U 250.000 (doscientos cincuenta mil pesos uruguayos) como indemnización por daño moral más el 20% de la diferencia salarial entre el cargo de Docente grado 7 con 40 horas de labor y el de Inspector de área por el período junio de 2016-28 de febrero de 201, importe éste último a ser determinado por la vía del artículo 378 del C.G.P.

III) En segunda instancia entendió el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno, integrado por los Sres. Ministros, Dres. Álvaro França, Patricia Hernández y John Pérez Brignani, órgano

que, por sentencia definitiva identificada como SEF 0005-000171/2020, dictada el 19 de mayo de 2020, revocó la sentencia y, en su lugar, desestimó la demanda (fs. 286-292).

IV) A fs. 295-300 compareció el actor e interpuso recurso de casación.

Identificó como normas infringidas las contenidas en las Ordenanzas 10 y 45 de la BB, así como las reglas de valoración de la prueba.

Sostuvo, en síntesis:

a) El paso necesario para ofrecer en forma directa el cargo interino era elaborar la lista definitiva de aspirantes para el cargo a través de la evaluación de los méritos. Más allá de la calidad de aspirante, surge de autos que los concursos fueron realizados y determinados funcionarios tomaron posesión de los cargos interinos, por lo que mal puede hablarse de "mera expectativa".

b) A diferencia de lo que sostuvo la Sala, nunca se refirió a la titularidad del cargo, ya que no se trata de cargos efectivos sino de interinatos. Ello nada obsta al reclamo, puesto que, en definitiva, no tuvo la posibilidad de acceder al listado previo. En modo alguno resultó incierto el acceso al cargo (aunque interino) puesto que otro docente con la misma o similar aptitud docente y méritos accedió a

aquél.

c) El Tribunal erróneamente consideró que el lugar que ocupara el demandante en dicho registro dependería de su relación de méritos, de la entrevista. Dicho extremo se responde y surge de la foja de servicios agregada, lo que determina la posibilidad cierta de acceder al cargo ofrecido de acuerdo con los méritos del docente.

d) No es cierto -como postuló la Sala- que el actor tenía una mera expectativa. El concurso fue realizado en virtud del listado de aspirantes y se designó al docente CC, lo que demuestra la probabilidad cierta, la ventaja perdida y descarta la mera expectativa.

e) Tampoco resulta relevante la duración en el cargo puesto que, como sucede de regla para los interinatos, el cese en el cargo es en febrero de cada año o hasta la provisión del cargo por concurso.

f) Es claro que, si la sanción disciplinaria no hubiera existido, el actor habría ocupado cargos docentes de mayor jerarquía, sea por sus antecedentes funcionales sea porque los llamados se realizaron y los cargos se ocuparon.

g) En cuanto al daño moral, indicó que la aflicción deriva del cercenamiento

a su carrera funcional al verse imposibilitado de acceder a cargos de mayor jerarquía. No ha existido una correcta motivación del rechazo, ya que el rubro reclamado se encuentra debidamente acreditado.

Los agravios articulados en la apelación por BB no son correctos en cuanto señalan que el daño moral no fue probado, ya que nunca estuvo desempleado y que durante el período tomó el máximo de horas posibles. Dicha fundamentación es incorrecta, ya que -a su entender- el daño moral deriva de haber estado sin trabajar durante el período de duración de la medida cautelar, cobrando el 50% de sus haberes.

Asimismo, sostuvo que resultó acreditado que la sanción afectó el puntaje y el lugar en el escalafón, como consecuencia de ello, se produjo la pérdida de horas y de lugar de trabajo. Si bien pudo elegir algunas horas, éstas eran en centros muy alejados, por lo que debió trasladarse largas distancias.

La angustia y la aflicción espiritual padecidas derivan de la privación de la posibilidad de ascender.

En definitiva, solicitó que se case la sentencia recurrida y, en su mérito, se ampare la condena de los daños y perjuicios reclamados

por concepto de lucro cesante y daño moral.

V) Por providencia N° 413/2020, dictada el 11 de agosto de 2020, la Sala en lo Civil de 2° Turno franqueó el recurso de casación interpuesto para ante esta Suprema Corte de Justicia (fs. 322).

VI) El expediente se recibió en la Corte el 26 de agosto de 2020 (fs. 326).

VII) Por providencia N° 1065/2020 se dispuso el pasaje a estudio y se llamó la causa para sentencia (fs. 327 vto.).

VIII) En el curso del estudio se produjo el cese del Dr. Eduardo J. Turell, por lo que se procedió a integrar la Corte en debida forma (fs. 331-334). La Corporación resultó integrada con el Dr. Edgardo Ettlín, Ministro del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno (fs. 335).

IX) En el día de la fecha se procede a dictar la sentencia en legal forma.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, integrada y por mayoría, acogerá el recurso de casación interpuesto y, en su mérito, anulará la sentencia recurrida; en su lugar, acogerá la demanda con el alcance que se dirá.

II) Antecedentes procesales

relevantes para la mejor motivación del fallo.

A los efectos de una mejor ilustración respecto de la cuestión a decidir, cabe relacionar ciertos antecedentes del caso:

i) Por sentencia definitiva N° 392/2017 de fecha 1° de junio de 2017, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo anuló la resolución N° 747/14, Acta N° 173, dictada por el Consejo de Educación Técnico Profesional de la BB por la cual se resolvió sancionar al accionante con 90 días de suspensión (originalmente se había establecido un plazo mayor, el cual fue abatido por la Administración ante el recurso jerárquico interpuesto por el Sr. Durán, artículo 60 del Decreto-Ley 15.524).

ii) La pretensión resarcitoria de daños y perjuicios (fs. 60-65 vto.).

a) El actor en su acto de proposición inicial señaló que, luego de dictada la sentencia anulatoria por parte del TCA, su carrera docente fue regularizada, dejando sin efecto los deméritos que provocaron la sanción ilegítima, sin perjuicio de lo cual ese acto administrativo le causó daños irreparables.

En el caso, la sanción ilegítima y, a la postre, anulada por el TCA, le impidió el acceso a cargos de Inspección. Durante el período en

el cual desplegó efectos la sanción, se celebraron concursos para aspirar a cargos y, aquélla resultó un escollo insalvable para presentarse y poder aspirar.

b) Afirmó que el reglamento general de concursos para la provisión de cargos y horas docentes de la BB en su artículo 53 dispone que el Tribunal evaluará como deméritos las sanciones que hubieren recaído sobre el concursante en el ejercicio de sus funciones docentes dentro de la BB.

El puntaje de deméritos se descontará del acumulado en los méritos, siempre que se hubieren registrado dentro de los 10 años anteriores a la fecha del Llamado a Concurso.

Precisó que, en el año 2014, por resolución N° 505/2014, se aprobó la realización de un Llamado a Aspiraciones para desempeñar cargos de Inspectores Regionales grado 3 en carácter interino o suplente en el CETP. Se fijaron las bases y se aprobó la realización del llamado.

Asimismo, por resolución N° 1552/15 de fecha 30 de setiembre de 2015 se aprobó el llamado de aspiraciones docentes para conformar un registro de aspirantes para un cargo de Inspector de Área 935 Asignatura-Tecnología grado 1 con 40 horas semanales. En este caso, en virtud de la sanción aplicada, tampoco pudo aspirar al cargo.

c) Reclamó el daño moral derivado de la angustia y aflicción espiritual padecidos durante los años en los cuales se le impidió a funciones de mayor jerarquía y remuneración.

Sostuvo que año tras año, al finalizar los cursos se enfrentó a la posibilidad de no poder elegir horas para el dictado de clases del año lectivo, ya que ello dependía de una previa planificación o planillado elaborado por la Administración.

De acuerdo con los parámetros jurisprudenciales, estimó el daño moral en \$U 600.000.

d) Por igual, bajo el epígrafe "lucro cesante futuro" reclamó la pérdida de la chance, esto es, la pérdida de probabilidad de aspirar a un cargo de mayor jerarquía, aspiración cierta en virtud de su situación funcional ubicándose dentro de los guarismos de excelencia y la existencia de llamados para el acceso a aquéllos.

Para el cálculo de la pérdida de la chance, consideró que debía tomarse como punto de partida la fecha de la resolución sancionatoria que fue dictada en abril de 2014 hasta la fecha del probable cese. Para ello -sostuvo- debe tomarse como referencia el salario nominal de Inspector Regional \$108.744 y la diferencia con el salario docente, el

salario actual de 2018 que asciende a \$84.324, diferencia de \$24.420 que deberá ser multiplicada hasta la fecha del cese en virtud de la extinción funcional prevista a los 70 años.

A la fecha el actor cuenta con 46 años, restando 24 años para llegar al tope establecido.

iii) Bases conceptuales de la sentencia de primera instancia.

a) Como lo consignamos, por sentencia definitiva N° 60/2019 de fecha 20 de junio de 2019 (fs. 249-252 vto.), el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 3^{er} Turno, acogió parcialmente la demanda y condenó a la BB al pago de:

b) rubro pérdida de la chance por un 20% de la diferencia salarial entre el cargo docente grado 7 con 40 horas de labor y un Inspector de Área por el período junio 2016 al 28 de febrero de 2017;

c) rubro daño moral por \$250.000, suma que deberá ser actualizada desde el hecho ilícito, esto es, el 2 de abril de 2014 más intereses legales desde la fecha de la demanda y hasta su efectivo pago (fs. 249/252 vto.).

d) El Sr. Juez Letrado

actuante sostuvo que la situación funcional vigente durante el período abril de 2014-julio 2017 contenía los deméritos (fs. 251) que le impidieron al actor a aspirar a cargos de mayor jerarquía en el período relacionado. En efecto, indicó que el accionante obtuvo un puntaje de 41 puntos en el año 2014, por lo que se le comunicó la inhabilitación para acceder al llamado.

El actor no pudo participar en ninguno de los dos llamados (años 2014 y 2015).

e) El Magistrado estimó la pérdida de la chance en un 20% de la diferencia entre el cargo docente grado 7 con 40 horas de labor y un Inspector de Área por el período que se determina en la resolución 2102/2016 agregada a fs. 54 del acordonado.

f) En cuanto al daño moral, consideró acreditado la afectación del estado anímico del actor a raíz de la sanción aplicada y fijó la indemnización en \$U 250.000.

iv) Bases conceptuales de la sentencia definitiva de segunda instancia.

a) Como lo consignamos, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se desestimó la demanda reparatoria entablada (fs. 286-292).

b) La Sala sostuvo:

"(...) en cuanto al acto de 2015 (fs. 11/14), si bien resulta claro que el actor no podía presentarse a ese llamado pues estaba impedido por la sanción recaída en el año 2014 y por tanto podría en principio entenderse que le otorgaría razón, decisivo resulta para entender lo contrario señalar que ese llamado era 'para conformar un Registro de Aspirantes Docentes para Cargo de Inspector de Área...en carácter interino...' (fs. 11).

Entonces, en el mejor de los escenarios para el actor, aún para el caso de que hubiese logrado posiciones de privilegio en ese concurso, como señala el TCA y se comparte (Cf. Sentencias Nos. 20 y 140/69, 310/90, 684/92, 316 y 796/00): 'La designación para el desempeño interino de cargos, limitada en el tiempo, tiene por finalidad el funcionamiento del servicio público. Considerándose siempre que tales situaciones no confieren derechos a la eventual titularidad del cargo, ni crean antecedentes de prioridad'.

En la especie, no se trata de designación para el ejercicio de un cargo interino -como en el supuesto de la cita-, sino una etapa todavía previa: conformar un registro de aspirantes del que luego saldrán las designaciones para desempeñar cargos no efectivos. Por ende, la cita es plenamente

trasla-dable y aplicable al supuesto ventilado infolios, sin perjuicio de que se desconoce si el actor hubiera quedado bien posicionado y, eventualmente, si hubiera sido designado. Lo único que tenía era una mera expectativa que, como tal, no es indemnizable por tratarse de un daño absolutamente incierto e incluso cuestionable como tal y por tanto su demanda no puede prosperar.

Ahora bien, también resulta determinante para la revocación para la integrante del Tribunal Dra. Patricia Hernández el hecho de haber pedido en su demanda (fs. 64) la indemnización a título de Lucro Cesante y no de pérdida de la chance. Lo dicho sin perjuicio de reconocer que hay quienes entienden que al haberse pedido lo más (Lucro cesante) resulta comprendido lo menos (pérdida de chance). Pero aún, en este último caso, para que proceda una condena a título de pérdida de la chance ésta debe ser cierta en cuanto a la probabilidad de lograr un resultado en el futuro, lo que en el caso, el Tribunal no advierte que así fuera.

En su pretensión, AA reclamó el pago de la diferencia de salarios entre el cargo que detenta y el que hubiese percibido de haber ejercido el interinato de Inspector de Área 935 Asignatura Tecnología, en puridad, interpretada correc-

tamente su pretensión lo que reclama fue el pago de esa diferencia que, en caso de haber podido participar en [el] llamado, lo que le hubiere permitido (de estar a sus dichos) resultar seleccionado siempre según lógica, para el caso de haber existido durante el período del llamado alguna vacante del cargo de Inspector de Área y finalmente accede a éste generar lo que pretende. Aparece así lo reclamado, se presenta, a juicio del Tribunal, como una posibilidad no muy cierta, susceptible de calificarse como 'daño eventual' y, como tal, no indemnizable por constituir 'mera expectativa' que no llega a ser una probabilidad" (fs. 289/291).

c) Y, en cuanto al daño moral, el órgano de alzada precisó:

"(...) en cuanto al daño moral, los agravios de la parte demandada son de recibo ya que, de estar a los términos de la demanda (numeral 9.1 a fs. 62 vto. y 63) surge que el actor pretendió la indemnización del daño moral consistente en cercenamiento de su carrera funcional, inestabilidad laboral, aflicción por privación de ascenso pero no lo hizo por haber sido sancionado injustamente. Pero nada de ello fue amparado en primer grado, razón por la cual teniendo en cuenta el límite de los agravios y lo precedente corresponde revocar el daño moral amparado

en el primer grado" (fs. 291).

III) Precisión: la dimensión del perjuicio (pérdida de la chance) refiere únicamente al llamado de aspirantes del año 2015).

El actor en su demanda (especialmente ver fs. 61 vto.-62) alegó que, en virtud de la sanción disciplinaria de suspensión sin goce de sueldo aplicada, no pudo aspirar a dos llamados para ocupar cargos interinos. Uno, para cargo de Inspector Regional, grado 3 (en el año 2014) y, el segundo, para cargo de Inspector de Área 935 Asignatura-Tecnología, grado 1.

En la sentencia de primera instancia, si bien el Sr. Juez actuante consideró que el actor no había podido participar en ninguno de los llamados, lo cierto es que condenó exclusivamente por pérdida de la chance de participar en el llamado para aspirantes a acceder al cargo interino de Inspector de Área 935 Asignatura Tecnología, grado 1 (ver fs. 251 del considerando IV) y parte dispositiva a fs. 252 vto.).

Ante este escenario, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno sostuvo en la sentencia impugnada que: "(...) *la recurrida circunscribió el amparo parcial de la demanda solamente al hecho de no haber podido concursar en el llamado para integrar el registro de aspirantes a docentes para*

el cargo de Inspector Área 935 Asignatura-Tecnología, Grado 1, en carácter de Interino con 40 horas semanales desde la toma de posesión del cargo hasta el 29 de febrero de 2016 o hasta la provisión de los cargos por concurso (Resolución 1552/2015 de fecha 30 de setiembre de 2015). El Tribunal, releva que respecto del amparo parcial de la demanda con este exclusivo basamento, la parte actora no formuló agravio dado que fue limitado al período por el cual fue amparada la pérdida de chance y a su porcentaje” (fs. 288/289).

Pese a ello, el impugnante en ningún pasaje del escrito del recurso de casación objetó la intelección de la Sala, la que circunscribió el amparo parcial de la demanda por el Juez de primera instancia a la pérdida de la probabilidad de acceder a un cargo interino por el llamado del año 2015.

De hecho, en su línea argumental siempre se refiere al llamado del año 2015 para fundar su crítica contra el criterio técnico empleado por la Sala (fs. 296 vto. y 297).

Por este motivo, no se ingresará al examen de la eventual pérdida de la probabilidad de participar en el llamado del año 2014 porque no ha sido objeto de agravio la demarcación o acotamiento efectuada por la Sala respecto del criterio otrora empleado por el Juez de instancia.

IV) En cuanto a la pérdida de la chance.

Por resolución N° 747/14 de fecha 2 de abril de 2014 dictada por el Consejo de Educación Técnico-Profesional, se sancionó al Prof. AA con 120 días de suspensión a descontar de la preventiva sufrida, disponiéndose la restitución de los haberes que pudieran corresponder (fs. 331-331 vto. del expediente del sumario administrativo).

Posteriormente, en vía recursiva, por resolución N° 24 de fecha 11 de marzo de 2015 dictada por el Consejo Directivo Central de la BB, se acogió parcialmente el recurso jerárquico interpuesto por el interesado y se redujo la sanción a 90 días de suspensión (fs. 397-398).

Por resolución N° 1552/15 de fecha 30 de setiembre de 2015, el Consejo de Educación Técnico-Profesional autorizó la realización de un llamado a aspiraciones para conformar un registro de aspirantes docentes para un cargo de Inspector de Área 935 Asignatura-Tecnología, Grado 1 en carácter interino con 40 horas semanales de labor, desde la toma de posesión y hasta el 29 de febrero de 2016 o hasta la provisión de los cargos por concurso.

Entre los requisitos que los aspirantes debían cumplir para el mencionado

llamado, se estableció no registrar sumarios de los que hubiere resultado sanción o suspensión dentro de la BB (fs. 2-2 vto. del testimonio de expediente administrativo 4/5491/2015).

El actor a la fecha de inscripción en ese llamado (7 de octubre de 2015 al 16 de octubre de 2015) registraba un sumario del que hubiera resultado sanción de suspensión dentro de BB (fs. 1 del expediente administrativo N° 4/5491/2015), puesto que la sanción disciplinaria le fue impuesta el 2 de abril de 2014 y modificada en su alcance el 11 de marzo de 2015.

Ahora bien, el hecho de que el accionante se presentara a un llamado para aspirantes para un interinato que, de regla, implica el desempeño en un cargo sin titular, por vacancia definitiva en el transcurso del año docente (artículo 5 del Estatuto del Funcionario Docente de la BB), no supone que la pérdida de la probabilidad de acceder al desempeño del cargo interino sea un daño eventual no indemnizable.

Una cosa es que el llamado a aspirantes refiera a un cargo que no otorga estabilidad y otra, bien distinta, es que la frustración de la posibilidad de participar en ese procedimiento para conformar un orden de prelación no sea pasible de

ser indemnizada debido al accionar ilícito de la Administración.

En efecto, debe partirse de un hecho cierto y concreto (insoslayable) como es la imposibilidad fáctica y jurídica del Prof. Durán de presentarse al llamado de año 2015 puesto que, de acuerdo con las prescripciones de las bases, registraba un sumario finalizado con sanción de suspensión. Tal circunstancia era un *requisito excluyente de participación* en el llamado para acceder a desempeñar el cargo en forma interina.

En el caso, de no haber mediado la ilegítima sanción de suspensión de 90 días sin goce de sueldo -a la postre anulada por el TCA por sentencia N° 392/2017, fs. 32/58- no habría existido obstáculo jurídico para que el Prof. Durán participara a los efectos de la preselección.

En lo único que incide -como se señalará más adelante- el objeto del llamado es en la demarcación temporal del reclamo por la pérdida de la chance, teniendo como base de cálculo la diferencia salarial entre el cargo efectivamente ocupado por el actor y aquel al cual vio frustrada su chance de acceder.

No se discute que el llamado de aspirantes es la antesala lógica para la

designación en forma interina, pero no menos cierto es que -a estar a las resultancias administrativas- como corolario del llamado se homologó un orden de prelación (resolución N° 1074/16, fs. 31/31 vto. del expediente administrativo 4/5491/2015).

Posteriormente, el 8 de junio de 2016, se designó en carácter interino al Prof. CC como inspector de Área 935-Asignatura Tecnología, Grado 1 en carácter interino con 40 horas semanales de labor, a partir de la toma de posesión y/o hasta la provisión del cargo por concurso o hasta el 28 de febrero de 2017 (fs. 54-54 vto.).

El alta correspondiente se verificó con cargo al presupuesto de junio de 2016 (ver fs. 67).

De modo que, no puede compartirse el criterio empleado por la Sala cuando señala que: *"(...) para el caso de haber existido durante el período del llamado alguna vacante del cargo de Inspector de Área y finalmente acceder a éste generar lo que pretende. Aparece así lo reclamado, se presenta, a juicio del Tribunal, como una posibilidad no muy cierta susceptible de calificarse como 'daño eventual' y, como tal, no indemnizable por constituir una 'mera expectativa' que no llega a ser una probabilidad"* (fs. 291).

En este punto, resulta plenamente compatible lo señalado por el recurrente a fs. 295 vto., al señalar que el concurso ("llamado de aspirantes") fue realizado y la efectiva toma de posesión del cargo verificada, por lo que no puede definirse su situación como una mera expectativa.

Por otra parte, el argumento del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno de que el actor no tenía derecho a la titularidad en el cargo -objeto del llamado de aspirantes- no ataca el punto objeto de la controversia.

No existe objeción de que el cargo interino no otorga un derecho subjetivo a la estabilidad propia del cargo en efectividad, sino que supone la ocupación transitoria durante el año lectivo o hasta que se provea definitivamente la vacante.

Por lo demás, el Prof. Durán era titular de un interés legítimo que no generaba una obligación correlativa de la Administración en designarle en el cargo, pero sí, en cambio, ese interés concurre con reglas de derecho objetivo que imponían a la Administración el cumplimiento del marco de legalidad que rodeaba al procedimiento de preselección.

En base a ello, el actor al haber sido sancionado ilegítimamente se vio privado o, mejor dicho, vio frustrado ilegítimamente su interés

legítimo, pues a través de la violación de la regla de Derecho -al imponérsele una sanción disciplinaria ilegítima- fáctica y jurídicamente le fue impedida la participación en el llamado en cuestión.

Como afirmara Cassinelli Muñoz el titular del interés legítimo puede no disponer de medios que le garanticen infaliblemente la obtención o la conservación de la situación jurídica o prestación a lo cual aspire; basta, para configurar la situación sustancial de interés legítimo, con que existan procedimientos jurídicos que legítimamente puedan conducir, aunque sea eventualmente, a la conservación u obtención de la situación en que se tiene interés.

El interés del titular de una situación jurídica subjetiva de interés legítimo puede quedar satisfecho o insatisfecho, luego de cumplidos los procedimientos que podrían darle satisfacción. Si estos procedimientos se han desarrollado legítimamente, aquella satisfacción o insatisfacción no configura ningún ilícito ni se califica por ende como daño jurídico. Hay lesión de interés legítimo, en cambio, si la actividad que podría haber conducido a la satisfacción del interés ha sido desarrollada insatisfactoriamente respecto del interés en cuestión e ilegítimamente. Esa lesión al interés legítimo ha consistido pues en la pérdida de la oportunidad de satisfacción, en

la frustración de una posibilidad.

Cuando la lesión de interés legítimo puede ser eliminada reconstruyéndose con arreglo a Derecho los procedimientos que estaban viciados, la posibilidad frustrada se recupera y habrá una nueva oportunidad de satisfacción del interés legítimo; oportunidad que quizá dé lugar a su satisfacción efectiva, aunque también puede dar lugar a que aquel interés quede legítimamente insatisfecho.

En cambio, si no fuera posible o no correspondiera la reconstrucción de los procedimientos inválidos, el daño causado por la pérdida de la oportunidad de satisfacción sólo puede medirse cuantitativamente en términos de probabilidad (cf. Horacio Cassinelli M: *"Reparación por la pérdida de una probabilidad"* en Derecho Constitucional y Administrativo, La Ley Uruguay, 1ª Edición, Montevideo, 2010, págs. 1120/1121, originalmente publicado en: Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración, T. 68, págs. 271 y sgtes.).

Como explica Medina Alcoz: *"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. En estos 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" (Luis Medina Alcoz: "La teoría de la pérdida de oportunidad", Civitas, Navarra, 2007, pág. 67). Entre estas hipótesis, el autor incluye también la oportunidad "que pierde el aspirante de obtener la condición de servidor público o a promocionar en el escalafón funcional debido al incorrecto desenvolvimiento de las actuaciones"

(ob.cit., pág. 69).

"La teoría de la chance habilita una indemnización cuando [...] se acredita que eran serias o considerables las probabilidades de que, de no haber mediado el hecho ilícito, la víctima habría obtenido un beneficio, utilidad o ventaja. Lo que caracteriza esencialmente a la oportunidad perdida como específico concepto dañoso es la combinación de una certidumbre y una incertidumbre; la certidumbre de que estaba fundada la posibilidad de conseguir la ventaja y la incertidumbre de que ésta se hubiera conseguido de no haber intervenido el hecho ilícito" (ob.cit., pág. 94); *"(...) para concretar la indemnización, la inmensa mayoría de los especialistas que se han ocupado del tema señala que hay que proyectar el nivel de probabilidad de que la víctima hubiera obtenido la ventaja apetecida sobre el valor del daño final. Se adopta como parámetro de referencia el valor económico de la utilidad pretendida y, a tal efecto, se fija el quantum mediante un coeficiente de reducción que depende del grado de la probabilidad con que se contaba para obtener la ventaja, si no se hubiera privado al sujeto considerado de la oportunidad de que gozaba. (...) [1]a doctrina de la pérdida de oportunidad es, pues, esencialmente el cálculo de probabilidad"* (ob.cit., págs. 106 y 107).

Asimismo, no le asiste razón a la Sala al cuestionar que se desconoce si el actor hubiera quedado bien posicionado y, eventualmente, si hubiera sido designado.

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 Enrique Müller: "*La frustración de la chance*", en: Revista Crítica de Derecho Privado N° 5, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2008, pág. 555, nota al pie N° 10).

En efecto, si se conociera con certeza que el actor habría ocupado el cargo interino no estaríamos ante un supuesto de pérdida de la chance porque, en esa hipótesis, tendríamos pleno conocimiento sobre la pérdida del beneficio o ventaja que le hubiera reportado patrimonialmente.

La pérdida de la chance reporta un daño cierto, no eventual, en tanto implica para otra persona un impedimento de obtener un beneficio o de evitarse un perjuicio, coexisten en ella a la vez un elemento de certeza y uno de incerteza. Certeza de

que, de no haber mediado el evento dañoso, el damnificado habría conservado la esperanza de recibir el beneficio; y la incerteza o incertidumbre de que si manteniéndose la situación de hecho originaria, el beneficio se habría logrado (Cf. Enrique Müller, ob. cit., pág. 554).

Así, se ha dicho que el resultado de la oportunidad es consustancial a la figura que tratamos: es su elemento eventual, aleatorio, que coloca a la chance entre el daño cierto y el eventual. De tal forma, si al momento del hecho dañoso no fuera incierto el resultado de la probabilidad y se supiese que la ganancia no se obtendrá o que el perjuicio no se evitará, no corresponderá indemnización alguna.

Desde otra óptica: si se sabe efectivamente, sin dudas, que la ganancia frustrada se obtendría, corresponderá la reparación a título de lucro cesante; si se conoce que el perjuicio que se pretendía conjurar se producirá, la indemnización lo será a título de daño emergente (Cf. José Fernando Márquez: *"Reparación por pérdida de chances. Problemas de valoración y cuantificación"*. En: Revista Crítica de Derecho Privado, N° 7, La Ley Uruguay, Montevideo, 2010, pág. 748).

En segundo lugar, tampoco resulta de recibo la afirmación de que se desconoce si

el actor hubiera quedado bien posicionado. A los efectos de valorar o mensurar la cuantificación de la chance perdida, el órgano jurisdiccional -en base a los elementos disponibles en la causa- debe sopesar las diferentes variables que incidirían en el llamado en cuestión, procurando reconstruir idealmente cuál hubiera sido el juicio del Tribunal evaluador.

En términos compartibles, señala Müller que el juzgador, a la hora de 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 (ob. cit., pág. 555).

En idéntica orientación conceptual, se ha dicho 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 perdida*

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..." (Tabaré Sosa Aguirre: "Fórmulas para determinar la pérdida de chance". En: Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XLII, FCU, págs. 446 y 447).

En tal sentido, debe atenderse a las circunstancias particulares de cada caso y el recto entender de los jueces, actuando con un amplio criterio de equidad podrán determinar el importe de las indemnizaciones, teniendo en cuenta principalmente, el mayor o menor grado de probabilidad de que la oportunidad se convierta en cierta en base a elementos técnicos o de experiencias comprobables. El juzgador deberá demostrar, con elementos obrantes en la causa o fácilmente comprobables, la existencia de la chance y el porqué de su cuantía (cf. José Fernando Márquez, ob. cit., pág. 756).

Pues bien, en el caso, la magnitud del perjuicio debe "medirse" en función de la posibilidad de que el Prof. Durán finalmente hubiere accedido al cargo. Si nos atenemos al llamado en cuestión, y las máximas de la experiencia, puede advertirse que en un procedimiento de aspirantes en el que se presentaron 13 postulantes (ya que uno de ellos se había retirado del llamado) ante la evaluación de

méritos y la oposición-entrevista, solo 2 concursantes superaron el mínimo de 70 puntos exigible para aspirar a acceder a interinatos.

Si se examinan los criterios de evaluación de méritos, el actor tenía un promedio de aptitud docente de 91 puntos (13,65 puntos), 12 puntos como máximo por cargos desempeñados en el CETP.

A ello, debe añadirse que, es razonable pensar que en los restantes ítems listados en la carpeta de méritos algún punto habría recibido (teniendo en cuenta la dilatada trayectoria del actor que emerge de su legajo funcional, es esperable obtener puntos en materia de cursos y formación profesional del CETP).

Por otra parte, si añadimos que el puntaje máximo de la oposición-entrevista es de 40 puntos; la probabilidad de acceder al puntaje mínimo (70) para aspirar al cargo debe considerarse baja pero posible.

Por tanto, se considera correcta -en este aspecto- la decisión judicial de primera instancia por la cual se estimó la pérdida de la chance en un 20% de la diferencia salarial entre el cargo que ocupaba el actor y el que era objeto del llamado a aspirantes entre el período junio 2016 al 28

de febrero de 2017 (los sueldos a tomarse son a valores históricos), con reajustes desde junio de 2016 -fecha en la que se dio el alta en el cargo interino al ganancioso- y los intereses desde la exigibilidad.

Debe determinarse la pérdida de la chance en función del cargo que el actor podría haber ocupado, justamente porque el primer paso para determinar la cuantificación respectiva consiste en establecer cuál es el valor del "daño final", para afectar luego ese valor al porcentaje de chances perdidas. Para ello, debemos diferenciar entre aquellos supuestos en los que se perdió una ganancia y aquellos otros en los que se frustró la posibilidad de evitar un perjuicio (Cf. Luis Ricardo José Sáenz: "*Algunas consideraciones acerca de la pérdida de chance como daño resarcible*". En: Revista Crítica de Derecho Privado N° 5, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2008, pág. 602).

Dicha liquidación, como se señaló más arriba, debe diferirse al artículo 378 del C.G.P., sobre las bases conceptuales preanunciadas.

V) En cuanto al daño moral reclamado.

a) La Sala revocó la condena a resarcir el daño moral por entender que el actor había pretendido la indemnización del daño moral

consistente en cercenamiento de la carrera funcional, inestabilidad laboral, aflicción por privación del ascenso pero no lo había hecho por haber sido sancionado injustamente.

En la lógica de la Sala, si no es indemnizable el daño por eventual (no habría pérdida de la chance) mal podría indemnizarse la supuesta aflicción moral sucedánea.

En este punto, no le asiste razón al recurrente.

Ciertamente, no es relevante a estos efectos la eventual omisión del accionante en fundar el reclamo por este rubro en razón de la "injusticia" de la sanción disciplinaria propiamente dicha.

En efecto, en nada incide a los efectos de examinar la procedencia del rubro que el actor no haya estructurado su agravio en la aflicción provocada por el acto sancionatorio en sí mismo.

b) En razón de la procedencia de la pérdida de la chance, cabe analizar si esa frustración de la probabilidad coetáneamente provocó una afección espiritual al Prof. Durán indemnizable.

Y, en el caso, pese a que teóricamente el reclamo podría prosperar, lo cierto es que (por fundamentos diversos a los esgrimidos por la

Sala), el daño no está, en absoluto, acreditado.

En tal sentido, el testigo De Armas fue interrogado sobre si el procedimiento disciplinario al que fue sometido el actor lo afectó, ante lo cual respondió:

"En la parte anímica cambió totalmente, no era de salir a ningún lado, se quedaba en la casa, e invitaciones de varios amigos que lo queríamos sacar de esa situación y él se negaba" (fs. 240).

Por igual, el testigo Umpiérrez ante la misma pregunta respondió:

"Sí lo afectó mucho en su estado anímico" (fs. 240 vto.).

Ahora bien, la prueba testimonial recabada, en ningún momento vincula la frustración de la posibilidad de presentarse a un llamado -por la sanción previa- con la afección espiritual que el actor habría tenido, por lo tanto, los elementos disponibles no permiten amparar el rubro reclamado.

VI) Pronunciamiento preceptivo sobre la conducta procesal de las partes (C.G.P., artículo 279).

No hay mérito para especial condenación procesal.

En definitiva, por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia, debidamente integrada y por mayoría,

FALLA:

Acógrese parcialmente el recurso de casación y, en su mérito, anúlase la sentencia definitiva de segunda instancia impugnada. En su lugar, condénase a la BB al pago del 20% de diferencia salarial resultante entre el cargo docente grado 7 con 40 horas de labor y un Inspector de Área por el período junio de 2016 al 28 de febrero de 2017, con reajustes desde junio de 2016 e intereses desde la fecha de exigibilidad de cada diferencia, difiriéndose la liquidación al artículo 378 del C.G.P., desestimándose la demanda en lo restante.

Honorarios fictos: 20 BPC.

Publíquese.

Oportunamente, devuélvanse los autos con las formalidades de estilo.

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

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

DR. LUIS TOSI BOERI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. EDGARDO ETTLIN
MINISTRO

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDE: por cuanto es-
timo que corresponde de-
sestimar el recurso de
casación interpuesto por

la parte actora, por los siguientes fundamentos.

I) Del fallo de segunda ins-
tancia.

Aún cuando comparto la
decisión de segunda instancia, no comulgo, sin embargo,
con todos los fundamentos que edifican el dispositivo
impugnado.

"Id est": no coincido con
la Sala cuando afirma que "...para el caso de haber
existido durante el período del llamado alguna vacante
del cargo de Inspector de Área y finalmente acceder a
éste generar lo que pretende. Aparece así lo
reclamado ... como una posibilidad no muy cierta
susceptible de calificarse como 'daño eventual' y, como

tal, no indemnizable por constituir una 'mera expectativa' que no llega a ser una probabilidad" (fs. 291).

Comparto con la mayoría cuando cuestiona la mentada fundamentación, puesto que luego de celebrado el concurso, existió designación y efectiva toma de posesión del cargo interino por parte de quien alcanzó el primer lugar en la contienda (Prof. CC).

Que el concurso tuviera, a modo de etapa previa, la finalidad de conformar una nómina o registro de aspirantes seleccionados, a partir del cual recién luego se haría la designación para desempeñar el cargo interino, no desnaturaliza el hecho de que posteriormente existió efectivo nombramiento.

Entonces, no puede discutirse que a DURÁN se le quitó la chance cierta de participar en el concurso; pero también se le mutiló la chance genérica de conformar el antedicho registro y resultar, luego, designado en el cargo interino.

Ninguna de las mentadas chances perdidas generaron daño indemnizable.

Hasta acá comparto el fundamento de la sentencia de la Corte.

Ahora bien, a mi criterio, el análisis no puede terminar ahí, porque aún resta

definir lo más importante: si -en el caso- el actor tenía una probabilidad relevante, cierta y particular de finalmente conformar la nómina de aspirantes seleccionados y resultar designado en el cargo.

En este punto me apartaré de la solución anulatoria a la que se arriba en casación, pues entiendo que existen razones formales y sustanciales para repeler el reclamo.

A mi juicio, un primer acercamiento a la cuestión debatida, que busque desentrañar la verosimilitud de la chance invocada por DURÁN, obliga inicialmente a definir los hechos alegados en la demanda, para recién luego ponderar los elementos probatorios obrantes en la causa, asociados a las diferentes etapas del concurso.

Tal como argumentaré seguidamente, en cualquiera de los enfoques, el reclamo estaba, desde el inicio, destinado a naufragar.

II) De las razones formales: existe un evidente incumplimiento de la carga de la debida sustanciación.

A mi entender, la demanda no cumple, ni mínimamente, con la debida alegación de los hechos que justifiquen la procedencia de la condena solicitada (art. 117 nral. 4 del C.G.P.). Tampoco el recurso de casación cumple con la regla del art. 273 del

Código adjetivo.

Tales graves vicios serían suficientes para bloquear cualquier intento de anular el fallo hostilizado.

En lo que acá importa, el actor se limitó a afirmar que la sanción dispuesta (luego anulada por el T.C.A.) no le permitió concursar y aspirar a integrar el registro para un cargo de Inspector de Área 935 Asignatura - Tecnología Grado I en carácter Interino con 40 horas semanales (fs. 61 vta. "in fine"). Al definir el reclamo patrimonial, en confuso escrito, diseñó la pretensión sobre la base de solicitar la indemnización del "lucro cesante" (pidió la reparación del 100% del daño causado; fs. 64 y vta.), en el entendido (implícito) de que era titular de un "derecho subjetivo al cargo" (la condena bajo dicho título presupone la verificación del mentado derecho).

No obstante ello, los jueces de mérito conceptualizaron el rubro como "pérdida de chance", lo que igualmente exigía invocar y acreditar un "interés calificado" (legítimo).

Pues bien, en cualquier caso, el éxito del reclamo dependía de una concreta descripción de las razones materiales que justificaran la promoción de la demanda, sobre la base de que el actor habría podido triunfar sobre los restantes

aspirantes. A tal fin, mínimamente, debió ofrecer un cuadro comparativo, partiendo de las bases específicas del concurso y evaluación de los méritos en juego.

En concreto, debió individualizar el puntaje obtenido por quienes participaron en la mentada selección (fs. 34-48 del testimonio expediente administrativo nro. 5491/2015), así como los que él habría eventualmente podido obtener en la contienda. Para ello, el actor tenía la carga de relacionar sus "méritos" (que, según bases del concurso, otorgaban un máximo de 60 puntos); a la par, debió considerar la teórica y frustrada "entrevista" con el Tribunal de concurso (que otorgaba un máximo de 40 puntos) y, a partir de tales bases, también debió -a modo de aproximación- fundar y ofrecer un promedio de los puntos que, a su criterio, habría podido obtener en la oposición.

Corresponde anotar que para integrar el registro de aspirantes, el postulante tenía que obtener un mínimo de 70 puntos en el concurso (fs. 31 y 50 del expediente administrativo relacionado), que solo 2 participantes -de los 11 que se presentaron- alcanzaron: CC (77,03 puntos) y DD (72,36 puntos); (ver fs. 22 del expediente administrativo relacionado).

De tal suerte que, inicialmente, si el actor quería triunfar en juicio, debía

alegar y convencer que él -en grado de alta probabilidad- habría podido superar el piso mínimo de los 70 puntos (más abajo argumentaré que si bien los 70 puntos eran suficientes para integrar la lista de aspirantes, no lo eran -sin embargo- para asegurar la designación en el cargo, cuyo piso, en los hechos, se elevó a los 77.03 puntos). A tal fin, debió -también- invocar criterios concretos y eficientes que apoyaran tal teórica proyección.

Era carga del actor proyectar su propia suerte en el concurso.

Es lo mínimo que se le podía exigir en juicio.

De la mentada proyección y consecuente comparación (de serle favorable), podrían haber surgido elementos de juicio que permitieran considerar -incluso avalar- la procedencia del rubro en estudio. Sin ello, la pretensión no tenía aptitud jurídica alguna para ser atendida.

Ahora bien, sucede que del estudio del expediente, surge que AA nada dijo en la demanda (fs. 60-65 vta.); tampoco lo dijo en sus alegatos de bien probado (fs. 242-247 vta.), ni al apelar (fs. 257-258 vta.), ni al evacuar el traslado de la apelación de la contraria (fs. 266-267), ni menos al recurrir en casación (fs. 295-300).

Existe una total orfandad argumental en el sentido apuntado.

Simplemente se limitó a afirmar que se le cercenó la posibilidad de concursar (ya señalé que, al respecto, se trata de una pérdida de chance cierta, aunque insuficiente para justificar una condena), y que tal inhibición -dijo- le privó además la posibilidad de ganar el concurso (también indiqué que, en tal sentido, se trata de una pérdida de chance genérica, que no logra superar dicho umbral, por ausencia total de alegación útil).

Con tales consideraciones en mente, entiendo que es claro que el actor no cumplió, al formular su demanda, con la carga de la debida sustanciación o fundamentación de su pretensión.

La Corte ha sostenido reiteradamente que el sistema procesal civil se afilia a la mentada teoría, conforme a la cual, si quieren triunfar en juicio, las partes deben narrar los hechos en forma clara, positiva y circunstanciada (cf. sentencias nros. 555/2016, 560/2016, 857/2017, 447/2018, 1.549/2018, 1.117/2019, 1.228/2019 y 101/2020; la doctrina especializada nacional se ha pronunciado en igual sentido: cf: KLETT, Selva, en "Proceso ordinario en el Código General del Proceso", T. I, Ed. FCU, Mdeo., año 2014, págs. 239, 241 y 242, y VESCOVI, Enrique "et

alter", en "Código General del Proceso -comentado, anotado y concordado-", T. 3, Ed. Ábaco, Bs. As., año 1998, págs. 95 y 96).

No es la Corte la que tiene que investigar las razones fácticas sobre las cuales, eventualmente, el reclamante hubiera podido -primero- resultar seleccionado y -segundo- ocupar un lugar de suficiente privilegio en el concurso como para ulteriormente resultar designado.

Tampoco es su función teorizar y definir eventuales puntajes que conduzcan a desentrañar la chance perdida, sobre bases fácticas no alegadas en el expediente.

Ello es carga exclusiva del reclamante, y si no lo hace, pierde el pleito.

En suma, los serios defectos alegatorios que presentó el acto de proposición inicial -vicio que se reedita en la recurrencia-, justifican el rechazo de la impugnación.

III) De las razones sustanciales: no existen elementos de juicio que justifiquen una condena a título de pérdida de chance.

A los graves defectos formales de alegación, se suma la circunstancia de que faltó acreditar -lo que era imprescindible para recibir el reclamo- las posibilidades que tenía de ser

seleccionado y luego designado.

Existe consenso en doctrina y jurisprudencia en el sentido de que la existencia de una chance que se dice perdida, dependerá de la información objetiva que aporte el interesado, de los datos estadísticos y las circunstancias particulares del caso en estudio.

Ello definirá si la chance aparece como verosímil, seria y posible.

Debe tratarse de una alta probabilidad de que, conforme al curso normal de como acaecieron las cosas en el caso concreto, el resultado a la postre frustrado, se produciría en el futuro.

Pues bien, con tales premisas en mente, concluyo -en lo sustancial- que el reclamo no puede ser admitido, por diversos fundamentos que pasaré a detallar.

III.1) Al respecto, el Tribunal de Apelaciones afirmó que "*se desconoce si el actor hubiese quedado bien posicionado [en el concurso]*" (fs. 290).

En primer lugar, la antedicha valoración probatoria de la Sala no fue útilmente cuestionada por el recurrente.

La Corte, actualmente en mayoría, tiene admitido que la alegación de los vicios

que conciernen a la valoración de la prueba, como causal de casación, exige del recurrente una concreta argumentación dirigida a denunciar un vicio de tal magnitud que sea pasible de configurar una hipótesis de absurdo evidente, carga que -otra vez- no fue cumplida por el impugnante.

Tal omisión sería suficiente para rechazar el agravio.

III.2) En segundo lugar y sin perjuicio de lo anterior, existen razones adicionales para repeler la recurrencia: el actor no probó (ya dije que ni siquiera alegó) que, de haber podido participar en el concurso, hubiera sido seleccionado para conformar la nómina de aspirantes (lo que exigía la obtención de **70 puntos** como mínimo), ni menos -mucho menos- acreditó que hubiera perdido la chance de resultar designado en el cargo interino (para ello se requería superar los **77.03 puntos**).

Lo dicho anticipa el siguiente análisis.

En realidad, la confusión del sentenciante de primera instancia, se explica a partir de no haber distinguido entre:

(i) la **chance perdida de participar en el concurso** (para presentarse bastaba con cumplir las condiciones del concurso, extremo que el

actor satisfacía);

(ii) la **chance perdida de integrar la lista de aspirantes** (la conformaban solo aquellos que, en el concurso, obtuvieran un mínimo de 70 puntos);

(iii) la **chance perdida de finalmente resultar designado en el cargo interino** (en el caso, no todos los que integraron la nómina antedicha resultaron designados, sino únicamente quien obtuvo 77.03 puntos).

En verdad, con arreglo a la pretensión ventilada en autos, que busca la reparación del daño por la pérdida de la chance de haber podido ocupar el cargo interino, **lo que generaría daño indemnizable es exclusivamente la última de las chances perdidas**. Por eso, para triunfar en juicio, AA debía alegar y acreditar (lo que no hizo) que, de haber concursado, muy probablemente, hubiera obtenido mayor puntaje que CC. De lo contrario, no hay posibilidad alguna de arribar a algún tipo de fallo condenatorio.

Véase que aún cuando sea la Corte la que analice los méritos del actor, adjudicando puntajes, y teorizando acerca del eventual resultado que hubiera obtenido en la entrevista con el Tribunal de concurso, la suerte igualmente no cambia para el accionante.

Porque, si por "Cargo desempeñado en el CETP", le adjudicamos el máximo de puntos (10); si por "Aptitud Docente" le otorgamos 13,65 puntos (de un máximo de 15) y si por "Entrevista con el Tribunal de concurso", le adjudicáramos el máximo previsto (40 puntos), la sumatoria arrojaría un total de **63,65 puntos**.

En cuanto a los restantes "ítems" listados en la carpeta de méritos ("estudios cursados, formación docente", etc.), el actor nada alegó al respecto; tampoco hay prueba que respalde algún tipo de puntaje adicional, ni aún en forma teórica. A mi entender, la Corte no puede adjudicar o teorizar en dicho ámbito, sin ilustración de parte interesada y sin prueba que confirme lo no alegado. Era DURÁN quien mejor conocía sus méritos, y si nada dijo, entonces no puede apelarse a la razonabilidad judicial para sustituir una carga procesal cuya satisfacción recaía en la persona del actor.

III.3) Finalmente, cabe considerar lo siguiente.

Es cierto que, por reglamento, estaban habilitados para integrar el registro de aspirantes, aquellos concursantes que obtuvieran como mínimo **70 puntos** en el concurso.

Ya dije que solo 2 parti-

cipantes superaron dicho guarismo.

Ahora bien, alcanzar el mentado puntaje no garantizaba la posterior designación del sujeto seleccionado.

Nótese que **solo CC -que obtuvo 77.03 puntos- fue quien finalmente resultó designado en el cargo interino** (ver fallo de primera instancia a fs. 251 y vta.; y fs. 54 del expediente administrativo individualizado). **Nadie más fue designado.** Por lo menos no se alegó, ni menos se probó, que el segundo en la nómina (Nestor RIVERO), que obtuvo **72.3 puntos**, hubiera sido -en algún momento- convocado para cubrir dicho cargo.

Entonces, **aún si el actor hubiera alcanzado los 70 puntos que proyecta la sentencia anulatoria de la Corte, ello -a lo sumo- le hubiera permitido integrar la nómina de los seleccionados, pero -acorde a la realidad del caso específico- no hubiera resultado suficiente para ocupar el cargo interino.** Para ello, debería postularse un puntaje superior al de CC, proyección que nadie aventuró.

Con esos parámetros numéricos, en ausencia de otra ilustración, la pérdida de chance se desdibuja por completo y deja de ser cierta e inequívoca.

No debe confundirse ilicitud del acto anulado, con daño, porque -como en la especie- aquélla no siempre desemboca en un perjuicio indemnizable.

Desde esta óptica, a mi criterio, la condena recaída en primera instancia no era procedente, por no justificarse el "an debeatur", habida cuenta de que no cualquier "interés legítimo" en la oportunidad perdida logra materializarse en una pérdida de chance cierta y determinada.

IV) Del reclamo extrapatrimonial.

El reclamo por daño moral se vincula al "daño a la carrera".

Pues bien, descartado que sea el daño patrimonial, el reclamo por concepto de daño extrapatrimonial debe seguir igual suerte.

DR. GUSTAVO NICASTRO SEOANE
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA